



HAL
open science

La représentation légale du mineur sous autorité parentale

Jennifer Poirret

► **To cite this version:**

Jennifer Poirret. La représentation légale du mineur sous autorité parentale. Droit. Université Paris-Est, 2011. Français. NNT : 2011PEST0067 . tel-00937693

HAL Id: tel-00937693

<https://theses.hal.science/tel-00937693>

Submitted on 28 Jan 2014

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.



ÉCOLE DOCTORALE
« OBLIGATIONS, BIENS, MARCHÉS »

LA REPRÉSENTATION LÉGALE DU MINEUR SOUS AUTORITÉ PARENTALE

Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles
(Arrêté ministériel du 7 août 2006)

Présentée et soutenue publiquement

le 14 novembre 2011

par

Jennifer POIRRET

Directeur de thèse : **Monsieur François CHABAS**

Professeur émérite à l'Université Paris-Est Créteil Val de Marne

Membres du jury : **Madame Adeline GOUTTENOIRE**

Professeur à l'Université Montesquieu (Bordeaux IV)

Monsieur Fabrice GRÉAU

Professeur à l'Université du Maine

Monsieur Laurent LEVENEUR

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame Nathalie PETERKA

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val de Marne

*L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses.*

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

aff.	:	affaire
<i>AJ fam.</i>	:	<i>Actualité juridique famille</i>
<i>AJDA</i>	:	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
art.	:	article
ASE	:	Aide sociale à l'enfance
Ass. Nat.	:	Assemblée nationale
Ass. Plén.	:	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>BICC</i>	:	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ.</i>	:	<i>Bulletin civil de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	:	<i>Bulletin criminel de la Cour de cassation</i>
<i>c/</i>	:	contre
CDFUE	:	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CE	:	Conseil d'État
CEDH	:	Cour européenne des droits de l'homme
	:	Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants
CEEDE	:	
Ch. Mixte	:	Chambre mixte de la Cour de cassation
chr.	:	chronique
CIDE	:	Convention internationale des droits de l'enfant
Civ.	:	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1 ^{ère}	:	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^e	:	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 ^e	:	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CNIL	:	Commission nationale de l'informatique et des libertés
collab.	:	collaboration
Com.	:	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	:	commentaire
comp.	:	comparé
<i>Comm. com. électr.</i>	:	<i>Communication commerce électronique</i>
concl.	:	conclusion
Cons. Const	:	Conseil constitutionnel
Crim.	:	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	:	<i>Recueil Dalloz</i>
dactyl.	:	dactylographié
déc.	:	décision
dir.	:	direction
doctr.	:	doctrine

<i>DP</i>	:	<i>Dalloz périodique</i>
<i>Dr. et patrimoine</i>	:	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. famille</i>	:	<i>Droit de la famille</i>
<i>Dr. sociétés</i>	:	<i>Droit des sociétés</i>
éd.	:	édition
EIRL	:	Entreprise individuelle à responsabilité limitée
fasc.	:	fascicule
GACEDH	:	Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
<i>Gaz. Pal.</i>	:	<i>Gazette du Palais</i>
Gr. Ch.	:	Grand' Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme
<i>ibid.</i>	:	<i>ibidem</i>
IR	:	<i>Dalloz Informations rapides</i>
<i>J-Cl. Civil</i>	:	<i>Juris-Classeur civil</i>
<i>JCP</i>	:	<i>Juris-Classeur périodique</i>
<i>JCP E</i>	:	<i>Juris-Classeur périodique - Edition entreprises</i>
<i>JCP G</i>	:	<i>Juris-Classeur périodique - Edition générale</i>
<i>JCP N</i>	:	<i>Juris-Classeur périodique - Edition notariale et</i>
<i>JDJ</i>	:	<i>Journal du droit des jeunes</i>
<i>JO</i>	:	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JO Sénat</i>	:	<i>Journal officiel du Sénat</i>
<i>JOAN</i>	:	<i>Journal officiel de l'Assemblée nationale</i>
<i>JOUE</i>	:	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>Jur. Gén.</i>	:	<i>Dalloz Jurisprudence générale</i>
n°	:	numéro
obs.	:	observations
<i>op. cit.</i>	:	<i>opere citato</i>
ord. réf	:	ordonnance de référé
p.	:	page
préc.	:	précité
préf.	:	préface
PUAM	:	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	:	Presses universitaires de France
PUG	:	Presses universitaires de Grenoble

QPC	:	Question prioritaire de constitutionnalité
R.	:	<i>Rapport annuel de la Cour de cassation</i>
RD. bancaire et fin.	:	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
RD rural	:	<i>Revue de droit rural</i>
RDSS	:	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
rééd.	:	réédition
Rép. civ. Dalloz	:	<i>Répertoire civil Dalloz</i>
Rép. Def.	:	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
Rép. proc. civ. Dalloz	:	<i>Répertoire de procédure civile Dalloz</i>
req.	:	requête
Rev. dr. public	:	<i>Revue de droit public</i>
RFDA	:	<i>Revue française de droit administratif</i>
RG	:	Registre général
RGDM	:	<i>Revue générale de droit médical</i>
RJPF	:	<i>Revue juridique personnes et famille</i>
RLDC	:	<i>Revue Lamy de droit civil</i>
RRJ	:	<i>Revue de recherche juridique et de droit prospectif</i>
RTD Civ.	:	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD Com.	:	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RTDH	:	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
S.	:	<i>Sirey</i>
s.	:	suivants
somm.	:	sommaire
spéc.	:	spécialement
t.	:	tome
T. civ.	:	Tribunal civil
TE	:	Tribunal pour enfants
TGI	:	Tribunal de grande instance
TI	:	Tribunal d'instance
TUE	:	Traité de l'Union européenne
V.	:	Voir
V°	:	Verbo
vol.	:	Volume

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LA GÉNÉRALISATION DE LA REPRÉSENTATION AU SEIN DE L'AUTORITÉ PARENTALE.....	25
Titre 1 : L'autonomie du fondement juridique de la représentation à l'égard de la <i>summa divisio</i>	27
Chapitre 1 : L'autonomie de la représentation à l'égard de l'administration légale ...	29
Section 1 : Le caractère extrapatrimonial de la représentation du mineur	31
Section 2 : Le caractère exclusivement patrimonial de l'administration légale.....	59
Chapitre 2 : L'autonomie de la représentation à l'égard de l'autorité parentale sur la personne.....	71
Section 1 : L'antagonisme originel entre l'autorité et la représentation.....	73
Section 2 : La complémentarité révélée de l'autorité et de la représentation.....	101
Titre 2 : La dépendance du régime de la représentation à l'égard de la <i>summa divisio</i>	127
Chapitre 1 : L'incidence de la <i>summa divisio</i> sur la détermination des représentants	129
Section 1 : L'unité apparente de la représentation légale : la réunion des pouvoirs patrimoniaux et extrapatrimoniaux.....	131
Section 2 : Le démembrement des pouvoirs de représentation patrimoniaux et extrapatrimoniaux.....	145
Chapitre 2 : L'incidence de la <i>summa divisio</i> sur les actes de représentation.....	209
Section 1 : La dualité du régime de représentation du mineur sous autorité parentale	211
Section 2 : La convergence de la protection patrimoniale et extrapatrimoniale : vers l'unité du régime de représentation du mineur ?	253
PARTIE 2 : L'EMPREINTE DES CARACTÈRES DE L'AUTORITÉ PARENTALE SUR LA REPRÉSENTATION.....	269
Titre 1 : L'exercice des droits du mineur à l'aune des droits parentaux	271
Chapitre 1 : Le caractère autoritaire de la représentation.....	273
Section 1 : L'exclusivité de la volonté des représentants dans l'exercice du pouvoir de représentation.....	275
Section 2 : Les conséquences de l'exclusivité de la volonté des représentants.....	293
Chapitre 2 : Les tempéraments à la représentation autoritaire	309
Section 1 : La modération du principe de représentation	311
Section 2 : L'association du mineur au principe de représentation.....	341
Titre 2 : Le contrôle de la représentation à l'épreuve des droits parentaux.....	371
Chapitre 1 : Les obligations des représentants légaux.....	373
Section 1 : L'obligation de diligence.....	375
Section 2 : L'obligation de loyauté	407
Chapitre 2 : Les limites au contrôle de la représentation	427
Section 1 : Les limites au contrôle des actes patrimoniaux.....	429
Section 2 : Les limites au contrôle des actes extrapatrimoniaux.....	469

INTRODUCTION

1. L'existence est absolue ; le postulat tient du truisme lorsqu'elle est appréhendée par la biologie, la philosophie ou la sociologie, il n'en est en revanche pas de même lorsqu'elle l'est par le droit. Si « l'enfant n'a pas à attendre le fait d'être éduqué pour exister »¹, la plénitude de son existence juridique n'est atteinte que grâce à un élément supplémentaire, la représentation, rendue indispensable par le statut spécifique auquel il est soumis : la minorité. Selon l'article 388 du Code civil, le mineur est « l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis. » Sa vulnérabilité, son immaturité, son inaptitude naturelle² commandent de le placer sous un régime de protection, dont l'incapacité d'exercice est la règle cardinale. Elle est fonction de l'incapacité naturelle mais le seuil objectif de l'âge vient organiser la protection du mineur garantissant ainsi une certaine sécurité juridique, tout en rendant artificielle l'inaptitude naturelle de l'adolescent³. Élément de l'état des personnes, définie comme la capacité d'exercer ses droits subjectifs seul, la capacité d'exercice est donc conditionnée à la majorité⁴. Bien que la capacité d'exercice soit la règle⁵ et l'incapacité l'exception, cette dernière est générale s'agissant du mineur qui ne peut

¹ F. de Singly, « Le statut de l'enfant dans la famille contemporaine », in *Enfants, adultes, vers une égalité de statuts ?* (sous la dir. de F. de Singly), Universalis, 2004, p. 17, spéc., p 19.

² Ch. et R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. 2, *L'état et la capacité des personnes*, avec la collaboration de H. Battifol, Rousseau, 2^e éd., 1936, n° 196 ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, *Les personnes*, par R. et J. Savatier, LGDJ, 2^e éd., 1952, n° 249 et 255 ; G.Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, t.1, vol. 2, *Les personnes*, Sirey, 2^e éd., 1967, n° 500 ; F. Terré, D. Fenouillet, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2005, n° 981 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, par Ph. Malaurie, Defrénois-Lextenso, 5^e éd., 2010, n° 599 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, Thémis Droit privé, PUF, 21^e éd., 2002, p. 129 ; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Précis Dalloz, 2008, n° 935 ; B. Teyssié, *Droit civil, Les personnes*, Litec Lexis Nexis, 2010, n° 410 ; I. Corpart, « Minorité, majorité », *Rép. civ. Dalloz*, 2006, n° 11 ; Cl. Neirinck, « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, 2008, n° 164.

³ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 130 ; G. Cornu, « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Dalloz, 1961, p. 9 ; F. Dreifuss-Netter, « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, p. 95 ; F. Bétaillolle-Gonthier, *La capacité naturelle*, thèse dactyl., Bordeaux IV, 1999, n° 242. En dépit du critère objectif, le droit aménage des sphères de capacité au mineur à mesure que son discernement et sa maturité croissent, permettant ainsi de faire davantage coïncider capacité naturelle et capacité d'exercice. V. *infra* n° 350.

⁴ L'article 414 du Code civil dispose que « la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance. ». Cette étude est limitée à la capacité civile, excluant la capacité civile et pénale.

⁵ Article 1123 du Code civil.

conclure aucun acte juridique seul, que ses biens ou sa personne soient en cause⁶. L'incapacité d'exercice trouve son fondement dans la protection des intérêts du plus faible⁷, faisant du droit des incapacités « l'honneur du droit »⁸. Laisser agir seul le mineur immature risquerait de compromettre fortement la protection de ses intérêts. Si minorité et incapacité d'exercice sont résolument liées, elles sont parfois dissociées par l'effet de l'émancipation. Le mineur peut en effet être émancipé par le mariage⁹ ou dès lors qu'il a atteint l'âge de seize ans par une décision du juge des tutelles à la demande des père et mère. L'émancipation possède un effet radical puisque le mineur émancipé n'est alors plus sous autorité parentale et devient capable comme un majeur de tous les actes de la vie civile¹⁰. Par conséquent, le mineur émancipé est exclu de cette étude.

L'incapacité d'exercice du mineur porte sur les actes juridiques, mais ne peut être invoquée s'agissant des faits juridiques et notamment au soutien de l'irresponsabilité civile du mineur ayant causé un dommage à autrui. Même non doté de discernement, il demeure susceptible de s'engager par ses délits civils¹¹. L'absence de discernement ne fait pas obstacle à l'établissement de la faute de l'enfant, qu'il soit auteur du dommage

⁶ M. Planiol, G. Ripert, *Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 258 ; G. Marty, P. Raynaud, *op. cit.*, n° 507 ; Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 509 et 608 ; G. Cornu, *Droit civil, Les personnes*, Domat Droit privé, Montchrestien, 2007, 13^e éd., n° 14 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 986 ; J. Massip, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois-Lextenso, 2009, n° 9 ; I. Corpart, art. préc., n° 27 ; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.* n° 935 ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 410.

⁷ Ch. et R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, *L'état et la capacité des personnes*, t. 2, avec la collab. de H. Battifol, *op. cit.*, n° 196 ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 248 ; G. Marty, P. Raynaud, *op. cit.*, n° 497 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 983 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 130 ; I. Corpart, art. préc., n° 19. Pour une critique de la distinction entre incapacité de protection et incapacité de défiance, R. Houin, « Les incapacités », *RTD Civ.* 1948.

⁸ Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 493.

⁹ Cette hypothèse apparaît plus qu'exceptionnelle depuis la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 interdisant le mariage des mineurs et l'autorisant aux seuls cas de motifs graves sur décision du procureur de la République. V. articles 144 et 145 du Code civil.

¹⁰ Articles 413-6 et 413-7 du Code civil. Depuis la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 modifiant notamment l'article 413-8 du Code civil, le mineur émancipé peut même être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et sur décision du président du tribunal de grande instance s'il le demande ultérieurement. Jusqu'alors cette possibilité lui était refusée. Toutefois même émancipé, le mineur ne peut se marier ou se donner en adoption sans le consentement de ses père et mère et les jeux de paris et de pronostics sportifs ne peuvent être vendus aux mineurs même émancipés. V. décret n° 85-390 relatif à l'organisation et à l'exploitation de jeux de pronostics sportifs modifié par le décret n° 2007-728 du 7 mai 2007, *JO* 8 mai 2007, p. 8159. Il en est de même des jeux de loterie. V. décret n° 2007-729 du 7 mai 2007 modifiant le décret n° 78-1067 du 9 novembre 1978, *JO* 8 mai 2007, p. 8159.

¹¹ I. Corpart, art. préc., n° 29 ; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1193 ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 413.

ou victime ayant participé à la production de son dommage, ni à l'établissement de la qualité de gardien de la chose ayant causé le dommage¹².

2. Le mineur non émancipé est atteint d'une incapacité d'exercice, mais il ne subit en revanche pas d'incapacité de jouissance¹³. L'incapacité d'exercice n'entame nullement la personnalité juridique¹⁴ et que le mineur ne puisse exercer ses droits ne signifie pas qu'il n'en dispose pas. Tout français jouit de ses droits civils¹⁵, toute personne née vivante et viable est apte à être titulaire de droits ou d'obligations. Aucune incapacité de jouissance générale n'existe en droit français, ce qui équivaldrait à la négation de la personnalité juridique. L'incapacité de jouissance peut néanmoins être spéciale. Ainsi en est-il notamment de l'incapacité de recevoir une libéralité¹⁶, l'interdiction des droits civils, civiques et de famille¹⁷, l'incapacité pour les étrangers de jouir de certains droits¹⁸. A l'exception de l'incapacité d'exercer le commerce¹⁹, de se marier²⁰, de faire des libéralités²¹, de s'engager comme caution²², le mineur jouit des mêmes droits subjectifs que le majeur. Cependant, l'incapacité d'exercice est nécessairement un handicap²³ à l'épanouissement total de la personnalité juridique du mineur et la représentation apparaît comme le trait d'union entre la capacité de jouissance générale et l'incapacité d'exercice dont est frappé le mineur.

¹² Ass. Plén. 9 mai 1984, *Gabillet, Lemaire et Derguini*, *Bull. civ.* n° 1, 2 et 3 ; *R.* p. 104 ; *D.* 1984. 525, concl. J. Cabannes, note F. Chabas ; *JCP G* 1984, II, 20255, note N. Dejean de la Bâtie ; *JCP G* 1984, II, 20256, note P. Jourdain ; *Civ.* 2^e 12 décembre 1984, *Bull. civ.* II, n° 193 ; *Civ.* 2^e 28 février 1996, *Bull. civ.* II, n° 54 ; *D.* 1996. 602, note F. Duquesne ; *Gaz. Pal.* 1997.1. 86, note Ph. Jacques ; *RTD Civ.* 1996. 628, obs. P. Jourdain.

¹³ Ch. et R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, *L'état et la capacité des personnes*, t. 2, avec la collab. de H. Battifol, *op. cit.*, n° 198 ; I. Maria, *Les incapacités de jouissance, étude critique d'une catégorie doctrinale*, Defrénois, préf. P. Ancel, 2010, n° 64 et s. L'auteur explique que la distinction entre capacité de jouissance et capacité d'exercice découle de l'analyse faite de la notion de droit subjectif et a été élaborée afin de ne pas priver les incapables de la personnalité juridique.

¹⁴ G. Cornu, *op. cit.*, n° 14 ; F. Bétaillole-Gonthier, thèse préc., n° 27.

¹⁵ Article 8 du Code civil.

¹⁶ Article 909 du Code civil.

¹⁷ Article 131-26 du Code pénal.

¹⁸ Article 11 du Code civil.

¹⁹ Article 121-2 du Code de commerce et article 413-8 du Code civil.

²⁰ Article 144 du Code civil.

²¹ Articles 902 et 903 du Code civil.

²² Article 2295 du Code civil.

²³ G. Marty, P. Raynaud, *op. cit.*, n° 496 ; G. Cornu, *op. cit.*, n° 14 ; F. Bétaillole-Gonthier, thèse préc., n° 81.

3. De manière générale, « la **représentation** assure la présence de ce qui est absent »²⁴. A la fois action et mécanisme, la représentation est traditionnellement définie comme l'accomplissement d'un acte au nom et pour le compte d'autrui de telle sorte que les effets de l'acte soient imputés à ce dernier²⁵. Technique d'accomplissement des actes juridiques, elle permet au représentant, titulaire pour ce faire d'un pouvoir, de conclure un acte juridique pour le compte du représenté qui recueillera les droits et obligations nés de l'acte²⁶. Elle fait ainsi naître une relation triangulaire entre le représentant, le représenté et un tiers ainsi qu'une dissociation entre la qualité de sujet de droit et d'auteur de l'acte²⁷. Si sa définition fait l'objet d'un consensus, le fondement de la représentation a en revanche suscité de nombreuses discussions doctrinales dans la mesure où elle entre directement en porte-à-faux avec le principe fondamental du droit civil français qu'est l'autonomie de la volonté. Expliquer comment une personne peut être liée par des engagements sans les avoir elle-même expressément voulus n'a pas été aisé. De la fiction²⁸ selon laquelle la volonté exprimée serait en réalité celle du représenté à la collaboration²⁹ entre représentant et représenté ou encore l'effet

²⁴ S. Rials, « Représentations de la représentation », *Droits*, 1987/6, p. 3. Étymologiquement « représenter » est issu du latin *repraesentare*, rendre présent et par extension montrer. V° « Représenter », in *Dictionnaire étymologique et historique du français*, par J. Dubois, H. Mitterand, A. Dauzat, Larousse, 2007. V° « Représentation », in *Le Petit Larousse*, Larousse, 2011 : « Action de rendre sensible quelque chose au moyen d'une figure, d'un symbole, d'un signe », mais également « image, figure (...) qui représentent un phénomène, une idée », « action de donner un spectacle devant un public. »

²⁵ V° « Représentation », in *Vocabulaire juridique* (sous la dir. de G. Cornu), Association Henri Capitant, PUF, Quadrige, 8^e éd., 2007 : « Action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant) d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre - incapable ou empêchée (le représenté) - un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté ». Il s'agit également du « mécanisme par la vertu duquel l'acte accompli par le représentant engendre des droits et obligations non pour ce dernier mais pour le représenté (...) ».

²⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Les obligations*, par Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Defrénois Lextenso, 4^e éd., 2009, n° 802 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 173 ; C. Larroumet, *Droit civil, Les obligations, le contrat* (sous la dir. de C. Larroumet), t. III, Economica, 5^e éd., 2003, n° 153 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec Lexis Nexis, 11^e éd., 2010, n° 102 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I, Contrat et engagement unilatéral*, Thémis, PUF, 2^e éd., 2010, p. 512 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, I, L'acte juridique*, Sirey, 14^e éd., 2010, 426 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 12^e éd., 2010, n° 129.

²⁷ M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, préf. D. Huet-Weiller, 1982 ; Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, préf. Y. Lequette, 2000 ; N. Mathey, « Représentation », *Rép. civ. Dalloz*, 2007 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997.

²⁸ P. Bouquier, *Étude générale de la représentation dans les actes juridiques*, thèse Montpellier, 1899, p. 25.

²⁹ E. Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897, p. 38 et s. ; R. Popesco-Ramniceano, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse Paris, 1927, p. 216 et s. ; J. Clarise, *De la représentation, son rôle dans la création des obligations*, thèse Lille, 1949.

conjugué de la loi et de la volonté du représentant³⁰, la doctrine a élaboré diverses théories permettant de justifier la distinction entre la qualité d'auteur de l'acte et celle de sujet d'imputation sans pour autant épuiser le débat. La décomposition technique de la représentation reposant sur la dissociation de la jouissance du droit subjectif et de son exercice explique néanmoins cette originalité³¹. Pouvant naître d'une situation légale³², conventionnelle³³ ou judiciaire³⁴, la représentation connaît de multiples applications³⁵. Trouvant son origine dans l'incapacité d'exercice du mineur à laquelle la loi remédie en organisant l'exercice de ses droits par autrui, la représentation du mineur est une représentation légale³⁶.

La représentation n'est pas seulement une technique d'accomplissement des actes juridiques, elle est également une nécessité s'agissant des personnes dépourvues de l'aptitude à exercer leurs droits dans la mesure où elle permet de ne pas leur dénier la

³⁰ J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat* (sous la dir. de J. Ghestin), LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 706.

³¹ M. Storck, *op. cit.*, n° 131.

³² Dans le cas de la représentation légale, la loi détermine alors l'existence et l'étendue du pouvoir de représentation. Ainsi est-il de la représentation des incapables, mineurs ou majeurs, des personnes morales par les dirigeants sociaux.

³³ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, par Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, Defrénois Lextenso, 5^e éd., 2011, n° 520 ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2007, n° 628. En cas de représentation conventionnelle, une personne confère à une autre le pouvoir d'agir pour son compte et elle en détermine l'étendue. Le mandat régi par les articles 1984 et suivants du Code civil en est l'application, connaissant de nombreuses déclinaisons. Le mandat trouve ainsi à s'appliquer dans l'activité professionnelle de l'agent commercial, de l'agent de voyages, de l'agent de change, de l'agent immobilier. Mais la représentation doit être distinguée de la fiducie prévue par l'article 2011 du Code civil ; si toutes deux ont vocation à gérer les intérêts d'autrui, le fiduciaire reçoit les biens à titre de propriétaire à charge de les rendre au terme. Selon certains, il existe même un mandat d'amitié avec la personne de confiance en droit médical. V. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 521.

³⁴ La représentation est judiciaire lorsqu'une décision de justice confère à une personne le pouvoir d'agir pour le compte d'autrui. Ainsi en est-il de la représentation entre époux, de la représentation des absents ou consécutive à un redressement ou une liquidation judiciaire. V. M. Douchy-Oudot, « Les mandats judiciaires », *Rép. Def.* 2009. 132

³⁵ F. Gréau, « Retour sur la représentation comme fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », in *Leçons du Droit Civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 353. La représentation semble présider aux relations entre le préposé et son commettant et dans ces conditions fonder la responsabilité énoncée par l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, l'immunité du préposé en dépit de sa faute confortant cette théorie.

³⁶ Le mandat de protection future est un exemple récent d'application de la représentation conventionnelle aux personnes vulnérables. Ainsi selon l'article 477 alinéa 3 du Code civil, les parents ou le dernier vivant qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent pour le cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou physiques l'empêchant d'exprimer sa volonté désigner par acte notarié un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Sa mise en œuvre n'est cependant possible qu'après la majorité du bénéficiaire car il ne déroge pas aux règles de la minorité. V. circulaire du ministère de la Justice n° NOR JUS0901677C disponible sur le site intranet du ministère de la Justice.

personnalité juridique³⁷. A ce titre, la représentation est la théorie complémentaire de l'individualisme qui irrigue le Code civil³⁸ et une évidence dans le cas du mineur. Le représentant se voit de cette façon conférer par la loi le rôle capital qu'est celui d'assurer la vie juridique du mineur. Il devient le vecteur de l'entier développement de la personnalité juridique du mineur et trouve sa place dans le système de protection du mineur. Parce qu'il intervient pour pallier une incapacité de protection, le représentant légal figure au rang des protecteurs du mineur. Cependant, en tant que tel, sous le terme de « représentant légal », il ne fait pas partie des institutions traditionnelles de protection du mineur.

4. La protection du mineur en raison de son inaptitude naturelle est en réalité beaucoup plus étendue et ne se limite pas à le placer sous un régime d'incapacité d'exercice. Lorsque la doctrine étudie la protection due aux mineurs, elle envisage de manière plus globale la condition juridique du mineur³⁹. L'enfant, assimilé par l'article 1^{er} de la Convention internationale des droits de l'enfant au mineur⁴⁰, « a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée » et « il doit grandir dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension. »⁴¹ L'amour donné à un enfant, s'il est fondamental, ne suffit pas à en faire un être social et à le préparer à sa vie future. Plus prosaïquement, il est nécessaire de le protéger et de l'éduquer. Du lien de filiation naissent des droits et devoirs et notamment l'**autorité parentale**⁴², institution de protection naturelle du mineur⁴³. Telle que l'entend l'article

³⁷ R. Savatier, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », *D.* 1959, chr. 9 ; E. Gaillard, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits*, 1987/6, p. 90

³⁸ *Ibid.*

³⁹ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 129 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 980 et s. Un ouvrage est même désormais exclusivement consacré au droit des mineurs : Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*

⁴⁰ A l'initiative de la Pologne, les Nations Unies décident en 1979 d'élaborer une convention spécifique aux droits de l'enfant. Le 20 novembre 1989, la Convention internationale sur les droits de l'enfant (CIDE) est adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies. Ratifiée en France en août 1990, elle entre en vigueur le 2 septembre 1990. Seuls les États-Unis et la Somalie ne l'ont pas ratifiée. Deux protocoles additionnels ont été adoptés le 25 mai 2000 et ratifiés par la France le 5 février 2003. Ils portent l'un sur la vente, la prostitution d'enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et l'autre, sur l'implication des enfants dans les conflits armés. Elle est dotée d'une force obligatoire dans la mesure où un Comité des droits de l'enfant est chargé de veiller à son application. Sur son apport, v. *infra* n° 20 et s.

⁴¹ Préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant. L'article 24-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que « les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. »

⁴² C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français, étude critique*, préf. E. Putman, PUAM, 2009, n° 13 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. 1, vol. 3, La famille*, par L. Leveneur, Montchrestien, 7^e éd., 1995, n° 1136 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1011 et s ; Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 7 ; A. Bénabent, *Droit civil, Droit de la famille*, Montchrestien Lextenso, 2010,

371-1 du Code civil, « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant [appartenant] aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. » Les père et mère⁴⁴ se voient ainsi conférer une mission de protection de leur enfant quant à sa santé, sa sécurité physique, affective, morale, mais également une mission consistant à assurer son développement, à lui donner les moyens de devenir une personne capable de se prendre en charge arrivée à l'âge adulte. La vulnérabilité de l'enfant, physique comme psychologique ou encore intellectuelle, est donc compensée de manière générale par l'autorité parentale sous laquelle il est placé et qui est exercée par ses père et mère. Même lorsque l'un d'eux ne possède que le titre d'autorité parentale sans en avoir l'exercice⁴⁵, il est tenu de protéger son enfant et conserve certaines prérogatives telles que le droit d'entretenir des relations avec lui, d'être informé et de surveiller son éducation, de consentir à son adoption, à son mariage ou à son émancipation.

La protection est générale, elle concerne tous les besoins de l'enfant et l'autorité parentale s'exerce aussi bien sur la personne de l'enfant que sur ses biens. A cette fin, les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale sont investis de prérogatives, finalisées par l'intérêt de l'enfant, ce qui amène à qualifier l'autorité parentale de *fonction et non de droit subjectif* propre aux parents⁴⁶. Quant à la personne de l'enfant, les moyens dont

n° 1110 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *La famille*, par Ph. Malaurie, H. Fulchiron, 4^e éd., 2011, n° 1552 ; P. Courbe, *Droit de la famille*, Dalloz, Sirey, 5^e éd., 2008, n° 1015 ; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 466 ; G. Cornu, *La famille*, Domat Droit privé, Montchrestien, 9^e éd., 2006, n° 73.

⁴³ F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1001 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1520 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1110 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1011 ; J. Hauser, D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille*, (sous la dir. de J. Ghestin), LGDJ, 2^e éd., 1993, n° 1204 ; A. Gouttenoire, H. Fulchiron, « Autorité parentale », *Rép. Civ. Dalloz*, 2004, n° 20 ; I. Carbonnier, « Autorité parentale - Exercice de l'autorité parentale », *J.-Cl. Civil*, art. 371 à 387, fasc. 10, 2010, n° 10.

⁴⁴ Seuls les père et mère ont vocation à être titulaires de l'autorité parentale. A la différence de la *patria potestas* romaine, les grands-parents ne disposent pas de l'autorité parentale, même s'ils jouissent de relations privilégiées avec leurs petits-enfants (article 371-4 du Code civil) ou qu'ils possèdent le droit de consentir ou de s'opposer à leur mariage lorsque les père et mère sont tous deux décédés (articles 150 et 173 du Code civil). V. C. Philippe, « Les grands-parents sont-ils des ascendants privilégiés ? », *RLDC* 2005/19 n° 805 et *RLDC* 2005/20 n° 851.

⁴⁵ A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1116 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1552 ; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 501 ; I. Carbonnier, « Autorité parentale - Exercice de l'autorité parentale », art. préc., n° 4.

⁴⁶ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 299 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1010 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1556 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1160 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1011 ; A. Gouttenoire, H. Fulchiron, « Autorité

les père et mère disposent pour accomplir leur mission résident dans le droit et le devoir d'éduquer l'enfant, de le surveiller, de le garder⁴⁷. Ils prennent ainsi les décisions matérielles relatives à sa vie quotidienne tels que l'alimentation, l'habillement, la scolarité, les décisions relatives à sa santé, à ses loisirs, à sa religion. Quant au patrimoine de l'enfant, l'autorité parentale comporte deux prérogatives, *l'administration légale et la jouissance légale*⁴⁸. L'administration légale est l'institution de protection et de gestion du patrimoine du mineur⁴⁹. La jouissance légale consiste dans le droit pour les administrateurs légaux de jouir des biens de leur enfant et de percevoir les revenus de son patrimoine jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de seize ans. Si l'autorité parentale sur les biens, à savoir restrictivement l'administration légale, fait l'objet d'une dénomination, d'une réglementation et d'une section spécifiques, c'est parce qu'elle doit être envisagée séparément de l'autorité parentale sur la personne.

Bien qu'elles répondent au même impératif de protection, administration légale et autorité sur la personne de l'enfant doivent être distinguées ; elles obéissent en effet à deux régimes différents. Le Code civil les envisage séparément puisque le titre IX relatif à l'autorité parentale est divisé en deux chapitres, le chapitre I étant consacré à l'autorité sur la personne et le chapitre II à l'autorité sur les biens. De surcroît, l'administration légale est traitée précisément au sein du titre X relatif à la minorité. D'ailleurs, selon que l'autorité sur la personne ou l'autorité sur les biens est en cause, c'est de l'enfant ou du mineur que l'on traite pour une seule et même personne. Le premier s'inscrit dans un rapport de filiation⁵⁰ ou vise un état physique objectif⁵¹, tandis que le second renvoie à

parentale », art. préc., n° 19 ; I. Carbonnier, « Autorité parentale - Exercice de l'autorité parentale », art. préc., n° 2. Sur ce point, v. *infra* n° 80.

⁴⁷ La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 réformant l'autorité parentale la définit désormais par sa finalité et non par les moyens qu'elle confère. En ce sens, H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Rép. Def.* 2002. 959. Pour autant, les attributs anciens n'ont pas disparu. V. F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1011 et s. ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1557 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1161 et s. ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1050 et s. ; J. Hauser, D. Huet-Weiller, *op. cit.*, n° 1206 et s. ; I. Carbonnier, « Autorité parentale - Exercice de l'autorité parentale », art. préc., n° 13 et s.

⁴⁸ Article 382 du Code civil.

⁴⁹ J. Massip, *op. cit.*, n° 9 ; Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 617 ; P. Salvage-Gerest, « Tutelle - Administration légale pure et simple », *J.-Cl. Civil*, fasc. 20, 2009, n° 16 et s. ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 413 ; A. Bateau, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 5^e éd., 2010, n° 509 ; G. Raymond, « Administration légale et tutelle », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 54.

⁵⁰ V° « Enfant », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* L'enfant est le « descendant au premier degré, fils ou fille, sans considération d'âge ». Dans un second sens, il est assimilé au mineur.

⁵¹ Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 1. Étymologiquement, « enfant » est issu du latin *infans, infantis*, celui qui ne parle pas. V° « Enfant », in *Dictionnaire étymologique et historique du français*, *op. cit.*

l'idée d'infériorité, tirant les conséquences de la faiblesse naturelle⁵². La doctrine étudie l'administration légale dans les ouvrages de droit des personnes et des incapacités⁵³, l'autorité parentale sur la personne dans les ouvrages de droit de la famille. L'autorité parentale relativement à la personne est fréquemment abrégée en simple « autorité parentale », opposée à l'administration légale, alors même que cette dernière est également une prérogative d'autorité parentale. En réalité, l'autorité parentale peut faire l'objet de deux acceptions. *Lato sensu*, elle comprend l'intégralité de la protection du mineur, à savoir autorité parentale sur la personne et autorité sur les biens. *Stricto sensu*, elle est limitée à la protection de la personne.

Au-delà de la limitation matérielle de leur champ d'application, les pouvoirs conférés par l'administration légale possèdent une spécificité car ils mettent en œuvre un mécanisme de représentation. L'article 389-3 du Code civil dispose que « l'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils (...) ». L'administration légale est non seulement l'institution de protection du patrimoine du mineur mais également et de manière beaucoup plus large le palliatif de l'incapacité d'exercice du mineur. C'est d'ailleurs ainsi qu'elle est considérée par la doctrine⁵⁴ et sa place dans le Code civil après l'évocation de la minorité, dont la conséquence fondamentale est l'incapacité d'exercice, conforte cette analyse. L'autonomie entre administration légale et autorité parentale sur la personne est donc manifeste, l'une pallie l'incapacité d'exercice, l'autre l'imaturité selon une distinction devenue classique⁵⁵.

5. De cette présentation des pouvoirs parentaux ressort l'existence d'une *summa divisio*, manifeste dans le Code civil, autour de laquelle s'organise la protection de l'enfant. Personne et biens sont soumis à deux logiques différentes mais complémentaires.

V° « Enfant », in *Le Petit Larousse*, *op. cit.* L'enfant est le « garçon ou fille dans l'âge de l'enfance », c'est-à-dire « de la naissance à l'adolescence » mais également la « personne sous le rapport de la filiation. »

⁵² Étymologiquement, « mineur » est issu du latin *minor*, *minoris*, comparatif de *parvus*, plus petit. V° « Mineur », in *Dictionnaire étymologique et historique du français*, *op. cit.* V° « Mineur », in *Le Petit Larousse*, *op. cit.*, « d'une importance, d'un intérêt secondaires, accessoires ».

⁵³ Rejetant expressément l'administration légale des ouvrages de droit de la famille : J. Hauser, D. Huet-Weiller, *op. cit.*, n° 1204 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 162 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1101.

⁵⁴ F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1091 ; Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 617 et s. ; J. Massip, *op. cit.*, n° 9 et 17 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 2, *Les personnes*, Montchrestien, 8^e éd., 1997, par Fl. Laroche-Gisserot, n° 601 et s. ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 415 ; G. Raymond, « Administration légale et tutelle », art. préc., n° 4 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1101.

⁵⁵ M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, préf. Cl. Neirinck, PUAM, 2002, n° 98 ; Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 43.

Le droit de la famille s'intéresse aux intérêts extrapatrimoniaux de l'enfant, tandis que le droit des incapacités est un droit patrimonial. La loi du 5 mars 2007⁵⁶ portant réforme de la protection juridique des majeurs a profondément modifié le régime juridique des majeurs protégés en faisant de la protection de la personne un principe fondamental, mais elle a en revanche très peu révisé, quant au fond, la protection des mineurs se limitant à une réorganisation formelle des dispositions du Code civil. En aucun cas, le législateur n'a remis en cause la vocation patrimoniale des règles gouvernant l'incapacité d'exercice du mineur, comme leur siège au sein de l'administration légale.

La *summa divisio* gouvernant la protection de l'enfant n'est que le prolongement de la division primordiale du droit civil, dont le fondement réside dans la dignité de la personne humaine en tant que qualité d'appartenance à l'humanité⁵⁷. Personne et choses relèvent de deux ordres de valeurs différents, l'être et l'avoir, et le principe de dignité humaine conduit à établir une hiérarchie entre les deux et à condamner toute réification de la personne⁵⁸. Les choses ne sont que des instruments destinés à la satisfaction des besoins de la personne⁵⁹. La distinction entre l'être et l'avoir imprègne tel un axiome⁶⁰

⁵⁶ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* 7 mars 2007, p. 4325 ; *Dr. famille* 2007, études 14 à 22 ; *RDSS* 2008. 5 ; *JCP N* 2008. 1266 ; *Dr. et patrimoine* 2009. 53 ; Ph. Malaurie, « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Rép. Def.* 2007. 557 ; Th. Fossier, « La réforme de la protection des majeurs, Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP G* 2007, I, 118 ; Cl. Geoffroy, « Les ambivalences de la réforme du 5 mars 2007 relative à la protection juridique des majeurs », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, LGDJ, 2009, p. 175 ; A. Caron-Déglise, « Un nouveau cadre pour la protection des majeurs », *RJPF*-2009-1/11 et *RJPF*-2009-2/12.

⁵⁷ B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 505, spéc. p. 509. Le principe de sauvegarde de la dignité humaine est un principe à valeur constitutionnelle. En ce sens, Cons. Const. 27 juillet 1994, décisions n° 94-343 et 94-344, *D.* 1995. 237, note B. Mathieu ; *Rev.dr. public* 1994. 1647, note F. Luchaire ; *RFDC* 1994. 799, note L. Favoreu. V. également, CE 27 octobre 1995, *D.* 1996. 177, note G. Lebreton ; *JCP G* 1996, II, 22630, note F. Hamon ; Paris 28 mai 1996, aff. *Benetton*, *D.* 1996. 617, note B. Edelman.

⁵⁸ R. Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préf. F. Chabas, LGDJ, 1996, n° 12 ; N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine* (sous la dir. de M.-L. Pavia et Th. Revet), Economica, 1999, p. 107. M. Molfessis considère que la dignité humaine n'est pas un concept nouveau, qu'elle a préexisté à sa consécration par les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 et à l'article 16 du Code civil qui n'ont fait que la formaliser. Il estime par ailleurs que la dignité humaine ne peut faire l'objet d'un droit subjectif et doit rester de l'ordre du droit objectif, sous peine de remettre en cause la distinction entre les personnes et les choses. En effet, le droit subjectif à la dignité humaine conduirait à reconnaître la qualité de personne à des embryons ou des cadavres qui n'ont pas cette qualité et relèvent juridiquement des choses. Le concept montre les limites de la méthode abstraite du droit positif consistant à assimiler la personne humaine à celle qui a acquis la personnalité juridique et oblige à les distinguer.

⁵⁹ B. Edelman, « Domat et la naissance du sujet de droit », in *La personne en danger*, *op. cit.*, p. 47, spéc. p. 59. M. Edelman estime que Domat a profondément remanié la hiérarchie féodale en distinguant deux systèmes, les rapports naturels entre les personnes et le système des besoins. V. également, Th. Revet, « L'argent et la personne », in *Mélanges Christian Mouly*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1998, p. 140.

le droit, notamment le Code civil dont la structure en est le reflet⁶¹. A ce titre, la défense des intérêts extrapatrimoniaux ne peut faire l'objet d'une approche similaire des intérêts patrimoniaux, lesquels sont en définitive non seulement soumis à un régime de protection différent, mais également destinés à l'épanouissement de la personne. Les règles de l'administration légale, émanation de l'autorité parentale, appliquée aux biens du mineur, ne sont ainsi que les outils juridiques dont l'objectif est de parfaire la protection de l'enfant. En cela, la gestion des biens suit le gouvernement de la personne⁶² et s'insère dans un système de protection global et cohérent.

Mais la *summa divisio* régissant la protection de l'enfant est encore plus marquée dans la mesure où au-delà de la différence matérielle de champ d'application entre autorité parentale sur la personne et administration légale, il existe une différence substantielle résidant dans la *nature de la prérogative* exercée. Chaque corps de règles est empreint d'une caractéristique forte accentuant le clivage entre protection de la personne et protection des biens⁶³. L'administration légale implique sans conteste l'exercice d'un pouvoir de représentation, tandis que l'autorité parentale sur la personne met en œuvre un pouvoir d'autorité⁶⁴. La satisfaction des impératifs de protection et d'éducation ainsi que l'immaturation de l'enfant conduisent à définir l'autorité parentale comme un gouvernement de la personne⁶⁵. La distinction repose sur une approche

⁶⁰ R. Andorno, *op. cit.*, n° 10 ; L. Josserand, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932. 1.

⁶¹ L'organisation du Code civil scindé en trois livres « Des personnes », « Des biens et des différentes modifications de la propriété », « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » se fonde sur la distinction élaborée par le droit romain et énoncée dans les *Institutes* de Gaius : « *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.* » V. Gaius, *Institutes*, commentaire I, 8 cité par J. Gaudemet, E. Chevreau, *Droit privé romain*, Montchrestien Lextenso, 3^e éd., 2009, p. 323, n° 17. Le droit romain possédait néanmoins une conception différente de la division fondamentale dans la mesure où elle ne l'empêchait pas de considérer les esclaves comme des choses.

⁶² P. Salvage-Gerest, note sous Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, *Dr. famille* 2001, chr. 19 ; M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, *op. cit.*, n° 135.

⁶³ M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 100 ; Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 38.

⁶⁴ V° « Autorité », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* Il s'agit du « pouvoir de commander appartenant aux gouvernants et à certains agents publics » ; de l' « organe investi du pouvoir » ; de la « valeur attachée à certains actes ». Le sens courant fait référence à la même idée. V° « Autorité », in *Le Petit Larousse*, *op. cit.* : « Droit, pouvoir de commander, de prendre des décisions, de se faire obéir » et « qualité, ascendant pour lesquels on se fait obéir. » La définition philosophique insiste sur la capacité à se faire obéir sans recours à la force. V. B. Saint-Sernin, « L'autorité à la lumière des lois de Platon », in *L'autorité* (sous la dir. de J. Foyer, G. Lebreton, C. Puigelier), Cahier des sciences morales et politiques, PUF, 2008, p. 3 ; L. Ferry, « Faut-il réinventer l'autorité ? », *ibid.*, p. 15.

⁶⁵ G. Cornu, *op. cit.*, n° 76 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 111 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1110 ; I. Carbonnier, « Autorité parentale – Exercice de l'autorité parentale », art. préc., n° 12 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1049.

différente de la relation entre le titulaire de la prérogative et l'enfant⁶⁶. L'emploi d'un vocabulaire précis n'est pas anodin : si relativement à la personne, c'est le terme d'autorité qui est mis en évidence, c'est parce qu'elle envisage l'enfant comme objet de droit, en l'occurrence de protection et d'éducation, tandis que l'administration légale en tant que pouvoir de représentation le considère sous un autre point de vue qu'est celui de sujet de droit. Appliquée à la protection de l'enfant, la division fondamentale conduit à une distinction matérielle mais également substantielle des pouvoirs de protection de l'enfant.

En définitive, la représentation légale du mineur n'apparaît que comme une technique connue appliquée à un domaine particulier, celui de l'incapacité d'exercice du mineur, soumise pour cette raison aux règles propres à l'administration légale. En dépit de cette structuration ancienne et solide de la condition juridique du mineur, au sein de laquelle la représentation possède une place bien ancrée, la protection de l'enfant est soumise aux mutations de la famille qui en fragilisent les fondements et conduisent à s'interroger sur l'adaptation des institutions traditionnelles aux besoins de l'enfant.

* * *

6. La famille, « unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants(...) »⁶⁷ est à la fois proche tout en restant insaisissable. Variable dans le temps et dans l'espace, soumise au poids de la tradition et aux contingences⁶⁸, elle ne peut faire l'objet d'une définition précise. Certaines constantes ont néanmoins été mises en évidence et dans son sens courant, elle est entendue comme un groupe de personnes unies par des rapports de parenté et d'alliance⁶⁹. Que l'on retienne la famille élargie ou la famille nucléaire⁷⁰, elle est

⁶⁶ J. Tournon, *in La représentation* (sous la dir. de F. d'Arcy), Economica, 1985, p. 107 et s. A propos de la représentation politique, cet auteur distingue : « Représenter ou gouverner, il faut choisir ». En dépit des critiques adressées à la démocratie représentative, qui ne serait justement pas représentative, la représentation est traditionnellement associée à la démocratie, opposée au pouvoir autoritaire d'un gouvernant. Ce parallèle met en évidence une différence de nature entre représentation et autorité.

⁶⁷ Préambule de la CIDE.

⁶⁸ A. Lefebvre-Teillard, « Famille », *in Dictionnaire de la culture juridique*, (sous la dir. de D. Alland et S. Rials), Quadrige, PUF, 2003 ; M.-Th. Meulders-Klein, « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », *in La personne, la famille et le droit. 1968-1998, Trois décennies de mutations en Occident*, LGDJ, 1999, p. 433 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 3 ; J.-J. Lemouland, « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2005. Ce dernier définit la famille comme une série de cercles concentriques au contenu éminemment variable.

⁶⁹ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 4 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1.

traditionnellement orientée autour de la transmission de la vie⁷¹ qui avait initialement pour cadre juridique le mariage, acte fondateur de la famille⁷². Or, le modèle traditionnel familial a subi de profondes mutations. L'évolution des mentalités est incontestablement le point de départ des bouleversements du droit de la famille dans la mesure où l'on assiste à une restructuration que le droit appréhende avec difficulté, le débat portant sur l'adaptation du droit aux mœurs ou au contraire des mœurs au droit demeurant toujours ouvert⁷³. Non seulement le mariage n'est plus l'acte fondateur de la famille⁷⁴, mais le couple se détachant des fondements du mariage et de l'hétérosexualité est désormais envisagé sous l'angle de la conjugalité⁷⁵. Le socle de la famille n'est plus le mariage et l'enfant en apparaît comme le nouvel élément structurant⁷⁶. Ce sont les liens qu'entretient l'enfant avec ses parents, filiation et parenté, qui organisent la famille et son fonctionnement. Cependant, de plus en plus, la famille ne peut non plus être uniquement ordonnée autour de la filiation et de la parenté, ces notions apparaissant dépassées par les réalités sociales⁷⁷. Les familles recomposées comme les couples homosexuels ont mis en relation l'enfant avec d'autres personnes avec lesquelles il ne possède aucun lien de filiation, mais qui néanmoins assument une charge éducative et protectrice. C'est ainsi qu'à côté de la parenté, lien juridique familial découlant de la filiation, surgit la *parentalité*, fonction culturelle de prise en charge de l'enfant, de

⁷⁰ Respectivement, « l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien de sang, qui ont un auteur commun » et le « groupe restreint des père et mère et de leurs enfants mineurs vivant avec eux ». V°. « Famille », in *Vocabulaire juridique, op. cit.* Le langage courant s'approche fortement de cette notion. V°. « Famille », in *Le Petit Larousse, op. cit.* : « Ensemble formé par le père, la mère (ou par l'un des deux) et les enfants » et « ensemble de personnes qui ont des liens de parenté par le sang ou par alliance » mais également « en sociologie, groupe domestique de gens liés ou non par le sang qui vivent ensemble dans le même foyer. »

⁷¹ A. Lefebvre-Teillard, « Famille », art. préc. ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 6.

⁷² F. Dekeuwer-Défossez, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly, op. cit.*, p. 281 ; I. Théry, *Le démariage*, Odile Jacob, 1993, p. 55.

⁷³ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 16 ; B. Edelman, « Théorie et pratique juridiques », in *La personne en danger, op. cit.*, p. 25.

⁷⁴ I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au ministre de la Justice*, Odile Jacob, La Documentation française, 1998, p. 52 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », art. préc.

⁷⁵ M. Lamarche, « La conjugalité », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité* (sous la dir. de H. Fulchiron), Dalloz, 2009, p. 23 ; I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, op. cit.*, p. 40.

⁷⁶ F. Dekeuwer-Défossez, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », art. préc. ; I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, op. cit.*, p. 42.

⁷⁷ C. Philippe, « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. famille 2007. étude 3* ; C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français, étude critique, op. cit.*, n° 93 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1430 et s.

protection et d'éducation de l'enfant⁷⁸. S'il est certain que ce dernier occupe une place centrale dans la famille, celle-ci est protéiforme et dans ce contexte de bouleversement sociologique, les pouvoirs de protection de l'enfant, oscillant entre pouvoirs juridiques et pouvoirs de fait, méritent d'être précisés. Parmi eux, le pouvoir de représentation trouve son fondement dans l'exercice de l'autorité parentale, elle-même effet de l'établissement d'un lien de filiation. Or, au sein de ces nouvelles formes de familles, détachées de la filiation, sans nécessairement et systématiquement l'être de l'autorité parentale, quelle est la place du pouvoir de représentation ?

Le phénomène est accentué par la multiplication et l'internationalisation des sources du droit de la famille⁷⁹ qui, tenues par la recherche d'un dénominateur commun aux différentes législations, contribuent à réviser les notions-clés et modèles familiaux en les élargissant. Au premier rang figure la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et notamment l'interprétation de l'article 8 de la CEDH garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale⁸⁰, dont l'influence croissante entraîne même selon certains auteurs un dévoiement des modèles familiaux traditionnels⁸¹. L'exigence d'effectivité des droits garantis par la CEDH implique pour les juges d'effectuer une interprétation dynamique et évolutive de la Convention afin de prendre en compte l'évolution des mœurs⁸². Initialement l'interprétation dynamique devait se fonder sur la convergence des droits internes des États membres. Or, l'évolution a été différente et l'interprétation faite de la Convention par la CEDH lui est propre, sans véritable base

⁷⁸ H. Fulchiron, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, op. cit., p. XV ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, op. cit., n° 1432 ; V. également, M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, préf. H. Fulchiron, Defrénois, 2003 ; C. Siffrein-Blanc, op. cit., n° 48 et 75. L'auteur considère que la parenté est marquée par son caractère sexué ainsi que par son exclusivité, rejetant la pluriparenté et n'admettant que la biparenté. La parentalité n'est au contraire pas empreinte de ces caractères.

⁷⁹ S. Grataloup, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, préf. H. Fulchiron, LGDJ, 1998 ; A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. L. Leveneur, Dalloz, 2002, n° 513 et s ; L. Couturier-Bourdinière, « La CEDH et la protection des droits des enfants », in *Mélanges en l'honneur de G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, p. 523.

⁸⁰ Le droit au respect de la vie familiale fonde notamment le droit pour l'enfant de voir établie sa filiation, le droit d'être élevé par ses deux parents et de maintenir des relations personnelles avec chacun d'eux. Lorsque l'enfant a fait l'objet d'un déplacement illicite, les juges vérifient que les États ont mis en œuvre tous les moyens nécessaires au retour de l'enfant et qu'ils ont fait preuve de célérité.

⁸¹ F. Dekeuwer-Défossez, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », art. préc. ; J. Hauser, « Les implications de la reconnaissance d'un droit à une vie familiale, quelles conséquences quant à la conception de la famille ? », in *Le droit à une vie familiale* (sous la dir. de J.-J. Lemouland et M. Luby), Dalloz, 2007.

⁸² CEDH *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, § 58, *GACEDH*, n° 49 ; F. Sudre, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, I, 335. V. également, F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2011, 10^e éd., n° 289.

consensuelle⁸³. La vie familiale est ainsi entendue au sens matériel ; si elle découle assurément de liens de parenté et d'alliance, il s'agit avant tout d'une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits⁸⁴ et les juges se contentent d'une « apparence de parenté »⁸⁵ pour reconnaître l'existence de la vie familiale fondée sur le seul critère de l'effectivité de la relation et sur l'existence de liens purement factuels⁸⁶. La conception européenne de la vie familiale contribue ainsi à bouleverser l'appréhension qu'avait le droit interne de la famille, voire à faire de cette dernière une « nostalgie juridique »⁸⁷. Dans un tel contexte, les rapports intrafamiliaux sont modifiés et ne reposent plus ni sur le mariage, ni sur la filiation ou en tout cas pas exclusivement. De cette incertitude concernant la nature de certaines relations familiales résulte un obscurcissement des fonctions de chaque acteur de la famille, cristallisé autour du beau-parent ou du concubin ou partenaire du parent. Dans ce contexte, les mutations sociologiques et juridiques de la famille amènent à s'interroger sur l'adéquation des institutions de protection de l'enfant ainsi que sur la place de la représentation du mineur au sein de cette réorganisation des pouvoirs de protection. Ce questionnement est renforcé par le paradoxe auquel est confrontée la représentation.

* * *

7. Le paradoxe de la représentation réside dans sa soumission à des mouvements discordants, conduisant soit à critiquer la représentation, soit à la valoriser. Nombre d'auteurs lui prédisent un sombre avenir, confrontée d'une part à l'autonomie croissante des enfants, à la reconnaissance de leurs libertés et de leur droit d'expression par la CIDE⁸⁸ et d'autre part, à la rénovation des modes de protection des personnes

⁸³ *Ibid.*, n° 160.

⁸⁴ *Ibid.*, n° 313.

⁸⁵ A. Gouttenoire, art. préc.

⁸⁶ CEDH *X, Y, Z c/ Royaume-Uni* 22 avril 1997, *GACEDH*, n° 528 ; *D.* 1997, 582, note S. Grataloup. Caractérisent l'existence d'une vie familiale les relations entre un transsexuel né de sexe féminin, sa compagne et l'enfant de celle-ci né par insémination artificielle par tiers donneur en raison de l'effectivité des liens et des apparences. V. également, CEDH *Moretti et Benedetti c/ Italie*, 27 avril 2010 : l'existence d'une vie familiale a été reconnue s'agissant des relations entre un couple et un nouveau-né qu'il a accueilli pendant 19 mois alors que leur demande d'adoption a été rejetée. V. également CEDH *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007, *D.* 2007. 2700, note F. Marchadier

⁸⁷ J. Hauser, « Les implications de la reconnaissance d'un droit à une vie familiale, quelles conséquences quant à la conception de la famille ? », art. préc.

⁸⁸ J.-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD Civ.* 1997. 1 ; F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP* 1984, I, 3142 ; J. Roque, « La prémajorité », *Dr. famille* 2009, étude 20 ; A. Cermolacce, « Les contrats du mineur », *Dr. famille* 2006, étude 27 ; J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, thèse dactyl., Bordeaux, 1998 ; M. L. A. Femenia, *La volonté*

vulnérables aboutissant à faire de l'incapacité d'exercice un mode subsidiaire⁸⁹. La représentation se voit ainsi fortement concurrencée par une autre forme de conclusion des actes juridiques appliquée pour pallier une incapacité d'exercice, l'assistance, ayant pour mérite de concilier l'autonomie et la protection. Le mineur, à l'image du curatellaire accomplissant un acte de disposition, conclut lui-même un acte juridique tout en étant autorisé préalablement par son « représentant ». Par ailleurs, la technique de représentation est souvent entendue comme un mécanisme obsolète, témoignage d'une incapacité considérée comme avilissante, aboutissant à en faire dans le meilleur des cas une négation de l'autonomie de la personne et dans le pire une négation de sa personnalité⁹⁰. Toutefois, parallèlement, le « représentant légal » semble être devenu un protagoniste à part entière de la protection du mineur.

Employé par opposition aux père et mère ou au contraire pour les inclure en visant toute personne chargée d'une mission de protection du mineur, le terme de représentant légal demeure imprécis mais est néanmoins devenu incontournable. La requête en changement de prénom du mineur est ainsi portée devant le juge aux affaires familiales « par le représentant légal »⁹¹. L'article 388-2 du Code civil prévoit la désignation d'un administrateur *ad hoc* « lorsque dans une procédure les intérêts du mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux ». Le droit des successions prévoit que si le défunt laisse des descendants mineurs, le maintien dans l'indivision peut être demandé « par le représentant légal des mineurs »⁹². De même, la convention de maintien de l'indivision peut être « conclue au nom d'un mineur par son représentant légal seul »⁹³. La formation d'apprenti junior peut être demandée par le mineur de plus

des incapables, thèse dactyl. Toulouse, 2000 ; V. Da Silva, *De l'incapacité à la protection en matière personnelle. Évolution et perspectives*, thèse dactyl. Paris II, 2010.

⁸⁹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, préc. V. J. Hauser, « La notion d'incapacité », *Petites affiches* 17 août 2000, n° 164, p. 3 ; du même auteur, « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. famille* 2007, étude 14. La notion de vulnérabilité et de personnes vulnérables ne peut être réduite aux personnes atteintes d'une incapacité d'exercice et se révèle beaucoup plus vaste. De manière générale, l'incapacité d'exercice s'inscrit désormais dans un système plus large de protection dont elle doit être différenciée car la finalité de la protection est de protéger la personne sans la rendre incapable pour autant. Certains y voient la naissance d'un droit des personnes vulnérables. V. B. Lavaud-Legendre, « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité en construction », *RDSS* 2010. 520 ; A.-M. Leroyer, « Les incapacités », in *Pour une réforme du droit des contrats* (sous la dir. de F. Terré), Dalloz, 2009, p. 175.

⁹⁰ M. L. Femenia, thèse préc. ; V. Da Silva, thèse préc., n° 21 et 39.

⁹¹ Article 60 du Code civil.

⁹² Article 822 du Code civil.

⁹³ Article 1873-4 du Code civil.

de quatorze ans et ses représentants légaux⁹⁴. Le contrat d'apprentissage est conclu entre « un apprenti ou son représentant légal et un employeur ». ⁹⁵ Les articles L. 221-3 et L. 221-24 du Code monétaire et financier visent également le seul représentant légal à propos de l'ouverture et du fonctionnement du livret A et du livret jeune. Dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert, lorsque le service juge nécessaire d'héberger exceptionnellement le mineur, il doit en informer sans délai « ses parents ou ses représentants légaux. » La conclusion d'un contrat de responsabilité parentale peut être proposée « aux parents ou aux représentants légaux du mineur » par le président du conseil général en cas d'absentéisme scolaire⁹⁶. La doctrine elle-même fait référence au représentant légal lorsqu'elle envisage la protection du mineur⁹⁷.

Le droit conventionnel et le droit de l'Union européenne confortent cette faveur pour la notion de représentation légale. Non seulement le droit élaboré par le Conseil de l'Europe et ses organes conduit à modifier les contours traditionnels de la famille, mais il renouvelle également le vocabulaire des pouvoirs de protection de l'enfant les rassemblant sous le terme de *responsabilité parentale*⁹⁸. Désormais, tous les textes internationaux visent les détenteurs des responsabilités parentales⁹⁹, suivis en ce sens

⁹⁴ Article L. 337-3 du Code de l'éducation.

⁹⁵ Article L. 6221-1 du Code du travail.

⁹⁶ Article L. 222-4-1 du CASF. La même formulation est employée pour l'accompagnement parental. V. article L. 141-2 CASF.

⁹⁷ La référence est générale. Sont ici cités les auteurs renvoyant au représentant légal en tant que véritable protagoniste de la protection. V. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 171 ; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 998 et s. ; Th. Fossier, « Représentation et administration légale », in *Droit de la famille*, Dalloz Action, Dalloz (sous la dir. de P. Murat), 2010-2011, n° 234-11. Selon Carbonnier, l'expression est très synthétique et recouvre les père et mère, le tuteur et même la personne à qui l'enfant est confié. L'expression est entrée dans le Code civil en 1993 mais existait déjà dans l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante aux articles 4, 6 et 14 qui prévoyaient alors qu'en cas de vérification d'identité ou de garde de vue, le mineur doit être assisté de son représentant légal.

⁹⁸ Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe n° R(84) 4 sur les responsabilités parentales adoptée le 28 février 1984 disponible sur le site Internet du Conseil de l'Europe, www.coe.int ; Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996. L'article 2b du rapport explicatif définit les détenteurs des responsabilités parentales comme les parents mais également les personnes et organes autorisés à exercer tout ou partie de celles-ci. Le rapport reprend la définition donnée par la Recommandation n° R(84) 4 et rappelle que les parents « exercent des pouvoirs pour remplir des devoirs dans l'intérêt de l'enfant et non pas en vertu d'une autorité qui leur serait conférée dans leur propre intérêt. »

⁹⁹ Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Selon l'article 2, l'expression « responsabilité parentale » comprend l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant. V. M. Revillard, « Administration des biens des mineurs : entrée en vigueur de la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants », *Rép. Def.* 2011.29 ; M. Farge, « Convention de La Haye », *Dr. famille* 2011, comm. 49.

par le droit de l'Union européenne. Longtemps resté éloigné des considérations familiales, ne les appréhendant qu'indirectement et empiriquement par l'intermédiaire du regroupement familial et du principe de libre circulation des personnes¹⁰⁰, le droit de l'Union européenne les a néanmoins récemment intégrées par l'adoption du Règlement Bruxelles II bis¹⁰¹. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰² elle-même assure la protection de la famille et des enfants¹⁰³. La responsabilité parentale peut être définie comme « l'ensemble des obligations et droits / pouvoirs qui visent à promouvoir et à protéger le bien-être de l'enfant, notamment en lui assurant soin et protection, en maintenant des relations personnelles avec lui, en assurant son éducation, en exerçant sa représentation légale, en déterminant son domicile et en administrant ses biens. »¹⁰⁴ L'autorité parentale en droit interne devient donc la responsabilité parentale en droit conventionnel et communautaire, ceci afin de prendre en compte la diversité des législations¹⁰⁵. Mais le changement de terminologie n'est pas anodin. D'une part, il révèle la volonté de faire des pouvoirs parentaux des prérogatives au service de l'enfant,

¹⁰⁰ S. Poillot Peruzzetto, « Les droits de l'enfant dans l'ordre communautaire », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen* (sous la dir. de D. Gadbin et F. Kernaleguen), Bruylant, 2004, p. 31.

¹⁰¹ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *JOUE* 23 décembre 2003, L 338/1. Le règlement Bruxelles II bis n'était néanmoins pas la première initiative en la matière puisqu'il abroge le règlement n° 1347/2000 du Conseil, « Bruxelles II » du 29 mai 2000 dont l'objectif était identique mais le champ d'application moins étendu. La coordination des législations européennes par les règles de droit international privé est préférée à leur harmonisation dans un domaine aussi identitaire et spécifique que le droit de la famille et c'est par l'intermédiaire du principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice que le droit de l'Union européenne intervient désormais dans le domaine de la responsabilité parentale. V. H. Bosse-Platière, « Le statut de l'enfant et l'europanisation des sources en droit de la famille », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, op. cit.*, p. 69 ; S. Djemni-Wagner, « L'évolution du droit communautaire de la famille », *ibid.*, p. 189. Sur les projets d'harmonisation du droit de la famille en Europe, v. également M. Meulders-Klein, *ibid.* p. IV. V. *infra* n° 380, note 227.

¹⁰² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010/C 83/02), *JOUE* 30 mars 2010, C 83/389. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été adoptée par le Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000 et est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 à la suite de l'entrée en vigueur du TUE révisé par le traité de Lisbonne, l'article 6§1 TUE lui conférant la même valeur juridique que les traités. Elle énonce des droits fondamentaux propres à l'ordre communautaire et a pour objectif d'éviter que la législation adoptée par l'Union dans le cadre de ses compétences ne porte atteinte aux droits fondamentaux mais n'autorise pas l'Union à légiférer en matière de droits de l'homme. Elle s'applique aux institutions et organes de l'Union et aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

¹⁰³ Articles 7, 9, 24 et 33 CDFUE.

¹⁰⁴ Article 19 du projet de Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits et le statut juridique des enfants et les responsabilités parentales, présenté le 8 avril 2011 (CJ-FA-GT3 (2010) rev. 4). V. également l'exposé des motifs en date du 19 avril 2011 (CJ-FA-GT3 (2010) 6 rev. 5). Elle reprend quasiment mot pour mot la définition retenue par la Recommandation n° R (84) 4. Consultable sur le site internet du Conseil de l'Europe, www.coe.int.

¹⁰⁵ E. Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, préf. P. Lagarde, Defrénois, 2004, n° 3 et note 14 ; H. Fulchiron, « La responsabilité parentale dans l'espace européen », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, op. cit.*, p. 175.

d'en faire des droits-fonctions, pleinement finalisés par l'intérêt de l'enfant¹⁰⁶. D'autre part, la définition de la responsabilité parentale, telle qu'entendue par les sources internationales du droit des mineurs, met en évidence la fonction de représentation légale, indépendamment de l'administration des biens du mineur et de la protection de la personne, indifférente à la *summa divisio*¹⁰⁷.

Les droits étrangers, mis à part les droits de *common law* tels que le droit anglais qui l'ignore¹⁰⁸, isolent également la fonction de représentation légale. Selon l'article 154 du Code civil espagnol, la *patria potestad* comprend notamment le pouvoir de représenter l'enfant et d'administrer ses biens et un chapitre VII au sein du titre relatif aux relations entre parents et enfant est consacré exclusivement à la représentation légale, tandis qu'un chapitre VIII est consacré à l'administration des biens. Décrivant le contenu de l'autorité parentale, l'article 304 du Code civil suisse dispose que « les père et mère sont dans les limites de leur autorité parentale, les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers. » La fonction est présentée par le Code civil suisse comme un des pouvoirs parentaux au même titre que l'éducation, l'administration des biens étant régie par le chapitre IV suivant¹⁰⁹.

8. Alors que la technique même de représentation ne cesse d'être contestée, le recours à la notion de représentation légale est général. Le paradoxe amène à rechercher la cause de la généralisation de la notion. Révèle-t-elle une modification de l'appréhension des pouvoirs de protection de l'enfant et par là-même une rénovation des institutions ? Pourquoi en effet se référer au représentant légal plutôt qu'à l'administrateur légal alors que les fonctions de protection de l'enfant sont *a priori* clairement attribuées ? En

¹⁰⁶ E. Gallant, *op. cit.*, n° 3 ; C. Siffrein, *op. cit.*, n° 566.

¹⁰⁷ L'article 31 du projet de Recommandation précise par ailleurs la notion de représentation légale et prévoit que « lorsque la loi nationale ne donne pas à l'enfant le droit de se représenter lui-même, les titulaires des responsabilités parentales devraient représenter légalement l'enfant dans les affaires qui concernent sa personne ou ses biens. »

¹⁰⁸ L. Francoz-Terminal, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, préf. J. Rubellin-Devichi, Stämpfli Éditions SA Berne, 2008, n° 73 et 84. Les parents ne disposent pas d'un pouvoir général de représentation mais de pouvoirs similaires à ceux d'un gestionnaire qui résultent de l'exercice de leur responsabilité parentale. La gestion des biens du mineur obéit au mécanisme du *trust* par lequel le *trustee* devient détenteur des biens du bénéficiaire avec pour mission de les administrer dans l'intérêt exclusif de ce dernier. Les parents détiennent une créance de propriété en *common law* dans l'intérêt de l'enfant qui jouit d'un droit de propriété en *equity*. Deux droits de propriété distincts coexistent.

¹⁰⁹ L'article 192 du Code civil québécois prévoit que « outre les droits et devoirs liés à l'autorité parentale, les père et mère sont de plein droit tuteurs de leur enfant mineur afin d'assurer sa représentation dans l'exercice de ses droits civils et d'administrer son patrimoine. » La tutelle porte à la fois sur la personne et les biens du mineur.

d'autres termes, l'autorité parentale sur la personne et l'administration légale répondent-elles à l'intégralité des besoins de l'enfant ? Il convient donc de vérifier si la référence à la représentation légale est bénéfique au regard de la protection classique de l'enfant. Le problème posé par la notion se cristallise ainsi autour de ses relations avec les institutions traditionnelles de protection que sont l'autorité parentale sur la personne et l'administration légale.

* * *

9. C'est l'ambivalence qui caractérise les relations de la représentation légale et des pouvoirs de protection de l'enfant, marquées à la fois par la dépendance et l'autonomie. La représentation légale est nécessairement soumise à l'autorité parentale au sens large. D'une part, elle y trouve son fondement juridique puisque l'assise du pouvoir réside dans l'article 389-3 du Code civil, d'autre part, elle en adopte nécessairement les caractères. *Lato sensu*, l'autorité parentale s'entend du pouvoir de protection de la personne et des biens et cette acception nous amène à distinguer, à la manière du droit romain, l'autorité et le pouvoir, *l'auctoritas* et la *potestas*¹¹⁰. Le droit positif assimile l'autorité et le pouvoir et définit la première comme le pouvoir de commander, voire la confond avec l'organe possédant ce pouvoir. Mais un troisième sens peut être relevé, celui de la valeur attachée à certains actes¹¹¹ et c'est cette dernière acception qui mérite d'être notée. Étymologiquement, l'autorité est augmentation¹¹² et peut être définie comme « ce supplément d'âme qui anime et intensifie le pouvoir. »¹¹³ L'autorité parentale est un ensemble de pouvoirs de protection de l'enfant, dotés d'une force supplémentaire, *l'auctoritas*, dont l'article 371 du Code civil selon lequel « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » est une déclinaison¹¹⁴.

¹¹⁰ F. Terré, C. Puigelier, « Autorité et pouvoir. Lectures de Montesquieu », in *L'autorité*, *op. cit.*, p. 248.

¹¹¹ V° « Autorité », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹¹² « Autorité » est issu de *auctoritas*, dérivé de *augere*, augmenter, croître. V° « Autorité », in *Dictionnaire étymologique et historique du français*, par J. Dubois, H. Mitterand, A. Dauzat, *op. cit.* V. également, A. Compagnon, in *De l'autorité, Colloque annuel du Collège de France* (sous la dir. de A. Compagnon), Odile Jacob, 2008. L'auteur explique en quoi *l'auctoritas* ne peut être ramenée à une simple augmentation. En effet, en latin ancien, *augere* « non le fait d'accroître mais l'acte de produire hors de son propre sein l'action créatrice qui fait surgir et qui est un privilège des dieux et des forces naturelles, non le fait de l'homme. » La valeur conférée à l'autorité s'explique ainsi par la définition de *l'auctoritas* en tant qu'acte démiurgique.

¹¹³ Soazick Kerneis, « Autorité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

¹¹⁴ Certains auteurs font de l'autorité parentale la cause de l'incapacité. V. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 130 : l'autorité parentale et la condition juridique du mineur sont « inséparables comme la convexité et la concavité d'une même courbe. L'autorité parentale imprègne la condition juridique du mineur et y diffuse un esprit de soumission et de timidité. »

Aussi, l'influence de l'*auctoritas* se manifeste dans la mise en œuvre du pouvoir de représentation, pouvoir de protection spécifique rattaché *a priori* à l'administration légale. La représentation est une relation triangulaire dont l'essence même est de mettre le mineur sur la scène des rapports extrafamiliaux, mais la relation entre le représentant et le représenté ne doit pour autant pas être occultée. Cette relation est affectée d'une particularité puisqu'elle est intrafamiliale et inscrite plus spécifiquement dans un rapport parental et filial. Prérogative parentale, la représentation légale est donc conditionnée à l'exercice de l'autorité parentale et elle est empreinte de l'*auctoritas* émanant des décisions parentales ne révélant pas de spécificité particulière au regard des institutions de protection. De la dépendance de la représentation légale à l'égard de l'autorité parentale, il est possible de conclure que la généralisation de la notion n'est qu'une commodité de langage, sans apport particulier à la protection de l'enfant, ni modification de l'organisation actuelle. Mais la soumission n'est pas le seul aspect de la relation entre la représentation légale et l'autorité parentale.

10. Avant tout, le recours à un terme précis et différent du vocabulaire législatif habituel est une première marque d'affranchissement, mais cette différenciation pourrait n'être une fois de plus que facilité de langage ou négligence¹¹⁵. La référence aux « représentants légaux » en lieu et place des titulaires de l'autorité parentale ou des administrateurs légaux apparaît en réalité comme la traduction d'un besoin : celui de répondre à la généralité de l'incapacité d'exercice du mineur, ce que ne permet pas le droit positif soumis à la *summa divisio*¹¹⁶. La récente volonté du législateur¹¹⁷ de réunir protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux dans les mains d'un seul et même juge est à la fois l'illustration d'un problème sous-jacent mais également la volonté de clarifier la défense des intérêts de l'enfant. Les institutions traditionnelles de protection du mineur, entièrement gouvernées par le clivage fondamental entre protection des biens et protection de la personne, ne sont pas en adéquation avec le besoin créé par l'incapacité générale d'exercice.

¹¹⁵ En ce sens, la référence contradictoire mais fréquente à « l'assistance par le représentant légal ».

¹¹⁶ Th. Fossier, « Représentation et administration légale », in *Droit de la famille, op. cit.*, n° 234-12.

¹¹⁷ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JO* n° 110 du 13 mai 2009, p. 7920. Elle fait suite à un rapport préconisant la réunion de la protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux : *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. Guinchard, La Documentation française, 2008. V. *infra* n° 269.

En témoigne le problème posé par les droits extrapatrimoniaux du mineur, tels que les droits à la vie privée ou à l'image dont l'exercice peut être lié à l'autorité parentale sur la personne en vertu d'un rattachement matériel ou à l'administration légale sur le fondement d'un rattachement fonctionnel. Traditionnellement les actes relatifs à la personne de l'enfant et, fort logiquement, l'exercice des droits extrapatrimoniaux du mineur sont rattachés par la doctrine¹¹⁸ et la jurisprudence¹¹⁹ à l'autorité parentale sur la personne, alors que la pertinence d'un tel fondement mérite d'être discutée dans la mesure où l'administration légale a également vocation, en tant que palliatif à l'incapacité d'exercice, à régir les actes juridiques extrapatrimoniaux¹²⁰. Illustration de l'incohérence, l'exercice extrajudiciaire des droits extrapatrimoniaux est fondé sur l'autorité sur la personne, tandis que l'action en justice visant à défendre ces mêmes droits dépend des règles de l'administration légale¹²¹. La cause première de ce désordre réside dans la prééminence de la *summa divisio* qui conduit à établir un certain nombre de clivages artificiels, d'une part entre droit de la famille et droit des incapacités, d'autre part entre protection physique et psychologique de l'enfant et protection juridique et enfin entre protection de la personne de l'enfant et protection de ses biens. Le rattachement exclusif de la protection de la personne aux dispositions énoncées aux articles 371-1 et suivants du Code civil se trouve en contradiction avec l'énoncé général de l'article 389-3 du Code civil. Là résident non seulement les insuffisances de l'autorité parentale et de l'administration légale, mais également la justification du recours à la notion de représentation légale. L'introduction du concept témoigne du besoin de remédier à l'incapacité d'exercice générale en transcendant la répartition

¹¹⁸ R. Legeais, *L'autorité parentale : étude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée*, Defrénois, 1973, p. 59 et s. ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1561 et 1564 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1162 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1053 ; J. Hauser, D. Huet-Weiller, *op. cit.*, n° 1204 ; A. Gouttenoire, H. Fulchiron, « Autorité parentale », art. préc., n° 71 et 85 ; I. Carbonnier, « Autorité parentale - Exercice de l'autorité parentale », art. préc., n° 19 ; G. Raymond, « Administration légale et tutelle », art. préc., n° 54 et 55. V. également, J. Hauser, « Réflexion sur la protection de la personne de l'incapable », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Sirey, 1985, p. 228 ; D. Duval-Arnould, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, préf. G. Cornu, LGDJ, 1994, p. 14.

¹¹⁹ Civ. 1^{ère} 18 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 134 ; *JCP* 1972, II, 17209, concl. R. Lindon ; Civ. 1^{ère} 27 mars 1990, *Bull. civ. I*, n° 72 ; Civ. 1^{ère} 12 décembre 2000, *Bull. civ. I*, n° 322 ; *D.* 2001. 2077, obs. C. Caron ; *RTD Civ.* 2001. 329, obs. J. Hauser.

¹²⁰ Soulevant la difficulté : R. Legeais, *op. cit.*, p. 59 et s. ; R. Nerson, *RTD Civ.* 1973. 334 ; M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, préf. Cl. Neirinck, PUAM, 2002, n° 98 ; Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 43 et 56.

¹²¹ Civ. 1^{ère} 6 novembre 1985, *Bull. civ. I*, n° 259 ; Paris 25 avril 2000, *D.* 2000. IR. 187 ; *RTD Civ.* 2000. 802, obs. J. Hauser. En revanche, sont beaucoup moins claires, TGI Paris 21 mars 1994, *JCP* 1965, II, 20326, note R. Lindon ; Paris 13 mars 1965, *JCP* 1965, II, 14223 ; Paris 1^{er} février 1989, *D.* 1990. 48, note E. Agostini.

historique entre biens et personne et en s'affranchissant du carcan des institutions traditionnelles de protection du mineur.

11. Parce qu'elle répond à un besoin qui n'est pas satisfait par les règles actuelles, la notion est complémentaire de l'autorité parentale sur la personne et de l'administration légale. Leur complémentarité témoigne de la légitimité de la généralisation, mais surtout révèle la différence entre la représentation légale et les autres pouvoirs auxquels elle ne peut être assimilée. C'est donc l'autonomie qui marque également les rapports entre les différentes prérogatives. Ce faisant, à l'image de l'évolution du droit international, de simple technique juridique¹²², la représentation légale semble bien devenir un attribut¹²³ autonome au sein de l'autorité parentale au sens large. Cependant, son insertion dans un système préexistant rend particulièrement complexe son appréhension au risque de la laisser à l'état latent. Il est donc nécessaire d'en révéler l'existence comme d'en déterminer le champ d'application et le fonctionnement.

* * *

12. L'étude de la représentation légale du mineur sous autorité parentale ne peut avoir lieu qu'à travers le prisme de ses relations avec les institutions classiques de protection car elle existe en réaction à leurs faiblesses. A ce titre, parce que cette recherche envisage la représentation du mineur au-delà de la division fondamentale entre protection de la personne et protection des biens, les termes d'« enfant » ou de « mineur » seront utilisés indifféremment, à l'image de l'assimilation opérée par l'article 1^{er} de la CIDE, même si une tendance naturelle conduit à relier la protection extrapatrimoniaire à l'enfant tandis que la protection patrimoniale fait davantage référence au mineur. Par ailleurs, parce que la tutelle est une institution de protection globale du mineur qui n'est pas confrontée à la *summa divisio*, elle ne sera envisagée qu'indirectement au sein de cette étude.

L'ambivalence caractérisant les relations entre l'autorité parentale au sens large et la représentation légale se répercute nécessairement sur l'appréhension de cette dernière et la tension entre l'autonomie et la dépendance à l'égard des modes de protection

¹²² V° « Technique juridique », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* : « Ensemble des moyens spécifiques : procédés, opérations qui président à l'agencement et à la réalisation du Droit (...). »

¹²³ L'attribut de l'autorité parentale est entendu comme une « prérogative éminente » des père et mère. V. G. Cornu, *op. cit.*, n° 76.

traditionnels gouverne l'examen du palliatif général à l'incapacité d'exercice. Elle réside dans l'opposition entre l'affranchissement de la représentation à l'égard de la *summa divisio* en raison de la généralité de son champ d'application et l'immutabilité du statut de prérogative parentale et des caractères afférents. En définitive, l'autonomie de la représentation du mineur résulte de la généralisation de son champ d'application au sein de l'autorité parentale (partie 1) sans qu'elle se transforme pour autant en indépendance en raison de l'empreinte des caractères de l'autorité parentale sur la mise en œuvre du pouvoir de représentation (partie 2).

Première partie : La généralisation de la représentation au sein de l'autorité parentale

Seconde partie : L'empreinte des caractères de l'autorité parentale sur la représentation

PARTIE 1 : LA GÉNÉRALISATION DE LA REPRÉSENTATION AU SEIN DE L'AUTORITÉ PARENTALE

13. Au confluent du droit des personnes protégées, du droit des obligations et du droit de la famille, la représentation légale du mineur est originale. Parce qu'elle concerne un domaine particulier, la minorité et l'incapacité d'exercice corrélative, la représentation du mineur se distingue du *corpus* de règles énoncées à défaut d'une théorie générale¹. La singularité se manifeste tant au niveau de son champ d'application que de ses fondements juridiques ou de son régime. Prérogative conférée par la loi et non par convention, palliatif à une incapacité d'exercice globale et totale, le pouvoir de représentation est absolument général, contrairement au mandat de droit commun qui, lorsqu'il est général, n'implique que l'accomplissement d'actes d'administration². Cependant, le caractère général se heurte à la *summa divisio* bouleversant les fondements juridiques de la représentation du mineur. La représentation légale du mineur apparaît dans toute sa singularité : paradoxalement, elle dépasse la *summa divisio* qu'elle transcende et doit en définitive être entendue comme une prérogative générale et autonome au sein de l'autorité parentale *lato sensu*, à même de prendre en compte la généralité de l'incapacité d'exercice titre 1). Toutefois dépasser les clivages traditionnels de protection de l'enfant ne signifie pas s'en affranchir

¹ N. Mathey, « Représentation », art. préc. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 803 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 104 ; Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n° 130 et s ; C. Larroumet, *Les obligations, le contrat*, *op. cit.*, n° 171 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 566 et s. ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 630 et s.

² Article 1988 du Code civil.

résolument et l'influence de la *summa divisio* se répercute nécessairement sur le régime, dualiste, de la représentation légale (titre 2).

TITRE 1 : L'AUTONOMIE DU FONDEMENT JURIDIQUE DE LA REPRÉSENTATION À L'ÉGARD DE LA *SUMMA DIVISIO*

14. La représentation du mineur est définie comme le mécanisme palliatif à son incapacité d'exercice générale ; si cet élément est une évidence, l'institution de rattachement du pouvoir demeure incertaine. Au cœur de la protection du mineur, les rapports qu'entretient la représentation avec les institutions de protection sont confus. Elle est indissolublement liée à l'administration légale, son institution souche, et à l'article 389-3 du Code civil. Mais ses rapports avec l'autorité parentale et l'article 371-1 du Code civil restent encore troubles en raison de la *summa divisio* régissant le droit civil et la protection de l'enfant. Conséquence de cette indétermination, le caractère général de la représentation reste latent malgré l'énoncé de l'article 389-3 du Code civil et la question se pose même de savoir si le pouvoir de représentation est celui d'accomplir des actes juridiques extrapatrimoniaux. Certes, il est celui d'agir « dans tous les actes civils », mais l'autorité parentale sur la personne détient historiquement l'exclusivité de la protection extrapatrimoniale. Dans ces conditions, il apparaît difficile de considérer qu'existe un exercice des droits extrapatrimoniaux du mineur par représentation puisque l'autorité parentale accapare la défense des intérêts personnels, sauf à admettre qu'elle est elle-même une technique de représentation, ce qui est loin d'être évident.

C'est pourquoi, il est indispensable pour cerner le fondement juridique du pouvoir de représentation et rendre lisible l'exercice des droits de l'enfant d'envisager les relations qu'entretiennent représentation et administration légale d'une part, et représentation et autorité parentale d'autre part. Il s'agit en réalité de préciser dans un premier temps le champ d'application matériel de la représentation du mineur pour ensuite s'intéresser à son domaine fonctionnel. La détermination du domaine matériel fait apparaître son autonomie au regard de son institution souche, l'administration légale (chapitre 1).

Parallèlement la représentation est autonome de l'autorité parentale sur la personne dans la mesure où celle-ci ne peut être considérée comme un palliatif à l'incapacité d'exercice du mineur (chapitre 2).

La représentation légale du mineur dépasse ainsi la *summa divisio* et les clivages traditionnels régissant la protection de l'enfant et à même de prendre en compte la généralité de l'incapacité d'exercice, elle se révèle être non plus une simple technique juridique mais un attribut général au sein de l'autorité parentale *lato sensu*³.

³ Sur le sens à donner à la notion d'autorité parentale *lato sensu*, v. *supra* n° 4.

CHAPITRE 1 : L'AUTONOMIE DE LA REPRÉSENTATION À L'ÉGARD DE L'ADMINISTRATION LÉGALE

15. Entendue par le Code civil comme l'autorité parentale sur les biens du mineur, l'administration légale est incontestablement une institution de gestion du patrimoine⁴ et l'exercice des droits patrimoniaux du mineur est naturellement fondé sur l'article 389-3 du Code civil. Quant aux droits extrapatrimoniaux, la généralité de l'article invite à les y rattacher de la même manière, assurant ainsi une protection cohérente et globale des intérêts du mineur. Pourtant, cette présentation de la défense des intérêts de l'enfant, pour idéale qu'elle soit, n'est pas aussi évidente. Non seulement la possibilité d'accomplir des actes relatifs à la personne par représentation soulève de nombreuses réticences, mais les règles de l'administration légale ne sont pas en mesure d'assurer la protection extrapatrimoniale. Aussi parce qu'en dépit des réserves doctrinales, le caractère extrapatrimonial de la représentation du mineur ne fait pas de doutes (section 1), mais que l'administration légale conserve une vocation exclusivement patrimoniale (section 2), la représentation légale du mineur s'affranchit de son assise textuelle et se révèle autonome de son fondement juridique naturel.

⁴ De manière générale, la doctrine lie la notion de bien au patrimoine. Le bien est une chose susceptible d'appropriation par la personne et qui présente une utilité pour elle, laquelle engendre une évaluation pécuniaire. V. J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Traité de droit civil, Les biens*, (sous la dir. de J. Ghestin), LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 1 ; G. Cornu, *Les biens*, Montchrestien Lextenso, 13^e éd., 2007, n° 10 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Les biens*, Defrénois, 4^e éd., 2010, n° 8 ; A. Piedelièvre, *Droit des biens*, Masson, 1977, n° 2 et 8 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, PUF, 2004, n° 707. V. également, A.-L. Thomat-Raynaud, *L'unité du patrimoine, Essai critique*, préf. D. Tomasin, Defrénois, 2007, n° 101. *Contra*, F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Manuel de droit fondamental, Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 4.

Section 1 : LE CARACTÈRE EXTRAPATRIMONIAL DE LA REPRÉSENTATION DU MINEUR

16. Le champ d'application matériel de la représentation est traditionnellement limité. En raison de leur nature particulière, les droits extrapatrimoniaux figurent effectivement au rang des exceptions aux droits pouvant être exercés par représentation (§1). C'est pourquoi, en dépit de la généralité de l'article 389-3 alinéa 1^{er} du Code civil, le pouvoir de représentation ne semble pas général. Pourtant, l'étude de la protection extrapatrimoniaire de l'enfant révèle que la représentation a bien lieu en matière personnelle et qu'elle est même de rigueur pour le mineur (§2).

§1. LE PRINCIPE DU REJET DE LA REPRÉSENTATION EN MATIÈRE EXTRAPATRIMONIALE

17. Évoquer l'idée d'une représentation en matière extrapatrimoniaire fait référence à la conclusion d'actes juridiques extrapatrimoniaux destinés à mettre en œuvre des droits extrapatrimoniaux⁵. Tout acte juridique est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, notamment à modifier l'ordonnement juridique par la création, la transmission et l'extinction de droits. Le rejet de principe de l'extension du domaine de la représentation aux actes extrapatrimoniaux s'appuie sur leur spécificité matérielle. Il convient donc tout d'abord de préciser la notion d'actes juridiques extrapatrimoniaux (A) afin de pouvoir appréhender les fondements théoriques du rejet (B).

A. Précisions sur la notion d'actes juridiques extrapatrimoniaux

18. La notion de droit extrapatrimonial n'a pas été envisagée par les rédacteurs du Code civil⁶ et il apparaît nécessaire de délimiter les droits extrapatrimoniaux d'une catégorie proche que sont les droits de la personnalité. En effet, tous les droits extrapatrimoniaux ne peuvent faire l'objet d'un acte juridique, seuls les droits de la personnalité peuvent y prétendre (1). L'enfant s'est par ailleurs vu reconnaître par la

⁵ C. Lazarus, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux, Une nouvelle catégorie juridique*, préf. D. Fenouillet, PUAM, 2009 ; C. Filippone, *La contractualisation des droits de la personnalité*, thèse Paris I, 2001.

⁶ Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec Lexis Nexis, 12^e éd., 2008, n° 333 ; B. Teyssié, *Droit civil, Les personnes*, Litec Lexis Nexis, 12^e éd., 2010, n° 35.

CIDE des droits de la personnalité qui lui sont propres et il convient d'en étudier l'apport véritable (2).

1) Les droits de la personnalité, catégorie de droits extrapatrimoniaux

19. A l'instar des droits extrapatrimoniaux, les droits de la personnalité sont inconnus du Code Napoléon et ce sont la jurisprudence⁷ et la doctrine⁸ qui ont contribué à l'ébauche d'une théorie des droits extrapatrimoniaux et des droits de la personnalité. Pourtant, demeurent plusieurs imprécisions, qu'il s'agisse de la distinction entre droits extrapatrimoniaux et droits de la personnalité ou du contenu des droits de la personnalité. La différence entre les deux catégories manque de clarté, certains auteurs assimilant les deux types de droits dans la mesure où les droits de la personnalité incluent tous les droits de l'individu qui ne portent pas sur les biens⁹, tandis que d'autres les différencient¹⁰. Plus récemment un consensus s'est instauré autour de l'idée selon laquelle les droits de la personnalité sont une catégorie de droits extrapatrimoniaux¹¹. Les droits extrapatrimoniaux correspondent à des intérêts moraux qui ne sont pas évaluables en argent car ils sont indissolublement attachés à la personne qui y est concernée dans son mode de vie, ses sentiments intimes, son corps¹². Au sein des droits extrapatrimoniaux figurent les droits de la famille relatifs notamment à l'autorité

⁷ A propos du droit à l'image, T. civ. Seine, aff. *Rachel*, 16 juin 1858, *DP* 58. 3. 62 ; Crim. 15 janvier 1864, *DP* 65. 5. 318 ; Civ. 2^e, 6 janvier 1971, aff. *Gunther Sachs*, *D.* 1971. 263, note B. Edelman.

⁸ E.-H. Perreau, « Des droits de la personnalité », *RTD Civ.* 1909. 501 ; R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon, LGDJ, 1939 ; A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. G. Levasseur, LGDJ, 1960 ; P. Kayser, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* 1971. 445.

⁹ E. H. Perreau, art. préc., p. 503.

¹⁰ R. Nerson, *op. cit.*, p. 5 et 345. L'auteur différencie les deux catégories, en raison des incertitudes liées à la théorie de la personnalité tout en admettant que celle-ci est le fondement des droits extrapatrimoniaux.

¹¹ G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien Lextenso, 13^e éd., 2007, n° 60 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction au droit*, Thémis, PUF, 27^e éd., 2002, n° 166 ; Ph. Malinvaud, *op. cit.*, n° 331 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 52 ; C. Larroumet, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, t. I., par C. Larroumet, Economica, 5^e éd., 2006, n° 406 et s. ; J.- L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 13^e éd., 2010, n° 201.

Contra, C. Lazarus, *op. cit.*, n° 73 et s.

¹² G. Cornu, *op. cit.*, n° 60 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^e éd., 2009, n° 235 ; C. Larroumet, *op. cit.*, n° 397 et s. ; J.- L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 201 ; J. Ghestin, G. Goubeaux, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 215 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. I, vol. I., Introduction à l'étude du droit*, par F. Chabas, Montchrestien, 12^e éd., 2000, n° 158. Ce dernier ouvrage apporte une nuance en précisant que les droits sans valeur pécuniaire peuvent tout à fait intégrer le patrimoine. V. également, L. Collet, *La notion de droit extrapatrimonial*, thèse Paris II, 1992, n° 42 ; C. Lazarus, *op. cit.*, n° 56 et 65 et s. Selon cette dernière, l'impossibilité d'évaluation pécuniaire n'est pas le critère mais la conséquence du caractère extrapatrimonial. Le critère de l'intérêt extrapatrimonial peut être trouvé dans sa finalité à savoir la protection de l'identité de la personne, en tant que *substratum* de la personne.

parentale ou au mariage, et les droits de la personnalité tels que le droit au respect du corps humain ou de la vie privée¹³. Si dans l'ensemble, il est admis que les droits de la personnalité sont le genre d'une espèce plus vaste, les droits extrapatrimoniaux, le contenu des droits de la personnalité reste encore imprécis. Les auteurs s'accordent à dire que les droits de la personnalité sont des droits inhérents à la seule qualité de personne humaine, conséquence de l'acquisition de la personnalité juridique et reconnus à tous les individus¹⁴. Cependant, cette définition ne permet pas de savoir si les droits de l'homme et les libertés civiles relèvent ou non de la catégorie des droits de personnalité, contribuant ainsi à la difficulté d'appréhension de ces derniers.

En réalité, deux acceptions des droits de la personnalité existent. Ils peuvent être entendus largement dans la mesure où y figurent d'une part, les droits ayant un caractère primordial¹⁵ que sont les droits de l'homme et les libertés civiles et d'autre part, les autres droits de la personnalité¹⁶. *Lato sensu*, les droits de la personnalité sont des prérogatives innées, possédées par chacun du seul fait d'être une personne, incluant les libertés civiles et les droits de la personnalité *stricto sensu* qui protègent plus précisément l'intégrité physique et morale de la personne. Les droits de la personnalité peuvent en effet être compris plus strictement¹⁷ et n'être relatifs qu'à l'aspect physique ou moral de la personne. Ils « sont des droits extrapatrimoniaux qui (...) manifestent plus directement que les autres, en la personne de leurs titulaires, la répercussion de nombre d'autres droits extrapatrimoniaux »¹⁸ sans être pour autant primordiaux¹⁹. Ainsi,

¹³ G. Cornu, *op. cit.*, n° 60 ; Ph. Malinvaud, *op. cit.*, n° 331 ; C. Larroumet, *op. cit.*, n° 406 et s. ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 52.

¹⁴ Ph. Malinvaud, *op. cit.*, n° 333 ; Ph. Malaurie, *Les personnes*, *op. cit.*, n° 280 ; B. Teyssié, *op. cit.* n° 21 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Introduction au droit*, par Ph. Malaurie et P. Morvan, Defrénois, 3^e éd., 2009, n° 43. V. également, C. Larroumet, *op. cit.*, n° 407. M. Larroumet considère que l'expression "droits de la personnalité" n'est pas adaptée car tous les droits sont des conséquences de la personnalité juridique, il propose de parler plutôt de droits primordiaux ou fondamentaux de la personne.

¹⁵ F. Sudre, *op. cit.*, n° 40. L'auteur considère que les droits de l'homme présentent un caractère objectif.

¹⁶ B. Teyssié, *op. cit.*, n° 21 ; Ph. Malaurie, *Les personnes*, *op. cit.*, n° 280 ; J. Flour, *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, Les Cours de droit, 1967-1968, p. 445 et s. Selon ce dernier, les droits de la personnalité sont les droits de l'homme et les libertés publiques mais transposés au droit privé et protégés non plus contre l'administration mais contre les particuliers.

¹⁷ Ph. Malinvaud, *op. cit.*, n° 333 ; C. Larroumet, *op. cit.*, n° 409 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 52 ; J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 201 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. II, *Les personnes*, par Fl. Laroche-Gisserot, *op. cit.*, n° 789.

¹⁸ F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 53. V. également, A.-C. Aune, « La réception de droits à dans le Code civil », in *Le Code civil et les droits de l'homme, Colloque international de Grenoble, 3 et 4 décembre 2003* (sous la dir. de J.-L. Chabot, Ph. Didier, J. Ferrand), L'Harmattan, 2005, p. 191.

¹⁹ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. II, *Les personnes*, par Fl. Laroche-Gisserot, *op. cit.*, n° 789 ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 21.

le respect de l'identité de chacun implique l'existence d'un droit au nom ou à l'inviolabilité du domicile.

Bien qu'une certaine indétermination demeure quant à la définition des droits de la personnalité, une conception stricte peut être retenue, faisant d'eux une catégorie de droits extrapatrimoniaux n'incluant pas les libertés civiles et les droits de l'homme. Les libertés civiles doivent effectivement être distinguées des droits subjectifs dans la mesure où leur contenu n'est pas déterminé et leur distribution est égalitaire à l'inverse des droits subjectifs. Les libertés s'exercent en concurrence de celles d'autrui alors que les droits subjectifs s'exercent par exclusion des autres²⁰. Quant aux droits de la personnalité, il s'agit d'un cas particulier à la limite du droit subjectif²¹ car tout être humain en bénéficie. La distribution est dès lors égalitaire, mais alors que les libertés sont accordées à tous, les droits de la personnalité le sont à chacun. Dotés d'un contenu plus précis que les libertés civiles, les droits de la personnalité sont donnés individuellement à chaque personne pour préserver son être propre et créent pour la personne une zone de protection renforcée²². Au sein des droits relatifs à l'aspect physique, figurent ainsi le droit de la personne sur son corps et le droit au respect de son corps²³ ; les droits à l'aspect moral comprennent le droit au respect de sa vie privée²⁴, auquel sont rattachés le droit à l'image, à l'inviolabilité du domicile, au secret, à l'honneur, le droit au respect de la présomption d'innocence²⁵, le droit moral de l'auteur sur son œuvre, le droit au nom.

Par actes juridiques extrapatrimoniaux, il convient dès lors d'entendre les actes juridiques portant sur l'exercice de droits de la personnalité compris strictement. Les libertés civiles et droits de l'homme, trop imprécis pour faire l'objet d'un acte juridique, en sont donc exclus. Toutefois, le lien entre les deux catégories de droits extrapatrimoniaux demeure et les droits de la personnalité, expression de revendications

²⁰ P. Kayser, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », art. préc., n° 7; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction générale, op.cit.*, n° 199 ; Ph. Malaurie, *Les personnes, op. cit.*, n° 285.

²¹ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction générale, op. cit.*, n° 226.

²² *Ibid.*

²³ Article 16 à 16-13 du Code civil.

²⁴ Article 9 du Code civil. V. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* 7 janvier 1978, p. 227. La loi garantit aux articles 32, 38, 39, 40, 41, 42 le respect du droit à l'information, du droit d'accès, d'opposition et de rectification des données personnelles qui ont pu être collectées.

²⁵ Article 9-1 du Code civil.

individualistes²⁶ en augmentation constante, apparaissent sans conteste comme l'aboutissement juridique des droits de l'homme²⁷. Le mouvement individualiste touche par ailleurs toutes les catégories de personnes et les enfants, par la CIDE, l'ont pleinement intégré.

2) La reconnaissance des droits de la personnalité de l'enfant par la CIDE

20. L'évolution d'une conception holiste de la famille selon laquelle l'intérêt des individus la composant est subordonné au bien commun vers une conception individualiste faisant de la réalisation et de l'épanouissement de l'individu une priorité a conduit à changer la représentation sociale de l'enfant et à l'envisager « hors de sa famille »²⁸, comme un individu distinct, à l'inverse de l'indifférenciation antérieure²⁹. La CIDE, considérant la famille comme le milieu naturel pour l'épanouissement harmonieux de la personnalité de l'enfant, en est la traduction juridique. Elle s'inscrit dans une perspective individualiste faisant de chaque objectif de bien-être un droit subjectif³⁰ et traduit une nouvelle conception de l'enfant fondée sur des considérations psychologiques, lesquelles ont été « transmues en droits subjectifs »³¹. La CIDE ne peut toutefois être réduite à un individualisme appliqué aux enfants, mais doit être envisagée comme l'aboutissement d'une évolution continue et progressive de la conception de l'enfant, incarnée par le mouvement dit des « droits de l'enfant » né avec la philosophie des Lumières³². La notion de droits de l'enfant apparaît ainsi à la fin du XIX^e siècle : l'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale de la part de sa famille et de la société. A la suite de l'adoption de la CIDE, la protection de l'enfant n'est désormais plus l'objectif exclusif³³, l'aspect *alter ego* de l'adulte est également

²⁶ J.-L. Renchon, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité* (sous la dir. de H. Fulchiron), *op. cit.*, p. 209 ; P. Murat, « Individualisme, libéralisme, légistique », *ibid.*, p. 237.

²⁷ A.-C. Aune, « La réception de droits à dans le Code civil », art. préc.

²⁸ J. Commaille, « L'enfant européen ? », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen* (sous la dir. de D. Gadbin et F. Kernaleguen), Bruylant, 2004, p. XXV.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ D. Cohen, « Le droit à ... », in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 393.

³¹ D. Gutmann, v^o « Enfant », in *Dictionnaire de la culture juridique* (sous la dir. de D. Alland et S. Rials), *op. cit.*

³² V. *infra* n^o 69.

³³ G. Raymond, « La convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *JCP G* 1990, I, n^o 42 : « L'étude de la Convention semble montrer que les auteurs ont très nettement privilégié l'aspect personne humaine de l'enfant sur l'aspect devenir. » V. également, G. Meunier, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le*

capital³⁴. Ainsi, bien que les droits de la personnalité soient reconnus à tout être humain, les rédacteurs de la CIDE ont jugé nécessaire d'en rappeler la jouissance par les enfants³⁵. Ils ne se sont cependant pas contentés de reconnaître à l'enfant des droits similaires à ceux des adultes, ils ont également énoncé des droits spécifiques. La CIDE est ainsi composée de droits spécifiques et de droits « déspecifiés »³⁶, de droits-protections et de droits-libertés. Dispositions emblématiques de la CIDE, les libertés d'expression (art. 12 et 13), d'association, de réunion (art. 15-1), de pensée, de conscience et de religion (art. 14-1) appartenant à tout être humain sont reconnues à l'enfant³⁷. Elles ne relèvent cependant pas des droits de la personnalité *stricto sensu*.

La CIDE consacre parallèlement l'existence de droits-protections propres à l'enfance³⁸ tels que le droit d'être orienté et conseillé par ses parents dans l'exercice de ses droits (art. 5), le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux (art. 7-1), le droit de ne pas en être séparé et d'entretenir des relations personnelles avec chacun (art. 9-1 et 9-3), le droit à une protection pour l'enfant privé de son milieu familial (art. 20-

droit interne des États parties, L'Harmattan, 2002 ; D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, 2002, p. 25.

³⁴ L'unanimité qui a présidé à son adoption ne l'a pas empêchée d'être critiquée : elle ne serait finalement pertinente que pour les États du Tiers Monde, les pays occidentaux n'en ayant en réalité pas besoin. V. Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 6. Selon Mme Neirinck, les rédacteurs de la CIDE ont confondu minorité de l'enfant et minorités, en tant que groupe minoritaire, ce qui brouille nécessairement l'esprit du traité. V. également, J. Hauser, « Des petits hommes ou des petits d'hommes ? », in *L'enfant et les conventions internationales Actes du colloque de Lyon 6 et 7 octobre 1995* (sous la dir. de J. Rubellin-Devichi et R. Frank), Presses universitaires de Lyon, 1996 ; du même auteur, « L'enfant supranational, mythe ou réalité ? », *Petites affiches* 3 mai 1995, n° 53, p. 36 ; A. Finkielkraut, « La mystification des droits de l'enfant », in *Les droits de l'enfant, Actes du colloque européen d'Amiens, 8-10 novembre 1990* ; I. Théry, *Le démariage*, Odile Jacob, 1993, p. 337 et s., spéc. p. 350. Mme Théry voit dans la CIDE un catalogue de « bonnes intentions » et de « pseudo-droits », conduisant à un « paternalisme d'État » dans la mesure où les droits de l'enfant ne sont « pas autre chose que la légitimité autoproclamée d'une certaine conception de ce que sont, hors la sphère juridique, les besoins de l'enfant. », *ibid.*, p. 364.

³⁵ J. Hauser, « Droits de l'enfant, état des lieux », *JDJ* 2001, n° 208. M. Hauser estime que la méthodologie des droits subjectifs n'est pas la plus adaptée en ce qu'elle fait des mineurs « des laboratoires d'essais pour philosophes libertaires ! »

³⁶ I. Théry, *Le démariage*, *op. cit.*, p. 343 ; L. Leveneur, « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant », in *L'autorité parentale en question, Journées d'études des 13 et 14 décembre 2001*, (sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez et Ch. Choain), LERADP, Lille 2, Presses universitaires du Septentrion, 2003, p. 51. V. également, A. Renaut, « L'enfant à l'épreuve de ses droits », in *Enfants adultes, vers une égalité de statuts ?*, *op. cit.*, p. 63.

³⁷ M.-P. Gil-Rosado, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, préf. F. Dekeuwer-Défossez, Defrénois, 2006. L'article 24-1 de la CDFUE énonce désormais le droit pour l'enfant d'exprimer son opinion librement.

³⁸ Le clivage désormais classique entre droits-protections et droits-libertés, correspondant respectivement à des droits « spécifiques » et des droits « déspecifiés » est trop schématique et mérite d'être nuancé. En effet, au sein des droits-protections figurent certes essentiellement des droits liés à la minorité de l'enfant, comme le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ou le droit à l'éducation, mais également des droits « déspecifiés » reconnus à toute personne tels que le droit à la vie privée, à un nom, à une nationalité.

1), le droit pour l'enfant handicapé d'être protégé (art. 23-2), le droit pour l'enfant placé de voir son dossier réexaminé (art. 25), le droit pour l'enfant d'avoir un niveau de vie suffisant pour permettre son développement (art. 27-1), le droit à l'éducation (art. 28-1), le droit au repos et aux loisirs et de participer à la vie culturelle (art. 31), la protection contre l'exploitation économique (art. 32), contre la drogue (art. 33), contre l'exploitation sexuelle (art. 34), contre la traite d'enfants (art. 35), le droit d'avoir des conditions de détention adaptées à son âge (art. 37). Parallèlement, elle reconnaît également des droits-protections « déspecifiés » tels que le droit à la vie (art. 6-1), le droit à un nom et à une nationalité (art.7-1), le droit de préserver son identité (art. 8-1), le droit au respect de sa vie privée, de sa correspondance, de sa famille et de son domicile, de sa réputation (art.16-1), de même que le droit à l'information (art. 17), à la sécurité sociale (art. 26-1) ou encore à la santé (art. 24-1) , le respect des règles de procédure pénale (art. 37 et 40).

La CIDE se veut une application des droits de l'homme aux enfants. Ainsi en est-il des libertés et des droits-protections dits « déspecifiés ». Ces derniers traditionnellement qualifiés de droits de la personnalité ne seraient donc que des droits de l'homme reconnus à l'enfant comme à tout être humain. Ce faisant, elle brouille considérablement la distinction précédemment énoncée entre droits de l'homme, libertés civiles et droits de la personnalité³⁹. Compte tenu de la particularité de la CIDE et des considérations sous-jacentes - la volonté de faire de l'enfant une personne à part entière -, il convient de ne pas remettre en cause la distinction préalable et de fonder la réflexion sur la notion de droit subjectif.

21. Toutefois pour véritablement parler de droit subjectif, encore faut-il que ce droit puisse être effectif, c'est-à-dire qu'il puisse être invoqué en justice. Seul sera un droit de la personnalité au sens strict un droit, spécifique ou non, pouvant être invoqué par les justiciables et dès lors issu d'une disposition directement applicable⁴⁰. L'obstacle à la

³⁹ D. Cohen, « Le droit à... », art. préc. Les « droits à » sont des libertés publiques mais également des droits subjectifs.

⁴⁰ F. Sudre, *op. cit.*, n° 136 et 138 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien Lextenso, 9^e éd., 2010, p. 182. Pour être applicable directement, les règles internationales doivent obéir à deux conditions. Tout d'abord, la règle ne doit pas avoir besoin d'être introduite en droit interne par une disposition spéciale. Ensuite, le texte doit être doté d'effet direct, c'est-à-dire que les États doivent avoir eu l'intention de créer des droits et obligations à l'égard des particuliers et les dispositions doivent être suffisamment précises pour ne pas requérir de mesures supplémentaires nécessaires à leur mise en œuvre. S'agissant de la réception de la CIDE en France, la première condition n'a pas posé de difficulté particulière. En revanche, la seconde a été à l'origine des divergences jurisprudentielles dans la mesure où

reconnaissance de véritables droits subjectifs à l'enfant a été levé par l'admission de l'applicabilité directe de la CIDE qui n'a été ni évidente, ni uniforme⁴¹. Si longtemps la question a fait l'objet de divergences entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, le premier l'admettant de manière sélective⁴², la seconde la refusant catégoriquement⁴³, il existe à l'heure actuelle une relative⁴⁴ cohérence jurisprudentielle ébauchée par le revirement de la juridiction judiciaire⁴⁵.

le caractère *self-executing* des articles de la CIDE était douteux. En effet, certaines dispositions imprécises ne semblent pas pouvoir être appliquées sans mesure complémentaire de l'État, nombre d'entre elles précisant que les États parties « assurent » ou « veillent au respect du droit », « prévoient », « s'engagent » à prendre telle mesure. L'article 4 de la CIDE selon lequel « les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus par la présente Convention (...) » a été le fondement du refus de l'applicabilité directe du texte.

⁴¹ Pour un bilan de l'application de la CIDE : « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après », par A. Gouttenoire, C. Gris, M. Martinez, B. Maumont, P. Murat, *Dr. famille* 2009, dossier 13 et s ; B. Bonnet, « Le Conseil d'État et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan », *D.* 2010. 1031 ; « L'effectivité de la CIDE », Colloque Roubaix 3 et 4 décembre 2009, *Petites affiches* 7 octobre 2010, n° spécial ; « XXe anniversaire de la CIDE », *Gaz. Pal.* 2009. N° spéc. 340.

⁴² Le Conseil d'État admettait l'applicabilité directe de l'article 16-1 : CE 10 mars 1995, *Demirpence*, *D.* 1995. 617, note Y. Benhamou ; *RTD Civ.* 1996. 140, obs. J. Hauser ; de l'article 3-1, CE 22 sept. 1997, *Mlle Cinar*, *Dr. famille* 1998, comm. 56, obs. P. Murat ; *JCP* 1998, II, 10052, obs. A. Gouttenoire ; *RTD Civ.* 1998. 76, obs. J. Hauser ; *RDSS* 1998. 174, obs. F. Monéger ; *RFDA* 1998. 562, concl. R. Abraham. Rejetant l'applicabilité directe des articles 24-1, 26-1 et 27-1, CE 23 avril 1997, *GISTI*, concl. R. Abraham, *AJDA* 1997. 482, chr. D. Chauvaux et T. X. Girardot ; de l'article 9, CE 29 juillet 1994, *Préfet de la Seine-Maritime*, *RFDA* 1994. 1219, note D. Ruzié ; *RDSS* 1995. 167, note F. Monéger ; CE 10 octobre 2001, *RFDA* 2002. 403, obs. D. Ruzié ; des articles 12-1, 12-2 et 14-1, CE 3 juillet 1996, *Paturel*, *Dr. famille* 1997, comm. 9, obs. P. Murat ; des articles 2-1 et 2-2, CE 30 juin 1999, *Guichard*, *D.* 2000. 1, note F. Boulanger ; des articles 6 et 28, CE 29 décembre 1997, *Soba*, n° 170098. V. également, B. Bonnet, art. préc.

⁴³ Civ. 1^{ère} 10 mars 1993, *Lejeune*, *Bull. civ.* I, n° 103 ; *D.* 1994. somm. 34, note F. Dekeuwer-Défossez. V. également, C. Neirinck et P.- M. Martin, « Un traité bien maltraité », *JCP* 1993, I, 3677 ; M.-C. Rondeau-Rivier, « La Convention des Nations unies devant la Cour de cassation. Un traité mis hors jeu », *D.* 1993, chr. 203 ; J. Rubellin-Devichi, « La réception des conventions internationales par le juge français en droit de la famille », *JCP G* 1993, I, 3688 ; Civ. 1^{ère}, 15 juillet 1993, *D.* 1994. 191, note J. Massip. La Cour de cassation refusait au texte, dans sa globalité, toute possibilité d'être invoqué par les particuliers car la convention ne créait, selon elle, d'obligations qu'à la charge des États parties.

⁴⁴ Témoignant du caractère relatif de la convergence administrative et judiciaire, Conseil d'État et Cour de cassation apprécient différemment l'intérêt supérieur de l'enfant. V. Civ. 1^{ère} 6 avril 2011, pourvois n° 10-19053, n° 09-66486, n° 09-17130, *D.* 2011, 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. F. Chénédy ; *Dr. famille* 2011, étude 14, Cl. Neirinck ; *ibid.*, repère 4, Cl. Neirinck ; CE 4 mai 2011, n° 348778, *D.* 2011. 1347 ; *AJ fam.* 2011. 328, obs. F. Miloudi.

⁴⁵ Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16336, *Bull. civ.* I, n° 211 et pourvoi n° 02-20613, *Bull. civ.* I, n° 212, *D.* 2005. 1909, note V. Egéa ; *JCP* 2005, II, 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *Dr. famille* 2005, comm. 156, obs. A. Gouttenoire ; *JCP* 2005, II, 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *RTD Civ.* 2005. 583, obs. J. Hauser. Le revirement peut s'expliquer par la volonté d'unifier jurisprudence administrative et judiciaire. Il semble que la Cour de cassation se résolve à suivre la position du Conseil d'État consistant à analyser chaque disposition. Cependant, s'il est très important, le revirement n'en est pas moins à relativiser dans la mesure où la substance des articles directement applicables figurait déjà en droit interne, soit parce que ces droits existaient déjà avant l'adoption de la CIDE, soit parce qu'ils ont été adoptés à la suite de son entrée en vigueur. V. également, *Rapport annuel de la Cour de cassation 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2010, p. 83 et s.

En sus de l'article 3-1 faisant de l'intérêt de l'enfant une considération primordiale dans toute décision le concernant⁴⁶, sont ainsi directement applicables⁴⁷ et peuvent recevoir la qualification de droit subjectif le droit de connaître ses origines⁴⁸, le droit à un nom et à une nationalité⁴⁹, le droit de préserver son identité⁵⁰, le droit d'être entendu dans toute procédure le concernant⁵¹, le droit au respect de la vie privée, du domicile, de la correspondance, de l'honneur⁵², le droit à des conditions de détention adaptées à l'enfant⁵³. Les droits de la personnalité issus de la CIDE sont donc en nombre limité et se révèlent cohérents avec la typologie classique. S'y ajoutent le droit pour le mineur de connaître ses origines, d'être entendu dans toute procédure le concernant ou à une adaptation des conditions carcérales. L'enfant jouit des droits reconnus par la CIDE et de ceux reconnus à tout adulte, catégories qui en définitive se recourent.

22. De manière générale, viser la représentation en matière extrapatrimoniale revient à envisager non pas l'exercice pour autrui de tous les droits extrapatrimoniaux et

⁴⁶ Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, préc. Beaucoup plus clairement, Civ. 1^{ère} 14 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 245 ; *JCP* 2005, II, 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *Rép. Defr.* 2005. 1418, note J. Massip ; *RDSS* 2005. 814, note Cl. Neirinck ; *D.* 2005. 2790, note F. Boulanger ; *RTD Civ.* 2005. 750, obs. P. Rémy-Corlay ; Civ. 1^{ère} 13 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 334 ; Civ. 1^{ère} 8 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 404.

⁴⁷ La doctrine souligne la différence pouvant être effectuée entre l'effet direct et l'invocabilité, la justiciabilité des articles de la CIDE. Les dispositions non dotées d'effet direct doivent pouvoir bénéficier de leur effet normatif et être invoquées au soutien du contentieux administratif de légalité. En effet, elles sont pleinement intégrées dans le système normatif français en vertu de l'article 55 de la Constitution. En ce sens, B. Bonnet, art. préc. ; A. Gouttenoire, obs. sous CE 31 octobre 2008, *D.* 2009. 1918.

Pour une analyse exhaustive, disposition par disposition, des potentialités de la CIDE, v. « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt après », préc. Sont ainsi susceptibles d'être invoqués directement par les justiciables le droit pour l'enfant placé d'être protégé (art 20-1), le droit à la vie (art. 6), le droit à la santé (art 24-1), à l'éducation (art. 28), la liberté d'expression (art 13), les libertés de réunion et d'association (art. 15), ces dernières étant cependant exclues de notre propos.

⁴⁸ Civ. 1^{ère} 7 avril 2006, *Bull. civ. I*, n° 195 ; *RDSS* 2006. 575, note Cl. Neirinck ; *RTD Civ.* 2006. 292, obs. J. Hauser ; *JCP* 2006, I, 199, n° 1 et s., note J. Rubellin-Devichi ; *Dr. famille* 2006, comm. 124, obs. P. Murat ; *AJ fam.* 2006. 249, obs. F. Chénéde.

⁴⁹ Civ. 1^{ère} 7 avril 2006, préc.

⁵⁰ Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, *Bull. civ. I*, n° 3 ; *AJ fam.* 2010. 89, obs. F. Chénéde ; *RTD Civ.* 2010. 296, obs. J. Hauser ; *D.* 2010. 1904, obs. A. Gouttenoire ; *Petites affiches*, 30 mai 2011, n° 106, p. 5, note F. Le Doujet-Thomas ; *RJPF*-2010-4/16, obs. I. Corpart ; *Dr. famille* 2010, comm. 39, obs. P. Murat ; *RLDC* 2010/69, n° 3749, obs. E. Pouliquen. Le Conseil d'État refuse cependant de reconnaître l'applicabilité directe de l'article 8 : CE 1^{er} avril 1998, n° 155096.

⁵¹ Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20.613, préc. ; Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 434 ; *D.* 2006. 554, note F. Boulanger ; *Dr. famille* 2006, comm. 28, obs. A. Gouttenoire ; *RJPF*-2006-2/44, obs. F. Eudier ; *RDSS* 2006. 349, obs. M. Bruggeman ; *RTD Civ.* 2006. 101, obs. J. Hauser. L'article 12-2 montre à quel point la prise en compte du caractère *self executing* semble relative. En effet, il a été déclaré directement applicable par la Cour de cassation alors que sa formulation laisse penser l'inverse, ce qui d'ailleurs avait motivé, semble-t-il, le refus du Conseil d'État de l'appliquer directement (CE 3 juillet 1996, préc.), pour que ce dernier en définitive admette son applicabilité directe. En ce sens, CE 27 juin 2008, n° 291561, *Fatima A.*, *D.* 2009. 1919, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2008. 342, obs. F. Chénéde.

⁵² CE 10 mars 1995, *Demirpençe*, préc.

⁵³ CE 31 octobre 2008, n° 293785, *Section française de l'observatoire international des prisons*, *D.* 2009. 1918, obs. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils ; *ibid.* 134, note M. Herzog-Evans.

notamment des libertés civiles indétachables de leur titulaire, mais seulement l'exercice des droits de la personnalité dont le contenu est suffisamment précis pour faire l'objet d'un acte juridique. Les actes juridiques extrapatrimoniaux constituent une catégorie très vaste puisqu'ils peuvent aussi bien consister en une adhésion à un statut légal que dans la conclusion d'un contrat⁵⁴. Toutefois l'existence de tels actes ne préjuge pas de leur licéité et le caractère extrapatrimonial des droits de la personnalité se présente comme un obstacle à leur intégration à un acte juridique, *a fortiori* à leur exercice par représentation.

B. Les conséquences du caractère extrapatrimonial des droits

23. La spécificité des droits extrapatrimoniaux leur confère un régime juridique particulier qui réside dans l'impossibilité d'être évalués pécuniairement, dans leur imprescriptibilité, leur intransmissibilité, leur insaisissabilité et leur indisponibilité, en d'autres termes, leur exclusion du commerce juridique (1). Surtout, ils demeurent attachés à la personne de leur titulaire (2). Le caractère extrapatrimonial des droits de la personnalité fait par conséquent obstacle à tout exercice par une personne autre que le titulaire.

1) Des droits exclus du commerce juridique

24. La doctrine affirme que puisque la personne et ses attributs sont extrapatrimoniaux, ils ne peuvent juridiquement circuler, à l'inverse des éléments du patrimoine⁵⁵. C'est pourquoi, ils ne peuvent notamment faire l'objet d'un contrat, instrument d'échange⁵⁶. Le fondement de cette indisponibilité réside dans la protection de la personne et de sa dignité, principe d'ordre public à valeur constitutionnelle, et dans la crainte d'une réification de la personne humaine⁵⁷. Il apparaît dès lors difficilement concevable d'admettre qu'un droit extrapatrimonial puisse être exercé par une tierce personne dans la mesure où il ne peut circuler juridiquement.

⁵⁴ C. Lazarus, *op. cit.*, n° 23.

⁵⁵ C. Larroumet, *op. cit.*, n° 399 et s. ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 119 et s. ; G. Cornu, *op. cit.*, n° 65 et 66 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. II, *Les personnes*, par Fl. Laroche-Gisserot, *op. cit.*, n° 807 ; M. Bourgeois, *La personne objet de contrat*, Paradigme, 2005, n° 13 ; R. Savatier, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », *D.* 1959, chr. 9, n° 14 et s.

⁵⁶ Ass. Plén. 31 mai 1991, *Bull. civ.* n° 4 ; *D.* 1991, p. 417, rapport Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *JCP* 1991, II, 21752, concl. H. Dontenwille, note F. Terré ; *Rép. Defr.* 1991. 948, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller.

⁵⁷ M. Bourgeois, *op. cit.*, n° 77 ; C. Lazarus, *op. cit.*, n° 34. En ce sens, CE 27 octobre 1995, préc. ; Cons. Const. 27 juillet 1994, décisions n° 94-343 et 94-344, préc.

25. Cette analyse doit néanmoins être relativisée car les droits de la personnalité ne sont pas complètement exclus du commerce juridique, pouvant faire l'objet d'actes juridiques⁵⁸. Cette disponibilité est néanmoins imparfaite, limitée⁵⁹ et strictement encadrée. Ainsi, l'autorisation du titulaire du droit est exigée et le droit conserve son caractère extrapatrimonial dans la mesure où l'usage du droit ne peut être que gratuit⁶⁰. Toutefois, si les droits de la personnalité sont bien dans le commerce juridique, l'obstacle conduisant au rejet de la représentation de tels droits n'est pour autant pas levé.

2) Des droits attachés à la personne du titulaire

26. L'objection première consiste dans le caractère personnel des droits exercés : qui mieux que le titulaire même des droits peut les exercer ?⁶¹ Le respect de la personne

⁵⁸ P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978 ; M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD Civ.* 1992, 489 ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 119 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. II, *Les personnes*, par Fl. Laroche-Gisserot, *op. cit.*, n° 808 ; P. Kayser, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », art. préc., n° 37 ; C. Labrusse-Riou, « De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 499 ; C. Filippone, *La contractualisation des droits de la personnalité*, thèse Paris I, 2001, n° 274 ; C. Lazarus, *op. cit.*, n° 209.

A propos du droit à l'image, Ch. Caron, « Les contrats d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image, Association Henri Capitant, Journées Nationales de Grenoble*, t. 7, Dalloz, 2005, n° 1 ; L. Marino, « Les contrats portant sur l'image de la personne », *Comm. com. électr.* 2003, chr. 7 ; P. Tafforeau, « L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes », *Comm. com. électr.* 2007, étude 9.

A propos du droit sur le nom, G. Loiseau, *Le nom, objet d'un contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1997 ; J. Ravanas, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, préf. P. Kayser, LGDJ, 1978, n° 391 et s.

⁵⁹ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Droit fondamental, Manuel de droit des personnes*, PUF, 1^{ère} éd., 2006, n° 265.

⁶⁰ Il faut nuancer le propos dans la mesure où le droit de la personnalité ne peut faire l'objet d'une évaluation pécuniaire mais n'est pour autant pas absolument dénué de l'aspect financier, dans la mesure où d'une part, il peut avoir des conséquences pécuniaires, notamment lorsque des indemnités sont allouées au titulaire en réparation de l'atteinte au droit et où d'autre part, il est susceptible de faire parallèlement l'objet d'un droit d'exploitation patrimonial. En ce sens, H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. I., *Introduction à l'étude du droit*, par F. Chabas, *op. cit.*, n° 158 ; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction générale, op. cit.*, n° 217 et 218 ; Ch. Caron, art. préc. ; P. Tafforeau, art. préc. Ainsi l'action en diffamation conserve son caractère patrimonial en dépit de l'allocation de dommages-intérêts, Civ. 1^{ère} 23 février 2011, pourvoi n° 10-11968.

⁶¹ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 258 ; M. Bourgeois, *op. cit.*, n° 44 ; C. Lazarus, *op. cit.*, n° 279 ; P. Ancel, *op. cit.*, n° 157 ; J. Stoufflet, « L'activité juridique du mineur non émancipé », in *Mélanges offerts à M. le Professeur P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 782 ; M. Azavant, « Effets généraux (comptes et logement) et effets personnels », *Dr. et patrimoine* 2009, n° 180, p. 73 ; D. Tallon, « Droits de la personnalité », *Rép. Civ. Dalloz*, 1996, n° 155. V. également F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n° 132. Bien qu'assimilant le corps humain et ses attributs à des biens disponibles, les auteurs rejettent l'idée d'une représentation en matière personnelle : « (...) les actes portant sur la personne réelle du mineur (...) ont vocation à être accomplis personnellement. » ; « les actes accomplis sur l'état comme les actes sur la personne, dont l'état n'est qu'une émanation, ne sont pas propices à la représentation. »

humaine implique de laisser chacun effectuer tout acte relatif à sa personne car la subjectivité de l'acte est trop importante pour qu'un tiers intervienne. Dans cet esprit, la loi du 5 mars 2007 n° 2007-308 réformant la protection juridique des majeurs consacre le principe de l'autonomie en matière personnelle du majeur protégé et prévoit que la personne sous tutelle « prend seule les décisions relatives à sa personne, dans la mesure où son état le permet⁶² ». Elle exclut même toute assistance ou représentation pour les actes exigeant un consentement strictement personnel⁶³. Pourtant, s'il est toujours préférable que le titulaire d'un droit attaché à sa propre personne l'exerce lui-même et que cette hypothèse soit favorisée, il est des cas où la représentation en matière extrapatrimoniale est la seule issue envisageable, ce qui a conduit le législateur à tenir compte de ces deux alternatives.

§2. L'ADMISSION EXCEPTIONNELLE DE LA REPRÉSENTATION EN MATIÈRE EXTRAPATRIMONIALE

27. Si la majorité des auteurs admet rarement la représentation en matière extrapatrimoniale, cette idée n'est toutefois pas catégoriquement rejetée. Ainsi, Nerson⁶⁴ considérait que des exceptions à l'impossibilité d'exercer des droits extrapatrimoniaux par représentation existaient, notamment pour les incapables. Certes, le principe est bien désormais le rejet de la représentation du majeur protégé s'agissant des actes relatifs à sa personne en faveur de son autonomie. La question se pose néanmoins de savoir s'il est possible d'appliquer un tel raisonnement au mineur non émancipé pour lequel aucune théorie générale de protection de la personne n'est prévue par le droit des incapacités et pour qui n'existe pas non plus d'autonomie de principe sur sa personne, l'autorité parentale et l'incapacité d'exercice demeurant l'une comme l'autre la règle. D'évidence, majeurs sous tutelle et mineurs ne peuvent se voir appliquer une logique similaire, l'autonomie étant pour les premiers le principe et pour les seconds l'exception⁶⁵. Aussi, le rejet catégorique de la représentation à l'occasion d'actes portant sur la personne du mineur ne doit pas être un postulat. Par ailleurs, si les actes extrapatrimoniaux sont naturellement rattachés à l'autorité parentale *stricto sensu*, il est

⁶² Article 459 alinéa 1^{er} du Code civil.

⁶³ Article 458 du Code civil.

⁶⁴ R. Nerson, *op. cit.*, n° 192 ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 119.

⁶⁵ *Contra*, V. Da Silva, *De l'incapacité à la protection en matière personnelle. Évolution et perspectives*, thèse préc., n° 39. En dépit de sa volonté de réaliser une étude analogique et globale de la protection des personnes vulnérables, l'auteur reconnaît l'impossibilité d'admettre un statut général pour les personnes protégées. *Ibid.*, n° 357 et 582.

nécessaire de ne pas s'arrêter à cette première catégorisation et d'en rechercher la nature juridique puisque le mineur ne les accomplit pas lui-même.

La définition des actes juridiques extrapatrimoniaux comme la mise en œuvre de droits de la personnalité amène à raisonner en termes de droits subjectifs. Or, tout droit subjectif est un titre qui confère une puissance, aucun lien indivisible n'existant entre les deux composantes⁶⁶. Cette divisibilité autorise la dissociation des qualités d'auteur de l'acte juridique et de sujet titulaire du droit⁶⁷ et explique le mécanisme de représentation, entendue comme le dédoublement de la jouissance et de l'exercice du droit subjectif⁶⁸. Face à cette décomposition technique, rien ne s'oppose, juridiquement, à ce que des actes juridiques extrapatrimoniaux puissent être accomplis par représentation (A). Elle est même le principe pour les mineurs, le raisonnement ne devant pas se faire par analogie avec les majeurs (B).

A. L'existence de la représentation dans l'accomplissement d'actes juridiques extrapatrimoniaux

28. L'exemple du droit médical (1) démontre que le lien entre la personne et le droit de la personnalité dont elle dispose n'est pas un obstacle à la représentation en matière extrapatrimoniaire en raison du droit dont jouit tout individu de disposer de son corps. Elle est donc *a fortiori* possible dans des cas où l'emprise du rattachement entre le droit extrapatrimoniaire et son titulaire est moins prégnante (2).

1) L'exemple topique du droit médical

29. C'est en matière médicale que le pouvoir de représentation semble le plus improbable puisque l'intégrité physique du mineur est au cœur de l'acte médical. La protection du corps humain et la dignité de la personne confèrent aux actes un caractère éminemment personnel et paraissent par conséquent incompatibles avec la notion de représentation. Pourtant, des tiers à l'acte médical interviennent lors de sa conclusion, qu'il s'agisse des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur pour le mineur ou du seul tuteur⁶⁹ pour le majeur protégé⁷⁰. A quel titre peuvent-ils intervenir

⁶⁶ J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, p. 89 ; R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, Rousseau, 1922, p. 543 ; R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, 1911, rééd. La mémoire du droit, 2001, p. 370.

⁶⁷ M. Storck, *op. cit.*, n° 131.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 137.

⁶⁹ TI Nice 4 février 2009, *D.* 2009. 1397, obs. Th. Verheyde ; *Rép. Def.* 2010. 870, obs. J. Massip.

dans l'accomplissement d'un acte aussi personnel ? Les titulaires de l'autorité parentale peuvent assurément agir en matière médicale en vertu de l'autorité qui leur est conférée par l'article 371-1 du Code civil et notamment en considération de l'objectif de protection de l'enfant qui leur est assigné⁷¹. Cependant, une objection peut être soulevée : considérer que l'acte est accompli en vertu d'un acte de pure autorité, c'est-à-dire d'un pouvoir d'imposer une décision laquelle devra être obéie, est contraire au respect de la dignité humaine et à l'article 16 du Code civil. Ce serait par ailleurs et surtout méconnaître l'article 16-1 et le droit au respect du corps humain dont dispose l'enfant malgré sa minorité et incarné par l'article L. 1111-4 alinéa 6 du Code de la santé publique⁷². Le fondement de l'intervention réside en réalité dans l'existence des droits subjectifs de l'enfant qui obligent à penser différemment le mode de protection.

En matière médicale, le droit à l'information comme le droit à l'accès au dossier médical ont été récemment introduits dans le Code de la santé publique⁷³. Au-delà de ces droits explicitement visés, le droit de disposer juridiquement de son propre corps a été mis en évidence, trouvant son fondement dans les articles 16-1 et suivants du Code civil. L'existence du droit de disposer de son propre corps implique que tout acte médical soit accompli avec le consentement du titulaire du droit (a), consentement délivré de manière particulière pour les personnes privées de l'exercice de leurs droits, c'est-à-dire par représentation (b).

a) L'existence du droit de disposer de son propre corps

30. Le droit au respect du corps humain implique le respect de l'intégrité physique de la personne, incarné par la règle *noli me tangere*. Toute atteinte à l'intégrité physique

⁷⁰ Auquel peut s'ajouter la personne de confiance désormais aux côtés du majeur protégé. V. article L. 1111-6 du Code de la santé publique. V. P. Lokiec, « La personne de confiance », *RDSS* 2006. 865.

⁷¹ Il s'agit là de la position traditionnelle de la doctrine. Faisant le lien avec la notion émergente et plus « moderne » de « protection », v. V. Da Silva, thèse préc., n° 590 et 639.

⁷² Article L. 1111-4 alinéa 6 du Code de la santé publique : « Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables. »

⁷³ Articles L. 1111-2 et L. 1111-7 du Code de la santé publique introduits par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Le droit à l'information était reconnu depuis longtemps par la jurisprudence : Civ. 28 janvier 1942, *D.* 1942. 63 ; Civ. 1^{ère} 7 octobre 1998, *D.* 1998. 530, note P. Sargos. Il figure également dans d'autres textes : article R. 4127-35 du Code de déontologie, article 3 de la Charte du patient hospitalisé, article 5 de la Convention européenne d'Oviedo du 4 avril 1997.

d'autrui sans son consentement est interdite par l'article 16-3 du Code civil⁷⁴ ; tout refus de la personne fait obstacle à ce qu'un tiers porte atteinte à son corps ou à ses éléments. Cependant, le droit au respect du corps humain est double : l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité du corps humain comporte une autre facette qu'est le droit de consentir à l'atteinte. La doctrine considère que le législateur a implicitement consacré l'existence du droit de disposer de son corps en énonçant aux articles 16-1 alinéa 3 et 16-5 du Code civil que le corps humain ne pouvait faire l'objet de droit patrimonial ou de conventions ayant pour effet de lui conférer une valeur patrimoniale⁷⁵. Le corps humain et ses éléments sont dans le commerce juridique, ils sont disponibles même s'ils ne peuvent faire l'objet de droits patrimoniaux, la possibilité de faire l'objet d'actes juridiques ne devant pas être confondue avec l'aptitude à l'échange onéreux. La personnalité, le corps humain et ses attributs sont donc tout à fait disponibles mais cette disponibilité est imparfaite et limitée. Si toute aliénation totale de la personne humaine est interdite, il est permis d'accomplir un acte juridique portant sur le corps humain ou ses attributs, sous réserve de respecter l'ordre public et la dignité humaine⁷⁶.

31. L'exercice du droit de disposer de son propre corps consiste en un acte juridique d'autorisation, un acte levant l'interdit de porter atteinte à l'intégrité physique⁷⁷ qui résulte du consentement donné par le titulaire du droit. Afin d'être en conformité avec le principe de dignité humaine, le droit de disposer de son corps est intégré aux droits de la personnalité dont il possède les caractères⁷⁸ et l'exercice est encadré : il est nécessaire

⁷⁴ Article 16-3 du Code civil : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »

⁷⁵ S. Prieur, *La disposition par l'individu de son propre corps*, Les Études Hospitalières, 1999 ; R. Andorno, *op. cit.*, n° 169 ; M. Gobert, art. préc. ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *op. cit.*, n° 275 et s. ; A. Bateau, *op. cit.*, n° 126 ; Y. Strickler, *Les biens*, Thémis, PUF, 2006, n° 78 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 64.

⁷⁶ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *op. cit.*, n° 275 et s. Les auteurs considèrent également que le droit de chacun sur son corps est un pouvoir juridique mais également un pouvoir physique, ce qui les amène à une conclusion discutable : parce qu'il fait l'objet d'un droit subjectif et que le sujet dispose d'un pouvoir sur lui, le corps humain est une chose. Mais parce qu'il s'agit d'une chose appropriée et rare par son originalité, il s'agit d'un bien. En tant que bien, il fait l'objet d'un droit de propriété. Dès lors le sujet détient un pouvoir exclusif sur son corps consistant dans le droit de refuser toute atteinte à l'intégrité corporelle ou au contraire de l'autoriser ce qui implique le consentement de la personne.

⁷⁷ *Ibid.* MM. Zenati et Revet rattachent cependant la levée de l'interdit au pouvoir physique de disposition de son corps et non juridique.

⁷⁸ S. Prieur, *op. cit.*, n° 600. « L'attribution d'un droit de la personnalité permet de réaliser et de consacrer la dignité même de celui qui dispose de son corps. La qualification et l'encadrement du droit de disposition juridique corporelle répondent à l'impératif de sauvegarde de la dignité humaine (...). Cette conformité permet de rassurer le juriste face à un amoindrissement de la portée du principe de

que le consentement donné soit libre et éclairé, que l'usage du droit ait une finalité thérapeutique et soit gratuit⁷⁹.

Le consentement est donc l'élément fondamental de l'exercice du droit de disposition de son propre corps. Il est toutefois nécessaire de distinguer deux types de consentement : le consentement nécessaire à la formation de tout contrat, en l'occurrence le contrat médical et le consentement consistant en l'assentiment à l'acte médical⁸⁰. L'assentiment à l'acte médical obéit aux mêmes règles que le consentement nécessaire à la validité du contrat et ils sont tous deux donnés dans un même mouvement de volonté, mais le premier est indépendant de toute sphère contractuelle et requis même en l'absence de tout contrat. Surtout, ces deux consentements disposent d'objets différents⁸¹. L'un forme le contrat médical selon les règles civilistes du droit des obligations, l'autre a pour finalité le respect du principe « *noli me tangere* », l'intangibilité du corps humain impliquant l'acceptation de chaque acte médical entrant dans les obligations du médecin. L'assentiment à l'acte médical est par ailleurs exigé qu'il s'inscrive dans le cadre d'une relation de droit privé ou de droit public. Le consentement requis aux articles L. 1111-4 alinéa 3⁸² du Code de la santé publique et 16-3 du Code civil consiste justement en l'assentiment à l'acte médical⁸³, non en une condition de formation du contrat médical puisque depuis la loi du 4 mars 2002, l'assentiment à l'acte médical et au traitement peut être retiré à tout moment. Dès lors,

l'indisponibilité du corps humain qu'il faut constater *de lege lata*. (...) Il est acquis que la dignité humaine n'est pas rebelle à l'acceptation dans notre système juridique d'un véritable droit de disposition juridique de son propre corps. »

⁷⁹ *Ibid.*, n° 599. Il existe toutefois des atténuations de ces exigences dont l'objectif est la solidarité et la préservation de la santé.

⁸⁰ G. Memeteau, *Cours de droit médical*, Les Études Hospitalières, 4^e éd., 2010, n° 434. L'auteur considère que l'assentiment à l'acte médical permet le maintien du contrat en cours qui est le plus fréquemment un contrat à exécution successive.

⁸¹ *Ibid.*, n° 497 et s.

⁸² Article L. 1111-4 alinéa 3 du Code de la santé publique : « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. »

⁸³ A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, Thémis, PUF, 2^e éd., 2009, n° 335. Après avoir distingué acte médical et contrat médical, les auteurs estiment que le consentement requis n'est « pas appréhendé comme une exigence de formation du contrat médical, mais comme une exigence de formation de la décision médicale », notion promue par la loi du 4 mars 2002 au rang de notion juridique. Sur la critique de la notion de contrat médical et l'inadaptation de la distinction entre consentement et assentiment à l'acte médical, M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, préf. G. Memeteau, Les Études Hospitalières, 2008, n° 298 et 754. Selon l'auteur, le contrat n'existe que s'agissant de l'organisation matérielle des soins, en aucun cas s'agissant de l'acte de soins lui-même, lequel résulte de l'adhésion à un statut légal impératif.

cette manifestation de volonté ne revêt pas les caractères du consentement contractuel puisqu'elle ne révèle pas le souhait d'être engagé⁸⁴.

Tout acte médical est donc soumis au consentement de la personne qui en est l'objet et ce consentement consiste dans la levée de l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité du corps humain, qui n'est autre que l'exercice du droit de disposer de son corps, partie intégrante du droit au respect de son corps.

b) L'exercice du droit de disposer de son corps par les « personnes protégées »

32. L'exercice du droit de disposer de son corps se concrétise par un consentement qui est un acte juridique extrapatrimonial puisque l'autorisation de porter atteinte au corps n'est autre qu'un acte juridique unilatéral⁸⁵. Or, une personne frappée d'une incapacité d'exercice ne peut en principe l'accomplir elle-même. Le consentement exigé implicitement des titulaires de l'autorité parentale par le Code de la santé publique aux articles L. 1111-4 alinéa 6 et L. 1111-5⁸⁶ ne peut dès lors que s'analyser en la manifestation de la levée de l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité du corps de l'enfant et donc dans l'exercice du droit du mineur de disposer de son corps, droit exercé par représentation⁸⁷. C'est pourquoi, il est impossible de considérer qu'un

⁸⁴ J. P. Viennois, « La représentation de l'enfant dans le contrat médical », *RGDM* 2005, n°17, p. 39.

⁸⁵ *Contra*, M. Girer, *op. cit.*, n° 775. L'auteur estime qu'il s'agit d'un fait juridique dans la mesure où la manifestation de volonté ne fait que déclencher un dispositif entièrement prévu par le législateur.

⁸⁶ Article L. 1111-5 du Code de la santé publique : « Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé (...). »

⁸⁷ S. Prieur, *op. cit.*, n° 428 et 436. M. Prieur considère que les personnes privées de l'exercice de leurs droits ont tout à fait la maîtrise matérielle de leur corps, mais n'en ont pas la disposition juridique. « Face à cette incapacité d'exercice, et dans un souci de protection, les représentants légaux – parents, tuteurs, conseil de famille – sont chargés d'exercer son droit en son nom et place. Tel est le cas pour le droit de disposer de son propre corps. » V. également, M. Girer, *op. cit.*, n° 333 ; J. P. Viennois, « La représentation de l'enfant dans le contrat médical », art. préc.

Dans le même ordre d'idées, F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *op. cit.*, n° 303. Ces derniers estiment que les mineurs doivent être représentés mais comme la représentation sied mal aux actes par lesquels on administre les attributs personnels, s'il est apte à exprimer une volonté, l'incapable devra également donner son consentement. Dans la logique de leur analyse liée au droit de propriété, la représentation dans l'exercice du droit de disposer de son corps est considérée comme l'administration de biens de l'enfant. Les actes accomplis sont selon eux des actes de disposition. Le même raisonnement est suivi en ce qui concerne les attributs personnels, image (n° 342), voix (n° 359) et vie privée (n° 388).

Nombre d'auteurs ne précisent cependant pas la nature du pouvoir conféré aux titulaires de l'autorité parentale et se contentent de relever la nécessité de leur consentement. V. G. Memeteau, *op. cit.*, n° 464 ; A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *op. cit.*, n° 332. Selon ces derniers, « le droit du mineur de consentir aux soins est un droit subsidiaire à celui de ses parents ». Cependant, à propos du consentement à la recherche médicale, ils admettent que le consentement peut être représenté pour les mineurs.

pur acte d'autorité légitime l'atteinte à l'intégrité physique⁸⁸. Le consentement des titulaires de l'autorité parentale n'est autre que le consentement du mineur donné par représentation, c'est-à-dire l'exercice par représentation du droit de disposer de son corps. Quant à la santé du mineur, les titulaires de l'autorité parentale ou les organes de tutelle le représentent donc à la fois lors de la conclusion du contrat médical et lors de l'acceptation de l'acte médical, en exerçant en son nom et pour son compte le droit de disposer de son corps, dans le cadre d'une relation de droit privé ou hors contrat médical lorsque le mineur est usager du service public⁸⁹.

33. Il existe donc en matière médicale un mécanisme de représentation malgré le caractère éminemment personnel des actes effectués. La représentation n'a par ailleurs pas seulement lieu en cas d'atteinte à l'intégrité corporelle, elle vaut également pour le droit à l'information et le droit à l'accès au dossier médical. L'article L. 1111-2 alinéa 5 du Code de la santé publique dispose, à propos du droit à l'information dont jouit tout patient, que « les droits des mineurs (...) sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur ». Quant au droit d'accès du patient à son dossier médical, l'article L 1111-7 alinéa 5 dispose que « dans le cas d'une personne mineure, [il] est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale ». Dès lors, le Code de la santé publique vise bien un mécanisme de représentation, même en matière extrapatrimoniaire.

De cet exemple éminemment personnel, nous pouvons *a fortiori* conclure que l'exercice de droits de la personnalité peut être effectué par représentation. Pourtant, en vertu de l'adage « *specialia generalibus derogant* », il est possible de n'y voir qu'une application exceptionnelle liée au droit médical et propre au Code de la santé publique sans que pour autant le droit commun admette la représentation en matière personnelle pour le mineur. Infirmant l'idée d'une application spéciale de la représentation en matière médicale, le Code civil admet également le recours à un tel mécanisme dans l'accomplissement d'actes juridiques relatifs à la personne du mineur.

⁸⁸ En ce sens, D. Duval-Arnould, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, op. cit., p. 14. L'auteur lie le consentement des parents à l'acte médical et l'incapacité d'exercice du mineur mais considère que le consentement donné n'est que l'exercice d'un « droit extracontractuel » propre des parents, exercé dans l'intérêt de l'enfant, parce que ce dernier ne dispose « pas de souveraineté sur son corps ». V. également, V. Da Silva, thèse préc., n° 590.

⁸⁹ Civ. 1^{ère} 3 mars 1998, pourvoi n° 96-16381. De manière contestable, les juges considèrent que les titulaires de l'autorité parentale ont consenti à l'acte médical en dépit de l'absence de consentement exprès dès lors que le père avait fait une demande de prise en charge au titre du régime d'assurance-maladie.

2) L'exercice de droits de la personnalité appartenant au mineur par un représentant

34. Le Code civil fait lui-même référence à l'accomplissement d'actes juridiques extrapatrimoniaux. La référence aux titulaires de l'autorité parentale pouvait conduire à nier la nature de la prérogative exercée et à rattacher l'acte à une pure décision d'autorité, de surveillance et de protection⁹⁰. La démonstration de l'existence d'une représentation en matière médicale où l'emprise de la personne sur l'acte juridique est très forte, prouve que dès lors que l'enfant se trouve engagé dans une relation d'obligation par l'effet d'un acte, même extrapatrimonial, c'est un pouvoir de représentation qui en est à l'origine.

35. Ainsi en est-il de nombreux actes relatifs à l'identité de l'enfant. Selon l'article 17-3 du Code civil, en matière de nationalité, le mineur de moins de seize ans « doit être représenté par celui ou ceux qui exercent à son égard l'autorité parentale ». S'il est sous tutelle, « sa représentation est assurée par le tuteur autorisé à cet effet par le conseil de famille ». Quant au changement de prénom du mineur justifié par un intérêt légitime, l'article 60 précise que la requête est présentée au juge aux affaires familiales par le « représentant légal ». Si la notion de « représentant légal » reste floue et indéterminée quant au titre visé, elle n'en fait pas moins référence au mécanisme de représentation. A propos du changement de nom⁹¹, il est précisé par le décret du 28 décembre 2005⁹² que « lorsque la demande pour le compte d'un mineur n'est pas présentée par ses deux parents exerçant en commun l'autorité parentale, l'autorisation du juge des tutelles ou, en cas d'ouverture de la tutelle, celle du conseil de famille est requise ». La demande étant présentée pour le compte du mineur, il s'agit bien de représentation et non d'autorité pure et simple. De surcroît, le renvoi au juge des tutelles, juge de la représentation, va en ce sens. Il en est de même en cas de francisation du nom ou du prénom lors de l'acquisition de la nationalité française⁹³. La demande de passeport faite

⁹⁰ R. Legeais, *L'autorité parentale : étude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée*, *op. cit.*, p. 59 et s. ; R. Nerson, *RTD Civ.* 1973. 334 ; D. Duval-Arnould, *op. cit.*, p. 14.

⁹¹ Article 61 du Code civil.

⁹² Article 84 du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, *JO* 29 décembre 2005, p. 20350.

⁹³ Article 7 de la loi n° 72-964 du 25 octobre 1972, modifié par la loi n° 74-631 du 5 juillet 1974, *JO* 7 juillet 1974, p. 7099.

au nom d'un mineur est présentée par une personne exerçant l'autorité parentale⁹⁴. Il s'agit là encore de l'usage d'un pouvoir de représentation puisque la demande est faite au nom du mineur par le « représentant légal » et qu'il s'agit de son propre passeport, non d'une inscription du mineur sur le passeport de son ou ses parent(s).

36. L'enfant possède également des droits de la personnalité destinés à protéger son intégrité morale tels que le droit sur son image et au respect de sa vie privée qui peuvent faire l'objet d'actes juridiques. Ainsi, un contrat portant sur l'image de l'enfant peut être conclu⁹⁵ ; la divulgation d'éléments de la vie privée du mineur peut également faire l'objet d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'un contrat ou de l'autorisation délivrée pour la collecte de données personnelles encadrée par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Il en est de même de la mise en œuvre du droit à l'information, du droit d'accès, d'opposition et de rectification des données personnelles⁹⁶.

Comme pour tout droit de la personnalité, l'exercice du droit se manifeste par le consentement délivré par le titulaire. S'agissant du mineur, selon une formule récurrente, l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale est requise lorsque de tels droits sont en cause⁹⁷. La jurisprudence rappelle régulièrement que l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale est nécessaire⁹⁸. Le terme d'autorisation est sujet à

⁹⁴ Article 8 du décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports, *JO* 31 décembre 2005, p. 20742 : « La demande de passeport faite au nom d'un mineur est présentée par une personne exerçant l'autorité parentale. La demande de passeport faite au nom d'un majeur placé sous tutelle est présentée par son tuteur. Dans l'un et l'autre cas, le représentant légal doit justifier de sa qualité. »

⁹⁵ J. Hauser, « L'enfant ou l'enfance ? Le droit à l'image », *D.* 2010. 214 ; Th. Hassler, « Le cas particulier de l'image du mineur », *AJ fam.* 2008. 188.

⁹⁶ A. Debet, « Internet et vie privée : la protection et la liberté du mineur internaute, *Comm. com. élect.* 2005, étude 40 ; *Internet et la collecte de données personnelles auprès des jeunes*, rapport de la CNIL, par C. Alvergnat, 2001, p. 35 ; *Protection de l'enfant et usages de l'Internet*, Rapport remis à Ph. Douste-Blazy, ministre des Solidarités, de la santé et de la famille, La Documentation française, 2005, p. 104.

⁹⁷ Par exemple, article 58 de la loi n° 78-17 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁹⁸ Quant au respect du droit à la vie privée du mineur, « la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur [est] soumise à l'autorisation de la personne ayant autorité sur lui » : Civ. 1^{ère} 18 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 134 ; *JCP* 1972, II, 17209, concl. R. Lindon. V. également, Paris 1^{er} février 1989, *D.* 1990. 48, note E. Agostini ; Civ. 2^e 25 novembre 2004, *Bull. civ. II*, n° 506.

A propos du droit à l'image de l'enfant, Civ. 1^{ère} 12 décembre 2000, *Bull. civ. I*, n° 322 ; *D.* 2001. 2077, obs. C. Caron ; *RTD Civ.* 2001. 329, obs. J. Hauser ; Civ. 2^e 3 juin 2004, *Bull. civ. II*, n° 274 ; confirmant Paris 14 février 2002, *D.* 2002. 2004, note J. Ravanis ; *RTD Civ.* 2002. 487, obs. J. Hauser ; Versailles 16 février 2006, *D.* 2006. 2704, obs. A. Lepage ; Paris 31 octobre 1991, *D.* 1992. IR. 9 ; Civ. 1^{ère} 27 mars 1990, *Bull. civ. I*, n° 72. V. également, TGI Paris 21 mars 1984, *JCP G*, II, 20326, obs. R. Lindon ; Paris 13 mars 1965, *JCP*, II, 1423.

L'autorisation est spéciale : Civ. 1^{ère} 14 juin 2007, *Bull. civ. I*, n° 236 ; Civ. 2^e 19 février 2004, *Bull. civ. II*, n° 73. V. également CE 16 mars 2011, n° 334289, *JCP G* 2011, II, 704, obs. S. Regourd ; *RJPF*-2011-

interrogations : cette autorisation est-elle une manifestation de l'autorité appartenant aux personnes protégeant la personne de l'enfant ou est-ce la référence au consentement donné par tout titulaire - mineur ou majeur - d'un droit de la personnalité à son exercice ? L'autorisation a été définie par la doctrine comme un acte unilatéral permissif octroyant une faculté et levant une interdiction d'exercice⁹⁹. Or, selon l'auteur, l'autorisation donnée à l'usage d'un droit de la personnalité ne crée pas une faculté puisqu'elle met « à la charge du prétendu autorisé l'obligation de mettre positivement en œuvre la possibilité accordée par l'acte. »¹⁰⁰ Dans cette hypothèse, l'autorisation doit être entendue comme le consentement, condition de formation de la convention portant sur un droit extrapatrimonial, non pas comme l'acte unilatéral permissif et le concours apporté à un acte juridique. L'autorisation donnée à la conclusion d'un acte relatif à un droit de la personnalité est donc à la fois consentement du titulaire, c'est-à-dire manifestation de la protection de sa personnalité et exercice du droit lui-même, et condition de formation de l'acte extrapatrimonial. Aussi, lorsque les titulaires de l'autorité parentale délivrent une autorisation relative à un droit de la personnalité, il s'agit de l'autorisation assimilée à l'exercice du droit et au consentement contractuel, autorisation que le titulaire du droit - le mineur - doit délivrer et que son incapacité d'exercice oblige à donner par représentation. Non seulement, il ne s'agit pas d'une autorisation résultant d'un concours à l'acte juridique, à l'instar de l'assistance, mais en raison de l'existence d'un droit de la personnalité du mineur, elle ne peut être assimilée à la mise en œuvre pure et simple d'un pouvoir d'autorité, de protection et de surveillance.

Lorsque les parents effectuent un acte juridique portant sur l'image de leur enfant, c'est bien le droit subjectif de ce dernier sur sa propre image qui en est l'objet et les parents concluent l'acte au nom et pour le compte du mineur qui se trouve engagé dans un lien d'obligation. Parce qu'ils consentent au nom et pour le compte de l'enfant à l'usage d'un droit de la personnalité lui appartenant, ils agissent en tant que représentants et non par simple autorité. De surcroît, considérer que l'utilisation de l'image de l'enfant relève d'un pouvoir propre des parents porte atteinte à sa

9/39, obs. F. Eudier ; CEDH *Reklos et Davorlis c/ Grèce*, 15 janvier 2009, *RTD Civ.* 2009. 283, obs. J.-P. Marguénaud.

A propos d'un majeur protégé, *Civ. 1^{ère}* 24 février 1993, *D.* 1993. 614, note Th. Verheyde ; *RTD Civ.* 1993. 326, obs. J. Hauser.

⁹⁹ B. Thullier, *L'autorisation, étude de droit privé*, préf. A. Bénabent, LGDJ, 1996, n° 255..

¹⁰⁰ *Ibid.*, n° 67 et 82.

personnalité. Il faut dès lors en conclure que l'acte juridique portant sur l'image de l'enfant ou conduisant à la divulgation d'informations relevant de sa vie privée, telle que l'autorisation délivrée pour la collecte de données personnelles sur l'enfant et de manière générale, tous les actes portant sur les droits de la personnalité, sont accomplis par représentation¹⁰¹. La représentation n'a donc pas seulement lieu en matière médicale, toute une série d'actes relatifs à la personne peuvent également en relever. L'existence d'une représentation en matière d'actes juridiques extrapatrimoniaux ne fait pas de doute.

37. D'ailleurs, lorsque le mineur est placé sous tutelle, le pouvoir de représentation dont dispose le tuteur est un pouvoir général. En effet, si le caractère général de la représentation du mineur sous autorité parentale est encore latent, il n'en est pas de même de la représentation du mineur sous tutelle qui ne subit pas en principe le parasitage de l'autorité parentale. La protection du mineur appartient au conseil de famille et au tuteur. Le tuteur a pour mission de prendre soin de la personne du mineur et de le représenter dans tous les actes de la vie civile¹⁰². Le conseil de famille prend les décisions et règle les conditions générales d'entretien et d'éducation du mineur¹⁰³. Il est ainsi habituellement admis que le conseil de famille possède un pouvoir similaire à l'autorité parentale¹⁰⁴ tandis que le tuteur représente le mineur. Le tuteur est l'exécutant des décisions du conseil de famille, il est le « bras » juridique de ce dernier. Le conseil de famille ne dispose pas du pouvoir de représentation, il n'accomplit pas d'actes juridiques au nom et pour le compte du mineur, se cantonnant à un pouvoir décisionnaire ou à un pouvoir d'autorisation lorsqu'il est nécessaire d'effectuer un acte de disposition¹⁰⁵. Aussi, lorsqu'il s'agit d'accomplir un acte juridique extrapatrimonial, le tuteur représente le mineur. En ce sens, les textes prévoyant la représentation extrapatrimoniale du mineur par les titulaires de l'autorité parentale attribuent ce pouvoir au tuteur¹⁰⁶. Certes, les dispositions relatives à la tutelle sont, comme pour l'administration légale, exclusivement organisées autour de la gestion de patrimoine,

¹⁰¹ J. Ravanas, *op. cit.*, n° 396 et s. ; C. Caron, obs. sous Civ. 1^{ère} 12 décembre 2000, préc. ; P. Tafforeau, art. préc.

¹⁰² Article 408 du Code civil.

¹⁰³ Article 401 du Code civil.

¹⁰⁴ Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *JCP* 2001, II, 10548, note Th. Fossier ; *Rép. Defr.* 2001. 97, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 2001. 109, obs. J. Hauser.

¹⁰⁵ Articles 401 alinéa 3 et 505 et suivants du Code civil.

¹⁰⁶ Par exemple, article 17-3 du Code civil.

révélant une fois de plus l'absence de prévision législative en matière personnelle et l'inadaptation du système actuel des incapacités, mais le tuteur n'en dispose pas moins d'un pouvoir extrapatrimonial. Le pouvoir palliatif à l'incapacité d'exercice du mineur appartient donc au seul tuteur et il est général dans la mesure où si le conseil de famille prend les décisions relatives à la personne du mineur, il n'a pas vocation à conclure des actes juridiques.

38. Enfin si besoin était, le législateur a récemment rappelé la possibilité de représenter une personne dans l'accomplissement d'actes personnels. Selon la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, si le principe de la représentation d'une personne sous tutelle en matière personnelle doit rester une exception¹⁰⁷, cette technique n'en est pas moins admise par le droit commun des majeurs protégés. Le majeur sous tutelle prend seul les décisions personnelles mais si son état ne le lui permet pas, il peut bénéficier d'une assistance de la part de la personne chargée de sa protection. Si celle-ci se révèle insuffisante, le juge peut décider d'une représentation par le tuteur, pour l'ensemble des actes personnels ou certains d'entre eux¹⁰⁸.

Il n'est donc pas impossible juridiquement d'accomplir des actes relatifs à la personne par représentation. Reste néanmoins à savoir si la représentation du mineur en matière personnelle est un mécanisme exceptionnel comme pour les majeurs protégés ou si elle est au contraire la règle.

B. La représentation extrapatrimoniale, un principe pour le mineur

39. Parce que le raisonnement est propre au droit des incapacités, la représentation a vocation à s'appliquer à titre de principe en matière extrapatrimoniale pour le mineur. La nécessité de représenter le mineur apparaît sur plusieurs plans d'une part, parce qu'elle évite au mineur de subir une incapacité de jouissance (1) et d'autre part, parce que l'incapacité d'exercice de droit rend l'action par l'intermédiaire des parents impérative (2).

¹⁰⁷ Articles 458 et 459 alinéa 1 du Code civil.

¹⁰⁸ Article 459 alinéa 2 du Code civil.

1) Le rejet d'une incapacité de jouissance extrapatrimoniale

40. L'exposé d'actes relatifs à la personne du mineur démontre que la technique de la représentation ne se limite pas aux actes patrimoniaux, la justification d'une telle extension du champ d'application réside dans la particularité du domaine d'intervention : l'incapacité juridique. Si rejeter la représentation en matière personnelle se conçoit tout à fait pour un majeur ne bénéficiant pas de mesure de protection puisqu'il dispose de l'aptitude mentale et juridique à effectuer de tels actes et qu'il est le meilleur juge de ses intérêts, cela est beaucoup moins évident pour une personne protégée, notamment le mineur qui, à quelques exceptions près¹⁰⁹, subit une incapacité d'exercice totale et de principe, due à son immaturité, même en matière personnelle. La question se pose en réalité différemment selon que la représentation est la conséquence d'une incapacité d'exercice ou de la volonté du représenté lui-même capable de tous les actes de la vie civile. Rejeter la représentation extrapatrimoniale à l'occasion d'actes juridiques extrapatrimoniaux conduirait à une incapacité de jouissance du mineur, ce qui n'est pas le cas du majeur non protégé, tout à fait capable de passer un acte seul¹¹⁰. Une telle incapacité est contestable puisqu'elle porte atteinte à la personnalité juridique du mineur et la représentation dans l'accomplissement d'actes personnels est donc une nécessité de la vie juridique¹¹¹.

Certains auteurs considèrent pourtant, à propos des actes strictement personnels relatifs au majeur protégé, qu'il est parfois préférable d'être frappé d'une incapacité de jouissance plutôt que de voir un tiers intervenir dans la vie personnelle et intime du représenté¹¹². Cette position ne peut être admise que de manière spéciale et ne saurait

¹⁰⁹ V. *infra* n° 354 et s.

¹¹⁰ La représentation extrapatrimoniale d'origine conventionnelle n'est pas inenvisageable. A partir du moment où il est spécial, un mandat pourrait très bien porter sur l'exercice d'un droit extrapatrimonial pourvu que cet exercice soit suffisamment contrôlé. Ainsi en est-il de la représentation par un agent artistique dont le mandat peut porter sur le droit à l'image de l'artiste. Il en est de même du mandat de protection future qui porte sur la personne du majeur lorsqu'il sera protégé mais est conclu alors que celui-ci est pleinement capable. Quoiqu'il en soit, rejeter la représentation dans le cas d'un majeur non protégé ne lui fait pas subir une incapacité de jouissance.

¹¹¹ R. Savatier, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », art. préc., n° 4 et 15. L'auteur estime d'une part, que le mécanisme de représentation s'explique par les nécessités de la vie juridique de la personne car « il n'est pas de personne sans vie de droit » et d'autre part que la représentation en matière extrapatrimoniale existe « par la force des choses », les pouvoirs du représentant s'étendant « en ce qui touche les besoins immédiats de [la] vie à la conduite de [la] personne. »

¹¹² Th. Fossier, « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr. famille* 2007, étude 17 : à propos de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, qui énonce le principe d'une représentation à titre d'exception du majeur protégé pour les actes impliquant un « consentement

être appliquée en général au mineur : rejeter la représentation extrapatrimoniale globalement et non pour des actes spécifiques - ce qui est le cas des actes strictement personnels du majeur - porte gravement atteinte à la qualité de sujet de droit du mineur. Le seul recours serait alors d'admettre que l'autorité parentale *stricto sensu* assure le respect de ces droits et effectivement ce fondement est envisagé par les tenants de la « protection »¹¹³. Certes, la rénovation actuelle de la défense des intérêts des personnes vulnérables impose de la penser différemment, en détachant les notions de protection et d'incapacité d'exercice, la seconde n'étant qu'une déclinaison de la première. La protection implique désormais de recourir à des techniques ne portant pas atteinte à la capacité d'exercice et valorisant l'autonomie de la personne. En définitive, l'autonomie surveillée prévaut sur l'incapacité d'exercer ses droits et l'autorité parentale en tant qu'accompagnement de l'enfant autonome s'inscrirait pleinement dans cette modernisation. Cette évolution est évidemment louable mais s'agissant du mineur pour qui le principe demeurera l'inaptitude à exercer ses droits, elle paraît peu réaliste et n'aura vocation à s'appliquer que de manière exceptionnelle à mesure de l'accroissement de sa capacité naturelle. En réalité, les nouvelles modalités de la protection des personnes vulnérables ne valent que si le postulat est l'autonomie de la personne et finalement la capacité d'exercice. Si la représentation est une exception dans la protection de la personne du majeur sous tutelle, elle demeure un principe de protection du mineur car le raisonnement doit être différent, malgré leur similarité apparente, entre majeur protégé et mineur.

2) La représentation, un mécanisme nécessaire *ab initio*

41. Le postulat est différent selon que l'hypothèse concerne un majeur protégé ou un mineur. En principe, un majeur est pleinement capable, à l'inverse du mineur. Dans ces conditions, porter atteinte à la capacité d'exercice du majeur ne doit se faire qu'en respectant les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité¹¹⁴ : la mise en

strictement personnel », l'auteur estime qu'il est des actes « rebelles à toute immixtion d'un tiers, en sorte qu'il vaut mieux soit les laisser faire par le sujet concerné (au risque d'une annulation pour trouble mental), soit y renoncer, plutôt que de les faire faire ou même seulement de les faire contrôler par un autre sujet, serait-il légalement mandaté. ». Pour un point de vue similaire, M. Azavant, « Effets généraux (comptes et logement) et effets personnels », art. préc. *Contra*, P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. famille* 2009, étude 17.

¹¹³ V. Da Silva, thèse préc., n° 637.

¹¹⁴ Article 428 du Code civil. V. Th. Fossier, « La réforme de la protection des majeurs, Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP G* 2007, I, 118. Du même auteur, « L'objectif de la réforme du droit des

place d'une mesure de protection ne doit avoir lieu que si elle se révèle nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la personne, si aucune autre solution n'est envisageable et elle doit être adaptée à la situation en cause. C'est pourquoi, la représentation du majeur protégé ne doit intervenir qu'en dernier recours. Le mineur, en revanche, est frappé d'une incapacité d'exercice de principe et absolue. *Ab initio*, la question de la nécessité de la représentation ne se pose pas : elle l'est¹¹⁵.

42. Comme tout principe, elle pourra néanmoins connaître des exceptions mais l'autonomie du mineur ne peut être que résiduelle et progressive à mesure de sa maturité et du risque encouru¹¹⁶ ou du caractère éminemment personnel de l'acte¹¹⁷. Le droit médical étant dérogatoire au droit commun, la représentation y apparaît aménagée, voire subsidiaire pour certains¹¹⁸ mais elle existe incontestablement¹¹⁹. La règle selon laquelle le mineur doit consentir à titre de principe à l'acte médical doit être considérée comme une disposition spéciale¹²⁰ ne remettant pas en cause le caractère principal de la représentation. Seule la spécificité du droit médical et la sauvegarde de la santé l'expliquent. Dans le même ordre d'idées, le consentement du mineur de plus de treize ans est exigé pour certains actes relatifs à sa personne sans que le principe de représentation soit fondamentalement remis en question¹²¹. Il est en outre d'autres cas où le mineur est autorisé à agir seul, mais il ne faut y voir que des exceptions à la représentation en matière extrapatrimoniale, sans que la règle soit pour autant atteinte¹²². Il s'agit en effet d'actes dits strictement personnels ou éminemment personnels assez peu nombreux. Qu'il faille prendre en compte la maturité croissante de l'enfant ou son autonomie grandissante dans sa vie personnelle ne remet pas en question

incapacités, protéger sans jamais diminuer », *Rép. Def.* 2005. 3 ; « Nécessité, subsidiarité et proportionnalité de la protection des majeurs », *JCP N* 2005. 1104.

¹¹⁵ La jurisprudence de la CEDH illustre cette nécessité pour le mineur d'être représenté par l'intermédiaire du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la CEDH. Le mineur doit pouvoir avoir accès à un tribunal et les États doivent faire en sorte que son droit soit effectif. V. CEDH *X et Y c/ Pays-Bas* 26 mars 1985, série A, n° 91 ; *JDI* 1986. 1080, obs. P. Rolland ; *Andersson c/ Suède* 25 février 1992, série A, n° 226-A.

¹¹⁶ Il est possible d'y voir une application du principe de proportionnalité, ce qui ne modifie pas le principe en lui-même. V. *infra* n° 353.

¹¹⁷ V. *infra* n° 373.

¹¹⁸ V. Rachet-Darfeuille, « Témoins et représentants du patient : les apports de la loi du 5 mars 2007 relative à la protection des majeurs », *RGDM* 2007, n° 25, p. 236 et 241.

¹¹⁹ V. *supra* n° 32.

¹²⁰ Article L. 1111-4 alinéa 6 du Code de la santé publique : « Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. »

¹²¹ V. *infra* n° 390 et s.

¹²² V. *infra* n° 373.

le principe d'une représentation extrapatrimoniale. S'il est âgé de plus de 16 ans, le mineur peut accomplir seul les démarches en matière de nationalité¹²³. Le parent mineur peut exercer une action en recherche de maternité ou de paternité¹²⁴ ou reconnaître son enfant¹²⁵ comme exercer seul ses droits de parent¹²⁶. La jeune fille dispose également d'une autonomie en matière de contraception et d'interruption volontaire de grossesse¹²⁷. Il en est de même pour tout mineur lorsqu'une intervention médicale s'avère nécessaire à la sauvegarde de sa santé et qu'il souhaite garder le secret¹²⁸. Si dans l'un et l'autre cas, les actes strictement personnels ne peuvent être réalisés par représentation, mineur et majeur sous tutelle sont néanmoins soumis à des régimes différents : l'autonomie en matière personnelle est la règle pour le majeur protégé alors qu'elle n'est qu'une exception pour le mineur.

43. Le pouvoir de représentation détenu par les titulaires de l'autorité parentale est donc un pouvoir incluant les actes juridiques extrapatrimoniaux. Même si elle n'est pas systématiquement visée, c'est bien de représentation qu'il s'agit lorsque les titulaires de l'autorité parentale sont visés¹²⁹ et qu'il convient de mettre en œuvre un droit de la personnalité, aboutissant à insérer le mineur dans un rapport de droits et d'obligations. L'extension du pouvoir au domaine extrapatrimonial est dérogatoire au principe selon lequel admettre la représentation dans la conclusion d'actes relatifs à la personne du représenté porte atteinte au respect de sa personne. Cette dérogation trouve sa justification non seulement dans l'impossibilité de frapper le mineur d'une incapacité de jouissance d'une grande ampleur, l'atteinte à la personnalité du mineur s'avérant alors plus grave, mais également dans l'impossibilité d'admettre qu'il s'agisse d'une décision de pure autorité de la part des parents en raison de l'existence d'un droit subjectif propre à l'enfant.

44. Dans la mesure où il ne faisait aucun doute que le pouvoir est patrimonial, le domaine de la représentation est donc tel qu'énoncé par l'article 389-3 du Code civil : tous les actes de la vie civile sont exercés par représentation des administrateurs légaux.

¹²³ Article 17-3 du Code civil.

¹²⁴ Article 328 du Code civil

¹²⁵ Req. 4 novembre 1835, S. 1835, I, 785.

¹²⁶ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1155.

¹²⁷ Article L. 5134-1 du Code de la santé publique ; article L. 2212-7 alinéa 3 du Code de la santé publique.

¹²⁸ Article L. 1111-5 du Code de la santé publique.

¹²⁹ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1002.

Cependant, la référence faite aux titulaires de l'autorité parentale pose problème. Elle confirme, en renvoyant aux protecteurs de la personne du mineur, que la représentation a lieu en matière extrapatrimoniaire, mais brouille la notion de représentant du mineur. Le fondement juridique de la représentation en matière extrapatrimoniaire et plus largement de la représentation légale du mineur soulève des difficultés. A ce titre, il importe de vérifier si la représentation extrapatrimoniaire trouve son assise dans l'article 389-3 du Code civil, son fondement traditionnel ou si, au contraire, elle s'en affranchit.

Section 2 : LE CARACTÈRE EXCLUSIVEMENT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRATION LÉGALE

45. Au sein du livre 1^{er} « Des personnes », le Code civil envisage indirectement l'incapacité d'exercice au chapitre 1^{er} du nouveau titre XI consacré aux majeurs et prévoit dans un nouvel article 414 que « la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ». Bien que cette nouvelle formulation de la capacité juridique soit moins claire que celle énoncée par l'ancien article 488¹³⁰, la généralité de l'incapacité d'exercice apparaît pourtant. Or, en dépit de la reconnaissance traditionnelle de l'administration légale comme institution palliant l'incapacité générale du mineur, elle se révèle inappropriée à satisfaire la finalité qui est la sienne parce qu'elle n'est en réalité prévue que pour la protection des biens du mineur (§ 1). Au-delà de l'idée selon laquelle il est impossible que des actes juridiques extrapatrimoniaux soient réalisés au nom et pour le compte d'autrui, dont l'inexactitude vient d'être démontrée, l'inadaptation de l'administration légale à la généralité de l'incapacité d'exercice trouve sa cause dans le monopole conféré à l'autorité parentale *stricto sensu* dans la protection de la personne de l'enfant (§2).

§1. L'INADAPTATION DE L'ADMINISTRATION LÉGALE À LA GÉNÉRALITÉ DE L'INCAPACITÉ D'EXERCICE DU MINEUR

46. Bien que la généralité de l'incapacité d'exercice ne soit pas douteuse, son étude se concentre toujours sur l'incapacité du mineur à gérer ses biens. Dès lors le palliatif est toujours limité au patrimoine de l'enfant, sans que l'accomplissement d'actes extrapatrimoniaux soit réellement envisagé. Si la tutelle est une protection globale, de la personne comme des biens du mineur, l'administration légale est limitée à la gestion de ses biens. Les rédacteurs du Code civil n'ont envisagé l'administration légale que comme une administration de biens¹³¹. Ce n'est qu'à la suite de l'adoption de la loi du 14 décembre 1964 que le pouvoir semble *a priori* dépasser le seul domaine du patrimoine¹³², ce qui n'empêche pas le législateur en 1970 d'assimiler l'administration

¹³⁰ Ancien article 488 du Code civil : « (...) à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile. »

¹³¹ Article 389 du Code Napoléon : « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. »

¹³² Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964, *JCP* 1964, III, 30638 ; A. Rouast, « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale », *JCP* 1965, I, 1917 ; G. Durry, M. Gobert, *RTD Civ.* 1966. 7 ; *Gaz. Pal.* 1965. 1. 8, note L. Barbier ; *Gaz. Pal.* 1964. 2. 85, note J. Louvet. V. pour un bilan de la loi, G. Durry, M. Gobert, « La réforme de la tutelle et de l'administration légale à l'épreuve du temps », *in*

légale à l'autorité parentale sur les biens de l'enfant dans le chapitre II du titre IX relatif à l'autorité parentale¹³³. La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 n'a pas modifié cette présentation. Elle a réformé l'organisation des chapitres relatifs aux incapacités sans que pour autant l'administration légale dépasse la simple gestion patrimoniale. Depuis 2007, elle n'est plus traitée au sein de la tutelle¹³⁴ et possède une section propre dans le chapitre I consacré à la minorité, la tutelle constituant la deuxième section. Les dispositions de l'administration légale n'ont pas varié, contrairement à la tutelle ; le fonctionnement est toujours calqué sur la gestion du patrimoine du mineur sous tutelle, dont les règles ont été regroupées avec celles relatives à la gestion du patrimoine des majeurs en tutelle dans un titre XII.

47. Pour connaître l'étendue du pouvoir des administrateurs légaux, il est nécessaire de se référer aux actes que le tuteur lui-même peut ou non effectuer seul¹³⁵. Or, ces actes ne sont envisagés que sous un aspect économique et patrimonial. Les actes obéissent à une classification quasi-immuable en actes conservatoires, actes d'administration¹³⁶ et actes de disposition¹³⁷. Le critère distinctif entre ces trois catégories, et plus particulièrement entre acte d'administration et acte de disposition, a été sujet à de nombreuses discussions et études doctrinales¹³⁸ qui n'ont pas permis de donner une réponse définitive et satisfaisante pour tous. Selon une conception purement juridique, l'acte de disposition emporte constitution ou transfert de droits réels, tandis que l'acte d'administration est la manifestation de *l'usus* et du *fructus* du propriétaire. Cependant,

Écrits en hommage à Jean Foyer, PUF, 1997, p. 377. Le législateur introduit dans le Code civil l'article 389-3 alinéa 1^{er} selon lequel « 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 seul. » V. Circulaire 1^{er} juillet 1966, D. 1966, 316.

¹³³ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970, JO 5 juin 1970, p. 5227 ; JCP 1970, III, 3669 ; C. Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 », D. 1971, chr. 1 ; M. Gobert, « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », JCP 1971, I, 2421. La loi crée les articles 382 et suivants du Code civil.

¹³⁴ Selon l'organisation antérieure à la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, l'administration légale était étudiée au sein d'un chapitre II consacré à la tutelle.

¹³⁵ Articles 389-4 à 389-7 du Code civil.

¹³⁶ Nouvel article 504 alinéa 1^{er} du Code civil introduit par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 : « Le tuteur accomplit seul les actes conservatoires et, sous réserve des dispositions du second alinéa de l'article 473, les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée. » L'article reprend en partie l'ancien article 456 et ajoute la mention des actes conservatoires.

¹³⁷ Nouvel article 505 alinéa 1^{er} : « Le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut le juge des tutelles, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée. » Il reprend l'ancien article 457 du Code civil.

¹³⁸ Voir notamment, Cl. Brenner, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, LGDJ, 1999 ; A. Trasbot, *L'acte d'administration en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1921 ; R. Verdout, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, préf. P. Kayser, LGDJ, 1963 ; F. Leduc, *L'acte d'administration, nature et fonctions*, LGDJ, 1992.

le Code civil énumérait, dans ses articles antérieurs à 2007, pour chaque catégorie un certain nombre d'actes en relevant¹³⁹. Cet énoncé a amené à redéfinir chaque type d'acte et à adopter une conception plus économique que juridique¹⁴⁰. Un accord a en définitive eu lieu autour de l'impact économique de l'acte sur le patrimoine de son titulaire¹⁴¹ : la qualification de l'acte est fonction de l'état du patrimoine après son accomplissement. Désormais, l'acte d'administration peut être défini comme une « opération de gestion normale, [un] acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle d'un patrimoine (...) qui comprend des actes d'aliénation ou d'acquisition (...) »¹⁴², tandis que l'acte de disposition s'entend d'une « opération grave qui entame ou engage un patrimoine, pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance, mais qui correspond à d'autres actes que les aliénations (...) et n'englobe pas toutes les aliénations (...) »¹⁴³. Quant à l'acte conservatoire, il est défini comme l'acte que l'administrateur doit accomplir pour la sauvegarde des intérêts de l'incapable ou destiné à éviter la perte d'un bien¹⁴⁴. Acte nécessaire, il n'entraîne qu'une faible dépense et n'engage pas l'avenir¹⁴⁵.

Le nouvel article 496 alinéa 3 issu de la loi du 5 mars 2007 reprend l'approche économique en considérant les actes d'administration comme ceux « relatifs à la gestion

¹³⁹ A propos de l'acte d'administration, l'ancien article 456 du Code civil citait l'aliénation à titre onéreux de meubles d'usage courant et de biens ayant le caractère de fruits. Quant à l'acte de disposition, l'article 457 visait notamment l'emprunt, l'aliénation ou la constitution de droits réels sur les immeubles, les fonds de commerce, les valeurs mobilières et autres droits incorporels, les meubles précieux ou qui constitueraient une part importante du patrimoine du pupille.

¹⁴⁰ Pour un exposé de la distinction entre conceptions juridique et économique, voir Ph. Malaurie, *Les personnes, op. cit.*, n° 519 et s. V. également, Ph. Conte, B. Petit, *Les incapacités*, PUG, 1995, n° 9.

¹⁴¹ C. Brenner, *op. cit.*, n° 200 et 204. « L'acte conservatoire est un acte de protection et de maintien en état, nécessaire et avantageux, préventif et patrimonial » qui ne peut servir à la conservation des droits de la personnalité. Quant à l'acte d'administration, v. F. Leduc, *op. cit.* L'auteur définit l'acte d'administration comme une triade, pouvant constituer trois notions distinctes dotées chacune de fonctions spécifiques, fondées respectivement sur un critère économique (n° 177), psychologique (n° 204) ou d'équité (n° 245). La notion économique implique de s'interroger sur la « gravité normale » de l'acte au regard du patrimoine.

¹⁴² « Acte d'administration » in *Vocabulaire juridique, op. cit.* Dans le même sens, Ph. Malaurie, *Les personnes, op. cit.*, n° 522 ; A. Bateur, A. Caron-Dégliose, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, Tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), préf. P. Catala, Litec, 2009, n° 417.

¹⁴³ « Acte de disposition », in *Vocabulaire juridique, op. cit.* ; J. Massip, *op. cit.*, n° 655 ; Ph. Malaurie, *Les personnes, op. cit.*, n° 522 ; A. Bateur, A. Caron-Dégliose, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 421.

¹⁴⁴ « Acte conservatoire », in *Vocabulaire juridique, op. cit.* ; J. Massip, *op. cit.*, n° 637 ; Ph. Malaurie, *Les personnes, op. cit.*, n° 521 ; A. Bateur, A. Caron-Dégliose, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 415.

¹⁴⁵ Ph. Malaurie, *Les personnes, op. cit.*, n° 521. L'acte conservatoire peut faire l'objet d'une conception juridique comme l'inscription d'hypothèque et l'interruption de prescription ou d'une conception économique, telle la réparation peu coûteuse d'un immeuble.

courante du patrimoine », tandis que les actes de disposition engagent ce dernier « de manière durable et substantielle ». Le décret en Conseil d'État n° 2008-1484 du 22 décembre 2008¹⁴⁶ établit par ailleurs la liste des actes qui doivent être regardés comme acte d'administration ou acte de disposition. L'article 1^{er} du décret définit les actes d'administration comme des « actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal », tandis que l'article 2 définit les actes de disposition comme ceux qui « engagent le patrimoine (...), pour le présent ou pour l'avenir, par une modification importante de son contenu, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives de son titulaire ». De surcroît, le décret prévoit que certains actes pourront changer de qualification selon les circonstances d'espèce et les conséquences qu'ils auront sur le contenu ou la valeur du patrimoine, sur les prérogatives de la personne protégée ou sur son mode de vie¹⁴⁷. C'est donc la portée économique de l'acte qui régit sa qualification.

48. Le décret énonce deux listes d'actes, propres à chaque catégorie, actes d'administration et actes de disposition, ainsi que les actes susceptibles de recevoir une autre qualification en fonction des circonstances. Or, les actes visés au sein de chaque catégorie ne sont que des actes relatifs à des droits patrimoniaux¹⁴⁸. Les rares actes impliquant la personne sont les actions en justice relatives aux droits extrapatrimoniaux, par ailleurs visées par le nouvel article 408 alinéa 2 du Code civil, les actes relatifs à l'animal de la personne protégée et les actes liés au contrat de travail de la personne protégée. Il règne par conséquent une certaine incohérence au sein de l'administration légale du mineur puisque si l'article 389-3 du Code civil énonce un pouvoir général de représentation, les autres dispositions ne vont pas en ce sens.

¹⁴⁶ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, *JO* n° 0304, 31 décembre 2008, p. 20631 ; Th. Fossier, « Actes de gestion du patrimoine des personnes protégées », *JCP G* 2009, Act. 20 ; I. Maria, « De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées », *Dr. famille* 2009, étude 31 ; A.-M. Leroyer, *RTD Civ.* 2009. 180.

¹⁴⁷ Art. 1^{er} et 2 du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008. L'article 3 définit par ailleurs l'acte conservatoire comme l'acte « permettant de sauvegarder le patrimoine ou de soustraire un bien à un péril imminent ou à une dépréciation inévitable dans compromettre aucune prérogative du propriétaire. »

¹⁴⁸ Les actes d'administration et de disposition énumérés par le décret sont classés en actes portant sur les immeubles, actes portant sur meubles corporels et incorporels, actes relatifs aux groupements dotés de la personnalité morale, actes relatifs aux groupements dénués de personnalité morale, actes à titre gratuit, assurances, actions en justice, actes de poursuite et d'exécution et les actes divers.

Loin de démentir l'approche des textes, la doctrine la conforte¹⁴⁹ dans sa grande majorité¹⁵⁰. Lorsqu'ils évoquent l'incapacité d'exercice du mineur, les auteurs font certes référence à une incapacité d'exercice générale, mais l'étude se concentre sur une incapacité patrimoniale, sur l'incapacité du mineur à gérer ses biens¹⁵¹ et c'est donc très logiquement que l'autre facette de l'incapacité d'exercice du mineur sous autorité parentale qu'est l'administration légale n'est envisagée que comme un mode de gestion du patrimoine du mineur. Malgré la reconnaissance d'un pouvoir général de représentation, l'étude de l'institution est toujours restrictive.

49. Le constat d'une administration légale limitée aux biens, purement patrimoniale et surtout rejetant la protection de la personne du mineur, peut cependant être remis en cause par une nouvelle définition des biens. Messieurs Zenati-Castaing et Revet¹⁵² possèdent une approche renouvelée de l'institution dans la mesure où l'administration légale n'est certes toujours envisagée que comme une institution de gestion des biens du mineur, mais elle prend toutefois en compte la protection de la personne de l'incapable par une conception différente de la notion de biens. En effet, selon les auteurs, le droit subjectif s'analyse en un rapport de propriété et la personne fait l'objet d'un quasi-droit de propriété. La personnalité juridique se définit avant tout comme l'aptitude à avoir des

¹⁴⁹ J. Massip, *op. cit.*, n° 9 ; Ph. Malaurie, *Les personnes, op. cit.*, n° 617 ; P. Salvage-Gerest, « Tutelle - Administration légale pure et simple », *J.-Cl. Civil*, fasc. 20, 2009, n° 16 et s. ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 413 ; A. Batteur, *op. cit.*, n° 509.

V. également, D. Tallon, « Droits de la personnalité », art. préc., n° 155. A propos de la représentation et des droits de la personnalité, l'auteur considère que « les règles légales ne visent que les actes patrimoniaux. Elles ne peuvent être automatiquement étendues aux actes extrapatrimoniaux, même lorsque ces actes ont un certain caractère pécuniaire. »

¹⁵⁰ *Contra*, M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale, op. cit.*, n° 110 ; Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 56. V. également, Fl. Laroche-Gisserot, in *Leçons de droit civil, Les personnes, op. cit.*, n° 604 et s. Révélateur de l'incertitude du domaine, l'auteur considère que l'administration légale équivaut à une protection des biens de l'enfant mais reconnaît la difficulté d'en déterminer le domaine réel. V. également, G. Raymond, « Administration légale et tutelle », *Rép. Civ. Dalloz*, 2009, n° 54 et 55. M. Raymond estime que le pouvoir de représentation est général et que l'administrateur légal peut tout autant exercer les droits patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux de l'enfant mais il précise que « ces prérogatives sont autant liées à l'autorité parentale qu'à l'administration légale des biens de l'enfant. »

¹⁵¹ Ph. Malaurie, *Les personnes, op. cit.*, n° 608 ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 413 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 981 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Les personnes, op. cit.*, par Fl. Laroche-Gisserot, n° 604. Plus nuancée, la position de F. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1011 et 1091 : par une étude globale de la condition juridique du mineur, les auteurs conservent un point de vue général des institutions de protection du mineur. Ainsi la protection de la personne reste liée à la notion d'incapacité. Cependant, la nature du pouvoir de protection de la personne manque encore de clarté. Quant à l'administration légale, le pouvoir général de représentation est clairement évoqué comme fonction principale, mais l'étude de l'institution se concentre sur les actes patrimoniaux.

¹⁵² F. Zenati-Castaing, T. Revet, *op. cit.*, n° 106.

biens, les biens pouvant également consister en des attributs personnels¹⁵³. L'appréhension de la notion de bien est donc beaucoup plus large que la position traditionnelle, détachée de la référence au patrimoine et à la vénalité. Un bien peut être extrapatrimonial, contrairement à l'idée selon laquelle un bien est nécessairement et uniquement rattaché au patrimoine¹⁵⁴.

Concevoir que les attributs personnels sont des biens extrapatrimoniaux et les droits de la personnalité des droits de propriété permet de comprendre l'administration légale plus largement. Parce que la notion de bien doit être détachée du patrimoine, l'administration légale ne se limite pas à une gestion patrimoniale mais inclut également une gestion extrapatrimoniale. Dans cette optique, l'administration légale est donc toujours un palliatif limité aux biens mais cette limitation du domaine de l'administration légale n'est plus le reflet d'une inadaptation du système actuel de l'incapacité. Au contraire, cette vision modernise le droit des incapacités en réunissant protection des biens et de la personne. Dès lors, la représentation existe bien en matière personnelle et son régime est moniste, exclusivement rattaché à l'administration légale. De cette conception découle une nouvelle appréhension de l'administration légale qui prend en compte la protection de la personne de l'enfant¹⁵⁵.

Cependant, faire d'un attribut relatif à la personne un bien, comme faire de la personne l'objet d'un quasi-droit de propriété, est pour le moins choquant, non pas en raison de la possibilité de circulation juridique mais pour les conséquences plus profondes que cela implique. Si les auteurs fondent clairement leur raisonnement sur la nécessaire distinction entre commercialité et patrimonialité, laissant ainsi les biens extrapatrimoniaux hors de toute évaluation pécuniaire, il n'en demeure pas moins pas que la distinction fondamentale entre personne et biens se brouille et surtout que son assise se trouve atteinte. En effet, une des raisons poussant à effectuer la *summa divisio* consiste dans la hiérarchie instaurée entre les personnes et les choses, les premières

¹⁵³ *Ibid.* « Les droits renvoient à la notion de bien, soit qu'ils constituent des biens, soit qu'ils portent sur des biens. Les biens ne se réduisent pas aux choses corporelles évaluables en argent ; ils incluent en outre les droits et choses incorporels ainsi que des biens innés, c'est-à-dire les attributs personnels et recouvrent de la sorte tout le champ de l'activité juridique et contentieuse. Avoir la personnalité juridique c'est donc avant tout être apte à avoir des biens »

¹⁵⁴ *Ibid.*, n° 257.

¹⁵⁵ *Ibid.*, n° 115. « La protection dont il est question en matière d'incapacités porte sur les biens de l'incapable qu'ils soient acquis ou innés, ce qui signifie que lorsqu'il est question des attributs personnels de l'incapable, ceux-ci sont envisagés comme des choses que l'on administre et non pas comme une personne que l'on gouverne. »

bénéficiant d'une protection supérieure au nom du principe de dignité humaine. Or, la réification de la personne est proche lorsque l'on fait de ses attributs personnels des choses¹⁵⁶. Au demeurant, cette acception des biens n'est pas prise en compte par le droit positif, la loi du 5 mars 2007 et le décret du 22 décembre 2008 en témoignant. Surtout la CEDH, qui a pourtant fait de la notion de bien une notion autonome et en possède une conception extensive par l'interprétation de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1, selon lequel toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens¹⁵⁷, refuse de faire des attributs personnels des biens, ces derniers étant caractérisés par leur valeur patrimoniale¹⁵⁸.

Par ailleurs, à suivre le raisonnement de Messieurs Zenati-Castaing et Revet, l'administration légale n'est pas purement patrimoniale. Or, présentant le fonctionnement de celle-ci, ils évoquent la classification des actes accomplis par représentation et exposent le critère permettant de distinguer acte d'administration et acte de disposition. Ce critère est, d'après eux, non pas économique, mais « à rechercher (...) dans le patrimoine »¹⁵⁹. Malgré la volonté de les détacher, administration légale et patrimoine sont encore liés. La mutation de l'administration légale en institution de protection générale de l'enfant n'est pas encore accomplie semble-t-il. En tout état de cause, l'appréhension de l'administration légale comme palliatif général à l'incapacité d'exercice est confrontée à un obstacle majeur résidant dans la fonction dévolue à l'autorité sur la personne.

¹⁵⁶ Cette idée n'est cependant pas exclue par la doctrine. V. A. David, *Structure de la personne humaine, Essai sur la distinction des personnes et des choses*, PUF, 1955 ; B. Lemennicier, « Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi ? », *Droits*, 1992-13, p. 111.

¹⁵⁷ CEDH *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, 23 février 1995, A. 306 B, § 53 ; *GACEDH*, n° 64 ; CEDH *Oneryildiz c/ Turquie*, 30 novembre 2004, req. n° 48939/99, *GACEDH*, n° 64. Au sens de la CEDH, peuvent être entendus comme des biens les droits et intérêts constituant des actifs, tels que les biens incorporels, les prestations sociales, les créances mêmes virtuelles dès lors qu'existe une espérance légitime de les voir se concrétiser. V. CEDH *Lecarpentier c/ France* 14 février 2006, *JCP G* 2006, I, 109, n° 16, obs. F. Sudre ; *Draon c/ France et Maurice c/ France*, 6 octobre 2005, Gr. Ch., *ibid.* ; *RTDH* 2006. 667, obs. F. Bellivier. Le juge interne suit cette évolution. En ce sens, CE 24 février 2006, n° 250704, *Levenez* ; Civ. 1^{ère} 24 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 31 ; *JCP G* 2006, II, 10062, note A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon.

¹⁵⁸ J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cinamonti, *op. cit.*, n° 418 ; F. Sudre, *op. cit.*, n° 354 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, *op. cit.*, n° 9.

¹⁵⁹ F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *op. cit.*, n° 121 : « A lui seul, l'examen de l'acte ne permet pas d'identifier sa nature administrative : pour y parvenir, il convient de l'insérer dans l'opération dont il fait partie et de tenir compte des autres actes que celle-ci inclut. Si l'opération permet de conserver ou d'augmenter l'actif net, l'acte est un acte d'administration. Si elle est susceptible de le diminuer, il constitue un acte de disposition. »

§2. LE MONOPOLE CONFÉRÉ À L'AUTORITÉ PARENTALE *STRICTO SENSU* DANS LA PROTECTION DE LA PERSONNE

50. La protection du patrimoine de l'enfant et par là-même de sa famille a longtemps prévalu sur la protection de sa personne, ce qui explique pour partie la limitation du champ d'application de l'administration légale. Surtout, la protection extrapatrimoniale de l'enfant ne soulevait pas de préoccupations particulières tant que l'enfant était sous autorité paternelle, puis parentale, institution fondamentale et principale de protection de l'enfant. Il s'agit là d'un reliquat de la puissance paternelle qui absorbait toute la personne de l'enfant par un pouvoir de domination, devenue mission d'éducation et de défense des intérêts extrapatrimoniaux de l'enfant¹⁶⁰. La transformation en droit-fonction¹⁶¹ finalisé par l'intérêt de l'enfant n'a pas modifié le domaine du pouvoir et la charge parentale recouvre toujours la protection de la personne dans sa globalité. La portée donnée à l'autorité parentale n'est pas erronée puisque les père et mère, par l'effet même de la filiation, ont pour mission première d'éduquer l'enfant, de veiller à sa sécurité, à sa santé, à son épanouissement personnel.

Cependant, le monopole conféré à l'autorité sur la personne a pour effet d'occulter l'incapacité du mineur d'accomplir des actes juridiques extrapatrimoniaux et contribue par ailleurs au refus d'admettre la représentation en matière extrapatrimoniale. Ce qui ressortit à la sphère extrapatrimoniale relève du pouvoir des titulaires de l'autorité parentale, pouvoir de direction et d'éducation, et la question ne se pose absolument pas de connaître la nature du pouvoir exercé, chacun se contentant de le rattacher à l'autorité parentale sur la personne¹⁶². La fonction historique de défense des intérêts extrapatrimoniaux de l'enfant conférée à l'autorité parentale s'avère donc être une des causes du cantonnement de l'administration légale au domaine patrimonial. La *summa divisio* préexistante n'en est que renforcée.

¹⁶⁰ V. *infra* n° 56.

¹⁶¹ V. *infra* n° 79.

¹⁶² J. Hauser, « Réflexion sur la protection de la personne de l'incapable », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Sirey, 1985, p. 228 ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 413. Ce dernier évoque sans ambiguïté la protection de la personne par l'autorité parentale. Il en est de même dans l'ouvrage précédent de M. Massip, *Les incapacités, étude théorique et pratique*, Defrénois, 2002, n° 5. L'auteur distingue clairement protection de la personne par l'autorité parentale, qu'il exclut du champ d'étude de l'ouvrage, et protection du patrimoine par l'administration légale : « (...) à la différence de la tutelle qui concerne, en principe, tant la personne du mineur que la gestion de ses biens, l'administration légale est exclusivement une administration du patrimoine de l'enfant. »

51. Pourtant, l'énoncé en 1964 d'un pouvoir général de représentation aurait pu transformer la dichotomie classique entre protection de la personne et protection des biens du mineur en un clivage entre protection physique et psychologique de l'enfant et protection juridique, entre palliatif à l'immaturation et palliatif à l'incapacité d'exercice générale du mineur¹⁶³. L'article 389-3 alinéa 1^{er} du Code civil aurait ainsi vocation à remettre en cause la *summa divisio*. La possibilité pour l'administrateur légal d'intenter une action en justice relative aux droits extrapatrimoniaux va d'ailleurs en ce sens¹⁶⁴. L'article 389-3 doit néanmoins être lu à la lumière de l'article 389-7 du Code civil qui dispose que les règles de la tutelle sont applicables à l'administration légale « sans préjudicier (...) aux droits que les père et mère tiennent du titre *De l'autorité parentale* notamment quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens. » Il convient donc de respecter le droit de jouissance légale qui appartient spécifiquement aux père et mère, mais également tous les droits qu'ils détiennent en vertu de l'autorité parentale. Deux conséquences peuvent être tirées de cet article. D'une part, il ne peut être porté atteinte à la facette « droit » de la fonction parentale, c'est-à-dire à l'aspect personnel et autoritaire des pouvoirs parentaux. Même si l'emploi du terme « droit » n'est là que le vocabulaire inchangé depuis 1804 et ne reflète donc pas l'évolution juridique qu'ont connu les prérogatives parentales, la référence à la jouissance légale renvoie toujours à un droit subjectif propre des parents. D'autre part, les règles prévues au titre IX relatives à la protection de la personne de l'enfant, celles portant sur l'éducation n'en étant qu'un exemple, doivent être conciliées avec les règles de l'administration légale et de la tutelle. Ainsi, les règles de l'administration légale, en dépit de leur généralité, ne doivent pas porter atteinte aux règles de protection de la personne, monopolisées par l'autorité parentale sur la personne et la protection de l'enfant demeure sous l'empire de la *summa divisio*.

Le régime juridique de l'incapacité générale d'exercice du mineur se heurte dès lors au clivage fondamental entre protection de la personne et protection des biens et alors même que le curseur de la protection des personnes vulnérables majeures s'est déplacé de la protection des biens à celle de la personne grâce à la loi du 5 mars 2007, l'exercice des droits de la personnalité du mineur demeure obscur. Traditionnellement,

¹⁶³ M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 100 et s., spéc. n° 110. Soulignant également la prise en compte insuffisante des droits attachés à la personne du mineur, l'auteur considère au contraire que l'administration légale comprend la protection des intérêts extrapatrimoniaux.

¹⁶⁴ *Ibid.*

leur nature extrapatrimoniaire les rattache au régime juridique de l'autorité sur la personne de l'enfant et ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui ont la charge de les protéger. C'est d'ailleurs la position traditionnelle de la doctrine¹⁶⁵, comme de la jurisprudence¹⁶⁶. Passé sous silence, le palliatif à l'impossibilité pour le mineur de conclure des actes juridiques extrapatrimoniaux est soit indéterminé, soit ramené à l'autorité parentale *stricto sensu*. En dehors des opinions doctrinales que nous venons d'évoquer¹⁶⁷, l'administration légale reste une institution de protection patrimoniale de l'enfant en raison de l'exclusivité conférée à l'autorité parentale sur la personne. L'exercice par représentation des droits de la personnalité de l'enfant, exclu du champ d'application de l'article 389-3 du Code civil, paraît donc relever de la protection classique de la personne, c'est-à-dire de l'autorité parentale *stricto sensu* et des articles 371-1 et suivants. En témoigne l'utilisation récurrente de l'expression « titulaires de l'autorité parentale » pour désigner les personnes exerçant des droits extrapatrimoniaux appartenant au mineur.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

52. La représentation légale du mineur est d'application générale, visant aussi bien les actes juridiques patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux. Si le principe du rejet de la représentation lors de l'accomplissement d'actes juridiques relatifs à la personne se comprend aisément en raison de la subjectivité intrinsèque de tels actes et des risques d'atteinte à la dignité de la personne qu'elle pourrait engendrer, l'incapacité générale d'exercice du mineur oblige à adopter une autre perspective. D'une part, rejeter la représentation pour de tels actes équivaut à l'admission d'une incapacité de jouissance en la matière puisqu'aucune autonomie de principe n'existe pour le mineur. D'autre part, le rattachement traditionnel aux décisions parentales de pure autorité sur la personne n'est pas non plus compatible avec l'impératif de respect de la personne. Dans

¹⁶⁵ P. Blondy, G. et M. Morin, *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 1, Répertoire du Notariat Defrénois, 3^e éd., 1972, n° 121 ; J. Hauser, « Réflexion sur la protection de la personne de l'incapable », art. préc. ; R. Legeais, *op. cit.*, p. 59 ; D. Duval-Arnauld, *op. cit.*, p. 14 ; A. Gouttenoire, H. Fulchiron, « Autorité parentale », art. préc., n° 71 et 85 ; I. Carbonnier, « Autorité parentale - Exercice de l'autorité parentale », art. préc., n° 19. V. également, G. Raymond, « Administration légale et tutelle », art. préc., n° 54 et 55 ; Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 43. Tout en considérant que l'administration légale est un pouvoir général de représentation, ce que n'est pas au contraire l'autorité parentale, Mme Neirinck rattache l'exercice des droits de la personnalité et la protection de la santé du mineur à l'exercice de l'autorité parentale.

¹⁶⁶ V. note 98.

¹⁶⁷ M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 110 ; F. Zenati, Th. Revet, *op. cit.*, n° 106.

la mesure où elle est encadrée¹⁶⁸, la représentation extrapatrimoniale est préférable et elle apparaît comme une solution médiane. Cependant, la *summa divisio* a pour conséquence de brouiller les fondements juridiques de la représentation. Parce que l'administration légale a vocation exclusive à protéger et gérer les biens du mineur et que la protection de la personne de l'enfant relève du monopole de l'autorité parentale *stricto sensu*, les actes juridiques extrapatrimoniaux sont soumis à l'autorité sur la personne.

Or, si cet état de fait pouvait être compris, à défaut d'être accepté, la consécration de droits extrapatrimoniaux de l'enfant oblige à redéfinir les pouvoirs de protection parentaux. La reconnaissance de véritables droits subjectifs du mineur par la CIDE révèle l'insuffisance de la protection de la personne car l'autorité et le gouvernement, qui pouvaient auparavant être considérés comme des modes de protection, sont incompatibles avec la qualité de sujet de droit et l'exercice des droits d'autrui. Faut-il alors en conclure que l'autorité parentale sur la personne a elle-même subi une mutation, devenant un pouvoir de représentation ?

¹⁶⁸ V. *infra* le rôle conféré au consentement du mineur et les obligations liées à la qualification de représentation, n° 390 et 425.

CHAPITRE 2 : L'AUTONOMIE DE LA REPRÉSENTATION À L'ÉGARD DE L'AUTORITÉ PARENTALE SUR LA PERSONNE

53. Après avoir envisagé le domaine matériel du pouvoir de représentation, il convient de s'intéresser à son domaine fonctionnel, c'est-à-dire au remède à l'incapacité d'exercice du mineur et de se demander si l'autorité parentale, institution fondamentale de protection de la personne de l'enfant, implique l'exercice des droits extrapatrimoniaux de ce dernier. Pour cela, il est nécessaire de vérifier si l'autorité parentale est une application d'un mécanisme de représentation. Il ressort de l'étude de la notion qu'il existe un antagonisme entre l'autorité et la représentation, caractérisant ainsi l'autonomie de celle-ci au regard de l'autorité parentale sur la personne - *stricto sensu* - et l'impossibilité pour cette dernière d'être considérée comme une institution du droit des incapacités (section 1). L'antagonisme a cependant laissé place à la coexistence entre les différents modes de protection que sont l'autorité et la représentation, à mesure du rapprochement de l'administration légale vers la tutelle et de la consécration de véritables droits subjectifs de l'enfant. La coexistence est devenue complémentarité, faisant de la représentation légale un attribut général de l'autorité parentale *lato sensu*, résolvant par là-même le problème posé par les actes juridiques extrapatrimoniaux (section 2).

Section 1 : L'ANTAGONISME ORIGINEL ENTRE L'AUTORITÉ ET LA REPRÉSENTATION

54. L'autorité parentale contemporaine ne peut être considérée que comme l'aboutissement d'une longue transformation des prérogatives parentales trouvant son origine dans la *patria potestas* romaine et son apogée dans le mouvement des « droits de l'enfant ». L'évolution historique des relations familiales et de la place de l'enfant dans la famille et la société révèle une opposition entre les notions d'autorité et de représentation et permet de comprendre pourquoi l'autorité parentale n'implique pas l'action au nom et pour le compte d'autrui. De ces causes historiques (§1) découlent des causes juridiques résidant dans l'application de mécanismes propres (§2).

§1. LES CAUSES HISTORIQUES DE L'ANTAGONISME ENTRE AUTORITÉ ET REPRÉSENTATION

55. La représentation du mineur est conditionnée à la personnalité juridique de celui-ci dont elle est le corollaire¹⁶⁹. Or, lorsque l'enfant était sous puissance paternelle, celle-ci conduisait à nier la qualité de sujet de droit du mineur, excluant par là-même toute idée de représentation (A). L'émergence d'une véritable personnalité juridique du mineur et sa coexistence avec les prérogatives parentales n'ont pas pour autant fait disparaître complètement l'emprise qu'exerçait la puissance sur lui dans la mesure où la représentation était considérée comme inutile dans de tels cas, ce dont le Code Napoléon témoigne (B).

A. La négation de la personnalité juridique du mineur, effet de la puissance paternelle

56. La conception contemporaine d'autorité appartenant aux père et mère est le fruit d'une longue évolution historique dont l'origine remonte à la *patria potestas* romaine (1). Si le droit coutumier était davantage marqué par les règles germaniques, la puissance romaine a fortement influencé le droit écrit au Moyen Age (2) et par la suite l'Ancien Régime (3), aboutissant de façon plus ou moins marquée à la négation de la personnalité juridique de l'enfant en puissance, obstacle à l'admission de la théorie de la représentation.

¹⁶⁹ E. Gaillard, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », art. préc.

1) L'effet de la *patria potestas* en droit romain

57. L'enfant en droit romain peut connaître deux conditions¹⁷⁰ : il est *alieni juris* lorsqu'il dispose d'un ascendant masculin en ligne directe encore en vie - il est alors sous la *patria potestas* du *pater familias* -, et *sui juris* lorsque cet ascendant est décédé - il peut alors être titulaire de droits et ne souffre pas d'une incapacité de jouissance. L'enfant *sui juris*, sous la tutelle des agnats, possède des biens que le tuteur¹⁷¹ puis le curateur¹⁷² administrent, soit par la *negotiorum gestio*, soit par l'*auctoritas interpositio*, initialement dans l'intérêt de la famille puis peu à peu dans l'intérêt du mineur. Ces mécanismes ne font pas application de la technique de représentation, inconnue en droit romain en raison du formalisme des actes juridiques et du caractère personnel du lien d'obligation¹⁷³. Le procédé de *negotiorum gestio* s'apparente à la gestion d'affaires, le tuteur agissant en son propre nom, tandis que l'*auctoritas interpositio* implique une coopération du pupille et du tuteur : celui-ci donne son accord à un acte qu'il a au préalable arrêté mais qui demeure accompli par le pupille¹⁷⁴.

En revanche, l'enfant *alieni juris*, sous la *potestas* du *pater familias*, ne possède pas de personnalité juridique propre¹⁷⁵. Exercée pour protéger les intérêts de la famille et assurer la cohésion de la société¹⁷⁶, la *potestas* perpétuelle et viagère est créée par la *susceptio*, c'est-à-dire l'intégration de l'enfant à la famille, par l'adoption ou par l'adrogation¹⁷⁷. La *potestas* est moins une protection qu'un pouvoir personnel du chef de famille, seul titulaire d'un patrimoine et d'une personnalité juridique complète, seul à

¹⁷⁰ J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010, n° 59 ; A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n° 171.

¹⁷¹ J.-P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, n° 174 et s. Appelé « pupille », l'enfant sous tutelle est l'enfant impubère, âgé de moins de 12 ans pour les filles et de 14 ans pour les garçons qui est incapable d'agir seul.

¹⁷² *Ibid.*, n° 179. Nommé « mineur », l'enfant sous curatelle est pubère, âgé de 14 à 25 ans. Il est en principe capable juridiquement.

¹⁷³ P. Ourliac, J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, Themis, PUF, 2^e éd., 1969, n° 119, p. 129. Le rituel ne produisait effet qu'à l'égard de celui qui l'accomplit.

¹⁷⁴ P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, 1929, 8^e éd. par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 228 et s. ; J.-P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, n° 177.

¹⁷⁵ P. Petot, *Histoire du droit privé, La famille*, éd. Loysel, 1992, p. 124 ; J. Gaudemet, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2^e éd., 2000, p. 77 ; J.-P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, n° 150.

¹⁷⁶ Ch. et R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. 3 bis, *L'état et la capacité des personnes*, par A. Breton, Paris, Rousseau, 2^e éd., 1936, n° 1377 : le *pater familias* était l'administrateur, le magistrat et le justicier de la famille, pouvoir résumé par les jurisconsultes dans l'expression « *in domo dominium habet* ».

¹⁷⁷ A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, n° 177 et 178. L'adoption a pour objectif de faire entrer un nouveau membre sous la puissance du *pater familias* afin d'éviter l'extinction de la *domus*. Elle a lieu à l'égard des *alieni juris*. L'adrogation poursuit le même but mais vise les *sui juris* qui deviennent dès lors *alieni juris*.

être *sui juris*¹⁷⁸. Au sein de la famille romaine règne une unité de pouvoir et de patrimoine¹⁷⁹, l'*alieni juris* ne possédant aucun bien personnel. Ce pouvoir, absolu, confère au *pater familias* sur la personne de l'enfant un quasi-droit de propriété puisqu'il peut à son gré le vendre ou l'abandonner. L'effet de la puissance est ainsi d'annihiler toute personnalité juridique de l'enfant ou du moins de la confondre avec celle du *pater familias*. Tout ce qui revient au fils de famille appartient au *pater familias*¹⁸⁰, le premier étant pour le second un simple instrument d'acquisition. Ne possédant pas de personnalité juridique propre, subissant en réalité une incapacité de jouissance¹⁸¹, l'enfant sous puissance paternelle ne peut dès lors être considéré comme sujet de droit.

Peu à peu, à partir du III^e siècle avant J-C, le fils de famille acquiert une liberté patrimoniale toute relative par le biais des actions adjectives et des pécules. Par les premières, il peut contracter des dettes qui s'exécutent sur le patrimoine du *pater*¹⁸². Les pécules correspondent, quant à eux, à des sommes d'argent confiées au fils mais qui restent la propriété du *pater* qui profite de l'enrichissement et n'est tenu des dettes qu'à concurrence du pécule¹⁸³. A ces sphères d'autonomie, s'ajoutent sous l'Empire les *pecules castrens* - sommes et biens acquis par le fils au cours de son service dans l'armée - et les *pecules quasi-castrens* - acquis lors de l'exercice d'une profession publique ou de fonctions ecclésiastiques. Ces divers pécules lui sont propres comme s'il était *sui juris*¹⁸⁴. Il peut ainsi en disposer librement par testament mais s'il décède sans avoir établi de testament, ces pécules reviennent au *pater*. Sous le règne de Constantin, le fils peut également recevoir en pleine propriété la moitié des biens de sa mère en succession s'il est âgé de 20 ans, les biens adventices¹⁸⁵. Quant à l'aspect personnel du pouvoir, la *patria potestas* évolue à partir du IV^e siècle après J-C, sous l'influence des conceptions chrétiennes de la famille qui s'orientent vers la protection de l'enfant. L'Empire et l'Église naissante vont ainsi tenter de modérer le pouvoir personnel par la

¹⁷⁸ *Ibid.*, n° 171. Pour certains historiens, il s'agissait d'un pouvoir *sui generis*, pour d'autres, d'une délégation de la Cité car celle-ci était organisée autour des chefs de famille.

¹⁷⁹ *Ibid.*, n° 171.

¹⁸⁰ Ch. et R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, *L'état et la capacité des personnes*, t. 3 bis, par A. Breton, *op. cit.*, n° 1377 ; Gaius, *in Institutes*, I, 163, cité par J. Gaudemet, E. Chevreau, *op. cit.*, p. 345, n° 58 : « celui qui est sous notre *potestas* ne peut rien avoir en propre ».

¹⁸¹ J.P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, n° 150.

¹⁸² *Ibid.*, n° 151 ; A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, n° 172.

¹⁸³ J.P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, n° 152.

¹⁸⁴ *Ibid.*, n° 153.

¹⁸⁵ *Ibid.*

notion de *pietas*. Les parents ont désormais un droit et un devoir - *officium* - d'éducation de l'enfant, le droit de vie et de mort, l'exposition et l'abandon des enfants étant condamnés¹⁸⁶. Bien que le patrimoine propre du fils de famille émerge et qu'en conséquence, le monopole patrimonial du *pater familias* soit atteint, la *patria potestas* perpétuelle demeure la règle et ces prémices de personnalité juridique propre, des exceptions.

58. La représentation était certes inconnue du droit romain, mais même si elle avait été admise, la puissance¹⁸⁷ paternelle romaine, en raison de sa nature et de ses effets, ne pouvait en aucun cas en être une application. Parce qu'elle entraînait une incapacité de jouissance, la *patria potestas* aboutissait à une annihilation de la personnalité juridique du fils de famille qui, à la différence du pupille, n'était qu'un objet de droit, non un sujet de droit. Dès lors, il n'était absolument pas question de trouver un quelconque palliatif à une incapacité d'exercice hors de propos ou de représenter l'*alieni juris* dans l'exercice de droits dont il ne disposait pas. D'elle-même, la puissance écartait la représentation et le pouvoir du père n'était donc pas représentation de l'enfant.

2) Le maintien de la puissance paternelle au Moyen Age

59. Le droit coutumier inspiré des règles germaniques possède une conception moins autoritaire du pouvoir paternel que le droit romain. L'enfant demeure sous la puissance du père¹⁸⁸ - mainbournie, ancien *mundium* germanique -, pouvoir semblable à la *patria potestas* romaine, mais temporaire¹⁸⁹ et davantage exercé dans l'intérêt de l'enfant. Le pouvoir est supposé s'éteindre à la majorité de l'enfant, c'est-à-dire à la puberté, mais en réalité, il s'exerce plus longtemps car il ne cesse finalement que lorsque le fils quitte la maison¹⁹⁰. Tant qu'ils sont « au même pain et même pot »¹⁹¹, le fils reste sous la puissance du père. En dépit du caractère provisoire de la puissance paternelle, l'enfant ne possède pas non plus de patrimoine personnel et sa personnalité juridique est

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ « Puissance », in *Le Nouveau Petit Robert, Le Robert, 2011*. La puissance est l' « état d'une personne qui a une grande action sur les personnes et les choses ; [la] domination qui en résulte ».

¹⁸⁸ A laquelle la mère apportait en théorie son concours, mais étant elle-même sous la puissance de son époux, elle n'avait en réalité que peu de pouvoirs.

¹⁸⁹ Loisel, *Institutes coutumières*, Paris, 1611, Sirey, Paris, rééd. 1935, n° 55. « Droit et puissance paternelle n'a lieu ». Ce propos doit être compris non dans le sens d'une absence de puissance paternelle, mais d'un rejet de la puissance perpétuelle.

¹⁹⁰ Quant aux filles, leur sort était particulier car elles restaient en puissance jusqu'à leur mariage.

¹⁹¹ Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, prés. par A. Salmon, A. et J. Picard, Paris, 1970, n° 640.

également absorbée par celle du père de famille dans la mesure où tout ce qu'il acquiert profite à ses parents¹⁹².

En pays de droit écrit, bien que la pratique ait atténué la lourdeur de la puissance en continuant d'octroyer au fils la nue-propriété du pécule et des biens adventices, la *patria potestas* perpétuelle a encore cours au Moyen Age et le principe selon lequel les fils de famille ne peuvent rien avoir en propre subsiste¹⁹³. L'enfant sous puissance paternelle ne dispose donc toujours pas de personnalité juridique propre et ne peut par conséquent être considéré comme sujet de droit à part entière, pouvant au contraire être qualifié de simple objet de droit pour son père.

3) Le renforcement de la puissance paternelle sous l'Ancien Régime

60. En pays coutumier comme de droit écrit, la puissance paternelle se renforce sous le contrôle de l'État, à partir du XVI^e siècle, en particulier sur le plan personnel. La soumission des enfants à la puissance paternelle est perçue comme le modèle de l'obéissance des sujets à leur souverain et s'avère être un moyen de paix sociale et cela davantage encore à la fin de l'Ancien Régime¹⁹⁴. Le droit de correction s'étend à l'incarcération du fils désobéissant, le père disposant des lettres de cachet. Les Parlements vont cependant tenter d'en réglementer l'usage. La durée de la puissance droit coutumier est allongée jusqu'à l'âge de la majorité, 25 ans. Si elle s'accroît sur le plan personnel, la puissance s'affaiblit sur le plan patrimonial. Une fois la majorité acquise, le fils est pleinement capable. Dès le XIV^e siècle, le fils a pu acquérir pour lui-même, le père disposant de l'administration des biens avec des pouvoirs similaires à ceux d'un tuteur¹⁹⁵, mais n'en ayant ni la propriété, ni l'usufruit. La protection de l'enfant apparaît peu à peu comme le but assigné à la puissance paternelle¹⁹⁶, ce qui l'oppose fortement à la *patria potestas* romaine. La personnalité juridique du fils de

¹⁹² J.-P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, n° 154 ; A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, n° 201 ; P. Petot, *op. cit.*, p. 368 ; Les auteurs se réfèrent à une célèbre phrase de Beaumanoir dans *les Coutumes de Beauvaisis*, *op. cit.*, n° 640 : « li enfant qui sont en la mainbournie le père et la mère n'ont riens, soit qu'il ait aage ou non aage. »

¹⁹³ P. Petot, *op. cit.*, p. 377.

¹⁹⁴ A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, n° 234.

¹⁹⁵ P. Petot, *op. cit.*, note 56.

¹⁹⁶ R. Pothier, *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, par Dupin, t. 10, titre IX, Paris, Béchét, 1835, p. 278, n° 2. La puissance paternelle est « plus semblable à celle d'un tuteur qu'à celle d'un maître ». Elle est établie « plutôt en faveur des enfants qu'en faveur des parents ». Cependant, elle demeure le « droit qu'ont les parents de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens et le droit qu'ils ont d'exiger de leurs enfants certains devoirs de respect et de reconnaissance. »

famille paraît désormais admise. Les pays de droit écrit sont, quant à eux, de plus en plus influencés par le droit romain et la puissance paternelle en sort renforcée : elle devient perpétuelle, l'émancipation tacite n'existe plus et contrairement aux pays de coutumes, la majorité n'est pas émancipatrice. Le père peut faire emprisonner son fils ou exercer une pression sur lui au moyen du testament, manifestation caractéristique de la puissance paternelle. Sur le plan patrimonial, les règles sont calquées sur le droit romain, dans la mesure où à l'exception des biens adventices et des pécules, tout ce qu'acquiert l'enfant bénéficie automatiquement au père¹⁹⁷.

Dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle a donc toujours pour effet d'écarter la personnalité juridique du fils de famille. La notion de représentation, apparue dans le droit de l'Ancien Régime¹⁹⁸, n'a face à la puissance du père de famille aucune utilité puisque l'enfant n'est pas sujet de droit. La puissance n'est donc pas application de la technique de représentation. En revanche, dans les pays de coutume, la personnalité juridique de l'enfant en puissance émerge, sans que la représentation soit pourtant évoquée. La puissance permet de « gouverner avec autorité la personne et les biens de l'enfant »¹⁹⁹, elle n'est en aucun cas représentation de l'enfant.

61. Au terme de cet historique, il apparaît que la puissance paternelle ne relevait pas de la représentation pour plusieurs raisons. D'une part, une raison tenant à la nature même de la puissance : celle-ci se définit comme un pouvoir de domination d'une personne, un pouvoir vertical, ce qui semble complètement différent de la nature de la représentation qui repose sur un rapport de confiance et de collaboration entre représentant et représenté, un pouvoir horizontal. D'autre part, et surtout, la puissance n'est pas sans effets sur le statut de l'enfant : marquée par la *patria potestas* romaine, elle-même cause de l'incapacité de jouissance de l'enfant, la puissance semble faire obstacle à l'entier épanouissement de sa personnalité juridique et de sa qualité de sujet de droit. Dans ces conditions, il est impossible de considérer qu'elle puisse être

¹⁹⁷ Merlin, « Puissance paternelle », in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, éd. Bertin et Danel, 3^e éd., 1812-1815, p. 339, 360, 363 et 366.

¹⁹⁸ J.-L. Gazzaniga, « Mandat et représentation dans l'Ancien droit », *Droits*, 1987, p. 21. La représentation est admise lentement à partir du XIV^e siècle et indiscutablement au XVI^e siècle.

¹⁹⁹ Pothier, *op. cit.*, p. 278, n^o 2 et p. 281, n^o 16. L'auteur évoque la représentation quant au pouvoir du tuteur. « La tutelle donne au tuteur le droit d'exercer, en sa qualité de tuteur, pour ses mineurs, tous les droits qui leur appartiennent » mais s'en abstient lorsqu'il étudie la puissance paternelle. Il faut certainement y voir une différence de nature entre les deux pouvoirs.

application d'un mécanisme de représentation, procédé permettant à un sujet de droit d'exercer ses propres droits subjectifs par l'intermédiaire d'autrui.

B. La coexistence progressive de la personnalité juridique du mineur et de l'autorité parentale

62. Les révolutionnaires ont vivement souhaité s'écarter de la puissance paternelle romaine (1), mais elle a réapparu, de façon atténuée certes, dans le Code civil de 1804 (2). Néanmoins, à mesure de la reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant sous puissance paternelle amorcée par le droit révolutionnaire, puis poursuivie par le Code civil et achevée par l'autorité parentale contemporaine (3), l'incompatibilité entre autorité et représentation s'est faite moins prégnante.

1) Le rejet de la puissance paternelle par le droit révolutionnaire

63. Rompant radicalement avec la *potestas* de l'Ancien Régime, les révolutionnaires abolissent la puissance paternelle sur les majeurs et instaurent l'égalité entre parents et enfants. Le droit de correction est contrôlé et la majorité est fixée à 21 ans. Deux conceptions s'opposent alors, pouvoir et devoir, notions qui vont devenir politiques car la lutte contre la puissance paternelle devient alors une lutte contre la monarchie et la puissance paternelle, dotée de moyens despotiques²⁰⁰ selon les révolutionnaires, doit être remplacée par la tutelle. Les rédacteurs du Code civil n'adopteront cependant pas du tout cette dernière approche.

2) L'inutilité de la représentation paternelle dans le Code civil de 1804

64. Si les rédacteurs du Code civil ont souhaité s'écarter de la *patria potestas* romaine en conciliant droit coutumier et droit romain (a), l'empreinte de ce dernier demeure forte dans la mesure où dès lors que l'enfant est sous la puissance du père, la représentation est exclue (b).

a. La conciliation du droit écrit et des coutumes

65. Sous le Consulat, la volonté de restaurer l'ordre familial et social influence fortement les rédacteurs du Code civil. Conçue dans l'idée qu'elle est une magistrature, la puissance paternelle est un moyen d'assurer l'ordre social. Sa fonction n'est pas tant

²⁰⁰ Ainsi en est-il de la faculté de tester qui est une manifestation de la puissance paternelle incompatible avec les principes révolutionnaires.

de protéger l'enfant que de le diriger afin de garantir la tranquillité publique et la conservation des mœurs²⁰¹. La maxime romaine *in domo dominium habet* est ainsi consacrée par le Code Napoléon au sein de l'article 371 du Code civil, inchangé depuis, selon lequel l'enfant doit à tout âge honneur et respect à ses parents.

Des discussions ont lieu quant au terme à retenir²⁰² : puissance paternelle, autorité paternelle, droits et devoirs des pères ? Maleville insiste sur le terme de puissance afin de garantir la paix sociale, tandis que Berlier craint le retour de la puissance romaine et ses excès, ce qui implique selon lui de changer de vocabulaire et d'user du terme d'autorité des pères et mères. La puissance paternelle n'est pas en adéquation avec l'idée nouvelle que tout individu majeur est *sui juris* et que l'autorité doit être limitée à la minorité et surtout que la mère peut exercer cette autorité, ce que ne lui permettait pas l'ancienne puissance. En réalité, les termes de puissance et d'autorité seront repris indifféremment par chacun tout au long des travaux préparatoires. Le titre IX du Code Napoléon sera finalement intitulé « De la puissance paternelle ». Cependant, l'« autorité » n'est pas abandonnée et les rédacteurs du Code civil l'emploient notamment dans les articles relatifs à la puissance paternelle²⁰³.

L'« autorité-puissance » est définie comme « un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants. »²⁰⁴ L'objectif des rédacteurs est de concilier droit écrit et droit coutumier²⁰⁵. A la question de savoir si, lorsque le père ne donne pas une bonne éducation à son fils, l'aïeul est autorisé à lui en donner une meilleure, Tronchet rappelle que le fils n'appartient qu'au père²⁰⁶ et rejette l'idée d'une puissance paternelle romaine perpétuelle. Pourtant, même si les excès de la *potestas* romaine sont écartés, le père

²⁰¹ Discussion du Conseil d'État, intervention de Maleville, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par P. A. Fenet, t. 10, 1827, rééd. 1968, Zeller, p. 486.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Article 372 du Code Napoléon : l'enfant « reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation » ; article 373 : « le père exerce seul cette autorité durant le mariage ».

²⁰⁴ Présentation au Corps législatif et exposé des motifs par M. Réal, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 10, *op. cit.*, p. 518 ; Discussion devant le Corps législatif, Discours prononcé par le Tribun Albisson, *ibid.*, p. 540 : « Les effets de cette autorité qui est commune au père et à la mère mais que la loi confie exclusivement au père durant le mariage, s'étendent à la personne et aux biens de l'enfant. »

²⁰⁵ Discussion du Conseil d'État, intervention de Tronchet, *ibid.*, p. 482 ; Présentation au Corps législatif et exposé des motifs par M. Réal, *ibid.*, p. 517.

²⁰⁶ Tronchet, *ibid.* p. 485.

dispose toujours d'un droit de correction à l'égard de ses enfants²⁰⁷ et d'un autre héritage du droit romain, le droit de jouissance légale qui permet de s'approprier une partie du patrimoine du mineur²⁰⁸. La *patria potestas* romaine, bien que dénoncée lors des travaux préparatoires²⁰⁹, n'est pas si étrangère à la « nouvelle » puissance paternelle, ce qui n'est pas sans incidence sur la notion de représentation de l'enfant.

b. L'absence de représentation paternelle dans le Code Napoléon en cas de mineur sous puissance paternelle

66. Qu'il soit nommé « autorité » ou « puissance », le pouvoir du chef de famille est considérable et réside dans le gouvernement²¹⁰ de l'enfant dont le statut est en train d'évoluer entre objet de droit et véritable sujet. Exercer les droits de l'enfant au nom de celui-ci en raison de son incapacité juridique ne fait pas partie de la mission du père. Celle-ci ne consiste en définitive qu'à diriger l'enfant, à maîtriser ses faiblesses et ses défauts afin de maintenir la sécurité de tous. La différence essentielle entre *patria potestas* et puissance paternelle de 1804 réside dans l'acceptation d'une personnalité juridique propre de l'enfant. Toutefois, bien qu'elle prenne son autonomie, la personnalité apparaît en réalité fictive, absorbée par celle du père de famille. La puissance paternelle, pouvoir de direction, confère en effet à l'enfant un statut spécifique, à l'image de la *patria potestas*, car elle n'est rien d'autre qu'un droit du père dont l'enfant est l'objet.

67. Une grande différence est effectuée entre enfant sous puissance paternelle et mineur sous tutelle. Les rédacteurs du Code civil soulignent ainsi l'importance du vocabulaire à employer : ne doit être compris comme mineur que l'enfant qui n'est plus sous puissance paternelle, tandis que le « tuteur est inutile à l'enfant que régit cette puissance »²¹¹. Les dispositions relatives à la minorité ne sont donc pas applicables à

²⁰⁷ Articles 375 à 383 du Code Napoléon. La Révolution a laissé son empreinte et la jurisprudence va cependant s'attacher à contrôler l'exercice de l'autorité paternelle, en surveillant l'usage du droit de correction, par le biais de l'abus de droit. Peu à peu, l'idée selon laquelle cette puissance est exercée dans l'intérêt de l'enfant s'affirme. Le législateur prend des mesures visant à encadrer ce pouvoir notamment par les lois du 24 juillet 1889 et du 6 avril 1910.

²⁰⁸ V. *infra* n° 490 et s.

²⁰⁹ Discussion du Conseil d'État, intervention de Maleville, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par P. A. Fenet, t. 10, 1827, rééd., Zeller, 1968, p. 486 et 487.

²¹⁰ V° « Gouvernement », in *Le Petit Larousse*, *op. cit.* : « Action ou manière de diriger, de régir ».

²¹¹ Discussion du Conseil d'État, intervention de Tronchet, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 10, *op. cit.*, p. 545.

l'enfant sous puissance paternelle qui bénéficie d'un statut particulier²¹². Selon qu'ils sont régis par la tutelle ou la puissance paternelle, les enfants disposent d'un statut variable, leur qualité de sujet de droit étant plus ou moins fictive.

Quant au père, il dispose d'un pouvoir différent de celui du tuteur car « il est plus qu'un tuteur »²¹³. La puissance paternelle qui a lieu sur les biens et sur la personne confère un pouvoir particulier, propre au père de famille qui lui permet de diriger avec autorité et en toute liberté la vie de ses enfants. Alors que le tuteur « représente le mineur dans tous les actes civils »²¹⁴, le père « gouverne son fils en vertu de la puissance paternelle et sans qu'il soit besoin de lui déférer la tutelle »²¹⁵. S'il a été jugé opportun d'apporter cette précision quant au pouvoir du tuteur²¹⁶, pourquoi ne pas l'avoir fait à propos du pouvoir du père titulaire de la puissance paternelle, alors même que justement les rédacteurs ont jugé utile d'apporter une précision à ce pouvoir en introduisant un nouvel article 389. Cet article précise ainsi que « le père est durant le mariage administrateur des biens personnels de ses enfants »²¹⁷. Pourquoi ne pas avoir été encore plus précis sur la nature de ce pouvoir et ne pas évoquer le pouvoir de représentation comme il l'a été fait pour la tutelle ?

La précision n'a vraisemblablement pas été apportée car le pouvoir d'administrer envisagé découle de la puissance paternelle et recouvre la même nature que sous l'empire de l'Ancien Droit, à savoir un droit personnel du *pater familias* et non un pouvoir de représentation. L'administration du père n'implique vraisemblablement pas la représentation et le pouvoir de l'administrateur n'est pas celui du tuteur, ainsi que l'ont rappelé les travaux préparatoires. Si cette remarque semble être faite en référence à

²¹² La distinction effectuée par le droit romain entre *alieni juris* et *sui juris*, au sein de laquelle existe une autre subdivision entre impubères, pubères et mineurs, semble avoir laissé son empreinte.

²¹³ Discussion du Conseil d'État, intervention de Cambacérès, *ibid.*, p. 545.

²¹⁴ Art 450 alinéa 1^{er} du Code Napoléon : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils ».

²¹⁵ Discussion du Conseil d'État, intervention de Cambacérès, *ibid.*, p. 545.

²¹⁶ Communication officieuse, *ibid.*, p. 617. Les rédacteurs du Code civil apportent une précision quant à l'administration du tuteur « pour prévenir toute incertitude résultant de la diversité de la jurisprudence » ; il leur apparaît utile de préciser que le tuteur « exercera les actions du mineur, tant en demandant qu'en défendant ». Puis, une nouvelle modification est apportée sans explication, aboutissant à l'introduction de la représentation, v. Rédaction définitive du Conseil d'État, *ibid.*, p. 630.

²¹⁷ *Ibid.*, Communication officieuse, p. 608. Il s'avère nécessaire de préciser la qualité du père durant le mariage relativement aux biens personnels de l'enfant. Selon les rédacteurs du Code civil, si aucune différence n'était faite entre le père et le tuteur, alors le père serait assujéti aux mêmes conditions et charges que le tuteur (subrogé tuteur, conseil de famille). Le seul véritable titre que puisse revêtir le père est celui d'administrateur. D'où l'introduction de l'article 389 dans le Code Napoléon.

l'absence de contrôle²¹⁸ pesant sur le père, à la différence du tuteur, sa généralité laisse penser qu'elle vaut également quant à la nature de ce pouvoir : la puissance paternelle, qu'elle s'exerce sur la personne ou sur les biens de l'enfant, ne relève pas de la représentation. Il semble donc que dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, un enfant sous puissance paternelle n'est pas représenté. La puissance paternelle se suffit à elle-même et fait application d'un pouvoir de même nature, qu'il s'agisse de la gestion des biens de l'enfant ou de sa personne, alors que dans le premier cas, la représentation était davantage admissible.

Si la puissance paternelle visée par le Code civil en 1804 n'est pas application d'un mécanisme de représentation du mineur en dépit de la reconnaissance de sa personnalité juridique, la transformation en autorité parentale au XX^e siècle révèle un changement de perspective quant à la nature des prérogatives parentales et surtout quant au statut de l'enfant, allant dans le sens d'une compatibilité entre autorité parentale et représentation.

3) La compatibilité de l'autorité parentale et de la représentation

68. Aboutissement de l'évolution historique rappelée précédemment, l'autorité parentale en est à la fois imprégnée et différenciée. Sous l'impulsion du mouvement des « droits de l'enfant » ébauché dès le XVIII^e siècle (a), elle est devenue une fonction de protection et d'éducation de l'enfant (b).

a. L'impulsion conférée par le mouvement des « droits de l'enfant »

69. C'est en bâtissant une théorie opposée à la monarchie absolue que les philosophes des Lumières vont modifier la conception de la place de l'enfant dans la famille et dans la société²¹⁹ car pour y parvenir, il était nécessaire de remettre en cause les fondements de la souveraineté absolue. Or, l'absolutisme du roi reposait sur un parallèle avec la puissance paternelle : le monarque dominait ses sujets à l'image du père au sommet de la hiérarchie familiale. Il a donc été nécessaire de repenser les relations familiales et notamment la place de l'enfant sur la base de la liberté et de l'égalité de tous. Locke et Rousseau vont largement contribuer à revoir la conception de l'enfance et de la minorité

²¹⁸ Les commentateurs du Code Napoléon se sont interrogés sur la portée de l'article 389 et de l'administration légale. S'agissait-il d'un pouvoir de même nature que la puissance paternelle ou un pouvoir détaché de celle-ci ? De la réponse dépendait l'existence d'un contrôle de ce pouvoir. V. *infra* n°96.

²¹⁹ D. Youf, *op. cit.*, p. 15.

- l'enfant accède au statut de « personne pas encore accomplie » -, chacun se fondant sur la dialectique du même et de l'autre, mais en la concevant différemment. Locke possède une conception négative de l'enfance qu'il perçoit comme un état d'inachèvement et de manque et considère que si les êtres humains sont égaux, « les enfants ne naissent pas dans cet état de pleine égalité »²²⁰ en raison de leur manque de jugement et ne peuvent dès la naissance bénéficier de la liberté et des droits dont ils sont titulaires²²¹. Dans ces conditions, l'enfant « doit se laisser guider par [la raison] de son père ou de son gardien qui est chargé de comprendre à sa place »²²². L'autorité du père n'a dès lors pour objectif que de préparer l'enfant à l'exercice futur de sa liberté, elle est un devoir d'éducation et de protection. C'est sur cette conception négative²²³ que s'est construite la conception moderne de la minorité. Rousseau, quant à lui, adopte une conception positive de l'enfance : elle est la condition de l'humanité car cette étape est nécessaire à la formation de l'homme²²⁴. A la différence de Locke qui voyait dans la période de l'enfance l'altérité, Rousseau y voit une identité : l'enfant est *déjà* un humain. Il est comme tout homme doté de jugement mais d'un jugement différent de celui de l'adulte²²⁵. Dès lors, il ne doit pas être considéré comme un adulte en devenir ou, à l'inverse, en miniature²²⁶, mais il doit tout simplement être envisagé en tant qu'enfant. Rousseau et Locke, s'ils possèdent une conception différente de l'enfance, adoptent pourtant une définition similaire des droits de l'enfant : les parents ont le devoir d'apporter protection et éducation à leurs enfants, ces deux obligations constituant les droits de l'enfant.

²²⁰ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, trad. de D. Mazel, Garnier-Flammarion, 1992, § 55.

²²¹ *Ibid.*, § 67 : « Le laisser dans une liberté entière avant qu'il puisse se conduire par la raison, ce n'est pas le laisser jouir du privilège de la nature, c'est le mettre dans le rang des brutes et l'abandonner à un état pire que le leur, à un état au dessous de celui des bêtes. »

²²² *Ibid.*, § 59.

²²³ D. Youf, *op. cit.*, p. 21 : « L'enfant est notre semblable par son devenir d'être raisonnable, il est autre par l'absence de raison qui le caractérise et qui nécessite sa tutelle. C'est une dialectique du même et de l'autre qui définit notre relation à l'enfant mais où la similitude se situe dans l'avenir de l'enfant et l'altérité dans le présent. »

²²⁴ J.-J. Rousseau, *Émile ou de l'éducation*, Classiques Garnier, 1999, n° 87 : « Supposons qu'un enfant eût à sa naissance la stature et la force d'un homme fait (...); cet homme-enfant serait un parfait imbécile, un automate, une statue immobile et presque insensible (...); et n° 132 : « l'enfance est le sommeil de la raison ».

²²⁵ *Ibid.*, n° 109 : « L'enfance a des manières de voir, de penser, de sentir qui lui sont propres ; rien n'est moins sensé que d'y vouloir substituer les nôtres » ; n° 203 : « chaque âge, chaque état de la vie a sa perfection convenable, sa sorte de maturité qui lui est propre ».

²²⁶ Ph. Ariès, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Plon, 1960.

70. Dès le XIX^e siècle, les idées progressistes des Lumières sont reçues par le législateur qui se fonde sur l'approche négative de Locke en adoptant une succession de lois protégeant l'enfant²²⁷. La notion d'intérêt de l'enfant, quant à elle, émerge en jurisprudence qui la pose comme un rempart aux abus de puissance paternelle²²⁸. L'enfant est perçu comme l'objet de devoirs de protection spécifiques reposant sur les parents et la société. Cette conception se retrouve dans les législations nationales²²⁹ et internationales²³⁰ au début du XX^e siècle. Mais c'est au cours de ce dernier que sera consacrée par la CIDE la conception positive de l'enfance par la reconnaissance de véritables droits subjectifs à l'enfant²³¹. Entre temps, la puissance paternelle est devenue une fonction ce que révèle le changement de terminologie.

²²⁷ Loi du 7 décembre 1874 sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes ; loi du 28 mars 1882 sur l'instruction obligatoire ; loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités et abandonnés, *JO* 25 juillet 1889, p. 3653 ; loi du 19 avril 1898 portant déchéance du droit de garde en cas de crime ou délit commis par ou sur l'enfant. Selon Josserand, la loi de 1889 consacre une « charte des droits de l'enfant au regard de son père » en organisant la déchéance de la puissance paternelle.

²²⁸ Req. 27 janvier 1879, *D.* 1879, 1, 223 ; *S.* 1879, 1, 464 ; Paris 18 décembre 1894, *S.* 1897, 2, 73, note Wahl (sur l'émancipation abusive de l'enfant dans l'intérêt du père).

²²⁹ Loi du 30 avril 1908 concernant la prostitution des mineurs et portant déchéance définitive du droit de garde des parents ; loi du 5 août 1916 portant déchéance du droit de garde en cas de désintérêt durable des parents ; décret-loi du 30 octobre 1935 relatif aux mineurs vagabonds et à leur placement ; ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JO* 4 février 1945, p. 530.

²³⁰ L'Organisation internationale du travail fixe en 1919 un âge minimum en dessous duquel les enfants ne peuvent pas travailler dans l'industrie. Surtout le 26 septembre 1924, la Société des Nations adopte la Déclaration des droits de l'enfant, dite Déclaration de Genève, première déclaration internationale relative aux droits de l'enfant mais également première déclaration internationale sur les droits de l'homme. Courte, composée d'un préambule et de cinq articles, cette déclaration n'a pas de valeur contraignante et n'énonce pas de droits subjectifs dont serait titulaire l'enfant, mais seulement des devoirs à la charge de la société : devoir d'assurer le développement matériel et spirituel de l'enfant (art. 1), devoir de nourrir, soigner, prendre en charge les enfants en difficulté (art. 2), devoir de porter d'abord secours à l'enfant (art. 3), devoir de lui permettre de gagner sa vie et le protéger contre toute exploitation (art. 4), devoir de l'élever dans un esprit de solidarité (art. 5). Après la Seconde guerre mondiale, les Nations Unies créent l'UNICEF et souhaitent réaffirmer la Déclaration de Genève. Parallèlement à la volonté d'élaborer une déclaration des droits de l'homme, les États désirent rappeler et renforcer l'existence de droits de l'homme spécifiques à l'enfant. En 1959, une nouvelle Déclaration des droits de l'enfant plus étendue que la Déclaration de Genève est adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies. Sans force obligatoire, elle reprend les principes énoncés dans la Déclaration de 1924 et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et rappelle en préambule l'universalité des droits de l'homme, applicables à l'enfant, ainsi que son besoin de protection spécifique. Elle énonce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte par le législateur (2^e principe) et par les responsables de son éducation (7^e principe). En dehors de la reconnaissance des droits à un nom, à une nationalité (3^e principe) et à l'éducation (7^e principe), la Déclaration proclame toujours plus de devoirs à la charge de la société et de la famille que de droits subjectifs spécifiques de l'enfant. Ce dernier est toujours perçu comme un objet de devoirs, non comme titulaire de droits propres.

²³¹ V. *supra* n° 20 et *infra* n° 102.

b. L'autorité parentale, fonction d'éducation et de protection de l'enfant

71. Le passage en 1970 de la puissance paternelle à l'autorité parentale est significatif de l'évolution du pouvoir parental²³². Le pouvoir de domination s'est mué en pouvoir de protection et d'assistance, un pouvoir permettant de pallier les faiblesses de l'enfant, de l'aider dans son développement. L'autorité parentale est une fonction, définie comme un complexe de droits et de devoirs, accordés aux parents pour protéger l'enfant²³³. La loi du 4 juin 1970²³⁴ confère aux parents « droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation » pour « protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé ou sa moralité »²³⁵. Le législateur insiste sur l'aspect fonctionnel de l'autorité parentale et sa finalité qu'est l'intérêt de l'enfant. Par ailleurs, autre signe de la disparition de la toute-puissance, l'autorité est devenue parentale, non plus paternelle, marquant ainsi la division du pouvoir entre les père et mère qui ont égalité de droits et devoirs sur l'enfant.

72. Si l'omnipotence paternelle a disparu et si l'autorité parentale se définit par référence aux obligations qu'elle implique dans l'intérêt de l'enfant, il n'en demeure pas moins que les père et mère conservent une certaine emprise sur leur descendance. Les attributs mentionnés par la loi du 4 juin 1970 sont certes des devoirs, ils restent également des droits exercés sur la personne de l'enfant. Ainsi, la garde, telle qu'énoncée alors, peut être définie étroitement ou plus largement. Selon une conception étroite, elle consiste en un des attributs permettant d'accomplir la mission d'autorité parentale, en ce qu'elle fonde la communauté de vie entre les parents et l'enfant et permet aux parents de fixer la résidence de l'enfant²³⁶. Cette acception la distingue de la surveillance qui implique de veiller sur l'enfant afin d'assurer sa santé, sa sécurité ou sa

²³² Ce changement est significatif d'une diminution des pouvoirs parentaux : J.-P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, n° 158 ; C. Colombet, art. préc., n° 8. V. cependant, M. Gobert, art. préc. Selon l'auteur, le changement de vocabulaire n'est que formel car, dès l'adoption du Code civil en 1804, la puissance n'en a que le nom puisque le droit de vie et de mort du père a disparu et elle est plus parentale que paternelle car elle appartient en principe aux deux parents même si seul le père l'exerce. Le maintien du droit de correction laisse pourtant subsister l'aspect « domination » du pouvoir.

²³³ C. Colombet, art. préc., n° 8 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1005. Selon ces derniers, « les prérogatives qu'elle confère aux père et mère (...) ne sont que la contrepartie des devoirs et de la responsabilité que leur impose le fait même de la procréation ».

²³⁴ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970, préc.

²³⁵ Ancien article 371-2 issu de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970.

²³⁶ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1558 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1161 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1050 ; G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 9^e éd., 2006, n° 77. Adoptant une conception encore plus étroite, certains auteurs considèrent que la garde n'est que le moyen technique d'assurer la mission parentale d'éducation. V. Ph. Simler, « La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale) », *RTD Civ.* 1972. 685 ; J. Hauser, D. Huet-Weiller, (sous la dir. de J. Ghestin), *Traité de droit civil, La famille*, *op. cit.*, n° 1206.

moralité²³⁷. Une conception large comprend la garde comme une prérogative générale permettant de déterminer le mode de vie de l'enfant. La garde de l'enfant implique pour les parents le droit de diriger la « personne de l'enfant et [le] droit de surveiller, sa correspondance, ses relations et de lui interdire tous rapports que les parents jugeraient dangereux ou inopportuns, [le] droit de permettre ou d'interdire toute reproduction publique de photographies de l'enfant, [le] droit de veiller sur la mémoire de l'enfant et de régler sa sépulture »²³⁸. Garde et surveillance sont étroitement liées et révèlent le contrôle exercé par les père et mère sur l'enfant. Quant à la fonction éducative, elle est large dans la mesure où elle englobe tant l'éducation scolaire que morale, religieuse, professionnelle ou civique. Les père et mère possèdent ainsi le pouvoir de décider et d'imposer la formation intellectuelle de leur enfant. En dépit de la reconnaissance légale d'un pouvoir de protection, la notion de gouvernement par les titulaires de l'autorité parentale n'a donc pas disparu en 1970 et en 2002, le législateur a souhaité aller plus loin dans l'atténuation de l'emprise parentale.

73. La loi du 4 mars 2002²³⁹ définit désormais l'autorité parentale par ses fins comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » qui appartient aux parents pour protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité » mais également pour « assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne »²⁴⁰. Surtout, le législateur a supprimé la référence aux attributs traditionnels de garde et de surveillance, révélateurs de l'ascendant exercé sur l'enfant et peu compatibles avec l'autonomie conférée aux mineurs par cette même loi qui demande aux parents d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent. La définition générale de l'autorité parentale par ses objectifs n'a pour autant pas fait disparaître les attributs classiques relatifs à la personne de l'enfant : droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation subsistent mais sont absorbés par le pouvoir général de

²³⁷ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1561 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1162 ; G. Cornu, *op. cit.*, n° 77 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1053. Les droit et devoir de surveillance permettent aux parents de veiller à la santé, aux activités, aux relations, à la correspondance et fonde le contrôle de l'image et de la vie privée de l'enfant.

²³⁸ C. Colombet, art. préc. Pour un point de vue similaire, R. Legeais, *op. cit.*, p. 59 et s.

²³⁹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, *JO* 5 mars 2002, p. 4161 ; H. Fulchiron, « L'autorité parentale renouvelée », *Rép. Def.* 2002. 959 ; F. Boulanger, « Modernisation ou utopie ? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002. 1571 ; A. Gouttenoire-Cornut, « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. famille* 2002, chr. 24 ; E. Mulon-Montéran, « La nouvelle autorité parentale », *RJPF-2002-4/12*.

²⁴⁰ Article 371-1 du Code civil.

protection et d'éducation de l'enfant²⁴¹. Seul demeure indépendamment le droit et devoir de fixer la résidence de l'enfant issu de la garde²⁴². La protection de la santé, de la sécurité et de la moralité de l'enfant implique sa prise en charge quotidienne, la surveillance de sa santé, de ses relations, de sa correspondance, la protection de sa personnalité²⁴³. L'éducation est toujours entendue très largement, dans le but d'amener l'enfant à sa vie d'adulte²⁴⁴.

L'autorité est devenue une fonction de protection et d'éducation de l'enfant, l'aspect d'« oppression » a disparu au profit de l'aide au développement de l'enfant et des obligations et de la responsabilité²⁴⁵ des père et mère. Les droits et devoirs ne sont que « le support d'une fonction »²⁴⁶. Mais que le pouvoir ait été modifié au cours des adaptations législatives n'empêche pas l'autorité parentale contemporaine d'être pouvoir d'imposer l'obéissance et droit de commander. Elle n'en conserve donc pas moins certains caractères antérieurs. La nature du pouvoir est certes différente car les pouvoirs sont moins arbitraires en raison du glissement de la puissance à l'autorité²⁴⁷ mais elle n'a pas varié fondamentalement. Le pouvoir de diriger et d'imposer une décision demeure le socle de l'autorité parentale, l'intérêt de l'enfant en étant la mesure et la finalité. L'autorité parentale est certes un ensemble indissociable de droits et de devoirs, elle n'en demeure pas moins une prérogative des parents sur l'enfant, prérogative qu'ils détiennent en vertu du lien de filiation. Le refus du législateur en 2002 de remplacer le terme « autorité » par celui de « responsabilité » atteste de la volonté de maintenir une hiérarchie familiale²⁴⁸.

²⁴¹ F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1013 ; A. Gouttenoire, H. Fulchiron, art. préc. n° 56 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1557.

²⁴² Article 371-3 du Code civil : « L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi. »

²⁴³ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1561 et 1564 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1162 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1053 ; A. Gouttenoire, H. Fulchiron, art. préc., n° 85.

²⁴⁴ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1578 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1056.

²⁴⁵ *L'autorité parentale en question* (sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez et Ch. Choain), Presses universitaires du Septentrion, 2003. V. notamment : L. Leveueur, « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant », *ibid.*, p. 51 ; Ch. Radé, « La responsabilité des père et mère, De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », *ibid.*, p. 81.

²⁴⁶ P. Murat, « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in *Être parent aujourd'hui* (sous la dir. de Ph. Jacques), Actes du colloque du 16 janvier 2009, Faculté de droit de Chambéry, Dalloz, 2010, p. 49.

²⁴⁷ G. Cornu, *op. cit.*, n° 71. Le doyen Cornu considère que l'emploi du terme « autorité » revêt une connotation différente de « puissance », à savoir non plus seulement la force, mais surtout la fermeté sans violence.

²⁴⁸ P. Courbe, *op. cit.*, n° 1047 ; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 608. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale s'est inspirée du rapport de la Commission présidée par Mme

74. En définitive, la différence entre puissance paternelle et autorité parentale réside essentiellement dans les effets de la prérogative, qui s'agissant de la seconde est destinée à favoriser l'épanouissement de l'enfant et en aucun cas ne réduit la personnalité juridique du mineur, et encore moins n'entraîne son incapacité de jouissance. Rien n'empêcherait donc de considérer que l'autorité parentale est une application de la technique de représentation, permettant ainsi de trouver le fondement juridique de la représentation extrapatrimoniale. Pourtant, l'étude juridique du pouvoir détenu par les titulaires de l'autorité parentale révèle que l'autorité parentale contemporaine n'est pas l'application de cette technique.

§2. LES CAUSES JURIDIQUES DE L'ANTAGONISME : L'APPLICATION DE MÉCANISMES PROPRES

75. L'opposition devenue classique entre enfant-objet de droits et enfant-sujet de droits peut conduire à établir une première distinction entre l'autorité parentale et la représentation, la première envisageant l'enfant en tant qu'objet et la seconde comme sujet. Pourtant, l'accroissement de droits de l'enfant, à la fois concurrents des droits parentaux et corollaires des devoirs parentaux, comme la volonté de refuser à l'enfant le qualificatif d'objet de droits pour ne plus voir en lui qu'un sujet oblige à une analyse plus poussée. L'enfant-sujet de droits demeure quoiqu'il en soit sous autorité parentale. Dès lors, c'est par un examen plus technique de chaque prérogative que l'on parvient à établir une distinction entre les deux. Si à l'heure actuelle, l'autorité parentale au sens strict exclut la représentation, c'est parce qu'elles font application de procédés juridiques différents. L'autorité parentale est certes un pouvoir (A), mais pas un pouvoir de représentation (B), l'autorité parentale étant un pouvoir intrafamilial régissant les relations entre parents et enfant tandis que la représentation est orientée vers l'extérieur de la famille et fait naître des relations entre le mineur et des tiers.

Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 1999, p. 73 et s. Selon le rapport, « ces deux aspects [droit et devoir] de la fonction parentale sont indissolublement liés » et « il convient d'insister sur les pouvoirs qui appartiennent [aux parents] pour mener à bien leur mission : il y a responsabilité parce qu'il y a autorité. » V. Rapport au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale par M. Dolez, 1^{ère} lecture, JOAN Impressions, n° 3117, p. 39.

A. L'autorité parentale est un pouvoir personnel des parents sur la personne de l'enfant

76. Déterminer la nature de l'autorité parentale implique d'envisager les notions théoriques de droit subjectif (1) et de pouvoir (2), ce qui conduit à écarter la première qualification au profit de la seconde.

1) L'autorité parentale n'est pas un droit subjectif

77. Vestige de la puissance, l'autorité parentale est initialement un droit subjectif des parents sur leur enfant²⁴⁹. Les droits de garde, de surveillance et d'éducation qui, s'ils ne sont plus mentionnés dans le Code civil, demeurent les attributs de l'autorité parentale, n'impliquent pas l'exercice de droits de l'enfant. Ce ne sont que des droits parentaux dont l'enfant est l'objet. Pourtant, si ces droits sont propres aux titulaires de l'autorité parentale, ils ne sont désormais exercés que dans l'intérêt de l'enfant²⁵⁰. L'aspect « devoir » a été considérablement renforcé²⁵¹. La protection de l'enfant l'emporte ou du moins coexiste avec la protection de la famille. En réalité, les parents exercent un droit subjectif, non égoïste mais altruiste. Cette finalité amène à redéfinir la nature de l'autorité parentale, ce qui implique de s'arrêter sur certains éléments théoriques.

78. La définition du droit subjectif a fait l'objet de nombreuses discussions doctrinales. Son existence a même été niée. Selon Duguit et l'école positiviste, il n'existerait pas de droit subjectif, mais uniquement des situations juridiques régies par le droit objectif²⁵². En dehors de cette négation, l'opposition doctrinale principale réside dans la définition du droit subjectif, liée soit à un pouvoir de volonté, soit à la notion d'intérêt. Au XIX^e siècle, le droit subjectif est entendu comme un pouvoir de volonté concédé par le droit objectif, pouvoir consistant dans l'exercice et la disposition du

²⁴⁹ « Puissance », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* : « Ensemble des droits que les père et mère exercent sur la personne et les biens de l'enfant ». M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, *Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 250 : « Pour protéger les personnes hors d'état d'agir elles-mêmes, la loi ne les frappe pas seulement d'incapacités ; elle les met parfois en puissance. (...) La puissance diffère de l'incapacité, non seulement par un certain exercice discrétionnaire, mais encore en ce qu'elle ne s'applique pas seulement à l'exercice juridique des droits mais à la personne même de l'incapable qu'elle soumet à la direction d'un protecteur légal. »

²⁵⁰ Article 371-1 alinéa 1^{er} du Code civil.

²⁵¹ F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1005 ; L. Leveneur, « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant », art. préc., *op. cit.*, p. 43.

²⁵² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Cujas, 3^e éd., Paris, 1927, p. 296.

droit²⁵³. Cette conception fut critiquée dans la mesure où elle ne permet pas de rendre compte du droit subjectif des personnes privées de volonté. La deuxième théorie fait du droit subjectif un intérêt juridiquement protégé constitué de deux éléments, l'avantage retiré et l'action en justice, l'intérêt étant un fait ne devenant droit que s'il est protégé²⁵⁴. La critique adressée à cette définition réside dans l'absence d'explication quant au passage d'un intérêt simple à un droit : en effet, si l'intérêt est protégé, c'est avant tout parce que c'est un droit. Face à un débat toujours ouvert, d'autres théories ont émergé au XX^e siècle, notamment celle de Dabin d'après qui « le droit subjectif est essentiellement appartenance-maîtrise, l'appartenance causant et déterminant la maîtrise »²⁵⁵, « le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû. »²⁵⁶ Roubier a, quant à lui, adopté une conception plus restrictive du droit subjectif. Son raisonnement est fondé sur la notion de situations juridiques objectives et subjectives. Les premières impliquent davantage de devoirs que de prérogatives tandis que les secondes créent davantage de droits que de devoirs. Au sein des situations juridiques subjectives, l'avantage retiré, la prérogative peuvent être isolés et définis comme des droits subjectifs. Cependant, une précision est nécessaire : n'est un droit subjectif qu'une prérogative transmissible, à laquelle il est possible de renoncer et dotée d'une protection judiciaire par le biais de l'action en justice. La faculté de renonciation est inhérente au droit subjectif²⁵⁷. Enfin, MM. Ghestin et Goubeaux²⁵⁸ définissent ainsi le droit subjectif : le droit subjectif est une « restriction légitime à la liberté d'autrui établie par la norme objective en faveur du sujet qui bénéficie ainsi d'un domaine réservé pour exercer ses pouvoirs ». Il est composé de deux éléments : l'émolument consistant en l'avantage représenté par l'attribution d'une zone de pouvoirs réservée et le titre, fondement de l'inégalité juridique, résultant soit directement de la loi, soit de l'action du sujet.

²⁵³ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, p. 167, cité par J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 1952, p. 56.

²⁵⁴ Ihéring, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. De Meulenaere, t. 4, 3^e éd., 1888, § 70, p. 328.

²⁵⁵ J. Dabin, *op. cit.*, p. 80 et s.

²⁵⁶ J. Dabin, *op. cit.*, p. 105.

²⁵⁷ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. Dalloz, 2005, p. 127-130. Ainsi les droits subjectifs doivent être distingués des facultés, des libertés, des pouvoirs, des fonctions. Les droits de la personnalité ne sont dès lors pas des droits subjectifs. La vie, l'intégrité physique, les libertés ne peuvent faire l'objet d'une renonciation : *ibid.*, p. 140 et s.

²⁵⁸ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, *op. cit.*, n° 203.

De ces diverses conceptions, ressort la notion de prérogative accordée à une personne et désormais la doctrine définit le droit subjectif comme une prérogative reconnue par le droit objectif aux sujets de droit et exercée dans l'intérêt propre de son titulaire²⁵⁹. Dès lors, il doit être distingué des prérogatives exercées dans l'intérêt d'autrui. Exercée dans l'intérêt de l'enfant, l'autorité parentale ne peut être entendue comme un droit subjectif *stricto sensu*.

2) L'autorité parentale est un pouvoir

79. La doctrine, cherchant à définir la notion de droit subjectif, distinguait déjà les droits-pouvoirs exercés dans l'intérêt propre de leurs titulaires des droits-fonctions exercés « moins dans leur intérêt personnel que dans l'intérêt d'autres personnes »²⁶⁰, les droits subjectifs classiques des droits à fonction sociale²⁶¹, les droits-fonctions donnés au service d'autrui des droits égoïstes²⁶². Josserand distinguait, à propos de l'esprit des droits, les droits non causés des droits causés, c'est-à-dire les droits à esprit égoïste et les droits à esprit altruiste. Les premiers correspondent à des prérogatives absolues dénuées de contrôle²⁶³. Ils sont attribués pour la satisfaction de l'égoïsme individuel du titulaire tandis que les droits à esprit altruiste le sont au regard d'intérêts extérieurs à celui-ci²⁶⁴. Dans ce dernier cas, si le droit est exercé dans un but égoïste, l'exercice est abusif et susceptible d'engager la responsabilité du titulaire. Désormais le droit altruiste est défini par la notion de pouvoir²⁶⁵. Le pouvoir est une prérogative qui permet à son titulaire d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui, soit pour gouverner

²⁵⁹ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, par F. Chabas, *op. cit.*, n° 155 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 205. Pourtant, ne distinguant pas intérêt du titulaire et intérêt d'autrui : Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, *op. cit.*, n° 395 ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 324 et s.

²⁶⁰ R. David, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Sirey, 1929, n° 44.

²⁶¹ A. Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD Civ.* 1944. 1.

²⁶² J. Dabin, *op. cit.*, p. 222.

²⁶³ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, rééd. 2005, n° 306.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 419. Josserand estime cependant que, même les droits à esprit égoïste, ont pour finalité l'intérêt de la société, qui « met cet égoïsme au service de ses besoins vitaux, qui y voit un moyen, non une fin. »

²⁶⁵ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985 ; F. Terré, *op. cit.*, n° 205. La distinction entre droit subjectif et pouvoir manque toutefois encore de clarté. En effet, la question de savoir si le pouvoir est un droit subjectif particulier, dans la mesure où il s'agit également d'une prérogative, ou s'il est une notion indépendante ne semble pas vraiment tranchée. Dabin estimait que le droit-fonction demeurerait un droit subjectif alors que selon d'autres auteurs, le droit-fonction n'est pas un droit subjectif. Il est un pouvoir, une distinction est effectuée entre le pouvoir et le droit subjectif. V. également par exemple, Ch. Larroumet, *op. cit.*, n° 395 ; Ph. Malinvaud, *op. cit.*, n° 324 et 325.

des personnes, soit pour administrer des biens²⁶⁶. M. Gaillard définit le pouvoir comme une prérogative finalisée. Comme le droit subjectif, il implique une décision mais prise dans l'intérêt d'autrui. Il s'agit donc à la fois d'une aptitude à agir dans « un intérêt au moins partiellement distinct du sien²⁶⁷ » et d'une prérogative consistant dans le droit de prendre une décision contraignante pour autrui²⁶⁸.

80. L'autorité parentale en est un exemple classique. Josserand estimait ainsi que la puissance paternelle, de droit abstrait et absolu est devenue une « prérogative causée, orientée vers les intérêts de l'enfant et de sa famille »²⁶⁹. Dabin considérait que la puissance n'en a que le nom dans la mesure où les droits du père « sur la personne et les biens de l'enfant sont des droits au service de l'enfant », des droits dans l'intérêt de l'enfant qui n'impliquent cependant pas des devoirs du père. En effet, le devoir ne se situe que du côté de l'enfant puisque l'autorité « n'est pas un devoir (...) mais un droit de direction et de commandement ; le devoir ne se situe que du côté de la personne soumise à autorité. »²⁷⁰ En revanche, Roubier considère que la puissance paternelle relève des situations juridiques objectives, c'est-à-dire un complexe de droits et de devoirs, impliquant davantage de devoirs et de charges que de droits²⁷¹.

L'intérêt de l'enfant étant devenu la finalité de l'autorité parentale, celle-ci n'est donc plus un droit à esprit égoïste, mais un droit altruiste que l'on peut qualifier de pouvoir²⁷². Nombre de décisions judiciaires rappellent cette exigence avant même la consécration par la loi du 4 mars 2002²⁷³. La nature du pouvoir d'autorité parentale doit cependant être précisée : s'agit-il d'un pouvoir de représentation ? M. Gaillard considère en effet que tout pouvoir n'est pas un pouvoir de représentation. « Le pouvoir

²⁶⁶ P. Roubier, *op. cit.*, p. 144 et 190 ; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, t.1, vol. 2, *Les personnes*, *op. cit.*, n° 497.

²⁶⁷ E. Gaillard, *op. cit.*, n° 235.

²⁶⁸ *Ibid.*, n° 216.

²⁶⁹ L. Josserand, *op. cit.*, n° 67.

²⁷⁰ J. Dabin, *op. cit.*, p. 226-227.

²⁷¹ P. Roubier, *op. cit.*, p. 76. La puissance paternelle « est dominée par le devoir d'éducation et d'entretien, et les pouvoirs donnés aux parents - droit de garde, droit de correction - ont surtout pour but de leur permettre de bien remplir leurs devoirs d'éducateurs. »

²⁷² E. Gaillard, *op. cit.*, n° 238. La question de savoir si le pouvoir est une notion indépendante du droit subjectif ou au contraire une subdivision n'est cependant pas tranchée.

²⁷³ Paris 10 avril 1967, *JCP* 1967, II, 15100 ; Civ. 1^{ère} 16 janvier 1979, *D.* 1980. 85, note P. Lanquetin ; Civ. 1^{ère} 13 octobre 1993, *Bull. civ.* I, n° 275. Après la loi du 4 mars 2002, Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, préc. ; Civ. 1^{ère} 8 novembre 2005, *Bull. civ.* I, n° 404 ; *D.* 2006. 554, note F. Boulanger ; *Dr. famille* 2006, comm. 28, obs. A. Gouttenoire ; *RTD Civ.* 2006.101, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, *Bull. civ.* I, n° 103 ; *JCP* 2008, I, 102, note Y. Favier ; *Dr. famille* 2007, comm. 125, obs. P. Murat ; *RTD Civ.* 2007. 330, obs. J. Hauser.

est l'aptitude à agir valablement dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien qui ne préjuge pas l'existence d'un lien de représentation, sans toutefois l'exclure nécessairement »²⁷⁴. Ainsi il est nécessaire de distinguer le pouvoir impliquant une représentation du pouvoir détaché de cette notion. La représentation n'est que « le genre d'une espèce plus vaste : le pouvoir »²⁷⁵.

B. L'autorité parentale n'est pas un pouvoir de représentation

81. L'autorité parentale correspond à l'exercice d'un droit subjectif propre aux parents, mais à finalité altruiste et indissociable de son corollaire qu'est le devoir, ce qui justifie la qualification de pouvoir, tandis que la représentation implique l'exercice d'un droit subjectif appartenant au mineur. Au-delà de cette différence, un premier élément permet d'établir que l'autorité parentale n'est pas représentation : les titulaires du pouvoir d'autorité parentale peuvent effectuer des actes purement matériels et non nécessairement juridiques, alors que la représentation est traditionnellement considérée comme une technique ne permettant d'accomplir que des actes juridiques, exclue en matière de faits juridiques et d'actes matériels²⁷⁶. Pourtant, la représentation peut consister dans l'accomplissement d'actes matériels²⁷⁷. Il est donc nécessaire de recourir à des éléments d'ordre technique pour expliquer pourquoi l'autorité parentale contemporaine ne relève pas de la représentation.

82. La représentation est définie comme l'accomplissement par une personne au nom et pour le compte d'une autre d'un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté. M. Storck²⁷⁸ a ainsi décomposé le mécanisme de la représentation. Il estime que l'action au nom d'une personne repose sur la divisibilité de la notion de droit subjectif²⁷⁹ qui implique la dissociation des qualités d'auteur de l'acte et de sujet titulaire de droit. L'auteur est la personne qui manifeste une volonté d'établir un lien de droit par l'usage de droits subjectifs, tandis que le sujet est la personne attributaire des droits subjectifs requis pour la réalisation de l'acte²⁸⁰. L'action

²⁷⁴ E. Gaillard, *op. cit.*, n° 75.

²⁷⁵ *Ibid.*, n° 332.

²⁷⁶ M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n° 260 et s.

²⁷⁷ Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n° 153 ; N. Mathey, « Représentation », art. préc., n° 18 ; F. Gréau, « Retour sur la représentation comme fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », art. préc.

²⁷⁸ M. Storck, *op. cit.*, n° 129 et s.

²⁷⁹ *Ibid.*, n° 131.

²⁸⁰ *Ibid.*, n° 131.

pour le compte d'une personne repose, quant à elle, sur la notion de pouvoir²⁸¹, prérogative exercée dans l'intérêt d'autrui, sujet d'imputation de l'acte. Le représentant exerce donc le droit subjectif d'autrui qui se trouve lié par l'acte accompli dans son intérêt. Ces éléments sont cumulatifs. Il en résulte que si le droit exercé n'est pas celui d'autrui ou que ce dernier n'est pas engagé par l'acte accompli, il est impossible de retenir la qualification de représentation. Ces deux critères permettent de déterminer la nature du pouvoir d'autorité parentale, simple pouvoir ou pouvoir de représentation. Cependant, le premier se révèle insuffisant à résoudre notre problème (1), tandis que le second est plus pertinent (2).

1) L'insuffisance du critère fondé sur la titularité du droit subjectif

83. Les études relatives aux notions de pouvoir et de représentation distinguent pouvoir de représentation et « pouvoir personnel »²⁸². M. Storck estime que certains pouvoirs ne sont pas des pouvoirs de représentation mais des pouvoirs personnels, tels le pouvoir de l'exécuteur testamentaire, de l'époux sur les biens communs, ou le pouvoir d'agir pour le compte du ménage sur le fondement de l'article 220 du Code civil. Pour que l'attributaire d'un pouvoir ait la qualité de représentant, il est nécessaire d'établir qu'il met en œuvre « des prérogatives au nom d'un tiers qui en est titulaire²⁸³. » Dans le même ordre d'idées, M. Gaillard considère que le pouvoir exercé dans l'intérêt de quelqu'un qui n'est pas sujet de droit n'est pas un pouvoir de représentation²⁸⁴. Il semble qu'il faille entendre ici par « quelqu'un qui n'est pas sujet de droit », une personne non titulaire de droit subjectif. Ainsi, le pouvoir qui ne correspond pas à l'exercice du droit subjectif d'autrui n'est pas un pouvoir de représentation. Tandis que le pouvoir est indépendant de la notion de droit subjectif, la représentation implique la coexistence de droits subjectifs et de pouvoirs. Le « simple » pouvoir ne met en œuvre qu'une seule prérogative tandis que le pouvoir de représentation correspond à l'exercice de deux prérogatives. Pour que le pouvoir soit de représentation, la prérogative doit consister en une action au nom d'autrui c'est-à-dire l'exercice du droit subjectif d'autrui.

²⁸¹ *Ibid.*, n° 161 et s.

²⁸² *Ibid.*, n° 277.

²⁸³ *Ibid.*, n° 287.

²⁸⁴ E. Gaillard, *op. cit.*, n° 332.

84. Or, en ce qui concerne l'autorité parentale, la prérogative exercée n'est que celle des parents, non celle de l'enfant. Historiquement, l'autorité est un droit propre aux parents dont ils bénéficient en raison des liens de filiation. Si cette prérogative s'est muée en pouvoir, c'est-à-dire en « prérogative finalisée » par l'intérêt de l'enfant, elle demeure un pouvoir personnel aux parents. En aucun cas, l'exercice des droits de garde, de surveillance ne correspond à l'exercice parallèle de droits de l'enfant : il ne s'agit que de fixer la résidence de l'enfant par exemple ou encore de veiller à ses fréquentations et activités et d'assurer son bon développement intellectuel et physique. Les titulaires de l'autorité parentale disposent d'un pouvoir propre de direction générale de la personne de l'enfant²⁸⁵ qui n'implique pas l'exercice des droits de l'enfant.

Cependant, la mise en œuvre des droits de l'enfant est protéiforme et les parents en accomplissant leur mission d'autorité parentale n'assurent-ils pas le respect des droits de l'enfant, tels que le droit à l'éducation, à être élevé par ses deux parents, à une protection générale ?²⁸⁶ Dès lors, à lui seul, le critère de la titularité du droit ne semble pas à l'heure actuelle à même de résoudre la question de savoir si l'autorité parentale est un pouvoir de représentation ou non. La mutation de l'autorité parentale en pouvoir exercé dans l'intérêt de l'enfant et l'accroissement des droits de l'enfant viennent bouleverser les raisonnements classiques. Se pose désormais un problème, voire un conflit, de coïncidence des droits des parents et des droits de l'enfant. Comment dans ces conditions se fonder sur la titularité du droit comme déterminant de la nature du pouvoir des titulaires de l'autorité parentale ?

85. En réalité, il s'agit moins d'un conflit de droits subjectifs que d'une coexistence entre les droits de l'enfant et les devoirs des parents. Si être titulaire de l'autorité parentale, c'est être titulaire de droits propres sur l'enfant, désormais l'aspect « devoir et responsabilité » est fondamental, voire primordial²⁸⁷. L'autorité parentale n'est entendue que comme un complexe de droits et de devoirs ainsi que le rappelle l'article 371-1 alinéa 1^{er} du Code civil : les père et mère sont titulaires du droit d'éduquer et de surveiller l'enfant mais également du devoir d'assurer son développement et sa

²⁸⁵ L. Leveur, « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant », art. préc., *op. cit.*, p. 43 et s., spéc. n° 20; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 608.

²⁸⁶ Un des objectifs de la loi du 4 mars 2002 était notamment de valoriser « le droit pour tout enfant d'être éduqué et protégé par ses parents » inspiré de l'article 7 de la CIDE. V. Compte rendu analytique officiel, séance du 21 novembre 2001, propos de S. Royal, ministre déléguée à la Famille, à l'enfance et aux personnes handicapées, JO Sénat Débats parlementaires, p. 18.

²⁸⁷ V. *supra* n° 70.

protection. Les parents sont en définitive débiteurs de leur enfant, lui-même créancier d'une obligation générale de protection et d'éducation. C'est ainsi que l'enfant dispose du droit d'être élevé par ses deux parents et de maintenir des relations personnelles avec les deux²⁸⁸, même en cas de séparation de ceux-ci. Auparavant le parent séparé de son enfant disposait d'un droit de visite et d'hébergement de son enfant, devenu un devoir de visite et d'hébergement, conséquence de la reconnaissance du droit de l'enfant au maintien de relations personnelles avec ses parents²⁸⁹. Il s'agit davantage d'un droit de l'enfant que d'un droit des parents, envers qui le droit s'est mué en devoir. De la même manière, l'enfant jouissant du droit à l'éducation et à la protection, les titulaires de l'autorité parentale qui disposaient à cette fin des droits de garde et de surveillance, ont désormais devoirs de garde et de surveillance de leur enfant. C'est donc bien un droit de l'enfant qui est au cœur du pouvoir d'autorité parentale, mais ce droit n'est pas exercé par représentation puisque les titulaires de l'autorité parentale ne font qu'exécuter une obligation pesant sur eux. Par conséquent, ce pouvoir n'est nullement représentation puisqu'il n'est intégré que dans les rapports internes entre parents et enfants.

Si le conflit entre droit des parents et droit de l'enfant semble résolu par le recours à la notion de devoir parental, il n'en demeure pas moins que l'aspect « droit » n'a pas disparu²⁹⁰. L'ambivalence de la notion d'autorité parentale ne permet pas d'écarter tout conflit de droits subjectifs, ni de se fonder sur la titularité du droit pour connaître la nature du pouvoir exercé. En revanche, le second critère fondé sur l'effet du pouvoir est davantage discriminant quant à la détermination de l'essence du pouvoir d'autorité parentale.

²⁸⁸ Article 373-2 alinéa 2 du Code civil

²⁸⁹ TGI Poitiers, 15 novembre 1999, *BICC* n° 524 du 15 nov. 2000, décision n° 1294 : « Le droit de visite et d'hébergement s'analyse aussi comme un devoir pour le parent à qui il a été reconnu et son non-exercice constitue une faute sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ». V. cependant, Douai 9 juin 2011, n° RG 10/04103. Cette décision fait douter de la réalité de l'existence d'un devoir parental dans la mesure où le droit et devoir de visite et d'hébergement du père n'a pas été ordonné puisque celui-ci ne le voulait pas.

²⁹⁰ Réaffirmant l'aspect « prérogative » et « droit » du pouvoir d'autorité parentale, Civ. 1^{ère} 27 février 2007, *Bull. civ.* I, n° 78 ; *RJPF*-2007-5/33, note F. Eudier ; *Dr. famille* 2007, comm. 124, obs. P. Murat ; *RTD Civ.* 2007. 327, obs. J. Hauser. En l'espèce, obtient réparation du préjudice moral causé par la méconnaissance de ses prérogatives d'autorité parentale, le parent dont l'autorisation n'a pas été demandée pour publier les photos de son enfant.

2) L'efficacité du critère tiré de l'effet du pouvoir

86. M. Storck rappelle la distinction traditionnelle entre droits et pouvoirs et différencie droits égoïstes et droits altruistes, les pouvoirs appartenant à la seconde catégorie, mais il considère que tout droit altruiste n'est pas un pouvoir. L'action dans l'intérêt d'autrui ne signifie pas nécessairement que la prérogative exercée est un pouvoir car l'altruisme connaît deux degrés²⁹¹. Le premier implique que le droit altruiste prenne en compte l'intérêt d'autrui, tandis que le second implique à la fois la prise en compte de l'intérêt d'autrui et l'imputation des effets de l'acte sur la tête d'autrui. Le pouvoir ne se situe qu'au second degré de l'altruisme et répond à deux critères cumulatifs : le titulaire doit agir dans l'intérêt d'autrui certes, mais son action doit également engager autrui²⁹². Si le titulaire du droit altruiste est personnellement engagé tout en devant tenir compte de la situation des tiers, il s'agit d'une « forme atténuée de pouvoir soumis au régime des droits », bien que n'étant pas de nature exclusivement égoïste. Ainsi en est-il, selon l'auteur, des prérogatives parentales telles que le droit de garde, de surveillance, d'éducation et de correction des enfants²⁹³. A suivre ce raisonnement, l'autorité parentale est donc un droit altruiste mais pas un pouvoir dans la mesure où si l'acte tient compte de l'intérêt de l'enfant, celui-ci n'est pour autant pas lié par l'action des titulaires de l'autorité parentale. En effet, l'acte n'est alors pas accompli pour le compte de l'enfant, seul le titulaire de l'autorité parentale est engagé.

En réalité, cette conception du pouvoir est beaucoup plus restrictive que celle retenue actuellement²⁹⁴. Cependant, elle est importante quant à la compréhension du mécanisme de représentation et plus précisément du second élément qu'est l'action pour le compte d'autrui, ce dernier étant fondé sur la notion de pouvoir selon M. Storck. Il faut dès lors considérer que l'action pour le compte d'autrui consiste en un acte accompli dans

²⁹¹ M. Storck, *op. cit.*, n° 179.

²⁹² *Ibid.*, n° 178 et 179. « (...) Pour qu'une prérogative soit considérée comme étant une forme de pouvoirs ou de droits-fonctions soumis à un régime juridique différent de celui des droits égoïstes, deux éléments doivent être cumulativement réunis : la prérogative doit être exercée dans l'intérêt d'un tiers, et c'est ce tiers qui doit être engagé par les effets de droit. »

²⁹³ *Ibid.* Selon M. Storck, il s'agit alors d'« altruisme » au premier degré, ces prérogatives devant seulement être utilisées dans l'intérêt de la famille. Dès lors, elles ne sont pas soumises au contrôle du détournement de pouvoirs.

²⁹⁴ La conception dominante est issue des travaux de M. Gaillard, selon qui la notion de pouvoir est autonome de la représentation et ne la met pas nécessairement en œuvre. M. Storck assimile en revanche représentation et pouvoir. V. E. Gaillard, *op. cit.*, n° 332.

l'intérêt d'autrui *et* qui lui est directement imputable. L'imputation de l'acte est la composante fondamentale de la représentation et le critère discriminant dans notre cas. Il est nécessaire que le titulaire du droit soit engagé juridiquement par l'acte accompli et qu'il existe une dissociation entre l'auteur de l'acte et le sujet d'imputation, la partie à l'acte²⁹⁵.

87. L'autorité parentale est donc un pouvoir au sens contemporain de la notion puisque les titulaires agissent dans l'intérêt de l'enfant, mais il ne s'agit pas d'un pouvoir de représentation. En effet, lorsque les titulaires de l'autorité parentale exécutent leur mission générale de protection et d'éducation, ils fixent la résidence de l'enfant, surveillent sa correspondance, ses relations, sa scolarité, ou encore veillent à sa santé, à son alimentation, à ses tenues vestimentaires. Que ces actes s'inscrivent dans le cadre des droits dont bénéficient les titulaires de l'autorité parentale ou qu'ils correspondent à l'exécution des devoirs parentaux, conséquences des droits de l'enfant, qu'il s'agisse d'actes matériels ou d'actes juridiques²⁹⁶, le mineur n'est pas engagé par l'acte ; il n'est qu'intéressé par l'acte. L'enfant y est plus objet d'une prérogative – droit et devoir - que sujet de droit²⁹⁷. L'enfant doit certes respecter ces choix et même s'y conformer en vertu de l'article 371 du Code civil, mais en aucun cas il n'est lié juridiquement à un tiers par la décision de ses père et mère, ni ne devient partie à un acte juridique. Ainsi, l'autorité parentale *stricto sensu*, sur la personne de l'enfant, n'est pas un pouvoir de représentation²⁹⁸ mais un simple pouvoir d'éducation, de protection et de surveillance de l'enfant que l'on peut qualifier de pouvoir de direction et de contrôle. Cette prérogative ne s'inscrit que dans les rapports internes à la famille, tandis que la représentation est un procédé permettant au mineur d'entrer dans des rapports juridiques extérieurs à sa famille. Les actes accomplis dans le cadre de l'autorité parentale *stricto sensu* intéressent le mineur sans mettre à sa charge des obligations à l'égard d'un tiers. Le Code civil confirme l'idée selon laquelle l'autorité parentale sur la personne est distincte de la représentation dans la mesure où ne visent la représentation du mineur

²⁹⁵ Ph. Delmas Saint-Hilaire, *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, LGDJ, 2000, p. 46 et s.

²⁹⁶ Par exemple, l'autorisation de participer à un voyage scolaire.

²⁹⁷ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 470.

²⁹⁸ Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 43 : « En exerçant en commun l'autorité parentale, les parents ne représentent pas l'incapable : c'est le rôle de l'administration légale. Ils pallient la faiblesse physique, intellectuelle et morale du mineur (...) en lui imposant leurs choix et en contrôlant ses activités, son développement, sa santé, ses études et ses fréquentations.»

que les articles 389-3 et 450 du Code civil, c'est-à-dire uniquement lorsque le pouvoir porte sur les biens de l'enfant, l'administration légale et la tutelle.

88. La représentation n'est donc pas de l'essence de l'autorité parentale. L'explication est pour partie historique : l'ancienne puissance paternelle excluait la représentation. Cette cause historique a ensuite eu des répercussions juridiques sur l'autorité parentale contemporaine qui en est une déclinaison, dans la mesure où la nature personnelle du pouvoir n'a pas disparu. L'enfant n'est qu'intéressé par la décision qui lui est imposée en vertu du pouvoir d'autorité parentale, impliquant direction et contrôle. Parce que l'enfant ne se trouve pas engagé dans un rapport d'obligation par le pouvoir d'autorité parentale, ce dernier n'est pas application de la technique de représentation. Celle-ci doit dès lors être clairement distinguée de l'autorité parentale puisque chacune aura un domaine propre d'application et une fonction différente.

Section 2 : LA COMPLÉMENTARITÉ RÉVÉLÉE DE L'AUTORITÉ ET DE LA REPRÉSENTATION

89. L'autorité parentale *stricto sensu* n'impliquant pas la représentation du mineur, cette dernière doit donc en être clairement différenciée et détachée. Pour autant, il convient désormais moins de parler d'un antagonisme entre représentation et autorité parentale que d'une complémentarité entre les deux. La représentation s'affirme ainsi comme une technique de protection du mineur complémentaire de l'autorité parentale à mesure de l'autonomie prise par l'administration légale (§1). Plus récemment, la complémentarité s'est accentuée. Profondément liée à la philosophie du droit et nécessairement affectée par la reconnaissance de l'enfant en tant que sujet de droit à part entière, la représentation a été revalorisée par l'adoption de la CIDE. De technique juridique, elle est devenue attribut général de l'autorité parentale *lato sensu* en adéquation avec la généralité de l'incapacité d'exercice du mineur (§2).

§1. LA REPRÉSENTATION, TECHNIQUE ATTACHÉE À L'ADMINISTRATION LÉGALE

90. L'autorité parentale étant le mécanisme initial et principal de protection de l'enfant, la représentation aurait pu ne jamais émerger ou du moins se révéler inutile. Longtemps la protection de l'enfant était considérée comme suffisamment assurée par les pouvoirs personnels détenus par les père et mère. Non seulement la puissance paternelle n'était pas application d'un mécanisme de représentation - pas plus que l'autorité parentale désormais - mais elle excluait même la représentation comme pouvoir complémentaire. Ainsi, dans la dépendance de l'autorité paternelle, l'administration légale ne mettait pas en œuvre un pouvoir dont la nature était clairement identifiée (A). Progressivement cependant, autorité et représentation vont coexister. D'abord conféré au tuteur, le pouvoir de représentation n'a finalement été reconnu à l'administrateur légal par le législateur que lorsque l'administration légale s'est complètement différenciée de l'autorité paternelle (B).

A. L'administration légale et la représentation dans l'ombre de la puissance paternelle

91. Pour plusieurs raisons²⁹⁹, la *patria potestas* n'était pas une application d'un mécanisme de représentation, ce qui a eu des incidences sur la nature du pouvoir de puissance paternelle qui s'en est inspirée, lui-même ne relevant pas de la représentation et consistant dans l'exercice d'une prérogative propre des titulaires. Non seulement la puissance paternelle ne conduisait pas à la représentation du mineur, mais de surcroît elle constituait un obstacle à l'émergence de cette technique. L'incompatibilité entre la puissance paternelle et la représentation demeurera en pays de droit écrit même sous l'Ancien Régime, époque à laquelle la puissance paternelle s'imprègne fortement de la *patria potestas*. En pays de droit coutumier, bien qu'ultérieurement la puissance paternelle ne constitue plus un obstacle à la représentation en raison de la reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant, il semble qu'elle rende inutile le mécanisme de représentation, alors même que pourtant le concept de représentation apparaît³⁰⁰. Même si la doctrine évoque la représentation de l'enfant sous puissance paternelle³⁰¹, cette mention est rare et la puissance exercée sur l'enfant suffit à sa protection sans qu'il soit nécessaire de recourir à un pouvoir complémentaire spécifique³⁰².

92. Cette conclusion ressort également de l'analyse du Code Napoléon et de ses travaux préparatoires. D'une part, la puissance paternelle, telle qu'elle figure dans le Code Napoléon, n'est aucunement représentation de l'enfant³⁰³, d'autre part, il apparaît là encore qu'elle écarte toute représentation comme mécanisme complémentaire. La différence établie par les rédacteurs du Code civil entre le pouvoir du père de famille et celui du tuteur confirme cette analyse³⁰⁴. S'il est clairement établi que ce dernier représente le mineur, l'administrateur des biens possède un pouvoir différent, de même nature que la puissance paternelle sur la personne dont il est issu. La comparaison entre

²⁹⁹ V. *supra* n° 58.

³⁰⁰ J.-L. Gazzaniga, art. préc. Le droit canonique va permettre à la représentation de se développer. La représentation parfaite est admise lentement à partir du XIV^e siècle.

³⁰¹ Merlin, « Puissance paternelle et usufruit légal », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, *op. cit.*, section IV, p. 633.

³⁰² *Œuvres de Pothier, op. cit.*, p. 281, n° 16. Selon Pothier, la puissance paternelle s'étend à la personne et aux biens de l'enfant, qu'il s'agit de gouverner avec autorité, sans que la particularité de la gestion des biens ne soit évoquée. En revanche, la représentation du mineur sous tutelle est, elle, évoquée.

³⁰³ V. *supra* n° 66.

³⁰⁴ V. *supra* n° 67.

tutelle et administration légale laisse donc penser que les fonctions d'autorité-puissance et de représentation sont incompatibles, seul le tuteur pouvant être représentant de l'enfant dans la mesure où il n'exerce pas de puissance paternelle. La puissance exclut la représentation du mineur, simplement parce qu'en raison de la nature même de cette institution et de ses effets, il n'est pas nécessaire de représenter le mineur. L'exercice de la puissance suffit à la protection de l'enfant. C'est pourquoi, les rédacteurs du Code civil ont considéré que l'enfant sous puissance paternelle n'est pas représenté par son père dans le cadre de l'administration légale, seul le mineur sous tutelle l'est.

93. Pourtant, l'idée d'une représentation par le titulaire de la puissance paternelle et administrateur légal n'est écartée ni par la doctrine, ni par la jurisprudence. Avant tout, sous l'empire du Code Napoléon, puissance paternelle et tutelle - et donc représentation- peuvent coexister. Jusqu'en 1964, la tutelle s'ouvre et remplace l'administration légale dès que l'un des père et mère décède. La plupart du temps, le survivant est tuteur de l'enfant quant aux biens mais conserve la puissance paternelle³⁰⁵. Il en est de même pour les enfants naturels³⁰⁶. La puissance paternelle n'exclut donc pas la tutelle et la représentation. Cependant, le pouvoir de représentation découle alors non de la puissance paternelle mais de la tutelle. Il est par ailleurs admis que le tuteur bénéficie alors d'une plus grande indépendance de pouvoir³⁰⁷. Ensuite, malgré l'imprécision entourant ce point dans les nombreuses études consacrées à l'administration légale- imprécision due à l'objet de la controverse doctrinale, à savoir l'étendue du pouvoir de l'administrateur légal, non pas la nature de ce pouvoir - la représentation de l'enfant par l'administrateur légal est évoquée par la doctrine³⁰⁸.

³⁰⁵ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R et J. Savatier, *op. cit.*, n° 301 ; Ch. et R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, *L'état et la capacité des personnes*, t. 3 bis, par A. Breton, *op. cit.*, n° 1370.

³⁰⁶ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 318.

³⁰⁷ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 4, Durand et Pédone, 3^e éd., 1878, n° 374, p. 488.

³⁰⁸ De Fréminville, *Traité de la Minorité et de la Tutelle*, Clermont-Ferrand, Th. Landriot, 1845, p. 44. L'auteur mentionne brièvement la représentation et s'il évoque la représentation de l'enfant sous administration légale, il ne le fait pas à l'occasion de l'étude du pouvoir du père mais du conflit d'intérêts entre le père et son fils, ce qui nécessite alors la nomination d'un tuteur *ad hoc* pour représenter l'enfant. En revanche, plus franchement mais de manière imprécise, v. R. Seligmann, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1875, p. 688, notamment p. 692 et 701 ; F. Laurent, *op. cit.*, n° 364, p. 476 ; C. Aubry, C. F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 1, Marchal et Billard, 5^e éd., avec la collab. de M. Gault, 1897, p. 779.

Pour une mention sans ambiguïté, mais bien plus tard, dans les commentaires relatifs à la loi du 6 avril 1910 : H. Capitant, *RTD Civ.* 1910. 290 et 300. Capitant évoque ce pouvoir général de représentation et son étendue : « En dehors des cas où la loi nouvelle [la loi du 6 avril 1910] requiert l'autorisation de justice et prescrit l'observation de formes spéciales, l'administrateur légal (...) a le droit d'accomplir seul,

L'évocation demeure néanmoins assez succincte, témoignant en cela du peu d'intérêt porté à la notion. C'est en revanche, la jurisprudence qui va énoncer clairement le principe de représentation par le père³⁰⁹.

94. Cependant, le législateur ne tient pas compte de ces apports potentiels à la construction du régime de l'administration légale. Même lorsque celle-ci est enfin précisée par la loi du 6 avril 1910³¹⁰, la notion de représentation par le père est absente de la nouvelle rédaction³¹¹. Une telle indifférence va dans le sens du caractère inexistant ou du moins secondaire du pouvoir de représentation. En dépit d'un premier rapprochement vers la tutelle, l'administration légale est encore considérée comme un attribut de la puissance paternelle, s'apparentant à une simple gestion des biens de l'enfant, pouvoir dont le législateur ne juge pas utile de préciser l'essence parce qu'il découle logiquement de la puissance paternelle et qui, s'il n'en suit pas l'étendue, en adopte la nature³¹². Il a fallu attendre que le législateur affranchisse complètement l'administration légale de la puissance paternelle pour que la représentation puisse être « officiellement » consacrée.

sans formalités, tous les actes que requiert la représentation des droits de l'enfant.» Il ne peut par contre pas conclure des contrats qui sont « contraires à l'idée de conservation des biens, qui est l'essence de l'administration.»

Ch. et R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, *L'état et la capacité des personnes*, t. 3 bis, par A. Breton, *op. cit.*, n° 1431 : l'administration légale est un « pouvoir légal de représentation qui a de grandes analogies avec la tutelle. Elle en diffère pourtant en ce que l'administrateur légal a des pouvoirs beaucoup plus larges que le tuteur et surtout en ce que la loi ne lui impose pas les mêmes obligations qu'au tuteur (...), toutes solutions qui sont parfaitement naturelles étant donné la qualité de l'administrateur légal (...). »

³⁰⁹ Civ. 5 juillet 1847, *D.* 1848. 148. A propos d'une opposition d'intérêts soulevée lors d'une instance en partage, la Cour de cassation considère qu'il n'était pas nécessaire de nommer un subrogé tuteur ou un tuteur spécial à l'enfant, qui a été « légalement représenté et valablement défendu par son père, administrateur légal de sa fortune et de ses biens, et qui, dans le cours de tout le procès, avait constamment identifié ses intérêts avec ceux du mineur. » La représentation de l'enfant par l'administrateur légal est ici énoncée sans équivoque.

³¹⁰ *V. infra* n° 97.

³¹¹ La loi introduit dans le Code civil l'article 389 § 5 : « L'administrateur légal doit administrer en bon père de famille et est responsable de son administration dans les termes de droit commun ». Si le législateur s'est fortement inspiré des critiques de la doctrine quant à l'étendue du pouvoir, il n'a pour autant pas tenu compte des commentaires quant à la nature du pouvoir. Les nombreux projets de loi modifiant l'article 389 et les travaux préparatoires à la loi du 6 avril 1910 se concentrent véritablement sur le problème de l'étendue du pouvoir et les liens qu'entretiennent administration légale, tutelle et puissance paternelle.

³¹² Discussion devant le Corps législatif, Discours du Tribun Tarrible, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 10, *op. cit.*, p. 540 : « Les effets de cette autorité (...) s'étendent à la personne et aux biens de l'enfant ». Cette inclusion laisse penser que la nature du pouvoir de gestion des biens de l'enfant est identique à celle du pouvoir de direction de la personne. *Contra*, M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 106.

B. L'administration légale et la représentation, affranchies de l'autorité parentale

95. Dès la rédaction du Code civil, il était établi que le tuteur avait pour fonction de représenter le mineur³¹³ et de gérer son patrimoine. La répartition des missions entre le tuteur et le conseil de famille était clairement fixée et n'a pas varié. Il était admis - et il l'est toujours - que la fonction équivalente à l'autorité parentale est détenue par le conseil de famille qui règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation de l'enfant³¹⁴, le tuteur devant quant à lui prendre soin de la personne du mineur et le représenter. L'autorité parentale appartient ainsi au conseil de famille et la représentation au tuteur, le conseil de famille n'étant aucunement investi de l'exercice des droits du mineur. Initialement la représentation a donc existé indépendamment de l'autorité parentale, sans que celle-ci fonde celle-là.

96. L'administration légale, quant à elle, a dû se dégager de l'emprise de la puissance paternelle disposant dans un premier temps d'un régime juridique propre pour ensuite intégrer en son sein le pouvoir général de représentation qui jusqu'alors lui faisait défaut. La différenciation des deux institutions a eu lieu à mesure de l'évolution du contrôle pesant sur l'administrateur légal³¹⁵, le lien entre puissance paternelle et administration légale étant au cœur des débats relatifs à l'étendue du pouvoir de l'administrateur légal, à la fois cause et conséquence de la solution. Étudier l'émergence du pouvoir de représentation implique donc l'étude préalable de la controverse relative à l'étendue du pouvoir de l'administrateur.

Les dispositions relatives à l'administration légale, telles qu'elles ont été envisagées par les rédacteurs du Code civil, étaient laconiques³¹⁶, nulle précision quant à l'étendue et à la nature des pouvoirs du père administrateur légal. Cette indétermination a été la source de débats doctrinaux et jurisprudentiels, débats occultant cependant la question

³¹³ Article 450 ancien.

³¹⁴ Article 401 du Code civil issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 « portant réforme de la protection juridique des majeurs ».

³¹⁵ H. Bertrand, *Loi du 6 avril 1910 modifiant et complétant l'article 389 du code civil relatif à l'administration légale du père*, thèse Aix, 1910, p. 21 et s : pour rechercher l'étendue du pouvoir de l'administrateur, l'auteur s'interroge d'abord sur le fondement de ce pouvoir. « Les pouvoirs du père sur les biens de ses enfants ne sont pas de l'essence de la puissance paternelle. » Dès lors, tutelle et puissance paternelle peuvent coexister. Surtout, l'auteur considère l'administration légale « comme un attribut de la puissance paternelle, attribut relatif aux biens et pouvant se détacher du principe où il prend racine sans altérer son essence. »

³¹⁶ V. *supra* n° 67.

de la nature du pouvoir et se concentrant sur son étendue : le pouvoir du père était-il illimité comme la puissance paternelle ? Ou au contraire devait-il être encadré comme celui du tuteur ? La question sous-jacente à ces débats était de savoir si l'administration légale était un attribut de la puissance paternelle. Dans le premier cas, l'administrateur légal était omnipotent, son pouvoir illimité. Dans le second cas, détaché de la puissance paternelle, le pouvoir devait être contrôlé comme l'est celui du tuteur. En réalité, les solutions proposées n'étaient pas si schématiques, mais résoudre le problème du lien entre puissance paternelle et administration légale permet indirectement d'avoir des indications sur la nature du pouvoir de l'administrateur.

Plusieurs systèmes ont été proposés par la doctrine, variablement adoptés par les juridictions. Pour certains auteurs³¹⁷, l'administrateur légal disposait d'un pouvoir illimité, semblable à la puissance paternelle et dès lors ne devait subir aucun contrôle, l'affection pour l'enfant suffisant à limiter l'exercice du pouvoir. La jurisprudence a consacré parfois ce système en se fondant sur l'inapplicabilité des règles de la tutelle à l'administration légale³¹⁸. Contestant cette omnipotence du père, une autre partie de la doctrine³¹⁹ considérait que son pouvoir n'étant que celui d'administrer les biens de l'enfant, il devait avoir la possibilité d'accomplir seul tous les actes d'administration mais devait demander une autorisation de justice pour les actes de disposition. Cette solution posait le problème de la distinction entre actes de disposition et actes d'administration³²⁰. C'est pourquoi, il a été proposé de ne pas se fonder sur cette distinction mais de prendre en compte les actes que le tuteur pouvait accomplir seul ou avec autorisation du conseil de famille³²¹, qu'alors l'administrateur pouvait accomplir seul, actes auxquels étaient opposés ceux pour lesquels le tuteur a besoin d'une autorisation de justice et que l'administrateur ne pouvait passer seul. Il a même été soutenu que le pouvoir de l'administrateur soit totalement calqué sur celui du tuteur, ce qui impliquait la nomination d'un conseil de famille et d'un subrogé-tuteur³²².

³¹⁷ De Fréminville, *Traité de la Minorité et de la Tutelle*, *op. cit.*, p. 13.

³¹⁸ Dijon 31 décembre 1891, *D.* 1892. 2. 233.

³¹⁹ F. Laurent, *op. cit.*, n° 303 et s.

³²⁰ C. Aubry, C. F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, *op. cit.*, p.782.

³²¹ *Ibid.*, p. 783. Dans ce cas, il s'agissait en réalité d'une conception large de l'acte d'administration.

³²² *Ibid.*, p. 776 ; C. Demolombe, *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse : de la puissance paternelle*, t. 6, Hachette, 1875, p. 446. Aubry et Rau considéraient néanmoins que le conseil de famille se contentait de donner les autorisations nécessaires ou de nommer un administrateur *ad hoc* sans exercer de contrôle sur l'administrateur légal.

97. Finalement la loi du 6 avril 1910³²³ adopte un système intermédiaire, renvoyant au pouvoir du tuteur tout en tenant compte des « droits naturels » des parents dont il s'agit de ne pas méconnaître « l'autorité et le respect qui leur est dû »³²⁴. Elle dispose que l'administrateur légal peut accomplir seul les actes que le tuteur peut effectuer sans autorisation de justice, c'est-à-dire ceux qu'il fait seul ou avec autorisation du conseil de famille³²⁵. Si cette précision législative relative au régime de l'administration légale est importante, elle n'en demeure pas moins insuffisante quant à la nature du pouvoir exercé. Alors que le régime de l'administration légale se rapproche de la tutelle et qu'il s'éloigne peu à peu de la puissance paternelle, cette dernière semble garder une certaine emprise sur l'administration du père. Pourtant, parce que l'administration légale s'écarte de la puissance paternelle, le pouvoir de l'administrateur peut prendre son autonomie et n'est plus obligé de subir la nature de la puissance paternelle.

98. Ce n'est que par la loi du 14 décembre 1964³²⁶ que le pouvoir général de représentation est intégré aux dispositions relatives à l'administration légale³²⁷. L'introduction de l'article 389-3 du Code civil est l'aboutissement de l'affranchissement de l'administration légale de la puissance paternelle et de son rapprochement vers la tutelle. Non seulement la loi du 14 décembre 1964 consacre l'existence d'un pouvoir de représentation, mais elle modère encore le pouvoir en autorisant l'administrateur à n'agir seul que pour les actes que le tuteur peut accomplir sans autorisation du conseil de famille. Le régime de l'administration légale est désormais calqué sur celui de la tutelle et dès lors n'a plus rien de commun avec les règles de l'autorité paternelle en dehors des règles de dévolution et d'identité de

³²³ Loi du 6 avril 1910, *JO* 8 avril 1910, p. 3077 ; *D.* 1911, 4, 1. De nombreuses études ont été consacrées à cette loi, notamment : H. Bertrand, *op. cit.* ; L. Pétel, *L'administration légale du père*, thèse Paris, 1911 ; H. Chauvigny de Blot, *De l'administration légale, étude comparée de la loi du 6 avril 1910 et de la législation antérieure*, thèse Paris, 1912 ; M. Gillet, *De l'administration légale des biens des enfants mineurs*, thèse Caen, 1912 ; P.-J. Meurillon, *De l'administration légale*, thèse Nancy, 1912 ; A. Chirol, *L'administration légale et la loi du 6 avril 1910*, thèse Lyon, 1912.

³²⁴ Le législateur a souhaité concilier l'autorité des parents et l'assimilation de l'administration légale à la tutelle ce qui ressort clairement du rapport présenté au Sénat par Legrand (*JO*, Documents Parlementaires, décembre 1908, p. 8). Lorsque les actes à accomplir ne sont pas graves, l'affection des parents est présumée assurer à l'enfant une protection efficace et aucune autorisation n'est requise. Cependant, lorsque les actes sont graves et que finalement ils ne relèvent pas de la « pure administration », le législateur a considéré l'administration légale « comme une sorte de tutelle à laquelle il était loisible et logique d'étendre, *mutatis mutandis*, des règles d'assimilation avec celles de la tutelle. »

³²⁵ Ancien article 389 § 6 issu de la loi du 6 avril 1910.

³²⁶ Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964, préc.

³²⁷ A. Rouast, art. préc. « Les pouvoirs de représentation de l'administrateur sont étendus à tous les actes relatifs au patrimoine du mineur, à l'exception de ceux que le mineur est autorisé à accomplir lui-même. »

titulaires³²⁸. Il n'est par conséquent plus nécessaire d'appréhender le pouvoir d'administration légale au regard de la puissance paternelle, qu'il s'agisse du régime juridique du pouvoir ou de sa nature. Les interventions législatives successives sont également l'illustration de cette indépendance entre les deux notions³²⁹. Autorité parentale et administration légale ne suivent plus la même évolution. Si en 1804, l'administration légale était liée à la puissance paternelle et en prenait tous les caractères, en 1964 elle s'en est complètement séparée quant à l'étendue et à la nature du pouvoir³³⁰. Désormais autonome, l'administration légale connaît un mécanisme propre - la représentation -, la loi du 14 décembre 1964 consacrant en cela la position longtemps défendue par la doctrine. L'administrateur légal exerce les droits subjectifs du mineur tandis que le titulaire de l'autorité parentale exerce ses propres droits et devoirs dans l'intérêt de l'enfant.

Lorsque l'administration légale était absolument dépendante de la puissance paternelle, la représentation était exclue car la puissance suffisait à la protection de la personne comme des biens du mineur, sans qu'il soit nécessaire d'envisager la défense des intérêts du mineur sous l'angle de ses droits. La puissance paternelle faisait obstacle à l'émergence de la représentation. Grâce à l'affranchissement de l'administration légale, la représentation est devenue un mécanisme autonome de la puissance paternelle, puis de l'autorité parentale dont elle est complémentaire. Depuis 1964, deux modes de protection coexistent « officiellement » : l'autorité et la représentation. Depuis la fin du XX^e siècle, le mouvement s'est inversé et si l'autorité connaît un relatif affaiblissement, la représentation prend un nouvel essor.

§2. LA REPRÉSENTATION LÉGALE, ATTRIBUT DE L'AUTORITÉ PARENTALE *LATO SENSU*

99. La famille est sujette à un phénomène qualifié de « démocratisation »³³¹, conséquence du mouvement des « droits de l'enfant » qui impose de repenser les

³²⁸ Articles 383 et 389 du Code civil.

³²⁹ A propos de l'administration légale : loi du 6 avril 1910, loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964, loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985, loi n° 2007-308 du 5 mars 2007. A propos de l'autorité parentale : loi n° 70-459 du 4 juin 1970, loi n° 87-570 du 22 juillet 1987, loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.

³³⁰ M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 13 et n° 18.

³³¹ F. de Singly, « Le statut de l'enfant dans la famille contemporaine », in *Enfants, adultes, vers une égalité de statuts ? op. cit.*, p. 17 ; D. Youf, *Penser les droits de l'enfant, op. cit.*, p. 3. « La famille n'est plus cette société hiérarchisée dominée par la figure du père, elle est devenue une société individualiste égalitaire, où chacun y est reconnu dans sa dignité d'homme. » *Contra*, I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, op. cit.*, p. 87.

rapports familiaux et notamment les rapports juridiques entre parents et enfants. Il est incontestable que l'introduction de droits subjectifs dans la relation entre parents et enfant³³² remet en question le schéma habituel des pouvoirs de protection. Les réformes contemporaines s'accommodent mal des figures traditionnelles de l'autorité et du gouvernement³³³. Si l'objectif reste la recherche d'un équilibre et d'une harmonie entre les droits de chaque membre de la famille³³⁴, nécessitant peut-être même une éducation des parents³³⁵, il est incontestable que l'autorité parentale sur la personne se trouve affaiblie par l'adoption de la CIDE et notamment par la consécration des libertés de l'esprit de l'enfant en dépit de la volonté du législateur de la renforcer³³⁶. La revalorisation de la représentation du mineur est, en revanche, paradoxalement une des conséquences juridiques indirectes de ce mouvement. Grâce à la CIDE, la représentation extrapatrimoniale s'est en effet affranchie de l'autorité sur la personne, *stricto sensu* (A) ce qui conduit à une clarification bienvenue des pouvoirs de protection de l'enfant, au sein desquels la représentation légale doit être entendue comme un attribut de l'autorité parentale *lato sensu*, au même titre que le pouvoir de direction et de contrôle incarné par l'autorité *stricto sensu* (B).

³³² P. Murat, *Dr. famille* 2009, repère 10.

³³³ I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au ministre de la Justice*, Odile Jacob, La Documentation française, 1998, p. 37. Mme Théry considère que la « personnalisation » et « l'affectivation » du lien à l'enfant ont conduit à la crise de l'autorité. V. également, L. Ferry, « Faut-il réinventer l'autorité ? », art. préc. Le philosophe explique, quant à lui, le rejet de l'autorité par l'influence des idées de Descartes dans la mesure où il convient de soumettre au doute les opinions, croyances et préjugés et « de n'admettre que ce dont nous pouvons être certains par nous-mêmes ». Toute opinion n'est acceptée non parce qu'elle émane d'une autorité extérieure, mais de la conviction intime de la personne. Ce phénomène s'est prolongé dès les années 1960 avec le culte de l'épanouissement de la personnalité de l'individu.

³³⁴ A. Renaut, « L'enfant à l'épreuve de ses droits », in *Enfants, adultes, vers une égalité de statuts ?*, *op. cit.*, p. 63, spéc. p. 71 ; F. de Singly, « La cause de l'enfant », *ibid.*, p. 8, spéc. p. 12 ; M.-Th. Meulders-Klein, « Droits des enfants et responsabilités parentales : quel juste équilibre ? », in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998, Trois décennies de mutations en Occident*, *op. cit.*, p. 345.

³³⁵ P. Murat, « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in *Être parent aujourd'hui (sous la dir. de Ph. Jacques)*, art. préc. M. Murat considère que la conséquence du mouvement des droits de l'enfant a abouti à une « dissolution des prérogatives parentales ». Plus que sur le conflit entre droits de l'enfant et droit des parents, l'auteur estime que l'accent doit être mis sur leur conciliation et sur l'éducation des parents.

³³⁶ *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapport de la Commission présidée par Mme Dekeuwer-Défossez remis au Garde des Sceaux, *op. cit.*, p. 74.

A. L'affranchissement de la représentation extrapatrimoniaire de l'autorité parentale *stricto sensu*

100. En consacrant de véritables droits subjectifs indépendants des devoirs découlant de l'autorité parentale sur la personne (1), la CIDE a révélé l'existence – dans certains cas – d'un nouveau mode de protection extrapatrimoniaire. D'autorité pure et simple, il est devenu représentation (2).

1) La consécration de véritables droits subjectifs de l'enfant, indépendants des devoirs parentaux

101. En dépit des problèmes d'applicabilité directe de la CIDE³³⁷, celle-ci a eu sur le droit positif français des répercussions indiscutables, tant philosophiques que juridiques, dans la mesure où rapidement le législateur a pris acte de son adoption sans attendre une décision favorable de la Cour de cassation³³⁸. La CIDE a placé l'enfant au cœur des préoccupations contemporaines, mais les conséquences ont été plus profondes car elles ont modifié l'esprit du droit de l'enfance : l'enfant a quitté son statut de simple objet de protection pour apparaître sur le devant de la scène juridique. Au versant négatif de la protection, seul existant auparavant, s'est ajouté le versant positif, conséquence de la prise en compte de l'enfant en tant que sujet pensant selon la conception de Rousseau³³⁹. D'objet d'un devoir de protection des parents faisant de lui en quelque sorte un sujet de droit « négatif », il est devenu sujet de droit « positif » car la CIDE a érigé en droits subjectifs des intérêts socialement protégés dont disposait déjà l'enfant. Jusqu'alors la protection de l'enfant passait par l'obligation pour les parents de veiller sur leur enfant sans toutefois que cet intérêt fût consacré au rang de droit subjectif.

102. Tout intérêt socialement protégé n'est en effet pas érigé en droit subjectif³⁴⁰. Tout dépend d'une part, du degré de protection accordé par l'autorité sociale à ces intérêts et d'autre part, de savoir si l'obligation imposée à autrui précède ou non l'intérêt protégé. La doctrine effectue ainsi une gradation des intérêts : les intérêts purs et simples, les intérêts légitimes, les intérêts équivalant à des droits subjectifs. Au rang des intérêts

³³⁷ V. *supra* n° 21.

³³⁸ Articles 388-1 et 388-2 du Code civil introduits par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 puis modifiés par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 ; articles 371-1, 373-2 issus de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.

³³⁹ V. *supra* n° 69.

³⁴⁰ A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Dalloz, 1961, p. 16.

indifférents figurent les intérêts purs et simples. L'intérêt légitime bénéficie d'une protection sociale, mais elle est inférieure à celle dont jouit le droit subjectif. Lorsque l'intérêt bénéficie d'une protection maximale permettant au titulaire de demander la sanction de son non-respect et la réalisation en justice de l'obligation correspondante, cet intérêt est consacré au rang de droit subjectif. Doivent ensuite être distingués les droits subjectifs des « droits objectifs », ces derniers correspondant aux intérêts légitimes simplement protégés. Dans le cas de « droit objectif », son titulaire jouit d'une prérogative qui n'est que la conséquence de l'obligation imposée aux tiers et découlant d'un statut. En revanche, face à un droit subjectif, l'obligation à la charge des tiers résulte de la prérogative accordée au titulaire.

103. La prérogative accordée à l'enfant de faire respecter son intérêt n'était ainsi que la conséquence de l'obligation imposée au XIX^e siècle aux parents et à la société de le protéger³⁴¹. Cet intérêt légitime de l'enfant n'était pas un véritable droit subjectif. Les droits-protections soit n'existaient pas, soit ne figuraient qu'au rang d'intérêts socialement protégés. Dans ce dernier cas, ils n'existaient qu'au regard des devoirs parentaux et restaient sous la coupe de l'autorité parentale. Or, désormais, cette protection générale de l'enfant est érigée au rang des droits subjectifs. Le raisonnement s'est inversé. La reconnaissance des droits de l'enfant a eu pour effet de les faire sortir de la sphère parentale pour les laisser exister indépendamment et non plus seulement en miroir des devoirs de protection des parents. Si auparavant, les droits de l'enfant, ainsi abusivement appelés alors, n'existaient qu'en conséquence des devoirs parentaux, désormais l'obligation pesant sur les parents de protéger l'enfant n'est plus un préalable au droit de l'enfant, mais une conséquence de ce droit. L'enfant n'a plus droit à la protection car ses parents en ont le devoir ; les parents et la société en général, doivent protéger l'enfant parce qu'il jouit d'un droit subjectif à la protection. Dès lors, les droits de l'enfant ne coïncident plus systématiquement avec les devoirs des parents auxquels ils ne sont plus confondus. L'enfant jouit d'un droit d'où découle une obligation à la charge des parents et dont il peut demander en justice la réalisation, dès lors que l'article dont il est issu est directement applicable³⁴². Ainsi, les droits de la personnalité de l'enfant, tels que le droit au respect de sa vie privée, de son image, le droit au respect du corps humain, le droit au nom, à la préservation de l'identité sont des véritables droits

³⁴¹ V. *supra*, n° 70.

³⁴² V. *supra* n° 21.

subjectifs de l'enfant dans la mesure où d'une part, ils sont détachés des obligations de surveillance et de protection des père et mère et d'autre part, ils résultent de dispositions directement applicables³⁴³.

La CIDE met ainsi fin à une vision monolithique des droits de l'enfant, consistant en une corrélation mécanique des droits de l'enfant - résidant essentiellement dans des droits à la protection - et des devoirs des parents. Mais il ne s'agit pas de la seule conséquence de cette adoption, une autre est plus particulièrement intéressante.

2) La révélation d'un mode de protection extrapatrimoniale : de l'autorité à la représentation

104. La proclamation des libertés de l'esprit et du droit d'expression de l'enfant a été la plus innovante et la plus contestée dans la mesure où elle entre directement en conflit d'une part, avec l'autorité parentale et le principe de direction et de contrôle par les père et mère et d'autre part, avec le principe de l'incapacité juridique du mineur³⁴⁴. S'agissant de libertés, elles ne peuvent être exercées que par le mineur lui-même. Dès lors, elles ne relèvent pas de la représentation et entrent en contradiction avec l'incapacité d'exercice. Au regard de la représentation, l'intérêt paradoxal de cette reconnaissance se situe davantage sur le plan de l'esprit du droit de l'enfance car elle rappelle que l'enfant est une personne comme les autres, un sujet de droit comme tout adulte. Il a dès lors le droit de voir prise en compte cette qualité qui, en raison de son incapacité juridique ne trouvera néanmoins écho que dans la représentation.

105. C'est la reconnaissance de droits subjectifs de l'enfant indépendants des devoirs parentaux qui vient essentiellement influencer sur la représentation du mineur. La confusion des droits de l'enfant et des devoirs des parents a eu pour conséquence de brouiller la notion de palliatif à l'incapacité. Le respect des droits de l'enfant était théoriquement assuré par l'administration légale en tant que remède traditionnel à l'incapacité juridique du mineur. Mais en réalité, compte tenu de la coïncidence entre

³⁴³ Il convient de préciser que concernant les droits cités, la CIDE ne les a pas véritablement conférés à l'enfant car il en disposait déjà auparavant comme tout être humain, mais elle les a révélés en les dissociant des obligations parentales. Aussi, qu'ils soient issus d'articles dotés d'effet direct est finalement indifférent.

³⁴⁴ I. Théry, *Le démariage*, *op. cit.*, p. 350 ; A. Renaut, « L'enfant à l'épreuve de ses droits », *in Enfants, adultes, vers une égalité de statuts ?*, *op. cit.*, p. 63, spéc. p. 71. Le philosophe estime que les libertés de l'enfant trouvent leur limite dans les droits-protections qui lui sont reconnus dans la mesure où elles ne doivent être respectées que si elles ne mettent pas en péril la protection de l'enfant qui demeure une obligation parentale.

les droits de l'enfant et les devoirs des parents, ce respect était également assuré par la puissance paternelle devenue autorité parentale, en tant qu'ensemble de droits et devoirs de protection et d'éducation de l'enfant. Cet état de fait a considérablement troublé l'appréhension des palliatifs à l'incapacité du mineur et peut expliquer les positions doctrinales et jurisprudentielles. C'est ainsi que les droits de la personnalité de l'enfant, parce qu'ils étaient assimilés et confondus aux devoirs parentaux de protection de la personne de l'enfant, étaient soumis au régime de l'autorité parentale et non à celui de la représentation³⁴⁵. La représentation a souffert de l'amalgame entre les devoirs liés à l'autorité parentale et les droits de l'enfant. L'individualisation³⁴⁶ et la « normalisation » de l'enfant consécutives à l'adoption de la CIDE ont permis de clarifier le palliatif à l'incapacité d'exercice du mineur et restauré les lignes de partage entre chaque fonction. C'est en raison de la dissociation entre droits de l'enfant et devoirs des parents que ce qui relevait hier confusément de l'autorité parentale *stricto sensu* relève aujourd'hui en partie de la représentation. Se produit un glissement d'un mode de protection résidant dans la pure autorité à une protection consistant dans la représentation du mineur.

106. La représentation du mineur dans l'exercice de ses droits est l'illustration juridique de la dialectique du même et de l'autre exposée par Locke et Rousseau. Face aux bouleversements actuels que connaît le droit de l'enfance, la représentation apparaît contre toute attente comme une technique à même de prendre en compte les modifications philosophiques et juridiques induites par le mouvement des « droits de l'enfant ». Elle en est le support nécessaire et en ressort restaurée parce qu'elle promeut la qualité de sujet de droit, alors même que l'autorité parentale, parce qu'elle est uniquement pouvoir d'imposer et qu'elle ne valorise aucunement cette qualité, en sort affaiblie. Non seulement l'autorité parentale *stricto sensu* a pu sortir amoindrie de la reconnaissance de libertés de l'esprit à l'enfant, peu compatibles avec les décisions imposées des père et mère, mais elle a également vu son champ d'application matériel réduit puisque la mise en œuvre des droits extrapatrimoniaux de l'enfant n'y trouve plus son fondement juridique exclusif.

³⁴⁵ R. Legeais, *op. cit.*, p. 59 et s. L'auteur rattache l'exercice des droits extrapatrimoniaux au droit de garde. V. également, R. Nerson, *RTD Civ.* 1973. 334 ; D. Duval-Arnould, *op. cit.*, p. 14 ; A. Gouttenoire, H. Fulchiron, « Autorité parentale », préc., n° 71 et 85 ; Cl. Neirinck, « Enfance », préc., n° 43. Quant à la jurisprudence : Civ. 1^{ère} 18 mai 1972, préc. ; Civ. 1^{ère} 27 mars 1990, préc. V. *supra* n° 36, note 98.

³⁴⁶ F. de Singly, « La cause de l'enfant », in *Enfants, adultes, vers une égalité de statut ?*, *op. cit.*, p. 8.

107. Règne cependant un certain désordre au sein du système actuel de l'incapacité du mineur qui ne prend pas en compte la protection de la personne par l'exercice de ses droits. Elle est certes envisagée par le droit des incapacités mais dans un autre but : reconnaître l'autonomie du mineur en ce domaine. L'idée d'une représentation en matière extrapatrimoniale demeure bannie car elle apparaît toujours contraire au respect de la personne et de la capacité naturelle du mineur. Dans la volonté d'exclure la représentation lors d'actes relatifs à la personne, le droit positif préfère dans ces hypothèses rattacher l'intégralité de la défense des intérêts extrapatrimoniaux à l'autorité pure et simple, ce qui peut sembler spécieux et encore plus inadapté. Même si le principe réside dans l'association de l'enfant aux décisions qui le concernent³⁴⁷, il n'en demeure pas moins que c'est toujours exclusivement sur un pouvoir personnel des parents qu'est fondée la protection de la personne rejetant par là-même la qualité de sujet de droit du mineur. L'autonomie en matière personnelle est certes de loin préférable mais elle n'est pas toujours possible et ne sera de toute façon jamais le principe s'agissant du mineur. Aussi convient-il de trouver le mode de protection adapté à la situation. En dépit des critiques qui lui sont adressées, la représentation réalise un équilibre entre les droits de l'enfant et les prérogatives parentales.

108. Pour autant, la représentation n'est pas devenue le mode principal de protection de l'enfant et tous les droits de l'enfant ne sont pas susceptibles d'être exercés par représentation. Pour que cette qualification soit retenue, les droits doivent trouver une traduction juridique dans des actes juridiques extrapatrimoniaux, susceptibles de modifier la situation juridique du mineur, faisant de lui une partie à l'acte, mettant à sa charge des droits et obligations. Ainsi, le droit à la vie privée de l'enfant ou à l'image n'existe plus en miroir du pouvoir de surveillance des titulaires de l'autorité parentale et les actes juridiques portant sur les droits de la personnalité de l'enfant relèvent de la seule représentation dès lors que celui-ci verra sa situation juridique modifiée. Ainsi en est-il également des actes juridiques extrapatrimoniaux tels que le changement de nom, de prénom, le consentement à un acte médical, comme au contrat médical, les actes relatifs à la nationalité.

109. La CIDE confirme donc l'existence d'une représentation dans l'accomplissement d'actes juridiques extrapatrimoniaux dont nous avons affirmé l'existence. Le

³⁴⁷ Article 371-1 alinéa 3 du Code civil.

fondement juridique soulevait toutefois des difficultés dans la mesure où elle ne pouvait être rattachée à l'administration légale, institution purement patrimoniale, et où le monopole conféré à l'autorité parentale *stricto sensu* dans la protection de la personne faisait au contraire relever la représentation extrapatrimoniale de cette dernière, voire même l'absorbait. Or, non seulement celle-ci ne consiste aucunement dans l'exercice des droits subjectifs d'autrui puisqu'elle ne met en œuvre que des pouvoirs personnels des parents, mais l'influence de la CIDE a eu pour effet de démontrer que la représentation lors de l'accomplissement d'actes juridiques extrapatrimoniaux n'est pas dissoute dans l'autorité parentale sur la personne. Dès lors, le pouvoir de représentation extrapatrimoniale est autonome à l'égard de l'autorité sur la personne et la représentation légale, dans sa globalité, s'affranchit de la *summa divisio*.

B. La coexistence indispensable du pouvoir de direction et de contrôle et de la représentation légale

110. Répondant à un besoin de protection spécifique - pallier l'incapacité d'exercice générale -, la représentation légale du mineur sous autorité parentale s'affranchit de la *summa divisio* car elle se détache de son assise traditionnelle qu'est l'administration légale en n'étant pas purement patrimoniale. Cependant, elle demeure soumise à la division fondamentale dans la mesure où le domaine matériel de la représentation déterminera le représentant légal et le régime des actes. Aussi, tout à la fois dépendante de la *summa divisio* et la transcendant, la représentation légale est transversale (1). Cette transversalité révèle l'autonomie de la représentation légale au regard de l'autorité parentale *stricto sensu* comme de l'administration légale et fait d'elle un véritable attribut général de l'autorité parentale. De simple mécanisme d'exercice des droits d'autrui, elle est devenue un attribut général de l'autorité parentale, indispensable afin que la réponse au besoin de protection de l'enfant soit totale (2).

1) La représentation légale, attribut transversal de l'autorité parentale

111. Dès lors qu'il s'agit d'exercer par représentation un droit attaché à la personne du mineur, le pouvoir est conféré non aux administrateurs légaux mais aux titulaires de l'autorité parentale. L'exercice des droits du malade, la demande de passeport, la conclusion de contrats relatifs aux droits de la personnalité du mineur, les actes relatifs à la nationalité de l'enfant ou au changement de nom et de prénom doivent tous être

accomplis par les titulaires de l'autorité parentale³⁴⁸. Il est possible d'y voir une formulation imprécise faisant référence aux titulaires de l'autorité parentale au sens large, prenant en compte les titulaires de l'autorité parentale sur les biens - les administrateurs légaux - mais la force de la *summa divisio* dément cette analyse. Dépassant alors le champ d'application matériel de l'article 389-3 du Code civil, la représentation est autonome de sa sphère originelle, l'administration légale. Celle-ci n'est qu'un attribut de l'autorité parentale limité aux biens et faisant application de la représentation qui possède un rayonnement beaucoup plus large et pour cette raison, elle est transversale³⁴⁹. La représentation légale du mineur sous autorité parentale est donc autonome de l'administration légale puisqu'elle implique la défense d'intérêts extrapatrimoniaux, elle-même fondée sur l'autorité parentale sur la personne³⁵⁰. Or, cette dernière ne faisant pas application d'un mécanisme de représentation, la représentation légale doit en être dissociée. Par conséquent, la représentation légale est autonome à l'égard des institutions traditionnelles de protection du mineur. Ni exclusivement fondée sur l'administration légale, ne reposant pas sur l'autorité parentale sur la personne, la représentation du mineur dépasse les clivages classiques du Code civil.

Parce qu'elle répond à un besoin de protection particulier et qu'elle est autonome, la représentation légale est un véritable attribut des père et mère leur permettant de réaliser leur mission de défense des intérêts de l'enfant, à même de prendre en compte la généralité de l'incapacité d'exercice et de satisfaire l'intégralité du besoin de protection. Il convient cependant d'en préciser les rapports avec les autres pouvoirs de protection de l'enfant.

2) La coexistence indispensable de deux modes de protection

112. Le caractère transversal de la représentation légale révèle certes sa fonction véritable d'attribut de l'autorité parentale autonome des clivages traditionnels, mais il implique également de préciser les divers pouvoirs de protection qui coexistent au sein

³⁴⁸ V. *supra* n° 34 et s.

³⁴⁹ La différence historique entre le mineur sous tutelle et le mineur sous autorité parentale apparaît une fois de plus, sous une nouvelle forme. Si la représentation extrapatrimoniaire du mineur sous tutelle est régie par les règles de la tutelle et obéit donc à une certaine unité, il n'en est pas de même pour la représentation du mineur sous autorité parentale. Bien que dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, la représentation ait été le propre de la tutelle et par la suite de l'administration légale, elle s'en est incontestablement affranchie.

³⁵⁰ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1002.

de l'autorité parentale au sens large. La nature dualiste de l'autorité *lato sensu* a été révélée (a), au sein de laquelle deux modes de protection différents mais complémentaires coexistent (b).

a. La nature dualiste de l'autorité parentale lato sensu

113. L'autorité parentale *lato sensu* est une notion générale visée par l'article 371-1 du Code civil, un ensemble de droits et de devoirs des père et mère exercés dans l'intérêt de l'enfant. Traditionnellement, elle s'entend de l'autorité sur la personne, pouvoir de protection et d'éducation de l'enfant et de l'autorité sur les biens, pouvoir de gérer les biens de l'enfant et droit de jouir de ces biens jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de seize ans. Or, la mise en exergue d'un pouvoir de représentation dépassant la *summa divisio* amène à redéfinir les différents pouvoirs de protection de l'enfant. Deux modes de protection coexistent désormais au sein de l'autorité *lato sensu*, l'autorité pure et simple et la représentation, répondant chacune à une fonction particulière. La première pallie l'immaturation physique et intellectuelle, protège la personne de l'enfant et pourvoit à son développement ; la seconde remédie à l'incapacité d'exercice du mineur.

A chaque mode de protection correspond un attribut répondant au besoin en cause. Ainsi, désormais l'autorité parentale *lato sensu*, institution de protection globale de l'enfant, doit être entendue comme la coexistence de deux attributs. Le premier consiste en un pouvoir de direction et de contrôle³⁵¹ visant à éduquer, protéger et surveiller l'enfant. Le second consiste dans la représentation légale du mineur dont l'objectif est d'assurer la vie juridique du mineur, que sa personne ou ses biens soient en cause et qui confronté à la *summa divisio* est scindé en un pouvoir de représentation patrimonial - l'administration légale - et un pouvoir de représentation extrapatrimonial jusqu'à présent occulté. Au même titre que le pouvoir de direction et de contrôle, la représentation légale assure la protection de l'enfant et elle est un attribut à part entière de l'autorité parentale *lato sensu*.

114. Du pouvoir de direction et de contrôle découle le principe de la responsabilité des parents du fait de leur enfant fondée sur l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, même si la

³⁵¹ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 608. Nous nous permettons de reprendre aux auteurs cette formulation du pouvoir car elle illustre l'équilibre nécessaire dans les relations entre parents et enfants. Le pouvoir de direction et de contrôle met en avant le rôle de guide conféré aux père et mère nécessaire à l'éducation et à l'épanouissement personnel de l'enfant, tout en ne le laissant pas complètement livré à lui-même et en le protégeant.

sévérité du régime³⁵² conduit à s'interroger sur le lien entre les deux³⁵³. Aucune responsabilité à l'égard de l'enfant n'est expressément prévue par le législateur par contre pour mauvais usage du pouvoir de direction et de contrôle³⁵⁴. En revanche, la représentation légale fait naître un certain nombre d'obligations à la charge des représentants légaux qui sont susceptibles d'engager leur responsabilité à l'égard du mineur en cas de mauvais usage du pouvoir³⁵⁵. Elle ne crée pas de responsabilité spécifique des représentants à l'égard des tiers, sauf leur responsabilité délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du Code civil en cas de faute détachée de l'acte de représentation.

La différence fonctionnelle entre chaque pouvoir ne fait pas obstacle à leur coexistence et même à leur interdépendance.

b. L'interdépendance du pouvoir de direction et du pouvoir de représentation

115. Le pouvoir de direction et de contrôle s'inscrit dans les rapports entre parents et enfant : les titulaires de l'autorité parentale exercent un droit propre qu'ils détiennent sur leur enfant en vertu du lien de filiation, mais ils accomplissent également un devoir dont ils sont débiteurs à son égard. Lorsqu'ils exécutent une obligation corrélative d'un droit de l'enfant, les parents n'agissent pas par représentation mais accomplissent l'obligation dont ils sont tenus en vertu de leur lien avec l'enfant. Ainsi en est-il des droits et devoirs de visite et d'hébergement dont la réciproque réside dans le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents. De la même

³⁵² La responsabilité des parents du fait de leur enfant fondée sur l'article 1384 alinéa 4 du Code civil est en effet une responsabilité directe et objective dont les notions de faute des titulaires de l'autorité parentale comme de l'enfant et par là-même de « mauvaise » éducation sont écartées. Ass. Plén. 9 mai 1984, *Fullenwarth*, *Bull. civ.*, n° 4, *D.* 1984. 525, concl. Cabannes, note F. Chabas ; *JCP* 1984, II, 20255, note Dejean de la Batie ; Civ. 2° 10 mai 2001, *Levert*, *Bull. civ.* II, n° 96 ; *D.* 2001. 2851, rapp. P. Guerder, note O. Tournafond ; *RJPF*-2001-9/41, note F. Chabas ; *JCP G* 2002, I, 124, obs. G. Viney ; *RTD Civ.* 2001. 601, obs. P. Jourdain ; Ass. Plén. 13 décembre 2002, *Bull. civ.* n° 4 ; *Gaz. Pal.* 2003. 1008, note F. Chabas ; *RJPF*-2003-5/32, note M. Saluden ; *D.* 2003. 231, obs. P. Jourdain ; *JCP G* 2003, I, 154, obs. G. Viney ; Civ. 2° 17 février 2011, pourvoi n° 10-30439, *RJPF*-2011-5/ 30, obs. J. Julien. Que les parents n'aient pu surveiller leur enfant au moment du dommage n'écarte pas leur responsabilité : Civ. 2° 16 novembre 2000, *JCP G* 2001, I, 340, n° 18, obs. G. Viney ; *RTD Civ.* 2001. 603, obs. P. Jourdain ; Crim. 8 février 2005, *Bull. crim.*, n° 44, *RJPF*-2005-6/36, note F. Chabas ; *JCP G* 2005, I, 149, obs. G. Viney ; Crim. 29 octobre 2002, *Bull. crim.*, n° 197, *RJPF*-2003-2/42, note F. Chabas, *RTD Civ.* 2003. 101, obs. P. Jourdain.

³⁵³ F. Dekeuwer-Défossez, « Droits de l'enfant et responsabilités parentales », in *Enfants, adultes, vers une égalité de statuts ?*, *op. cit.*, p. 38 ; A. Vignon-Barrault, « L'autorité, critère d'identification du responsable », *RLDC* 2008/51 suppl., n° 3081.

³⁵⁴ V. *infra* n° 539.

³⁵⁵ V. *infra* n° 425 et s.

manière, l'enfant jouit d'un droit à l'éducation ou d'un droit à la santé³⁵⁶ trouvant son corollaire dans le devoir des titulaires de l'autorité parentale d'éduquer et de veiller à la santé de leur enfant, auxquels se surajoute leur droit propre. Que le raisonnement soit tenu en termes de droit ou de devoir parental, ce qui de toute façon est peu pertinent puisqu'ils sont indissociables, le pouvoir de direction et de contrôle est intrafamilial. La représentation légale est en revanche un pouvoir extrafamilial dans la mesure où elle ne régit pas les relations entre les père et mère et leur enfant, mais les relations juridiques externes que l'enfant peut avoir avec les tiers³⁵⁷.

116. La détermination du champ d'application de chaque attribut peut cependant soulever des difficultés en matière personnelle. Le problème ne se pose pas lorsqu'il s'agit de l'organisation matérielle de la vie quotidienne et courante de l'enfant, les actes étant accomplis en vertu du pouvoir de direction et de contrôle de l'enfant, pouvoir personnel des titulaires de l'autorité parentale. Ainsi, le pouvoir de direction et de contrôle de l'enfant implique le choix de ses vêtements, de son alimentation, l'administration de médicaments, le suivi de sa scolarité et de son assiduité, l'aide aux devoirs, la surveillance de ses loisirs, de ses sorties, de ses relations, de sa correspondance, le choix de sa religion³⁵⁸.

Les actes sont essentiellement matériels mais ils peuvent être juridiques. Ainsi en est-il notamment de l'autorisation donnée à la participation à un voyage scolaire, au déplacement de l'enfant avec son club pour une compétition sportive ou du contrat de travail conclu avec une assistante maternelle pour la garde de l'enfant. Dans ces cas, les père et mère transfèrent momentanément le pouvoir matériel et non juridique³⁵⁹ de direction et de contrôle à un tiers. Il en est de même du contrat de responsabilité parentale³⁶⁰ conclu afin de remédier au mauvais fonctionnement du pouvoir de direction dans la mesure où il vise à améliorer l'éducation de l'enfant.

117. Cependant, le renvoi systématique et imprécis aux « droits de l'enfant » et leur mise en œuvre multiforme viennent brouiller la répartition des pouvoirs. Le droit de

³⁵⁶ Le caractère directement invocable n'a cependant pas encore été admis par la jurisprudence.

³⁵⁷ J. Carbonnier, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 171

³⁵⁸ Civ. 1^{ère} 11 juin 1991, *D.* 1991. 521, note Ph. Malaurie ; *RTD Civ.* 1992. 75, obs. J. Hauser ; Paris 6 avril 1967, *JCP* 1967, II, 15100. V. également, J.-D. Bredin, « La religion de l'enfant », *D.* 1960. 73.

³⁵⁹ Ils restent en effet responsables du dommage causé par l'enfant sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil. V. Crim. 18 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 123 ; *R.* p. 384 ; *RTD Civ.* 2005. 140, obs. P. Jourdain.

³⁶⁰ Article L. 222-4-1 du Code de l'action sociale et des familles.

l'enfant fait aussi bien référence à une obligation des parents qui en résulte et dès lors au pouvoir de direction et de contrôle qu'à un droit subjectif de l'enfant dénué de la réciprocité parentale. Le recours à l'analyse des effets de l'acte a permis d'identifier la nature du pouvoir en cause. Si le mineur se voit imputer les effets de l'acte juridique, l'acte a été accompli par représentation. S'il n'est qu'intéressé, l'acte n'était qu'un acte de direction et de contrôle.

118. La distinction n'est pourtant pas toujours évidente en pratique. L'hypothèse de la protection des droits de la personnalité illustre cette difficulté. La fixation, la diffusion comme la reproduction de l'image de l'enfant ou la divulgation d'éléments relatifs à la vie privée du mineur sont soumises à l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale, qui n'est autre que le consentement du mineur donné par représentation à l'exercice de son droit à l'image ou à la vie privée. Or, l'assimilation avec une décision d'autorité conduit la doctrine à nier la représentation et finalement assez justement puisqu'en cela, les père et mère ne font qu'accomplir leur mission de protection de l'enfant. L'impératif commun de protection des intérêts extrapatrimoniaux rend la confusion précédemment dénoncée légitime. Certes, les titulaires de l'autorité parentale mettent en œuvre un droit de l'enfant, celui dont il dispose sur sa propre image, mais en cela ils ne font que le protéger et par là-même usent de leur prérogative personnelle résidant dans les droits et devoirs de protection et de surveillance. En définitive, le respect du droit de la personnalité de l'enfant paraît suffisamment assuré par l'exercice du pouvoir de direction et de contrôle. Il en est de même lorsque les titulaires de l'autorité parentale veillent à la santé de leur enfant. Lui faire subir une intervention chirurgicale, l'amener chez le médecin pour une visite de contrôle ou encore le faire vacciner ne sont qu'accomplissement de leur devoir parental de protection de la santé de l'enfant. L'enfant possède un droit à la santé qui les oblige à ces actes. Parallèlement, ils possèdent le droit et le devoir propre de les effectuer. A ce titre, c'est donc le pouvoir de direction et de contrôle qui est mis en œuvre. Que l'enfant possède le droit de disposer de son corps n'est finalement que secondaire, voire superfétatoire. L'éducation de l'enfant aboutit au même raisonnement. L'inscription dans un établissement scolaire public ou privé n'est que mise en œuvre du droit et devoir d'éducation des père et mère. L'enfant possède un droit à l'éducation dont le respect est assuré par le pouvoir de direction et de contrôle. La protection de l'enfant est donc tout à fait assurée par la

simple mise en œuvre des prérogatives des titulaires de l'autorité parentale³⁶¹ et l'affranchissement de la représentation extrapatrimoniale de l'emprise de l'autorité *stricto sensu* semble n'être voué qu'à la pure théorie, dénué de l'application pratique qui en conforterait l'existence.

119. En réalité, plutôt qu'une confusion des droits de l'enfant et des prérogatives parentales, il existe une complémentarité du pouvoir de direction et de contrôle et de la représentation légale. Si pouvoir de direction et de contrôle et pouvoir de représentation sont radicalement différents, juridiquement et philosophiquement, ils se complètent néanmoins, unis par un même objectif, le respect et la défense de l'intérêt de l'enfant. La protection peut prendre plusieurs formes selon le besoin auquel elle doit répondre, immaturité ou incapacité d'exercice. D'une part, elle est assurée essentiellement et en premier lieu par le pouvoir de direction et de contrôle, mais celui-ci peut parfois se révéler insuffisant. La protection générale et même l'éducation de l'enfant peuvent impliquer la conclusion d'un acte juridique créateur d'effets de droit pour le mineur, auquel cas c'est la représentation légale qui doit être mise en œuvre. Elle se présente ainsi comme une autre forme de protection, complémentaire de la direction et du contrôle. Ce faisant, la représentation légale apparaît comme le prolongement du pouvoir de direction et de contrôle et n'est finalement qu'une forme plus aboutie et circonscrite de défense des intérêts de l'enfant. D'autre part, parce que le pouvoir de représenter le mineur est un attribut de l'autorité parentale, l'acte de représentation procède nécessairement du pouvoir général de protection incarné par le pouvoir de direction et contrôle. L'acte accompli par représentation n'est autre que la mise en œuvre particulière du pouvoir de direction et de contrôle.

120. Il convient ainsi d'être plus précis dans l'examen de l'acte en cause et de dissocier deux étapes, contrairement à la fusion actuellement effectuée. La décision doit ainsi être distinguée de sa réalisation juridique. Par décision, il faut entendre l'initiative de l'acte, la détermination du contenu de l'acte et l'application imposée à l'enfant. Elle relève du pouvoir de direction et de contrôle et s'inscrit dans l'exécution de l'obligation pesant

³⁶¹ J. Hauser, « Droits de l'enfant, état des lieux », art. préc. M. Hauser considère que l'octroi de droits subjectifs à l'enfant n'est pas nécessairement une bonne solution et qu'une protection par l'ordre public serait préférable ». Cette conception n'est pas très éloignée d'une défense des intérêts de l'enfant par la notion de protection indépendamment de la notion d'incapacité d'exercice. V. V. Da Silva, thèse préc., n° 583 et 590 ; A. -M. Leroyer, « Les incapacités », art. préc.

sur les père et mère, tout en étant mise en œuvre de leur droit propre³⁶². Elle peut aboutir à un acte matériel tel que ceux relevés dans la vie quotidienne de l'enfant, mais également à un acte juridique tel que l'autorisation de participer à une sortie scolaire. Parfois, elle conduit à un acte de représentation de l'enfant qui dès lors apparaît comme la réalisation juridique de la décision. Si l'acte juridique est passé par représentation, la décision d'accomplir cet acte comme la détermination de ses modalités découlent du pouvoir de direction et de contrôle, ce qui n'est pas sans incidence sur l'exercice des droits du mineur³⁶³.

121. Dans le cas d'un acte juridique portant sur les droits de la personnalité de l'enfant, la formation est soumise à la décision préalable des titulaires de l'autorité parentale qui choisissent ou non de fixer, diffuser ou reproduire l'image et en déterminent les modalités. En cela, ils protègent l'enfant, mais parce qu'est en cause un droit subjectif de l'enfant et que l'acte est créateur de droits et obligations pour le mineur, c'est un pouvoir de représentation qui est ensuite mis en œuvre. En raison de la distinction entre décision et réalisation juridique, l'autorisation est ambivalente, à la fois manifestation du pouvoir de direction et de contrôle et consentement du mineur par représentation³⁶⁴.

Les loisirs de l'enfant impliquent une inscription dans un club, une association. Au titre de leurs droits et devoirs d'éducation, la décision d'inscription appartient aux parents seuls - ce qui n'exclut pas une volonté et une initiative de l'enfant mais dénuées d'effet de droit -, cette inscription nécessitant la formation d'un acte juridique, d'un contrat entre le club et le bénéficiaire du contrat, l'enfant, le contrat est passé par représentation.

Considérer que les parents veillent à la santé du mineur implique qu'ils le protègent par le recours à l'autorité mais aussi par la représentation. Décider d'un traitement médical ou d'une intervention chirurgicale relève du pouvoir de protection de la santé du mineur, pouvoir de direction et de contrôle, mais la mise en application de la décision parentale nécessite l'usage d'un pouvoir de représentation parce que le mineur jouit du droit de disposer de son propre corps et qu'il va se trouver personnellement

³⁶² Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 39. Mme Neirinck considère que l'autorité parentale est un pouvoir factuel et décisionnel, excluant la représentation, ce qui cependant ne l'empêche pas d'y rattacher l'exercice des droits extrapatrimoniaux.

³⁶³ V. *infra* n° 295 et s.

³⁶⁴ V. *supra*, n° 36.

intégré dans une relation juridique avec des tiers, issue soit d'un contrat, soit d'un statut légal. Dès lors, ils le protègent et veillent à sa santé en le représentant dans le consentement à l'acte médical après avoir élaboré la décision adéquate.

Lorsque l'adolescent décide de se faire tatouer, l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale est nécessaire³⁶⁵. Ces derniers acceptent ou refusent en vertu de leur pouvoir de direction et de contrôle que l'enfant se fasse tatouer et qu'il conclue un contrat avec le tatoueur et le cas échéant concluent ce contrat par représentation par l'intermédiaire de l'autorisation exigée. Une fois encore, celle-ci est ambivalente mais réside bien dans le consentement du mineur donné par représentation³⁶⁶.

L'éducation, domaine régalién de l'autorité parentale, n'exclut pas la représentation. Ainsi, l'inscription de l'enfant dans un établissement scolaire privé conduit à la conclusion d'un contrat dont le bénéficiaire est le mineur. Par l'inscription dans un établissement public l'enfant adhère au statut légal d'élève, créateur pour lui de droits et d'obligations³⁶⁷. Aussi, la décision concernant le choix de l'établissement relève du pouvoir de direction et de contrôle tandis que l'inscription elle-même est un acte juridique accompli par représentation. Le choix de l'orientation est en revanche un acte de direction et de contrôle.

Il importe donc de distinguer la décision de sa réalisation juridique ; la décision relève nécessairement du pouvoir de direction et de contrôle, sa réalisation peut impliquer un acte matériel ou un acte juridique, lequel peut être accompli par

³⁶⁵ Article R. 1311-11 du Code de la santé publique : « Il est interdit de pratiquer les techniques mentionnées aux articles R. 1311-1 et R. 1311-6 sur une personne mineure sans le consentement écrit d'une personne titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur. »

³⁶⁶ Ce consentement est lui-même double à la fois consentement-condition de formation du contrat et consentement-levée de l'interdiction d'atteinte à l'intégrité physique.

³⁶⁷ D. Maillard Desgrees Du Lou, « Le statut de l'enfant dans l'éducation et la formation : l'exemple français », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, op. cit.*, p. 295. L'enfant possède des droits et des devoirs en tant qu'élève, prévus aux articles L. 511-1 à L. 511-5 du Code de l'éducation. Il a ainsi une obligation d'assiduité et de respect des règles de fonctionnement de la vie collective. Il ne peut faire usage d'un téléphone mobile durant les activités d'enseignement et dans les lieux prévus par le règlement intérieur. Il dispose de la liberté d'information et d'expression dans le respect du pluralisme et de la neutralité, sans qu'elles puissent porter atteinte aux activités d'enseignement. L'article L.141-5-1 prévoit que le port ostensible de signes religieux à l'école est interdit. L'élève a le droit de ne pas être bizuté et d'être informé sur les conditions d'obtention de la nationalité française. L'élève est éligible et électeur. Il peut être élu en tant que délégué de classe, que représentant des élèves à la conférence des délégués, mais également en tant que représentant des élèves au conseil d'administration de l'établissement, au Conseil de la vie lycéenne, au conseil académique de la vie lycéenne, au conseil national de la vie lycéenne et au conseil supérieur de l'éducation.

représentation, dès lors que la décision aboutit à mettre en œuvre un droit de l'enfant et à insérer celui-ci dans un lien d'obligation.

122. Si le raisonnement qui vient d'être tenu l'a été à propos des actes relatifs à la personne de l'enfant, en raison des difficultés inhérentes à ce domaine, il vaut également s'agissant des actes patrimoniaux d'administration légale. Si des obligations légales pèsent sur les administrateurs légaux et régissent les actes relatifs aux biens du mineur³⁶⁸, il n'en demeure pas moins que de manière générale, le pouvoir de direction et de contrôle imprègne l'accomplissement de tels actes³⁶⁹.

123. La complémentarité entre le pouvoir de direction et de contrôle et le pouvoir de représentation est donc évidente et le second ne peut être complètement dissocié du premier car il existe une interdépendance entre les deux attributs. La mise en œuvre du pouvoir de direction et de contrôle peut se révéler inachevée en l'absence de la représentation légale. Celle-ci est, elle-même, marquée par le pouvoir décisionnel issu de l'autorité dont elle est un aboutissement. C'est pourquoi, pouvoir de direction et de contrôle et pouvoir de représentation sont indissociables et intrinsèquement, la représentation légale du mineur sous autorité parentale peut être qualifiée d'autoritaire, ce qui amène parfois certains auteurs à considérer que la représentation est une représentation d'intérêts³⁷⁰ ou imparfaite³⁷¹. La représentation légale du mineur est ainsi certes le remède à l'incapacité d'exercice du mineur, mais elle est également un pouvoir de protection et d'éducation de l'enfant, s'inscrivant pleinement dans la mission parentale.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

124. Parce qu'elle s'applique en matière patrimoniale comme extrapatrimoniale et que la protection de la personne relève du monopole historique de l'autorité parentale, la représentation légale s'affranchit de l'administration légale à laquelle elle est attachée par nature et coexiste avec l'autorité *stricto sensu* au sein de l'autorité parentale *lato sensu* à laquelle elle demeure historiquement liée. L'autorité parentale ne faisant

³⁶⁸ V. *infra* n° 425.

³⁶⁹ Les rédacteurs de la loi du 6 avril 1910 relative au contrôle de l'administration légale avaient pour objectif de ne pas remettre en cause « l'autorité et les droits naturels » des père et mère. V. *supra* n° 97.

³⁷⁰ V. *infra* n° 313; et notamment G. Raymond, « Administration légale et tutelle », art. préc., n° 56 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1996.

³⁷¹ J. Carbonnier, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 173.

pas application de la technique de représentation, l'action au nom et pour le compte d'autrui dans l'accomplissement d'actes relatifs à la personne du mineur ne peut dès lors être confondue avec elle, d'autant plus que la CIDE lui a permis de s'en affranchir en reconnaissant l'existence de droits subjectifs de l'enfant indépendants des obligations parentales. Aussi, dépassant la *summa divisio* de la protection de l'enfant, la représentation légale se révèle autonome des institutions traditionnelles. Attribut à part entière de l'autorité parentale au sens large, elle est complémentaire et indissociable du pouvoir de direction et de contrôle.

CONCLUSION DU TITRE 1

125. A titre dérogatoire pour le mineur, afin de lui éviter de subir une incapacité de jouissance, les actes relatifs à la personne peuvent être accomplis par autrui. C'est la spécificité de l'incapacité d'exercice du mineur, générale et *ab initio*, qui justifie cette atteinte au principe de l'exercice exclusif par le titulaire du droit attaché à la personne. De surcroît, en aucun cas, un mécanisme d'autorité ne peut être invoqué, l'atteinte se révélant encore plus grave. L'exercice des droits extrapatrimoniaux du mineur ne relève donc pas de l'autorité parentale *stricto sensu*, entendue comme l'autorité sur la personne, mais de la technique de représentation. Le palliatif à l'incapacité est dès lors bien un pouvoir général tel que visé par l'article 389-3 alinéa 1^{er} du Code civil.

Pourtant, cet article n'est pas, à l'heure actuelle, la seule assise textuelle de la représentation légale car celle-ci subit l'influence de la *summa divisio* régissant la protection de l'enfant. Cependant, paradoxalement, elle la dépasse dans la mesure où elle n'est rattachée à aucune institution de protection en particulier. L'autonomie de la représentation légale au regard de l'administration légale - exclusivement patrimoniale - et l'affranchissement de la représentation extrapatrimoniale de l'emprise de l'autorité sur la personne ont contribué à la mutation d'une simple technique juridique en attribut général de l'autorité parentale, portant pour partie sur les biens et pour partie sur la personne, en réelle - et non plus artificielle - adéquation avec la généralité de l'incapacité d'exercice du mineur. En faisant référence au « représentant légal » dans des situations en apparence diverses, la pratique a en réalité pris la mesure de l'inaptitude générale du mineur à la vie juridique et la représentation légale, loin d'être une simple facilité de langage, correspond à une réalité juridique qu'est l'existence d'un attribut général de l'autorité parentale. Elle trouve dès lors son fondement juridique, non pas dans l'administration légale, ni même dans l'autorité *stricto sensu*, mais dans l'autorité parentale *lato sensu* en tant qu'ensemble de droits et de devoirs de protection

de l'enfant et coexiste avec le pouvoir de direction et de contrôle dont elle est indissociable.

Peut-on aller jusqu'à dire que l'autonomie de la représentation et sa transformation en attribut général de protection de l'enfant marquent les prémices d'une institution nouvelle du droit des incapacités, d'une institution englobant à la fois exercice des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux et applicable à la fois au mineur sous autorité parentale et au mineur sous tutelle ? Pour que la représentation légale du mineur devienne une institution à part entière, il est néanmoins nécessaire qu'elle obéisse à un régime unique³⁷², ce qui à l'heure actuelle est loin d'être le cas. En effet, le régime de la représentation est dualiste, entièrement soumis à l'organisation binaire de la protection de l'enfant.

³⁷² V° « Institution », in *Vocabulaire Juridique*, *op. cit.* : « Ensemble de règles concernant un même objet. »

TITRE 2 : LA DÉPENDANCE DU RÉGIME DE LA REPRÉSENTATION À L'ÉGARD DE LA *SUMMA DIVISIO*

126. La reconnaissance de la généralité du pouvoir de représentation comme l'inaptitude des institutions traditionnelles à prendre en compte l'incapacité d'exercice du mineur ont permis de révéler l'autonomie de la représentation au regard de l'autorité parentale sur la personne et de l'administration légale. Cependant, le lien entre les notions n'a pas disparu et dès lors que le mineur est sous autorité parentale, le pouvoir de représentation exercé dans son intérêt est transversal puisqu'il est rattaché aux deux institutions phares de protection de l'enfant. Son régime est dans ces conditions gouverné par la structure binaire de la défense des intérêts de l'enfant.

Que toute son architecture repose sur la dichotomie entre la protection de la personne et de ses biens n'est en soi pas fâcheux ou inopportun car elle ne fait que refléter une distinction naturelle et de surcroît fondée sur le respect de la personne. Le problème réside plutôt dans le fait que la mesure de la généralité de la représentation n'a pas été prise en compte et l'absence d'appréhension globale a pour conséquence un fonctionnement complexe, voire confus, en tout cas incertain qu'il importe par conséquent de clarifier. La réflexion oscille constamment entre l'unité du concept de représentation et la dualité inhérente à son autonomie et à son caractère transversal qui ne peuvent être méconnus. *De lege lata*, la *summa divisio* exerce une emprise incontestable qu'il convient *de lege ferenda* de concilier avec l'unité de la notion de représentation légale et l'impératif de protection des intérêts du mineur. Cette démarche guidera l'étude du fonctionnement de la représentation légale, qu'il s'agisse de la détermination des représentants (chapitre 1) ou du régime des actes eux-mêmes (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'INCIDENCE DE LA *SUMMA DIVISIO* SUR LA DÉTERMINATION DES REPRÉSENTANTS

127. Déterminer les représentants légaux du mineur équivaut à rechercher le titulaire du pouvoir de représentation, objectif *a priori* aisément réalisable. L'administration légale est le siège du pouvoir de représentation et pour cela, les administrateurs légaux du mineur sont les représentants naturels du mineur. Cependant, les titulaires de l'autorité parentale ont, en raison du caractère transversal de la représentation, vocation à être entendus non seulement comme les protecteurs et éducateurs de l'enfant, mais également comme les représentants légaux en matière extrapatrimoniale. Il semble donc qu'il y ait une dualité de représentants. Pourtant, en dépit de son caractère transversal, le pouvoir apparaît unitaire, réunissant protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux. La règle d'identité entre les personnes exerçant l'autorité parentale et l'administration légale aboutit en effet la plupart du temps à une unité de représentants, l'intégralité du pouvoir étant concentrée dans les mains d'une même personne (section 1).

En revanche, en cas d'exercice « anormal » des prérogatives parentales, notamment lorsqu'un tiers est autorisé à intervenir dans la vie de l'enfant, l'autorité parentale est comme démembrée¹, ce qui n'est pas sans conséquences sur le pouvoir de représentation. A la fois soumis aux turbulences de l'autorité parentale dont il est un attribut, mais également confronté au clivage entre la protection de la personne et la protection des biens, le pouvoir de représentation est attiré par ces deux forces. Parce qu'il est un attribut de l'autorité parentale, le pouvoir en subit les doubles conséquences. Il évolue au gré des modifications affectant l'exercice de l'autorité parentale, notamment en cas de délégation-transfert ou de partage de cet exercice. La représentation légale du mineur est alors associée à une représentation judiciaire. Mais cette dépendance n'est pas absolue. La modification des modalités d'exercice² de l'autorité parentale n'a jamais un impact global sur le pouvoir de représentation, sur le pouvoir extrapatrimonial et patrimonial. La distinction de la protection de la personne et de la protection des biens fait obstacle à ce que le pouvoir patrimonial suive le sort de la

¹ J. Hauser, obs. sous Rennes 6 janvier 2005, *RTD Civ.* 2005. 378.

² A distinguer des conditions d'exercice de l'autorité parentale, c'est-à-dire exercice conjoint ou unilatéral de l'autorité. Dans ce cas, le pouvoir de représentation suit une évolution parallèle. Pour un exposé de la distinction, V. Larribau-Terneyre, « Autorité parentale », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 2005, n° 7.

protection extrapatrimoniale. En cas d'exercice « anormal » de l'autorité parentale, pouvoir extrapatrimonial et patrimonial évoluent indépendamment, la protection de la personne et la protection des biens ne sont plus réunies au sein d'un même pouvoir. Le caractère transversal du pouvoir contribue ainsi au démembrement du pouvoir de représentation et à la multiplicité des représentants légaux du mineur (section 2).

Section 1 : L'UNITÉ APPARENTE DE LA REPRÉSENTATION LÉGALE : LA RÉUNION DES POUVOIRS PATRIMONIAUX ET EXTRAPATRIMONIAUX

128. Le caractère transversal du pouvoir n'a apparemment pas d'incidences sur la détermination des représentants de l'enfant. L'unité du pouvoir de représentation ne résulte néanmoins pas de son rattachement consensuel à l'article 389-3 du Code civil et à l'administration légale. C'est l'autorité parentale au sens large en tant que fondement des pouvoirs parentaux - pouvoir de direction et de contrôle, représentation extrapatrimoniale, administration légale - qui est le facteur de cette unité. La règle d'identité entre les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale et les administrateurs légaux permet en effet aux pouvoirs patrimoniaux et extrapatrimoniaux d'être concentrés au sein d'un seul et même pouvoir de représentation (§1). L'unité du pouvoir n'empêche pas sa cotitularité : malgré la concentration du pouvoir, il est bicéphale et réciproquement, ce caractère bicéphale ne porte pas atteinte à la réunion de la protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux au sein d'un même pouvoir (§2). Chaque représentant assure bien une protection générale malgré le caractère transversal de sa prérogative.

§1. L'IDENTITÉ DES TITULAIRES DE L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE ET DES ADMINISTRATEURS LÉGAUX

129. Le représentant en matière extrapatrimoniale est le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale tandis que le représentant patrimonial est l'administrateur légal. Or, parce que l'exercice de l'autorité parentale emporte attribution de l'administration légale³, le pouvoir de représentation en matière extrapatrimoniale attaché à l'autorité parentale *stricto sensu* et le pouvoir de représentation patrimonial attaché à l'administration légale appartiennent à la même personne. Le pouvoir général de représentation, s'il est transversal à deux institutions, est pourtant conféré à la même personne. Le principe étant celui de l'identité de personnes entre titulaires de l'exercice de l'autorité parentale et administrateurs légaux, il existe donc une concentration du pouvoir de représentation sur une même tête ; le représentant en matière extrapatrimoniale est identique au représentant en matière patrimoniale et réciproquement.

³ Articles 383 et 389 du Code civil.

130. L'identité de personnes quant à la protection de la personne et des biens de l'enfant figurait déjà en 1804 au sein du Code Napoléon, le père qui exerçait la puissance paternelle possédait l'administration des biens de ses enfants mineurs⁴. Ce principe a néanmoins été atteint quelque temps par la succession de réformes du droit des incapacités et du droit de la famille. Entre 1970 et 1985, il existe une dissociation des pouvoirs patrimoniaux et extrapatrimoniaux, la mère ne disposant que du pouvoir de protéger la personne de l'enfant, anomalie que n'ont pas manqué de souligner certains auteurs⁵. La loi du 4 juin 1970⁶ a en effet substitué l'autorité parentale à la puissance paternelle, la mère exerçant désormais l'autorité sur la personne de l'enfant à égalité avec le père. Mais l'autorité parentale conjointe n'aboutit pas à un exercice conjoint de l'administration légale. Bien que selon l'article 382, la mère jouisse du droit d'être administrateur légal, elle ne l'exerce pas. Dès lors que l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, le père est unique administrateur légal⁷. Seul le père dispose du pouvoir de gérer le patrimoine de son enfant, la mère n'apportant que son concours⁸. Ce n'est qu'en 1975, que « chacun des époux est réputé à l'égard des tiers avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation »⁹. La mère ne devient pas administrateur légal mais est présumée avoir reçu mandat de son époux pour accomplir les actes conservatoires et d'administration. La loi du 23 décembre 1985¹⁰ met fin à l'inégalité entre les époux quant aux pouvoirs patrimoniaux et associe complètement l'exercice de l'administration légale et de l'autorité parentale. A une autorité parentale conjointe correspond une administration légale pure et simple dans laquelle la mère dispose de la même place juridique que le père.

Ainsi, avant 1970, la mère ne pouvait pas représenter le mineur, que ce soit en matière patrimoniale comme extrapatrimoniale. Non seulement elle n'exerçait pas

⁴ Nous avons vu cependant que la représentation n'était pas encore clairement affirmée. L'identité portait sur des fonctions dont la nature n'était pas nettement définie. V. *supra* n° 66 et 92.

⁵ J. Hauser et E. Abitbol, « De 1964 à 1970 - Les retombées de la loi relative à l'autorité parentale sur les institutions tutélaires - I. Autorité parentale et administration légale », *D.* 1971, chr. 59.

⁶ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970, « relative à l'autorité parentale », préc.

⁷ Ancien article 389 issu de la loi du 4 juin 1970.

⁸ Ancien article 383 issu de la loi du 4 juin 1970.

⁹ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 « portant réforme du divorce », *JO* 12 juillet 1975, p. 7171. Cette loi a introduit l'article 389-4 du Code civil et la loi du 23 décembre 1985 remplace le terme d' « époux » par celui de « parents. »

¹⁰ Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 « relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs », *JO* 26 décembre 1985, p. 15111.

l'autorité parentale, lui conférant le pouvoir personnel, mais apporter son concours à l'acte accompli par le père ne signifiait pas représenter l'enfant. Après l'intervention de la loi du 4 juin 1970, le pouvoir de représentation de la mère n'était que partiel : elle représentait l'enfant en matière personnelle mais son pouvoir patrimonial était limité. Lorsque son rôle s'est accru en 1975, la représentation du mineur par la mère était restreinte aux actes d'administration et aux actes conservatoires. La loi du 23 décembre 1985 a permis de réaliser l'unité du pouvoir de représentation en octroyant à la mère un pouvoir complet, patrimonial et extrapatrimonial. Désormais autorité parentale et administration légale sont donc en principe indissociables.

131. La séparation des parents n'a aucune incidence sur l'unité du pouvoir de représentation. En cas de conflit entre les parents, l'exercice de l'autorité parentale et de l'administration légale demeure lié. La séparation ou le conflit n'aboutissent pas à la dissociation entre autorité parentale sur la personne et administration légale. Si auparavant la protection de la personne de l'enfant et la protection de son patrimoine pouvaient être dissociées en cas de divorce des parents, chacun ayant à charge le domaine où il était le plus compétent¹¹, cette possibilité a été abrogée par la loi du 4 mars 2002. La dissociation du pouvoir de représentation entre deux personnes en cas de conflit a disparu. Désormais si l'intérêt de l'enfant l'exige, l'exercice de l'autorité parentale sera unilatéral et l'administration des biens sous contrôle du juge des tutelles, sans que le lien entre les deux institutions soit pour autant rompu. Le principe demeure celui de l'attribution en bloc du pouvoir car l'administration légale est dépendante de l'autorité parentale.

132. Il existe effectivement une profonde dépendance de l'administration légale à l'égard de l'autorité parentale¹². S'il est possible de substituer un régime de protection des biens à un autre, il n'est pas possible de rompre la sujétion de l'administration légale à l'endroit de l'autorité parentale. Ainsi, lorsque l'autorité parentale est exercée en commun par les parents, l'administration légale est pure et simple, c'est-à-dire exercée par les deux parents. Il n'est pas possible que l'exercice de l'autorité parentale

¹¹ L'ancien article 288 alinéa 3 du Code civil prévoyait que le parent qui n'exerçait pas l'autorité parentale pouvait néanmoins se voir confier l'administration légale sous contrôle judiciaire de tout ou partie des biens du mineur « si l'intérêt d'une bonne administration de ce patrimoine l'exig[eait]. »

¹² Il faut noter néanmoins l'exception introduite par l'article 389-3 alinéa 3. Il est possible que le mineur reçoive par donation ou legs des biens à condition qu'ils soient administrés par un tiers. Ce dernier aura les pouvoirs que lui octroiera le disposant, à défaut ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire.

soit unilatéral mais que l'administration légale soit pure et simple. La qualité d'administrateur légal est conditionnée à celle de titulaire de l'exercice de l'autorité parentale, la réciproque n'existant pas par contre.

Que la même personne exerce le pouvoir de représentation en matière patrimoniale ou extrapatrimoniale, alors que chacun relève de deux institutions différentes, conforte l'idée selon laquelle la représentation est un attribut général de l'autorité parentale, répondant à un besoin de protection spécifique, partagé entre deux régimes en raison du clivage entre protection de la personne et protection des biens.

§2. LA COREPRÉSENTATION

133. Le principe est celui de la dyarchie des représentants légaux et de la coreprésentation par ces derniers (A). Bien que le pouvoir soit unitaire, réunissant protection de la personne et protection du patrimoine, il appartient conjointement aux mêmes personnes, dans son intégralité, chacun disposant de la même étendue de pouvoir, ce qui n'empêche pas la dyarchie d'être parfois remise en cause à mesure des vicissitudes de l'autorité parentale (B).

A. Le principe de coreprésentation, application juridique de la coparentalité

134. La coreprésentation implique que deux représentants exercent le même pouvoir avec le même contenu et les mêmes prérogatives et limites. En aucun cas, le pouvoir n'est divisé entre deux représentants, chacun l'exerçant dans son intégralité, associant protection de la personne et des biens de l'enfant. En matière patrimoniale comme extrapatrimoniale, il existe non seulement une identité de personnes, mais également un parallèle quant au mode d'exercice du pouvoir. Le principe étant celui de l'exercice en commun de l'autorité parentale, l'administration légale s'exerce alors en commun par les deux administrateurs légaux. La dissociation entre le titre d'administrateur légal et l'exercice a été supprimée. En l'état actuel du droit positif, le principe est donc celui d'un pouvoir de représentation bicéphale appartenant aux administrateurs légaux dans la mesure où ils sont titulaires de l'exercice de l'autorité parentale.

135. La coreprésentation est la conséquence de la coparentalité¹³. Celle-ci peut se définir comme « la prise en charge et l'éducation de l'enfant par l'un et l'autre de ses parents »¹⁴ et trouve son application juridique au sein de l'article 372 du Code civil dans l'exercice de plein droit de l'autorité parentale par les deux parents. La coparentalité implique également le maintien de relations de l'enfant avec chacun des parents malgré la séparation du couple conjugal. L'effectivité de la coparentalité est assurée par l'attribution d'un droit de visite et d'hébergement¹⁵ et par la résidence alternée introduite par le législateur en 2002¹⁶. Que le pouvoir de représentation soit exercé dans toute sa plénitude par les père et mère est l'aboutissement de la coparentalité¹⁷.

Pourtant, cette notion ébauchée dans les années 1970 n'a pas immédiatement donné lieu à une coreprésentation. C'est la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui d'une certaine manière parachève l'édification de la coreprésentation en principe. Depuis 1804, l'administration légale n'est exercée que par une seule personne, le chef de famille. La loi du 14 décembre 1964 apporte une innovation dans la mesure où le père n'est plus prioritaire, la mère peut également exercer l'administration légale dès lors qu'elle exerce la puissance paternelle. L'ancien article 389 prévoit en effet que l'administration légale est dévolue à celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle. Cependant, la loi n'a pas modifié l'exercice de la puissance paternelle et en 1964, c'est donc toujours en pratique le père qui exerce la puissance paternelle et

¹³ F. Vauvillé, « Du principe de coparentalité et de sa mise en œuvre », in *L'autorité parentale en question*, *op. cit.*, p. 119 ; A. Gouttenoire-Cornut, « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. famille* 2002, chr. 24 ; I. Gallmeister, « Le principe de coparentalité », *AJ fam.* 2009. 148 ; C. Brière, « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *RDSS* 2002. 567 ; I. Corpart, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ fam.* 2008. 155. V. également, P. Murat, « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », art. préc. ; C. Pomart-Nomdédéo, « Volte-face législative, ou chronique de la mort annoncée du principe de survie du couple parental au-delà du couple conjugal », *Petites affiches* 1^{er} juin 2011, n°108, p. 5.

A propos d'un droit à la biparenté, C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français, étude critique*, *op. cit.*, n° 33.

¹⁴ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 474.

¹⁵ Civ. 1^{ère} 9 février 2011, pourvoi n° 09-12119, *AJ fam.* 2011. 207, obs. C. Siffrein-Blanc. Le droit de visite et d'hébergement a été refusé au père en raison de l'inadaptabilité du logement à l'enfant handicapé et des propos méprisants tenus à son encontre, ce qui constitue « des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant. »

¹⁶ Articles 373-2, 373-3-1 et 372-2-9 du Code civil. Lorsque la résidence est fixée au domicile d'un seul des parents, le droit de visite de l'autre peut avoir lieu dans un espace de rencontre lorsque l'intérêt de l'enfant le commande et depuis la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 s'effectuer avec l'assistance d'un tiers lorsque la remise directe de l'enfant présente un danger pour lui ou le parent.

¹⁷ Il convient de préciser que si le fondement de l'exercice en commun de l'autorité parentale et de ses attributs repose sur la coparentalité et le droit de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, le fondement initial d'une surveillance et d'un contrôle mutuel des parents ne doit pas être occulté.

l'administration légale. La mère y est seulement associée¹⁸. En présence d'un couple marié, non divorcé ou séparé de corps, dont l'époux possède toujours l'exercice de la puissance paternelle¹⁹, le contrôle de l'administration légale est limité : celle-ci est pure et simple, et non pas placée sous contrôle du juge des tutelles, comme l'est l'administration légale sous contrôle judiciaire. L'autre parent, la mère en règle générale, exerce un contrôle et doit consentir aux actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec autorisation du conseil de famille, devenant responsable du préjudice causé au mineur par l'acte²⁰. Au sein du couple parental marié, existe alors une différence de fonction entre la personne exerçant la puissance paternelle et l'administration légale, possédant par conséquent le pouvoir de représentation, et celle surveillant la gestion du patrimoine. Malgré la faiblesse de son rôle, la mère dispose alors d'une place plus importante en matière patrimoniale que s'agissant de la protection de la personne de son enfant puisqu'elle n'exerce pas la puissance paternelle. Mais son rôle s'arrête à une simple association ; en aucun cas, elle ne représente son enfant et il n'existe pas de coreprésentation.

La loi du 4 juin 1970 n'a permis que partiellement à la mère de représenter son enfant²¹ et a indirectement introduit la coreprésentation en matière personnelle. La loi du 11 juillet 1975 étend la coreprésentation aux actes patrimoniaux conservatoires et d'administration. Ce n'est qu'en 1985, que la coreprésentation devient le principe au sein des couples mariés. Pourtant, l'exercice conjoint de l'autorité parentale n'est pas encore généralisé à toutes les familles, notamment aux familles naturelles ou désunies. Nombreux sont encore les cas où le représentant est unique, l'autre parent possédant seulement le droit de surveiller l'éducation de l'enfant et d'être informé des choix importants le concernant. Pour que la coreprésentation devienne une règle générale, applicable à toutes les familles, il aura fallu de nombreuses interventions du législateur au gré de l'évolution des mœurs et de la réception de la CIDE en droit interne. Parallèlement aux revendications des pères souvent écartés de l'exercice de l'autorité parentale après la rupture du couple conjugal, a en effet émergé un nouveau droit de

¹⁸ A. Rouast, « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale », *JCP* 1965, I, 1917, n° 24.

¹⁹ Ancien article 389-1.

²⁰ Ancien article 389-5.

²¹ V. *supra* n° 130.

l'enfant : celui d'être élevé par ses deux parents²². La consécration d'un tel droit passait par la reconnaissance du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale quel que soit l'état de la famille de l'enfant²³. C'est ainsi qu'indirectement, parce que la représentation est le corollaire indispensable de la fonction d'éducation et de protection, qu'elle en est l'attribut indissociable, que le droit d'être élevé par ses deux parents consacré par la loi du 4 mars 2002 a permis de généraliser la coreprésentation, laquelle n'est pas exempte d'exceptions.

B. Les exceptions à la coreprésentation

136. En dehors du cas où l'un des parents est décédé, exceptionnellement une seule personne peut être amenée à exercer l'intégralité du pouvoir de représentation, extrapatrimonial et patrimonial, soit parce qu'un exercice unilatéral de l'autorité parentale a été décidé (1), soit parce qu'il a été nécessaire d'ouvrir une tutelle (2).

1) L'exercice unilatéral de l'autorité parentale

137. En cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, l'administration légale appartient au seul titulaire exerçant l'autorité parentale et se trouve placée sous contrôle judiciaire²⁴. Par conséquent en matière patrimoniale, l'administrateur est placé sous le contrôle du juge des tutelles, tandis qu'en matière extrapatrimoniale, le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale représente seul l'enfant, sous le contrôle du juge aux affaires familiales. Il n'en demeure pas moins qu'une seule et même personne exerce le pouvoir général de représentation. Les cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale sont exceptionnels et sont dus, lorsque les deux parents sont encore vivants, soit au retrait du titre d'autorité parentale (a), soit à la privation de l'exercice de l'autorité

²² Articles 9-3 et 18-1 de la CIDE. Selon ce dernier, « les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. »

²³ La loi n° 87-570 dite Malhuret du 22 juillet 1987 (*JO* 24 juillet 1987, p. 8253) a introduit la possibilité pour le juge de décider d'un exercice en commun de l'autorité parentale par les parents divorcés ou séparés de corps. Il en fut de même pour les parents non mariés s'ils en faisaient la déclaration conjointe au juge des tutelles. La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 « relative à l'état civil, à la famille, aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales » (*JO* 9 janvier 1993, p. 495) a érigé en principe l'exercice en commun pour les couples mariés, divorcés ou séparés de corps, de même pour les couples non mariés si les deux parents avaient reconnu l'enfant avant qu'il ait atteint l'âge d'un an et s'ils vivaient ensemble au moins lors de la seconde reconnaissance. Il était également possible pour les couples non mariés d'obtenir l'exercice conjoint par une déclaration conjointe au greffier en chef du TGI ou encore sur décision du juge aux affaires familiales à la demande des parents ou du ministère public. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, préc. a consacré la coparentalité, l'exercice en commun de l'autorité parentale étant la règle quelle que soit la situation du couple auquel l'enfant est rattaché.

²⁴ Articles 389 et 389-2 du Code civil.

parentale (b), soit à l'établissement de la filiation (c), ou encore au refus d'attribution de l'exercice commandé par l'intérêt de l'enfant (d).

a. Le retrait de l'autorité parentale

138. Selon l'article 378 du Code civil, les parents peuvent se voir retirer l'autorité parentale, en totalité ou partiellement, lorsqu'ils ont été condamnés pénalement pour crime ou délit sur la personne de leur enfant ou s'ils ont été condamnés comme coauteur ou complice d'un crime ou délit commis par leur enfant. Il en est de même depuis la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010²⁵ lorsqu'ils ont été condamnés comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime commis sur la personne de l'autre parent. Ils peuvent également, d'après l'article 378-1, se voir retirer l'autorité parentale en raison de leur conduite notoire - addictions, délits - ou d'un comportement - mauvais traitements²⁶, défaut de soins, manque de direction - mettant manifestement en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant ou lorsqu'à la suite d'une mesure d'assistance éducative, volontairement, ils n'ont pas, pendant plus de deux ans, exercé leurs droits et accompli leurs devoirs - droits et devoirs d'autorité parentale, droits de visite et d'hébergement. L'action est portée devant le TGI à la demande du ministère public, d'un membre de la famille ou du tuteur de l'enfant.

A la suite du retrait total, le ou les parents n'exercent ni l'autorité sur la personne, ni l'administration légale²⁷ et perdent la jouissance légale. C'est le titre d'autorité parentale qui est retiré. Le pouvoir de représentation disparaît donc avec le retrait de l'autorité parentale, qu'il soit patrimonial ou extrapatrimonial, à moins que la décision de justice ne prévoie qu'un retrait partiel laissant subsister l'un ou l'autre des pouvoirs auquel cas le jugement doit préciser les attributs retirés²⁸. Il y a donc perte du pouvoir de représentation et un pouvoir non plus bicéphale mais attribué à une seule personne. En cas de retrait partiel limité à certains attributs, la représentation légale peut être démembrée en fonction des prérogatives conservées et retirées.

²⁵ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 « relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants », *JO* 10 juillet 2010, p. 12762 ; Décret n° 2010-1134 du 29 septembre 2010, *JO* 30 septembre 2010 ; *RJPF*-2010-11/11, note N. Fricero ; *Petites affiches* 1^{er} juin 2011, p. 5, obs. C. Pomart-Nomdédéo.

²⁶ Pour un retrait fondé sur la maltraitance psychologique, Civ.1^{ère} 27 mai 2010, *Bull. civ.* I, n° 120 ; *JCP G* 2010, I, 911, n° 9, obs. Y. Favier ; *RJPF*-2010-9/31, note F. Eudier.

²⁷ Article 379 du Code civil. Le retrait s'étend à tous les enfants mineurs nés au moment du jugement, sauf mention contraire. L'enfant est alors dispensé de l'obligation alimentaire.

²⁸ Article 379-1 du Code civil.

Il est même possible qu'une tutelle soit ouverte. En effet, si l'autorité parentale a été retirée totalement ou partiellement à l'un des parents et que l'autre est décédé ou a perdu l'exercice de l'autorité parentale, le tribunal doit confier provisoirement l'enfant à un tiers à charge pour lui de demander l'organisation de la tutelle ou le confier à l'ASE. Mais selon l'article 380, de telles mesures peuvent également être prises en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale consécutif au retrait total de celle-ci à l'autre parent.

En cas de retrait de l'autorité parentale, le pouvoir de représentation ne disparaît pas irrévocablement dans la mesure où il est toujours possible, en cas de circonstances nouvelles, que les droits parentaux soient restitués, totalement ou partiellement, au parent déchu²⁹.

b. La privation de l'exercice de l'autorité parentale

139. Selon l'article 373 du Code civil, est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui se trouve hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité³⁰, de son absence ou de toute autre cause. L'exercice de l'autorité parentale est alors unilatéral et l'administration légale placée sous contrôle judiciaire³¹. Dès lors, le parent visé par l'article 373 perd le pouvoir de représenter l'enfant en matière patrimoniale comme extrapatrimoniale et celui conservant l'exercice de l'autorité parentale conserve le pouvoir général de représenter l'enfant.

Il est toutefois possible que le juge décide de confier l'enfant à un tiers en application de l'article 373-3 alinéa 2 même si l'un des parents n'est pas déchu de l'exercice de l'autorité. Dans ce cas, le pouvoir de représentation demeure attribué au titulaire de l'exercice de l'autorité parentale. Le tiers dispose cependant du pouvoir d'accomplir les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant³². Le juge peut, par ailleurs, décider que le tiers à qui l'enfant est confié devra requérir l'ouverture d'une tutelle selon l'article 373-4 alinéa 2. Dans ce cas, la question se pose de savoir si la

²⁹ Article 381 du Code civil.

³⁰ Caen 2 février 2006, *D.* 2006. 2016, note G. Raoul-Cormeil. Malgré la curatelle renforcée, la mère n'est pas privée de l'exercice de l'autorité parentale au sens de l'article 373 du Code civil.

³¹ Il faut noter que l'article 373-1 dispose que si l'un des parents est décédé ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité, ce qui, associé à l'article 373-3, signifie que même si ce dernier n'exerçait pas jusqu'à présent l'autorité parentale, il en a désormais le droit.

³² *V. infra* n° 187 et s.

tutelle est globale ou seulement limitée aux biens. Si la tutelle est limitée aux biens, la conséquence en est la division du pouvoir de représentation³³. Si la tutelle est globale³⁴, le pouvoir n'est pas divisé et demeure concentré en un seul et même pouvoir. En revanche, il n'est pas bicéphale. Cependant, dans le cas où l'exercice de l'autorité parentale demeure attribué à l'un des parents, il est vraisemblable que la tutelle soit limitée aux biens.

c. L'exercice unilatéral lié à l'établissement de la filiation

140. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale peut être consécutif à l'établissement d'un seul lien de filiation ou à l'établissement tardif du second lien de filiation, lorsque celle-ci a été établie plus d'un an après la naissance et que l'enfant possède déjà un lien de filiation à l'égard de l'autre parent ou lorsque la filiation à l'égard du second parent a été établie judiciairement³⁵. Seul le juge aux affaires familiales peut décider d'un exercice conjoint. Les parents peuvent cependant faire une déclaration conjointe devant le greffier en chef du TGI afin d'obtenir un exercice en commun de l'autorité parentale.

d. L'exercice unilatéral décidé dans l'intérêt de l'enfant

141. En application de l'article 373-2-1, en cas de séparation des parents, l'exercice unilatéral peut être décidé par le juge dans l'intérêt de l'enfant³⁶. Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale dispose néanmoins en vertu de l'article 373-2-1 alinéas 2 et 4, d'un droit de visite³⁷ et d'hébergement qui ne peut être refusé que pour motifs graves³⁸, ainsi que d'un droit et d'un devoir de surveillance quant à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Il doit également être informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant. Il ne dispose toutefois pas du pouvoir de représenter l'enfant, même s'agissant des actes

³³ V. *infra* n° 149 et s.

³⁴ En ce sens, J. Massip, *op. cit.*, n° 61.

³⁵ Article 372 du Code civil.

³⁶ Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, pourvoi n° 09-13686 ; *JCP G* 2010, I, 911, n° 9, obs. Y. Favier ; *D.* 2010. 1904, obs. A. Gouttenoire. Le désintérêt prolongé du père à l'égard de ses enfants comme sa violence contenue justifient un exercice unilatéral de l'autorité parentale dans l'intérêt des enfants.

³⁷ Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande et que la continuité et l'effectivité des relations avec le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale l'exigent, le droit de visite peut être médiatisé. Depuis la loi du 9 juillet 2010, il en est de même si la remise directe de l'enfant présente un danger pour lui ou le parent, la rencontre pouvant même avoir lieu avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une association.

³⁸ Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, préc. Le droit de visite et d'hébergement du père a pu être supprimé dans l'intérêt supérieur des enfants en raison de la violence contenue à l'égard de ses enfants et de ses accès de colère à l'encontre de son épouse actuelle.

relatifs à sa personne. Seul le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale a vocation à représenter l'enfant.

2) L'ouverture d'une mesure de tutelle

142. La tutelle³⁹ s'ouvre lorsque l'enfant ne dispose d'aucun lien de filiation ou lorsque ses parents sont tous deux décédés ou qu'ils sont privés de l'exercice de l'autorité parentale selon l'article 390 du Code civil. Si la plupart du temps, l'enfant n'est donc plus sous autorité parentale, en cas de privation d'exercice de l'autorité parentale, les père et mère en conservent le titre, ce qui nous amène à envisager la représentation légale du mineur sous tutelle. En principe, l'intégralité du pouvoir de représentation est détenue par le seul tuteur (a), à moins que le conseil de famille ne décide d'ouvrir une cotutelle, chaque tuteur possédant alors un rôle patrimonial et extrapatrimonial (b).

a. L'exercice du pouvoir de représentation par le seul tuteur

143. La tutelle, même si elle est testamentaire, est organisée avec un conseil de famille⁴⁰, composé d'au moins quatre membres dont le tuteur et le subrogé tuteur et présidé par le juge des tutelles. Les membres du conseil de famille sont choisis par le juge des tutelles en considération de l'intérêt de l'enfant et de l'intérêt manifesté à l'enfant, des relations qu'ils entretiennent avec lui, et de celles qu'ils avaient avec le père ou la mère, de leurs aptitudes et de leur disponibilité. Le tuteur est désigné soit par le dernier parent survivant dans une déclaration spéciale devant notaire ou dans un testament, soit par le conseil de famille. Le tuteur, selon l'article 408, a pour mission de prendre soin de la personne du mineur, de le représenter dans tous les actes de la vie civile et de gérer son patrimoine. En vertu de l'article 401 du Code civil, le conseil de famille a pour charge de régler les conditions d'entretien et d'éducation du mineur, de prendre les décisions, de donner les autorisations au tuteur pour la gestion des biens du mineur et d'apprécier les indemnités allouées au tuteur. Selon l'article 410, le subrogé tuteur a pour mission de surveiller l'action du tuteur et de représenter le mineur lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur. Il est également informé et consulté avant tout acte important. Il est tenu d'informer le juge des tutelles de toute faute

³⁹ I. Corpart, « Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe », *AJ fam.* 2010. 414.

⁴⁰ Lorsque la tutelle est vacante et qu'elle est déferée à l'aide sociale à l'enfance, elle ne comporte ni conseil de famille, ni subrogé tuteur et le tuteur a sur les biens de l'enfant les pouvoirs d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire. V. article 411 du Code civil.

commise par le tuteur et de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur si ce dernier venait à cesser ses fonctions, sous peine d'engager sa responsabilité à l'égard du mineur.

Autre cas d'unité du pouvoir et de concentration sur une même tête, le pouvoir dévolu au tuteur est bien celui de représenter l'enfant dans tous les actes de la vie civile, en matière patrimoniale comme extrapatrimoniale. Le conseil de famille n'a pas pour mission de représenter l'enfant. A l'image du pouvoir de direction et de contrôle appartenant aux parents, il donne les grandes lignes directrices et prend les décisions relatives à l'enfant⁴¹, sans pour autant être en situation de coreprésentation avec le tuteur⁴². Le tuteur exerce un pouvoir général, guidé par le conseil de famille et surveillé par le subrogé-tuteur, mais il l'exerce seul.

b. L'exception de l'exception : la cotutelle

144. La loi du 5 mars 2007 a introduit un nouveau cas de cotutelle. En effet si auparavant, la tutelle pouvait déjà être divisée en tutelle à la personne et tutelle aux biens, un tuteur adjoint pouvant même être chargé de la gestion de biens particuliers, désormais le conseil de famille peut décider sur le fondement de l'article 405 alinéa 1^{er} du Code civil de nommer plusieurs tuteurs pour exercer en commun la tutelle. Chaque tuteur protège et représente les intérêts patrimoniaux comme extrapatrimoniaux de l'enfant. Pour décider d'une telle organisation, le conseil de famille prend en considération la situation du mineur, les aptitudes des intéressés ou l'importance du patrimoine du mineur. Chaque tuteur est alors réputé à l'égard des tiers avoir reçu des autres le pouvoir d'accomplir seul les actes pour lesquels aucune autorisation du conseil de famille ou du juge n'est requise, les actes d'administration. Une telle cotutelle va à l'encontre d'une protection rapide et efficace des intérêts de l'enfant et, à l'image de l'administration légale pure et simple, nécessite la mise en place de présomption à l'égard des tiers. Si les tuteurs à la personne et aux biens sont indépendants, il semble que les tuteurs qui possèdent une mission similaire ne soient par contre pas indépendants car l'alinéa 3 de l'article 405 établit une distinction entre les deux types de cotutelle. La cotutelle restaure ainsi le caractère bicéphale du pouvoir de représentation

⁴¹ Civ. 1^{ère} 12 octobre 1983, *Bull. civ.* I, n° 231 ; *Rép. Def.* 1984. 278, obs. J. Massip ; Civ. 1^{ère} 5 mai 1986, *Bull. civ.* I, n° 118, *Gaz. Pal.* 1986. 2. 772, note J. Massip. Le conseil de famille décide ainsi de la résidence de l'enfant.

⁴² Article 401 alinéa 3 du Code civil.

tout en conservant le principe de concentration de la protection des biens et de la personne au sein d'un même pouvoir.

145. L'identité entre représentants patrimoniaux et extrapatrimoniaux contribue à la globalité de la protection des intérêts de l'enfant et à l'unité du pouvoir de représentation en dépit de son caractère transversal. Il ne s'agit pourtant pas d'un principe absolu et les troubles affectant l'exercice de l'autorité parentale et ses titulaires se répercutent sur le pouvoir de représentation. Les conséquences ne portent pas seulement sur le mode d'exercice du pouvoir, dans ce cas le pouvoir demeure unitaire. Ces turbulences conjuguées à l'influence du clivage entre la protection des biens et la protection de la personne aboutissent à un démembrement de l'autorité parentale et du pouvoir de représentation, celui-ci devenant multiple.

Section 2 : LE DÉMEMBREMENT DES POUVOIRS DE REPRÉSENTATION PATRIMONIAUX ET EXTRAPATRIMONIAUX

146. Attribut de l'autorité parentale, le pouvoir de représentation est soumis à ses fluctuations, la délégation ou le partage de l'exercice de l'autorité parentale en étant les illustrations les plus évidentes. La *summa divisio* exerce alors une influence encore plus forte sur le pouvoir en raison de son caractère transversal. Cette force de la *summa divisio* n'est pas nouvelle, la tutelle limitée aux biens existant depuis fort longtemps, mais elle prend une toute autre ampleur face à une conception du pouvoir de représentation, attribut autonome de l'autorité parentale. Celui-ci en subit directement l'influence et se trouve divisé entre protection de la personne et protection des biens, entre pouvoir de représentation extrapatrimonial et pouvoir de représentation patrimonial. Malgré le principe de concentration de la protection personnelle et patrimoniale au sein d'un seul et même pouvoir, détenu dans son intégralité par deux personnes concomitamment, il arrive que le contenu de la prérogative soit divisé, dans la dépendance directe du clivage établi entre la défense des intérêts de la personne et de ses biens. Le démembrement aboutit à la coexistence de plusieurs représentants⁴³ possédant chacun non plus la totalité du pouvoir mais une partie du pouvoir, patrimonial⁴⁴ ou extrapatrimonial, soit de manière durable (§1), soit de manière exceptionnelle (§2).

§1. L'ATTRIBUTION DURABLE DU POUVOIR DE REPRÉSENTATION À UN TIERS

147. Le pouvoir de représentation n'est pas réservé aux titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, également administrateurs légaux. Au contraire, des tiers, autorisés par le juge, peuvent être amenés à représenter durablement l'enfant, soit parce qu'ils ont

⁴³ L'exercice par l'avocat de la représentation *ad litem* n'implique aucunement un démembrement du pouvoir de représentation. Les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale demeurent les représentants du mineur à l'action en justice, en vertu d'une représentation *ad agendum*, et l'avocat n'est autre que leur propre avocat dans l'action qu'ils exercent au nom de leur enfant. V. S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 30^e éd., 2010, n° 268. V. Rouen 8 août 1990, *JCP* 1992, II, 21754, note Cl. Neirinck. Se produit alors ce qu'un auteur a pu qualifier d'« étrange alchimie de la représentation ». V. J.-M. Plazy, thèse préc., n° 787. V. également, M. Picot, « L'avocat de l'enfant », *Dr. famille* 2006, étude 37.

⁴⁴ Il convient d'ajouter que le pouvoir patrimonial peut également appartenir en partie à une personne autre que l'administrateur légal. Ainsi est-il lorsque le mineur reçoit une libéralité et que son auteur a décidé que les biens donnés ou légués ne seraient pas gérés par les administrateurs légaux mais par un tiers. La libéralité détermine les pouvoirs du tiers, à défaut il dispose des pouvoirs conférés à l'administrateur sous contrôle judiciaire. V. article 389-3 alinéa 3 du Code civil.

reçu une prérogative d'autorité parentale⁴⁵, soit parce qu'ils exercent une mesure de tutelle. A la représentation légale se substitue une représentation judiciaire. Cependant, les tiers ne possèdent pas nécessairement l'intégralité du pouvoir de représentation. Une telle division n'est pas nouvelle et la tutelle limitée aux biens est l'illustration légale de la dichotomie entre la protection patrimoniale et extrapatrimoniale sans qu'un tel choix soit contestable (A). Pourtant, en dehors des hypothèses prévues par le législateur, la division s'accroît de manière empirique, sans fondement textuel et même justement en raison de cette absence de prévision législative. Les décisions de justice demeurent très évasives quant au contenu des prérogatives conférées aux tiers et il convient d'en cerner les contours. Confrontés au caractère transversal du pouvoir et à la distinction entre la protection des biens et celle de la personne, les tiers bénéficiaires d'une délégation-transfert (B) ou d'un partage de l'exercice de l'autorité parentale (C) ne disposent que d'une partie du pouvoir de représentation, le pouvoir extrapatrimonial.

A. L'ouverture d'une mesure de tutelle spécifique

148. Il a toujours été envisagé que la défense des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux puisse être différenciée. Alternative à une division radicale entre la personne et le patrimoine, la combinaison entre tutelle complète et éducation confiée à un tiers a pendant un certain temps été admise. Lorsqu'existait la tutelle légale et que les ascendants disposaient d'un droit exclusif à la tutelle en l'absence de tutelle testamentaire⁴⁶, il arrivait que des conflits surgissent avec le tiers qui, par exemple, avait élevé l'enfant. La jurisprudence résolvait ces cas en admettant le principe de la tutelle légale aux ascendants tout en permettant au tiers de fixer la résidence de l'enfant chez lui et d'en conserver l'éducation⁴⁷. Mais la division peut être plus marquée et la tutelle n'est pas nécessairement une tutelle complète, elle peut être limitée aux biens (1). Même globale, elle peut être divisée en tutelle à la personne et tutelle aux biens, faisant clairement apparaître la dichotomie fondamentale (2).

⁴⁵ S. Moracchini-Zeidenberg, « L'autorité parentale et les tiers », *Dr. famille* 2010, étude 7 ; A. Gouttenoire-Cornut et P. Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. famille* 2003, chr. 1.

⁴⁶ Ce droit a été supprimé par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

⁴⁷ Civ. 1^{ère} 24 octobre 1995, *Bull. civ.* I, n° 373 ; *Rép. Def.* 1996. 999, n° 93, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1996. 131, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, *JCP G* 1999, II, 10217, note Th. Garé ; *RTD Civ.* 2000. 203, obs. J. Hauser ; *Dr. famille.* 1999, comm. 132, obs. Th. Fossier.

1) L'ouverture d'une tutelle limitée aux biens

149. Exercice de l'autorité parentale sur la personne et tutelle aux biens, pouvoir extrapatrimonial et pouvoir patrimonial peuvent tout à fait être dissociés, conduisant ainsi à une division du pouvoir de représentation. Tout d'abord, lorsqu'aucun lien de filiation n'est établi à l'égard de l'enfant, celui-ci est placé sous tutelle. S'il vient à être reconnu, le parent dispose alors de l'autorité parentale, mais l'enfant reste sous tutelle. Pour que la tutelle soit transformée en administration légale sous contrôle judiciaire, le parent doit en faire la requête au juge des tutelles⁴⁸. En l'absence d'une telle requête, il y a donc coexistence de l'autorité parentale et de la tutelle.

150. Mais le cas le plus fréquent de coexistence de tutelle aux biens et d'autorité parentale repose sur l'article 391 du Code civil. Dans le but de protéger le patrimoine de l'enfant lorsque son représentant paraît inapte à le gérer correctement⁴⁹, l'article 391 prévoit en effet que l'administration légale sous contrôle judiciaire puisse être transformée en tutelle sans qu'un motif soit rapporté, soit d'office par le juge des tutelles, soit à la demande de parents, alliés ou du ministère public. L'administration légale pure et simple, en revanche, peut être transformée en tutelle sur décision du juge des tutelles uniquement en cas de cause grave. Le juge des tutelles doit, sauf urgence, entendre l'administrateur légal, qui ne peut désormais plus faire aucun acte qui requerrait l'autorisation du conseil de famille si la tutelle était ouverte. Le conseil de famille a la possibilité de nommer comme tuteur l'administrateur légal ou un tiers.

La tutelle ne s'ouvre pas pour les mêmes causes que la tutelle ouverte sur le fondement de l'article 390. En effet, dans le cas de l'article 391, au moins l'un des parents est encore vivant et exerce toujours l'autorité parentale. La tutelle ne s'ouvre pas parce que les parents sont décédés ou pour l'une des causes prévues à l'article 373, à savoir l'impossibilité de manifester sa volonté et d'exercer l'autorité parentale. L'article 391 peut notamment trouver à s'appliquer lorsque l'un des parents est placé sous tutelle ou curatelle. Lorsque le ou les parents subissent une altération de leurs facultés mentales ou corporelles les empêchant d'exprimer leur volonté, ils bénéficient d'une mesure de protection juridique, qui se répercute alors sur la protection même de l'enfant. Les articles 395 et 458 du Code civil doivent alors être combinés. En effet, selon le premier,

⁴⁸ Article 392 du Code civil.

⁴⁹ Argument invoqué par la circulaire du 1^{er} juillet 1966, *JO* 7 juillet 1966, p. 5786 ; *D.* 1966. 316.

la charge tutélaire ne peut être exercée par le majeur qui bénéficie d'une mesure de protection juridique. Par analogie, l'administration légale ne peut être exercée par le majeur protégé. Cependant, le majeur protégé n'est pas nécessairement privé de l'exercice de l'autorité parentale⁵⁰. L'article 458 dispose ainsi que le majeur protégé effectue lui-même les actes d'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant, la représentation ou l'assistance étant impossibles. Il faut donc considérer que le majeur, même sous tutelle, exerce toujours l'autorité parentale sur la personne de son enfant. Par conséquent, dès lors que le parent n'est pas privé de l'exercice de l'autorité parentale, il conserve l'administration légale des biens de son enfant⁵¹. Dans de telles conditions, la protection des intérêts de l'enfant peut s'avérer compromise⁵². La mesure de protection à laquelle est soumis le parent est néanmoins susceptible de fonder une transformation de l'administration légale en tutelle par application de l'article 391 du Code civil. Dans cette hypothèse, le majeur protégé conserve l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de son enfant mais s'agissant de la protection des biens, le mineur peut être placé sous tutelle, *a fortiori* si les deux parents sont eux-mêmes sous tutelle ou curatelle⁵³.

151. La doctrine considère habituellement que la tutelle ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil est une tutelle limitée aux biens⁵⁴. Plusieurs arguments vont dans ce sens. Tout d'abord, l'article 389-7 du Code civil prévoit que les dispositions relatives à la tutelle s'appliquent à l'administration légale sans préjudicier aux droits dont bénéficient les parents au titre de l'autorité parentale quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens. Ainsi, la mise en œuvre de l'article 391, qui vise la transformation de l'administration légale, ne doit pas remettre en cause l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Par ailleurs, que l'administrateur légal puisse lui-même être nommé tuteur confirme, selon Mme Salvage-Gerest, que « c'est uniquement la protection du patrimoine que le législateur a eu en vue ». Enfin la

⁵⁰ Caen, 2 février 2006, préc. V. J. Hauser, « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. famille* 2011, dossier 6.

⁵¹ P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle », *Dr. famille* 2009, étude 17. Soulevant les difficultés engendrées par l'article 395, l'auteur considère que le parent conservant l'exercice de l'autorité parentale, il conserve l'administration légale.

⁵² S. Bernhein-Desvaux, « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF*-2010-4/12.

⁵³ TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP N* 1990, II, 21514, note Th. Fossier.

⁵⁴ Ph. Malaurie, *Les personnes*, *op. cit.*, n° 628 ; J. Massip, *op. cit.*, n° 60 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1149 ; P. Salvage-Gerest, « Article 391 du Code civil : tutelle aux biens ou tutelle complète ? (à propos de Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000) », *Dr. famille* 2001, chr. 19.

circulaire du 1^{er} juillet 1966⁵⁵ optait pour une telle interprétation. La jurisprudence conçoit également la tutelle ouverte sur le fondement de l'article 391 comme une tutelle limitée aux biens dans la mesure où elle « ne peut porter atteinte à l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère, seuls en droit d'assumer la garde de l'enfant »⁵⁶.

Dans ce cas, le tuteur dispose du pouvoir de gérer les biens de l'enfant et de le représenter dans le domaine patrimonial, tandis que le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale disposent du pouvoir de le représenter dans le domaine extrapatrimonial. Il est tout à fait possible que le conseil de famille décide de nommer tuteur l'administrateur légal. Dans ce cas, la transformation ne porte pas sur la personne physique du représentant -sauf si l'administration légale était auparavant pure et simple et qu'il a fallu écarter un des parents-, mais sur les modalités d'exercice du pouvoir de représentation. Si jusqu'à présent, le contrôle était modeste quant à l'usage fait du pouvoir de représentation, il est désormais accru dans la mesure où se sont ajoutés plusieurs organes chargés de superviser le représentant et l'administrateur légal devenu tuteur perd la liberté dont il disposait quant aux actes à accomplir. Il doit se soumettre aux décisions du conseil de famille et à la surveillance du subrogé tuteur. En revanche, un tel contrôle n'existera pas quant aux actes relatifs à la personne de l'enfant.

152. En dépit de cette interprétation majoritaire, la jurisprudence récente manque de clarté dans la mesure où elle semble parfois admettre que la tutelle est une tutelle complète, sans pour autant remettre véritablement en cause le principe d'une limitation de la tutelle aux biens. Ainsi, alors qu'un père défunt avait manifesté le souhait de voir gérer les biens de son enfant, non pas par la mère mais par son propre frère, une tutelle avait été ouverte⁵⁷. Celle-ci était logiquement fondée sur l'article 391 dans la mesure où la mère exerçait toujours l'autorité parentale et était devenue au décès du père administratrice légale sous contrôle judiciaire. La tutelle devait donc être limitée aux biens respectant ainsi la volonté du défunt. Or, une tutelle complète fut ouverte, la

⁵⁵ Selon la circulaire, les articles relatifs aux pouvoirs du tuteur et du conseil de famille quant à la personne de l'enfant - notamment les anciens articles 449 et 450 - n'ont pas à s'appliquer.

⁵⁶ Civ. 1^{ère} 26 juin 1985, *Rép. Def.* 1986. 729, n° 46, obs. J. Massip. V. également Civ. 1^{ère} 8 novembre 1982, *Bull. civ. I*, n° 323 ; *Rép. Def.* 1983. 766, n° 47, obs. J. Massip ; Civ. 1^{ère} 13 décembre 1994, *Rép. Def.* 1995. 1374, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1995. 599, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{ère} 12 octobre 1999, pourvoi n° 97-17018, *Rép. Def.* 2000. 664, n° 33, obs. J. Massip.

⁵⁷ Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, *Bull. civ. I*, n° 264 ; *RTD Civ.* 2001. 109, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2001, II, 10548, note Th. Fossier ; *Petites affiches*, 28 août 2001, p. 5, note M. Bruggeman ; *Rép. Def.* 2001, 91, obs. J. Massip ; *Dr. famille* 2001, chr. 19, note P. Salvage-Gerest, préc.

tutelle à la personne étant confiée à la mère et la tutelle aux biens à l'oncle. Suite à des divergences entre les tuteurs, l'administration légale fut rendue à la mère par le juge des tutelles. Contestant la levée de la tutelle, l'oncle formait un recours devant le tribunal et arguait de ce que l'ancien article 449 du Code civil prévoyait que le conseil de famille décide des conditions d'éducation et d'entretien en ayant égard à la volonté des père et mère. Or, son pourvoi fut rejeté au motif que l'ancien article 449 ne vise que le gouvernement de la personne et non celui des biens. L'article invoqué par le pourvoi était peu pertinent dans la mesure où il vise, non pas la désignation du tuteur par le conseil de famille mais le fonctionnement de la tutelle, ce qui n'était en l'espèce pas le problème. Surtout, la prise en compte de la volonté des père et mère ne vaut que pour la protection de la personne. De surcroît, elle ne s'applique que dans le cas où les deux parents sont décédés. Quoiqu'il en soit, même si l'arrêt ne se prononce pas sur l'étendue de la tutelle fondée sur l'article 391, celle-ci semblait bien être une tutelle portant à la fois sur les biens et la personne. La Cour de cassation ne condamne pas l'idée de la tutelle complète ce qui ne l'empêche pas de clairement distinguer la protection des biens et celle de la personne⁵⁸.

Plus ambigu, un arrêt de 2004⁵⁹ laisse planer le doute quant à l'étendue de la tutelle ouverte sur le fondement de l'article 391. Un enfant est placé par le juge des enfants auprès de l'ASE en raison du désintérêt de sa famille. Son père, administrateur légal sous contrôle judiciaire à la suite du décès de la mère, n'ayant plus de relations avec son fils et ne gérant pas non plus son patrimoine, le juge des tutelles décide d'ouvrir une mesure de tutelle. Celle-ci est déclarée vacante et déferée à l'ASE en application de l'article 433 devenu article 411 du Code civil. Suite à cela, le juge des enfants décide la levée de la mesure d'assistance éducative. Le président du Conseil général conteste cette décision au motif d'une part que la tutelle obéit au régime de l'article 391 dans la mesure où la tutelle déferée à l'ASE pour vacance selon l'ancien article 433 n'est

⁵⁸ En réalité, la solution manque de clarté. Elle peut être analysée comme la condamnation d'une tutelle complète puisque la mère n'étant pas privée de l'exercice de l'autorité parentale, elle devait avoir l'administration légale. En ce sens, Th. Fossier, préc., P. Salvage-Gerest, préc. Selon ce dernier auteur, en principe, la gestion des biens suit le gouvernement de la personne. Dès lors, autoriser le juge des tutelles à ouvrir une tutelle complète alors que l'exercice de l'autorité parentale appartient toujours à un des parents contrevient à cette règle. Mais il est possible également d'y voir une condamnation d'une limitation de la tutelle à la gestion du patrimoine dans la mesure où cette solution médiane n'a pas été retenue.

⁵⁹ Civ. 1^{ère} 3 novembre 2004, *Bull. civ.* I, n° 246 ; *Dr. famille* 2005, comm. 122, obs. P. Salvage-Gerest ; *JCP G* 2005, I, 116, n° 7, obs. Th. Fossier ; *JCP G* 2006, II, 10008, note C. Geoffroy et C. Nissabouri ; *RTD Civ.* 2005. 100, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2005. 20, obs. F. Chénéché ; *RJPF*-2005-3/37, note F. Eudier.

fondée sur aucun régime précis, et d'autre part que la tutelle déferée à l'ASE ne fait pas cesser l'état de danger de l'enfant. La tutelle est donc selon lui limitée aux biens et le père exerce toujours l'autorité parentale, l'article 433 ne s'y opposant pas. La mesure d'assistance éducative demeure dans ces conditions justifiée. La cour d'appel confirme la décision du juge des enfants et considère que la tutelle ouverte est une tutelle complète, ce qui permet la levée de la mesure d'assistance éducative. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le président du Conseil général. Elle considère que la tutelle a certes été ouverte sur le fondement de l'article 391, mais ayant été ensuite déferée à l'ASE, elle est alors régie par l'article 433 et le décret n° 74-930 du 6 novembre 1974. De plus, puisque le père se désintéressait de son fils, la cour d'appel a pu considérer que la tutelle ouverte était une tutelle complète, le père n'exerçant plus l'autorité parentale. La garde de l'enfant par l'ASE fait dès lors cesser l'état de danger de l'enfant.

Ce cas illustre la difficulté de coordonner les différents régimes. La tutelle ne pouvait être ouverte sur le fondement de l'article 390 dans la mesure où le père n'était pas privé de l'exercice de l'autorité parentale, au sens de l'article 373. En l'espèce, la tutelle a été ouverte sur le fondement de l'article 391 mais le fondement a ensuite été modifié et c'est une tutelle fondée sur l'article 433 qui a été organisée, en tant que tutelle spéciale⁶⁰. Celle-ci est-elle nécessairement une tutelle complète⁶¹ ? Il est possible de se demander à la lumière de cet arrêt si elle ne pouvait pas être limitée aux biens. Telle qu'insérée dans le Code civil, la vacance de la tutelle semble viser tous les cas de tutelles, qu'il s'agisse de tutelle complète ou limitée aux biens. Rien ne s'oppose à ce que la tutelle vacante soit ouverte sur le fondement de l'article 391 et limitée aux biens dès lors que l'exercice de l'autorité parentale demeure. Le problème posé par une telle décision est qu'elle aboutit à priver le père de l'exercice de l'autorité parentale alors d'une part, qu'une telle privation relève non pas du juge des tutelles mais du juge aux affaires familiales voire du TGI et d'autre part que le père se voit ôter ses prérogatives sans pour autant être hors d'état de manifester sa volonté.

⁶⁰ J. Massip, *op. cit.*, n° 180 et s.

⁶¹ En faveur de cette position par application de l'adage *Specialia generalibus derogant*, Th. Fossier, art. préc.

Madame Bruggeman⁶² considère que la tutelle ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil est une tutelle complète. Elle estime que la tutelle aux biens est une invention doctrinale, qui n'est pas corroborée par la jurisprudence. Non seulement les textes ne limitent aucunement la tutelle au domaine patrimonial mais une telle conception aboutit à priver le mineur de représentation en matière extrapatrimoniale. Là est d'ailleurs l'argument principal au soutien du rejet d'une limitation de la tutelle aux biens. Cependant, si l'on admet que la représentation - patrimoniale et extrapatrimoniale - ne trouve pas seulement son assise au sein de l'administration légale mais au contraire la dépasse, alors l'idée défendue par Madame Bruggeman peut être contestée : la représentation extrapatrimoniale est assurée par le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne et la tutelle peut tout à fait être limitée aux biens. Surtout, admettre une tutelle complète sur le fondement de l'article 391 sans qu'au préalable, les père et mère aient été privés de l'exercice de l'autorité parentale n'est pas conforme à l'article 389-7 du Code civil. Par ailleurs, la différence dans les causes d'ouverture de la mesure entre l'article 390 et l'article 391 va dans le même sens. Le mauvais usage du pouvoir relativement à la personne conduit à l'ouverture de la tutelle sur le fondement de l'article 390 qui se révèle logiquement complète. L'article 391 régit le cas où les parents ne sont pas privés de l'exercice de l'autorité parentale et où le mauvais usage du pouvoir extrapatrimonial n'est donc pas en cause, ce qui signifie que seule la gestion du patrimoine pose problème, confortant ainsi la limitation de la tutelle aux biens. Aussi, dès lors que le père ou la mère exerce toujours l'autorité parentale sur la personne de son enfant, la tutelle ne peut être transformée en tutelle complète et doit être limitée à la protection du patrimoine.

2) La cotutelle

153. Autre cas de figure où la distinction entre protection personnelle et patrimoniale apparaît clairement, l'article 405 du Code civil permet au conseil de famille de diviser la tutelle en tutelle aux biens et tutelle à la personne. Une telle division n'est pas récente. Dès 1804, en cas de décès du père et de remariage de la mère, celle-ci devenait tutrice mais le second mari était cotuteur⁶³. La loi de 1964 prévoyait également par l'ancien article 417 la possibilité de distinguer tuteur honoraire - à la personne - et tuteur

⁶² M. Bruggeman, *op.cit.*, n° 513 et s.

⁶³ Ancien article 405 du Code Napoléon.

onéraire - aux biens⁶⁴. Il s'agit non plus de soutenir la mère, jugée inapte à correctement gérer le patrimoine de son enfant, mais de décharger le tuteur d'une tâche assez lourde. L'existence de la tutelle à la personne confirme que la représentation a bien lieu en matière personnelle. Surtout, la protection est assurée intégralement car la représentation du mineur s'effectue par deux personnes différentes possédant chacune un pouvoir différent, l'un patrimonial, l'autre extrapatrimonial. Chaque tuteur est indépendant et n'est pas responsable envers l'autre⁶⁵. Pèse juste sur eux l'obligation de s'informer des décisions qu'ils prennent.

Si la coexistence de la tutelle aux biens et de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne est une hypothèse de division du pouvoir de représentation encadrée par la loi et globalement cohérente, il n'en est pas de même du démembrement résultant de la délégation-transfert de l'autorité parentale dont la portée reste encore à déterminer.

B. La délégation-transfert de l'exercice de l'autorité parentale

154. Initialement prévue par la loi du 24 juillet 1889, la délégation de l'exercice de l'autorité parentale a été maintenue par la loi du 4 juin 1970 puis réformée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 qui en a assoupli les conditions⁶⁶ et l'a dissociée de l'idée d'abandon de l'enfant. Exception au principe d'indisponibilité de l'autorité parentale énoncé à l'article 376 du Code civil, la délégation, qui doit être conforme à l'intérêt de l'enfant, fait nécessairement l'objet d'un jugement⁶⁷. Provisoire, elle peut prendre fin en cas de circonstances nouvelles ou être transférée. La délégation, totale ou partielle, peut

⁶⁴ TI Châteaubriant 9 décembre 1975, *Gaz. Pal.* 1977, 1, 347, note G. Baranger. Selon ce jugement, une personne morale (l'ASE) peut être nommée tuteur aux biens du mineur, tandis qu'un membre de la famille a été nommé tuteur à la personne.

⁶⁵ Le conseil de famille peut prévoir que les tuteurs seront responsables l'un envers l'autre.

⁶⁶ La délégation n'est plus depuis la loi du 4 mars 2002 conditionnée à l'âge de l'enfant ou à sa remise préalable au tiers.

⁶⁷ La secrétaire d'État à la Famille a présenté en mars 2009 un avant-projet de réforme relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers. La présentation de ce projet a provoqué un grand nombre de contestations en raison notamment de la supposée consécration de l'homoparentalité. Il a donc été décidé de réexaminer le projet et mission a été confiée au député Jean Leonetti de réfléchir à l'utilité d'une nouvelle loi. Ce dernier a rendu un rapport en octobre 2009 : *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers, Rapport au Premier ministre*, par J. Leonetti, La Documentation française, 2009.

L'avant-projet de réforme propose qu'il soit possible d'effectuer un partage conventionnel de l'exercice de l'autorité parentale. De manière moins étendue, il est également envisagé d'instaurer un mandat d'éducation. Le rapport du député Leonetti ne remet pas en cause cette proposition.

Sur l'avant-projet de réforme, *Dr. famille* 2009, alerte 5 ; P. Murat, « L'autorité parentale et les droits des tiers : un pas en avant, un pas en arrière ! », *Dr. famille* 2009, repère 4 ; B. Beignier, « Beau-parent ou tiers ? », *Dr. famille* 2009, repère 6 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Du statut du beau-parent aux droits des tiers : réflexions critiques sur un texte controversé », *RLDC* 2009/60 n° 3439 ; A. Mirkovic, « Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *Dr. famille* 2009, étude 28.

désormais prendre deux formes : une délégation « transfert de prérogatives » prévue par l'article 377 du Code civil et une délégation « partage des prérogatives » fondée sur l'article 377-1 alinéa 2⁶⁸. Bien qu'étant une déclinaison de la délégation, le partage de l'exercice sera envisagé indépendamment de la délégation-transfert⁶⁹.

La délégation-transfert fondée sur l'article 377 du Code civil peut être volontaire ou involontaire. Selon cet article, lorsque les circonstances l'exigent⁷⁰, les parents peuvent ainsi eux-mêmes, ensemble ou séparément, saisir le juge en vue de déléguer l'exercice de l'autorité parentale, totalement ou partiellement, à un tiers. Ce dernier peut être un membre de la famille, un proche digne de confiance⁷¹, un établissement agréé pour le recueil des enfants ou le service de l'aide départementale à l'enfance⁷². Le tiers peut lui-même saisir le juge aux affaires familiales en cas de désintérêt manifeste des parents⁷³ ou lorsqu'ils sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale⁷⁴. La délégation est dans ce cas imposée. Les parents doivent être appelés à l'instance et si l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut être prononcée qu'après avis du juge des enfants.

⁶⁸ Le rapport *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers* propose de bien distinguer la délégation et le partage de l'autorité parentale.

⁶⁹ V. *infra* n° 172 et s.

⁷⁰ Il peut s'agir de maladie grave d'un des parents ou d'hospitalisations fréquentes ou longues, voire de voyages. En ce sens, F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.* n° 1079. En revanche, rejet de la demande des parents pour « convenance », car la délégation est contraire à l'article 7-1 de la CIDE, l'intérêt de l'enfant étant d'être élevé par ses parents, non par sa grand-mère, v. Saint-Denis 20 mars 2007, *Petites affiches* 3 juin 2009, n° 110, p. 7, note C. Pomart-Nomdédéo.

⁷¹ Civ. 1^{ère} 16 avril 2008, *Bull. civ. I*, n° 106 ; *JCP* 2009, I, 102, n° 9, obs. A. Gouttenoire ; *RJPF*-2008-6/39, obs. I. Corpart ; *Rép. Def.* 2008. 1846, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 2008. 470, obs. J. Hauser. Le juge apprécie si le tiers est digne de confiance et il n'est pas nécessaire que le proche soit un membre de la famille.

La délégation peut également résulter de la *kafala*, institution de protection et d'éducation de l'enfant sans conséquence sur le lien de filiation d'origine, lorsque la juridiction française lui accorde l'*exequatur*. V. Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 375. Il en est de même en cas d'adoption-protection à l'étranger sans création de lien de filiation. En ce sens, Civ. 1^{ère} 12 janvier 2011, pourvoi n° 0968504.

⁷² A noter que la délégation-transfert est parfois utilisée pour pallier les conséquences d'une situation illicite. Basse-Terre 12 février 2007, *Juris-Data* n° 2007-334664. En l'espèce, à la suite d'une convention de gestation pour autrui, un conflit a opposé la mère biologique et le couple ayant élevé les enfants. La première a vu son lien de filiation établi avec les enfants mais les seconds ont, en dépit du caractère illicite de la situation, bénéficié d'une délégation de l'exercice de l'autorité parentale.

⁷³ Le désintérêt qui doit être manifeste et actuel est apprécié par le juge et peut être révélé par exemple par l'absence de contacts, de versement de pension alimentaire ou le défaut d'exercice du droit de visite. V. notamment Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 756.

⁷⁴ Civ. 1^{ère} 5 avril 2005, *Bull. civ. I*, n° 162 ; *Dr. famille* 2005, comm. 155, obs. P. Murat ; *RJPF*-2005-7-8/51, obs. F. Eudier. L'impossibilité d'exercer l'autorité parentale est appréciée de manière subjective. En l'espèce, elle est caractérisée par le fait pour le père d'être difficilement joignable et de ne pas réellement prendre en compte les besoins de sa fille au regard des démarches inhérentes à l'exercice de l'autorité parentale. V. pour un refus fondé sur les contacts réguliers entre l'enfant et ses parents, Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 08-12146.

La délégation imposée peut également être la conséquence d'une décision judiciaire ; elle est dans ce cas indirecte⁷⁵. Lorsque le tribunal déclare un enfant abandonné afin de le rendre adoptable, l'article 350 du Code civil dispose qu'il délègue par la même décision les droits d'autorité parentale au tiers qui a recueilli l'enfant. La délégation a pour but d'organiser la prise en charge de l'enfant dans l'attente de l'adoption. Par ailleurs, lorsqu'un arrêté d'admission de l'enfant en tant que pupille de l'État a été pris par le président du Conseil général, l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles autorise les parents ou le tiers qui a pris en charge l'enfant à contester la décision. Si le tribunal de grande instance annule l'arrêté, il peut soit confier la garde au demandeur à charge pour lui de requérir l'ouverture d'une tutelle, soit lui déléguer les droits d'autorité parentale. La décision principale constate ainsi la défaillance des parents, ce qui entraîne indirectement la délégation de l'autorité parentale au tiers qui prend en charge l'enfant. En dépit de leur origine spécifique, les délégations indirectes se rapprochent de la délégation fondée sur l'article 377 alinéa 2 et il existe désormais une certaine unité des conditions de mise en œuvre des délégations imposées, directes ou indirectes⁷⁶. Elles aboutissent également à un transfert des prérogatives justifiant leur étude au sein de la délégation-transfert de l'exercice de l'autorité parentale.

155. Si les conditions de la délégation-transfert constituent actuellement les conditions de droit commun de la délégation, les effets sont en revanche distincts de ceux de la délégation-partage. La délégation-transfert de l'exercice de l'autorité parentale souffre d'une imprévision législative plaçant l'étude de ses effets au rang d'hypothèse. Deux certitudes néanmoins : seul l'exercice de l'autorité parentale est délégué, non le titre⁷⁷ et même en cas de transfert des prérogatives d'autorité parentale, l'obligation d'entretien pesant sur les parents ne cesse pas. Le tiers peut leur demander une contribution financière pendant l'accueil de l'enfant ou lors de sa restitution, s'ils ne sont pas indigents⁷⁸.

En dehors de ces précisions, le législateur n'a pas pris en compte la protection de l'enfant dans sa globalité, alors qu'au contraire les décisions des juges du fond, pour le moins variées, tentent de généraliser les effets de la délégation sans véritable fondement

⁷⁵ Cl. Neirinck, « Autorité parentale - Délégation », *J-Cl. Civil*, art. 371 à 387, fasc. 30, 2010, n° 6.

⁷⁶ *Ibid.*, n° 51.

⁷⁷ *Ibid.*, n° 120. Mme Neirinck considère que les délégations indirectes entraînent une délégation du titre d'autorité parentale.

⁷⁸ Article 377-2 alinéa 2 du Code civil.

textuel. Souvent lacunaires, les décisions de justice manquent de précision dans la détermination des attributs transférés lors de la délégation, rendant ainsi difficile l'appréhension de la distinction entre délégation totale et délégation partielle. Il convient donc dans un premier temps de les distinguer (1), pour ensuite examiner séparément les conséquences de la délégation totale (2) et de la délégation partielle (3) sur le pouvoir de représentation.

1) L'appréhension délicate de la distinction entre délégation totale et délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale

156. Lorsque la délégation est totale⁷⁹, seul le droit de consentir à l'adoption n'est pas transféré⁸⁰. Le délégataire dispose ainsi des attributs classiques, désormais innommés, de l'autorité parentale tels que la garde, la surveillance et l'éducation de l'enfant, mais également du droit de consentir au mariage du mineur⁸¹ ou à son émancipation. La jurisprudence admet fréquemment une délégation partielle en permettant au titulaire de l'autorité parentale de conserver un droit de visite et d'hébergement sans préciser la conservation d'autres attributs par le délégant⁸². La plupart des décisions laissent ainsi penser que le caractère partiel de la délégation découle du seul maintien du droit de visite et d'hébergement⁸³ ce qui signifie que même en cas de délégation partielle, le pouvoir du délégataire est étendu, tous les attributs de l'autorité parentale tels que la résidence de l'enfant, les droit et devoir de le surveiller et de le protéger mais également de l'éduquer lui étant transférés. Cette hypothèse est renforcée par le fait que les juges du fond sont parfois plus précis dans la détermination des pouvoirs délégués. Par exemple, la cour d'appel de Lyon a autorisé une délégation de l'exercice de l'autorité parentale pour tout ce qui concerne la santé et la scolarité de l'enfant⁸⁴. Une telle précision par les juges du fond dans la détermination des droits délégués conforte l'idée selon laquelle, lorsque seuls les droits de visite et d'hébergement sont conservés par le délégant, la délégation bien que partielle n'en demeure pas moins large

⁷⁹ Montpellier 5 septembre 2007, Juris-Data n° 2007-345920 ; Toulouse 24 février 2009, Juris-Data n° 2009-003162.

⁸⁰ Article 377-3 du Code civil.

⁸¹ Prérogative qui devient d'usage véritablement exceptionnel puisqu'il est nécessaire d'être majeur désormais pour se marier, à moins de justifier de motifs graves. V. les articles 144, 145 et 148 du Code civil.

⁸² Nîmes 5 février 2009, RG n° 08/00161 ; Civ. 1^{ère} 5 avril 2005, préc.

⁸³ L'affirmant plus clairement : Civ. 1^{ère} 14 février 1989, *Bull. civ. I*, n° 77 ; *Gaz. Pal.* 1990. 1. 130, note J. Massip.

⁸⁴ Lyon 26 janvier 1999, Juris-Data n° 1999-045269.

et va au-delà de la santé et de la scolarité de l'enfant. Dans ce cas, elle peut englober les démarches administratives, l'autorisation et la surveillance des activités extrascolaires par exemple.

Toutefois des auteurs considèrent que même si la délégation est totale, rien n'empêche le juge d'octroyer aux parents un droit de visite et d'hébergement⁸⁵. La distinction entre délégation totale et délégation partielle est alors encore moins évidente, d'autant plus que la Cour de cassation considère que l'indétermination par le juge des droits délégués n'équivaut pas au prononcé d'une délégation totale⁸⁶. Une telle position va quoiqu'il en soit dans le sens d'une délégation qui bien que partielle demeure large.

157. Vraisemblablement, en l'absence de précision par le juge, la différence entre délégation partielle et délégation totale réside dans l'attribution, non pas des prérogatives ordinaires qui ne sont pas discriminantes, mais des prérogatives extraordinaires telles que droit de consentir au mariage et à l'émancipation du mineur. Le tiers ne bénéficiera pas de ces prérogatives s'il ne bénéficie que d'une délégation partielle. Par gradation, le délégant conservera toujours le droit de consentir à l'adoption du mineur, de même que le droit de consentir au mariage et à l'émancipation en cas de délégation partielle mais pas en cas de délégation totale⁸⁷. La question se pose de savoir si le pouvoir de représentation est transféré au délégataire et s'il l'est dans son intégralité.

2) Les effets de la délégation-transfert totale sur le pouvoir de représentation

158. Il est difficile de savoir si le tiers délégataire dispose du pouvoir de représenter l'enfant et malgré l'ancienneté de la règle, la doctrine semble, à quelques exceptions près⁸⁸, ne pas y voir un sujet de préoccupation. L'imprécision quant à l'éventuelle délégation du pouvoir de représentation résulte du fait qu'il est admis de manière consensuelle que le pouvoir délégué est le pouvoir de direction et de contrôle de la

⁸⁵ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 766.

⁸⁶ Civ. 1^{ère} 24 février 2006, pourvoi n° 04-17090, *Bull. civ. I*, n° 101 ; *D.* 2006. 897, note D. Vigneau ; *ibid.* 1421, note J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 876, note H. Fulchiron ; *Dr. famille* 2006, comm. 89, obs. P. Murat ; *RLDC* 2006/27, n° 2056, note D. Bourgault-Coudeville ; *RTD Civ.* 2006. 297, obs. J. Hauser. Certes, il s'agit en l'espèce d'une délégation-partage mais la discussion portant sur l'étendue de la délégation partielle peut être appliquée par analogie à la délégation-transfert.

⁸⁷ Dans ce dernier cas, il conserve néanmoins le droit de consentir à l'adoption qui n'est jamais délégué.

⁸⁸ M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 404 et s ; Cl. Neirinck, « Autorité parentale - Délégation », art. préc., n° 111 ; P. Salvage-Gerest, art. préc.

personne de l'enfant qui ne peut être un pouvoir de représentation⁸⁹, et non le pouvoir d'autorité sur les biens auquel est en revanche assimilé le pouvoir de représentation. C'est parce que la personne de l'enfant est au cœur de la délégation que l'administration légale et la notion de représentation qui y est attachée sont passées sous silence, voire exclues des analyses doctrinales sur le sujet.

Cependant, le pouvoir de représentation n'est pas indissociable de l'administration légale et de la notion de patrimoine. Il est même l'accessoire du pouvoir de direction et de contrôle, les deux étant des attributs complémentaires au sein de l'autorité parentale *lato sensu*⁹⁰. En raison du caractère transversal de la représentation, l'étude des effets de la délégation-transfert de l'exercice de l'autorité parentale sur le pouvoir de représentation ne peut être effectuée sans distinguer le pouvoir extrapatrimonial (a) du pouvoir patrimonial (b).

a. Le transfert du pouvoir extrapatrimonial

159. Compte tenu de la complémentarité et de l'interdépendance de la représentation légale et du pouvoir de direction, il est impossible, en cas de délégation totale, de déléguer le pouvoir d'autorité parentale sans déléguer le pouvoir de représentation afférent. Le transfert de l'exercice de l'autorité parentale investit le délégataire du pouvoir d'effectuer diverses démarches administratives⁹¹, d'autoriser des soins sur la personne de l'enfant ou un voyage scolaire, de choisir son orientation scolaire, de l'inscrire à des activités de loisirs... Il est certain que le délégataire exerce une mission d'autorité *stricto sensu* sur la personne de l'enfant et qu'il met en œuvre son pouvoir de direction et de contrôle en décidant d'emmener l'enfant chez le médecin, en décidant de son orientation scolaire, en l'autorisant à faire un voyage scolaire mais il agit également au nom et pour le compte de l'enfant, lorsqu'il accomplit des démarches administratives telles que la demande de carte d'identité ou de passeport, ou encore lorsqu'il conclut un contrat médical. Le délégataire exerce bien dans ces cas de figure un pouvoir de représentation.

Refuser le transfert simultané du pouvoir de représentation revient à admettre que son rôle est limité à un simple pouvoir factuel et sans portée juridique, se limitant à une

⁸⁹ V. *supra* n° 81 et s.

⁹⁰ V. *supra* n° 110 et s.

⁹¹ Pau 9 septembre 2002, Juris-Data n° 2002-210303.

prise de décision sans aboutissement juridique. Or, la protection de la personne peut nécessiter l'accomplissement d'un acte de représentation. L'action du délégataire se verrait vite paralysée par les nécessités de la vie juridique et le transfert perdrait de son intérêt. Certes, il est probable que le tiers usera davantage du pouvoir factuel de protéger la personne de l'enfant et de veiller à son éducation, mais en tant qu'accessoire du pouvoir de direction et de contrôle, le pouvoir de représentation extrapatrimonial est également transféré au délégataire.

Dans le cas où un seul parent a transféré son pouvoir, le délégataire l'exercera en commun avec l'autre titulaire de l'exercice de l'autorité parentale si ce dernier était conjoint, ce qui implique que la présomption d'accord relative aux actes usuels soit mise en œuvre⁹². Même si une telle application n'est explicitement prévue que pour les cas de délégation-partage, le pragmatisme impose d'en tenir compte en cas de délégation-transfert.

Si le pouvoir de représenter l'enfant dans l'accomplissement des actes relatifs à sa personne est sans nul doute délégué, l'administration légale en revanche est soumise à l'incertitude en l'absence de prévisions législatives. La division traditionnelle entre l'autorité sur la personne et l'autorité sur les biens pèse de tout son poids sur la solution.

b. L'absence de transfert automatique du pouvoir patrimonial

160. Le sort du pouvoir de représentation patrimonial se pose tant du point de vue du délégant que de celui du délégataire. Le premier perd le bénéfice de l'administration légale (α) tandis que le second ne se voit pas automatiquement conférer le pouvoir patrimonial (β).

α) La perte de l'administration légale par le délégant.

161. L'administration légale est incontestablement liée à l'exercice de l'autorité parentale. Ne dispose pas de l'administration légale le parent qui bien que possédant le titre n'exerce pas l'autorité parentale, le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale ou à qui elle a été retirée⁹³. Bien que le délégant, en cas de délégation-transfert totale, n'exerce plus l'autorité parentale, la délégation de l'exercice de l'autorité parentale doit être envisagée différemment de la privation d'exercice dans la mesure où cette dernière

⁹² V. *infra* n° 243.

⁹³ Articles 389 et 389-2 du Code civil.

obéit à des conditions particulières⁹⁴. Par conséquent, la délégation n'étant pas une privation de l'exercice de l'autorité parentale, elle ne rentre pas dans les cas de figure énoncés par l'article 389-2 et l'administration légale continue à être exercée par le délégant⁹⁵. Dès lors, le tiers délégataire ne bénéficie pas du pouvoir de gestion des biens de l'enfant.

Pourtant, l'administration légale est clairement dépendante de l'exercice de l'autorité parentale et si le cas de la délégation-transfert n'est pas visé, cela apparaît plus comme une lacune que comme une volonté délibérée du législateur de distinguer privation d'exercice et délégation. En effet, en cas de délégation totale, cas où le parent ne conserve que le droit de consentir à l'adoption de l'enfant et où il est complètement écarté des décisions, quotidiennes comme importantes, comment concevoir qu'il conserve le pouvoir d'administrer le patrimoine de son enfant ? La délégation aboutissant à un transfert total des prérogatives extrapatrimoniales au tiers, il semble judicieux d'aller au bout de la démarche et de retirer l'administration légale aux parents, dans la mesure où ils ne paraissent plus en mesure de gérer le patrimoine de leur enfant. D'ailleurs, l'ancien article 373 modifié en 2002 prévoyait au sein des cas de privation d'exercice de l'autorité parentale la délégation des droits d'autorité parentale. L'absence actuelle de la délégation comme cause de privation de l'exercice de l'autorité parentale s'explique par l'introduction de la délégation-partage qui n'entraîne pas perte de l'exercice de l'autorité parentale au profit du délégant et le législateur a considéré que dans ces conditions maintenir la délégation comme cause de privation de l'exercice de l'autorité parentale était incompatible avec la notion de délégation-partage⁹⁶. Le transfert de l'exercice de l'autorité parentale entraîne dès lors toujours perte de cet exercice, seul le partage n'ayant pas cette conséquence. L'administration légale est donc retirée au parent ayant délégué l'exercice de l'autorité parentale⁹⁷. Une telle perte a pour

⁹⁴ La privation de l'exercice de l'autorité parentale implique que le titulaire soit hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause selon l'article 373 du Code civil. La délégation n'implique pas nécessairement que le parent ne puisse pas manifester sa volonté.

⁹⁵ Il y a, en revanche, perte de l'administration légale pour le délégant si la délégation est forcée et consécutive à une privation d'exercice. En effet, une fois le parent privé de l'exercice de l'autorité parentale, il perd le bénéfice de l'administration légale et l'enfant peut être confié à un tiers qui pourra demander à ce que l'exercice de l'autorité parentale lui soit délégué en vertu de l'article 377 alinéa 2. Il est cependant tout à fait envisageable que le tiers requière l'ouverture d'une tutelle dans ce cas de figure en application de l'article 373-4 alinéa 2.

⁹⁶ Rapport de L. Béteille au nom de la Commission des lois du Sénat, séance du 21 novembre 2001, *JO Sénat Impressions*, n° 71, p. 56 .

⁹⁷ J. Massip, *op. cit.*, n° 19.

conséquence la transformation de l'administration légale pure et simple en administration sous contrôle judiciaire si l'exercice de l'autorité parentale était jusqu'à présent conjoint. S'il était unilatéral, le tiers exerce l'autorité sur la personne mais le sort du pouvoir de protection des biens est incertain. Dès lors se pose la question de savoir si le tiers exerce le pouvoir patrimonial.

β) Le vide législatif concernant les effets patrimoniaux de la délégation-transfert

162. Que le délégant conserve ou non l'administration légale ne préjuge pas de l'étendue du pouvoir du tiers. Une hypothèse est envisageable : attribuer au tiers l'administration légale et par conséquent le pouvoir de représentation patrimonial. Pour ce faire, il est nécessaire de lier administration légale et exercice de l'autorité parentale et surtout de la détacher de la notion de filiation et de parenté. Un auteur⁹⁸ admet que l'administration légale soit transférée au délégataire lorsque la délégation est une délégation forcée sur le fondement de l'article 377 alinéa 2 ou une délégation indirecte fondée sur l'article 350 du Code civil ou l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles. Elle considère en effet que l'administration légale est attachée au titre de l'autorité parentale, non à son exercice. Or, l'analyse qu'elle fait de la délégation forcée ou indirecte fondée sur les articles précités est la délégation non pas de l'exercice, mais du titre de l'autorité parentale. Dès lors, le titre étant délégué, l'administration légale y étant attachée, cette dernière est déléguée. En revanche, en cas de délégation volontaire, seul l'exercice est délégué, non le titre, ce qui implique que le délégant conserve l'administration légale. Cependant, la compréhension actuelle de la délégation est bien celle de son exercice, non du titre, quel que soit le cas envisagé. Par conséquent, ce raisonnement ne permet pas de résoudre le problème.

Tout semble associer administration légale et filiation. Selon les articles 389 et suivants sont administrateurs légaux les « parents » ; le Code Napoléon a construit les deux institutions de l'administration légale et de la tutelle en se fondant sur la différence entre tuteur et administrateur légal⁹⁹. Toute la spécificité de l'administration légale repose sur la confiance accordée aux parents, sur la présomption selon laquelle ils agiront nécessairement et exclusivement dans l'intérêt de leur enfant¹⁰⁰. Le contrôle

⁹⁸ Cl. Neirinck, « Autorité parentale - Délégation », art. préc., n° 120. V. également, M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, préf. F. Terré, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 593.

⁹⁹ V. *supra* n° 67.

¹⁰⁰ P. Blondy, G. et M. Morin, *op. cit.*, n° 55.

réduit de leur action, différent de celui exercé sur le tuteur, repose sur ce fondement. C'est pourquoi, il est difficile d'admettre que l'administration légale puisse être transférée à un tiers.

Pourtant, l'indissociabilité de l'administration légale et de la filiation n'est pas un argument infaillible. L'autorité parentale sur la personne de l'enfant, indisponible, est également fondée sur la filiation, ce qui n'empêche pas sa délégation par jugement. L'argument tenant à la filiation peut être renversé, dès lors que le transfert n'est pas purement conventionnel. Ainsi, la cohérence gagnerait à ce que dès lors qu'il exerce l'autorité parentale, le tiers soit investi des prérogatives de l'administrateur légal.

163. En réalité, là n'est pas l'écueil principal ; il est surtout nécessaire de savoir si l'autorité parentale au sens large est transférée, incluant le pouvoir de direction et de contrôle ainsi que le pouvoir général de représentation, ou si au contraire, la division traditionnelle dissociant autorité sur la personne et autorité sur les biens, comprenant le pouvoir de représentation afférent à chaque domaine, prévaut et si le cas échéant, seules les prérogatives extrapatrimoniales sont transférées. Or, l'obstacle principal au transfert du pouvoir de représentation dans toute sa globalité réside bien dans la *summa divisio* et il est difficile d'admettre que l'autorité au sens le plus large soit déléguée. Le clivage entre la protection des biens et la protection de la personne est trop prégnant et chaque domaine obéit à un corps de règles précis, par principe étanche. Ainsi, le juge aux affaires familiales ne peut intervenir directement dans l'administration légale, compétence propre du juge des tutelles. La seule interférence réside dans la modification du mode d'administration légale consécutive à un changement du mode d'exercice de l'autorité parentale. Il dispose certes du pouvoir de demander au tiers de requérir l'ouverture d'une tutelle, voire de lui imposer une telle requête¹⁰¹. Mais en aucun cas, le juge aux affaires familiales ne peut procéder à la désignation de la personne apte à gérer les biens. Or, déléguer l'administration légale à un tiers équivaut à la désignation d'un nouvel administrateur légal et non pas à la modification indirecte des modalités d'exercice de la gestion des biens. Le juge aux affaires familiales ne dispose pas non plus du pouvoir d'ouvrir une tutelle aux biens. Seul le juge des tutelles est compétent soit d'office, soit sur saisine des parents ou alliés, ou du ministère public.

¹⁰¹ Lorsque l'autorité parentale est retirée aux parents et même à un seul, l'enfant peut être confié à un tiers par le juge aux affaires familiales, le tiers ayant l'obligation de requérir l'ouverture d'une tutelle selon l'article 380 du Code civil.

Les modifications apportées aux règles de compétence judiciaire par la loi du 12 mai 2009¹⁰² ayant pour but d'uniformiser la protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux de l'enfant méritent une attention particulière parce qu'elles peuvent remettre en cause une telle conclusion. Désormais le juge aux affaires familiales exerçant les fonctions de juge des tutelles, il connaît de l'administration légale et de la tutelle des mineurs¹⁰³. Le juge aux affaires familiales peut donc, en tant que juge des tutelles, décider de déléguer l'administration légale au tiers. Pourtant, un juge identique a beau être compétent en matière de patrimoine et de personne, il s'agit en quelque sorte d'une simple modification physique et il n'en reste pas moins que les règles relatives à l'administration légale et à l'autorité parentale sur la personne demeurent clairement différentes. Surtout, la délégation de l'exercice de l'autorité parentale figure au sein des dispositions relatives à l'autorité sur la personne de l'enfant. C'est bien la protection de la personne de l'enfant qui est au cœur de la délégation, non celle de ses biens. L'autorité parentale entendue au sens de l'article 377 est limitée à la personne de l'enfant. L'administration légale obéit à un corps de règles différent, celui de la gestion de patrimoine et si l'autorité sur la personne peut être déléguée, en dépit de la dépendance entre exercice de l'autorité parentale et administration légale, cette dernière ne peut être déléguée. Le clivage entre protection de la personne et protection des biens s'oppose à une délégation en matière patrimoniale. La protection du patrimoine connaît certes le mécanisme de gestion par un tiers : la tutelle, mais pas la délégation. Pour que l'administration légale puisse être déléguée, il est nécessaire que le législateur intervienne.

La délégation ne porte donc que sur le pouvoir extrapatrimonial. Que le pouvoir de représentation ne soit pas transféré dans son intégralité n'est en soi pas anormal, la division du pouvoir étant souvent justifiée par l'aptitude des représentants dans un domaine plutôt qu'un autre ; l'institution de la tutelle aux biens¹⁰⁴ en est l'exemple. La vue à court terme du législateur et la limitation du domaine de la délégation posent surtout problème lorsque personne ne dispose du pouvoir patrimonial.

164. Pour préserver la cohérence de la protection de l'enfant en cas de délégation totale, il est tout à fait envisageable que le tiers bénéficie d'une délégation de l'exercice

¹⁰² Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, *JO* du 13 mai 2009, p. 7920. V. *infra* n° 269.

¹⁰³ Nouvel article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire.

¹⁰⁴ V. *supra* n° 149.

de l'autorité sur la personne et exerce la tutelle limitée aux biens sur le fondement de l'article 391 du Code civil. L'ouverture de celle-ci est soumise à certaines conditions et n'est pas automatique. Le juge des tutelles est seul compétent. Si avant la délégation, l'exercice était conjoint et qu'un seul des parents a transféré son pouvoir extrapatrimonial, l'administration légale est passée sous contrôle judiciaire. Dès lors, soit l'on assiste à un *statu quo*, l'administrateur restant conservant seul le pouvoir patrimonial, soit le juge des tutelles transforme l'administration légale sans avoir à justifier de quelque cause que ce soit. Si les deux parents ont transféré leur pouvoir, la tutelle aux biens devrait être ouverte également. Si avant la délégation, l'exercice de l'autorité parentale était unilatéral et l'administration légale sous contrôle judiciaire, la tutelle aux biens sera également ouverte, le tiers exerçant l'autorité sur la personne¹⁰⁵.

Dans ces deux derniers cas de figure, si le tiers délégataire exerce à la fois la tutelle aux biens et l'autorité parentale, il est possible de s'interroger sur l'opportunité d'ouvrir une tutelle complète, dans la mesure où les conditions de son ouverture sont remplies¹⁰⁶. En effet, la soumission à la fois aux règles d'autorité parentale et à celles de la tutelle apparaît peu pratique. La limitation de la tutelle aux biens permet néanmoins de conserver l'esprit initial de la délégation et pour le tiers d'être plus libre dans l'utilisation de ses pouvoirs sur la personne puisqu'il est soumis aux règles classiques d'autorité parentale. Il n'est pas contrôlé par le conseil de famille et indirectement par le juge des tutelles.

165. En définitive, les effets de la délégation-transfert restent encore très imprécis. S'il est certain que le pouvoir de représentation extrapatrimonial est transféré, il n'en est pas de même du pouvoir patrimonial. Certes, le délégant semble le perdre. En revanche, le tiers délégataire ne le reçoit pas par l'effet de cette délégation. *De lege lata*, le seul moyen de transférer le pouvoir de représentation patrimonial au tiers-délégataire et de préserver l'intérêt de l'enfant repose sur l'article 391 du Code civil et sur la tutelle aux biens. *De lege ferenda*, lui conférer l'administration légale lui permettrait de subir un contrôle moindre respectant l'esprit de la délégation. Mais seule une intervention du

¹⁰⁵ Si l'on considère qu'il n'y a pas perte de l'administration légale, l'ouverture de la tutelle limitée aux biens n'est concevable si l'administration légale demeure pure et simple qu'en cas de motif grave, ce qui implique de savoir si ce motif peut résider dans la cause de la délégation.

¹⁰⁶ Si l'exercice de l'autorité parentale était jusque là unilatéral ou si les deux parents ont transféré leur pouvoir, il n'existe plus de titulaire de l'exercice de l'autorité parentale, en dehors du tiers.

législateur peut aller outre le clivage existant entre protection des biens et protection de la personne.

3) Les effets de la délégation-transfert partielle sur le pouvoir de représentation

166. Plus complexe encore, se pose la question de l'étendue de la délégation lorsqu'elle n'est que partielle. En effet, il semble suffire qu'un droit de visite et d'hébergement soit conservé par le délégant pour que la délégation soit qualifiée de partielle, lui conférant alors un large champ d'intervention. Pourtant, pour ajouter à la confusion, parfois même si les attributs délégués ne sont pas précisés dans la décision de justice, la délégation peut malgré tout être limitée. Tout concourt donc à faire de la délégation partielle une délégation d'étendue assez vaste et indéterminée. L'imprécision peut s'expliquer par la volonté de ne pas restreindre excessivement le pouvoir du délégataire. La détermination des prérogatives transférées dépend en tout état de cause du contenu fixé par la décision de justice. Lorsque le jugement précise les attributs délégués, le problème est moindre. Mais cela ne correspond pas à la majorité des cas. La clarté impose en tout cas de distinguer les conséquences sur le pouvoir extrapatrimonial (a) des conséquences patrimoniales (b).

a. Les conséquences du transfert sur le pouvoir extrapatrimonial

167. Lorsque la délégation est limitée à la santé et la scolarité de l'enfant, le délégataire possède ainsi le pouvoir d'accomplir tous les actes qui y sont relatifs, impliquant un pouvoir d'autorité - faire suivre l'enfant médicalement, lui faire prendre un traitement, choisir l'établissement scolaire, l'orientation de l'enfant - mais il n'est pas exclu qu'il doive représenter l'enfant - lors de la conclusion du contrat médical par exemple. Ainsi, même partielle, la délégation peut emporter délégation du pouvoir de représentation extrapatrimonial car le pouvoir de direction ne peut être transféré sans son accessoire, le pouvoir de représentation.

Il est possible de s'interroger sur les effets d'une délégation partielle cantonnée aux actes usuels, réputés de faible gravité, tandis que le délégant conserve le pouvoir d'accomplir les actes non usuels. L'accomplissement d'un acte au nom et pour le compte du mineur n'est-il pas un acte non usuel, dans la mesure où il engage l'enfant en mettant à sa charge des obligations ? Le critère déterminant le caractère usuel n'est pas

le caractère quotidien de l'acte, mais son impact sur l'avenir de l'enfant¹⁰⁷. Par conséquent, tout acte de représentation n'est pas un acte non usuel et grave même s'il crée des obligations à la charge du mineur, dans la mesure où il n'obère pas son avenir. Ainsi, même si la délégation partielle devait être limitée à l'accomplissement d'actes usuels, le pouvoir de représentation n'en serait pas nécessairement exclu. Il en a longtemps été ainsi de la demande de passeport au nom de l'enfant¹⁰⁸.

168. En revanche, lorsque la délégation est partielle sans pour autant que le jugement précise les attributs délégués, il est très difficile d'en évaluer l'étendue. Vraisemblablement, la délégation ne porte pas sur les prérogatives extraordinaires, droit de consentir à l'adoption, au mariage ou à l'émancipation, mais s'étend à toutes les autres prérogatives. Le raisonnement est alors identique à celui effectué pour la délégation totale. Ainsi, c'est une fois encore le pouvoir de direction et de contrôle et le pouvoir de représentation afférent qui sont transférés, le délégataire pouvant être amené à conclure un contrat relatif aux droits extrapatrimoniaux au nom du mineur. La délégation, bien que partielle, entraîne-t-elle perte de l'administration légale au détriment du délégant ?

b. Les conséquences du transfert sur le pouvoir patrimonial

169. Dans la mesure où la délégation est suffisamment déterminée et limitée, il est possible d'affirmer que l'administration légale est conservée par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Dès lors, il n'y a pas lieu à transformation en administration légale sous contrôle judiciaire ou à l'ouverture d'une tutelle aux biens et il ne s'avère pas nécessaire d'envisager le transfert au tiers, puisque les parents sont encore aptes à s'occuper de leur enfant.

Cependant, lorsque la délégation est partielle, les parents conservant seulement un droit de visite et d'hébergement, les prérogatives du délégataire sont étendues et la résidence de l'enfant lui est transférée. Un raisonnement identique à celui émis en cas de délégation totale peut être avancé. Rien ne permet d'affirmer que l'administration

¹⁰⁷ A. Gouttenoire, H. Fulchiron, « Autorité parentale », art. préc., n° 136.

¹⁰⁸ CE 8 février 1999, *D.* 2000. somm. 161, obs. F. Vauvillé ; *Dr. famille* 1999, comm. 40, obs. P. Murat ; *Rép. Def.* 1999. 944, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1999. 360, obs. J. Hauser ; CE, réf. 4 décembre 2002, *Rép. Def.* 2003. 620, obs. J. Massip ; *Dr. famille* 2003, comm. 12, obs. P. Murat. La réforme relative à l'autorité parentale envisage de faire de tout acte relatif à l'identité de l'enfant un acte intermédiaire, entre acte usuel et non usuel, non en raison de la gravité de l'acte mais des risques d'enlèvements d'enfant.

légale puisse être conservée. Le parent qui ne réside plus avec son enfant et ne dispose plus à son égard des droits et devoirs de surveillance et d'éducation est-il en mesure d'en gérer le patrimoine ? Dans la même logique que la délégation totale, la perte de l'exercice de l'autorité parentale entraînant la perte de l'administration légale, le délégant ne dispose plus de l'administration légale, celle-ci étant placée sous contrôle judiciaire lorsque l'autre parent conserve ses pouvoirs. En revanche, s'agissant d'un éventuel transfert au délégataire, la réponse est une fois encore moins certaine. S'il doit être envisagé de conférer l'administration légale au délégataire ce qui implique de dissocier l'institution de la notion de filiation et de parenté et surtout une intervention du législateur, il est nécessaire *de lege lata*, en l'absence d'autre administrateur légal et afin de préserver l'intérêt de l'enfant, d'ouvrir une tutelle aux biens.

170. Par conséquent, la délégation-transfert de l'exercice de l'autorité parentale qu'elle soit totale ou partielle, aboutit à une division du pouvoir de représentation, scindé entre pouvoir relatif à la personne et pouvoir relatif aux biens. Le délégataire dispose du pouvoir relatif à la personne de l'enfant et du pouvoir de représentation extrapatrimonial, mais pas de l'administration légale. Considérer que la délégation n'emporte pas transfert de l'administration légale n'est pas un problème dans la mesure où l'institution n'est pas le seul siège du pouvoir de représentation. Le mineur n'est pas dépourvu de vie juridique, en tout cas extrapatrimoniale¹⁰⁹. En l'absence d'autre administrateur légal ou si celui-ci n'est pas apte à gérer correctement le patrimoine de l'enfant, il est pourtant nécessaire d'ouvrir une tutelle limitée aux biens de l'enfant.

171. La division du pouvoir de représentation peut donc apparaître au niveau des titulaires : en cas d'exercice de l'autorité parentale par le ou les parent(s) et de tutelle aux biens exercée par un tiers, en cas de tiers exerçant l'autorité sur la personne et de parent demeurant administrateur légal. Mais en cas de tutelle aux biens consécutive à une délégation-transfert, le démembrement du pouvoir apparaît alors non dans la personne en disposant mais dans le régime auquel il est soumis : le pouvoir de représentation que détient le tiers est à la fois régi par les règles d'autorité parentale sur

¹⁰⁹ M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 433. L'auteur a considéré que la délégation posait problème en raison de l'absence de représentation juridique de l'enfant qu'elle induisait. Or, la délégation n'est problématique que si la représentation est uniquement rattachée à l'administration légale. Celle-ci n'étant pas transférée simultanément à l'autorité parentale, le mineur ne dispose effectivement pas de représentation juridique. Cependant, si au contraire le pouvoir est transversal, la représentation est déléguée sur le plan extrapatrimonial et le mineur n'est pas démuné juridiquement. Sur le plan patrimonial, soit il y existe un *statu quo*, soit le tiers exerce une tutelle aux biens, le mineur n'étant jamais dépourvu de représentant.

la personne et par les règles de la tutelle pour ses biens. La protection de l'enfant est alors pour le moins complexe.

C. Le partage de l'exercice de l'autorité parentale

172. Selon l'article 377-1 du Code civil, pour les besoins de l'éducation de l'enfant, une délégation et un partage des prérogatives, ou d'une partie, entre les titulaires de l'autorité parentale, ou l'un d'eux, et le tiers peuvent être envisagés. Dans ce cas, l'accord du ou des parent(s) est requis. Une telle délégation aboutit à un partage de l'exercice de l'autorité parentale qui permet au tiers de prendre en charge la vie quotidienne de l'enfant. Elle ne correspond pas tant à un soutien des parents qu'à une organisation du quotidien de l'enfant.

Le partage de l'exercice de l'autorité parentale est particulièrement intéressant dans le cadre des familles recomposées. Elle est en effet un outil juridique permettant de créer un lien de droit entre un enfant et son beau-parent entre lesquels n'existe aucun lien de filiation et par conséquent aucun lien juridique. Tel était l'objectif affiché de la réforme du 4 mars 2002¹¹⁰. Le beau-parent qui participe à l'éducation et au quotidien de l'enfant et avec qui il crée parfois de véritables relations d'affection ne dispose que d'un lien de fait¹¹¹. La délégation de l'exercice de l'autorité parentale permet de transformer ce lien de fait en lien de droit sans avoir à passer par la modification de la filiation¹¹² et par l'adoption, seule voie envisageable. S'inscrivant dans le cadre de la distinction entre parentalité et parenté, cette dernière notion étant liée à la filiation et à l'entrée dans une famille¹¹³, la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale consacre la parentalité, en donnant un cadre juridique à la personne qui auprès de l'enfant possède

¹¹⁰ Rapport de L. Béteille au nom de la Commission des lois du Sénat, séance du 21 novembre 2001, préc. Reprenant les travaux de la Commission Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, op. cit., le rapport considère que la délégation est désormais détachée de l'idée d'abandon de l'enfant et vise une organisation souple de la prise en charge de l'enfant par le tiers, tel que grand-parent ou beau-parent. V. également, I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, op. cit., p. 215.

¹¹¹ M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, préf. H. Fulchiron, Defrénois, 2003 ; M.-C. Rivier, « L'introuvable statut du beau-parent », in *L'autorité parentale en question*, op. cit., p. 177 ; M. Bruggeman, « Les familles recomposées : le(s) tiers et l'enfant », *AJ fam.* 2007. 294.

¹¹² C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français, étude critique*, op. cit., n° 70. Attachée à la biparenté, à son caractère exclusif et sexué, l'auteur défend la pluriparentalité permettant de ne pas porter atteinte aux principes de la parenté. Dans le même sens, M.-L. Delfosse-Cicile, op. cit., n° 349 et 366. L'auteur entend limiter par ailleurs les cas de dissociation de la fonction parentale et de la parenté aux cas où les parents sont incapables d'assumer leur mission (n° 483 et 670).

¹¹³ H. Fulchiron, « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.* 2006. 876 ; v. également, P. Murat, obs. sous Civ. 1^{ère} 24 février 2006, préc.

un rôle éducatif et affectif¹¹⁴. La délégation-partage marque clairement la dissociation entre filiation et autorité parentale.

Si elle a été ouvertement introduite par le législateur pour conférer un statut au beau-parent au sein des familles recomposées, elle est également invoquée par les couples de concubins homosexuels. Issu d'un seul des membres du couple¹¹⁵, l'enfant n'est rattaché juridiquement qu'à celui-ci. Pour qu'une véritable famille homoparentale existe, il est nécessaire de créer un second lien de filiation, ce qui ne peut résulter que de l'adoption simple de l'enfant du concubin dans la mesure où elle crée un lien de filiation à l'égard du concubin adoptant sans pour autant faire disparaître les liens de droit avec le parent. Or, celle-ci est refusée par la jurisprudence au motif qu'elle ferait perdre au parent les droits et devoirs d'autorité parentale qui lui appartiennent, alors même qu'il ne se désintéresse pas de son enfant. En effet, l'article 365 du Code civil prévoyant que le parent de l'adopté conserve l'exercice de l'autorité parentale en cas d'adoption simple de l'enfant par son conjoint ne s'applique qu'aux couples mariés. La délégation consécutive par l'adoptant de l'exercice de l'autorité parentale qui permettrait de pallier cette perte des droits est également rejetée car elle est considérée comme « antinomique et contradictoire » avec l'adoption qui a pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant¹¹⁶. La tentative de faire déclarer l'article 365 du Code civil non-conforme à la Constitution a échoué¹¹⁷ et le partage de l'autorité parentale en cas d'adoption simple

¹¹⁴ Pour autant les débats autour du statut du tiers ne sont pas éteints, en témoignent les nombreux travaux à ce sujet, postérieurs à la loi du 4 mars 2002 qui n'a pas offert le statut escompté. Ainsi en est-il de l'avant projet de réforme de l'autorité parentale et des droits des tiers ayant abouti au rapport Leonetti, mais également d'autres études : v. *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités : pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, Rapport annuel 2006 du Défenseur des enfants, D. Versini, La Documentation française, 2006 ; *Les familles monoparentales et les familles recomposées*, Rapport d'activité fait pour l'année 2005-2006 au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances du Sénat, n° 388, La Documentation française, 2006 ; *Les nouvelles formes de parentalité et le droit*, Rapport d'information au nom de la Commission des Lois du Sénat, par J.-J. Hyst, JO Sénat Impressions, n° 392 ; *Le statut du beau-parent, étude de législation comparée*, réalisée par le Sénat, n° 196, 30 avril 2009, disponible sur le site Internet du Sénat.

¹¹⁵ L'enfant est né soit d'une insémination artificielle, soit d'une fécondation *in vitro*, soit d'une union précédente. Il peut également avoir fait l'objet d'une adoption par un des membres du couple en tant que célibataire.

¹¹⁶ Civ. 1^{ère} 20 février 2007, pourvois n° 06-15647, *Bull. civ. I.*, n° 71 et n° 04-15676, *Bull. civ. I.* n° 70 ; *R.* p. 330 ; *D.* 2007. 1047, note D. Vigneau ; *JCP* 2007, II, 10068, note Cl. Neirinck ; *Rép. Def.* 2007. 791, obs. J. Massip ; *AJ fam.* 2007. 182, obs. F. Chénéde ; *Dr. famille* 2007, comm. 80, obs. P. Murat ; *RJPF*-2007-5/32, note C. Mécaray ; *RTD Civ.* 2007. 325, obs. J. Hauser. V. également, Civ. 1^{ère} 19 décembre 2007, *Bull. civ. I.*, n° 392 ; *RJPF*-2008-3/28, note Th. Garé.

¹¹⁷ Déc. Cons. Const. n° 2010-39, QPC, 6 octobre 2010 (sur renvoi de Ass. Plén. QPC 8 juillet 2010, pourvoi n° 10-10385), *D.* 2011. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2010. 2293, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2744, obs. F. Chénéde ; *RTD Civ.* 2010. 766, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 2010, repère 10, obs. V.

demeure limité à l'adoption de l'enfant du conjoint entendu comme personne mariée confirmant ainsi la jurisprudence antérieure¹¹⁸.

Désormais la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale apparaît donc comme l'unique outil juridique – provisoire puisqu'elle disparaît à la majorité de l'enfant et de portée limitée puisqu'elle ne confère aucun droit de succession – à disposition des familles homoparentales¹¹⁹ lorsqu'elle est demandée indépendamment d'une requête en adoption simple de l'enfant du concubin homosexuel. Si elle permet de trouver un juste milieu entre « le trop peu de droit de la situation de fait du tiers et le trop de droit donné par l'assimilation au parent »¹²⁰, la délégation au sein des familles homoparentales n'est pas à l'abri des critiques, dans la mesure où elle permet de consacrer juridiquement les conséquences d'une situation illicite¹²¹. La procréation médicalement assistée n'étant ouverte en France qu'aux couples hétérosexuels¹²², les couples homosexuels ont souvent recours à des inséminations artificielles et fécondations *in vitro* à l'étranger. Elle est néanmoins fréquemment admise par les juges du fond qui ont même accepté la délégation « croisée », chaque concubin disposant de

Larribau-Terneyre ; *Petites affiches* 1^{er} décembre 2010, n° 239 p. 6, obs. A. Bateur. V. également, M. Douris, « Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français de la famille devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches* 17 janvier 2011, n° 11, p. 4.

L'article 365 du Code civil, après avoir fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité va faire l'objet d'un contrôle de conventionalité puisque la CEDH a jugé recevable la requête formée par un couple de femmes pacsées dont la demande d'adoption simple avait été rejetée, alors même qu'elles n'avaient pas épuisé toutes les voies de recours internes, au motif que la question soulevait des sérieuses questions de fait et de droit : CEDH 31 août 2010 n° 25951/07, *Gas c/ France*, *AJ fam.* 2010. 433, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD Civ.* 2011. 114, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 2011, étude 10, n° 11, obs. A. Gouttenoire ; *Petites affiches* 30 mai 2011, n°106, p. 5, obs. C. Pomart-Nomdédéo.

¹¹⁸ Civ. 1^{ère} 9 mars 2011, n° 10-10385, *Dr. famille* 2011, comm. 74, obs. Cl. Neirinck ; *D.* 2011. 876, obs. C. Siffrein-Blanc ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2011. 205, obs. F. Chénédy ; *JCP G* 2011, 615, note F. Boulanger.

V. également, Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, pourvoi n° 08-21740, *Bull. civ.* I, n° 162 ; *D.* 2010. 1787, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2010. 387, obs. A. Mirkovic ; *RDSS* 2010. 1128, obs. Cl. Neirinck ; *Rép. Def.* 2011. 388, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 2 septembre 2010, p. 16, note G. Pitti. La Cour de cassation considère que le refus *d'exequatur* ne peut être fondé que sur une contrariété à l'ordre public international français, ce qui implique que la décision étrangère heurte les principes essentiels du droit français ; il n'en est pas ainsi de la décision ayant permis le partage de l'autorité parentale entre l'adoptante et la mère biologique.

¹¹⁹ TGI Briey 21 octobre 2010, *D.* 2010. 2649, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2011.1060, obs. B. Bonnet ; *RTD Civ.* 2011. 118, obs. J. Hauser ; *Petites affiches* 31 mai 2011, n°107, p. 6, obs. F. Dekeuwer-Défossez. La décision a reconnu un droit de visite et d'hébergement à l'ex-compagne de la mère sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil. Plus qu'une consécration jurisprudentielle de l'homoparentalité, il faut y voir selon Mme Dekeuwer-Défossez, une réponse « pratique et équitable » centrée sur l'intérêt de l'enfant. V. également dans le même sens, TGI Paris 28 avril 2011, RG n° 09/43158 ; *RJPF*-2011-7-8/29, obs. F. Eudier.

¹²⁰ P. Murat sous Civ. 1^{ère} 24 février 2006, préc.

¹²¹ Notes sous Civ. 1^{ère} 24 février 2006, préc.

¹²² Article L. 2141-2 alinéa 3 du Code de la santé publique.

l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant de l'autre par l'intermédiaire de la délégation-partage¹²³. Cependant, la Cour de cassation tempère le mouvement¹²⁴ et se montre plus stricte dans l'appréciation des conditions permettant à un parent de partager l'exercice de l'autorité parentale avec un tiers (1). En dépit de fondements sur le droit commun de la délégation, la délégation-partage connaît un régime propre puisque ses effets marquent leur singularité (2).

1) Les conditions du partage

173. Si une partie de la doctrine¹²⁵ souhaite faire de la délégation-partage une délégation autonome de l'article 377 du Code civil, la Cour de cassation rappelle qu'elle est soumise aux conditions de droit commun de la délégation (a). A ces conditions s'ajoute une condition supplémentaire : la justification du partage par les besoins d'éducation de l'enfant (b).

a. Les conditions de droit commun

174. Selon la Cour de cassation¹²⁶, « si l'article 377 alinéa 1^{er} du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. »¹²⁷ En 2006, des événements hypothétiques telle que l'éventuelle impossibilité pour la mère de l'enfant, amenée à faire de longs trajets quotidiens, d'exprimer sa volonté, ont pu suffire pour caractériser ces circonstances sans avoir à

¹²³ TGI Lille 11 décembre 2007, Juris-Data n° 06-05918 ; *AJ fam.* 2008. 119, obs. F. Chénéde. Jugement cependant infirmé par Douai 11 décembre 2008, *Petites affiches* 2 juin 2009, n° 109, p. 13, obs. E. Kerckhove ; *ibid.* 3 juin 2009, n° 110, p. 7, obs. C. Pomart-Nomdédéo. Cet arrêt est confirmé par Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-12623, v. note suivante.

¹²⁴ Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-12623, *Bull. civ.* I, n° 158 ; *D.* 2011. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010. 394, obs. F. Chénéde ; *RTD Civ.* 2010. 547, obs. J. Hauser ; *RDSS* 2010. 1128, obs. Cl. Neirinck ; *Rép. Def.* 2010. 2028, obs. J. Massip ; *JCP G* 2010, I, 1180, obs. A. Gouttenoire ; *RJPF*-2010-11/29, obs. F. Eudier.

¹²⁵ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 518.

¹²⁶ Civ. 1^{ère} 24 février 2006, préc. ; Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, préc.

¹²⁷ Les juges du fond ont cependant admis que l'union stable et continue n'est pas une condition de la délégation puisque la séparation du couple n'a pas fait pas obstacle à la délégation de l'exercice de l'autorité parentale. V. TGI Lille 18 décembre 2007, *Dr. famille* 2008, comm. 58, obs. P. Murat.

Par ailleurs, après la séparation du couple qui partageait l'autorité parentale par le recours à la délégation, les juges ont homologué la résidence alternée de l'enfant et la contribution à son éducation et à son entretien : TGI Annecy 1^{er} juillet 2010, *AJ fam.* 2010. 435, obs. V. Avena-Robardet.

justifier d'événements avérés¹²⁸. Mais en 2010, les juges considèrent que les parties ne rapportent pas la preuve de circonstances particulières imposant une délégation d'autorité parentale, dès lors d'une part que les déplacements ne sont qu'exceptionnels et que le risque d'accidents n'est qu'hypothétique et semblable à celui qu'encourt tout parent exerçant seul l'autorité parentale et qu'elles n'ont, d'autre part, pas rencontré de difficultés particulières dans l'éducation des enfants en raison de leur situation. Au contraire, les enfants étant épanouis, elles ne démontrent pas en quoi la délégation serait nécessaire à l'intérêt supérieur des enfants. La Cour de cassation durcit ainsi les conditions du partage de l'exercice de l'autorité parentale, ne se contentant pas de circonstances éventuelles.

Les circonstances particulières justifiant la délégation-partage résident certainement dans les cas de maladie grave¹²⁹, d'hospitalisations prolongées¹³⁰, d'éloignement professionnel¹³¹. Les juges s'assurent par ailleurs de la conformité de la délégation à l'intérêt de l'enfant, apprécié *in concreto*, par le biais d'enquêtes sociales, en s'assurant d'une part de la réalité des liens entre l'enfant et le tiers et d'autre part de l'épanouissement de l'enfant. Cependant, une telle conclusion semble aller dans le sens d'un refus de partage de l'autorité parentale. Il paraît requis que l'intérêt supérieur de l'enfant justifiant la mesure réside dans la satisfaction d'un besoin d'épanouissement de celui-ci, ce qui revient à dire que la délégation est conditionnée aux besoins d'éducation de l'enfant.

b. La satisfaction des besoins d'éducation de l'enfant

175. S'est posée la question de savoir si la satisfaction des besoins d'éducation de l'enfant était une condition supplémentaire propre au partage de l'autorité parentale. La notion a été introduite afin de ne pas laisser l'autorité parentale à la merci de parents peu impliqués dans leur fonction. Pour autant s'agissait-il de l'ériger en condition ou simplement de déterminer le domaine du partage de l'autorité parentale et par

¹²⁸ Civ. 1^{ère} 24 février 2006, préc. Les juges du fond se sont même contentés d'une vie familiale stable et du rôle de « parent de fait » assumé par le délégataire pour considérer que les circonstances justifiant le partage de l'exercice de l'autorité parentale étaient remplies. V. TGI Metz 23 avril 2010, *RJPF*-2011-5/36, obs. F. Eudier ; TGI Paris 28 mars 2008, *AJ fam.* 2008. 249, obs. F. Chénéde ; TGI Grenoble 28 janvier 2008, *AJ fam.* 2008. 476, obs. F. Chénéde ; TGI Paris 18 septembre 2009, *AJ fam.* 2009. 490, obs. F. Chénéde.

¹²⁹ TGI Nice, 8 juillet 2003, *AJ fam.* 2004. 453, obs. F. Chénéde.

¹³⁰ Lyon 24 janvier 2006, *Juris-Data* n° 2006-297381.

¹³¹ Paris 5 mai 2006, *AJ fam.* 2006. 333, obs. F. Chénéde.

conséquent des pouvoirs du délégataire ? Considérée comme une condition, elle s'ajoute aux conditions de la délégation classique, encore que l'on puisse s'interroger sur une autonomie de la délégation-partage qui ne répondrait qu'à la condition particulière de satisfaire les besoins de l'enfant¹³², tandis qu'admettre qu'il s'agit d'une limitation du domaine revient à créer une nouvelle classification des actes d'autorité parentale limités à l'éducation de l'enfant, ce qui s'avère inutilement complexe¹³³.

Si la rédaction de l'article 377-1 alinéa 2¹³⁴ laisse penser qu'il s'agit de limiter le partage au domaine de l'éducation sans en faire une condition, les travaux préparatoires sont ambigus. En effet, il y est précisé que « [ce] partage ne sera possible que pour les besoins d'éducation de l'enfant afin d'éviter un démembrement de l'autorité parentale selon la convenance des parents »¹³⁵. Estimant inutile la référence à la notion, l'avant-projet présenté en mars 2009 par la secrétaire d'État à la Famille, supprime la mention relative aux besoins d'éducation de l'enfant. Face aux contestations d'une partie de la doctrine et de certaines associations familiales¹³⁶, le rapport rendu par le député Leonetti a cependant jugé bon de laisser subsister la mention afin d'éviter une banalisation de l'autorité parentale et un désengagement des parents. Le rapport fait clairement de la notion une condition de mise en œuvre de la délégation-partage¹³⁷.

La Cour de cassation en refusant le partage au motif que les requérantes ne démontraient pas en quoi la délégation permettrait aux enfants d'avoir de meilleures conditions de vie ou une meilleure protection¹³⁸ exige ainsi que la délégation réponde aux besoins d'éducation de l'enfant. Ces derniers apparaissent donc comme une condition de la délégation-partage afin d'éviter que l'autorité parentale ne fonctionne à la discrétion des parents.

¹³² TGI Paris 2 juillet 2004, *Dr. famille* 2005, comm. 4, obs. P. Murat ; *AJ fam.* 2004. 361, obs. F. Chénéde. La décision délègue et partage l'autorité parentale à la concubine homosexuelle, après une adoption simple, et limite le partage aux besoins de l'éducation de l'enfant. La notion paraît ici comprise comme le domaine du partage.

¹³³ P. Murat, note préc.

¹³⁴ Article 377-1 alinéa 2 : « Le jugement peut prévoir, pour les besoins de l'éducation, (...) »

¹³⁵ Rapport de M. Dolez, au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 1^{ère} lecture, *JOAN*, n° 3117, p. 39.

¹³⁶ A. Mirkovic, « Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *Dr. famille* 2009, étude 28. Cependant, approuvant cette suppression : P. Murat, *Dr. famille* 2009, repère 4.

¹³⁷ *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, op. cit., p. 72. Considérant également que la satisfaction des besoins d'éducation est une condition du partage : A. Gouttenoire et P. Murat, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. famille* 2003, étude 1 ; D. Vigneau, art. préc. ; F. Chénéde, art. préc. ; A. Mirkovic, art. préc. Considérant en revanche qu'il s'agit de limiter le domaine, L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2004, n° 587.

¹³⁸ Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, préc.

2) Les effets de la délégation-partage

176. Le ou les parent(s) conservant l'exercice de l'autorité parentale, le tiers délégataire est amené à agir concurremment à ces derniers. A ce titre, la présomption de pouvoir quant aux actes usuels s'applique de la même manière qu'entre les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Une telle règle a pour objectif de faciliter la gestion de la vie de l'enfant et l'organisation des relations entre les personnes exerçant l'autorité parentale, mais il est possible que l'inverse se produise, notamment en cas d'exercice triangulaire de l'autorité parentale. Il importe de déterminer les actes que le tiers est en mesure d'effectuer et de préciser l'étendue de ses pouvoirs. Les actes de la vie quotidienne, tels qu'aller chercher l'enfant à l'école, autoriser les sorties scolaires, signer les carnets de note sont indiscutablement au cœur du partage du pouvoir. Qu'il s'agisse de délégation totale ou partielle, toujours aussi difficiles à distinguer, son domaine d'intervention est vaste (a) et les effets sur la représentation légale du mineur doivent être envisagés indépendamment (b).

a. L'appréhension large du domaine du partage de l'exercice de l'autorité parentale

177. La plupart des décisions admettent un partage partiel. Si certaines optent pour une délégation partielle véritablement limitée à certains types d'actes, la majorité demeure beaucoup plus floue¹³⁹. Comme en matière de transfert, il est très difficile de distinguer le caractère total ou partiel du partage dans la mesure où la jurisprudence admet le plus souvent des partages partiels de l'autorité parentale tout en ayant une conception large des prérogatives partagées. Il est rare que les juges du fond mentionnent les attributs délégués et partagés en cas de délégation-partage partielle et la Cour de cassation a ajouté au trouble. A l'argument invoquant le caractère total de la délégation en l'absence de détails sur son étendue¹⁴⁰, elle répond que « le prononcé d'une délégation partielle (...) sans précision des droits délégués n'équivaut pas au prononcé d'une délégation totale »¹⁴¹, sans plus d'explication. A l'image de la délégation-transfert, la différence entre partage total et partage partiel réside vraisemblablement dans

¹³⁹ Nombre de décisions de justice accordent ainsi un partage partiel de l'autorité parentale sans pour autant en déterminer les limites : Nîmes 15 juin 2005, Juris-Data n° 2005-282297 ; TGI Lille 18 décembre 2007, préc.; TGI Lille 11 décembre 2007, préc.; Civ. 1^{ère} 24 février 2006, préc.; Civ. 1^{ère} 16 avril 2008, préc.

¹⁴⁰ Conformément à ce qui est traditionnellement admis par la doctrine : Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 765.

¹⁴¹ Civ. 1^{ère} 24 février 2006, préc.

l'attribution des prérogatives extraordinaires - droit de consentir au mariage et à l'émancipation - au tiers dans le premier cas, non dans le second. A défaut de détermination précise dans le jugement de délégation partielle, les prérogatives partagées sont aussi nombreuses qu'en cas de partage total, à l'exception des prérogatives extraordinaires. Pour autant, les actes que le tiers est amené à accomplir ne sont-ils pas limités par l'article 377-1 du Code civil à l'éducation de l'enfant ?

178. De prime abord, il est concevable que le partage soit limité à des actes de pure éducation de l'enfant, à la fois condition et finalité de la délégation. Une telle restriction peut se comprendre dans le cas du beau-parent et des familles recomposées. Amené le plus fréquemment à partager ce pouvoir avec les deux parents, dont celui auquel il s'est substitué dans le couple conjugal, le beau-parent peut se trouver en situation de rivalité et surtout son rôle est moins important que lorsque l'enfant n'a qu'un seul parent. Dès lors que les deux parents exercent en commun l'autorité parentale, l'objet de la délégation au beau-parent n'est pas de remplacer un parent et d'exercer l'autorité parentale dans toute sa plénitude mais de lui accorder une place dans la vie quotidienne de l'enfant¹⁴².

Pour ne pas rendre la situation trop complexe et ne pas empiéter sur les droits de l'autre parent, il semble préférable que le partage soit limité au pouvoir de direction et de contrôle, et c'est là l'objectif de la loi, satisfaire les besoins d'éducation de l'enfant. Le délégataire voit son pouvoir limité à un pouvoir de fait consistant dans l'accompagnement à l'école, l'aide aux devoirs, la signature des carnets de liaison¹⁴³ et ne possède assurément alors pas de pouvoir de représentation.

Pourtant, l'analyse d'une délégation portant uniquement sur l'éducation de l'enfant n'est pas tenable. D'une part, la satisfaction des besoins d'éducation est une condition du partage, non pas le critère déterminant le domaine, d'autre part qu'elle soit totale ou partielle, la délégation-partage a pour objectif de permettre au tiers de prendre en charge la vie quotidienne de l'enfant. De surcroît, le partage a davantage lieu au sein de couples homosexuels qu'hétérosexuels ; le souhait de ces couples étant alors de partager tout ce

¹⁴² Tout le problème est de ne pas remettre en cause la coparentalité, le maintien de l'exercice en commun de l'autorité par les parents séparés, le paradoxe consistant dans la volonté affichée d'un côté de conserver les droits du parent qui ne vit pas avec l'enfant tout en octroyant de l'autre côté des droits à celui qui ne détient pas de lien de filiation avec l'enfant.

¹⁴³ TGI Paris 2 juillet 2004, préc. La décision admet la délégation et le partage de l'exercice de l'autorité parentale, à la suite d'une adoption simple, mais le partage est limité aux besoins d'éducation.

qui fait la vie de l'enfant qu'ils élèvent en commun et pas seulement sa scolarité, les demandes sont davantage fondées sur un pouvoir large. Leur requête porte donc sur un champ allant au-delà de l'éducation et les décisions de justice y accèdent¹⁴⁴. Il est par ailleurs tout à fait envisageable que la délégation partielle porte sur les actes relatifs à la santé, le beau-parent s'occupant ainsi de tous les actes médicaux concernant l'enfant. Par exemple, la belle-mère peut être préférée au père dans ce domaine. Ainsi, si l'objectif de ce partage de l'exercice de l'autorité parentale est bien d'améliorer la prise en charge au quotidien de l'enfant, aucune raison ne justifie d'en restreindre le domaine à l'éducation, même en cas de délégation partielle. Le rapport Leonetti considère à ce propos que la notion des « besoins d'éducation » est vaste et comprend les actes relatifs à la surveillance comme la préparation et /ou le contrôle des déplacements de l'enfant, les soins, l'hygiène et la surveillance du comportement¹⁴⁵. Le partage porte donc sur la surveillance de l'enfant, sur sa santé, sur le contrôle de son comportement.

Ainsi, de manière plus large - imprécise ? - une délégation-partage partielle a été admise et limitée à l'accomplissement d'actes usuels afférents à la vie de l'enfant¹⁴⁶. Cette décision démontre ainsi que le partage des prérogatives peut dépasser l'éducation au sens strict et porter sur tout le quotidien de l'enfant. La limitation aux actes usuels peut expliquer alors le caractère partiel de la délégation-partage. Dans une autre affaire, la cour d'appel de Lyon¹⁴⁷ a admis que le partage de l'exercice de l'autorité parentale portait sur les actes de la vie courante, les formalités administratives mais également la gestion du patrimoine de l'enfant.

Même en cas de délégation-partage partielle, les magistrats en ont donc une conception large, allant au-delà de l'éducation pure et simple de l'enfant, et même jusqu'à la gestion du patrimoine. Sans aborder déjà la question du pouvoir patrimonial¹⁴⁸, il apparaît que la délégation porte ici sur l'intégralité des prérogatives d'autorité parentale, incluant tous les actes relatifs à la personne de l'enfant. Ayant pour objectif de faciliter la prise en charge au quotidien de l'enfant par ceux vivant avec lui et l'élevant, tels que le beau-parent, la délégation-partage porte sur la gestion de la vie courante de l'enfant. Il est possible de s'interroger sur une éventuelle limitation du

¹⁴⁴ TGI Lille 11 décembre 2007, préc. ; TGI Lille 18 décembre 2007, préc.

¹⁴⁵ *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, op. cit., p. 68.

¹⁴⁶ Lyon 24 janvier 2006, préc.

¹⁴⁷ Lyon 16 novembre 2004, Juris-Data n° 2004-267411.

¹⁴⁸ V. *infra* n° 181.

partage aux actes de faible gravité. En effet, la gestion de la vie quotidienne, objectif assigné par le législateur à la délégation de l'article 377-1, implique par elle-même la réalisation d'actes banals. Ainsi, la cour d'appel de Lyon semble ne pas prendre en compte les actes ayant des conséquences importantes, dans la mesure où dans une décision, elle vise les actes de la vie courante et les formalités administratives¹⁴⁹ et dans une autre, les actes usuels¹⁵⁰. Le partage n'est néanmoins pas restreint expressément aux actes de faible gravité. En effet, l'article 377-1 ne limite pas la délégation aux actes usuels. S'il vise cette catégorie, c'est pour énoncer la présomption d'accord qui s'y rattache, sans que les actes non usuels soient pour autant exclus.

Qu'il s'agisse de délégation partielle ou totale, le partage n'est donc pas limité à l'éducation au sens strict, au risque de perdre de son intérêt, mais porte sur tous les actes relatifs à la personne de l'enfant. Il est possible en revanche qu'elle ne porte que sur certains actes, ce que doivent nécessairement préciser les juges du fond.

b. Les effets du partage sur le pouvoir de représentation du mineur

179. Il apparaît une fois de plus que le pouvoir de représentation se divise, le pouvoir patrimonial (β) ne suivant pas le sort du pouvoir extrapatrimonial (α).

α) Le partage du pouvoir extrapatrimonial

180. La prise en charge de la vie courante de l'enfant implique que le pouvoir de direction soit davantage utilisé par le tiers ; son accessoire, le pouvoir de représenter l'enfant, le sera pourtant également dans la mesure où il participe de la protection de la personne de l'enfant et de la gestion de sa vie quotidienne. La délégation-partage de l'autorité parentale permet donc, dans la mesure du jugement, partage du pouvoir de représentation extrapatrimonial. A défaut de précision du jugement, le partage porte sur toutes les prérogatives d'autorité parentale sur la personne de l'enfant et le délégataire possède l'intégralité du pouvoir de représentation extrapatrimonial.

Conséquence de ce partage, le pouvoir de représentation est le plus souvent exercé de manière triangulaire, exception au caractère bicéphale. A défaut d'exercice initial conjoint, il y a coreprésentation entre le titulaire de l'exercice et le délégataire, ce qui arrive le plus fréquemment dans les familles homoparentales. La présomption de

¹⁴⁹ Lyon 16 novembre 2004, préc.

¹⁵⁰ Lyon 24 janvier 2006, préc.

pouvoirs s'avère donc des plus utiles mais le juge aux affaires familiales peut être saisi des difficultés que l'exercice partagé peut générer. Quant au pouvoir patrimonial, celui-ci résulte de l'administration légale, ce qui amène à s'interroger sur l'éventuel partage de cette dernière.

β) L'absence de partage du pouvoir patrimonial

181. Le ou les délégataires conservent l'exercice de l'autorité parentale et par conséquent l'administration légale. Deux hypothèses peuvent alors être émises : soit le délégataire ne se voit pas attribuer les prérogatives d'administration légale, soit il la partage avec le ou les parents. Si finalement le partage du pouvoir parental empiète sur tout le quotidien de l'enfant, rien ne s'oppose à ce que l'administration légale soit déléguée et partagée¹⁵¹. La cour d'appel de Lyon¹⁵² a ainsi admis que le tiers partageant l'exercice de l'autorité parentale puisse gérer le patrimoine de l'enfant. Rattaché à l'administration légale, le pouvoir d'agir en justice a également été partagé par la jurisprudence¹⁵³.

Les cas d'administration légale sont liés à l'exercice de l'autorité parentale, c'est cet exercice qui influe sur la détermination des administrateurs légaux et sur les modalités de contrôle. Dès lors que le tiers délégataire exerce l'autorité parentale, rien ne semble s'opposer à ce qu'il exerce l'administration légale. Cependant, plus qu'à l'exercice de l'autorité parentale, l'administration légale est rattachée à la personne des parents et à la filiation. C'est parce qu'une grande confiance est accordée aux père et mère présumés agir dans l'intérêt de l'enfant qu'elle fonctionne ainsi. La jurisprudence lie pourtant administration légale et exercice de l'autorité parentale sans s'attacher à l'influence du lien de filiation. La décision de la cour d'appel de Lyon est néanmoins contestable puisque le juge aux affaires familiales n'était pas compétent pour décider du partage de l'administration légale. Le clivage entre protection de la personne et protection des biens est un obstacle que les juges contournent sans état d'âme, révélant par là l'insuffisance des dispositions relatives à la délégation. En l'état actuel du droit, l'administration légale ne peut être partagée par le juge aux affaires familiales dans le

¹⁵¹ *Contra*, Cl. Neirinck, préc., n° 119. Mme Neirinck estime qu'en cas de partage de l'exercice de l'autorité parentale, l'administration légale n'est pas partagée car l'enfant dispose encore de représentants légaux.

¹⁵² Lyon 16 novembre 2004, préc.

¹⁵³ TGI Lille 11 décembre 2007, préc. ; TGI Lille 18 décembre 2007, préc.

cadre d'une décision de délégation¹⁵⁴. Cependant, la pratique semblant ne pas s'arrêter à un problème de compétence, il apparaît utile de légiférer sur les conséquences patrimoniales du partage de l'exercice de l'autorité parentale, et de la délégation en général.

182. Puisqu'il est l'accessoire du pouvoir de direction et de contrôle, le pouvoir de représentation est donc partagé entre le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale et le tiers délégataire. Le pouvoir est certes partagé, mais pas dans son intégralité. Soit le partage ne porte que sur le pouvoir extrapatrimonial, soit sur une partie du pouvoir extrapatrimonial en cas de délégation partielle suffisamment précise. En dépit de décisions en ce sens, le pouvoir patrimonial ne peut être partagé. La *summa divisio* domine et empêche le transfert ou le partage intégral du pouvoir, chaque domaine obéissant à ses règles et compétences propres, ce que la loi du 12 mai 2009 n'a pas modifié¹⁵⁵.

§2. L'ATTRIBUTION PONCTUELLE ET TEMPORAIRE DU POUVOIR DE REPRÉSENTATION

183. Parce que l'autorité parentale rencontre des difficultés, l'enfant peut être confié par le juge à un tiers qui aura la charge de s'en occuper. Dans ces cas, l'exercice de l'autorité parentale par les parents n'est, à la différence de la délégation-transfert, pas remis en cause ; il n'est pas non plus partagé entre les parents et le tiers. L'attribution à ces personnes du pouvoir de représentation de l'enfant n'est donc pas la règle et fait au contraire figure d'exception. Malgré les similitudes existant entre les pouvoirs du tiers chez qui l'enfant réside (A) et celui à qui il est confié en vertu d'une mesure d'assistance éducative (B) le second dispose de prérogatives plus conséquentes dans la mesure où il peut exceptionnellement représenter l'enfant pour la conclusion d'actes importants. Sans que l'autorité parentale connaisse de véritables turbulences, mais parce que la protection de l'enfant est néanmoins compromise, il est possible qu'un tiers, l'administrateur *ad hoc*, intervienne sur autorisation judiciaire, doté à l'inverse des cas précédents d'une fonction expresse de représentation du mineur (C).

¹⁵⁴ V. *supra* n° 163.

¹⁵⁵ V. *infra* n° 271.

A. Les pouvoirs du tiers à qui l'enfant est confié en dehors d'une mesure d'assistance éducative

184. Confier l'enfant à un tiers revient à transférer sa résidence chez cette personne (1) qui en devient le « gardien ». L'enfant ne vivant plus sous le même toit que son ou ses parents, l'étude des conséquences de ce transfert sur l'exercice de l'autorité parentale, sur l'administration légale et sur le pouvoir de représentation en général ne peut être négligée (2).

1) Les cas où l'enfant réside chez un tiers

185. Nombreux sont les cas où la résidence de l'enfant ne coïncide pas avec celle du ou des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale mais la mesure reste une mesure d'exception¹⁵⁶. Elle permet de protéger l'enfant de manière transitoire ou lorsqu'il n'est pas nécessaire de mettre en place une mesure d'assistance éducative. L'enfant peut être ainsi confié à un tiers en cas de décès des parents, mais également de leur vivant. Selon l'article 373-3 alinéa 2 du Code civil, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge aux affaires familiales peut décider de confier l'enfant à un tiers, de préférence choisi dans la parenté, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale. Il est saisi par un des parents ou par le ministère public, lui-même pouvant être saisi par un tiers¹⁵⁷ et prend en compte les éléments visés à l'article 373-2-11, notamment l'avis de l'enfant, les résultats d'expertises et d'enquêtes sociales et depuis la loi du 9 juillet 2010 les pressions et violences, physiques ou psychologiques exercées par un parent sur l'autre. L'alinéa 3 de l'article 373-3 prévoit que dans des circonstances exceptionnelles, le juge peut décider qu'en cas de décès du parent qui exerce l'autorité parentale, l'enfant sera confié à un tiers, et non pas au survivant. Cette décision est prise du vivant des parents lorsque le juge statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents.

¹⁵⁶ F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1059 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1168 ; A. Gouttenoire, « Autorité parentale », in *Droit de la famille* (sous la dir. de P. Murat), Dalloz Action, Dalloz, 5^e éd., 2010-2011, n° 232-271 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1623.

¹⁵⁷ Civ. 1^{ère} 25 février 2009, pourvoi n° 07-14849, *Bull. civ.* I, n° 38 ; *Dr. famille* 2009, comm. 58, obs. L. Gareil-Sutter ; *JCP G* 2009, II, 10076, note M. Brusorio-Aillaud ; *AJ fam.* 2009, 171, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2009, 1923, obs. A. Gouttenoire. Le tiers ne peut lui-même saisir le juge aux affaires familiales afin de se voir attribuer la résidence de l'enfant, ce que la doctrine juge inopportun. V. A. Gouttenoire, « Autorité parentale », in *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 232-272.

Avant 2002, la possibilité offerte au juge de confier l'enfant à un tiers était limitée aux cas de séparation des parents, en cas de divorce ou en cas de parents non mariés séparés¹⁵⁸. Désormais la généralité de l'alinéa 2 de l'article 373-3 invite à l'appliquer quelle que soit la situation du couple conjugal et parental, que les parents soient séparés ou non, privés de l'exercice de l'autorité parentale ou non¹⁵⁹. En ce sens, la Cour de cassation interprète de manière extensive l'article 373-3 en ne limitant pas le cas de transfert de résidence chez le tiers au cas où l'un des parents est décédé ou privé de l'exercice de l'autorité parentale¹⁶⁰. Alors qu'une action en contestation de reconnaissance de paternité a abouti, l'« ex-père » de l'enfant ne possédant plus de lien de filiation a perdu l'autorité parentale mais s'est néanmoins vu confier l'enfant par les juges du fond. La mère qui exerçait toujours l'autorité parentale a contesté cette décision en invoquant l'interprétation trop extensive de l'article 373-3 du Code civil, celui-ci ne s'appliquant selon elle qu'en cas de décès des parents ou de privation d'exercice de l'autorité parentale ce que réfute la Cour de cassation. Par la même décision, elle élargit le cercle des tiers pouvant recueillir l'enfant alors que selon l'article 373-3 alinéa 2, « le tiers est choisi de préférence dans la parenté »¹⁶¹.

L'enfant peut également être confié à un tiers par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 380 du Code civil lorsque l'autorité parentale a été retirée à l'un des parents et que l'autre ne l'exerce pas, et même lorsque ce dernier l'exerce toujours. Le tiers aura alors pour mission de requérir l'organisation de la tutelle, si l'enfant ne dispose plus de parent exerçant l'autorité parentale¹⁶². Le tribunal de grande instance peut de la même manière décider de confier l'enfant à un tiers en vertu de l'article 374-1 du Code civil lorsqu'il statue sur l'établissement du lien de filiation.

¹⁵⁸ Anciens articles 287-1 et 373-3 alinéas 2 et 4 dans leur rédaction antérieure à la loi du 4 mars 2002.

¹⁵⁹ F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1060 ; P. Salvage-Gerest, « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », *Dr. famille* 2003, étude 12.

¹⁶⁰ Civ. 1^{ère} 25 février 2009, préc. Dans le même sens, Rennes 6 janvier 2005, *Dr. famille* 2005, comm. 52, obs. P. Murat ; *RTD Civ.* 2005. 378, obs. J. Hauser. En l'espèce, la résidence de l'enfant a été confiée à la femme l'ayant élevé alors que ce dernier est né d'une mère porteuse, qui détient l'exercice de l'autorité parentale avec le père.

¹⁶¹ L'avant-projet de réforme de l'autorité parentale et des droits des tiers propose de supprimer cette préférence.

¹⁶² Civ. 1^{ère} 24 octobre 1995, préc. L'enfant pouvait également être confié à un tiers en cas de tutelle complète afin que le tiers prenne en charge son éducation.

Le tiers étant amené à prendre en charge la vie quotidienne de l'enfant, il importe d'envisager la répartition des pouvoirs entre ce tiers et les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale.

2) Le transfert partiel au tiers du seul pouvoir de représentation extrapatrimoniale

186. Bénéficiant du transfert d'une partie de l'exercice de l'autorité parentale, le tiers ne peut cependant accomplir que des actes usuels de surveillance et d'éducation (a), ce qui ne l'empêche pas d'en posséder l'attribut qu'est le pouvoir de représentation (b).

a. Le principe de l'accomplissement d'actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant

187. Selon l'article 373-4 du Code civil, « lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère ; toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation. » Cette disposition s'applique de manière générale à tous les tiers à qui l'enfant est confié¹⁶³. Bien qu'ils ne résident plus avec leur enfant, les parents continuent d'exercer l'autorité parentale. Ayant pour mission de prendre en charge la vie courante de l'enfant, le tiers-gardien dispose néanmoins du pouvoir d'accomplir les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant¹⁶⁴. Il ne peut donc accomplir que des actes de faible gravité, ne compromettant pas l'avenir de l'enfant¹⁶⁵. Il aura ainsi en charge le contrôle des relations de l'enfant, de ses sorties, de ses loisirs ou de sa correspondance. S'agissant de l'éducation, il reçoit les carnets de note, assure l'aide aux devoirs, est en contact avec les enseignants de l'enfant mais autorise également les voyages scolaires. Il peut procéder à l'inscription de l'enfant dans un établissement scolaire sans pour autant pouvoir en changer radicalement le type de scolarité, un tel choix qualifié d'acte non usuel revenant aux parents¹⁶⁶.

¹⁶³ Cependant, lorsque l'enfant est confié au tiers à la suite du retrait de l'autorité parentale fondé sur l'article 380 alinéa 1^{er} ou au cours de l'instance en établissement de la filiation, il n'est pas possible de considérer que les parents continuent d'exercer l'autorité parentale. Si le tiers effectue bien - en attendant que la tutelle soit organisée - les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation, les décisions importantes relèvent du juge. V. F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1066.

¹⁶⁴ Le tiers pourra être tenu à la demande du juge de requérir l'ouverture d'une tutelle. Celle-ci est nécessairement ouverte si aucun des parents n'est en mesure d'exercer l'autorité parentale selon l'article 373-5. La tutelle est ouverte même s'il n'y a pas de biens à administrer.

¹⁶⁵ Sur la notion d'actes usuels, v. *infra* n° 230.

¹⁶⁶ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 489.

A la différence des actes usuels relatifs à la personne de l'enfant visés par l'article 372-2, cette catégorie d'actes paraît plus restrictive, limitée à la surveillance et à l'éducation, excluant les actes relatifs à la santé du mineur. Cependant, même si la catégorie visée par l'article 373-4 semble moins vaste que celle visée à l'article 372-2, il est difficile d'exclure les actes relatifs à la santé de l'enfant. Devant prendre en charge la vie courante de l'enfant avec lequel il vit quotidiennement, le tiers est nécessairement amené à s'occuper de la santé de l'enfant, ce qui implique visites médicales, soins, traitements et actes bénins¹⁶⁷. Retirer un tel pouvoir à la personne vivant avec l'enfant pourrait être préjudiciable à ce dernier. D'ailleurs d'une manière ou d'une autre la santé de l'enfant est rattachée par la doctrine soit à la protection générale de la personne de l'enfant¹⁶⁸, soit à la surveillance¹⁶⁹. Le pouvoir du tiers cesse cependant lorsque l'acte se révèle grave.

b. Le transfert partiel et spécial de l'exercice de l'autorité parentale

188. Confier l'enfant à un tiers ne signifie pas les priver de l'exercice de l'autorité parentale¹⁷⁰, ni même déléguer et transférer cet exercice. Les parents demeurent donc titulaires du pouvoir de direction et de contrôle et du pouvoir de représenter l'enfant¹⁷¹. La délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale n'est pas non plus le cadre juridique de référence. Que le gardien exerce un pouvoir similaire à l'exercice de l'autorité parentale n'est justifié que par des considérations matérielles liées à la vie commune avec l'enfant, non pas par le transfert ou le partage d'une partie de cet exercice. Exerçant toujours l'autorité parentale, les parents ne sont pas juridiquement dessaisis du pouvoir d'accomplir les actes de surveillance et d'éducation, la mesure n'emportant donc pas transfert de leurs prérogatives. Il ne s'agit pas non plus d'un partage, dont le régime est clairement différent de celui de l'article 373-4. La distinction établie entre les actes accomplis sur le fondement des articles 377 et 377-1 et ceux

¹⁶⁷ M.-L. Delfosse-Cicile, *op. cit.*, n° 419.

¹⁶⁸ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1564.

¹⁶⁹ A. Bénabent, *op. cit.*, n° 1162. I. Carbonnier, « Autorité parentale - Exercice de l'autorité parentale », art. préc., n° 19.

¹⁷⁰ Il n'y a donc pas lieu à ouverture d'une tutelle, sauf si le juge aux affaires familiales en impose l'ouverture au tiers. Reste alors à savoir si cette tutelle est complète ou limitée aux biens, dans la mesure où le principe est celui de la conservation de l'exercice de l'autorité sur la personne. Dans le cas des articles 374-1 et 380, la tutelle doit être complète. En revanche, lorsque l'article 373-4 alinéa 2 est mis en œuvre, la tutelle doit être limitée aux biens.

¹⁷¹ M. Rebourg, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, *op. cit.*, n° 431.

accomplis sur le fondement de l'article 373-4 implique que le tiers-gardien n'exerce pas l'autorité parentale et ne possède donc pas de pouvoir de représentation.

189. Pourtant, en dépit de ces différences, la rédaction de l'article 373-4 laisse clairement entendre une exception au maintien de l'exercice intégral de l'autorité parentale par les parents. Cette exception est strictement limitée et spéciale, fondée sur des impératifs pragmatiques : matériellement, les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ne sont pas en mesure de remplir leur mission, qui par conséquent se voit déchargée des actes usuels relatifs à l'éducation et la surveillance de leur enfant. Aussi, il est impossible de considérer que les prérogatives d'autorité parentale demeurent toutes dans les mains des père et mère ou même qu'elles sont partagées avec le tiers avec qui vit l'enfant. Le dessaisissement matériel des parents conduit nécessairement à un dessaisissement juridique, limité dans le temps comme en substance¹⁷².

Dès lors, le tiers bénéficie bien du transfert¹⁷³ d'une partie de l'exercice de l'autorité parentale, cette partie étant limitée aux actes usuels de surveillance et d'éducation. Pour limitée qu'elle soit la part d'autorité dont dispose le tiers lui confère son accessoire qu'est le pouvoir de représentation. Le tiers à qui est confié l'enfant possède donc le pouvoir de le représenter dans l'accomplissement d'actes relatifs à la personne, d'actes liés à son éducation ou à sa surveillance. Il est évident que le pouvoir de direction et de contrôle sera davantage utilisé par le tiers et qu'au contraire la représentation ne sera qu'exceptionnelle. Mais dès qu'il s'agira d'effectuer un acte de cette nature – inscrire l'enfant à la cantine, à une activité de loisirs, effectuer une démarche administrative comme la demande d'une carte d'identité¹⁷⁴ -, le tiers pourra intervenir.

190. Un écueil surgit néanmoins en matière médicale. La règle est incontestablement celle du consentement à l'acte médical par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Lorsque l'enfant est confié à un tiers dans le cadre de l'assistance éducative ou à l'aide sociale à l'enfance, les articles R. 1112-34 et R. 1112-35 du Code de la santé publique prévoient que l'admission à l'hôpital est effectuée par le gardien et

¹⁷² L. Gareil, *op. cit.*, n° 549. Mme Gareil rapproche le cas des parents dont l'enfant est confié à un tiers du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale : ne leur restent que les droits de visite et d'hébergement.

¹⁷³ Il existe un transfert des prérogatives, qui ne doit cependant pas être confondu avec la délégation-transfert beaucoup plus lourde. Par comparaison, en matière d'assistance éducative, les père et mère conservent également l'exercice de l'autorité parentale, doivent être associés à la mesure, ce qui ne signifie pas pourtant que le tiers exerce son pouvoir en concurrence avec eux. V. *infra* n° 194.

¹⁷⁴ L'avant-projet de réforme de l'autorité parentale proposait cependant de les faire figurer prochainement au rang des actes graves.

l'autorisation écrite d'opérer donnée par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, hors les cas d'urgence. Cette disposition semble logiquement s'appliquer au tiers visé par l'article 373-3 du Code civil. Le Code de la santé publique rappelle donc le principe de la représentation du mineur par ses père et mère lors de l'assentiment à l'acte médical, même si l'enfant est confié à un tiers, sauf urgence. Le tiers se contente de permettre l'admission de l'enfant à l'hôpital sans être doté de prérogatives supplémentaires. Si les titulaires de l'autorité parentale ne donnent pas le consentement nécessaire, le médecin délivre les soins indispensables. Dès lors, soit les père et mère exercent leur pouvoir de consentir au nom du mineur en matière médicale, soit ils ne l'exercent pas et le tiers n'est pas fondé à agir à leur place, même en cas de danger pour l'enfant puisque dans cette hypothèse le médecin agit sans autorisation parentale.

Or, le tiers peut être amené à prendre en charge la santé de l'enfant, ce qui signifierait qu'il doit se limiter à l'administration de traitements au mineur, ne pouvant l'amener chez un médecin libéral en raison de son impossibilité de conclure le contrat médical ? L'analogie avec l'hospitalisation de l'enfant incline en ce sens. Les parents doivent donc effectuer les actes médicaux. En réalité, le Code de la santé publique manque fréquemment de précision dans la réglementation des actes comme dans le vocabulaire employé. Si l'hospitalisation du mineur est régie par des conditions strictes, cela est dû à la nature de l'acte en cause qui ne relève pas de la catégorie des actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation prévus par l'article 373-4 du Code civil. Une intervention chirurgicale peut certes être bénigne et être assimilée aux actes usuels d'autorité parentale tels qu'énoncés par l'article 372-2, mais elle ne trouve pas sa place au sein des actes usuels de gestion de la vie quotidienne de l'enfant. En revanche, l'amener chez le médecin pour faire soigner une maladie bénigne relève des actes usuels de surveillance et d'éducation que peut accomplir le gardien de l'enfant dans la mesure où cet acte s'inscrit dans la vie quotidienne de l'enfant. Il en est de même pour les vaccins obligatoires, ce qui n'est pas le cas des vaccins facultatifs. En définitive, le tiers dispose d'une part, certes très limitée, d'exercice de l'autorité parentale et peut figurer au rang des personnes visées par l'article L. 1111-4 lorsqu'il s'agit de consentir à un acte médical bénin relevant du quotidien de l'enfant.

191. Le tiers chez qui réside l'enfant possède donc le pouvoir de représenter l'enfant lorsque la vie quotidienne l'exige, dès lors que l'acte n'engage pas l'avenir et l'intégrité physique et morale de l'enfant. Il est incontestable, au vu de l'énoncé de l'article 373-4, que le pouvoir est limité à la protection de la personne de l'enfant et que le tiers ne peut

représenter l'enfant sur le plan patrimonial. Pour cela, les administrateurs légaux devront intervenir. Le tiers à qui l'enfant est confié dispose donc d'un pouvoir limité. Son intervention se restreint à la personne de l'enfant et s'il est investi du pouvoir de représenter l'enfant, cet exercice est exceptionnel et limité aux actes usuels de protection de la personne de l'enfant. L'avant-projet de réforme relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers propose que le tiers, à l'image des règles d'assistance éducative, puisse saisir le juge afin d'être autorisé à effectuer un acte important de l'autorité parentale, lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie et, notamment, en cas de refus abusif ou injustifié, de négligence des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou d'impossibilité pour eux d'effectuer un tel acte.

B. Les pouvoirs du tiers à qui est confié l'enfant en vertu d'une mesure d'assistance éducative

192. A la différence du cas où l'enfant est remis à un tiers sur le fondement de l'article 373-3, la mise en place d'une mesure d'assistance éducative implique un danger pour l'enfant, auquel il doit être soustrait¹⁷⁵. Conformément au principe de subsidiarité de la protection judiciaire, elle ne peut être mise en place qu'en cas d'échec de l'action administrative et sociale ou en cas de refus des titulaires de l'autorité parentale¹⁷⁶. Aboutissant souvent à une séparation des parents et de l'enfant susceptible de porter atteinte au droit au respect de la vie familiale de l'enfant comme des parents¹⁷⁷, les mesures d'assistance éducative sont strictement encadrées, l'intérêt supérieur de l'enfant demeurant le critère primordial (1), mais elles peuvent pourtant dessaisir les parents de leurs prérogatives (2).

¹⁷⁵ C. Delaporte-Carré, *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, préf. D. Gutmann, Dalloz, 2008, n° 100 ; Cl. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 1984, n° 385.

¹⁷⁶ Article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles.

¹⁷⁷ CEDH *Havelka et a. c/ République tchèque* 21 juin 2007, CEDH *Walla et Wallova c/ République tchèque* 26 octobre 2006, *Dr. famille* 2008, étude 14, n° 26, obs. A. Gouttenoire. Par ces décisions, la Cour européenne a condamné l'État pour avoir ordonné le placement des enfants au vu des seules conditions matérielles dans lesquelles ils vivaient. Elle vérifie par ailleurs que les mesures étaient nécessaires et proportionnées et considère qu'il en est ainsi lorsque l'enfant a été placé à la suite de son embrigadement dans une secte à laquelle appartenaient ses parents et que l'État a veillé au maintien du lien familial en dépit du placement de l'enfant. V. également CEDH *Schmidt c/ France* 26 juillet 2007, *RTD Civ.* 2007. 765, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 2008, étude 14, n° 26, obs. A. Gouttenoire ; CEDH 19 septembre 2000, *Gnahoré c/ France*, *RD Publ.* 2001.682, obs. A. Gouttenoire ; CEDH *Vautier c/ France* 26 novembre 2006, *JCP G* 2010, I, 34, n° 11, obs. A. Gouttenoire ; *D.* 2010. 1904, obs. A. Gouttenoire.

1) La mise en œuvre de la mesure d'assistance éducative

193. Selon l'article 375 du Code civil, « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public ». Le président du Conseil général peut saisir le procureur de la République lorsqu'il estime qu'un enfant est en danger au sens de l'article 375 du Code civil. Le juge peut également se saisir d'office à titre exceptionnel.

La durée de la mesure ne peut excéder deux ans lorsque la mesure éducative est exercée par un service ou une institution. Elle peut être renouvelée sur décision motivée. Cependant, si les parents ne sont pas aptes à prendre en charge leur enfant et d'exercer leur autorité parentale, celui-ci peut être accueilli pour une durée supérieure par un service ou une institution. Le mineur est maintenu dans son milieu familial chaque fois que possible¹⁷⁸. Dans ce cas, un tiers - personne qualifiée ou service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert - est chargé d'apporter aide et conseil à la famille et de veiller au développement de l'enfant. Il peut, sur autorisation du juge des enfants, héberger l'enfant exceptionnellement ou périodiquement¹⁷⁹.

Cependant, selon l'article 375-3 du Code civil, si la protection de l'enfant l'exige, il peut être confié par le juge des enfants à l'autre parent, à un autre membre de la famille ou un tiers digne de confiance, à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance (ASE), à un service ou un établissement habilité pour l'accueil des mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge, à un service ou établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé¹⁸⁰. Pendant l'instance, l'enfant peut, à

¹⁷⁸ Selon l'article 375-2 alinéa 3, ce maintien peut être soumis à certaines conditions fixées par le juge, telles que la fréquentation d'un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, le cas échéant sous régime d'internat ou l'exercice d'une activité professionnelle.

¹⁷⁹ S. Bernigaud, « Dispositif judiciaire de l'enfance en danger : l'assistance éducative », in *Droit de la famille* (sous la dir. de P. Murat), *op cit.*, n° 242-181 et s. ; M. Huyette, P. Desloges, *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, Dunod, 4^e éd., 2009, p. 198.

¹⁸⁰ En cas de séparation des parents, ces mesures ne peuvent être prises, après la décision statuant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers, que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour l'enfant est apparu. Elles ne peuvent empêcher le juge aux affaires familiales de décider à qui l'enfant sera confié en application de l'article 373-3 du Code civil. Lorsque l'enfant n'est pas placé dans un service de l'ASE, le juge des enfants peut décider qu'une personne

titre provisoire, faire l'objet d'une telle mesure de placement ou être confié à un centre d'accueil et d'observation¹⁸¹. Le procureur de la République dispose, en cas d'urgence, du même pouvoir, à charge de saisir dans les huit jours le juge compétent qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure. A tout moment, les décisions d'assistance éducatives peuvent être modifiées ou rapportées, soit d'office par le juge, soit à la demande du ou des parents, du tiers, du mineur, du tuteur ou du ministère public¹⁸².

Dans tous les cas, le juge des enfants doit s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant¹⁸³.

2) Le transfert du seul pouvoir de représentation extrapatrimoniale au tiers

194. L'assistance éducative, à la différence de la privation d'exercice de l'autorité parentale, de la délégation-transfert ou du retrait de l'autorité parentale a pour but de contrôler l'usage que font les parents de leurs prérogatives parentales et de les aider à mieux les exercer¹⁸⁴, non d'y porter atteinte. La limitation éventuelle n'est que partielle et temporaire. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 375-7 alinéa 1^{er}, les parents de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative « continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. » Le minimum de prérogatives juridiques est transmis au tiers¹⁸⁵. Pourtant, si cette affirmation se vérifie lorsque l'enfant bénéficie d'une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert¹⁸⁶, il n'en est pas de même lorsqu'il ne réside plus chez ses parents, dans la mesure où le tiers se voit alors transférer l'exercice de l'autorité parentale relativement aux actes usuels (a). En cas de besoin, il peut même être autorisé à accomplir un acte non usuel (b).

qualifiée ou un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert apportera aide et conseil au tiers et à la famille et suivra le développement de l'enfant.

¹⁸¹ Article 375-5 du Code civil.

¹⁸² Article 375-6 du Code civil.

¹⁸³ Article 375-1 alinéa 2 du Code civil.

¹⁸⁴ Cl. Neirinck, *op. cit.*, n° 382 ; C. Delaporte-Carré, *op. cit.*, n° 53.

¹⁸⁵ M. Huyette, P. Desloges, *op. cit.*, p. 310.

¹⁸⁶ Il en est de même lorsque l'AEMO est combinée à un hébergement exceptionnel ou périodique.

a. Le transfert de l'exercice de l'autorité parentale relativement aux actes usuels

195. Les parents ne peuvent en aucun cas émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants. Lorsque l'enfant fait l'objet d'une mesure en milieu ouvert, l'atteinte aux prérogatives parentales est faible puisque les parents règlent toujours la vie quotidienne de leur enfant. Le tiers a pour seule mission d'apporter aide et conseil aux parents, qui ne se retrouvent pas dépossédés de leurs prérogatives. En revanche, lorsque l'enfant est placé chez un tiers, leurs prérogatives sont, malgré le principe, *de facto* réduites. Leur est retiré le droit de choisir le domicile de leur enfant¹⁸⁷. Les parents bénéficient d'un droit de correspondance avec l'enfant ainsi que d'un droit de visite et d'hébergement dont le juge fixe les modalités d'exercice et qu'il peut suspendre. Seul le juge des enfants a la possibilité de fixer des rencontres entre l'enfant et ses parents, ces derniers n'ayant pas le pouvoir d'en décider. Ainsi, en dépit de l'énoncé de l'alinéa 1^{er} de l'article 375-7, les parents perdent une part importante des attributs d'autorité parentale : la résidence et la surveillance de l'enfant, tous les actes liés à la vie quotidienne de l'enfant, et nécessairement une grande partie du pouvoir d'éduquer leur enfant¹⁸⁸. Les père et mère conservent cependant une partie du pouvoir de direction et de contrôle dans la mesure où ils peuvent s'opposer à ce que l'enfant entretienne des relations avec des tiers, notamment avec le reste de la famille. Le droit de visite accordé aux tiers est soumis à leur accord. A défaut, le juge des enfants statue sur l'octroi de ce droit de visite et il est seul compétent pour en décider, à l'exclusion du juge aux affaires familiales, dès lors que l'enfant fait l'objet d'un placement¹⁸⁹.

196. Les attributs d'autorité parentale liés à la vie courante de l'enfant sont donc nécessairement transférés, quoiqu'implicitement, au tiers chez qui l'enfant est placé¹⁹⁰.

¹⁸⁷ M. Huyette, P. Desloges, *op. cit.*, p. 311.

¹⁸⁸ L. Gareil, *op. cit.*, n° 549.

¹⁸⁹ Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, pourvoi n° 09-13390, *Bull. civ.* I, n° 130 ; *Petites affiches* 31 mai 2011, p. 6, note D. Autem ; *RTD Civ.* 2009. 546, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2010. 325, obs. E. Durand ; *D.* 2010. 2343, note M. Huyette ; *JCP G* 2010, I, 911, n° 10, obs. A. Gouttenoire ; *RLDC* 2010/74, n° 3940, obs. E. Pouliquen. Cette solution n'a pas toujours été évidente car il fut longtemps admis que s'agissant d'un droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses ascendants et de manière générale avec un tiers parent ou non, fondé sur l'article 371-4 du Code civil, il devait être rattaché aux prérogatives parentales, que conservent en principe les père et mère en cas d'assistance éducative. La compétence relative au droit de visite revenait en conséquence au juge aux affaires familiales. En ce sens, M. Huyette, P. Desloges, *op. cit.*, p. 312.

¹⁹⁰ L'accueil modulable ou à la journée de l'enfant soulève des difficultés. En effet, il s'agit d'une mesure de placement mais en pratique, elle se rapproche d'une mesure d'aide en milieu ouvert dans la mesure où l'enfant peut rentrer chez ses parents le soir ou le week-end. Cependant, il s'agit bien juridiquement de placer un enfant, transférant ainsi la « garde juridique » au tiers (V. S. Bernigaud, *op. cit.*, n° 242-201). Dès lors, les actes usuels relatifs à l'éducation de l'enfant et à sa surveillance paraissent devoir être

Un tel transfert est confirmé par l'application à l'assistance éducative de l'article 373-4 du Code civil¹⁹¹. Le tiers dispose du pouvoir d'effectuer les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant et décide donc de l'organisation de la vie quotidienne de l'enfant, de ses loisirs, de ses fréquentations. En revanche, les parents prennent les décisions importantes relatives à la santé ou à l'éducation¹⁹².

La possibilité pour le tiers de saisir le juge des enfants sur le fondement de l'article 375-7 alinéa 2 afin d'être investi du pouvoir d'accomplir « un acte relevant de l'autorité parentale » sème pourtant le doute et au contraire incline vers l'absence de transfert d'un tel pouvoir en principe. En effet, ne précisant pas le caractère important de l'acte, le législateur semble viser tout type d'acte d'autorité parentale, usuel comme non usuel, et admettre à titre d'exception le transfert de la prérogative d'autorité parentale. Il existe donc une contradiction entre l'alinéa 1^{er} sous-entendant que les parents perdent les attributs d'autorité parentale inconciliables avec l'assistance éducative et l'alinéa 2 laissant penser que les parents conservent tous leurs pouvoirs. Une telle interprétation de l'alinéa 2 octroie au tiers un pouvoir différent des prérogatives d'autorité parentale, un pouvoir lié aux contingences matérielles et non pas fondé sur un transfert d'une partie de l'exercice de l'autorité parentale. Dès lors, les parents conservent l'exclusivité de l'exercice de l'autorité parentale et du pouvoir de représentation. Ce n'est qu'exceptionnellement et si l'intérêt de l'enfant l'exige que le tiers autorisé par le juge des enfants peut accomplir un acte d'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié, ou en cas de négligence de la part des parents. Ne bénéficiant pas en principe d'un transfert d'exercice de l'autorité parentale, le tiers ne peut en exercer l'attribut qu'est le pouvoir de représentation, sauf autorisation du juge des enfants. Seuls les parents conservent un tel pouvoir.

Cependant, l'article 375-7 alinéa 2 prévoit que cette faculté ouverte au tiers s'exerce sans préjudice de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à

accomplis par le tiers. Les considérations pratiques doivent néanmoins guider la répartition des pouvoirs relatifs à l'enfant suivant en cela la logique de l'article 375-7 alinéa 1^{er} et les parents conservent l'essentiel de leurs prérogatives en fonction de leur conciliation avec la mesure. L'éducation de l'enfant doit ainsi leur revenir. Cependant, l'objet de l'accueil modulable consiste fréquemment en un accompagnement social ou scolaire ou en un soutien psycho-éducatif. Dans ces conditions, il paraît difficilement concevable d'admettre que les parents conservent un rôle. L'appréciation de la répartition des prérogatives semble relever encore plus que dans les autres cas de la casuistique.

¹⁹¹ Article 375-7 alinéa 2 du Code civil.

¹⁹² S. Bernigaud, *op. cit.*, n° 242-252 ; M. Huyette, P. Desloges, *op. cit.*, p. 312.

effectuer un acte non usuel sans l'accord des parents. De surcroît, les travaux préparatoires de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance démontrent que le souhait du législateur était bien de permettre au tiers d'accomplir exceptionnellement un acte non usuel¹⁹³. Par conséquent, le tiers pouvant exceptionnellement accomplir un acte important, l'alinéa 2 n'est plus en contradiction avec l'alinéa 1^{er} et ne vise bien que les actes non usuels. Ainsi, conformément à l'alinéa 1^{er}, les parents perdent au profit du tiers le pouvoir d'accomplir les actes usuels mais conservent celui de décider des actes importants, que le tiers ne peut qu'exceptionnellement accomplir, une fois l'autorisation du juge des enfants obtenue sur le fondement de l'alinéa 2.

197. Le régime de responsabilité civile du fait de l'enfant confirme, si besoin était, que le tiers à qui l'enfant est confié en vertu d'une mesure d'assistance éducative se voit transférer les prérogatives d'autorité parentale en dépit de l'article 375-7 alinéa 1^{er} du Code civil. En effet, la responsabilité du fait de l'enfant a été aménagée par la jurisprudence, confirmant ainsi le transfert des pouvoirs de direction et de contrôle au tiers à qui l'enfant est confié en vertu d'une mesure d'assistance éducative. Dès lors que l'enfant fait l'objet d'un placement judiciaire, « l'autorité juridique »¹⁹⁴ est conférée au tiers à qui l'enfant est confié et le tiers est responsable, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} du dommage causé par l'enfant dès lors qu'il avait pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler le mode de vie de l'enfant¹⁹⁵. A partir du moment où l'enfant est confié en vertu d'une décision de justice, le tiers demeure responsable même si, lors du dommage, l'enfant résidait chez ses parents¹⁹⁶. En revanche, si l'enfant est confié par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale en dehors d'une intervention judiciaire, ils demeurent responsables sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 même si l'enfant a causé le dommage alors qu'il résidait chez le tiers, les

¹⁹³ Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat par A. Lardeux, séance du 14 juin 2006, JO Sénat Impressions, n° 393, p.76.

¹⁹⁴ A. Vignon-Barrault, art. préc.

¹⁹⁵ Pour l'énoncé du principe général de responsabilité du fait d'autrui : Ass. Plén. 29 mars 1991, *Bull. civ.* n° 1 ; R. p. 351 ; *Gaz. Pal.* 1992, 2, 513, note F. Chabas ; *JCP* 1991, II, 21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin ; *RTD Civ.* 1992. 541, obs. P. Jourdain ; *D.* 1991. 157, note G. Viney.

Pour une application aux tiers chargés d'une mesure d'assistance éducative : Crim. 10 octobre 1996, *JCP* 1997, II, 22833, note F. Chabas ; *D.* 1997. 309, note M. Huyette ; *Dr. famille* 1997, comm. 83, obs. P. Murat ; Civ. 2^e 6 juin 2002, *Bull. civ.* II, n° 120 ; R. p. 476 ; *D.* 2002. 2750, note M. Huyette ; *JCP G* 2003, I, 154, n° 37, obs. G. Viney ; *RJPF*-2002-11/32, note F. Chabas ; CE 11 février 2005, *JCP G* 2005, I, 149, n° 4, obs. G. Viney ; *Resp. civ. ass.* 2005, comm. 192, obs. C. Guettier.

¹⁹⁶ Civ. 2^e 6 juin 2002, préc. ; Civ. 2^e 7 octobre 2004, *Bull. civ.* II, n° 453 ; *D.* 2005. 819, note M. Huyette ; *RJPF*-2005-1/34, note F. Chabas ; *JCP* 2005, I, 132, n° 6, obs. G. Viney.

responsabilités du fait d'autrui étant alternatives¹⁹⁷. Enfin lorsque seule une mesure d'action éducative en milieu ouvert a été décidée, le tiers n'est pas responsable du fait de l'enfant dans la mesure où aucun « transfert de tout ou partie de l'autorité parentale » n'a eu lieu et où il ne possède aucun « pouvoir effectif de direction et de surveillance du mineur dont il ne pouvait contrôler le mode de vie »¹⁹⁸.

198. En définitive, le tiers chez qui l'enfant a fait l'objet d'un placement judiciaire exerce bien une prérogative d'autorité parentale sur le fondement d'un transfert de pouvoirs, cantonné toutefois aux actes relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant ayant un impact moindre sur l'avenir de l'enfant. Il est dès lors amené à exercer le pouvoir de représentation afférent¹⁹⁹. Certes, l'usage d'un tel pouvoir ne sera pas aussi fréquent que le recours au pouvoir de direction et de contrôle. Il n'en reste pas moins qu'il suit l'attribution d'une partie de l'exercice de l'autorité parentale.

Quant à l'objet du pouvoir de représentation, il est limité aux actes extrapatrimoniaux dans la mesure où l'article 373-4 ne vise que des actes relatifs à la personne. Une fois de plus le pouvoir est démembré, le tiers exerce le pouvoir de représentation extrapatrimonial s'agissant d'actes de faible importance, il effectue par exemple les démarches administratives. Les parents conservent le pouvoir de représentation extrapatrimonial dès lors que l'acte est grave, comme le consentement à une intervention chirurgicale, et sans conteste le pouvoir de gérer les biens de l'enfant. Seule une partie du pouvoir de représentation extrapatrimoniale est donc transmise en principe en cas d'assistance éducative. Le tiers ne peut en revanche agir s'agissant des actes importants. En cas de décision parentale contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge des enfants peut autoriser le tiers à agir. Seule cette autorisation dessaisit les parents de leurs pouvoirs relativement aux actes importants et les transfère au tiers²⁰⁰.

¹⁹⁷ Crim. 18 mai 2004, préc. ; Crim. 8 février 2005, préc. Il convient de préciser que la responsabilité des parents est plus sévère que celle du tiers, dans la mesure où dans le premier cas, un simple fait causal de l'enfant suffit à engager leur responsabilité, tandis que dans le second cas, une faute de l'enfant est requise.

¹⁹⁸ Civ. 2^e 19 juin 2008, *Bull. civ.* II, n° 144 ; *D.* 2008. 2205, note M. Huyette ; *JCP* 2008, II, 10023, note F. Boulanger ; *AJ fam.* 2008. 399, obs. F. Chénéde ; *RTD Civ.* 2008. 682, obs. P. Jourdain ; *ibid.* 667, obs. J. Hauser.

¹⁹⁹ Civ. 1^{ère} 18 novembre 1986, *Bull. civ.* I, n° 264 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, 228, note J. Massip. Les père et mère conservent le pouvoir d'agir en justice au nom de l'enfant dans la mesure où il ne s'agit pas d'un acte usuel relevant de l'organisation de la vie quotidienne de l'enfant.

²⁰⁰ Les parents peuvent exercer un recours contre le jugement sur le fondement de l'article 1191 du Code de procédure civile.

b. Le transfert exceptionnel du pouvoir d'accomplir des actes importants d'autorité parentale

199. Avant d'investir le tiers d'une prérogative demeurant aux mains des parents, il importe de respecter les pouvoirs de ces derniers. C'est pourquoi, le demandeur doit rapporter la preuve de la nécessité de la mesure. Il est indispensable d'apprécier les conséquences de la décision parentale : même si celle-ci ne correspond pas à la position qu'aurait adoptée le tiers, elle doit être respectée, dès lors qu'elle ne compromet pas l'intérêt de l'enfant²⁰¹. En revanche, si le tiers juge que la décision est contraire à l'intérêt de l'enfant, il saisit le juge des enfants qui examine les conséquences du choix parental - ou de l'abstention - après avoir entendu chaque partie. En cas de nécessité, le juge transfère alors la prérogative parentale au tiers. Dans ces conditions, le tiers bénéficie bien d'une partie de l'exercice de l'autorité parentale et donc de son accessoire, la représentation légale²⁰².

Le transfert du pouvoir de consentir à l'intervention chirurgicale est une illustration de transfert du pouvoir de représentation. S'agissant de la santé de l'enfant, en cas d'hospitalisation, il est prévu que le tiers procède à l'admission de l'enfant à l'hôpital²⁰³ tandis que les parents doivent donner l'autorisation à l'intervention chirurgicale, hors les cas d'urgence. En cas de refus des parents de donner cette autorisation, le médecin peut procéder à l'intervention en cas d'urgence. Sur le fondement de l'article L. 1111-4 alinéa 6, le médecin peut intervenir sans leur accord si le refus a des conséquences graves pour la santé de l'enfant. Il n'est désormais plus nécessaire de saisir le juge des enfants. Pourtant, la faculté antérieure, introduite par le décret de 1974²⁰⁴, de provoquer la mise en œuvre d'une mesure d'assistance éducative en cas de refus des parents n'a pas été supprimée et coexiste avec les dispositions précédentes. Son maintien est une garantie pour les médecins souhaitant se protéger d'une éventuelle action en responsabilité. Ainsi, si la santé de l'enfant ou son intégrité corporelle sont compromises par le refus des parents, le médecin peut toujours saisir le ministère public

²⁰¹ M. Huyette, P. Desloges, *op. cit.*, p. 312. La notion d'intérêt de l'enfant est plus large que celle de danger.

²⁰² Ce qui conduit des auteurs à qualifier ce cas de figure de « petite délégation ». En ce sens, J.-F. Eschylle, M. Huyette, « Autorité parentale - Assistance éducative », *J.-Cl. Civil*, art 371 à 387, Fasc. 21, n° 108.

²⁰³ Article R. 1112-34 du Code de la santé publique.

²⁰⁴ Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 « relatif au fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux », *JO* 16 janvier 1974, p. 603.

afin de mettre en place les mesures d'assistance éducative lui permettant de donner les soins qui s'imposent²⁰⁵. Le juge des enfants peut alors transférer le pouvoir d'autoriser l'intervention chirurgicale au tiers chez qui l'enfant est placé. Dans un tel cas de figure, le pouvoir de représentation est transféré au tiers et les parents en sont dessaisis, de manière limitée et spéciale.

200. L'attribution exceptionnelle est-elle limitée au pouvoir extrapatrimonial ou le juge des enfants peut-il transférer un pouvoir d'administration légale ? Certains auteurs considèrent que le tiers peut gérer les biens de l'enfant sur le fondement de l'article 375-7²⁰⁶, ce qui se fait d'ailleurs en pratique²⁰⁷. Pourtant, c'est oublier l'influence de la division entre la protection de la personne et la protection des biens. Certes, le juge des enfants est un juge « au dessus des autres ». Mais cette supériorité repose non pas sur une compétence plus large mais sur des pouvoirs plus importants²⁰⁸. Son intervention repose sur le danger encouru par l'enfant quant à sa personne et l'assistance éducative figure bien au sein du chapitre relatif à l'autorité sur la personne de l'enfant. C'est la seule protection de la personne de l'enfant qui est au cœur de l'action du juge des enfants ; la protection du patrimoine ne ressort pas de son domaine de compétence. Si le patrimoine de l'enfant court un danger, seul le juge des tutelles peut protéger les biens par le pouvoir de surveillance dont il dispose en vertu de l'article 388-3. Soit il délivrera des injonctions aux administrateurs légaux, soit il pourra transformer l'administration légale en tutelle limitée aux biens sur le fondement de l'article 391 du Code civil. Par conséquent, le transfert du pouvoir de représentation en matière d'assistance éducative ne peut porter que sur le pouvoir relatif aux actes extrapatrimoniaux.

201. Dès lors que l'enfant est confié à un tiers, dans le cadre de l'assistance éducative ou non, ce dernier prend en charge sa vie courante. Afin de répondre aux nécessités de la vie juridique, il possède le pouvoir de représenter l'enfant. Cependant, le pouvoir est nettement divisé car il ne porte que sur la protection de la personne de l'enfant, et en principe sur des actes de faible gravité.

²⁰⁵ Article R. 1112-35 alinéa 4 du Code de la santé publique.

²⁰⁶ M. Huyette, Ph. Desloges, *op cit.*, p. 324.

²⁰⁷ M. Bruggeman, *op. cit.*, n° 364 et s. Mme Bruggeman considère que l'administration légale demeurant aux parents est complètement « désincarnée ».

²⁰⁸ V. décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 « relatif à la communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles », *JO* du 12 avril 2009, p. 6418 ; *Petites affiches* 18 juin 2010, note D. Autem.

C. La représentation spéciale par l'administrateur *ad hoc*

202. Selon l'article 389-3 du Code civil, « quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, [l'administrateur légal] doit faire nommer un administrateur *ad hoc* par le juge des tutelles » et depuis 1993, l'article 388-2 du Code civil prévoit que « lorsque dans une procédure, les intérêts du mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter. » Dès lors que le représentant légal possède des intérêts opposés à ceux du mineur représenté, il doit être dessaisi temporairement et ponctuellement de son pouvoir, qui sera exercé par un tiers, l'administrateur *ad hoc*. La représentation du mineur est dès lors judiciaire²⁰⁹. L'administrateur *ad hoc* a vu son rôle et son importance croître à la fin du XX^e siècle²¹⁰ en raison notamment de la volonté de donner à l'enfant des droits procéduraux lui permettant d'assurer l'effectivité de ses droits substantiels²¹¹. C'est effectivement dans le cadre de la représentation du mineur en

²⁰⁹ A. Gouttenoire, « Mineurs », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 2010, n° 192.

²¹⁰ Les rédacteurs du Code civil n'ont pas envisagé l'hypothèse d'une opposition d'intérêts entre le mineur et ses représentants. Le seul cas visé par le Code Napoléon est celui d'un conflit entre le mineur et son tuteur, auquel cas il est nécessaire de recourir au subrogé tuteur. Mais la jurisprudence admettait qu'en cas de conflit d'intérêts, le représentant était déchu de sa qualité et ne pouvait plus intervenir au nom de l'incapable. En ce sens, Paris 17 mars 1881, *D.* 1882. 189. Par la loi du 6 avril 1910, le législateur consacre cette jurisprudence. Le Conseil d'État, dans son rapport relatif à « l'audition et la défense de l'enfant en justice » en date du 18 mai 1989 préconise un renforcement de l'administrateur *ad hoc* en matière procédurale. La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 introduit l'article 388-2 du Code civil et permet la désignation de l'administrateur *ad hoc* par le juge pendant toute procédure en cours. La loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance (*JO* 14 juillet 1989, p. 8869) introduit l'article 87-1 dans le Code de procédure pénale et prévoit la désignation d'un administrateur *ad hoc* en cas d'infraction volontaire sur la personne de l'enfant par les titulaires de l'autorité parentale. Mais ce texte ne permet pas de viser les maltraitances subies par les enfants du fait de personnes autres que les titulaires de l'autorité parentale, notamment les concubins des parents, voire les oncles et tantes. L'article 388-2 du Code civil palliait alors les insuffisances de l'article 87-1 du Code de procédure pénale. La loi n° 98-468 du 17 juin 1998 (*JO* 18 juillet 1998, p. 9255) abroge l'article 87-1 et le remplace par l'article 706-50 dont la portée est plus large. La loi n° 2010-121 du 8 février 2010 (*JO* 9 février 2010, p. 2265) rend la désignation obligatoire en cas d'inceste, sauf décision spécialement motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction.

²¹¹ La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants adoptée le 25 janvier 1996 et ratifiée par la France par la loi n° 2007-1155 du 1^{er} août 2007 (*JO* 2 août 2007, p. 12986) a été conçue comme un texte complémentaire de la CIDE en permettant de mettre en œuvre les droits de l'enfant reconnus par la CIDE. Elle fait suite à plusieurs recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, notamment la Recommandation 1121 de 1990 selon laquelle « les enfants ont des droits qu'ils peuvent exercer eux-mêmes contre la volonté des adultes ». Selon le rapport explicatif, la CEEDE « facilite l'exercice des droits matériels des enfants en renforçant et en créant des droits procéduraux. » L'objet de la CEEDE visé à l'article 1-2 consiste à accorder des droits procéduraux aux enfants et à en faciliter l'exercice « en veillant à ce qu'ils puissent eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, être informés et autorisés à participer aux procédures les intéressant devant une autorité judiciaire. »

justice, comme demandeur ou défendeur, que l'administrateur *ad hoc* est fréquemment appelé à intervenir, notamment en matière pénale où il s'est révélé indispensable afin d'assurer la protection des intérêts du mineur victime de maltraitances ou d'abus par son entourage²¹². Son rôle ne doit cependant pas y être réduit. Même s'il existe des passerelles entre les deux, les différences de régimes entre l'administrateur *ad hoc* en matière pénale (1) et en matière civile (2) conduisent à ne pouvoir l'envisager que sous l'angle de sa dualité²¹³.

1) L'administrateur *ad hoc* en droit pénal

203. En matière pénale, non seulement les conditions de la nomination sont souples, mais la mission de l'administrateur *ad hoc* est également vaste dans la mesure où il se substitue complètement aux titulaires de l'autorité parentale. L'article 706-50 du Code de procédure pénale dispose que « le procureur de la République ou le juge d'instruction, saisi de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur, désigne un administrateur *ad hoc* lorsque la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux. ». En cas d'inceste, la désignation de l'administrateur *ad hoc* est obligatoire, sauf décision spécialement motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction. L'administrateur *ad hoc* peut donc être nommé sans qu'il soit nécessaire de justifier une quelconque opposition d'intérêts, dès lors qu'une infraction volontaire a été commise à l'encontre du mineur et que ses intérêts ne sont pas suffisamment protégés. Le procureur de la République, le juge d'instruction ou la juridiction de jugement désignent l'administrateur *ad hoc*²¹⁴. Selon un auteur²¹⁵, les magistrats n'ont aucune faculté d'appréciation mais la mention du caractère obligatoire de la désignation en cas d'inceste, révèle l'absence de caractère imposé s'agissant d'autres infractions.

V. S. Grataloup, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, préf. H. Fulchiron, LGDJ, 1998, n° 496 et s. ; N. Fricero, « Ratification de la CEED, une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans ! », *RJPF*-2008-1/10.

²¹² H. K. Gaba, « La défense des intérêts de l'enfant victime de maltraitance commise par ses représentants légaux », *Dr. famille* 2002, étude 9 ; S. Garde-Lebreton, « La représentation de l'enfant victime », *Dr. famille* 2006, étude 33.

²¹³ Cl. Neirinck, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *JCP N* 1991, I, 181 ; « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *JCP G* 2000, I, 228.

²¹⁴ L'administrateur *ad hoc* est désigné sur la liste des personnes prévue par l'article 53 du Code de procédure pénale. Selon l'article R. 53-7 du Code de procédure pénale, les représentants peuvent interjeter appel de la décision dans les 10 jours à compter de la notification. L'appel n'est pas suspensif et il est porté devant la chambre de l'instruction ou la chambre des appels correctionnels.

²¹⁵ M. Bruggeman, obs. sous Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, *Dr. famille* 2006, étude 28.

S'est posée la question de savoir si lorsque le ministère public ou le juge d'instruction n'ont pas procédé à la nomination de l'administrateur *ad hoc*, il était possible d'en faire la demande sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil, sachant que cette disposition a pendant un certain temps été appliquée en matière pénale pour pallier les insuffisances de l'ancien article 87-1 du Code de procédure pénale²¹⁶. La différence tant des conditions de désignation que du rôle de ce représentant spécial pouvait sembler être un obstacle au recours à l'article 388-2. La Cour de cassation²¹⁷ a néanmoins considéré que les dispositions de l'article 706-50 ne sont pas exclusives, en l'absence de décision du juge d'instruction²¹⁸, de celles de l'article 388-2 de portée générale. Il s'ensuit que le juge des tutelles conserve une compétence générale de nomination de l'administrateur *ad hoc* même en matière pénale, dès lors qu'il n'a pas été fait application de l'article 706-50²¹⁹.

204. Les pouvoirs du représentant spécial sont très larges. Il se substitue aux titulaires de l'autorité parentale défaillants et sa mission est explicitement double : il protège en premier lieu les intérêts du mineur et exerce si nécessaire les droits de la partie civile. Dès lors que l'administrateur *ad hoc* a été désigné, le représentant légal ne peut plus intervenir au nom de l'enfant en qualité de partie civile²²⁰. Il ne s'agit pas seulement de mettre en œuvre un pouvoir de représentation mais d'assurer l'intégralité de la fonction parentale dans un contexte précis et délimité. Le pouvoir général de direction et de

²¹⁶ Crim. 28 février 1996, *Bull. crim.*, n° 98 ; *R.*, p. 423 ; *JCP* 1996, II, 22707, note G. Raymond ; *Rép. Def.* 1996. 1354, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1996. 597, obs. J. Hauser.

²¹⁷ Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, *Bull. civ.* I, n° 390 ; *R.* p. 318 ; *Dr. famille* 2006, comm. 77, obs. A. Gouttenoire ; *ibid.* 2006, étude 28, M. Bruggeman ; *RTD Civ.* 2006. 103, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2005. 4131, concl. Sainte-Rose ; *JCP G* 2005, I, 199, n° 12, obs. Th. Fossier ; *Rép. Def.* 2006. 350, obs. J. Massip ; *D.* 2006. 2436, obs. M. Douchy-Oudot. Deux enfants ont subi des viols et violences de la part de leur père. Celui-ci demande au juge des tutelles la nomination d'un administrateur *ad hoc* mais la mère s'oppose à cette désignation et conteste l'ordonnance du juge des tutelles. Elle s'était constituée partie civile au nom de ses filles, ce qui avait semblé suffire au juge d'instruction, mais le juge des tutelles a pu procéder à la désignation après avoir constaté l'existence d'une opposition d'intérêts.

²¹⁸ L'article 388-2 s'applique lorsque l'article 706-50 n'a pas été mis en œuvre, cependant il ne s'applique pas lorsque le procureur de la République ou le juge d'instruction ont refusé de l'appliquer.

²¹⁹ La procédure est alors soumise au droit commun en matière civile. Ainsi est-il nécessaire de caractériser l'opposition d'intérêts et la désignation a lieu selon le droit commun mais peut être faite au regard de la liste de l'article R. 53 du Code de procédure pénale ou des conditions de l'article R. 53-6. L'opposition d'intérêts et la défense insuffisante des intérêts sont deux notions différentes et si la seconde inclut la première, la réciproque n'est pas vraie. Dès lors, si le juge des tutelles désigne un administrateur *ad hoc* alors qu'il a constaté l'opposition d'intérêts, il ne remet pas en cause l'article 706-50. Il apparaît nécessaire de faire une application distributive des règles propres à chaque administrateur *ad hoc*, selon que le fondement de sa nomination est civil ou pénal. En ce sens, A. Gouttenoire, obs. sous Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, préc.

²²⁰ Crim. 12 septembre 2000, pourvoi n° 00-81971, *D.* 2000, 275 ; Crim. 12 février 2003, pourvoi n° 02-81328.

contrôle appartenant aux titulaires de l'autorité parentale n'est pas transmis à l'administrateur *ad hoc* puisque sa mission est limitée à la défense en justice des intérêts du mineur et ne va pas au-delà. Cependant, il en exerce nécessairement et de manière circonscrite une partie en protégeant l'enfant en lieu et place de ses parents défailants. C'est pourquoi, l'administrateur *ad hoc* assume l'intégralité de la fonction parentale mais cet exercice est spécial et ponctuel, ne dépassant pas le cadre procédural qui lui est assigné.

2) L'administrateur *ad hoc* en droit civil

205. L'assouplissement de la procédure de désignation (a) et l'évolution du rôle qui lui est conféré (b) ont conduit l'administrateur *ad hoc* à devenir un intervenant indispensable dans la protection des mineurs.

a. La souplesse de la procédure de désignation de l'administrateur ad hoc

206. Les représentants légaux sont tenus de demander la désignation de l'administrateur *ad hoc*. Mais soit parce qu'ils ne réalisent pas l'existence d'un conflit d'intérêts avec leur enfant, soit parce qu'ils ne veulent pas perdre leur qualité de représentant légal, même ponctuellement, ils n'accomplissent pas cette diligence et la désignation de l'administrateur *ad hoc* est aléatoire. C'est pourquoi, en 1993, le législateur a prévu que le juge puisse d'office procéder à cette désignation, ou le faire à la demande du ministère public ou du mineur lui-même, que la demande soit fondée sur l'article 388-2 ou l'article 389-3²²¹. Non seulement, les tiers peuvent informer le ministère public d'éventuels conflits d'intérêts, mais le mineur se voit octroyer un embryon de capacité à agir en justice²²². De cette manière, le mineur participe activement à la protection de ses intérêts. L'administrateur *ad hoc* peut en effet être nommé dans le cadre d'une procédure judiciaire ou en dehors d'un tel cadre. Le juge des tutelles apparaît comme le juge de droit commun notamment pour une nomination extrajudiciaire mais afin de ne pas ralentir une procédure, le juge saisi de l'instance peut

²²¹ Les représentants disposent du droit d'interjeter appel de la décision de nomination dans les 15 jours. L'appel n'est pas suspensif et il est statué comme en matière gracieuse. V. art. 1210-2 du Code de procédure civile.

²²² L'article 4 de la CEEDE dispose que le mineur a le droit de demander personnellement ou par l'intermédiaire d'autres personnes la désignation d'un représentant spécial dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire lorsque le droit interne prive les détenteurs des responsabilités parentales de la faculté de représenter l'enfant en raison d'un conflit d'intérêts.

tout à fait procéder à cette désignation²²³. Il est choisi de préférence parmi la famille ou les proches du mineur. En cas d'impossibilité, il est choisi sur la liste mentionnée aux articles R. 53 et suivants du Code de procédure pénale²²⁴ et doit notamment s'être signalé depuis un temps suffisant par l'intérêt qu'il porte aux questions de l'enfance et par sa compétence.

207. Le législateur a ainsi facilité la désignation du représentant spécial tout en élargissant le nombre de personnes pouvant saisir le juge. La jurisprudence participe également à cette nomination facilitée car elle tend à apprécier largement la condition qu'est l'opposition d'intérêts par un parallèle avec la notion pénale de protection insuffisante des intérêts, se rapprochant de la défaillance parentale²²⁵. De plus, la Cour de cassation a considéré qu'une telle nomination pouvait avoir lieu dans toute procédure concernant le mineur entendue comme celle où ses intérêts sont en cause, ce qui signifie que même s'il ne dispose pas de droit substantiel à faire valoir, il peut néanmoins se voir nommer un administrateur *ad hoc* car l'opposition d'intérêts est la seule condition de sa nomination²²⁶. Les juges optent ainsi pour une conception large des procédures dans lesquelles le représentant spécial peut être désigné permettant ainsi sa présence dans les procès relatifs à l'autorité parentale. La conception large de l'opposition d'intérêts, à laquelle s'ajoute l'interprétation extensive de l'article 388-2 du Code civil, contribuent à modifier la mission initiale de l'administrateur *ad hoc* et à accroître ses pouvoirs.

b. Le double rôle prétorien de l'administrateur ad hoc en matière civile

208. L'administrateur *ad hoc* peut être désigné dans une procédure où les droits substantiels du mineur ne sont pas en cause et où ce dernier n'est pas partie. Il jouit dès

²²³ Le juge saisi de l'instance peut procéder à cette désignation si le juge des tutelles n'avait pas été saisi au préalable. Cependant, la doctrine fait remarquer que dans les faits, les parties saisissent le juge des tutelles parce que la juridiction saisie de la procédure n'a pas procédé à la nomination. V. Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1047.

²²⁴ Dans ce cas, on assiste à une professionnalisation du statut de l'administrateur *ad hoc*. Il peut bénéficier d'une indemnité prévue par l'article 1210-3 du Code de procédure civile. Ces dispositions ont été introduites par le décret n° 99-818 du 16 septembre 1999 « relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs *ad hoc* », *JO* 19 septembre 1999, p. 14042. V. Th. Fossier, « Vers un statut de l'administrateur *ad hoc* ? », *Dr. famille* 1999, comm. 131.

²²⁵ Civ. 1^{ère} 5 juin 1999, *Dr. famille* 1999, comm. 58, obs. Th. Fossier ; *RTD Civ.* 1999. 184, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{ère} 25 mars 2009, pourvoi n° 08-11552, *Rép. Def.* 2009. 1161, obs. J. Massip. V. *infra* n°483 et s.

²²⁶ Civ. 1^{ère} 23 février 1999, *Bull. civ.* I, n° 66 ; *R.*, p. 306 ; *Dr. famille* 1999, comm. 146, obs. A. Gouttenoire ; *RTD Civ.* 1999. 601, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2001, I, 293, n° 6, obs. Y. Favier.

lors en matière civile de pouvoirs accrus, à l'image de ceux reconnus en matière pénale : la défense des intérêts du mineur. Pourtant, la Cour de cassation a après l'arrêt du 23 février 1999, par un arrêt de Chambre mixte du 9 février 2001²²⁷, rappelé que l'administrateur *ad hoc* ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente. La mission semble limitée à l'exercice de droits ce qui condamne la présence du représentant spécial dans les procédures où le mineur n'est pas partie. La contradiction entre les deux décisions n'est qu'apparente car en réalité, elles illustrent le double rôle de l'administrateur *ad hoc*, même en matière civile. Dès lors qu'il exerce une mission de représentation, sa mission est cantonnée aux droits dont jouit le mineur (α). Lorsque les droits subjectifs du mineur ne sont pas directement en cause, il se contente de défendre ses intérêts même si ce rôle demeure encore assez confus (β).

α) Le rôle principal : l'exercice des droits du mineur

209. L'attribution ponctuelle du pouvoir de représentation repose non pas sur un transfert ou un partage de l'autorité parentale, mais sur la représentation. L'administrateur *ad hoc* se substitue aux représentants légaux du mineur. Sa mission est donc de représenter le mineur en lieu et place de ses représentants légaux et d'exercer ses droits en son nom et pour son compte²²⁸. L'administrateur *ad hoc* ne possède en revanche pas d'autorité parentale sur l'enfant et n'en est pas responsable²²⁹. Puisqu'il n'est désigné qu'à la condition d'une opposition d'intérêts entre le mineur et ses représentants légaux, sa mission ne correspond qu'à l'exercice d'un droit du mineur entrant en conflit avec celui du ou des parent(s) et son rôle est ponctuel et limité à l'exercice d'un droit en particulier que les représentants légaux auraient dû exercer. Le pouvoir de représentation est donc spécial et enfermé dans des limites bien définies. Avant 1993, la représentation du mineur par un administrateur *ad hoc* n'était visée que par l'article 389-3 et ne pouvait avoir pour objet que les droits patrimoniaux. Mais grâce à l'article 388-2, il représente également le mineur dans l'exercice des droits extrapatrimoniaux. Tous les droits subjectifs du mineur peuvent donc être exercés par

²²⁷ Ch. Mixte 9 février 2001, *Bull. Civ. I*, n° 1 ; R. p. 344, *Dr. famille* 2001, comm. 53, obs. A. Gouttenoire ; *JCP* 2001, II, 10514, note Th. Fossier ; *RTD Civ.* 2001. 333, obs. J. Hauser ; *RJPF*-2001-6/11, obs. J. Hauser ; *RDSS* 2001. 833, obs. M. Bruggeman ; *RJPF*-2001-4/38, obs. P. Guerder.

²²⁸ *Contra*, J. Hauser, note sous Ch. Mixte 9 février 2001, *RJPF*-2001-6/11, préc. V. également du même auteur, « La place de l'enfant dans les procès relatifs à l'autorité parentale », in *L'autorité parentale en question, op. cit.*, p. 67 et s.

²²⁹ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1054.

l'administrateur *ad hoc* et son domaine d'intervention a pour seule limite la capacité de jouissance du représenté puisqu'il ne peut exercer plus de droits que ceux dont ce dernier dispose. L'administrateur *ad hoc* ne peut par conséquent exercer les voies de recours que le mineur n'a pas le droit d'exercer pour défaut de qualité à agir²³⁰.

Il est en revanche amené à accepter une libéralité faite par le représentant au mineur²³¹, à demander l'immatriculation du mineur à la caisse primaire d'assurance maladie alors que le père ne possède pas de couverture sociale²³², à représenter le mineur lors de la conclusion d'un bail avec l'administrateur légal²³³, à intervenir dans un partage²³⁴, une succession²³⁵ ou une indivision²³⁶. Sur le fondement de l'article 388-2, un administrateur *ad hoc* peut être nommé au cours des procédures d'assistance éducative. En effet, le mineur privé de discernement ne peut exercer les droits qui lui sont reconnus dans cette procédure et doit donc être représenté, mais les parents dans un tel le cadre sont présumés être en opposition d'intérêts avec leur enfant²³⁷. L'administrateur *ad hoc* a dès lors vocation à exercer les droits du mineur au cours de la procédure d'assistance éducative. Les actions relatives à la filiation de l'enfant requièrent également la nomination d'un administrateur *ad hoc* pour représenter le mineur partie à l'instance²³⁸.

210. Puisqu'il est assimilé aux représentants légaux, sa mission est par ailleurs encadrée de la même manière que l'administration légale sous contrôle judiciaire.

²³⁰ Ch. Mixte 9 février 2001, préc. L'article 373-2-8 du Code civil énumère les personnes pouvant agir en modification de l'exercice de l'autorité parentale, personnes parmi lesquelles le mineur ne figure pas. Lui a ainsi été refusée l'intervention dans une instance relative à l'exercice de l'autorité parentale : Civ. 1^{ère} 4 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 2 ; *Rép. Def.* 1995. 1030, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1995. 347, obs. J. Hauser. Il ne peut non plus former tierce opposition car selon la jurisprudence, la tierce opposition est impossible lorsque l'action principale est attitrée ce qui était le cas en l'espèce. V. Civ. 1^{ère} 11 juin 1991, *RTD Civ.* 1991. 724, obs. J. Hauser.

²³¹ Civ. 27 juillet 1892, *DP* 1892. I. 457 ; Civ. 1^{ère} 12 mai 1953, *D.* 1953. 514 ; *JCP* 1953, II, 7740, note Rodière ; *RTD Civ.* 1953. 521, obs. Lagarde.

²³² Soc. 5 novembre 1998, pourvoi n° 95-14342.

²³³ Article 508 alinéa 2 du Code civil.

²³⁴ Civ. 1^{ère} 21 janvier 1992, pourvoi n° 89-18130.

²³⁵ Civ. 1^{ère} 5 juin 1999, préc. ; Civ. 1^{ère} 25 mars 2009, préc.

²³⁶ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1034. Cependant, l'existence d'une indivision entre le mineur et le représentant ne justifie pas à elle seule la désignation d'un administrateur *ad hoc*. V. Paris 10 avril 1954, *D.* 1954. 408, *JCP N* 1955, II, 8494.

²³⁷ A. Gouttenoire, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ. Fam.* 2003.368. V. Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, pourvoi n° 09-10641. En revanche, dès lors que le mineur est doué de discernement et qu'il est capable d'exercer ses droits dans la procédure d'assistance éducative, il n'y a pas lieu de nommer un administrateur *ad hoc*. V. TGI Basse-Terre 30 mai 1996, *Petites affiches* 11 novembre 1996, p. 7, note J. Massip.

²³⁸ Civ. 1^{ère} 18 mars 1981, *Bull. civ. I*, n° 95.

L'article 389-6 lui est donc applicable : l'administrateur *ad hoc* doit se pourvoir d'une autorisation du juge des tutelles pour accomplir les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec autorisation du conseil de famille. Il peut en revanche faire seul les autres actes, dont les actions en justice relatives à des droits patrimoniaux²³⁹. Parce qu'il se substitue aux représentants légaux, il n'est pas le porte-parole du mineur et prend une décision qui selon lui correspond à l'intérêt de l'enfant. S'il est tenu d'associer l'enfant, de la même manière que les parents l'associent aux décisions qui le concernent, il ne transmet pas sa volonté²⁴⁰.

β) Le rôle incertain : la protection des intérêts du mineur

211. La jurisprudence a attribué à l'administrateur *ad hoc* un nouveau rôle : la défense des intérêts du mineur lorsque celui-ci ne dispose pas d'un droit substantiel. Dans cette hypothèse, le représentant spécial n'exerce plus un droit au nom de l'enfant, mais assure la protection de ses intérêts lorsqu'il n'est pas partie au procès²⁴¹. Selon la doctrine²⁴², cette jurisprudence est d'un apport indéniable lorsqu'il s'agit de défendre les intérêts de l'enfant dans un procès relatif à l'autorité parentale, incluant ainsi de telles procédures dans le champ d'application de l'article 388-2 dont il est fait une interprétation extensive. Une autre partie de la doctrine²⁴³ est cependant opposée à une telle interprétation dans la mesure où l'administrateur *ad hoc* n'exerce alors plus un droit du mineur et qu'il est impossible de représenter un fait. Parce que l'administrateur *ad hoc*

²³⁹ Civ. 1^{ère} 8 mars 1988, préc. En l'espèce était en cause l'exercice d'une action en révocation de donation qualifiée de patrimoniale qui ne nécessitait donc pas l'autorisation du juge des tutelles.

²⁴⁰ Selon l'article 10 de la CEEDE, le représentant doit informer l'enfant, lui fournir des explications, notamment quant aux conséquences de l'acte envisagé. Parallèlement, il se doit de déterminer l'opinion de l'enfant et de la porter à la connaissance de l'autorité judiciaire. V. également S. Grataloup, *op. cit.*, n° 498.

²⁴¹ Civ. 1^{ère} 23 février 1999, préc. Dans une procédure opposant le père de l'enfant et les délégataires de l'autorité parentale, ces derniers demandent la désignation d'un administrateur *ad hoc* pour représenter les intérêts de l'enfant. La cour d'appel a rejeté la demande au motif que dans l'instance en dévolution de l'autorité parentale, la filiation du mineur n'était pas en cause. Le mineur n'avait donc pas à être représenté puisqu'il ne disposait en l'espèce d'aucun droit substantiel et n'était donc pas partie. La Cour de cassation a néanmoins cassé l'arrêt d'appel en considérant que l'opposition d'intérêts est « la seule condition » de la désignation de l'administrateur *ad hoc*.

²⁴² A. Gouttenoire, obs. sous Civ. 1^{ère} 23 février 1999, préc. V. également, P. Murat, « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », *Dr. famille* 2006, étude 31. L'auteur voit dans la jurisprudence contemporaine « un forçage progressif des techniques pour obtenir le plus largement possible une association de l'enfant à un processus judiciaire dans lequel il conserve pourtant une place particulière faute d'être le plus souvent partie. »

²⁴³ Cl. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », art. préc., n° 4. Selon l'auteur, l'opposition d'intérêts est une condition et non une cause de cette désignation. V. également, M. Bruggeman, « L'enfant et les tiers », art. préc., p. 189. L'auteur considère que c'est une mesure de tutelle, préférable, qui devrait être ouverte en réalité.

représente les administrateurs légaux, sa nomination suppose que le mineur ait un droit à exercer. Par cette jurisprudence, il emprunte, sans fondement, le rôle des titulaires de l'autorité parentale : la protection générale des intérêts du mineur.

212. Une première analyse conduit à envisager la mission de l'administrateur *ad hoc* comme le pendant de l'audition du mineur²⁴⁴. Le mineur qui ne peut s'exprimer ou n'ose pas le faire peut se faire « représenter » par l'administrateur *ad hoc*. L'analyse consistant à faire de la défense des intérêts du mineur dans une procédure le concernant le corrélatif de l'audition de l'enfant est pourtant discutable. L'audition n'est un droit que pour les mineurs doués de discernement. Justifier que l'administrateur *ad hoc* puisse défendre les intérêts du mineur par le recours au droit pour ce dernier d'être entendu en justice est contestable. En effet, ou le mineur capable de discernement possède le droit d'être entendu sur le fondement de l'article 388-1 et l'audition est une mesure spécifique prévue par le juge et encadrée par la loi²⁴⁵, ou il n'est pas doué de discernement et ne possède pas le droit d'être entendu. Dans la première hypothèse - exceptionnelle, puisque priorité est donnée à l'audition directe - l'administrateur *ad hoc* est alors le vecteur de la parole de l'enfant. Or, depuis le décret du 20 mai 2009²⁴⁶, les personnes pouvant entendre l'enfant et délivrer sa parole sont limitativement désignées et leur mission est encadrée. Le rôle attribué à l'administrateur qui se contente de défendre des intérêts paraît plus flou et s'il devait à l'avenir correspondre à une modalité de l'audition de l'enfant, les conditions seraient plus strictes. S'il a un simple rôle d'accompagnant du mineur et non de transmission de son opinion, comme la loi l'autorise, il n'a alors pas vocation à défendre les intérêts du mineur, mais seulement à le soutenir moralement et psychologiquement. Dans ces conditions, la mission apparaît superfétatoire avec l'audition du mineur doué de discernement. Le rattachement de la défense des intérêts à l'audition de l'enfant en justice n'est donc pas l'explication la plus plausible et une seconde analyse doit être envisagée.

213. C'est finalement le cas où paradoxalement, le mineur ne possède pas le droit d'être entendu car incapable de discernement qui justifie la nomination de l'administrateur *ad hoc* et l'octroi d'un tel pouvoir. Les intérêts de l'enfant ne peuvent

²⁴⁴ V. *infra* n° 380.

²⁴⁵ V. *infra* n° 384.

²⁴⁶ Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 *relatif à l'audition de l'enfant en justice*, JO 24 mai 2009, p. 8649. V. *infra* n° 385.

être défendus en dépit de l'opposition d'intérêts en raison de l'absence d'audition du mineur. Ils doivent l'être et l'administrateur *ad hoc* peut avoir ce rôle. Parce que l'enfant ne peut se défendre lui-même, parce qu'il n'en possède pas le droit, le représentant spécial le fait en son lieu et place. Mais cette attribution supplémentaire n'est alors pas le pendant de l'audition de l'enfant mais son complément pour les mineurs privés de discernement²⁴⁷. Dans une telle hypothèse, la défense des intérêts de l'enfant inapte à émettre une opinion devrait appartenir aux titulaires de l'autorité parentale. Par conséquent, la protection des intérêts de l'enfant par le représentant spécial doit être entendue comme la substitution au rôle des parents. Par ailleurs, lorsqu'il intervient dans une procédure où le mineur pouvait tout à fait être entendu, c'est bien aux père et mère qu'il se substitue car il intervient en parallèle de l'enfant.

214. L'administrateur *ad hoc* en droit civil sort ainsi du champ strict de la représentation - sa compétence initiale - pour entrer dans celui de l'autorité parentale au sens large. Cependant, il n'exerce le rôle de défense des intérêts du mineur que lorsque ceux-ci sont compromis dans le cadre d'une action en justice à laquelle ce dernier n'est pas partie. Dans ces conditions, il ne s'agit pas d'exercer l'intégralité du pouvoir de direction et de contrôle détenu par les père et mère, l'exercice étant au contraire spécial et limité. L'interaction entre les deux régimes, pénal et civil, est incontestable. Cette solution paraît favorable aux mineurs victimes²⁴⁸, mais elle rend confuse la mission de l'administrateur *ad hoc* en matière civile, trouble que la Cour de cassation contribue à accentuer.

215. La Cour de cassation a paru vouloir clarifier, maladroitement, le rôle du représentant spécial en matière civile²⁴⁹. Dans une instance relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir désigné un avocat à l'enfant afin de recueillir ses sentiments et d'en faire état à l'audience. Elle fonde sa décision sur les articles 3-1 et 12-2 de la CIDE et non sur l'article 388-1 du Code civil, vraisemblablement pour tenter de justifier le rôle conféré à l'avocat, peu conforme au droit positif. Contrairement au pourvoi, la Cour de cassation considère qu'un administrateur *ad hoc* n'avait pas à être nommé puisque

²⁴⁷ L'arrêt du 23 février 1999 rendu par la première chambre civile visait justement un mineur en bas âge.

²⁴⁸ Y voyant cependant une atteinte aux droits parentaux, M. Bruggeman, à propos de Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, préc.

²⁴⁹ Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, pourvoi n° 03-17912 ; RDSS 2006. 349, obs. M. Bruggeman ; RJPF-2006-2/44, obs. F. Eudier ; RTD Civ. 2006. 102, obs. J. Hauser.

l'administration des biens n'était pas en cause. La rédaction est maladroite puisqu'en aucun cas, les pouvoirs de l'administrateur *ad hoc* ne sont limités à la représentation patrimoniale et cette raison n'est pas suffisante pour fonder le refus de désignation d'un représentant spécial. En revanche, elle révèle le lien établi par les juges entre le rôle de l'administrateur *ad hoc* et la représentation du mineur dans l'exercice de ses droits qui trouve ses racines dans l'administration légale. Dès lors, la Cour de cassation, en ne souscrivant pas à la nomination d'un administrateur *ad hoc* pour défendre les intérêts de l'enfant et en fondant cette position sur la représentation au sens strict, le replace dans ses fonctions initiales : la représentation dans l'exercice des droits du mineur. Non seulement, le représentant spécial n'est pas à même de transmettre son opinion, mais sa mission doit être limitée à l'exercice des droits. Une telle décision, contestable dans la mesure où elle brouille le rôle de l'avocat²⁵⁰, n'est plus envisageable depuis le décret du 20 mai 2009 mais conserve toutefois un intérêt dans la mesure où la Cour de cassation a tenté de circonscrire la mission de l'administrateur *ad hoc*.

216. Le rôle de l'administrateur *ad hoc* demeure encore assez incertain. Mais si une mission élargie devait lui être conférée, elle ne doit pas être contestée dès lors qu'elle vise à protéger les intérêts du mineur. Afin de contenir le risque d'atteinte aux droits parentaux, une autonomie doit néanmoins être conservée à l'égard de l'administrateur *ad hoc* en droit pénal. Si le représentant spécial peut tout à fait être nommé afin de défendre les intérêts du mineur, c'est à la condition que l'opposition d'intérêts demeure le seul critère de désignation et surtout qu'elle conserve son indépendance par rapport à la notion pénale de protection insuffisante des intérêts. L'opposition d'intérêts ne doit ainsi pas être assimilée au risque de négligence²⁵¹ car une fusion des deux notions constituerait alors une réelle atteinte aux droits parentaux.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

217. En principe, le pouvoir de représentation est unitaire quant à son attribution en raison de la règle d'identité entre titulaires de l'exercice de l'autorité parentale et administrateurs légaux. Il arrive pourtant qu'à mesure des fluctuations de la fonction parentale, le pouvoir de représentation soit démembré et ne trouve plus uniquement son origine dans la loi, mais également dans une décision judiciaire. Représentation légale et

²⁵⁰ M. Bruggeman, obs. sous Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, préc.

²⁵¹ V. *infra* n° 484.

représentation judiciaire sont alors associées, de manière plus ou moins marquée selon les cas. La division du pouvoir de représentation est parfois clairement prévue par le législateur, à l'image de la tutelle et dans ce cas, les rôles sont bien attribués. En revanche, lorsque la division est le fruit de la conjonction d'une modification de l'exercice de l'autorité parentale et de la *summa divisio*, l'attribution des rôles est plus que confuse. Les décisions de justice sont fréquemment rendues, en l'absence de clarté des textes, *contra legem*. En cas de délégation-transfert ou de partage de l'autorité parentale, le pouvoir patrimonial ne peut pas évoluer parallèlement au pouvoir extrapatrimonial ce que les décisions négligent. Leur conception est finalement celle du transfert ou du partage d'une autorité parentale au sens large incluant les pouvoirs de direction et de contrôle comme celui, général, de représentation. Pourtant, la *summa divisio* impose une appréhension différente : la protection de la personne est assurée par l'autorité parentale sur la personne et la protection des biens est assurée par l'administration légale, chaque institution obéissant à un corps de règles étanches. Le caractère transversal de la représentation et le clivage gouvernant la protection conduisent à un démembrement matériel du pouvoir de représentation. La division du pouvoir est amenée à se développer en raison de l'accroissement du nombre de personnes pouvant exercer ce pouvoir sans pour autant être dotées de son intégralité. Ainsi en est-il des délégataires de l'autorité parentale, qu'il s'agisse d'un transfert ou d'un partage de l'exercice de l'autorité parentale, ou des tiers à qui l'enfant est confié, soit en vertu d'une mesure d'assistance éducative, soit en tant que simple gardien.

218. Le projet de réforme relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers va en ce sens. S'il ne modifie pas fondamentalement le droit positif, il le conforte durablement, dérivant même indirectement vers une représentation conventionnelle du mineur car le partage de l'exercice de l'autorité parentale pourrait avoir lieu par convention et non plus par décision judiciaire²⁵² et si cette solution était adoptée, les risques seraient grands pour l'intérêt de l'enfant. Vraisemblablement, les effets seraient identiques à ceux de la délégation-partage sans vérification de la conformité à l'intérêt de l'enfant. Dans ces conditions, une homologation judiciaire serait alors souhaitable. Par ailleurs, il

²⁵² Dans le même sens, v. *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités : pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, Rapport annuel 2006 du Défenseur des enfants, *op. cit.*, p. 61. Serait visé le cas où le tiers participe à la vie de l'enfant « de façon plus active et plus continue » que dans le cas d'un mandat d'éducation ; il ne pourrait accomplir que des « actes usuels nécessaires à la vie quotidienne ».

conviendrait que le contenu de la convention soit clairement déterminé. Le mandat d'éducation conféré au tiers risque quant à lui de brouiller davantage les lignes dans la mesure où son contenu demeure flou : il s'agit d'accomplir les actes usuels. Pour autant, ces actes semblent différents des actes envisagés en cas de partage conventionnel et s'apparenter à des actes purement factuels, excluant la représentation. Cependant, s'il s'agit de confier l'enfant à un tiers pendant les vacances ou aller chercher l'enfant à l'école, comme cela est suggéré²⁵³, il est possible de douter de l'intérêt d'un tel acte. En tout état de cause, il ne s'agirait pas d'exercice de l'autorité parentale susceptible de conférer un pouvoir de représentation au tiers.

219. Lorsqu'elle aboutit à une division du pouvoir de représentation, la *summa divisio* n'est pas dérangeante puisqu'il est concevable que plusieurs personnes exercent séparément un pouvoir dès lors qu'il est délimité et qu'en définitive, la protection est globale. En revanche, le caractère transversal a une incidence négative sur le fonctionnement des actes de représentation, celui-ci obéissant à un régime dualiste. Bien que globale, la protection est d'intensité variable selon que la personne ou les biens de l'enfant sont en cause.

²⁵³ *Ibid.*, p. 60. Le mandat serait donné à un tiers par un parent ou par les deux « pour accomplir certains actes usuels ou même certains actes graves relatifs à l'enfant ». Il serait donné de façon ponctuelle et pour une période déterminée, par exemple les vacances. Il ferait l'objet d'une convention pouvant être enregistrée au greffe du Tribunal d'Instance si les parties le souhaitent.

CHAPITRE 2 : L'INCIDENCE DE LA *SUMMA DIVISIO* SUR LES ACTES DE REPRÉSENTATION

220. Par son caractère transversal, la représentation se heurte à l'organisation binaire de la protection de l'enfant. Il n'existe dans ces conditions aucune théorie générale de la représentation du mineur sous autorité parentale. Au contraire, son régime est dualiste. Non seulement les actes de représentation, qui doivent être distingués des actes de direction et d'éducation de l'enfant, actes de pure autorité, sont soumis à une dualité anormale mais surtout la compétence judiciaire est incertaine et non conforme aux textes du Code civil. Si *de facto*, la représentation semble globalement unitaire, cette unité n'est qu'apparente ; dès que l'on ne se situe plus dans une famille idéale ou dès qu'il est nécessaire de recourir au juge, la dualité, l'incertitude et l'insécurité afférentes resurgissent. S'ensuit un fonctionnement complexe et anormal car la représentation extrapatrimoniale n'est pas soumise au même contrôle que la représentation patrimoniale (section 1). Toutefois, souhaitant que la protection de l'enfant soit envisagée dans toute sa globalité, le législateur, sur proposition de la Commission Guinchard²⁵⁴, a décidé de conférer la surveillance de l'administration légale et de la tutelle au seul juge aux affaires familiales permettant ainsi l'ébauche d'une théorie générale de la représentation du mineur qu'il conviendra d'approfondir (section 2).

²⁵⁴ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JO* 13 mai 2009, p. 7920 ; *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Commission sur la répartition des contentieux* présidée par S. Guinchard, La Documentation française, 2008.

Section 1 : LA DUALITÉ DU RÉGIME DE REPRÉSENTATION DU MINEUR SOUS AUTORITÉ PARENTALE

221. L'absence de théorie générale de la représentation du mineur conduit à une dualité du régime, soumis à la fois aux règles classiques d'autorité sur la personne et aux règles de l'administration légale. Cette dualité apparaît anormale. Elle pourrait ne pas l'être si elle n'aboutissait à une disparité dans la protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux et notamment à une protection inférieure dès lors que la protection de la personne est en cause. Si la disparité apparaît au niveau du régime des actes (§1), elle se manifeste également à propos du contrôle exercé sur les représentants : en principe gracieux, il est parfois contentieux selon le juge saisi (§2).

§1. LA DISPARITÉ DE PROTECTION DES INTÉRÊTS EXTRAPATRIMONIAUX ET PATRIMONIAUX

222. La représentation dans l'accomplissement d'actes relatifs à la personne de l'enfant demeure dans l'ombre de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, ce qui a pour conséquence la confusion des actes de représentation extrapatrimoniaux aux actes de direction et de contrôle de la personne, ces derniers classés en actes usuels et non usuels. *De facto* s'opère une assimilation des actes de représentation extrapatrimoniaux de faible gravité aux actes usuels, l'identité se produisant pour les actes non usuels. En réalité, cette assimilation est incorrecte puisqu'il est nécessaire de dissocier les actes de représentation des actes de direction et de contrôle. C'est l'absorption de la représentation extrapatrimoniaux par l'autorité parentale qui conduit à un tel amalgame. Néanmoins, l'étude des actes de représentation extrapatrimoniaux ne peut être effectuée sans partir de cette identification. L'examen du régime des actes de représentation nécessite ainsi l'étude des actes conservatoires, d'administration et de disposition, mais également celle des actes usuels et non usuels, et de leurs règles respectives. Dans ces conditions, la représentation hésite constamment entre unité et dualité. Si un même esprit semble régner sur la classification des actes d'autorité parentale sur la personne comme sur les biens, la dualité inhérente aux actes de représentation aboutit à une double typologie (A), ce qui se répercute nécessairement sur leur fonctionnement. La coparentalité imprime certes à tous les actes la règle de cogestion, la dualité du régime se révèle néanmoins toute entière en cas d'exercice unilatéral du pouvoir de représentation (B).

A. L'existence d'une double typologie fondée sur le critère commun de gravité des actes de représentation

223. C'est le critère de gravité entendue comme le caractère de ce qui est très important, d'une grande portée, pouvant avoir de lourdes conséquences, qui régit les actes de protection de l'enfant. En dépit d'un critère similaire aux actes patrimoniaux et extrapatrimoniaux, fondé sur l'impact de l'acte sur l'avenir de l'enfant, la classification des actes de représentation est nécessairement duale²⁵⁵, soumise au caractère transversal du pouvoir et à la division entre protection de la personne et protection des biens. Il est impossible de recenser tous les actes de représentation et si les actes patrimoniaux, bien connus et désormais listés pour une grande partie par le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008²⁵⁶, peuvent être envisagés rapidement (1), les actes de représentation extrapatrimoniaux méritent en revanche un examen plus approfondi dans la mesure où leur nature véritable est encore cachée (2).

1) Les actes de représentation patrimoniale

224. Malgré l'introduction récente d'une liste permettant de déterminer la qualification que doit recevoir un acte de gestion du patrimoine, le critère permettant de distinguer actes conservatoires, d'administration et de disposition garde sa pertinence, soit parce que la liste n'est pas exhaustive (a), soit parce que le représentant pourra y avoir recours pour disqualifier un acte (b).

a. Le critère de gravité économique de l'acte

225. Le Code civil ne donnant auparavant pas de définitions des actes patrimoniaux, la doctrine²⁵⁷ s'est chargée de cerner les contours de chacun. La classification s'opérait autour du critère de gravité de l'acte, juridique mais surtout économique²⁵⁸. La

²⁵⁵ S'ajoutent également les actes extrapatrimoniaux accomplis par le tuteur, actes ne répondant à aucune qualification précise. Ils sont toutefois assimilés aux actes patrimoniaux. V. *infra* n°282.

²⁵⁶ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 « relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle », *JO* 31 décembre 2008, p. 20631 ; *RTD Civ.* 2009. 180, note A.-M. Leroyer ; Th. Fossier, « Actes de gestion du patrimoine des personnes protégées », *JCP G* 2009, Act. 20 ; I. Maria, « De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées », *Dr. famille* 2009, étude 31.

²⁵⁷ Cl. Brenner, *L'acte conservatoire*, *op. cit.* ; R. Verdot, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, *op. cit.* ; F. Leduc, *L'acte d'administration, nature et fonctions*, *op. cit.* V. *supra* n° 47.

²⁵⁸ Soulevant l'insuffisance de ce seul critère, Fl. Fresnel, « L'intérêt de la qualification de l'acte dans le cadre d'une mesure de protection juridique », *RJPF*-2001-4/ 7.

qualification des actes patrimoniaux était néanmoins biaisée²⁵⁹ dans la mesure où fréquemment un acte était qualifié d'acte de disposition parce qu'il requérait l'accord des deux administrateurs légaux ou que le tuteur avait pour l'accomplir besoin de l'autorisation du conseil de famille et non parce qu'il correspondait à un critère prédéfini consistant en un risque pour l'avenir de l'enfant. Désormais, le reproche aura moins lieu d'être puisque le législateur a tenté par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs et par le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle de poser une définition claire²⁶⁰ de chaque qualification, sans pour autant faire œuvre nouvelle, puisqu'il a repris les définitions élaborées par la doctrine²⁶¹. Le critère demeure économique, consistant dans l'effet de l'acte sur le patrimoine de la personne protégée et à l'aide de la liste dressée par le décret de 2008 ou à défaut des définitions apportées, les actes patrimoniaux peuvent être classés selon leur gravité : faible, s'agissant des actes conservatoires et des actes d'administration ou importante, lorsqu'il s'agit d'actes de disposition.

226. Parce qu'ils possèdent un effet « neutre » sur le patrimoine de la personne protégée sont des actes conservatoires l'inscription d'hypothèque, la demande d'apposition de scellés ou encore l'interruption de la prescription. Sont des actes d'administration parce qu'ils n'affectent pas substantiellement le patrimoine de son titulaire la conclusion et le renouvellement d'un bail de neuf ans au plus en tant que bailleur ou preneur, la résiliation du bail d'habitation en tant que bailleur, les travaux d'améliorations utiles ou réparations d'entretien des immeubles, l'ouverture d'un premier compte ou livret, la demande de délivrance d'une carte de retrait, la réception de capitaux et la perception de revenus, l'emploi ou le remploi de sommes qui ne sont ni des capitaux, ni des excédents de revenus, les actes accomplis sur des meubles d'usage courant ou de faible valeur, l'inventaire, l'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net, l'action en justice relative à un droit patrimonial²⁶², la conclusion ou le renouvellement d'un contrat d'assurance, la renonciation à un contrat d'assurance-

²⁵⁹ Th. Fossier, art. préc.

²⁶⁰ Les incertitudes ne sont pour autant pas complètement dissipées, à propos des actes non visés par la liste du décret, tout le problème résidant dans le caractère limitatif de cette liste et dans l'inadaptation d'une définition soit trop rigide, soit trop floue.

²⁶¹ V. *supra* n° 47.

²⁶² Annexe 1, colonne 1, VI° du décret du 22 décembre 2008.

vie²⁶³. Revêtent la qualification d'acte de disposition la demande de carte de crédit, la conclusion de contrat de gestion de valeurs mobilières, la disposition de droits relatifs au logement de la personne protégée, les actes portant sur des meubles de valeur ou constituant une part importante du patrimoine, action en nullité, rescision ou réduction. En revanche, la gravité de l'acte peut être telle que certains actes ne peuvent être accomplis par le représentant²⁶⁴ : l'aliénation gratuite des biens ou droits du mineur, la remise de dettes, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction successorale, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement, la constitution gratuite de servitude ou de sûreté pour garantir la dette d'un tiers.

La question s'est posée de savoir si l'action relative à un droit extrapatrimonial devait être exercée au titre de l'autorité sur la personne ou de l'administration légale. La jurisprudence a considéré que les administrateurs légaux avaient qualité pour exercer une telle action²⁶⁵, conjointement ou autorisés par le juge des tutelles. Il s'agit d'un des rares cas où un acte relatif à la personne de l'enfant dépend de l'administration légale, à tel point que la doctrine doute de la pertinence d'un tel rattachement²⁶⁶. Le décret du 22 décembre 2008 clôt le débat puisque l'action tendant à faire cesser une atteinte à un droit de la personnalité est un acte de disposition²⁶⁷. Pour autant, le débat pourrait ne pas être totalement clos dans la mesure où le décret s'applique à des cas où la protection est globale sans dépendance à l'égard du clivage fondamental et à suivre la logique gouvernant la protection de l'enfant, une telle action devrait être exercée par les défenseurs des intérêts extrapatrimoniaux du mineur. Il convient de noter la spécificité - et même l'ambiguïté - des actions relatives à la filiation du mineur. Durant la minorité de l'enfant, l'action en recherche de maternité ou de paternité appartient au seul parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie en vertu de l'article 328 du Code civil. La jurisprudence a décidé que la qualité de parent suffit à lui permettre d'agir sans qu'il soit nécessaire d'être autorisé par le juge des tutelles²⁶⁸. L'action paraît échapper

²⁶³ Civ. 1^{ère} 18 mai 2011, pourvoi n° 10-23114.

²⁶⁴ Article 509 du Code civil.

²⁶⁵ Civ. 1^{ère} 6 novembre 1985, *Bull. civ. I*, n° 291: « L'administrateur légal des biens d'un mineur a qualité pour le représenter même dans les actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux à moins qu'elles n'aient un caractère strictement personnel ce qui n'est pas le cas des actions relatives au nom. » V. également, Paris 25 avril 2000, *RTD Civ.* 2000. 802, obs. J. Hauser.

²⁶⁶ A. Gouttenoire, H. Fulchiron, art. préc., n° 86.

²⁶⁷ Annexe 1, colonne 2, VI° du décret du 22 décembre 2008.

²⁶⁸ Civ. 1^{ère} 12 octobre 1983, *Bull. civ. I*, n° 230.

au régime de la représentation pour être un droit propre du parent. Pourtant, les articles 325 et 327 du Code civil disposent que l'action est réservée à l'enfant. Aussi, il s'agit bien d'un exercice par représentation puisqu'est en cause un droit subjectif du mineur et selon certains auteurs, il ne s'agit pas d'une règle concernant la qualité pour agir, mais « plus exactement d'une règle de pouvoir commandée par la situation d'incapacité dans laquelle se trouve le mineur. »²⁶⁹ En tout état de cause, de telles actions échappent aux règles de l'administration légale.

D'autres actes de représentation sont susceptibles de soulever des difficultés, ainsi en est-il des actes pouvant faire l'objet d'une requalification.

b. Les difficultés nées de la possibilité de disqualification et requalification des actes patrimoniaux

227. Innovation majeure du décret, à la fois source de souplesse mais également de doutes, la personnalisation des actes permet au tuteur de disqualifier ou requalifier un acte en fonction des circonstances de l'espèce, des conséquences réelles de l'acte sur le contenu ou la valeur du patrimoine, sur les prérogatives de la personne protégée ou sur son mode de vie. Il en est ainsi des actes de gestion d'un portefeuille financier, de l'exercice du droit de vote dans les assemblées, de la souscription à une augmentation de capital sauf ce qui est dit sur le placement de fonds, du paiement de dettes, de la conclusion ou de la rupture d'un contrat de travail en qualité d'employeur ou de salarié. Ces actes initialement qualifiés d'actes d'administration peuvent être requalifiés en actes de disposition par le tuteur. De la même manière des actes de disposition comme la cession d'un portefeuille en pleine propriété ou en nue-propriété, le prélèvement sur le capital à l'exclusion du paiement des dettes, l'emprunt de sommes d'argent, le prêt consenti par la personne protégée, la conclusion d'un contrat d'exploitation d'un droit ou d'un meuble incorporel peuvent être disqualifiés par le tuteur et requalifiés en actes d'administration.

Cette faculté permet de tenir compte de la réalité de la situation de la personne protégée. Ainsi, ce qui est un acte d'administration pour une personne possédant un patrimoine « moyen » peut avoir de lourdes conséquences pour qui a de faibles ressources et relever alors de la catégorie des actes de disposition. A l'inverse, un acte

²⁶⁹ R. Le Guidec, G. Chabot, « Filiation », *Rép. civ. Dalloz*, 2008, n° 31 et 104.

qualifié de disposition car il affectera substantiellement un patrimoine « moyen » peut être qualifié d'acte d'administration pour qui possède des fonds importants. Le critère de l'impact sur l'avenir du patrimoine ne doit donc pas être interprété de manière purement abstraite mais être confronté à la situation concrète en cause. Dès lors, c'est toujours bien le critère de l'effet de l'acte qui domine mais à appliquer avec une certaine souplesse.

228. Cependant, la mise en œuvre de cette faculté suscite des interrogations. En premier lieu, est-elle ouverte au seul tuteur, l'est-elle à l'administrateur légal ? Celui-ci peut-il considérer qu'un acte ne mérite pas la qualification d'acte d'administration et décider qu'il s'agit d'un acte de disposition avec toutes les conséquences que cette qualification implique ? Surtout peut-il disqualifier un acte de disposition en acte d'administration et décider de se dispenser de l'accord de l'autre administrateur ? Quelles en seront alors les conséquences dans les rapports avec les tiers, entre les parents et à l'égard du mineur ?

Aucune raison ne semble s'opposer à ce que les administrateurs légaux puissent bénéficier de cette faculté²⁷⁰, la nécessité de s'adapter à la réalité du patrimoine du mineur pouvant également être invoquée. Si l'administrateur légal, pur et simple ou sous contrôle judiciaire, souhaite requalifier un acte d'administration en acte de disposition, la mise en œuvre de la requalification passe par la recherche soit de l'accord de l'autre parent, soit par la demande d'autorisation auprès du juge des tutelles. Les intérêts de l'enfant ne seront en aucun cas compromis. En revanche, la mise en œuvre de cette faculté semble problématique lorsqu'il s'agit de disqualifier un acte de disposition en acte d'administration. D'une part, le ou les représentants sont-ils en mesure d'effectuer un tel choix, et cela en toute objectivité ? L'inaptitude des représentants ne doit pas compromettre les intérêts du mineur. D'autre part, si l'acte est alors qualifié d'acte d'administration, aucun contrôle *a priori* n'est opéré, ni relatif au bien-fondé de la requalification, ni quant à l'inutilité d'une autorisation, la décision relevant des seuls représentants. Le risque est moindre en matière d'administration légale pure et simple, où l'idéal est une concertation préalable des administrateurs légaux. La décision de disqualification devrait même être par principe conjointe au vu

²⁷⁰ Le titre XII régissant la gestion du patrimoine s'applique en effet tant aux majeurs protégés qu'aux mineurs, sous tutelle ou sous administration légale, conformément à l'article 389-7 du Code civil.

des conséquences qu'elle implique. Cependant, si un administrateur légal décide seul de cette disqualification-requalification, par exemple en cas de désaccord de l'autre parent ou par volonté de l'ignorer, voire tout simplement en décidant de bonne foi que l'acte ne présente pas une telle gravité, quelle est en la conséquence ? Les mêmes questions se posent pour l'administrateur légal sous contrôle judiciaire et le tuteur. L'enjeu risque dans de tels cas de figure de porter non pas sur la qualification de l'acte mais sur la volonté d'éviter les règles afférentes à l'acte de disposition.

Dans le cas où la disqualification n'était pas justifiée, le droit commun de la responsabilité et du dépassement de pouvoirs de l'administrateur légal doit être appliqué²⁷¹. Si le représentant décide de se passer du double accord ou de l'autorisation judiciaire nécessaire, le mineur, sur le fondement de l'article 412 du Code civil, et l'autre représentant peuvent agir en responsabilité contre lui. Quant à l'acte lui-même, il encourt la nullité dans la mesure où requérant un double accord ou une autorisation du juge des tutelles, la condition de sa validité n'est pas remplie.

Le rôle conféré aux tiers cocontractants est susceptible d'atténuer les risques engendrés par le processus de disqualification. Jugeant que le tuteur agit sans précautions, ils devront lui suggérer de se pourvoir d'une autorisation²⁷². La proposition est applicable aux administrations légales, mais elle semble octroyer une confiance démesurée aux tiers dans la mesure où ils ne sont pas garants de l'emploi des capitaux, ni ne sont tenus d'informer le juge d'actes ou d'omissions susceptibles de porter préjudice à la personne protégée, l'article 499 du Code civil n'énonçant qu'une faculté. Il n'en est en revanche pas de même si l'acte ou l'omission compromettent manifestement les intérêts de la personne protégée. Cette dernière disposition est de nature à encadrer davantage le processus de disqualification d'un acte patrimonial mais elle est de portée limitée dans la mesure où elle ne s'applique qu'aux actes d'emploi des capitaux. Toutefois dans la mesure où l'administrateur légal n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers en cas d'annulation de l'acte consécutive à un dépassement de pouvoirs car ces derniers sont supposés s'assurer des pouvoirs détenus par le représentant, les tiers seront enclins à informer le juge sur le fondement de l'article 499 alinéa 1^{er} du Code civil.

²⁷¹ V. *infra* n° 448 et 457.

²⁷² Th. Fossier, art. préc.

Au-delà du problème d'aptitude technique du représentant, la réalisation concrète de l'opération de disqualification-requalification porte en elle le germe d'un contentieux nouveau. Elle ne remet néanmoins pas en cause l'idée selon laquelle la détermination de la nature d'un acte et par conséquent de son régime repose sur ses conséquences sur le patrimoine et l'avenir de l'enfant.

2) Les actes de représentation extrapatrimoniale

229. Contrairement aux actes patrimoniaux, il n'existe ni définition légale ou réglementaire, ni liste des actes relatifs à la personne, et encore moins des actes de représentation extrapatrimoniale. La mise en évidence d'un critère de distinction est le fruit de l'action conjuguée de la doctrine et de la jurisprudence, et c'est encore la gravité de l'acte qui régit sa qualification (a). L'étude des actes de représentation ne peut passer outre la typologie des actes d'autorité et de direction : actes usuels, s'agissant des actes de faible gravité et actes non usuels à propos des actes plus graves (b).

a. Le critère de gravité personnelle de l'acte

230. Notion-cadre, les actes usuels - et leur contraire - ne peuvent être définis précisément²⁷³. En l'absence de prévision législative, quelques caractères discriminants ont néanmoins été mis en évidence par la doctrine et la jurisprudence : la gravité et la quotidienneté de l'acte²⁷⁴. Plus précisément, la gravité s'apprécie à la lumière des conséquences de l'acte sur la vie de l'enfant. Ainsi, les critères les plus à même de distinguer un acte usuel d'un acte non usuel résident dans la rupture avec la pratique antérieure des parents et l'impact sur l'avenir de l'enfant²⁷⁵. L'avant-projet de réforme de l'autorité parentale et des droits des tiers ainsi que le rapport Leonetti proposent d'ailleurs une définition de l'acte non usuel, « acte important » comme celui « engag[eant] l'avenir de l'enfant ou touchant à ses droits fondamentaux »²⁷⁶. L'application²⁷⁷ de ce critère nécessite d'effectuer une appréciation *in abstracto* de

²⁷³ P. Hénaff, « L'unité des notions-cadre », *JCP* 2005, I, 189 ; A. Wagner, « Les apports de l'analyse linguistique dans la conception du flou et de la sécurité juridique », *JCP* 2005, I, 195.

²⁷⁴ F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1039.

²⁷⁵ A. Gouttenoire, « Autorité parentale », in *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 232-172 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, *op. cit.*, n° 1602 ;

²⁷⁶ *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, *op. cit.*, p. 58.

²⁷⁷ Entre la réflexion doctrinale, la volonté législative et l'application que font les juridictions du critère, il existe néanmoins des différences. En effet, comme en matière patrimoniale, pour déterminer le caractère usuel ou non d'un acte, il est rarement fait référence au critère de gravité de l'acte et la plupart du temps, un acte est considéré comme non usuel car il requiert l'accord des deux parents. Les juges qualifient

l'acte mais également de tenir compte des circonstances en y associant une appréciation *in concreto*²⁷⁸.

231. Qu'il s'agisse d'actes patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, ce sont donc bien la gravité de l'acte et son impact sur l'avenir de l'enfant qui permettront sa qualification et la détermination consécutive de son régime. Bien que la classification soit imprégnée d'un esprit semblable, il n'en reste pas moins qu'elle demeure double, dès lors que le mineur est sous l'autorité parentale de ses parents.

b. Les actes relatifs à la personne accomplis par représentation

232. Les actes extrapatrimoniaux peuvent être également classés selon leur gravité faible (α) ou importante (β).

α) Les actes de faible gravité

233. Sont considérés comme des actes usuels car ils ne compromettent pas l'avenir de l'enfant la réinscription de l'enfant dans un établissement scolaire de même type, mais ne l'est pas le changement d'établissement s'il est radicalement différent, les autorisations d'absence, l'occupation du temps libre, l'inscription de l'enfant sur le passeport d'un des parents²⁷⁹. Cependant, ces derniers actes ne sont pas des actes de représentation mais des actes de direction et de contrôle. En revanche, la demande de passeport au nom de l'enfant est un acte de représentation et nécessite l'accord d'un seul

l'acte en fonction de son régime, or c'est normalement la nature de l'acte qui en déterminera le régime. Il peut être opposé à ce reproche le caractère implicite du critère de gravité dans les motivations. Il n'en reste pas moins que le raisonnement apparaît comme faussé, dans la mesure où d'une part la démarche est inversée et d'autre part, même un acte usuel requiert un double consentement. Le problème se pose de manière accrue désormais. En effet, l'exercice en commun se généralise malgré les séparations et les désaccords parentaux se multiplient quant aux décisions à prendre relativement à la personne de l'enfant. L'exercice en commun de l'autorité parentale n'étant pas toujours harmonieux, savoir si le consentement des deux parents est requis ou si la présomption d'accord joue revêt un intérêt d'autant plus grand, pour les tiers en tout cas. Dès lors, la qualification de l'acte s'avère cruciale. Il est même parfois possible de se demander si l'exigence d'un double consentement n'est pas posée non en considération de la nature de l'acte et de sa qualification mais en fonction de la coparentalité irriguant tout le droit de l'autorité parentale. Cette dimension apparaît en tout cas lors de la détermination de la qualification, préalable souvent oublié, et du régime des actes. Ainsi, le changement de nom ou l'adjonction du nom d'usage ont posé problème, V. *infra* n° 235 et 237.

²⁷⁸ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1602 ; A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *in Droit de la famille, op. cit.*, n° 232-172.

²⁷⁹ CE 8 février 1999, *D.* 2000, somm. 161, obs. F. Vauvillé ; *Dr. famille* 1999, comm. 40, obs. P. Murat ; *Rép. Def.* 1999. 944, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1999. 360, obs. J. Hauser ; CE, réf. 4 décembre 2002, *Rép. Def.* 2003. 620, obs. J. Massip ; *Dr. famille* 2003, comm. 12, obs. P. Murat. Cependant, l'exigence, depuis 2005, pour le mineur de posséder son propre passeport prive d'effectivité cette faculté.

parent²⁸⁰, s'apparentant donc à un acte usuel. Il en est de même pour toute demande de documents administratifs au nom de l'enfant. Il convient de noter que semble émerger une catégorie d'actes intermédiaires : la demande de carte d'identité auparavant considérée comme acte usuel appartient désormais à une catégorie particulière en raison des risques d'enlèvement d'enfant en cas de séparation des parents²⁸¹. Les actes médicaux courants sont des actes usuels. S'agissant de l'autorisation de pratiquer une intervention chirurgicale requise par l'article R. 1112-35 du Code de la santé publique, tout dépend du caractère bénin ou non de celle-ci. La circoncision à titre médical est ainsi une opération chirurgicale bénigne, relevant de la catégorie des actes usuels²⁸².

β) Les actes graves de représentation extrapatrimoniale

234. Sont des actes non usuels de représentation le consentement donné à l'intervention chirurgicale lourde ou n'étant pas nécessaire sur le plan médical²⁸³, le prélèvement de moelle osseuse²⁸⁴, le prélèvement de sang ou de ses composants²⁸⁵, la recherche biomédicale²⁸⁶, l'utilisation des organes, tissus, éléments et produits du corps humains prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans l'intérêt du mineur, l'examen génétique effectué en vue de rechercher une maladie²⁸⁷. S'agissant des conventions portant sur les droits de la personnalité de l'enfant, la jurisprudence en

²⁸⁰ Article 8 du décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 abrogeant le décret n° 2001-185 du 26 février 2001 : « La demande de passeport faite au nom d'un mineur est présentée par une personne exerçant l'autorité parentale. »

²⁸¹ L'avant-projet de loi relatif à l'autorité parentale et aux droits des tiers, approuvé par le rapport Leonetti, prévoit que la délivrance de titres d'identité ou de voyages soit soumise à l'accord des deux parents. Face aux contestations arguant de l'octroi d'un droit de veto pouvant faire l'objet d'un usage injustifié et abusif par l'un des parents, et pouvant notamment priver l'enfant de vacances ou de relations avec sa famille, il est proposé par le rapport de fixer un délai de réponse, le silence valant acceptation. Il n'est pas certain néanmoins que le risque d'abus soit véritablement écarté par cette disposition.

²⁸² TGI Paris 6 novembre 1973, *Gaz. Pal.* 1974, 1, 299, note G. Barbier.

²⁸³ Si la circoncision à visée médicale est un acte usuel car bénin, tel n'est pas le cas de la circoncision effectuée à des fins rituelles, et non justifiée par des impératifs médicaux : Paris, 29 septembre 2000, *D.* 2001. 1585, note C. Duvert.

²⁸⁴ Articles L. 1241-2 et L. 1241-3, R. 1241-17 à R. 1241-19 du Code de la santé publique. Le consentement des représentants doit être donné par oral ou par écrit devant le président du TGI ou un magistrat désigné par lui. En cas d'urgence vitale, il peut être exprimé devant le procureur de la République. L'autorisation du comité d'experts est également requise.

²⁸⁵ Article L. 1221-5 du Code de la santé publique. Il n'est autorisé sur un mineur qu'en cas d'urgence thérapeutique ou lorsqu'aucun donneur majeur immunologiquement compatible n'a été trouvé. Chaque titulaire de l'exercice de l'autorité parentale doit de surcroît donner son consentement par écrit.

²⁸⁶ Articles L. 1121-7, L. 1122-1, L. 1122-2 II du Code de la santé publique. Toutefois le consentement d'un seul suffit néanmoins lorsque la recherche comporte peu de risques, qu'elle est réalisée à l'occasion d'un acte de soins ou que l'autre parent ne peut donner son consentement dans le délai requis.

²⁸⁷ Articles L. 1235-2 et L. 1245 et R. 1131-4 du Code de la santé publique. Dans ces derniers cas, le législateur n'a pas précisé si un double consentement était exigé. Mais de tels actes touchant aux droits fondamentaux, ils doivent être considérés comme non usuels.

affirmant l'exigence du consentement des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale manque souvent de précision dans la mesure où elle ne détermine ni la nature de l'acte ni son régime, se contentant de viser « les » titulaires de l'exercice de l'autorité²⁸⁸. Il a pourtant été jugé que le passage à la télévision d'un enfant n'était pas un acte usuel²⁸⁹, ni la publication de photographies dans un journal²⁹⁰. Le changement de nom, l'adjonction d'un nom d'usage, les démarches en matière de nationalité, la francisation des nom et prénoms sont également des actes non usuels. Dans la mesure où cette conclusion n'a pas toujours été évidente, il importe de les étudier plus précisément.

235. Les dispositions relatives à l'identité de l'enfant : le changement de nom de famille de l'enfant.

Une fois choisi²⁹¹, le nom de famille²⁹² ne peut être modifié en vertu du principe d'immutabilité du nom²⁹³, sauf en cas d'établissement tardif du second lien de filiation ou de changement administratif de nom justifié par un intérêt légitime ou par la volonté d'éviter l'extinction du nom. Dans le premier cas, le nouvel article 311-23 issu de la loi du 16 janvier 2009²⁹⁴ permet aux parents pendant toute la minorité²⁹⁵ de l'enfant de modifier le nom par adjonction ou substitution par déclaration conjointe devant

²⁸⁸ Civ. 1^{ère} 27 mars 1990, préc. ; Civ. 1^{ère} 12 décembre 2000, préc. « La divulgation de l'image d'un mineur est soumise à l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale. »

²⁸⁹ Versailles 11 septembre 2003, *RJPF*-2003-12/30, note F. Eudier.

²⁹⁰ Civ. 1^{ère} 27 février 2007, préc.

²⁹¹ La dévolution du nom de famille de l'enfant a connu récemment de nombreux bouleversements (Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, loi n° 2003-516 du 18 juin 2003, ordonnance n° 2005-750 du 4 juillet 2005, loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009). Dès lors que la filiation a été établie au plus tard le jour de la déclaration de naissance ou par la suite mais simultanément, les deux parents peuvent, par déclaration conjointe remise à l'officier d'état civil, choisir le nom de l'enfant selon l'article 311-21 du Code civil. Lorsque les conditions sont remplies, le nom de famille peut correspondre soit au nom du père, soit au nom de la mère, soit aux deux noms accolés peu importe l'ordre. En l'absence de choix des parents, l'enfant porte le nom du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en premier et en cas d'établissement simultané, le nom du père. Si la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul lors de la déclaration de naissance, seul celui-ci transmet son nom à l'enfant, l'attribution étant automatique selon l'article 311-23. Lorsque les deux noms des parents sont accolés, une circulaire du ministère de la Justice du 6 décembre 2004 imposait un double tiret pour les séparer et les distinguer du nom composé. Cependant, ce texte a été censuré par le Conseil d'État. V. CE 4 décembre 2009, n° 315818 ; *AJ fam.* 2010. 46, obs. I. Gallmeister ; *Dr. famille* 2010, repère 2, obs. P. Murat.

²⁹² C. Marie, « Le nom de l'enfant », *AJ fam.* 2009. 199.

²⁹³ Article 1^{er} de la loi du 6 fructidor an II.

²⁹⁴ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JO* 18 janvier 2009, p. 1062. V. F. Dekeuwer-Défossez, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation, plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009/58, n° 26.

²⁹⁵ Avant la loi du 16 janvier 2009, en cas d'établissement tardif du second lien de filiation, il était déjà possible aux parents d'opérer une modification du nom de l'enfant et d'appliquer les dispositions de l'article 311-21. Cependant, cette modification n'était possible que pour les enfants nés avant le 1^{er} janvier 2005. Elle existe désormais pour tous les mineurs.

l'officier d'état civil²⁹⁶, sous réserve du consentement de l'enfant de plus de 13 ans. Dans la mesure où ce changement est lié à la filiation de l'enfant, il ne peut être considéré comme un acte de représentation, d'autant plus que le parent à l'égard duquel la filiation a été établie en dernier n'exerce pas nécessairement l'autorité parentale²⁹⁷. Dans le second cas, le changement s'effectue par décret et peut être direct ou indirect²⁹⁸. S'il est âgé de plus de 13 ans, le consentement de l'enfant est également requis²⁹⁹.

Le changement indirect implique une modification du nom des parents se répercutant de plein droit sur le nom de l'enfant de moins de 13 ans. Il pose le problème de l'effet collectif et de sa coexistence avec la représentation du mineur. En effet, l'enfant peut voir son nom modifié, simplement parce que le parent dont il porte le nom a changé le sien. Dans ce cas, il ne s'agit pas de représentation mais d'effet collectif, comme en matière de nationalité. L'enfant voit un élément de sa personnalité modifié sans que la représentation soit à l'origine du changement. Seul le rattachement juridique au parent, le lien de filiation en sont la cause. Pour pallier le caractère autoritaire du changement le consentement du mineur de plus de 13 ans est requis³⁰⁰.

En revanche, l'est le changement direct. Tout porte à croire qu'un tel acte est un acte non usuel dans la mesure où ses conséquences vont affecter la vie de l'enfant de manière très importante. Cependant, cette affirmation doit être précisée à la lumière de la jurisprudence. Le Conseil d'État a considéré qu'en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, l'accord du parent qui n'exerce pas l'autorité est requis pour changer le nom de l'enfant³⁰¹. Cet arrêt rendu après les contestations suscitées par l'arrêt *Akierman* rendu par le Conseil d'État le 30 juin 2000³⁰² a opté pour une solution radicale.

La position du Conseil d'État aboutit à faire du changement de nom de l'enfant, un acte

²⁹⁶ Cass. Avis 13 septembre 2010, n° 0100004, *RJPF*-2010-12/12, obs. I. Corpart. Dans son avis, la Cour de cassation admet qu'en cas de désaccord parental et dans le cadre d'une action en établissement de la filiation, le tribunal statue sur le nom de l'enfant sur le fondement de l'article 331 du Code civil.

²⁹⁷ Article 372 du Code civil.

²⁹⁸ Articles 61 et suivants du Code civil.

²⁹⁹ Article 1149-1 du Code de procédure civile.

³⁰⁰ V. *infra* n° 392.

³⁰¹ CE 27 juillet 2005, n° 265340 ; *RLDC* 2006/24, n° 997 et 2006/25, n° 1033, notes G. Raoul-Cormeil ; *RTD Civ.* 2005. 753, obs. J. Hauser. Il n'en est revanche pas de même en cas de retrait de l'autorité parentale, v. CE 4 décembre 2009, n° 309004.

³⁰² CE 30 juin 2000, n° 189324 ; *RTD Civ.* 2000. 799, obs. J. Hauser ; *D.* 2001. 3486, note J. Massip. Le Conseil d'État a décidé que le père qui souhaitait changer de nom et faire bénéficier ses enfants du changement n'avait pas à demander l'accord de la mère.

non usuel, et va même plus loin puisqu'il s'agit d'un acte non usuel nécessitant l'accord des deux parents, indépendamment de l'exercice de l'autorité mais lié à sa titularité.

Si certains ont considéré qu'il fallait alors comprendre le changement de nom de l'enfant comme un attribut exceptionnel de l'autorité parentale³⁰³, le Conseil d'État semble s'être davantage fondé sur le droit pour le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale d'être informé des choix importants de la vie de l'enfant et de surveiller l'éducation et l'entretien de l'enfant dans la mesure où il vise l'article 373-2-1 du Code civil. Or, la jurisprudence judiciaire refuse de considérer que ce droit puisse s'apparenter à un droit d'ingérence ou à un droit de veto³⁰⁴. Dès lors, exiger le consentement du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale dépasse le cadre de l'article 373-2-1. Si ce parent s'oppose au changement de nom, il est préférable qu'il saisisse le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 373-2-6 du Code civil³⁰⁵ ou qu'il fasse opposition au décret sur le fondement de l'article 61-1. Finalement, à la suite de cet arrêt, le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a modifié l'article 2-7° du décret n° 94-52 du 20 janvier 1994³⁰⁶ et prévu que si la demande n'est pas formée par les deux parents exerçant l'autorité parentale, une autorisation judiciaire est requise³⁰⁷. L'accord des deux titulaires de l'exercice de l'autorité parentale est ainsi bien requis pour changer le nom de l'enfant, cet acte étant un acte non usuel.

Pourtant, il semble qu'il s'agisse d'un acte de gravité supérieure, d'un acte non usuel particulier. En effet, le décret vise le cas de parents exerçant en commun l'autorité parentale et ne parvenant pas à se mettre d'accord, mais également le cas d'exercice unilatéral. Contrairement à la jurisprudence administrative, le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale qui ne l'exerce pas ne donne pas son consentement. En revanche, le juge délivre une autorisation. Or, en matière d'autorité sur la personne, jamais le juge n'est amené à autoriser un acte relatif à la personne du mineur. En cas de parent exerçant seul l'autorité parentale, il prend seul les décisions relatives à la vie de l'enfant,

³⁰³ G. Raoul-Cormeil, art. préc.

³⁰⁴ Civ. 2^e 16 mai 1973, *Bull. civ.* II, n° 166 ; *RTD Civ.* 1974. 139, obs. R. Nerson.

³⁰⁵ V. *infra* n° 246 et 260.

³⁰⁶ Article 2, 7° du décret n° 94-52 du 20 janvier 1994. Pour l'exposé du décret, F. Dekeuwer-Défossez, art. préc. V. également *infra* n° 275 et s.

³⁰⁷ Sur le juge compétent, voir *infra* n° 279.

graves ou non. Par conséquent, une nouvelle catégorie d'actes extrapatrimoniaux semble émerger³⁰⁸.

236. Le changement, l'adjonction ou la suppression de prénoms de l'enfant

Depuis la loi du 8 janvier 1993, le ou les prénoms sont choisis librement par les père et mère³⁰⁹, sous réserve que leur choix ne porte pas atteinte à l'intérêt de l'enfant³¹⁰ ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille. S'il est justifié d'un intérêt légitime, il est possible de changer de prénom, d'en ajouter un ou de le supprimer. L'article 60 du Code civil prévoit que la requête est présentée au nom du mineur au juge aux affaires familiales « par son représentant légal », le consentement de l'enfant de plus de 13 ans étant requis³¹¹. La rédaction de l'article laisse penser que l'accord d'un seul parent suffit. Pourtant, la gravité de l'acte ne fait pas de doute et l'acte répond aux critères de l'acte non usuel : acte engageant l'avenir de l'enfant et rompant avec son passé. Dès lors, l'accord des deux titulaires de l'exercice de l'autorité parentale est requis³¹².

237. L'adjonction d'un nom d'usage

Les lois modifiant la dévolution du nom de famille n'ont pas abrogé l'article 43 de la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 qui autorise toute personne majeure à ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien. Le maintien de cette disposition a été justifié par son application résiduelle aux enfants nés avant l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 de la loi du 4 mars 2002 qui ne bénéficient pas du double nom. L'alinéa 2 prévoit qu'« à l'égard des enfants mineurs, cette faculté est mise en œuvre par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ». La rédaction de l'alinéa 2 est pour le moins évasive quant à la nature de l'acte accompli - direction ou représentation - mais également quant aux modalités d'exercice. L'adjonction semble relever d'un acte de direction et de contrôle eu égard à la formulation « mise en œuvre »

³⁰⁸ V. *infra* n° 275.

³⁰⁹ Article 57 alinéa 2 du Code civil.

³¹⁰ Versailles 7 octobre 2010, *AJ fam.* 2011. 53, obs. F. Chénéde. Les juges ont considéré que le choix du prénom « Titeuf » n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant au motif qu'il « est de nature à attirer les moqueries » et qu'il « risque de constituer un handicap pour l'enfant ».

³¹¹ Articles 1055-1 à 1055-3 du Code de procédure civile.

³¹² La question se pose de savoir comment procéder en cas de désaccord des parents exerçant en commun l'autorité parentale ou d'exercice unilatéral. Le droit commun paraît s'appliquer puisqu'il n'est pas possible de raisonner par analogie avec la procédure de changement de nom, les procédures étant radicalement différentes.

mais l'imprécision du vocabulaire n'écarte absolument pas la mise en œuvre par représentation. Ainsi, elle peut également résulter d'un souhait de l'enfant, auquel cas, il y aura alors représentation. Mais même sans que l'acte résulte d'une volonté de l'enfant, il est accompli par représentation dès lors qu'il s'agit de modifier un élément de son identité. Certes, il ne s'agit que d'un nom d'usage et non du nom légal tel que le nom de famille ; il ne bénéficie donc pas des effets de droit de ce dernier³¹³. Pour autant, il s'agit d'un élément de la personnalité de l'enfant, celui-ci jouissant comme toute personne du droit d'user du nom du parent qui ne lui a pas transmis le sien³¹⁴. Dès lors, le raisonnement en termes de droit subjectif oblige à poser le problème de la représentation de l'enfant. Le consentement du mineur de plus de 13 ans n'est pas expressément requis mais même si son état n'est pas modifié, un tel choix peut avoir des conséquences importantes sur sa vie quotidienne. Aussi, son consentement doit être recueilli³¹⁵.

La jurisprudence avait d'abord autorisé la mère à ajouter seule son nom à celui de son enfant³¹⁶. Il ne s'agissait néanmoins que d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, ce qui ne permettait pas d'établir à quelle catégorie appartenait l'acte. Les circulaires du 26 juin 1986³¹⁷ et du 4 novembre 1987 prévoyaient pour la première qu'« en cas d'exercice de l'autorité par un seul parent, ce dernier n'a pas à demander l'accord de l'autre parent » et pour la seconde que « le droit pour l'enfant mineur d'user du nom du parent qui ne lui a pas été transmis peut être mis en œuvre par chacun des parents. En cas de conflit, c'est désormais le juge des tutelles et non plus le juge aux affaires matrimoniales ou le TGI qui est seul compétent pour trancher le litige. » Enfin, l'instruction générale du 11 mai 1999 relative à l'état civil considérait l'adjonction d'un nom d'usage comme un acte usuel³¹⁸. La doctrine elle-même était

³¹³ Le nom d'usage peut être abandonné et surtout il n'est pas transmissible. V. S. Fournier, M. Farge, « Nom et prénom de l'enfant », in *Droit de la famille, op. cit.*, n° 231-172.

³¹⁴ Circ. 4 novembre 1987, *JO* 15 novembre 1987, *D.* 1987.447.

³¹⁵ *Contra*, S. Fournier, M. Farge, « Nom et prénom de l'enfant », in *Droit de la famille, op. cit.*, n° 231-181 ; C. Marie, art. préc. ; G. Marraud des Grottes, *RLDC* 2009/60, n° 3431. L'auteur considère que l'adjonction du nom d'usage ne figurant pas sur l'acte de naissance, le consentement de l'enfant n'a pas à être recueilli.

³¹⁶ Civ. 2^e 17 mai 1995, *Bull. civ.* II n° 138 ; *RTD Civ.* 1995. 861, obs. J. Hauser ; *Rép. Def.* 1996. 320, obs. J. Massip.

³¹⁷ Circ. 26 juin 1986, *JO* 3 juillet 1986, *D.* 1986. 393.

³¹⁸ Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, *JO* 28 juillet 1999, p. 11272.

partagée entre exiger un double accord³¹⁹ en cas d'exercice conjoint ou se contenter du consentement d'un seul parent³²⁰.

Cependant, le 3 mars 2009³²¹, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé que l'adjonction d'un nom d'usage à celui porté par l'enfant nécessite l'accord des deux parents en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale. Les magistrats considèrent ainsi que l'adjonction du nom d'usage est un acte non usuel, nécessitant l'accord des deux parents. Si les parents ne parviennent pas à trouver un accord, la Cour de cassation a décidé que le juge peut autoriser l'adjonction. Se pose alors le problème de la compétence judiciaire. Quel est le juge compétent pour trancher le conflit parental ? Certains auteurs considèrent que le juge aux affaires familiales sera amené à statuer sur le nom d'usage sur le fondement de l'article 373-2-6 du Code civil³²². En réalité, la compétence du juge des tutelles semble la plus appropriée³²³.

238. Les dispositions relatives à la nationalité de l'enfant

La nationalité de l'enfant, droit reconnu par l'article 7 de la CIDE, résulte soit de la filiation de l'enfant, soit de son lieu de naissance ou de résidence. La nationalité française appartient soit d'origine à l'enfant, soit par acquisition. Seuls nous intéressent les cas d'acquisition pendant la minorité, excluant ainsi l'acquisition par le mariage ou la naturalisation. Le bénéfice par l'enfant de l'effet collectif est à écarter puisqu'il n'implique pas un acte de représentation³²⁴. A partir de 16 ans, l'enfant possède une autonomie en matière de nationalité³²⁵, sauf si l'altération de ses facultés mentales ou corporelles empêche l'expression de sa volonté et il peut donc accomplir seuls les

³¹⁹ M. Grimaldi, « Approche critique du nom d'usage », in *La nouvelle loi sur le nom*, LGDJ, 1988.

³²⁰ J. Rubellin-Devichi, *RTD Civ.* 1987. 67, n° 1.

³²¹ Civ. 1^{ère} 3 mars 2009, *RLDC* 2009/63, n° 3534, note Cl. Bernard-Xemard ; *Gaz. Pal.* 2009, 1, 17, note J. Massip ; *RJPF*-2009-6/43, note I. Corpart ; *D.* 2009. 1385, note M. Malaurie-Vignal ; *ibid.* 803, obs. V. Egéa ; *ibid.* 1918, obs. A. Gouttenoire, Ph. Bonfils.

³²² Cl. Bernard-Xémard, art. préc.

³²³ V. *infra* n° 279.

³²⁴ L'enfant bénéficie de l'effet collectif de l'acquisition de la nationalité par un de ses parents s'il réside habituellement avec celui-ci ou s'il réside alternativement avec lui en cas de séparation. Cependant, en cas d'acquisition par le parent de la nationalité française par naturalisation ou par déclaration, l'enfant ne bénéficie de l'effet collectif de la naturalisation de l'un de ses parents que s'il réside habituellement avec celui-ci ou s'il réside alternativement avec lui en cas de séparation, et surtout si son nom a été mentionné dans le décret de naturalisation ou dans la déclaration. Si son nom n'est pas mentionné, l'enfant reste étranger mais peut être exceptionnellement naturalisé s'il justifie avoir résidé avec ce parent pendant les cinq années précédentes.

³²⁵ Article 17-3 du Code civil.

démarches d'acquisition à raison de sa naissance et de sa résidence en France³²⁶, les démarches de déclaration³²⁷, de répudiation³²⁸, ou de réintégration.

En revanche, le mineur âgé de moins de 16 ans³²⁹ qui souhaite faire une déclaration de nationalité, acquérir la nationalité française, la perdre ou être réintégré « doit être représenté par celui ou ceux qui exercent à son égard l'autorité parentale » selon l'article 17-3 alinéa 2 du Code civil. L'acte ne correspond pas aux critères de l'acte usuel puisqu'il aura nécessairement des répercussions importantes sur la vie de l'enfant. Le Code civil manque de précision toutefois dans la détermination de son régime, le pouvoir de représentation appartenant à « celui ou ceux qui exercent l'autorité parentale ». Il semble qu'en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, seul le titulaire de l'exercice soit autorisé à représenter l'enfant et surtout il peut agir seul. En revanche, en cas d'exercice conjoint, l'accord des deux parents paraît requis même si l'exigence n'est pas certaine. Confirmant cette lecture de l'alinéa 2, l'alinéa 4 prévoit que lorsque le mineur est sous tutelle, « sa représentation est assurée par le tuteur autorisé à cet effet par le conseil de famille. » L'acte visé est un acte dont le régime est similaire à celui des actes de disposition, donc des actes graves. Par ailleurs, le Conseil d'État a considéré que la déclaration de perte de la nationalité n'était pas un acte usuel d'autorité parentale³³⁰. Le régime bien qu'imprécis confirme la détermination de la nature de l'acte au regard du critère extrapatrimonial. Les démarches à accomplir en matière de nationalité sont des actes non usuels de représentation.

239. La francisation des noms, prénoms, l'attribution d'un prénom français

³²⁶ En vertu de l'article 21-7, l'enfant né en France de parents étrangers acquiert de plein droit la nationalité française à sa majorité si à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans depuis qu'il a l'âge de onze ans. Selon l'article 21-11 l'enfant peut réclamer la nationalité française par déclaration si au moment de celle-ci, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans depuis l'âge de onze ans.

³²⁷ Selon l'article 21-12, il peut acquérir la nationalité française jusqu'à sa majorité par déclaration lorsqu'il a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française et qu'il réside en France, lorsqu'il a été recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française depuis au moins cinq ans, lorsqu'il a été confié à l'ASE depuis au moins 3 ans ou qu'il a été recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir une formation française.

³²⁸ Article 19-4 du Code civil. Le mineur peut, par ailleurs, dès 16 ans effectuer une déclaration portant renonciation au droit de répudier la nationalité française.

³²⁹ Selon l'article 21-11 alinéa 2, le mineur né en France de parents étrangers âgé de plus de 13 ans peut réclamer la nationalité française si la condition de résidence habituelle est remplie depuis l'âge de 8 ans. Son consentement personnel est requis.

³³⁰ CE 26 juillet 2006, Juris-Data n° 2006-070651.

Les mineurs souhaitant franciser leurs nom ou prénoms doivent être autorisés ou représentés dans les conditions déterminées par le Code de la nationalité française selon l'article 7 de la loi n° 72-964 du 25 octobre 1972. Le Code de la nationalité ayant été abrogé et réintégré au Code civil par loi n° 93-933 du 22 juillet 1993³³¹, les dispositions de l'article 17-3 du Code civil s'appliquent. S'il est âgé de plus de 16 ans, le mineur peut agir seul, sauf si l'altération de ses facultés mentales ou corporelles empêche l'expression de sa volonté. En revanche, le mineur de moins de 16 ans doit être représenté par celui ou ceux qui exercent l'autorité parentale. Ainsi, par analogie avec les actes relatifs à la nationalité, la demande de francisation du nom, du prénom ou d'attribution d'un prénom français doit être considérée comme un acte non usuel.

240. Bien qu'assimilés par l'intermédiaire de la catégorie des actes usuels et non usuels à des actes mettant en œuvre le seul pouvoir de direction, ces actes sont des actes de représentation. Cette assimilation conduit néanmoins à leur appliquer le régime des actes d'autorité sur la personne.

B. Le fonctionnement différencié des actes de représentation

241. L'unité du régime de représentation et l'équivalence du degré de protection patrimoniale comme extrapatrimoniale induites par la règle générale de cogestion (1) ne sont qu'apparentes. L'étude du fonctionnement du pouvoir en cas de représentant unique révèle l'infériorité de la protection extrapatrimoniale (2).

1) Une protection homogène en cas de coreprésentation

242. Le régime des actes a implicitement été largement abordé dans la mesure où nous l'avons vu, la détermination du régime est souvent le préalable erroné à la qualification de l'acte. Ainsi, fréquemment un acte est qualifié de non usuel car il requiert un double consentement. En réalité, il existe une confusion entre les conditions de validité et la présomption d'accord à laquelle sont soumis seulement certains actes extrapatrimoniaux. En effet tous les actes extrapatrimoniaux comme patrimoniaux sont soumis au principe de cogestion, c'est-à-dire de double consentement des parents (a), ce qui implique que des règles soient mises en place afin d'éviter une paralysie de l'action parentale en cas de dissension entre les représentants. La gestion des désaccords laisse

³³¹ H. Fulchiron, « La réforme du droit de la nationalité, Commentaire des articles 17 à 33-2 nouveaux du Code civil », *JCP* 1993, I, 3708.

déjà apparaître la différence de régime entre la protection des biens et la protection de la personne de l'enfant (b).

a. Le principe de cogestion en cas de coreprésentation

243. Trop souvent, par un raccourci inopportun, l'acte usuel est présenté comme l'acte pour lequel le consentement d'un seul parent suffit. C'est d'ailleurs ainsi qu'il est fréquemment distingué de l'acte non usuel. Or, il est contradictoire et faux de relever le caractère usuel d'un acte en se fondant sur l'absence de double consentement. C'est en réalité la présomption d'accord qui fausse l'appréhension du régime de l'acte usuel. Afin de faciliter le fonctionnement de l'autorité parentale et de l'administration légale, les actes de faible gravité obéissent en effet à un système de présomptions³³². C'est pourtant paradoxalement en partant de l'étude des présomptions que le régime des actes de faible gravité comme celui des autres peut être appréhendé.

En matière extrapatrimoniale, l'article 372-2 dispose qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. » A propos des actes relatifs à la personne de l'enfant, chaque parent est donc réputé agir avec le consentement de l'autre. Il existe ainsi une présomption d'accord de l'autre parent mais en aucun cas, il n'est donné pouvoir d'agir seul à chacun pour accomplir un acte usuel. La présomption d'accord n'est pas une présomption de pouvoirs et atteste de l'application du principe de cogestion lorsqu'il s'agit de protéger la personne de l'enfant³³³, la gestion concurrente étant rejetée en matière extrapatrimoniale.

Quant à la protection des biens, selon l'article 389-4 du Code civil, « dans l'administration légale pure et simple, chacun des parents est réputé à l'égard des tiers avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation. » Plusieurs théories s'affrontent quant à l'interprétation de l'article 389-4 du Code civil, selon que la réforme opérée par la loi du 23 décembre 1985 est considérée comme ayant instauré l'égalité totale entre les époux et les parents dans la gestion des biens communs et des biens de l'enfant ou comme ayant instauré

³³² L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, *op. cit.*, n° 93.

³³³ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 487 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1027 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1602 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1039.

l'indépendance entre chacun³³⁴. Avant 1985, le père exerçait seul l'administration légale. Cependant, la mère devait apporter son concours aux actes de disposition et bénéficiait d'une présomption de mandat du père pour l'accomplissement des actes conservatoires et d'administration en vertu de l'ancien article 389-4. La loi de 1985 en permettant à la mère d'être administrateur légal n'est qu'un aboutissement logique de ces dispositions.

La première conception aboutit à une cogestion des administrateurs légaux pour les actes de disposition comme les actes conservatoires et d'administration, ce qui implique que chaque parent doit obtenir l'accord de l'autre pour accomplir un acte même de faible gravité³³⁵. Dans ces conditions, l'article 389-4 instaure une présomption de pouvoirs destinée à éviter la lourdeur de la cogestion. Il a toutefois été opposé qu'exiger un double accord en cas d'administration légale pure et simple alors que le tuteur ou l'administrateur légal sous contrôle judiciaire peut accomplir l'acte seul est excessif. La seconde conception conduit à une gestion concurrente du patrimoine du mineur lorsqu'il s'agit d'accomplir des actes d'administration ou conservatoires, chaque parent possédant un pouvoir entier pour effectuer un tel acte³³⁶. Une contradiction apparaît néanmoins dans la coexistence d'un pouvoir entier et d'une présomption de pouvoirs, ce que certains ont considéré comme une erreur du législateur pour ensuite proposer d'énoncer à l'article 389-4 que chacun a la pouvoir d'accomplir seul un acte pour lequel le tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation³³⁷. Le risque d'actes contradictoires a également été soulevé³³⁸.

³³⁴ La loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 « relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs » a permis l'égalisation des situations matrimoniales et a instauré un système de gestion concurrente sur les biens communs, chacun disposant de pouvoirs propres sur les biens communs. La cogestion est en revanche de rigueur lorsqu'il s'agit d'effectuer des donations entre vifs, d'aliéner ou de grever de droits réels les biens communs, ou de donner à bail un bien commun - fonds rural, immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal.

³³⁵ M. Grimaldi, « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 », *Gaz. Pal.* 1986, 2, 529, n° 119 ; M. Vion, « L'administration légale après la loi du 23 décembre 1985 », *Rép. Def.* 1987. 65. L'auteur cite à l'appui de sa position les travaux préparatoires qui énoncent que « dans les rapports entre parents, les actes d'administration nécessiteront désormais l'accord des deux parents » V. Rapport fait au nom de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale par D. Cacheux, JOAN Impressions, n° 2646, p. 65 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1097.

³³⁶ Ph. Simler, « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 », *J.-Cl. Civil*, numéro spécial 3, 1986. 190 ; *RTD Civ.* 1986. 197, obs. F. Zenati. Selon ce dernier, chaque parent dispose du pouvoir d'agir seul et en cas de conflit, la procédure de résolution des conflits d'exercice de l'autorité parentale (qui relevait alors du juge des tutelles) pourra s'appliquer.

³³⁷ Des théories intermédiaires ont été émises. V. G. Rebecq, « L'article 389-4 et le conflit parental », *Gaz. Pal.* 1999, 1, 1979 ; Ph. Conte, « L'article 389-4 du Code civil », *JCP G* 1991, I, 3513, n° 9. Selon Mme Rebecq, il y aurait gestion concurrente permettant une administration dynamique du patrimoine de

En vertu du principe de coparentalité et de la sujétion de l'administration des biens au gouvernement de la personne, l'article 389-4 doit être considéré comme le pendant de l'article 372-2 et c'est à un entier système de cogestion qu'est soumise la protection de la personne et des biens de l'enfant³³⁹.

244. L'intérêt de telles discussions réside dans la gestion des conflits éventuels et dans la sécurité du tiers. Conséquence de la présomption, les parents n'ont pas à produire la preuve de l'accord de l'autre parent et le tiers de bonne foi, ignorant le désaccord, ne peut engager sa responsabilité en cas de contestation de l'acte par l'autre parent, que la protection de la personne ou des biens soit en cause. Si le tiers est de mauvaise foi, il pourra en revanche voir sa responsabilité mise en œuvre si l'acte cause un préjudice au mineur. Sa responsabilité peut également être engagée à l'encontre du parent ayant manifesté son désaccord³⁴⁰. Si l'article 389-4 ne mentionne pas la condition de bonne foi, elle est néanmoins admise de manière consensuelle, par analogie avec l'article 372-2³⁴¹.

La présomption d'accord a un intérêt indéniable dans la mesure où face aux multiplications d'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents séparés, la gestion de la vie quotidienne de l'enfant nécessite un aménagement du fonctionnement de la cogestion³⁴². Elle facilite donc la vie de chaque parent mais n'empêche cependant pas les désaccords. Dans les rapports entre parents, la présomption ne peut être

l'enfant. Chaque parent disposerait d'un droit d'opposition, qui ne bloquerait pas la gestion du patrimoine mais lui permettrait de s'exonérer de toute responsabilité vis-à-vis du mineur. M. Conte, quant à lui, considère que la présomption porte sur le pouvoir de décider de l'acte, non pas seulement le pouvoir de le conclure. Chacun possède le pouvoir de décider seul sous réserve que l'autre parent s'y oppose. Le parent en désaccord doit manifester sa désapprobation en informant le tiers. L'article 389-4 instaure une présomption d'absence de veto. Selon l'auteur, la cogestion implique que les parents décident ensemble de l'opportunité de l'acte à accomplir et l'un d'eux est ensuite présumé avoir reçu l'accord de l'autre pour le conclure. Se rapprochant de cette position, Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 898.

³³⁸ L. Gareil, *op. cit.*, n° 105.

³³⁹ *Ibid.*, n° 110. L'auteur considère que le système implique nécessairement la cogestion dans la mesure où le législateur présuppose l'accord des parents.

³⁴⁰ Civ. 1^{ère} 27 février 2007, préc. ; Versailles 11 septembre 2003, *RJPF*-2003-12/30, note F. Eudier. Ces décisions visent des hypothèses où l'acte était non usuel et requérait l'accord des deux titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, ce dont les tiers n'avaient pas tenu compte. La solution peut être appliquée à des actes usuels pour lesquels le tiers aurait connaissance de l'opposition d'un des parents dans la mesure où la règle de la cogestion demeure le principe.

³⁴¹ M. Vion, « L'administration légale après la loi du 23 décembre 1985 », art. préc. *Contra*, L. Gareil, *op. cit.*, n° 110.

³⁴² I. Gallmeister, « Le principe de coparentalité », *AJ fam.* 2009. 148 ; C. Brière, « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *RDSS* 2002. 567 ; I. Corpart, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ fam.* 2008. 155 ; A. Gouttenoire, « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ fam.* 2010. 12.

invoquée et le parent qui a manifesté son désaccord peut en théorie agir contre l'autre parent pour méconnaissance de ses droits d'autorité parentale³⁴³. Surtout, le juge aux affaires familiales est susceptible de tenir compte du comportement des parents s'il est amené à statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale³⁴⁴. C'est pourquoi, la gestion concurrente semble plus adaptée à l'évolution des couples parentaux³⁴⁵.

245. La soumission des actes de faible gravité à la règle de la cogestion permet de conclure *a fortiori* qu'elle s'applique aux actes graves. Les règles de fonctionnement de l'administration légale sont définies par référence aux actes accomplis par le tuteur. Ainsi, dès lors que le tuteur a besoin d'une autorisation du conseil de famille pour accomplir certains actes, le consentement des deux administrateurs légaux est requis³⁴⁶. Les actes de disposition ne pouvant être accomplis par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille³⁴⁷, les deux administrateurs légaux en cas d'administration légale pure et simple sont soumis à la règle de la cogestion³⁴⁸. L'administrateur légal sous contrôle judiciaire devra lui être autorisé par le juge des tutelles³⁴⁹. Quant aux actes non usuels, même si aucun texte ne le prévoit explicitement, un raisonnement *a fortiori* permet de conclure que la règle est également celle de la cogestion, le consentement de chaque parent est exigé.

b. La gestion différente des désaccords entre représentants

246. Dans la mesure où tous les actes de représentation sont soumis à cogestion, les conflits au sein du couple parental risquent de bloquer la gestion des intérêts du mineur. Si le système de présomptions en limite les inconvénients pour les actes de faible gravité, leur champ d'application est limité aux relations avec les tiers et les actes graves en sont exclus. En matière patrimoniale, le remède aux blocages a été prévu par

³⁴³ A. Guineret-Brobbe Dorsman et S. Sire, « Maman dit oui, papa aussi, ou les regrettables incertitudes de la présomption d'accord en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Petites affiches* 31 mars 2003, n° 64, p. 5.

³⁴⁴ Article 373-2-11 3° du Code civil.

³⁴⁵ A. Guineret-Brobbe Dorsman, S. Sire, art. préc. Les auteurs proposent une gestion concurrente en matière extrapatrimoniale afin de remédier aux difficultés engendrées par l'article 372-2 en cas de conflit ou de séparation des parents.

³⁴⁶ Article 389-5 du Code civil.

³⁴⁷ Article 505 du Code civil.

³⁴⁸ Certains actes ne peuvent être accomplis même avec le double consentement des parents ; l'autorisation du juge des tutelles est alors nécessaire. Il en est ainsi de la vente de gré à gré, de l'apport en société d'un fonds de commerce ou d'un immeuble appartenant au mineur, de l'emprunt en son nom, de la renonciation à un droit, du partage amiable. Article 389-5 alinéa 3 du Code civil.

³⁴⁹ Article 389-6 du Code civil.

le Code civil : si les représentants ne parviennent pas à trouver un accord relativement à un acte de disposition, le juge des tutelles délivre une autorisation supplétive³⁵⁰ en vertu de l'article 389-5 alinéa 2. Face à un tiers souhaitant se prémunir contre l'opposition manifestée par un parent et demandant à l'administrateur légal de saisir le juge, celui-ci peut-il autoriser l'accomplissement d'un acte conservatoire ou d'administration en se fondant sur le même article ? De telles situations risquent de se multiplier en raison de l'accroissement des cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale et de l'administration légale par des parents séparés. Il est tout à fait probable qu'un désaccord dans une famille unie puisse trouver une issue favorable à l'intérêt de l'enfant par le biais de discussions et concessions réciproques, ce qui est davantage incertain face à un couple désuni, où l'intérêt de l'enfant n'est pas nécessairement la préoccupation première et où en tout cas, il risque d'être apprécié différemment par chaque membre du couple. En prévention d'un blocage nuisible aux intérêts de l'enfant, il apparaît préférable de les préserver en permettant au juge des tutelles d'autoriser l'acte s'il l'estime conforme à l'intérêt de l'enfant³⁵¹.

En matière extrapatrimoniale, si les représentants ne parviennent pas à trouver un accord à propos d'un acte relatif à la personne, se pose la question de savoir s'ils pourront saisir le juge aux affaires familiales. Il n'est prévu par le Code civil aucune autorisation supplétive à l'image de l'article 389-5, le seul moyen étant la saisine contentieuse du juge³⁵². Pourtant, si avant 2002, une telle saisine était possible, fondée sur l'article 372-1-1, elle a depuis été supprimée. La médiation et la conciliation sont les priorités affichées de la loi du 4 mars 2002. Le juge semble néanmoins, à peine de paralysie contraire à l'intérêt de l'enfant, pouvoir être saisi sur le fondement de l'article 373-2-6 le chargeant de régler les questions qui lui sont soumises dans le cadre du chapitre relatif à l'autorité sur la personne en veillant spécialement à la sauvegarde des

³⁵⁰ Un auteur a cependant qualifié cet acte de dérogation et non d'autorisation, dans la mesure où les administrateurs légaux ne jouissent pas du pouvoir d'agir seul en cas de cogestion. Pour qu'un acte soit qualifié d'autorisation, il doit lever une interdiction d'exercer une prérogative préexistante et non octroyer un droit nouveau, ce qui est justement le propre de la dérogation. V. B. Thullier, *op. cit.*, n° 98 et s., spéc. note 31.

³⁵¹ V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, « Administration légale et tutelle », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 2008, n° 186 ; Ph. Conte, art. préc. ; J. Massip, *op. cit.*, n° 38.

³⁵² Une évolution se profile. V. Civ. 1^{ère} 3 mars 2009, préc. La jurisprudence récente relative à l'adjonction d'un nom d'usage considère qu'en cas de désaccord, le juge pourra autoriser l'acte. Reste à savoir si le juge délivre une autorisation supplétive ou s'il tranche le conflit, et quel est le juge compétent.

intérêts de l'enfant³⁵³. La sortie de conflit à propos d'actes relatifs à la personne passe donc par l'arbitrage du juge aux affaires familiales.

Tous les actes de représentation du mineur sont donc soumis à cogestion, chaque domaine bénéficiant d'une présomption facilitant l'accomplissement des actes de faible gravité. Le règlement des désaccords parentaux révèle une approche différente de la protection de la personne et celle des biens. Mais dès que le représentant est unique, la distorsion est encore plus évidente.

2) Une protection inférieure en matière extrapatrimoniale en cas de représentant unique

247. Désormais forte du principe de coparentalité, la règle est celle de la coreprésentation de l'enfant et par conséquent de la cogestion, en matière patrimoniale comme extrapatrimoniale, s'agissant des actes graves comme de faible gravité, renforçant l'intérêt des présomptions d'accord pour ces derniers. Pourtant, les situations d'exercice unilatéral de l'autorité parentale et d'administration légale sous contrôle judiciaire, si elles ne sont qu'exceptionnelles et résiduelles³⁵⁴, ne peuvent être passées sous silence, d'autant plus que la protection est alors différenciée. Le pouvoir de représentation concentré dans les mains d'une seule et même personne, la question n'est alors pas celle de l'exigence ou non de deux consentements ou celle de l'application de la présomption d'accord mais plutôt celle du contrôle judiciaire palliant l'absence de surveillance mutuelle entre les parents, notamment concernant les actes graves. S'agissant des actes relatifs à la personne de l'enfant, ce contrôle s'avère bien inférieur à celui exercé sur l'accomplissement des actes patrimoniaux. Le juge aux affaires familiales ne délivre en effet pas d'autorisation judiciaire (a) et le droit et devoir de surveillance octroyé au parent n'exerçant pas l'autorité parentale ne suffit pas à pallier l'absence de contrôle judiciaire (b).

³⁵³ M.-B. Maizy, « Vie de l'enfant après la séparation des parents, quelques illustrations complètes par un JAF », *AJ fam.* 2010. 15 ; A. Gouttenoire, « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », art. préc. *Contra*, P. Salvage-Gerest, « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », art. préc. Pour plus de précisions, voir *infra* n° 260.

³⁵⁴ L'exercice de l'autorité parentale est unilatéral lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent, lorsque celle-ci a été établie tardivement ou judiciairement ou encore lorsque l'intérêt de l'enfant justifiait une telle modalité, lorsque l'un des parents s'est vu retirer cet exercice ou en a été privé.

a. L'absence d'autorisation supplétive du juge aux affaires familiales

248. Les actes de faible gravité, actes non usuels, actes conservatoires et actes d'administration, peuvent être accomplis sans difficulté par le parent seul. Les actes graves, actes non usuels et actes de disposition, obéissent en revanche à un régime distinct et différencié selon leur objet. En effet, pour conclure un acte de disposition l'administrateur légal sous contrôle judiciaire doit requérir l'autorisation du juge des tutelles³⁵⁵, tandis que le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale n'a pas à solliciter l'autorisation du juge aux affaires familiales pour effectuer un acte non usuel. Ainsi, lorsqu'il s'agit de passer une convention portant sur l'image de l'enfant, le représentant unique n'a pas à solliciter l'autorisation du juge aux affaires familiales, alors même qu'en cas d'exercice conjoint, le consentement de l'autre parent serait requis. Il en est de même dans le domaine médical. Une intervention chirurgicale lourde, l'assentiment à une recherche biomédicale impliquant un double consentement en cas de coreprésentation, pourront être consenties par le seul représentant.

La contradiction apparaît encore plus nettement à la lumière de la comparaison avec les pouvoirs du tuteur. Bien qu'aucun texte général ne régisse les actes extrapatrimoniaux accomplis par le tuteur du mineur, l'analogie avec les actes patrimoniaux conduit à soumettre les actes graves à l'autorisation du conseil de famille. Ainsi, en matière de nationalité, le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille tandis que le représentant unique titulaire de l'exercice de l'autorité parentale pourra effectuer la démarche seul. Le mineur sous tutelle complète, qui n'est plus sous l'autorité parentale est soumis à un régime plus cohérent et plus protecteur.

Le principe est donc celui du consentement suffisant du seul titulaire de l'exercice de l'autorité parentale pour accomplir un acte grave relatif à la personne de l'enfant³⁵⁶. La représentation en matière extrapatrimoniale fait l'objet d'un contrôle moindre du juge alors que l'intégrité physique ou morale de l'enfant pourra être en jeu. A comparer le régime des actes relatifs à la personne de l'enfant selon qu'est en cause un exercice commun ou unilatéral de l'autorité parentale, il apparaît que la règle de cogestion s'inscrit véritablement dans une logique de coparentalité plus que de protection de l'enfant. Par ailleurs, l'autorité sur la personne vient brouiller les règles de

³⁵⁵ Articles 389-6 et 505 du Code civil.

³⁵⁶ Une exception : la procédure administrative de changement de nom. V. *infra* n° 275.

représentation du mineur, le représentant unique jouissant d'une grande liberté dès lors que l'objet de l'acte porte sur un droit extrapatrimonial. L'absence d'intervention du juge dans l'accomplissement de l'acte trouve un contrepois – relatif - dans les prérogatives demeurant au titulaire de l'autorité parentale.

b. Les droit et devoir de surveillance du parent n'exerçant pas l'autorité parentale

249. Le principe de coparentalité³⁵⁷ fonde également les droits du parent titulaire de l'autorité parentale, sans l'être de l'exercice, qui dispose non seulement d'un droit de visite et d'hébergement ne pouvant être refusé que pour motif grave, mais également d'un droit et d'un devoir de surveillance de l'entretien et de l'éducation de l'enfant en vertu de l'article 373-2-1 alinéa 4³⁵⁸. Sa dévolution est automatique et il ne disparaît qu'avec la perte de l'autorité parentale. Il ne trouve pas d'équivalent en matière patrimoniale puisque l'administrateur légal sous contrôle judiciaire n'est en théorie pas surveillé par l'autre parent.

Ce droit est d'application étendue puisqu'il vise tous les actes relatifs à la personne de l'enfant. Il implique pour le parent d'être informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant et d'obtenir la communication de documents scolaires, du carnet de santé³⁵⁹. Il lui permet en définitive de contrôler l'usage que fait l'autre parent de ses prérogatives voire de contester certaines décisions³⁶⁰. Le titulaire du droit et du devoir de surveillance peut ainsi saisir le juge aux affaires familiales mais il devra prouver que l'acte met en cause l'intérêt de l'enfant ce que les juges apprécient souverainement³⁶¹. Le juge pourra interdire la réalisation de l'acte, imposer une décision, par exemple retenir le choix du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale³⁶² mais si l'acte est

³⁵⁷ I. Gallmeister, « Le principe de coparentalité », art. préc. ; I. Corpart, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », art. préc.

³⁵⁸ Il dispose également du droit de consentir au mariage, à l'émancipation et à l'adoption de son enfant.

³⁵⁹ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1620 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1043 ; A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *in Droit de la famille, op. cit.*, n° 232-206. Ces auteurs considèrent que ce droit s'applique à tous les actes non usuels dans la mesure où l'article vise l'information relative aux choix importants de la vie de l'enfant. Pourtant, l'article peut être compris comme imposant au titulaire de l'exercice un devoir d'information quant aux actes importants, ce qui ne prive pas l'autre parent du droit de surveiller plus généralement l'éducation de l'enfant et notamment de demander des informations sur la vie de l'enfant en général.

³⁶⁰ Paris 25 octobre 1991, *RTD Civ.* 1992. 379, obs. J. Hauser. En l'espèce, il était question de la contestation de l'inscription de l'enfant dans un établissement scolaire dont le système éducatif présente des risques pour son équilibre.

³⁶¹ A. Gouttenoire, « Autorité parentale », *in Droit de la famille, op. cit.*, n° 232-207.

³⁶² Civ. 1^{ère} 8 novembre 2005, *Bull. civ.* I, n° 404 ; *D.* 2006. 554, note F. Boulanger ; *Dr. famille* 2006, comm. 28, obs. A. Gouttenoire.

conforme à l'intérêt de l'enfant, il ne sera pas remis en cause. Le droit de surveillance ne confère néanmoins pas de droit de veto, ni de droit d'ingérence dans l'exercice de l'autorité par l'autre parent³⁶³. L'article 373-2-1 ne peut fonder l'exigence d'un consentement et l'avis n'est pas une participation à l'acte. Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale dispose donc d'un pouvoir limité, ne lui permettant pas d'être associé dans l'accomplissement d'un acte de représentation.

250. Ni la relativité du pouvoir du juge aux affaires familiales dont la saisine n'est pas obligatoire, ni le droit accordé au parent n'exerçant pas l'autorité parentale ne permettent d'assurer un contrôle efficace des actes accomplis par l'unique titulaire de l'exercice de l'autorité parentale et seul représentant de l'enfant. Vestige de la puissance paternelle, liée à l'éducation de l'enfant et au rejet de l'immixtion du juge dans la sphère familiale et personnelle, la liberté dont jouit le représentant en matière extrapatrimoniale a pour conséquence une protection inférieure de l'enfant, alors même que l'exercice unilatéral, par l'absence de surveillance mutuelle qu'il implique, peut nécessiter un contrôle judiciaire accru relativement aux actes graves. De surcroît, le contrôle existant est loin d'être satisfaisant, la dichotomie entre les biens et les personnes pénétrant la compétence judiciaire et soumettant les représentants à des modalités de contrôle différentes selon le domaine envisagé.

§2. LA DISPARITÉ DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

251. Le caractère transversal³⁶⁴ de la représentation du mineur a pour conséquence de l'assujettir à une dualité de règles de procédure. Le juge naturel de la représentation est le juge des tutelles (A), mais l'absorption de la représentation extrapatrimoniale par les règles de l'autorité sur la personne la conduit à pénétrer la sphère de compétence du juge aux affaires familiales. Mêlant surveillance de l'exercice des droits de l'enfant et surveillance de l'exercice des droits des parents, l'appréhension du contrôle judiciaire des représentants est complexe. Alors que la représentation devrait évoluer dans un contexte pacifique, où l'intervention judiciaire est essentiellement gracieuse, elle oscille au contraire entre procédure gracieuse et procédure contentieuse (B).

³⁶³ Civ 2^e 16 mai 1973, préc.

³⁶⁴ Sur le maintien du caractère transversal en dépit de la loi du 12 mai 2009, v. *infra* n° 271.

A. La compétence de principe du juge des tutelles

252. Si en vertu des articles 388-3 et 389-3 du Code civil, le juge des tutelles est le juge naturel de la représentation (1), sa compétence matérielle est en réalité limitée. En effet, il n'intervient en matière extrapatrimoniale que lorsque le mineur est sous tutelle (2).

1) Le juge des tutelles, juge naturel de la représentation

253. Créé en 1964, il est le nouveau pivot des administrations légales et des tutelles, inspiré du droit allemand des tutelles³⁶⁵. Juge du tribunal d'instance, il est choisi pour sa proximité avec les familles et voit son domaine de compétence en matière familiale croître. A ce titre, il connaît notamment des litiges relatifs à l'exercice de l'autorité parentale dans les familles légitimes et naturelles, des déclarations conjointes d'exercice en commun de l'autorité parentale dans les familles naturelles, des actions en modification du nom de l'enfant naturel. En 1975, une partie de ses attributions est transférée au juge aux affaires matrimoniales nouvellement créé. Ce dernier institué juge du divorce est amené, quant à l'autorité parentale, à en déterminer les modalités après le divorce. Cependant, le juge des tutelles connaît encore des actions liées au désaccord des parents quant à l'exercice de l'autorité parentale³⁶⁶. La loi du 8 janvier 1993 va lui retirer toute compétence relative à l'autorité parentale - en dehors de l'émancipation de l'enfant. C'est désormais le juge aux affaires familiales qui traite des modalités d'exercice de l'autorité parentale et des désaccords parentaux, le juge des tutelles conservant en matière de minorité la surveillance de l'administration légale et de la tutelle des mineurs en vertu de l'article 388-3 du Code civil.

254. Le pouvoir de représentation trouvant son assise textuelle au sein de ces deux institutions, le juge des tutelles est par conséquent le juge naturel de la représentation du mineur. Le contrôle de l'usage fait par les représentants de leur pouvoir, contrôle exercé également par le procureur de la République, passe par la possibilité pour le juge de délivrer des injonctions, des convocations, de demander des éclaircissements, voire de prononcer des amendes à l'encontre des administrateurs légaux, ou encore de nommer un administrateur *ad hoc* en cas d'opposition d'intérêts entre l'enfant et son représentant

³⁶⁵ A. Rouast, « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale », art. préc. ; J. Carbonnier, introduction à l'ouvrage de P. Blondy, G. et M. Morin, *op. cit.*, p. 11.

³⁶⁶ Pour un exposé de leurs compétences respectives et des conflits consécutifs, A. Kimmel, *Le juge de l'autorité parentale, compétence et pouvoirs*, thèse dactyl. Toulouse I, 1996, p. 255.

légal. Surtout, la surveillance passe par la délivrance d'autorisations aux représentants pour accomplir des actes de disposition lorsque l'administrateur légal est seul³⁶⁷, mais également lorsque les parents ne parviennent pas à trouver un accord relativement à un acte de disposition³⁶⁸. L'autorisation du juge des tutelles est également requise pour tous les actes mentionnés à l'article 389-5 alinéa 3, actes soumis à une cogestion aggravée. Son rôle est néanmoins beaucoup plus important en matière de tutelle, puisqu'il nomme et préside le conseil de famille qui choisit ensuite le tuteur, décide des conditions générales d'entretien et d'éducation de l'enfant, ou encore donne les autorisations nécessaires au tuteur. Au sein de la tutelle, le juge n'a pas seulement un rôle de surveillance, il en est également un organe³⁶⁹.

Le juge des tutelles, chef du service public des tutelles³⁷⁰, contrôle ainsi le ou les représentant(s) de l'enfant par une surveillance générale, par le biais des autorisations ou encore par la présidence du conseil de famille. Pourtant, lorsqu'il s'agit de contrôler l'usage du pouvoir de représentation en matière extrapatrimoniaire, son domaine de compétence est limité.

2) Le juge des tutelles, juge des intérêts extrapatrimoniaux du seul mineur sous tutelle

255. Bien qu'il soit le juge naturel de la représentation, sa compétence matérielle est restreinte en raison du caractère transversal de la représentation. En effet, il est assurément juge des actes de représentation en matière patrimoniale³⁷¹, puisqu'il autorise les actes de disposition et qu'il contrôle la gestion du patrimoine du mineur. Cependant se pose la question de savoir s'il est juge de la représentation extrapatrimoniaire du mineur. Les textes sont peu diserts sur ce point, les dispositions relatives à l'administration légale sont muettes en dehors de la référence à la représentation « dans tous les actes de la vie civile » et celles relatives à la tutelle du mineur applicables par analogie sont laconiques en ce qui concerne la protection de la personne de l'enfant. Si la définition par le conseil de famille de la direction à donner à l'éducation de l'enfant mais également l'obligation pour le tuteur de prendre soin de la

³⁶⁷ Article 389-6 du Code civil.

³⁶⁸ Article 389-5 alinéa 2 du Code civil.

³⁶⁹ V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, « Administration légale et tutelle », art. préc., n° 20.

³⁷⁰ *Ibid.*, n° 28.

³⁷¹ *Ibid.*, n° 73.

personne de l'enfant sont énoncées, il n'en est rien des actes de représentation en ce domaine, et encore moins de l'intervention du juge des tutelles. Il est certain qu'il participe à la protection des intérêts extrapatrimoniaux de l'enfant dans la mesure où il préside le conseil de famille, qui exerce une mission similaire à l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Il prend ainsi avec les autres membres du conseil de famille les grandes orientations relatives à la vie de l'enfant, à son éducation et à son avenir.

En revanche, le tuteur amené à représenter l'enfant dans l'exercice de ses droits extrapatrimoniaux doit-il demander une autorisation au conseil de famille, faisant intervenir indirectement le juge des tutelles ? Aucune réponse n'est apportée par les textes relatifs à la tutelle, sauf le cas des actions visant à défendre les droits extrapatrimoniaux, pour lesquelles l'autorisation du conseil de famille est requise. Qu'en est-il des autres actes relatifs à la personne de l'enfant ? De telles imprécisions peuvent justifier un raisonnement par analogie avec les actes patrimoniaux. C'est d'ailleurs en ce sens que vont des dispositions éparses du Code civil, en matière de nationalité par exemple. Les actes relatifs à la nationalité de l'enfant sont accomplis par représentation lorsque le mineur est âgé de moins de 16 ans ou si ses facultés mentales ou corporelles sont altérées de telle sorte qu'il ne puisse exprimer sa volonté. Si le mineur est placé sous tutelle, le tuteur le représente mais doit au préalable obtenir l'autorisation du conseil de famille³⁷². Ainsi, la mission de protection de la personne de l'enfant dévolue au conseil de famille implique qu'il autorise tout acte grave, qualifié d'acte non usuel lorsque le mineur demeure sous autorité parentale et acte innommé lorsque le mineur est sous tutelle. Il faut donc en conclure que de manière générale, le tuteur représente l'enfant dans l'exercice de ses droits extrapatrimoniaux et lorsque l'acte est susceptible d'avoir de lourdes conséquences, le conseil de famille l'autorise à agir, en dépit de l'absence de directives précises en ce sens. En définitive, le juge des tutelles, dans la mesure où il préside le conseil de famille est bien juge de la représentation extrapatrimoniale en cas de tutelle du mineur. Il n'a cependant pas un rôle de *juridictio* mais d'organe de la tutelle³⁷³.

256. En revanche, lorsque l'enfant demeure sous autorité parentale et administration légale, la compétence du juge des tutelles en matière extrapatrimoniale est beaucoup

³⁷² Article 17-3 alinéa 4 du Code civil.

³⁷³ *Ibid.* n° 71.

moins certaine, hors exceptions et actions en justice relatives aux droits extrapatrimoniaux relevant de l'administration légale³⁷⁴. La dépendance de la représentation légale à l'égard de la *summa divisio* implique nécessairement l'intervention du juge aux affaires familiales qui empiète alors sur la compétence du juge des tutelles. Il est d'ailleurs majoritairement admis que le juge des tutelles n'est le juge que des intérêts patrimoniaux, le juge aux affaires familiales étant compétent dès lors que la protection de la personne est en cause³⁷⁵. La compétence judiciaire et la répartition des affaires en matière de minorité sont incontestablement empreintes de la *summa divisio*. A cela s'ajoutant la confusion entre autorité et représentation en matière personnelle, la représentation est *de facto* soumise à des interférences de compétence.

B. Le juge aux affaires familiales, juge « anormal » de la représentation

257. Si une partie des interférences entre les deux juges est normale et légale (1), une autre partie est tout à fait contestable dans la mesure où la compétence de principe du juge des tutelles est remise en cause et le juge aux affaires familiales n'est pas juge des incapacités. Conséquence de ces interférences anormales, la représentation oscille entre procédure gracieuse et contentieuse (2).

1) Les interférences de compétences justifiées et normales

258. En raison de la sujétion de l'administration légale à l'autorité parentale, les décisions prises par le juge aux affaires familiales relativement aux modalités d'exercice de l'autorité parentale ont nécessairement des répercussions sur le domaine de compétence du juge des tutelles, sur le fonctionnement de l'administration légale et de la représentation³⁷⁶. Ainsi, la décision de transformer un exercice commun de l'autorité parentale en exercice unilatéral se répercute sur l'administration légale, celle-ci étant alors placée sous contrôle judiciaire, le pouvoir de représentation, extrapatrimonial comme patrimonial, appartenant à un représentant unique. Mais l'inverse est également possible. Si généralement le passage d'une autorité parentale unilatérale à une autorité conjointe a lieu par déclaration conjointe devant le greffier en chef du TGI, il est

³⁷⁴ Civ. 1^{ère} 6 novembre 1985, préc.

³⁷⁵ J. Massip, *op. cit.*, n° 146, spéc. p. 117 ; V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, art. préc., n° 71.

³⁷⁶ M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, *op. cit.*, n° 375 et s. Quant au rôle du juge des enfants, la décision d'ouvrir une mesure d'assistance éducative ne modifie en rien la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale aux parents. Par conséquent, ni l'administration légale, ni la représentation ne sont atteintes par la décision du juge des enfants. Néanmoins nous avons pu voir que ponctuellement, ce constat devait être nuancé. *Ibid.*, n° 343 et 359. V. *supra* n° 194.

possible qu'il soit l'aboutissement d'une décision du juge d'attribuer l'exercice de l'autorité en commun, ce qui aura pour conséquence d'ériger l'administration légale en administration pure et simple. Surtout le juge aux affaires familiales a la possibilité indirecte de transformer une administration légale en tutelle. Lorsqu'il confie l'enfant à un tiers, il peut charger ce dernier de requérir l'ouverture d'une tutelle en vertu de l'article 373-4. Il en est de même lorsque le TGI statue sur l'établissement du lien de filiation en application de l'article 374-1 du Code civil ou lorsqu'il décide de confier l'enfant à un tiers après avoir décidé du retrait de l'autorité parentale selon l'article 380 du Code civil. Dans ce cas, le tiers devra requérir l'organisation de la tutelle.

Par contre sont encore incertaines les interférences liées à la délégation et au partage de l'exercice de l'autorité parentale. La délégation de l'autorité parentale par le juge aux affaires familiales entraîne délégation du pouvoir extrapatrimonial. S'agissant du pouvoir patrimonial, le clivage entre la protection des biens et la protection des personnes s'y oppose. Les juges semblent néanmoins s'affranchir de ces considérations. Un constat similaire peut être dressé en cas de partage de l'exercice de l'autorité parentale³⁷⁷.

2) Les interférences anormales

259. Dans le cadre de sa mission traditionnelle, antérieure à la loi du 12 mai 2009, le juge aux affaires familiales n'intervient en matière de représentation que pour trancher les conflits parentaux (a), ce qui a pour conséquence de situer la représentation au sein d'une procédure purement contentieuse, alors même que le contrôle auquel elle est normalement soumise est gracieux (b).

a. Un rôle limité à la gestion des conflits parentaux relatifs à des actes de représentation extrapatrimoniaux

260. Le Code civil ne distingue pas selon que l'acte relève d'un pouvoir de direction et d'autorité ou d'un pouvoir de représentation. Dès lors que la protection de la personne est en cause, la compétence est automatiquement celle du juge aux affaires familiales, peu importe la nature de l'acte. C'est ainsi qu'en dépit des articles 388-3 et 389-3 du Code civil, le juge aux affaires familiales peut être amené à statuer sur un acte de représentation en matière personnelle et à contrôler l'usage du pouvoir de représentation

³⁷⁷ V. *supra* n° 181.

extrapatrimoniale. En effet, s'il n'autorise pas un tel acte, il exerce néanmoins un contrôle.

Lorsque les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale s'opposent à propos d'un acte relatif à la personne de l'enfant, aucune disposition du Code civil ne prévoit que le juge délivre une autorisation suppléant le défaut de consentement, à l'image de l'article 389-5 en matière d'administration légale. S'est pourtant posée la question de savoir si le juge aux affaires familiales possédait toujours le pouvoir de gérer les désaccords parentaux. En effet, une telle compétence lui était reconnue par l'article 372-1-1 du Code civil, mais la loi du 4 mars 2002 a supprimé cette disposition sans la remplacer par une autre similaire. Certains auteurs ont alors considéré que le juge aux affaires familiales devait être déchargé de la tâche de trancher les conflits parentaux, celle-ci relevant de la médiation. Ce n'est qu'en cas de danger encouru par l'enfant, qu'un juge devrait être saisi, auquel cas il s'agirait du juge des enfants, non du juge aux affaires familiales³⁷⁸. A l'inverse, il a été proposé de fonder le pouvoir de trancher les dissensions parentales sur la compétence générale reconnue au juge aux affaires familiales par l'article 373-2-6 de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs³⁷⁹. Une telle interprétation de l'article 373-2-6 est préférable dans la mesure où dénier au juge le pouvoir de trancher un conflit peut être préjudiciable à l'intérêt de l'enfant par le risque de paralysie que cela implique. La médiation est un processus qui peut prendre du temps et n'est pas nécessairement adapté à toutes les situations, notamment en cas d'urgence. Il faut donc admettre que l'article 372-1-1 survit dans l'article 373-2-6.

Cependant, la mise en œuvre de la disposition semble différente. En effet, avant de saisir le juge, il était nécessaire sous l'empire de l'article 372-1-1 que les parents s'attachent en cas de désaccord à conserver la pratique antérieure qu'ils avaient suivie. Ce n'était qu'à défaut de pratique antérieure ou si celle-ci était contestée que le juge aux affaires familiales pouvait être saisi. Ce dernier devait dans un premier temps tenter de concilier les parents. En l'absence de prévisions en ce sens, due à la généralité du

³⁷⁸ P. Salvage-Gerest, « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », art. préc.

³⁷⁹ V. Larribau-Terneyre, « Autorité parentale », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 2005, n° 222 ; Cl. Lienhard, « Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale », *AJ fam.* 2002. 128 ; M.-B. Maizy, « Vie de l'enfant après la séparation des parents, quelques illustrations complètes par un JAF », art. préc. ; A. Gouttenoire, « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », art. préc.

fondement utilisé, le filtre de la pratique antérieure paraît avoir disparu. Pourtant, il apparaît préférable de le conserver afin de ne pas surcharger le juge aux affaires familiales de demandes inutiles et infondées. Il a cependant été souligné combien le recours à l'article 372-1-1 était rare auparavant³⁸⁰, ce qui limite dès lors le risque évoqué. Néanmoins, l'augmentation du nombre de cas d'exercice en commun de l'autorité et corrélativement d'actes soumis à cogestion au sein de couples séparés impose de laisser subsister ce filtre³⁸¹.

261. Le juge aux affaires familiales peut donc être saisi d'une demande visant à trancher un conflit relatif à un acte extrapatrimonial, acte de direction et de contrôle mais également en raison de la *summa divisio*, acte de représentation relatif à la personne de l'enfant. Le juge aux affaires familiales, arbitre le conflit familial et se substitue aux parents, en prenant une décision en leur lieux et place³⁸². Les actes de représentation relatifs à la personne de l'enfant échappent ainsi à la compétence du juge des tutelles, pourtant juge naturel et de principe de la représentation de l'enfant et tombent sous la coupe du juge des droits des parents. Une telle interférence de compétence a nécessairement des répercussions sur le contrôle effectué sur l'acte de représentation et sur la procédure suivie à cette occasion. En effet, le contrôle réalisé par le juge des tutelles est essentiellement gracieux, tandis que celui qu'accomplit le juge aux affaires familiales saisi dans ces circonstances est obligatoirement contentieux. Le contrôle de la représentation du mineur est donc soumis à deux procédures différentes.

b. La soumission de la représentation à deux types de procédures

262. Le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004³⁸³ a introduit dans le Code de procédure civile un chapitre V relatif à « la procédure en matière familiale » et établi un droit commun des procédures devant le juge aux affaires familiales. Selon l'article 1179 du Code de procédure civile, les procédures relatives à l'exercice de l'autorité parentale sont ainsi soumises aux règles générales de procédure applicables devant le juge aux

³⁸⁰ A. Kimmel, *op. cit.*, p. 259.

³⁸¹ Contestant l'intérêt de la référence à la pratique antérieure en raison de son inutilité, *ibid.*, p. 257.

³⁸² Doutant de l'efficacité de la décision judiciaire en présence d'un couple parental désuni, *ibid.*, p. 259.

³⁸³ Décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 « portant réforme de la procédure en matière familiale », *JO* 31 octobre 2004, p. 18492 ; S. Thouret, « Les mécanismes procéduraux issus du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004, portant réforme de la procédure en matière familiale », *Dr. famille* 2005, étude 16.

affaires familiales³⁸⁴ ainsi qu'à des dispositions propres à cet objet³⁸⁵. La procédure suivie devant le juge aux affaires familiales n'est ni purement contentieuse, ni purement gracieuse. Il intervient très fréquemment en matière gracieuse : lors de l'homologation de la convention de divorce par consentement mutuel, lors de l'homologation d'une convention réglant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, lors d'une demande de changement de prénom. De même, la procédure est une procédure sans représentation obligatoire et orale³⁸⁶. En revanche, lorsqu'il aura à traiter d'un acte de représentation extrapatrimoniale, le juge aux affaires familiales le fera nécessairement dans le cadre d'une procédure contentieuse, n'ayant pas à délivrer d'autorisation ou à homologuer un acte extrapatrimonial mais à gérer un conflit³⁸⁷. La procédure contentieuse est en effet caractérisée par un conflit entre adversaires, à la différence de la procédure gracieuse caractérisée par l'absence de litige³⁸⁸. Le juge, intervenant en matière contentieuse, se doit de trancher un conflit conformément à la règle de droit applicable, alors qu'en matière gracieuse il doit exercer un contrôle imposé par la loi afin de conférer à l'acte sa pleine efficacité³⁸⁹, l'acte de volonté privée « attend[ant] sa perfection de l'approbation [du juge] »³⁹⁰.

263. Actes gracieux et actes contentieux obéissent à des procédures différentes et possèdent également des attributs distincts. En réalité, à l'heure actuelle, il n'existe pas d'harmonie doctrinale quant à la théorie de l'acte gracieux, même s'il est admis que le juge possède des pouvoirs exorbitants du droit commun³⁹¹. Nombreuses sont les divergences relatives à la nature de l'acte gracieux ou à ses attributs, certains auteurs dissociant radicalement actes gracieux et actes contentieux, d'autres au contraire les rapprochant. D'après les premiers, l'acte gracieux n'est pas un acte juridictionnel, il est

³⁸⁴ Articles 1070 à 1074-1 du Code de procédure civile.

³⁸⁵ Articles 1137 à 1142 du Code de procédure civile. En dépit de ce droit commun, il existe des règles dérogatoires spécifiques à l'intervention des tiers et des grands-parents dans l'exercice de l'autorité parentale lorsque les demandes sont fondées sur les articles 371-4 et 373-3 alinéa 2 du Code civil, à la déclaration d'exercice conjoint de l'autorité parentale fondée sur l'article 372 du Code civil, à la résidence alternée, à la délégation et à l'assistance éducative.

³⁸⁶ Articles 1139 et 1140 du Code de procédure civile.

³⁸⁷ V. Larribau-Terneyre, « Autorité parentale », art. préc., n° 62.

³⁸⁸ Article 25 du Code de procédure civile.

³⁸⁹ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis Dalloz, 30^e éd., 2010, n° 2049 ; J. Héron, Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien Lextenso, 4^e éd., 2010, n° 303.

³⁹⁰ G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996, n° 21, p. 129.

³⁹¹ J.-L. Bergel, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chr. 153 ; « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *ibid.*, chr. 165. Le juge possède des pouvoirs importants dans la direction du procès, n'étant tenu ni par le principe dispositif ni par le principe contradictoire, ni la publicité des débats.

dès lors privé des attributs attachés à ce type d'acte : autorité de la chose jugée et dessaisissement du juge, ce qui signifie que la demande rejetée pourra être réitérée et que le juge pourra en cas de circonstances nouvelles se rétracter. Suivant un raisonnement identique, la décision gracieuse peut faire l'objet d'une action en nullité, car la règle « voie de nullité n'a lieu contre les jugements » ne s'applique pas aux actes gracieux³⁹². Selon les seconds, l'acte gracieux est un acte juridictionnel en possédant au contraire tous les attributs précités : il est impossible que le juge soit de nouveau saisi de l'affaire, au jugement étant attaché une présomption de vérité et il lui est impossible de se rétracter. La possibilité d'exercer des voies de recours contre une décision gracieuse la rapproche de l'acte contentieux et implique que la décision ait autorité de la chose jugée et que le juge soit dessaisi³⁹³. S'agissant d'un acte juridictionnel, l'action en nullité ne peut être formée contre l'acte gracieux³⁹⁴.

Cette présentation schématique omet les théories intermédiaires³⁹⁵ mais permet de faire ressortir les points les plus discutés, à savoir les attributs de la décision gracieuse. De manière générale, il est admis que l'acte gracieux est un acte juridictionnel dans la mesure où il peut faire l'objet de voie de recours. Cependant, il n'en possède pas tous les attributs. En effet la jurisprudence persiste à refuser l'autorité de la chose jugée à la décision gracieuse³⁹⁶. Le droit positif considère ainsi que l'acte gracieux est soumis aux voies de recours comme l'acte contentieux mais il ne revêt pourtant pas autorité de la chose jugée et le juge peut tout à fait revenir sur sa décision.

264. La nature de l'autorisation rendue par le juge des tutelles peut soulever des interrogations. L'ordonnance est susceptible d'appel devant la cour d'appel selon les règles prévues aux articles 1239 et suivants du Code de procédure civile³⁹⁷ ce qui n'est

³⁹² G. Couchez, *Procédure civile*, Dalloz, 15^e éd., 2008, n° 216.

³⁹³ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *op. cit.*, n° 2057 ; J. Héron, Th. Le Bars, *op. cit.*, n° 317, 352 et 356.

³⁹⁴ Civ. 1^{ère} 6 mai 1987, *Bull. civ.* II, n° 103. V. S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *op. cit.*, n° 2066. *Contra*, G. Couchez, *op. cit.*, n° 216 : cette solution est justifiée par le caractère indissociable du jugement de divorce et de l'homologation sans qu'elle remette en cause la possibilité d'agir en nullité contre une décision gracieuse.

³⁹⁵ Par exemple, G. Cornu, J. Foyer, *op. cit.*, n° 22. Les auteurs reconnaissent la nature juridictionnelle de l'acte gracieux tout en lui refusant l'autorité de la chose jugée. Ils admettent néanmoins le faible intérêt pratique de pouvoir réitérer la demande face à la voie de recours qu'est l'appel. Par ailleurs, ils rejettent l'action en nullité, l'acte étant purgé de ses vices à la suite du contrôle effectué par le juge.

³⁹⁶ Civ. 1^{ère} 6 avril 1994, *Bull. civ.* I, n° 141 ; *RTD Civ.* 1996. 709, obs. R. Perrot.

³⁹⁷ Décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 « relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille », *JO* 26 décembre 2009, p. 22311 ; *JCP G* 2010. 39, note Th. Verheyde ; *Rép. Def.* 2010. 692, note J. Massip. Le délai d'appel est de 15 jours à compter de la

plus cependant un critère de qualification contentieuse ou gracieuse de l'acte. La confusion croît lorsque l'on s'intéresse à l'autorité de la chose jugée dans la mesure où la jurisprudence est incertaine sur ce point. Si l'autorité de la chose jugée lui a été refusée³⁹⁸ permettant ainsi l'annulation d'un acte accompli par le représentant sur autorisation du juge des tutelles, elle lui a été accordée ultérieurement, l'autorisation ne pouvant être contestée que par les voies de recours habituelles³⁹⁹. Au vu des controverses doctrinales et parce qu'il s'agit plus d'effets consécutifs à une qualification que de critères, ces éléments ne permettent cependant pas de classer définitivement l'autorisation du juge des tutelles dans une catégorie plutôt qu'une autre. Le contrôle exercé par le juge est en revanche plus éclairant. Son intervention est nécessaire sur le fondement de l'article 389-6 afin que l'acte de disposition puisse produire tous ses effets, sa décision est une condition de validité de l'acte⁴⁰⁰. Dans ces conditions, le juge des tutelles, saisi en vue d'obtenir une autorisation nécessaire à l'accomplissement d'un acte de disposition, statue en matière gracieuse puisqu'il confère à un acte juridique sa pleine efficacité⁴⁰¹. En droit positif, l'autorisation délivrée par le juge des tutelles est donc une décision gracieuse, susceptible de voies de recours et revêtant l'autorité de la chose jugée. Le juge aux affaires familiales, lui, doit trancher entre deux opinions opposées, voire rendre une décision complètement différente. Son intervention n'est en aucun cas une condition de validité de l'acte relatif à la personne de l'enfant.

265. Il est néanmoins possible de s'interroger sur la nature de l'autorisation supplétive délivrée par le juge des tutelles en cas de désaccord des parents sur le fondement de l'article 389-5 du Code civil. En effet, s'il y a désaccord, il y a conflit et contestation et la procédure mérite la qualification de contentieuse⁴⁰². Pourtant, le Code civil ne fait pas référence au pouvoir du juge de trancher un conflit, à la différence de l'ancien article

notification s'agissant des personnes à qui l'ordonnance doit être notifiée et à compter du jugement pour les autres personnes. Dans le cadre du partage amiable prévu à l'article 389-5 du Code civil, l'appel est ouvert à l'administrateur légal, au tuteur, aux membres du conseil de famille et aux personnes intéressées au partage. L'appel est formé par lettre recommandée avec accusé de réception au greffe du TGI. La représentation par avocat ou avoué n'est pas obligatoire. La procédure est orale et l'appel est instruit et jugé en chambre du conseil.

³⁹⁸ TGI Vannes 26 février 1991, *JCP N* 1992, II, 169, note Th. Fossier ; *Rép. Def.* 1992. 1443, n° 128, obs. J. Massip.

³⁹⁹ Montpellier 18 décembre 1995, *D.* 1996. 553, rapp. Tournier ; *Rép. Def.* 1997. 122, n° 12, obs. J. Massip.

⁴⁰⁰ J. Massip, *op. cit.*, n° 655 ; B. Thullier, *op. cit.*, n° 191.

⁴⁰¹ V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, « Administration légale et tutelle », art. préc., n° 94 ; Y. Buffelan-Lanore, « Minorité », *J-Cl. Civil*, art. 388-3, fasc. 740, 2010, n° 60.

⁴⁰² J.-L. Bergel, art. préc. ; J. Héron, Th. Le Bars, *op. cit.*, n° 308. Il est tout à fait possible de passer d'une procédure gracieuse à une procédure contentieuse assez facilement dès lors qu'un conflit surgit.

372-1-1, mais à l'exigence d'une autorisation et plusieurs éléments confèrent la qualification d'acte gracieux à l'autorisation supplétive du juge des tutelles. D'une part, le litige existe dès que la demande est formée contre quelqu'un, *a contrario* la demande dans le cadre d'une procédure gracieuse n'est formée contre personne⁴⁰³. Il n'y a aucun adversaire en face. L'article 389-5 alinéa 2 disposant que l'acte doit être autorisé par le juge à défaut d'accord des parents, le point de départ de la demande est bien le conflit parental. Pourtant, la demande n'a pas pour objet de combattre le parent qui refuse mais d'obtenir une autorisation permettant de suppléer le consentement. La demande n'est pas dirigée contre l'autre parent. D'autre part, en aucun cas le juge ne se substitue aux parents pour trancher un désaccord et prendre une décision qui devra être suivie. Il délivre une autorisation⁴⁰⁴, acte juridique particulier. Une fois celle-ci obtenue, préalable nécessaire à la conclusion de tout acte de disposition, l'administrateur reste libre d'exercer ou non son pouvoir de représentation, l'autorisation s'étant contentée de lever une interdiction et n'imposant pas la conclusion de l'acte⁴⁰⁵. Enfin, l'autorisation bien que supplétive est un élément de validité de l'acte de disposition. L'acte de disposition pour lequel le consentement de chaque administrateur légal n'est pas recueilli et accompli sans l'autorisation du juge des tutelles est nul. L'objet de la demande relève bien de la matière gracieuse : le contrôle du juge des tutelles permet à l'acte d'être parfait. Par conséquent, en dépit du conflit parental initial, l'autorisation supplétive du juge des tutelles demeure un acte gracieux⁴⁰⁶.

266. Les modalités d'intervention du juge des tutelles et du juge aux affaires familiales diffèrent ainsi considérablement dès lors qu'un acte de représentation fonde leur saisine : les deux ont pour mission la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant, mais chacun intervient différemment selon une procédure propre. Le contrôle prend dès lors des formes variables et la représentation obéit à un régime instable. S'il s'agit d'accomplir un acte relatif à la personne de l'enfant, la procédure n'est aucunement gracieuse dans la mesure où il n'est prévu aucune autorisation en cas d'acte grave accompli par un représentant unique et où, en cas de désaccord, l'intervention du juge est purement

⁴⁰³ J. Héron, *op. cit.*, par Th. Le Bars, n° 302.

⁴⁰⁴ A propos de la distinction entre autorisation et dérogation, cette dernière étant plus appropriée dans ce cas, v. B. Thullier, *op. cit.*, n° 98 et s., spéc. note 31.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, n° 114 ; V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, art. préc., n° 90 ; Y. Buffelan-Lanore, art. préc., n° 60. Selon l'auteur, l'autorisation n'ayant pas autorité de la chose jugée, l'administrateur légal est tout à fait libre, une fois l'autorisation obtenue de ne pas poursuivre l'acte.

⁴⁰⁶ V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, art. préc., n° 191.

contentieuse. S'il est question d'accomplir un acte relatif au patrimoine de l'enfant, la procédure est en principe gracieuse, qu'il s'agisse de délivrer une autorisation pour que l'administrateur légal sous contrôle judiciaire puisse effectuer un acte de disposition ou de permettre l'accomplissement d'un acte de disposition à propos duquel le double consentement ne peut être trouvé.

En réalité, chaque juge possède un rôle différent, propre à la fonction qu'il exerce, justifié par l'objet des affaires qu'il est amené à rencontrer. Bien que l'intérêt de l'enfant soit le point cardinal de leur action, l'un est juge des droits des parents, l'autre des droits de l'enfant, l'un est juge du gouvernement de l'enfant, l'autre de la représentation, dont nous avons vu qu'ils sont radicalement différents⁴⁰⁷. Enfin l'un appréhende l'enfant comme objet de droit, tandis que l'autre le considère en tant que sujet de droit. La différence dans le degré de surveillance exercé s'explique par le poids et le respect nécessaire de l'autorité parentale, historiquement difficilement compatibles avec une intervention judiciaire⁴⁰⁸. Le juge aux affaires familiales est confronté à l'autorité des parents qu'il ne peut trop facilement remettre en cause. Y porter atteinte, l'encadrer trop fortement serait bafouer la magistrature familiale, garante de l'ordre social. Ces éléments sont la cause de l'infériorité du contrôle exercé sur les actes relatifs à la personne. A l'inverse, le juge des tutelles n'a pas à affronter directement les prérogatives de direction et de contrôle appartenant aux père et mère. Seul un pouvoir de représentation est en cause. Le contrôle du juge des tutelles intervient au seul titre de la validité de l'acte et se justifie pleinement par l'exercice du droit de l'enfant. Est en cause le droit d'autrui, ce qui non seulement implique obligatoirement un contrôle plus poussé, mais ne confronte pas immédiatement le magistrat avec le pouvoir parental.

Pourtant, la différence entre l'autorité parentale sur la personne et l'administration légale est loin d'être absolue. L'article 389-7 du Code civil dispose que les règles de la tutelle applicables aux administrateurs légaux ne doivent pas porter atteinte aux droits que détiennent les père et mère en vertu de l'autorité parentale. Aussi, les actes d'administration légale sont également empreints du caractère autoritaire caractéristique des actes relatifs à la personne et découlent également de la mise en œuvre, sur le plan patrimonial, d'un pouvoir de direction et de contrôle. Le refus de l'immixtion du juge

⁴⁰⁷ V. *supra* n° 75 et s.

⁴⁰⁸ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil, Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 307.

dans la sphère patrimoniale aurait pu être fondé sur le même type de raisonnement qu'en matière d'autorité sur la personne et il l'a d'ailleurs longtemps été qu'il s'agisse des débats relatifs à la loi du 6 avril 1910 ou à la création du juge des tutelles. L'intervention de ce dernier démontre la compatibilité et la conciliation entre une surveillance judiciaire et le respect des prérogatives parentales⁴⁰⁹. Dès lors, l'infériorité de la protection en matière extrapatrimoniale apparaît comme peu fondée, et même dépassée dans la mesure où dès lors qu'un problème surgit, le juge aux affaires familiales peut être saisi sur le fondement de l'article 373-2-6. Dans ce cas, il se substitue aux parents pour prendre la décision alors même qu'admettre une autorisation supplétive, à l'image des règles de l'administration légale, leur laisse en définitive une grande liberté puisqu'ils conservent le choix de l'opportunité de l'acte. La limitation de l'intervention judiciaire dans la sphère personnelle⁴¹⁰ est en réalité artificielle et la disparité de protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux injustifiée. Admettre une autorisation supplétive en matière personnelle ne remet pas en cause les prérogatives parentales.

267. La représentation extrapatrimoniale n'est finalement régie par aucune règle adaptée, le droit des incapacités l'omettant complètement hors le cas de la tutelle qui demeure néanmoins parcellaire. La soumission de la représentation à un régime dualiste est due à l'absence de théorie générale de la représentation du mineur. Rien ne semble justifier pourtant qu'il existe une différence dans le régime de protection, selon que la personne ou les biens de l'enfant sont visés. Le droit des incapacités n'a jamais eu pour objectif d'établir une protection différenciée selon l'objet patrimonial ou extrapatrimonial de l'acte. Simplement les règles extrapatrimoniales ont été éludées en raison du rayonnement de l'autorité parentale sur toute la personne de l'enfant, absorbant tous les actes relatifs à la personne de l'enfant, sans distinguer leur nature. Surtout rien ne justifie qu'il existe une différence dans l'intensité de la protection et que la protection en matière extrapatrimoniale soit moindre. L'infériorité s'explique par

⁴⁰⁹ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, p. 55, spéc. p. 62. « La garantie suprême de la liberté civile paraît bien être dans ce délicat équilibre de pouvoirs entre le familial, le médical et le judiciaire. »

⁴¹⁰ La protection judiciaire ne peut être assimilée à un danger pour les libertés individuelles et au contraire, le juge peut protéger la personne sans remettre en cause son individualité et sa liberté. La réforme de la protection juridique des majeurs par la loi du 5 mars 2007 a porté ce principe. V. Th. Verheyde, « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? », *D.* 2010. 2460 ; D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Rép. Def.* 2009. 142, n° 5.

l'inadaptation des règles appliquées, en aucun cas par une volonté délibérée du législateur. Apparaît ainsi dans toute son évidence la nécessité d'un régime unique de l'exercice des droits de l'enfant. En faisant reculer la *summa divisio*, le législateur semble en prendre le chemin.

Section 2 : LA CONVERGENCE DE LA PROTECTION PATRIMONIALE ET EXTRAPATRIMONIALE : VERS L'UNITÉ DU RÉGIME DE REPRÉSENTATION DU MINEUR ?

268. Constamment la représentation oscille entre unité et dualité. Si elle tend à l'unité en étant un attribut général de l'autorité parentale, bénéficiant du parallèle entre exercice de l'autorité parentale et administration légale, la structure binaire de la protection de l'enfant marque encore son empreinte sur son fonctionnement, entraînant une disparité dans la défense des intérêts de l'enfant. Pourtant, le législateur lui-même ébauche l'unité du régime de représentation, témoignant ainsi de la convergence nécessaire de la protection patrimoniale et extrapatrimoniale. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009⁴¹¹ prévoyant le transfert de compétences en matière de minorité du juge des tutelles au juge aux affaires familiales en est l'illustration⁴¹², cependant inachevée et artificielle (§1). C'est surtout l'émergence d'une nouvelle catégorie d'actes, tel que le changement de nom de l'enfant qui démontre cette tendance à l'unification (§2).

§1. LA CONVERGENCE ARTIFICIELLE DE LA PROTECTION DES INTÉRÊTS PATRIMONIAUX ET EXTRAPATRIMONIAUX

269. Suivant les propositions faites par la commission Guinchard⁴¹³, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 opère une modification fondamentale de la compétence judiciaire relative à la représentation du mineur. En effet, elle modifie le Code de l'organisation judiciaire et introduit un article L. 213-3-1, lequel dispose que le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles et connaît de l'émancipation, de l'administration légale et de la tutelle des mineurs ainsi que de la tutelle des pupilles de

⁴¹¹ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de « simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures », *JO* 13 mai 2009, p. 7920 ; V. Larribau-Terneyre, « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. famille* 2009, étude 29 ; H. Poivey-Leclercq, « Le droit de la famille après la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 », *RJPF*-2009-7 et 8/12 ; A. Caron-Déglise, « La loi du 12 mai 2009 modifie les règles de procédure applicables au droit des personnes et de la famille », *RJPF*-2009-7 et 8/13 ; L. Gebler, « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2009. 256 ; J. Massip, *Rép. Def.* 2009. 1897 ; J. M. Pastor, « Présentation de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit », *D.* 2009. 1332.

⁴¹² Décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 « relatif à la communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles », *JO* du 12 avril 2009, p. 6418. En organisant la communication des pièces du dossier relatif à un mineur entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles, le décret s'inscrit également dans la volonté d'offrir au mineur une protection cohérente.

⁴¹³ *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. Guinchard*, La Documentation française, 2008.

la Nation. Elle abroge⁴¹⁴ par ailleurs l'article L. 211-5 du Code de l'organisation judiciaire prévoyant la compétence du TGI en cas de recours contre les décisions du juge des tutelles et du conseil de famille et s'est vue complétée par le décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 venu clarifier le régime de l'appel en matière de minorité puisque c'est désormais la cour d'appel qui est compétente pour connaître des contestations relatives aux décisions du juge des tutelles⁴¹⁵. La loi du 12 mai 2009, en dépit des problèmes pratiques qu'elle a engendrés⁴¹⁶, n'en modifie pas moins considérablement la philosophie du droit de l'enfance en dépassant le clivage traditionnel entre protection des biens et protection de la personne (A), tout en ne permettant néanmoins pas de clarifier le domaine et le régime de la représentation du mineur (B).

A. Le recul de la distinction des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux

270. Dès lors qu'un mineur est en cause, désormais la fonction de juge des tutelles est assurée par le juge aux affaires familiales. La protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux de l'enfant est ainsi réunie entre les mains d'un seul et même juge, permettant la cohérence de la protection de l'enfant⁴¹⁷. Tel était le souhait affiché par le rapport de la Commission Guinchard dont l'ambition était de renforcer le bloc d'autorité parentale, rappelant l'unité entre l'autorité parentale sur la personne et

⁴¹⁴ La loi modifie également les articles 412 et 511 alinéa 1^{er} du Code civil. L'État sera désormais responsable des fautes commises par le greffier en chef du tribunal de grande instance et c'est ce dernier qui recevra le compte de gestion rendu par le tuteur chaque année.

⁴¹⁵ L'article L. 312-6-1 du Code de l'organisation judiciaire issu de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ne semblait s'appliquer qu'aux décisions relatives aux majeurs protégés ce qui a soulevé des incertitudes en dépit des travaux préparatoires allant dans le sens d'une convergence. V. Rapport fait au nom de la Commission des Lois par E. Blanc, JOAN Impressions, n° 1145, p. 40 ; L. Pécault-Rivolier, « La réforme des tutelles, suite et fin ? », *AJ fam.* 2010. 72 ; Th. Verheyde, « Appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille », *JCP G* 2010. 39 ; J. Massip, « L'extension des compétences du JAF », *Rép. Def.* 2010. 692.

⁴¹⁶ Sur les difficultés pratiques, A. Chouk, « Compétence et organisation des juridictions », *AJ fam.* 2010. 420 ; M.-B. Maizy, « Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : extension des attributions du juge aux affaires familiales et nécessaire réorganisation des juridictions », *AJ fam.* 2010. 106.

Initialement prévu pour le 1^{er} janvier 2010, le transfert de compétences a ensuite été reporté au 1^{er} janvier 2011. Une circulaire du 4 août 2009 émanant du ministère de la Justice relative à la création d'un pôle famille au TGI (NOR JUSB0923907C, v. *RLDC* 2009/65 n°3616) prévoit les moyens permettant d'assurer le transfert de compétences entre le 1^{er} janvier 2010 et l'adoption législative du report de l'entrée en vigueur du transfert. Pour ce faire, elle prévoit que les présidents de TGI pourront décider que les juges d'instance, actuels juges des tutelles, pourront siéger au sein des chambres des affaires familiales. Une circulaire du 22 juin 2010 du même ministère (SJ-10-216-AB1/ 22.06.10) confirme l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011 et prévoit le même type de mesures ainsi que le transfert des bases de données au TGI.

⁴¹⁷ A. Gouttenoire, « Mineurs », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 2010, n° 160.

l'autorité sur les biens qu'est l'administration légale⁴¹⁸. Le législateur a suivi la proposition, soulignant « le lien étroit existant entre les intérêts patrimoniaux et la personne même de l'enfant », qui commandait un regroupement de compétences au profit du juge aux affaires familiales lui permettant d'« avoir une vision globale de la situation du mineur »⁴¹⁹. Le clivage entre protection de la personne et protection des biens perd ainsi de son emprise sur les règles d'incapacité du mineur. Une telle disposition vient néanmoins conforter le constat de l'inadaptation du droit des incapacités et du droit de l'enfance en général et s'il s'agit d'une avancée indiscutable, la loi ne supprime pas pour autant toutes les incohérences de la représentation du mineur, risquant même de les accentuer.

B. Le maintien de la *summa divisio* régissant la protection de l'enfant

271. Le transfert de compétences de l'administration légale et de la tutelle au juge aux affaires familiales ne bouleverse en réalité pas fondamentalement⁴²⁰ le droit de l'incapacité du mineur, les incertitudes demeurant à propos de la représentation extrapatrimoniale et du régime dualiste. La confusion existant entre droit des parents et droit de l'enfant, entre actes de direction et de contrôle et actes de représentation, loin d'être supprimée, risque d'être encore aggravée. En effet lorsque les auteurs de la disposition comme les commentateurs évoquent la cohérence de la protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux, ils ne distinguent pour autant pas direction et représentation, approuvant⁴²¹ seulement qu'autorité parentale et administration légale soient réunies sous le contrôle d'un seul et même juge. La prise en compte de la protection de l'enfant dans sa globalité risque de renforcer l'amalgame entre gouvernement de l'enfant et représentation légale et il sera d'autant moins nécessaire de s'interroger sur la nature du pouvoir exercé que la compétence judiciaire n'en sera pas dépendante. Qu'un pouvoir de représentation ou de direction soit exercé, que l'enfant soit sujet ou objet de droit ne seront toujours pas des préalables nécessaires à la

⁴¹⁸ *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, op. cit., p. 226.

⁴¹⁹ Rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, par E. Blanc, préc.

⁴²⁰ *Contra*, notant une « révolution », H. Fulchiron, « Nouveau droit, nouveaux droits », *Dr. et patrimoine* 2009, n° 186, p. 117.

⁴²¹ *Contra*, J. Massip, art. préc. Pour une position plus nuancée fondée sur le manque de réalisme, M.-B. Maizy, art. préc. Mme Maizy estime que les actions concomitantes de protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux seront rares dans la mesure où le juge n'est pas saisi dans les mêmes circonstances. Quant à l'exercice de l'autorité parentale, il est saisi essentiellement en cas de séparation des parents, alors que s'agissant de l'administration légale, il est saisi à l'occasion du décès de l'un d'eux.

détermination du juge compétent. La représentation extrapatrimoniale du mineur, jusqu'à présent absorbée par le pouvoir d'autorité sur la personne, verra son existence encore, si ce n'est davantage, occultée. En réunissant protection des intérêts extrapatrimoniaux et patrimoniaux, le législateur concourt paradoxalement à la fusion de la représentation des actes relatifs à la personne au sein des actes d'autorité sur la personne et ne supprime par conséquent pas le caractère transversal de la représentation.

272. Par ailleurs, en dépit de la centralisation de la protection des biens et de la personne sous le contrôle d'un même juge, la globalité n'est qu'apparente et la représentation demeure soumise à un régime dualiste et différencié. En effet, en attribuant au juge aux affaires familiales compétence pour traiter des affaires patrimoniales du mineur, le législateur ne modifie pas en effet le caractère transversal de la représentation du mineur, ce qui signifie que la représentation pour l'accomplissement d'actes relatifs à la personne demeure rattachée, quant aux titulaires et quant au régime des actes, aux dispositions relatives à l'autorité sur la personne de l'enfant, tandis que la représentation dans la gestion du patrimoine dépend des règles de l'administration légale. Le transfert de compétences ne supprime absolument pas les règles applicables à la détermination des représentants de l'enfant et au fonctionnement du pouvoir. En matière extrapatrimoniale, seront toujours considérés représentants de l'enfant les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale agissant conformément aux articles 371-1 et suivants du Code civil, notamment l'article 372-2, déterminant les règles applicables aux actes relatifs à la personne. Les dispositions relatives à l'administration légale continueront malgré la généralité de l'article 389-3 du Code civil à s'appliquer aux seuls actes patrimoniaux.

La représentation demeure dans ces conditions soumise à une procédure gracieuse en matière patrimoniale et contentieuse en matière extrapatrimoniale alors même qu'un juge identique aura à en connaître. Que la compétence soit désormais celle du juge aux affaires familiales ne modifie donc en aucun cas le régime actuel de la représentation légale du mineur. Seule l'autorité judiciaire à qui il sera nécessaire de s'adresser pour qu'un acte de disposition soit autorisé est différente. Les actes de représentation relatifs à la personne de l'enfant ont toujours vocation à être accomplis sans autorisation du juge aux affaires familiales, et encore moins du juge des tutelles.

273. La « révolution » est finalement davantage un changement matériel qu'un changement substantiel et le fonctionnement de la représentation extrapatrimoniale demeurera ainsi dans l'ombre de l'autorité parentale. Ainsi, si l'intention est tout à fait

louable et révélatrice d'une prise de conscience du caractère contestable de la dualité de la protection de l'enfant, les inconvénients, voire les effets pervers, en découlant sont loin d'être négligeables. L'omission de ces dangers est la conséquence de la négation du caractère transversal de la représentation du mineur.

La réunion de la protection de l'intégralité des intérêts de l'enfant auprès du juge aux affaires familiales ne suffit pas à clarifier le régime de la représentation du mineur. Il s'agit d'une première étape mais l'essentiel réside dans la sécurité juridique du mineur et de ses représentants, celle-ci passant par la mise en place d'un régime cohérent des actes du mineur, distinguant clairement autorité et représentation de l'enfant, droits des parents et droits de l'enfant. La seule solution réside ainsi dans la détermination plus précise des règles applicables aux actes de représentation. Il est nécessaire d'agir, non sur le plan de la compétence judiciaire, mais sur celui des actes, notamment de prendre en compte l'existence d'actes de représentation extrapatrimoniaux.

§2. LA CONVERGENCE RÉELLE DE LA PROTECTION PATRIMONIALE ET EXTRAPATRIMONIALE

274. Bien avant l'adoption de la loi du 12 mai 2009, la convergence entre protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux était ébauchée. C'est le régime des actes relatifs au changement de nom qui a amorcé une unification du régime des actes de représentation (A) rendant d'autant plus nécessaire une uniformisation (B).

A. L'émergence *de lege lata* d'une nouvelle catégorie d'actes extrapatrimoniaux de représentation : la procédure administrative de changement de nom de l'enfant

275. L'identité et l'état de l'enfant sont rattachés à l'autorité sur la personne et sont chargés d'y veiller les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale : la demande de passeport, de carte d'identité, le changement de prénom, de nom⁴²² obéissent aux règles classiques de l'autorité parentale sur la personne même s'il s'agit de représentation. Pourtant, le décret n° 2008-1678 du 28 décembre 2005 relatif au changement de nom amorce un bouleversement du régime de la représentation extrapatrimoniaux du mineur.

⁴²² L'attribution du prénom est un acte d'autorité, son changement un acte de représentation.

En effet, en réaction à l'arrêt du Conseil d'État⁴²³, le décret prévoit que « lorsque la demande pour le compte d'un mineur n'est pas présentée par ses deux parents exerçant en commun l'autorité parentale, l'autorisation du juge des tutelles ou en cas d'ouverture de la tutelle, celle du conseil de famille [est requise] »⁴²⁴. Il pouvait être possible de justifier cette exigence par la qualification d'action en justice, mais la procédure de changement de nom ne peut y être assimilée⁴²⁵. Elle présente dès lors une spécificité intéressante.

Ainsi, en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, la demande de changement de nom de l'enfant doit faire l'objet d'une autorisation judiciaire, ce qui n'a jamais été le cas jusqu'alors. Par ailleurs, l'autorisation requise émane non du juge aux affaires familiales⁴²⁶ mais du juge des tutelles. En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale mais de désaccord des parents, l'autorisation du juge supplée le consentement d'un des parents et relève également de la compétence du juge des tutelles. La demande de changement de nom ne ressort donc pas des dispositions traditionnelles relatives à la protection de la personne de l'enfant. Semble en réalité émerger une nouvelle catégorie d'actes extrapatrimoniaux, non seulement soumis à autorisation judiciaire (1), mais également et surtout à autorisation du juge des tutelles (2).

1) L'exigence nouvelle d'une autorisation judiciaire en matière d'actes de représentation extrapatrimoniaux

276. La demande de changement de nom est un acte de représentation, relatif à la personne de l'enfant, régi par conséquent par les dispositions de l'article 372-2 du Code civil. S'agissant d'un acte non usuel soumis à cogestion, l'assentiment des deux parents est requis. Lorsque ce double consentement ne peut être recueilli soit en raison de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, soit en raison d'un désaccord des parents, les règles habituelles s'appliquent. Ainsi, en cas d'exercice unilatéral, le consentement de l'autre parent n'est pas une condition de validité de l'acte, celui-ci ne disposant que d'un droit de surveillance de l'éducation et de l'entretien de l'enfant et du droit d'être

⁴²³ CE 27 juillet 2005, préc.

⁴²⁴ L'article 84 du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 modifie l'article 2, 7° du décret n° 94-52 du 20 janvier 1994.

⁴²⁵ Fl. Laroche-Gisserot, « Nom-Prénom », *Rép. civ. Dalloz*, 2010, n° 167. L'auteur s'interroge sur la personne ayant qualité pour représenter le mineur et considère que ne s'agissant ni d'une demande à caractère patrimonial, ni d'une action en justice, il convient d'appliquer les règles du « gouvernement de la personne ».

⁴²⁶ Le Conseil d'État dans l'arrêt précité envisageait le recours au juge aux affaires familiales.

informé des choix importants de la vie de l'enfant fondés sur l'article 373-2-1 alinéa 4⁴²⁷. Par ailleurs, le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale est tout à fait libre d'accomplir cet acte sans autorisation judiciaire. En cas d'exercice en commun, le juge aux affaires familiales pourra trancher le conflit en vertu de l'article 373-2-6 mais ne délivrera pas d'autorisation supplétive.

Or, il s'avère qu'à défaut de double consentement, le principe est celui de l'autorisation judiciaire supplétive. En cela c'est une nouveauté fondamentale apportée aux actes extrapatrimoniaux. Le régime de la demande de changement de nom s'écarte ainsi du régime traditionnel des actes d'autorité parentale sur la personne de l'enfant et se rapproche de celui des actes patrimoniaux, plus précisément des actes de disposition dont on sait qu'à défaut de double consentement, en cas d'administration légale sous contrôle judiciaire ou de désaccord des administrateurs, l'autorisation du juge est obligatoire. Les règles de l'administration légale, de la tutelle et de l'autorité sur la personne ne sont donc pas étanches, protection des biens et protection de la personne peuvent être associées, voire réunies.

277. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 3 mars 2009⁴²⁸ est également l'illustration du changement de régime des actes extrapatrimoniaux et de leur convergence vers celui de l'administration légale et de la tutelle. En effet, l'arrêt prévoit qu'en cas de désaccord des parents à propos de l'adjonction du nom d'usage de l'enfant, acte pour lequel le consentement de chacun est requis, « le juge peut autoriser cette adjonction ». Jusqu'à présent, en matière personnelle, le conflit pouvait être tranché, mais jamais l'autorisation du juge n'était visée.

278. La notion d'autorisation fait donc son entrée dans la sphère des actes extrapatrimoniaux de représentation. Parce que l'autorisation revêt un régime particulier, son exigence a des répercussions sur la nature des actes extrapatrimoniaux. L'autorisation, levant une interdiction d'exercice, est un élément de validité de l'acte. Ainsi, une condition de validité supplémentaire est ajoutée à la demande de changement de nom. A défaut, elle ne sera pas recevable. Par ailleurs, la demande de changement de nom est dès lors soumise à une procédure gracieuse. Mais l'introduction de

⁴²⁷ Ce droit ne confère pas un droit de veto au parent n'exerçant pas l'autorité parentale, v. *supra* n°249.

⁴²⁸ V. *supra* n° 237.

l'autorisation judiciaire dans la représentation extrapatrimoniale n'est pas le seul élément de convergence entre protection des biens et protection de la personne. La soumission de l'acte au contrôle du juge des tutelles est encore plus novatrice.

2) L'intervention du juge des tutelles en matière personnelle

279. Non seulement le juge intervient *a priori* en matière personnelle pour délivrer une autorisation, mais ce juge est le juge des tutelles, dont la compétence jusqu'à présent était limitée au patrimoine de l'enfant. La prédominance du juge aux affaires familiales dans la protection de la personne s'avère ébranlée. Certes, la compétence du juge aux affaires familiales en matière personnelle n'est pas exclusive puisque le juge des tutelles intervient en ce domaine pour le mineur sous tutelle et les majeurs protégés mais il n'y intervient pas en tant qu'organe juridictionnel et lorsque l'enfant est sous autorité parentale, la compétence du juge des tutelles était automatiquement écartée. Ainsi, désormais le juge des tutelles empiète sur le domaine réservé du juge aux affaires familiales. A la suite du transfert de compétences, le juge aux affaires familiales aura donc à autoriser ces actes en qualité de juge des tutelles. Là réside le véritable changement en matière de protection de l'enfant. Reconnaître la compétence en matière personnelle du juge des tutelles, juge de principe de l'incapacité et de la représentation, permet la reconnaissance de la représentation extrapatrimoniale. Soumettre un acte extrapatrimonial à la compétence du juge de la représentation est le pas le plus important vers l'unification du régime de la représentation du mineur.

Si le transfert de compétences vers le juge aux affaires familiales avait une portée toute relative car il ne modifiait pas au fond le caractère transversal de la représentation et laissait subsister la protection différenciée, l'octroi au juge des tutelles de compétence en matière extrapatrimoniale, alors que le mineur demeure sous autorité parentale, au contraire esquisse la fin de la disparité de protection en matière de représentation. Pourtant, le changement tout important et révélateur qu'il soit, n'est que limité dans son champ d'application et pour que cette affirmation se vérifie, il est nécessaire d'étendre cette disposition à l'ensemble des actes de représentation extrapatrimoniale.

B. L'uniformisation nécessaire de *lege ferenda* du régime des actes de représentation en fonction du critère de gravité

280. Pour que le régime de la représentation soit cohérent, il importe d'unifier le régime des actes de représentation, c'est-à-dire leur fonctionnement et la compétence judiciaire à laquelle ils sont soumis. La double typologie des actes de représentation et

l'inadaptation de la typologie de l'administration légale et de la tutelle aux actes extrapatrimoniaux, contribuant à rattacher la représentation extrapatrimoniale à l'autorité sur la personne de l'enfant, constituent des obstacles à cette clarification. Or, il est possible de les dépasser en ayant recours à un raisonnement par analogie, qui du reste n'est pas novateur. La catégorie des actions en justice relatives à des droits extrapatrimoniaux, actes relevant de l'administration légale et classés désormais au sein des actes de disposition⁴²⁹, illustre la malléabilité de la frontière entre protection des biens et protection de la personne. Analysant les droits subjectifs de la personne, notamment le droit sur son corps et les conventions relatives au corps humain, un auteur a proposé d'appliquer la distinction patrimoniale traditionnelle aux actes relatifs à la personne « afin de faciliter l'appréhension de [la] réglementation (...), comme simple élément de raisonnement.»⁴³⁰

281. De manière pragmatique, la méthodologie a été appliquée implicitement à la tutelle et aux actes de représentation accomplis par le tuteur en matière personnelle. La réglementation ne vise pas expressément les actes extrapatrimoniaux, mais il existe des actes innommés qui correspondent à des actes de représentation extrapatrimoniale auxquels s'applique implicitement le régime juridique des actes patrimoniaux. La tutelle constitue ainsi un très bon support à l'uniformisation des actes de représentation puisqu'elle est une protection globale. Il n'est pas possible de dresser une liste de ces actes puisqu'il s'agit de tous les actes relatifs à la personne du mineur ou du majeur qu'accomplit le tuteur. Les règles applicables à la tutelle des majeurs visent depuis la réforme du 5 mars 2007 explicitement la protection de la personne du majeur. Le principe est celui de l'autonomie de la personne protégée en matière extrapatrimoniale⁴³¹, la représentation est même impossible s'agissant des actes strictement personnels. S'agissant des autres actes personnels dits simplement personnels, sous réserve de l'application des dispositions particulières, notamment du droit médical, la règle est celle de la prise de décision par le majeur protégé lui-même. Si son état ne le lui permet pas, le juge ou le conseil de famille peuvent prévoir son assistance pour tous les actes extrapatrimoniaux ou certains seulement. Si celle-ci

⁴²⁹ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, préc., annexe1, colonne 2, VI.

⁴³⁰ Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, op. cit., n° 335.

⁴³¹ S. Bernhein-Desvaux, « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », art. préc. ; P. Salvage-Gerest, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle », art. préc.

s'avère insuffisamment protectrice, après ouverture d'une mesure de tutelle, le tuteur peut être autorisé à le représenter. Le tuteur peut donc être amené à représenter le majeur sous tutelle dans l'accomplissement d'actes relatifs à sa personne sans pour autant qu'une qualification précise de l'acte soit retenue⁴³². Même si la représentation est exceptionnelle, elle existe néanmoins mais son rejet conduit à l'absence de typologie des actes extrapatrimoniaux. S'agissant du mineur sous tutelle, la représentation dans l'accomplissement d'actes extrapatrimoniaux reste la règle. Diverses dispositions ont déjà été évoquées : en matière de nationalité, de santé, de changement de nom⁴³³. Le point commun entre les actes extrapatrimoniaux accomplis au nom du mineur ou au nom du majeur réside dans l'absence de qualification précise : ils demeurent innommés.

282. Ces actes innommés peuvent être un élément permettant de contourner l'obstacle de la double typologie car ils obéissent au même régime que les actes patrimoniaux. Bien qu'innommés, les actes extrapatrimoniaux se voient implicitement appliquer la distinction patrimoniale classique. Leur objet n'est pas identique mais leur nature et leur régime le sont. Concernant la représentation des majeurs sous tutelle, selon l'article 459 du Code civil et en dépit de l'interprétation délicate de l'article 459-1 du Code civil⁴³⁴, dès que l'acte porte gravement atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie

⁴³² Telle était la position de la jurisprudence avant l'adoption de la loi du 5 mars 2007. V. Civ. 1^{ère} 18 avril 1989, *JCP N* 1989, II, 313, note Th. Fossier.

⁴³³ V. *supra* n° 37.

⁴³⁴ F. Arhab-Girardin, « La décision médicale du majeur protégé, une articulation complexe des dispositions du Code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009. 875 ; A. Bateur, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr. famille* 2011, dossier 5 ; J. Massip, « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr. famille* 2010, étude 18.

Un problème de cohérence se pose entre l'article 459 et l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. Le premier pose le principe d'autonomie mais prévoit parfois la représentation en imposant l'autorisation judiciaire en cas d'atteinte corporelle grave. Il ne déroge pas, selon l'article 459-1 du Code civil aux dispositions du second qui, lui, pose le principe du consentement de la personne protégée à l'acte médical. Mais comment interpréter l'alinéa 3 de l'article 459 selon lequel l'autorisation du conseil de famille ou du juge est requise en cas d'atteinte corporelle grave ? Dès lors que le droit médical - hors les cas spéciaux tels que recherche biomédicale ou prélèvement de moelle osseuse - ne requiert pas d'autorisation pour les actes graves mais se contente du seul consentement du tuteur, il faut admettre que même en cas d'atteinte corporelle grave, le tuteur peut agir seul. Pourtant, le principe de protection de la personne énoncé par le Code civil ne peut être écarté par le droit médical. Aussi, dès lors pour toute atteinte corporelle grave, l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles est requise. Il semble nécessaire d'uniformiser les dispositions du Code de la santé publique et du Code civil. Illustrant cette incohérence, TI Nice, 4 février 2009, *D.* 2009. 1397, note Th. Verheyde ; H. Fuchiron, « Nouveau droit, nouveaux droits », art. préc. La personne protégée n'a fait l'objet d'aucune mesure de représentation ou d'assistance à propos des décisions relatives à sa personne, mais l'acte médical envisagé a été conclu avec le consentement du représentant légal sans l'autorisation du juge des tutelles car il ne portait pas gravement atteinte à son intégrité corporelle.

privée du majeur, le tuteur doit requérir l'autorisation du juge ou du conseil de famille. Ainsi, dès lors que le tuteur est amené à effectuer un acte relatif à la personne du majeur protégé d'une gravité supérieure, une autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles est requise. L'analogie avec les actes de disposition est évidente.

Quant au mineur sous tutelle, les actes relatifs à la nationalité sont accomplis par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille⁴³⁵. Il en est de même pour le changement de nom du mineur⁴³⁶. En droit médical, le Code de la santé publique est beaucoup plus approximatif. L'autorisation du conseil de famille n'est jamais requise pour les actes spéciaux, présumés graves tels que prélèvements de sang ou de moelle osseuse. Seules les dispositions relatives à la recherche biomédicale visent une telle autorisation : lorsque le mineur sous tutelle participe à une recherche biomédicale, le consentement est donné par le représentant légal et s'il existe un risque d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, le consentement du conseil de famille ou du juge des tutelles est requis⁴³⁷. En dehors de ce cas, l'autorisation n'est pas requise, même en cas d'atteinte corporelle grave dans le cadre d'un acte médical général, comme une intervention chirurgicale lourde. Ni l'article L. 1111-4, ni l'article R. 4127-42⁴³⁸ n'y font référence. Le droit médical est lacunaire et si l'autorisation du conseil de famille n'est pas expressément requise en cas d'acte ayant des conséquences particulièrement lourdes, à la lumière des règles relatives au majeur protégé, cette autorisation doit être requise même en matière médicale. Par analogie avec l'article 459 alinéa 3, dès lors que l'intégrité corporelle ou l'intimité de la vie privée du mineur risquent d'être gravement atteintes, il est nécessaire de solliciter l'autorisation du conseil de famille. L'exigence de l'autorisation du conseil de famille démontre l'analogie entre les actes innommés et les actes patrimoniaux, actes de disposition en l'occurrence.

⁴³⁵ Article 17-3 du Code civil.

⁴³⁶ Article 2, 7° du décret n° 94-52 du 20 janvier 1994.

⁴³⁷ Article L. 1122-2-II du Code de la santé publique. Il faut noter que le Code de la santé publique est pour le moins imprécis dans la réglementation du consentement à l'acte médical. Non seulement le vocabulaire est imprécis, visant parfois le tuteur, parfois le représentant légal mais surtout les règles manquent de cohérence. Ainsi lorsque le mineur sous autorité parentale fait l'objet d'un prélèvement de moelle osseuse autorisé par l'article L. 1241-3, le consentement des deux titulaires de l'exercice de l'autorité parentale est requis. En revanche, s'il est sous tutelle, le consentement du seul tuteur suffit, alors que s'il s'agit d'un majeur sous tutelle, l'autorisation du juge des tutelles est requise. Le régime des actes médicaux relatifs aux personnes protégées manque donc parfois de cohérence.

⁴³⁸ Article R. 4127-42 du Code de la santé publique : « Sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5, un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement. En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires. Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible. »

283. Même si la dénomination ne peut être adoptée en matière extrapatrimoniale compte tenu de la définition purement patrimoniale qu'ils recouvrent, le régime des actes peut donc être appliqué en fonction du critère de gravité⁴³⁹. Ainsi tous les actes graves de représentation, c'est-à-dire engageant l'avenir du mineur ou majeur sous tutelle dans sa personne ou son patrimoine, soit les actes extrapatrimoniaux - innommés - graves et les actes de disposition, sont soumis au régime de ces derniers, requérant l'autorisation du conseil de famille, tandis que les actes ne compromettant pas leur avenir sont soumis au régime des actes d'administration, le tuteur pouvant agir seul.

284. Un tel raisonnement est applicable au mineur sous autorité parentale : les actes graves susceptibles d'avoir de lourdes conséquences sur l'avenir de l'enfant, patrimoniaux comme extrapatrimoniaux, ou portant atteinte à son identité, à son intégrité physique ou morale doivent être soumis à la règle de la cogestion, à l'absence de présomption d'accord et requérir une autorisation judiciaire supplétive en cas de désaccord ou d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Les actes ne compromettant pas l'intégrité de l'enfant dans sa personne ou dans ses biens doivent être soumis au régime des actes d'administration, les règles de cogestion et la présomption d'accord s'appliquant et le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale pouvant les effectuer seul.

La tutelle, affranchie de l'influence de l'autorité parentale sur la personne démontre la possibilité de rompre la frontière entre biens et personnes et de simplifier la représentation en soumettant les actes extrapatrimoniaux au même régime que les actes de disposition en fonction d'un critère de gravité. L'élément perturbateur fondamental dans l'appréhension de la représentation du mineur sous autorité parentale demeure l'absorption de la protection extrapatrimoniale par le pouvoir de direction de la personne. Le problème semble donc insoluble, d'autant plus que les raisons de cet état de fait sont évidentes : parce que la distinction relève de l'« expérience première »⁴⁴⁰, il est plus facile de distinguer un bien d'une personne, qu'un pouvoir de représentation d'un pouvoir d'autorité pure. Pourtant, il est nécessaire de dépasser cette facilité, la

⁴³⁹ J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, thèse préc., n° 617 et s. ; J. Hauser, « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, op. cit., p. 227 ; Th. Fossier, M. Harichaux, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS* 1991.1.

⁴⁴⁰ R. Andorno, *La distinction des personnes et des choses à l'épreuve des procréations médicalement assistées*, op. cit., n° 10.

protection de l'enfant doit prévaloir car le mineur n'est pas toujours suffisamment protégé dans l'exercice de ses droits.

Dès lors que le mineur se trouve engagé dans un rapport d'obligation, l'acte doit obéir au régime des actes de représentation en fonction de sa gravité. Il ne s'agit pas de méconnaître les « droits naturels des parents » ou de favoriser l'immixtion du juge dans la vie de la famille. Le principe étant celui de l'exercice en commun de l'autorité parentale, les père et mère conservent leurs prérogatives même s'agissant des actes graves. L'intervention du juge est limitée aux cas de désaccord ou au cas où l'exercice est unilatéral. Au demeurant, en droit positif, les conflits entre parents débouchent également sur une saisine du juge sur le fondement de l'article 373-2-6 du Code civil⁴⁴¹.

Prenant acte de l'incohérence de la protection de l'enfant, écartelée entre nombre de magistrats, le législateur a émis la volonté de globaliser cette protection, en la soumettant pour l'essentiel au contrôle du juge aux affaires familiales. Pourtant, la démarche, aussi louable soit-elle, n'est pas assez aboutie. Elle risque même d'aggraver les travers ici dénoncés. Le caractère transversal de la représentation du mineur sous autorité parentale demeure et les conséquences néfastes sur la protection de l'enfant également. La démarche serait au contraire achevée si les actes de représentation étaient soumis à un seul et même régime. Dans ce but, les actes accomplis par le tuteur sont un exemple à suivre et le critère de gravité des actes par lesquels le mineur se trouve engagé dans un rapport d'obligation doit guider cette démarche.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

285. Attribut de l'autorité parentale n'ayant pas été pris en compte dans toute son étendue, la représentation du mineur est soumise à un régime dualiste, dont il serait possible de s'accommoder s'il n'aboutissait à une protection différenciée en matière extrapatrimoniale et patrimoniale. La représentation dans l'accomplissement des actes relatifs à la personne de l'enfant est anormalement soumise aux règles régissant l'autorité parentale sur la personne en raison de son absorption par cette dernière. Conséquence de l'absence de théorie générale de la représentation du mineur, la protection extrapatrimoniale est inférieure, notamment dans le cas où elle devrait être

⁴⁴¹ Leur rareté démontre que les parents peuvent parvenir à concilier leur point de vue sans avoir à faire intervenir le juge, ce qui ne signifie pas que la possibilité d'une saisine doive être rejetée.

accrue qu'est l'exercice unilatéral de l'autorité parentale et la représentation se trouve partagée entre procédure gracieuse et contentieuse. La protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux tend néanmoins à converger peu à peu à l'initiative du législateur. Toutefois, tant que la représentation extrapatrimoniale demeurera dans l'ombre de l'autorité sur la personne, le clivage gardera toute sa force et il ne disparaîtra que lorsque la représentation et le pouvoir de direction et de contrôle seront clairement distingués et que les actes juridiques extrapatrimoniaux se verront appliquer un régime similaire à celui des actes patrimoniaux.

CONCLUSION DU TITRE 2

286. L'autonomie de la représentation légale du mineur à l'égard de l'administration légale et de l'autorité parentale sur la personne n'est pas synonyme d'indépendance et son régime est gouverné par l'organisation duale de la protection de l'enfant. En dépit de cette particularité, le pouvoir apparaît unitaire en raison de l'identité entre représentants patrimoniaux et extrapatrimoniaux et de la règle générale de cogestion, la coparentalité pénétrant fortement le droit de l'enfance. Pourtant, la représentation demeure nécessairement confrontée au clivage fondamental et la dualité surgit rapidement lorsque le pouvoir est amené à se diviser entre pouvoir extrapatrimonial et pouvoir patrimonial au gré des modifications affectant l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi en est-il en cas de délégation, de partage de l'autorité parentale ou lorsque l'enfant est confié à un tiers. L'indissociabilité du pouvoir de protection et d'éducation et du pouvoir de représentation conduit à leur conférer ce dernier, sans pour autant leur en donner l'intégralité. Malgré des problèmes pratiques, la répartition des pouvoirs entre un représentant chargé du patrimoine et un autre chargé de la personne n'est pas choquante dans la mesure où il peut être de l'intérêt de l'enfant qu'une personne intervienne dans son seul domaine de compétence. En revanche, la confrontation du pouvoir à la *summa divisio* est problématique lorsqu'elle aboutit à une protection différente en matière personnelle et patrimoniale car en aucun cas, le législateur n'a eu pour objectif de diminuer la protection de la personne de l'enfant. Malgré l'objectif assigné à la loi du 12 mai 2009 de promouvoir une protection globale de l'enfant, des obstacles doivent encore être levés et le régime des actes de représentation doit être uniformisé. D'une compétence judiciaire unique désormais acquise, il convient d'évoluer vers un régime unitaire fondé sur le critère de gravité des actes de représentation.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

287. Attribut général de l'autorité parentale, le pouvoir de représentation est autonome de l'autorité parentale sur la personne par laquelle il est souvent occulté et il dépasse la seule administration légale, institution de protection purement patrimoniale. Une telle autonomie amène à envisager les pouvoirs de protection du mineur sous un nouvel angle. L'éducation et la protection physique et psychologique de l'enfant sont assurées de manière générale par le pouvoir de direction et de contrôle dont le corollaire est le pouvoir de représentation, lequel s'inscrit pleinement au sein de l'impératif de protection. La représentation procède en effet nécessairement d'une décision parentale, dont elle est une déclinaison particulière. L'acte de représentation n'est que la conséquence d'une décision qui, s'agissant des mineurs, est une décision des parents trouvant nécessairement son origine dans le pouvoir de direction et de contrôle. Parfois la mise en œuvre du pouvoir de direction et de contrôle afin d'assurer l'éducation et la protection de l'enfant nécessite même pour être aboutie un acte de représentation. En cela, pouvoir de direction et de contrôle et pouvoir de représentation sont indissociables.

La structure dichotomique de la protection a néanmoins pour conséquence le caractère transversal de la représentation de l'enfant sous autorité parentale. Le palliatif à l'incapacité d'exercice générale est dès lors sous l'emprise du clivage existant entre protection des biens et de la personne ce qui n'est pas sans conséquence. Les représentants de l'enfant peuvent être multiples, dotés de l'intégralité du pouvoir comme d'une partie seulement, patrimoniale ou extrapatrimoniale, selon le titre auquel ils interviennent. La *summa divisio* se fait plus prégnante dès lors que l'on s'intéresse au fonctionnement même du pouvoir. S'il est admissible de diviser le pouvoir entre plusieurs personnes, dans la mesure où cela peut être favorable à l'intérêt de l'enfant, il n'en est pas de même lorsque la protection s'avère différente, voire moindre, selon que les intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux sont en cause. La volonté du législateur d'aller vers une protection globale de l'enfant est pour le moment peu efficace dans la mesure où la dualité des régimes n'a pas été supprimée. La singularité de la représentation réside ainsi dans son caractère général nécessairement marqué par le clivage traditionnel organisant la protection de l'enfant. Un autre aspect de la singularité de la représentation du mineur doit désormais être mis en évidence : l'acte de représentation n'est que la mise en œuvre du pouvoir de direction et de contrôle, ce qui traduit l'aspect « droit » du pouvoir de représentation détenu par les parents et n'est pas sans incidence sur l'exercice de la prérogative.

PARTIE 2 : L'EMPREINTE DES CARACTÈRES DE L'AUTORITÉ PARENTALE SUR LA REPRÉSENTATION

288. La mise en évidence de l'autonomie de la représentation a conduit à la révélation de sa nature véritable : un attribut de l'autorité parentale soumis à l'organisation différenciée de la protection de l'enfant. Non seulement l'autorité parentale au sens large, protection de la personne et des biens, modèle le champ d'application de la représentation, mais elle influe également sur sa mise en œuvre. Bien qu'elle soit une fonction de protection et d'éducation, l'autorité parentale demeure un droit¹ des parents exercé dans l'intérêt de l'enfant. S'il semble peu conforme à l'esprit de la CIDE et aux droits-libertés de l'enfant, l'aspect « droit » des prérogatives parentales ne peut être complètement remis en cause au risque de décrédibiliser² les parents et par là-même de détruire le socle éducatif dont a besoin chaque enfant. D'ailleurs, l'article 5 de la CIDE elle-même dispose que « les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents (...) de donner [à l'enfant] d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît (...) la Convention. »³ En dépit de l'affaiblissement de l'autorité

¹ L. Leveneur, « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant ? », in *L'autorité parentale en question*, art. préc., spéc., n° 12 ; *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, *op. cit.* Pour une illustration jurisprudentielle, Civ. 1^{ère} 4 juillet 2006, pourvoi n° 05-17883, *Petites affiches* 5 décembre 2006, p. 19, obs. J. Massip ; Civ. 1^{ère} 27 février 2007, préc.

² M.-Th. Meulders-Klein, « Droits des enfants et responsabilités parentales : quel juste équilibre ? », in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998, Trois décennies de mutations en Occident*, art. préc. ; G. Nicolau, « L'autorité parentale à l'épreuve », in *Mélanges Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 141.

³ Garantissant le droit à l'instruction, l'article 2 du Protocole additionnel à la CEDH précise que « l'État dans l'exercice des fonctions qu'il assurera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement

parentale, la facette « droit » de toute prérogative parentale ne saurait donc être méconnue⁴ et les pouvoirs de protection et d'éducation sont par conséquent empreints de *l'auctoritas*⁵ propre aux décisions parentales. En tant qu'attribut de l'autorité parentale, indissolublement liée au pouvoir de direction et de contrôle dont elle est la mise en œuvre⁶, la représentation légale en adopte la nature et les caractères. D'une part, elle demeure un droit doté d'une finalité particulière et d'autre part, les représentants exercent leur pouvoir de manière autoritaire. L'aspect « droit parental » n'est donc pas sans incidence sur l'exercice des droits du mineur⁷ (Titre 1).

Autre conséquence, l'aspect « droit » de toute prérogative parentale influe sur la surveillance du pouvoir de représentation. Tout exercice des droits d'autrui doit faire l'objet d'un contrôle, le représentant devant se conformer au respect d'un certain nombre d'obligations supposées assurer la préservation des intérêts du représenté. Le caractère général et impérieux de la représentation impose une surveillance accrue de l'usage du pouvoir. Si cette exigence est naturelle, elle doit néanmoins être conciliée avec l'autorité dont jouissent les parents. L'interaction constante entre obligations des représentants et droits des père et mère perturbe les règles traditionnelles de contrôle du pouvoir de représentation, les parents devant conserver une part de liberté inhérente à leur qualité. Il a d'ailleurs toujours été admis, même s'agissant de l'assistance éducative, que la famille devait avant tout rester un lieu sanctuarisé. Pourtant, la spécificité de la représentation du mineur oblige à dépasser cette limite et à veiller au bon exercice du pouvoir par les titulaires de l'autorité parentale. Il n'en demeure pas moins que confronté à une prérogative parentale, le contrôle est relatif (Titre 2).

respectera le droit des parents d'assurer cette éducation (...) » Par ailleurs, la CEDH considère que les droits des titulaires de l'autorité parentale sont justifiés même s'ils impliquent une restriction sérieuse des droits du mineur. V. CEDH *Nielsen c/ Danemark*, 28 novembre 1988, série A, n° 144. V. également, A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, op. cit., n° 519 ; L. Couturier-Bourdinière, « La CEDH et la protection des droits des enfants », in *Mélanges en l'honneur de G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, p. 523.

⁴ M.-P. Gil-Rosado, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, op. cit., n° 101, 177, 189 et 252.

⁵ V. *supra* n° 9.

⁶ V. *supra* n° 119.

⁷ Th. Fossier, « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », *Dr. famille* 2004, étude 10 ; J. Hauser, « La place de l'enfant dans les procès relatifs à l'autorité parentale », in *L'autorité parentale en question*, op. cit., p. 71.

TITRE 1 : L'EXERCICE DES DROITS DU MINEUR À L'AUNE DES DROITS PARENTAUX

289. L'impossibilité pour le mineur d'intervenir directement sur la scène juridique est compensée par la mise en œuvre légale du mécanisme de représentation. Habituellement citée au titre de la technique appliquée par le mandat, cette dernière est traditionnellement définie comme la représentation de la volonté du représenté par le représentant. Toutefois d'une part, une telle conception apparaît désormais réductrice et obsolète et d'autre part, l'exercice des droits du mineur s'en éloigne considérablement car il trouve son origine dans la mise en œuvre d'un droit parental. La volonté créatrice d'effets de droit provient uniquement des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. La cause de l'exclusion de la volonté de l'enfant ne réside en effet pas tant dans son incapacité naturelle que dans l'incidence du pouvoir de direction et de contrôle sur le pouvoir de représentation puisque la décision d'agir au nom et pour le compte du mineur procède de la mise en œuvre du pouvoir de direction et de contrôle. Si l'incapacité d'exercice du mineur le place sous un régime de représentation, le caractère autoritaire de celle-ci l'exclut de la protection de ses intérêts (chapitre 1).

Sous cet angle, l'individualité de l'enfant paraît niée. Pourtant, il est impossible de se contenter de cette vision réductrice. D'une part, le système d'incapacité connaît une certaine flexibilité et s'adapte aux besoins de protection, donnant alors toute sa place à la volonté juridique de l'enfant. D'autre part, sous l'influence du mouvement des « droits de l'enfant » et notamment de la reconnaissance du droit d'expression, le système d'incapacité se rénove et réalise la conciliation de la représentation et de la volonté de l'enfant. Ce dernier ne participe pas à l'accomplissement de l'acte de représentation, mais participe à la définition de ses intérêts. La rénovation du régime de protection de l'enfant passe ainsi non pas par la remise en cause du principe de représentation, mais par l'apport de tempéraments destinés à en atténuer la rigueur (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LE CARACTÈRE AUTORITAIRE DE LA REPRÉSENTATION

290. Les relations entre parents et enfant sont empreintes d'une singularité qui ne se retrouve pas dans d'autres types de relations. L'affectif s'y mêle à la hiérarchie. Les parents possèdent certes des pouvoirs – direction, contrôle et représentation - dont la finalité ne peut résider que dans l'intérêt de l'enfant, ce dernier n'en est pas moins dans une situation d'infériorité. Actuellement la volonté de responsabilisation⁸ des parents accentue l'aspect droit-fonction et surtout l'idée que pèse sur eux un devoir. Pourtant, protéger et éduquer l'enfant demeure un droit lié à la filiation, qui les place dans une situation de commandement vis-à-vis de leur descendance⁹. En dépit des atteintes portées à l'autorité parentale par le législateur, l'autorité demeure le ciment des relations entre parents et enfant. La mise en œuvre du pouvoir de représentation en est l'illustration même : l'acte de représentation est entièrement entre les mains des titulaires de l'autorité parentale, dont la volonté est exclusive de celle du mineur (section 1). Le caractère impérieux du pouvoir amène dans ces conditions à s'interroger sur les conséquences de l'exclusivité de la volonté des représentants quant à la nature de la représentation (section 2).

⁸ Pour un exemple récent, v. C. Siffrein-Blanc, *op. cit.*, n° 520 et s.

⁹ P. Courbe, *op. cit.*, n° 1047 ; F. Boulanger, « Modernisation ou utopie ? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », art. préc.

Section 1 : L'EXCLUSIVITÉ DE LA VOLONTÉ DES REPRÉSENTANTS DANS L'EXERCICE DU POUVOIR DE REPRÉSENTATION

291. L'étude du droit allemand a permis d'affiner l'analyse de la représentation et de ses applications¹⁰. Le mandat doit ainsi être décomposé : doivent être distingués l'acte conférant le pouvoir de l'acte de représentation lui-même. En effet, l'acte octroyant le pouvoir, s'inscrivant dans les rapports entre représenté et représentant, peut être différencié de l'acte de représentation, situé dans le cadre des rapports avec les tiers, alors que la conception française traditionnelle du mandat conçoit ce dernier comme un ensemble reliant mandant-mandataire-tiers contractant. L'analyse allemande a permis de dissocier le mandat de la représentation elle-même et de considérer que la volonté du mandant se manifeste dans l'acte préalable à l'acte de représentation. Le pouvoir de représentation du mineur octroyé par la loi s'affranchit en revanche de l'acte préalable et la volonté du mineur représenté est nécessairement exclue de l'origine de la représentation en raison de son incapacité légale fondée sur la présomption d'incapacité à exprimer un intérêt (§1). Elle ne peut en réalité être envisagée qu'au niveau de l'acte de représentation lui-même, mais se voit exclue par l'influence hiérarchique du pouvoir parental (§2).

§1. LA PRÉSUMPTION D'INAPTITUDE À EXPRIMER UN INTÉRÊT, FONDEMENT DE L'EXCLUSION DE LA VOLONTÉ DU MINEUR À L'ORIGINE DU POUVOIR DE REPRÉSENTATION

292. L'incapacité d'exercice des mineurs est la « reconnaissance légale de leur état de faiblesse naturelle » afin d'éviter qu'ils ne nuisent à leurs propres intérêts par leurs actes¹¹. Elle est une présomption d'absence ou d'insuffisance de volonté qui évite au mineur désireux de faire annuler un acte qu'il a accompli de prouver son défaut de volonté. C'est une faveur pour l'incapable, non une mise à l'écart¹². Une certaine adéquation existe entre capacité d'exercice et capacité naturelle : parce qu'il ne peut apprécier sainement les conséquences de son acte, le mineur ne peut s'engager juridiquement. Les actes autorisés au mineur en fonction de son âge ou de son discernement confirment la corrélation entre capacité naturelle et capacité juridique, la

¹⁰ F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 212 ; M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^e éd., 2004, n° 96 ; Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n° 67.

¹¹ G. Cornu, « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, *op. cit.*, p. 9.

¹² R. Houin, « Les incapacités », *RTD Civ.* 1947. 383.

présomption d'incapacité naturelle pouvant être renversée, ce qui octroie alors au mineur des sphères d'autonomie¹³.

293. Pourtant, l'aptitude intellectuelle du mineur ne suffit pas à le rendre capable et l'adéquation est loin d'être totale. Non seulement le critère objectif de l'âge de la majorité fait reposer le système sur une présomption d'inaptitude garantissant la sécurité juridique à l'égard des tiers¹⁴, mais lorsque la capacité naturelle réelle est prise en compte, elle produit des effets limités. Elle ne lui permet en effet qu'exceptionnellement de s'engager, l'incapacité d'exercice demeurant le principe en dépit de son développement intellectuel. La plupart du temps, le discernement du mineur ne lui permet d'émettre qu'un consentement « imparfait »¹⁵. L'avis ou le consentement qu'il exprime ne créent pas directement à sa charge des obligations, ni ne le rendent créancier. En réalité l'incidence de la capacité naturelle sur la capacité contractuelle est plus que relative¹⁶. Lorsque le mineur est autorisé à s'engager seul, d'autres facteurs entrent en compte : la dangerosité de l'acte, son caractère personnel, usuel, voire nécessaire¹⁷.

294. Si l'aptitude naturelle à elle seule n'est pas cause de capacité juridique, elle a néanmoins pour conséquence de permettre au mineur d'exprimer une volonté. Ce dernier demeure inapte à exprimer une volonté juridique, c'est-à-dire une volonté qui l'engage mais peut tout à fait émettre une volonté « simple ». Le mineur n'est pas incapable d'exprimer une volonté mais incapable d'exprimer une volonté juridique¹⁸. L'incapacité d'exercice ne repose donc pas sur une inaptitude à exprimer une volonté mais sur une inaptitude à exprimer une volonté juridique, susceptible de créer des droits et obligations à la charge du mineur. Tout le système de protection du mineur repose sur la crainte qu'il ne nuise à ses intérêts et le problème n'est en réalité pas celui de

¹³ Le lien entre capacité naturelle et capacité d'exercice était d'ailleurs évident pour les rédacteurs du Code civil qui ont introduit l'article 1305 : le mineur n'est pas incapable de contracter, il est incapable de se léser selon la formule célèbre de Bigot de Préameneu. Par l'absence de lésion dans l'acte qu'il a accompli, le mineur démontre son aptitude naturelle à apprécier correctement ses intérêts. V. Présentation au Corps législatif et exposé des motifs, par Bigot de Préameneu, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par P. A. Fenet, t. 13, 1827, rééd., Zeller, 1968, p. 225 et s.

¹⁴ F. Bétaillolle-Gonthier, *La capacité naturelle*, thèse préc., n° 246.

¹⁵ L. Attuel-Mendes, *Consentement et actes juridiques*, préf. E. Loquin, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2008, n° 345.

¹⁶ F. Bétaillolle-Gonthier, thèse préc., n° 292 et s.

¹⁷ *Ibid.*, n° 241.

¹⁸ Ph. Malaurie, *Les personnes*, op. cit., n° 599 ; J. Carbonnier, *La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., p. 134.

l'incapacité à exprimer une volonté, mais celui de l'expression d'une volonté conforme à ses intérêts. L'incapable peut tout à fait émettre une volonté mais il n'est pas certain qu'il prenne la bonne décision et en cela qu'il exprime ce qui est de son intérêt. Le risque est tel d'une non-conformité de la décision de l'enfant à ses intérêts qu'il est placé sous un régime d'incapacité. Pour le protéger, il est donc présumé inapte à agir conformément à ses intérêts, en d'autres termes, à exprimer un intérêt. Si le majeur est présumé apte à juger correctement de ses intérêts, l'inverse se produit pour le mineur. C'est cette présomption d'incapacité à effectuer le choix optimal qui fonde son incapacité d'exercice, cette expression de la « meilleure » volonté s'incarnant dans l'expression de ce que nous pouvons qualifier d'intérêt.

En revanche, la présomption d'incapacité à exprimer un intérêt n'empêche pas le mineur d'exprimer son opinion. Et cette volonté « simple » peut tout à fait être prise en compte dans la mise en œuvre du pouvoir de représentation, ce qu'indique l'article 371-1 alinéa 3. Pourtant, à la présomption d'incapacité à exprimer un intérêt se superpose le rayonnement de l'autorité parentale. Si elle ne vient pas exclure la volonté de l'enfant au même titre que l'incapacité, elle vient l'exclure au titre du rapport hiérarchique qu'elle instaure et se trouve être la cause de l'exclusion de la volonté de l'enfant dans la mise en œuvre de la représentation.

§2. L'INFLUENCE HIÉRARCHIQUE DE L'AUTORITÉ PARENTALE, FONDEMENT DE L'EXCLUSION DE LA VOLONTÉ DU MINEUR DANS LA MISE EN ŒUVRE DU POUVOIR DE REPRÉSENTATION

295. Parce que le mineur est présumé inapte à exprimer un intérêt, la loi le place sous un régime de représentation qui dès lors l'écarte de la scène juridique. Pourtant, la représentation n'est pas synonyme de mise à l'écart du représenté et d'exclusion de sa propre volonté. Les volontés du représentant et du représenté peuvent coexister. *Lato sensu*¹⁹, l'autorité parentale englobe le pouvoir général de protection de l'enfant, subdivisé entre d'une part un pouvoir d'autorité pure et simple, qualifié de pouvoir de direction et de contrôle, et d'autre part un pouvoir de représentation, extrapatrimoniaire et patrimoniale, ce dernier qualifié d'administration légale. Le pouvoir de direction et le pouvoir de représentation sont autonomes, mais ne sont pour autant pas indépendants car le second est l'accessoire du premier, dont il est une application, en subissant ainsi

¹⁹ V. *supra* n° 4.

la coloration. Le caractère hiérarchique des relations induit par l'autorité exercée par les parents sur leurs enfants est sous-jacent au pouvoir de direction et imprègne le pouvoir de représentation, empreint d'un caractère impérieux, ce qui se traduit par la toute-puissance des titulaires de l'autorité parentale dans l'exercice des droits du mineur. Ils possèdent ainsi toute latitude dans l'accomplissement de l'acte juridique (A) et imposent cette décision au mineur qui est tenu d'un devoir d'obéissance (B).

A. La liberté de décision des représentants titulaires de l'autorité parentale

296. Longtemps la doctrine a eu recours à une fiction selon laquelle la volonté émise était celle du représenté, le représentant ne manifestant aucune volonté propre²⁰. Une telle explication apparaissait nécessaire pour ne pas remettre en cause le principe d'autonomie de la volonté²¹. Outre son caractère artificiel, le reproche principal adressé à ce fondement reposait sur son inadéquation avec la représentation des personnes dépourvues de volonté, telles que les incapables ou les personnes morales. Sans se référer à une fiction, le représentant a également été présenté comme un porte-parole et un messenger du représenté²², mais des reproches identiques peuvent être formulés. Prenant peu à peu en compte l'importance de la volonté du représentant, des auteurs étrangers ont expliqué la représentation par la collaboration entre représentant et représenté²³, ce qui néanmoins ne permettait toujours pas de comprendre la représentation des personnes privées de volonté. Puis, les études ultérieures²⁴ ont admis le rôle majeur du représentant. Que la volonté du représentant se manifeste dans la réalisation de l'acte accompli est désormais acquis et même nécessaire²⁵. Un simple

²⁰ P. Bouquier, *Étude générale de la représentation dans les actes juridiques*, thèse Montpellier, 1899, p. 25. L'auteur reconnaît que le représentant a une part très active dans la réalisation de l'acte mais considère que puisque sa volonté est dictée par des intérêts qui ne sont pas les siens, elle n'existe que dans les faits alors qu'en droit, c'est la volonté du représenté qui est émise. V. également, E. Gaillard, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits* 1987/6, p. 90.

²¹ R. Savatier, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », art. préc.

²² Savigny, *Le droit des obligations*, t. II, trad. C. Gérardin et P. Jozon, A. Durand, 1863, p. 204.

²³ Mittéris, *Die Lehre von der Stellvertretung*, 1885, § 13, p. 109-126 ; Tartufari, *Della rappresentanza nelle conclusioni dei contratti*, 1892, n° 439 et s. cités par E. Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897, p. 38 et s.

²⁴ R. Popesco-Ramniceano, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse Paris, 1927, p. 216 et s. ; H. Levy-Ullmann, « La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques », in *Acta Academiae universalis jurisprudentiae comparativae*, t. I, La Haye, 1927, cité par R. Popesco-Ramniceano ; J. Clarise, *De la représentation, son rôle dans la création des obligations*, thèse Lille, 1949 ; E. Pilon, *op. cit.*

²⁵ G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. 2, *Obligations et droits réels*, LGDJ, 1957, n° 215 ; R. Savatier, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », art. préc. ; M. Storck, *op. cit.*, n° 127 ; Ph. Didier, *op. cit.*, n° 102 ; N. Mathey, « Représentation », art. préc., n° 40 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 179 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les*

porte-parole n'est pas un représentant. Pour considérer qu'un acte est accompli par représentation, il doit être le fruit de la manifestation de volonté propre du représentant. C'est ainsi que l'existence de vices du consentement est appréciée en la personne du représentant. Que le représentant manifeste sa propre volonté ne fait pas obstacle à ce qu'un incapable dispose d'un pouvoir de représentation dès lors qu'il est doué de discernement dans la mesure où il ne s'engage pas lui-même²⁶.

297. La différence entre les divers cas de représentation réside dans la force plus ou moins grande de la volonté du représentant selon qu'elle coexiste ou non avec la volonté du représenté, selon la place que lui accorde ce dernier ou la loi. Une telle coexistence se révèle lors de la phase décisionnelle. En effet, l'acte de représentation peut être décomposé : l'acte juridique implique nécessairement une décision préalable, réflexion nécessaire et préparatoire à l'acte juridique. La décision, phase première et non juridique, peut être différenciée de l'acte de représentation lui-même, acte créateur d'effets de droit. C'est lors de cette phase que la collaboration des volontés peut se produire. Ainsi, le mandant participe à la prise de décision en précisant le bien à vendre, en fixant une fourchette de prix au mandataire, en imposant certaines conditions. En déterminant les pouvoirs dont jouit le mandataire²⁷, le mandat précise nécessairement le type et les modalités de l'acte à accomplir. En conférant un pouvoir de représentation au mandataire, le mandant a l'initiative de l'acte dont il peut ensuite fixer les grandes lignes. C'est à l'intérieur de ce cadre que s'exerce ensuite la volonté du mandataire, attendant parfois le moment opportun pour agir, fixant le prix définitif. Sa liberté de décision est encadrée, fonction de la place conférée par le mandant. Ainsi, lors de l'accomplissement de l'acte juridique, seule la volonté du représentant se manifeste tandis qu'au sein de la phase décisionnelle coexistent la volonté du mandant et celle du mandataire.

obligations, t. 4, Thémis, PUF, 22^e éd., 2000, n° 116 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations*, *op. cit.*, n° 148 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 803 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, I, L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 428 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 107 ; C. Larroumet, *Droit civil, Les obligations, le contrat*, *op. cit.*, n° 155.

²⁶ Ainsi le mineur peut être mandataire selon l'article 1990 du Code civil. Cependant, cette possibilité est paradoxale puisque pour conclure le contrat de mandat, la capacité d'exercice est requise. De la même manière, pour être tuteur, il faut être capable. L'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations prévoit en son article 1120-2 que le représentant doit être capable pour exercer sa mission.

²⁷ Le mandat peut être spécial « pour une ou certaines affaires », ou général, « pour toutes les affaires du mandant » selon l'article 1987. S'il est conçu en termes généraux, seuls des actes d'administration peuvent être accomplis. L'accomplissement d'actes de disposition exige un mandat exprès selon l'article 1988.

Si la spécificité de la représentation en général consiste dans l'émission d'une volonté propre du représentant pour le compte d'autrui, la spécificité de la représentation du mineur repose sur l'absence de coexistence des volontés du représentant et du représenté et sur l'impossibilité pour l'enfant de délivrer des directives au représentant. Le mineur ne peut certes accomplir l'acte juridique, mais sa capacité naturelle peut lui permettre d'émettre une volonté et de participer à l'élaboration de la décision en vertu du principe général d'association du mineur aux décisions le concernant posé par l'article 371-1 alinéa 3. Ainsi, à l'image du mandat, la volonté du mineur intègre théoriquement la phase décisionnelle, préalable à l'acte de représentation (1). Toutefois le pouvoir de direction ainsi que les relations hiérarchiques existant entre les parents et les enfants se répercutent sur la représentation du mineur en écartant ce dernier du processus décisionnel (2).

1) La coexistence théorique des volontés dans l'exercice du pouvoir de représentation

298. Tenant compte des dispositions de la CIDE et de la reconnaissance à l'enfant d'un droit d'expression, le législateur a octroyé à l'enfant le droit de donner son avis sur toute décision l'intéressant. L'article 371-1 alinéa 3 introduit par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 impose ainsi aux parents d' « associer l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité »²⁸. Il s'agit à la fois du droit de l'enfant d'exprimer son opinion au sein de sa famille, mais également d'une obligation pour les parents de l'entendre. D'application générale (a), un tel droit est néanmoins soumis à certaines conditions dont l'appréciation conforte la toute-puissance parentale (b).

a. La généralité du droit pour le mineur de donner son avis

299. Le champ d'application de l'article 371-1 alinéa 3 aux décisions concernant le mineur apparaît aussi vaste qu'imprécis, ce qui implique d'en délimiter davantage le domaine, tant à propos de la nature de la décision en cause (α) que de son objet (β).

²⁸ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1555 ; P. Courbe, *op. cit.*, n° 1047 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 996 ; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1117.

α) L'association aux actes d'autorité comme de représentation

300. La question se pose de savoir si l'article requiert d'associer le mineur aux actes de représentation. Il est en effet inséré au sein de dispositions relatives à l'autorité sur l'enfant sans que la mission de représentation y soit citée. Pourtant, ce sont les décisions concernant l'enfant qui font l'objet d'une consultation et le terme est suffisamment large pour inclure tout type de choix. Les actes de représentation, décisions de nature particulière, ne peuvent être automatiquement exclus du domaine de l'article 371-1 alinéa 3. Il a par ailleurs été admis que l'autorité parentale telle qu'elle est visée par cet article doit être interprétée dans son sens large, celui de l'autorité *lato sensu*, rassemblant le pouvoir de direction et de contrôle de la personne de l'enfant ainsi que le pouvoir complémentaire de représentation²⁹. Les décisions ainsi envisagées peuvent être aussi bien des décisions de pure direction que des décisions aboutissant à une représentation de l'enfant³⁰. De surcroît, lorsqu'une procédure de changement de nom ou de nationalité, procédure impliquant une représentation de l'enfant, est mise en œuvre, le consentement de l'enfant de plus de 13 ans est recueilli³¹. Il n'est donc pas exclu que l'enfant soit associé à un acte de représentation, *a fortiori* lorsqu'un simple avis est requis. Surtout, il apparaît tout à fait justifié que le mineur soit associé à une décision ayant pour effet de l'engager juridiquement et personnellement.

301. En outre, la généralité du droit d'expression de l'enfant conduit à appliquer l'article 371-1 alinéa 3 dans le cadre des relations qu'il peut entretenir avec des tiers chargés de le protéger. Ainsi, lorsque le délégataire de l'autorité parentale, le tiers à qui il est confié en dehors ou en vertu d'une mesure d'assistance éducative prennent une décision concernant l'enfant en vertu du transfert d'une prérogative d'autorité parentale, ils doivent requérir son opinion. En revanche, l'administrateur *ad hoc* qui ne dispose pas du pouvoir général d'éduquer et protéger le mineur ne peut se voir *a priori* opposer l'article 371-1 alinéa 3. Le mineur possède cependant le droit d'exprimer son opinion

²⁹ V. *supra* n° 110 et s.

³⁰ L. Francoz-Terminal, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, *op. cit.*, n°113.

³¹ La circulaire du 3 juillet 2009 précisant l'audition de l'enfant en justice va en ce sens. V. *infra* n° 383.

sur toute décision le concernant et les choix de l'administrateur *ad hoc* en font nécessairement partie en raison de la généralité du droit d'expression³².

Par ailleurs, le principe de recueil de l'avis du mineur, visé au seul titre de l'autorité parentale, paraît ne pas s'appliquer au mineur sous tutelle. Le tuteur ne serait ainsi donc pas tenu de requérir l'avis du mineur. L'absence de modification législative en ce sens - la loi du 5 mars 2007 ayant pu intervenir - laisse penser que de manière sous-jacente l'introduction de l'alinéa 3 n'est qu'un contrepoids à l'autorité. L'inexistence d'une telle disposition dans les règles tutélaires s'expliquerait par son inutilité, le mineur sous tutelle n'étant pas soumis à une autorité. Pourtant, le tuteur possède bien un pouvoir de direction. Le substrat d'autorité parentale est divisé entre le conseil de famille et lui. Classiquement, parce qu'il règle les conditions générales d'éducation et d'entretien en ayant égard à la volonté des parents et « prend les décisions »³³, le conseil de famille est présenté comme détenteur d'un pouvoir similaire à la direction et au contrôle, tandis que le tuteur n'est que l'organe d'exécution de ses décisions. Selon cette conception, le tuteur ne possède donc pas de pouvoir de direction et d'éducation, propre à l'autorité. En réalité, la répartition des pouvoirs est plus complexe. Le conseil de famille effectue les choix importants relatifs à la personne et au patrimoine de l'enfant. Ainsi, soit il autorise les actions extrapatrimoniales, l'adoption, l'émancipation, le mariage, les actes de disposition et le tuteur se contente d'exécuter la décision, soit le conseil de famille fixe des orientations, le tuteur se doit alors de les respecter mais il dispose d'une plus grande latitude. La phase décisionnelle au sens strict est alors partagée entre le conseil de famille et le tuteur, l'accomplissement de l'acte juridique n'appartenant qu'à ce dernier. S'agissant des actes ne relevant pas de la compétence du conseil de famille - actes d'administration notamment - le tuteur prend la décision seul et accomplit ensuite l'acte de représentation. Le pouvoir d'autorité appartient certainement au conseil de famille pour les actes les plus importants, mais le tuteur n'en est pas dépourvu pour les autres actes. D'ailleurs la doctrine³⁴ s'accorde à définir l'expression « prendre soin »³⁵

³² L'article 3 de la CEDEDE prévoyant un représentant spécial à l'enfant confère plusieurs droits à l'enfant doué de discernement dont celui de recevoir toute information pertinente, d'être consulté et d'exprimer son opinion.

³³ Article 401 du Code civil.

³⁴ P. Salvage-Gerest, « Minorité, Tutelle, Gouvernement de la personne », *Juris-classeur civil*, art. 394 à 410, fasc. 30, 2009, n° 7 et s. et n° 22 ; A. Batteur, A. Caron-Dégliose, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 581 ; M.-L. Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, *op. cit.*, n° 665.

³⁵ Article 408 alinéa 1^{er} du Code civil.

comme rassemblant les attributs propres aux titulaires de l'autorité parentale énoncés à l'article 371-1. Ainsi, le tuteur est bien doté du pouvoir décisionnel de direction et n'est pas dépourvu d'un pouvoir hiérarchique sur l'enfant. Aucune raison ne justifie donc de traiter différemment mineur sous autorité parentale et mineur sous tutelle. S'ils sont soumis à des régimes de protection distincts, ils n'en possèdent pas moins les mêmes droits et le mineur sous tutelle doit être associé aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité.

Par conséquent, que la décision soit une décision d'autorité ou une décision de représentation, l'enfant possède le droit de donner son opinion. Plus précisément, dans le second cas, son avis sera recueilli lors de la phase décisionnelle, préalable à l'acte de représentation lui-même.

β) L'association aux décisions relatives à la personne et au patrimoine de l'enfant

302. La disposition figure au sein du chapitre premier portant sur l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. L'enfant devra ainsi faire part de son opinion dès lors que seront en cause des actes relatifs à sa personne, tels que son orientation scolaire, le choix de ses loisirs, de ses vacances. L'article trouve également pleinement à s'appliquer lorsqu'il s'agit de discuter avec l'enfant du choix ou de la pratique de sa religion. La situation de l'article au sein de dispositions relatives à la personne de l'enfant exclut-elle pour autant son application en matière d'administration légale et de gestion du patrimoine ? La réponse immédiate semble être celle d'une limitation au domaine personnel. Pourtant, d'une part, il n'existe pas de raison de rejeter l'application du principe aux actes de représentation, d'autre part, le principe d'association fait suite à l'énoncé de la définition générale de l'autorité parentale. Si le deuxième alinéa évoque les objectifs des prérogatives parentales relativement à la personne, le premier alinéa vise l'autorité parentale dans sa globalité et rien ne restreint l'application de l'alinéa 3 à la protection de la personne de l'enfant, d'autant plus que ce sont toutes les décisions à propos de l'enfant qui sont envisagées dès lors qu'elles le concernent. Les choix nécessitant le recueil préalable de l'opinion de l'enfant sont aussi bien extrapatrimoniaux que patrimoniaux car l'association du mineur aux choix parentaux est la consécration du droit d'expression de l'enfant, droit de portée générale. Ainsi, dès lors que l'enfant est au cœur de la décision, il possède le droit de donner son avis que sa

personne ou son patrimoine soient en cause. L'article 371-1 alinéa 3 a par conséquent vocation à s'appliquer aux actes patrimoniaux et à l'exercice par les parents de l'administration légale³⁶, aux actes d'autorité comme aux actes de représentation.

Si l'enfant voit ainsi sa place juridique grandir et sa parole être prise en compte pour tout type de décisions, il n'en reste pas moins que l'exercice et même la jouissance de ce droit sont conditionnés à son âge et à sa maturité, lesquels sont appréciés par les parents.

b. L'appréciation subjective des conditions de jouissance du droit

303. Non seulement la notion de décision concernant l'enfant, même large, est soumise à l'appréciation des parents, mais surtout la jouissance du droit d'exprimer son opinion dépend de « son âge et de son degré de maturité ». Le législateur conditionne le recueil de l'avis de l'enfant à son âge sans pour autant en fixer le seuil, ce qui rend complètement inutile une telle référence et une telle condition. Ce n'est donc pas l'âge de l'enfant qui, à lui seul, permettra de savoir si l'enfant peut ou non exprimer son avis et si ses parents doivent prendre en compte ce dernier. C'est au degré de maturité, seconde condition qu'il convient de se référer. Or, ce critère d'appréciation n'est en réalité pas préférable au précédent puisqu'il n'offre aucune sécurité juridique, empreint de flou et d'indétermination.

Le critère de maturité est-il identique au critère de discernement plus fréquemment utilisé sans être pour autant plus clair ? Le discernement conditionne de manière traditionnelle l'autonomie du mineur, notamment le droit pour le mineur d'être entendu en justice, droit reconnu dès 1993 par l'article 388-1 du Code civil. En recourant, en 2002, à la notion de maturité, le législateur a-t-il souhaité se démarquer du critère de discernement ? Le discernement peut être défini comme une faculté, celle d'apprécier les choses selon leur nature et leur juste valeur, d'en juger avec bon sens et clarté, tandis que la maturité est davantage un état, celui d'un épanouissement physiologique et psychologique assurant une sûreté dans le jugement et la réflexion³⁷. Le discernement est faculté de juger et clairvoyance, la maturité est plénitude dans l'usage de cette faculté. Les notions sont donc en réalité différentes et la maturité renvoie à un degré supplémentaire de discernement, à un stade de réflexion plus élevé.

³⁶ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1119 ; *Contra*, F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 996.

³⁷ V° « Discernement » et « Maturité », *in Le Petit Larousse, op. cit.*

Le législateur paraît donc avoir visé un enfant plus âgé, d'un développement intellectuel et psychologique plus avancé, lorsqu'il s'agit d'exercer le droit d'expression au sein de sa famille que devant des magistrats. Pourtant, les travaux préparatoires révèlent qu'il se réfère directement à l'article 12 de la CIDE et considère que l'article est à rapprocher de l'article 388-1³⁸. Discernement et maturité ne doivent pas dans l'esprit du législateur être distingués. C'est la CIDE qui emploie ces deux notions, semble-t-il elle aussi de manière indifférenciée, au sein de l'article 12. La maturité, au sens de l'article 371-1 alinéa 3, n'est donc pas différente du discernement en ce qu'elle révèle une aptitude naturelle à juger correctement. Il n'en demeure pas moins qu'elle souffre des mêmes défauts et risques que le critère du discernement, dans la mesure où les notions sont d'appréciation variable et la subjectivité des parents y a toute sa place, s'opposant ainsi à la sécurité juridique.

304. Le discernement est susceptible d'être apprécié différemment selon le domaine dans lequel il intervient. Il peut ainsi être entendu comme l'aptitude à apprécier avec justesse une situation mais également comme l'aptitude à en évaluer les conséquences³⁹, la première acception s'appliquant à la recherche d'un avis de l'enfant tandis que la seconde doit être utilisée dans la recherche d'un consentement⁴⁰. L'article 371-1 alinéa 3 fait appel à la simple capacité du mineur à apprécier la situation. La conception qualitative du discernement implique une recherche *in concreto* de la capacité naturelle du mineur, ce qui renforce le rôle des parents dans l'association du mineur à la décision. Si la grande souplesse et la variabilité peuvent être approuvées puisqu'elles permettent de s'adapter à chaque enfant, la subjectivité de la personne appréciant la maturité peut conduire à une inégalité de traitement entre enfants, chaque parent possédant ses références et exigences propres. La variabilité est donc double, à la fois du côté de l'enfant - à partir de quel degré de maturité, l'enfant est-il considéré comme apte à donner une opinion digne d'être entendue et écoutée ? - et du côté de la personne recherchant la maturité. Surtout l'avis de l'enfant est dans les mains des personnes à qui il est censé être opposé. Le pouvoir parental révèle ainsi toute son emprise sur l'octroi du droit pour l'enfant d'être associé aux décisions qui le concernent. L'influence de

³⁸ Rapport fait au nom de la Commission des Lois, Assemblée Nationale, M. Dolez, JOAN Impressions, n° 3117, p. 22.

³⁹ F. Alt-Maes, « Le discernement et la parole de l'enfant en justice », *JCP G* 1996, I, 3913 ; F. Bétaillolle-Gonthier, thèse préc., n° 296 ; J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, thèse préc., n° 339.

⁴⁰ *Ibid.*

l'autorité n'apparaît pourtant pas seulement lors de l'examen de la jouissance du droit, mais également lors de la mise en œuvre du droit, celui-ci n'étant en définitive qu'un avis dépourvu de portée juridique.

2) L'insignifiance réelle de l'avis du mineur

305. La portée de ce principe général doit être grandement relativisée pour plusieurs raisons. D'une part, l'association ne constitue que la recherche d'un avis du mineur, non d'un consentement. D'autre part, s'il s'agit d'une obligation parentale, celle-ci est cependant dénuée de sanction. Les parents n'ont qu'une obligation virtuelle d'associer leur enfant aux décisions qui le concernent (a) et surtout une obligation virtuelle de prendre en compte son opinion (b).

a. Une obligation virtuelle de recueillir l'avis de l'enfant

306. L'association de l'enfant aux décisions le concernant est soumise au bon-vouloir des parents. Par l'emploi de l'indicatif, l'alinéa 3 a beau mettre à leur charge une obligation, elle n'en reste pas moins virtuelle : la mise en œuvre par l'enfant de son droit dépend de la volonté des parents qui en conservent l'initiative. Ainsi, l'enfant vivant au sein d'une famille unie où règne le dialogue entre les membres pourra certainement s'exprimer, alors que finalement le recours à l'alinéa 3 n'était pas nécessaire car la communication est dans ce cas naturelle.

En revanche, l'enfant qui ne parvient pas à se faire entendre et écouter de ses parents ne disposera pas davantage de moyens de faire entendre son opinion. L'enfant pourrait, parce qu'il dispose d'un droit subjectif, le faire respecter⁴¹. Or, le non-respect par les parents de leur obligation d'associer leur enfant n'est pas sanctionné. Il a certes été proposé qu'un des parents puisse invoquer contre l'autre le non-respect du devoir d'associer l'enfant dans une procédure d'attribution de l'exercice de l'autorité parentale⁴², mais en aucun cas, l'enfant ne possède d'action à l'encontre de ses parents pour absence d'association aux décisions⁴³. Si l'on se fonde sur l'atteinte subie par le

⁴¹ Cl. Lienhard, « Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale », art. préc., p. 129. V. également Th. Garé, *Le droit des personnes*, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 2003, p. 99. Ce dernier s'interroge sur une éventuelle nullité de la décision prise sans avoir associé le mineur.

⁴² *Ibid.* ; V. également, J.-P. Gridel, « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.* 2003. doct. 765.

⁴³ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 1555 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 996 ; Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1118. V. également, J.-M. Plazy, thèse préc., n° 728.

mineur, une action en responsabilité civile est envisageable. Toutefois, plusieurs obstacles se dressent : d'une part, l'enfant devra être représenté par ses parents dans l'exercice de l'action en justice et devra certainement demander la désignation d'un administrateur *ad hoc*, ce qui en soi n'est pas insurmontable, d'autre part, un préjudice doit résulter de l'absence de consultation, ce qui même s'agissant d'un préjudice moral est plus qu'hypothétique.

En définitive, l'enfant ne possède d'action que s'il court un grave danger compromettant sa santé, sa sécurité, sa moralité ou les conditions de son éducation ou de son développement, auquel cas il saisit le juge des enfants au titre de l'assistance éducative. Or, ne pas demander son avis à l'enfant ne semble pas de nature à lui faire courir un tel danger. Dans un tel contexte, si danger il y a, la cause en est certainement ailleurs, dans les conditions générales de la vie familiale. Mais l'absence d'association ne peut suffire à elle seule à fonder la mise en place d'une mesure d'assistance éducative. Le mineur ne dispose pas non plus du droit de saisir le juge aux affaires familiales⁴⁴ et ne peut saisir le juge des tutelles que pour requérir la nomination d'un administrateur *ad hoc* qui n'est envisageable qu'en cas d'opposition d'intérêts avec ses représentants légaux⁴⁵. Or, l'opposition d'intérêts ne peut résulter d'un désaccord ou d'une volonté d'échapper à l'autorité parentale⁴⁶. Dans un tel cas de figure, l'établissement d'une opposition d'intérêts paraît assez hypothétique. Par conséquent, l'enfant ne peut contester l'absence de consultation, ni même l'absence de prise en considération de son opinion.

b. Une obligation virtuelle d'écouter l'enfant : un avis simple

307. L'exercice du droit d'expression de l'enfant au sein de sa famille ne constitue de surcroît que la manifestation d'un avis, pas d'un consentement. En effet, il ne s'agit pas de voix délibérative mais consultative, les parents qui décident d'associer l'enfant n'étant ensuite pas tenus par l'opinion émise. La valeur juridique de cette manifestation de volonté est donc plus que limitée. Le mineur ne dispose pas non plus de la possibilité de contester la décision parentale. L'obligation n'est que d'entendre l'enfant, pas de

⁴⁴ Civ. 1^{ère} 4 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 2.

⁴⁵ V. *infra* n° 482.

⁴⁶ Cl. Neirinck, « L'enfant et la procédure civile », *Petites affiches* 8 mai 1995, n° 53, p. 76.

l'écouter et le non-respect de l'avis émis n'est pas non plus sanctionné. Pas plus que précédemment, l'enfant ne peut contester le choix de ses parents.

L'association du mineur aux décisions le concernant s'apparente donc plus à une déclaration de principe qu'à une règle de droit, à une règle de bonne conduite au sein des relations familiales qu'à une obligation parentale⁴⁷. Celle-ci reste purement virtuelle et l'association appartient au domaine du non-droit, ce qui d'une certaine manière peut se comprendre dans la mesure où le législateur souhaite réglementer ce qui ne peut l'être forcément, la vie de famille. Surtout, malgré la reconnaissance de droits-libertés à l'enfant, l'autorité demeure bien le socle des relations entre parents et enfant. La faible portée juridique de l'article 371-1 alinéa 3 réside en effet dans l'influence de la relation filiale : admettre que l'enfant doive voir sa volonté prise en compte par ses représentants ou même la simple reconnaissance d'une action portant sur la « non-association » de l'enfant aux décisions qui le concernent porterait fortement atteinte à l'autorité parentale. Reconnaître l'effectivité de l'article 371-1 alinéa 3 équivaldrait à détruire l'autorité parentale que la société et le législateur s'attachent à défendre.

308. Dans de telles conditions, il n'est pas possible de considérer que le mineur participe à la prise de décision, celle-ci n'étant qu'exceptionnelle et complètement dépendante du vouloir parental. La mise à l'écart de la volonté du mineur repose non pas sur son inaptitude physique, intellectuelle ou psychologique puisqu'il dispose de la capacité naturelle d'émettre une volonté « simple », qui ne l'engage pas, mais sur la puissance parentale. C'est le monopole des parents dans la prise de décision qui exclut la volonté du mineur puisqu'ils possèdent la liberté d'initiative, d'appréciation de l'opportunité et de détermination des modalités de l'acte, sous réserve du respect des prescriptions légales. Ce monopole découle du pouvoir de direction et de contrôle dont ils jouissent en vertu de l'autorité parentale. Ils décident ainsi des visites médicales de l'enfant, des changements des nom ou prénom, de la vente d'un immeuble lui appartenant et de la fixation du prix, de l'acquisition de valeurs mobilières. Les représentants disposent de l'initiative de l'acte dont ils apprécient souverainement l'opportunité, pour ensuite en fixer les modalités. Le rayonnement de l'autorité

⁴⁷ H. Fulchiron, « L'autorité parentale renouvelée », *Rép. Def.* 2002. 986.

parentale a donc pour conséquence le rejet du mineur de la phase préparatoire à l'acte de représentation.

Lorsque les tiers se voient conférer une mission de protection et d'éducation de l'enfant mais également de représentation, - tuteurs, délégataires, tiers « gardien », tiers exécutant une mesure d'assistance éducative -, ils possèdent également ce monopole décisionnel car leur pouvoir découle directement du pouvoir parental⁴⁸. En revanche, leur rôle n'est pas sacralisé par la relation filiale et leur manque le bénéfice direct de l'article 371 selon lequel l'enfant doit honneur et respect à ses père et mère. Cet article, en dépit de son caractère désuet, marque encore fortement les relations entre parents et enfants.

B. Le pouvoir hiérarchique d'imposer la décision

309. L'enfant doit honneur et respect à ses père et mère quel que soit son âge, l'article 371 posant le principe de l'obéissance de l'enfant à ses parents⁴⁹. En dépit des droits-libertés reconnus à l'enfant, la nécessité d'une relation asymétrique n'est pas contestée dans la mesure où elle s'avère utile à la mission éducative⁵⁰. Le pouvoir de commandement et le devoir d'obéissance pénètrent la représentation du mineur. Cette disposition plus proche du non-droit que du droit intègre nécessairement les relations entre les parents et les enfants et malgré son aspect moral donne force aux décisions parentales, notamment aux actes de représentation. Le rayonnement de l'article 371 se manifeste non pas lors de la phase décisionnelle, mais postérieurement : le pouvoir de direction et de contrôle se double d'un pouvoir de commandement qui permet d'imposer la décision prise au mineur. Le pouvoir de représentation, *potestas*,

⁴⁸ L'administrateur *ad hoc* tout en possédant un monopole décisionnel résultant du fait qu'il se substitue aux représentants légaux ne s'inscrit pas dans la même logique car il n'est pas détenteur du pouvoir de direction et de contrôle.

⁴⁹ Autre manifestation de l'article 371 : l'obligation d'aliments, l'infraction aggravée de « parricide », le droit de s'opposer au mariage de l'enfant majeur, l'impossibilité d'annuler le contrat pour crainte révérencielle, l'obligation de régler les frais d'obsèques en dépit de la renonciation à la succession. En ce sens, Civ. 1^{ère} 14 mars 1992, *D.* 1993. 247 ; Civ. 1^{ère} 28 janvier 2009, *Bull. civ.* I, n° 12. Autre manifestation du devoir d'obéissance, l'obligation pour l'enfant de demander la permission de quitter le domicile familial et le droit corrélatif pour les parents de recourir aux forces de l'ordre pour le faire revenir. Le droit de correction, même fortement amoindri, est une manifestation du devoir d'obéissance et de la relation hiérarchique.

⁵⁰ A. Sériaux, « Tes père et mère tu honoreras, Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTD Civ.* 1986. 265 ; B. Saint-Sernin, « Autorité et décision », in *De l'autorité* (sous la dir. de A. Compagnon), *op. cit.*, p. 307 ; C. Audard « Qu'est-ce que l'autorité morale ? », *ibid.*, p. 287 ; G. Nicolau, « L'autorité parentale à l'épreuve », art. préc., p. 141 ; J. Carbonnier, *La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, p. 111.

est doté d'une force supplémentaire, *l'auctoritas*⁵¹. La particularité de la représentation du mineur réside donc dans le caractère imposé de l'acte comme de ses conséquences. Le mineur se doit d'accepter les décisions parentales, comme les actes destinés à l'engager. En théorie, les parents possèdent le pouvoir de contraindre l'enfant : il ne peut quitter le domicile de la famille sans leur permission⁵² et ils possèdent également, dans la mesure du raisonnable, un droit de correction admis par la coutume⁵³. Si le droit subit en ce domaine l'épreuve des mœurs et de la raison, il n'en reste pas moins que les parents disposent théoriquement toujours de moyens coercitifs. La dissuasion suffit à contraindre l'enfant.

310. Dans aucun autre cas de représentation, une telle obéissance consécutive à un rapport hiérarchique n'existe. Même si la loyauté impose au mandant d'exécuter les obligations mises à sa charge, il n'est pas soumis au mandataire, le débiteur en liquidation judiciaire, même complètement dessaisi de ses prérogatives, sa situation étant proche de l'incapable, n'est pas soumis au liquidateur judiciaire, la personne morale est encore moins soumise à son dirigeant. Le majeur sous tutelle n'est pas non plus sous la domination de son tuteur. Enfin le tuteur du mineur ne s'inscrit pas dans un rapport hiérarchique aussi fort que le rapport entre les parents et leurs enfants. Pourtant, le rapport de commandement et d'obéissance réciproque n'est pas exclu de la relation tutélaire. En effet, les pouvoirs de direction et de commandement sont directement issus du pouvoir parental et si l'honneur et le respect ne sont pas dus au titre de l'article 371, il n'en reste pas moins que le mineur doit obéir à ceux qui le « gouvernent » en tant que substituts parentaux. Le même raisonnement doit être tenu à l'égard des autres « éducateurs de l'enfant ». La différence réside dans le fait qu'il n'existe aucune obligation alimentaire, aucune obligation de régler les frais d'obsèques à l'égard des tiers.

311. Considérer que désormais le pouvoir de direction et de commandement a disparu et que les relations familiales reposent sur la négociation procède d'une analyse réductrice. L'autorité des protecteurs et éducateurs de l'enfant demeure et influe sur le pouvoir de représentation. Celui-ci, bien que dissocié du pouvoir de direction et de contrôle, en subit l'influence et l'association dans la prise de décision est encore

⁵¹ V. *supra* n° 9.

⁵² Article 371-3 du Code civil.

⁵³ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 113.

virtuelle. Par ailleurs, même mise en œuvre, cette « négociation » n'aboutit qu'à l'expression d'un avis et ne lie aucunement les parents. Les représentants sont donc complètement libres dans leur prise de décision et le pouvoir dont ils disposent ne s'apparente aucunement à une représentation de volontés au sens strict du terme.

Section 2 : LES CONSÉQUENCES DE L'EXCLUSIVITÉ DE LA VOLONTÉ DES REPRÉSENTANTS

312. Que la volonté du mineur soit complètement exclue aboutit au rejet de toute représentation de volonté pour au contraire être caractéristique d'une représentation d'intérêts (§1). Surtout, l'absence de prise en compte de la volonté du représenté apparaît en opposition avec le critère volontariste sur lequel repose la notion de partie à l'acte juridique. Se pose alors la question d'un engagement initial du représentant, émetteur de la seule volonté dotée d'effets de droit et par conséquent d'une éventuelle appartenance de la représentation du mineur au régime de la représentation imparfaite, non pas de la représentation parfaite. Une telle interrogation n'est pas anodine puisqu'elle postule le droit d'action directe des tiers contre le représentant lui-même. En réalité, la théorie de la représentation imparfaite trouve rapidement ses limites et l'attribution différée de la qualité de partie au mineur ne tient pas face à une représentation extrapatrimoniale (§2).

§1. LA REPRÉSENTATION DES INTÉRÊTS DU MINEUR

313. Appliquée dans une grande diversité de matières, la représentation n'est pas unitaire dans sa mise en œuvre. Une des différences principales existant entre les divers cas de représentation réside dans la coexistence des volontés du représenté et du représentant. La représentation du mineur ne fait aucunement coexister les deux volontés, ni à l'origine du pouvoir, ni dans sa mise en œuvre. Or, si la représentation associant les deux volontés n'a pas posé de grandes difficultés doctrinales, il n'en est pas de même des cas où le représenté n'émet aucune volonté. Non seulement ces hypothèses ont nui à la compréhension du mécanisme de représentation mais elles ont été un obstacle à l'élaboration d'une théorie générale de la représentation. Tant et si bien que deux types de représentation ont été distingués⁵⁴. Ainsi est née la différence entre représentation de volontés et représentation d'intérêts. Dès lors que le représenté ne manifeste aucune volonté, le représentant ne peut nécessairement aucunement s'y

⁵⁴ G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. 2, *Obligations et droits réels*, *op. cit.*, n° 214.

référer et ne peut qu'exprimer un intérêt. La représentation du mineur incapable est classiquement présentée comme l'illustration de la représentation d'intérêts⁵⁵.

314. La conséquence d'une telle distinction n'est que formelle et n'affecte pas le régime de la représentation⁵⁶. En réalité, la distinction entre représentation de volontés et représentation d'intérêts apparaît de moins en moins pertinente, dans la mesure où elle repose sur le dogme de l'autonomie de la volonté dont la toute-puissance est désormais à relativiser. La théorie volontariste se fonde sur le fait que chacun est réputé le meilleur juge de ses intérêts. Or, il n'est pas impossible de se tromper même dans la détermination de ses propres intérêts⁵⁷. Sous cet angle, rien ne s'oppose à ce qu'une personne apprécie l'intérêt d'autrui sans son consentement, dès lors qu'il est correctement apprécié et que la représentation est encadrée et contrôlée⁵⁸. Cette acception de la représentation conduit à une compréhension large de la notion, la représentation des intérêts d'autrui incluant notamment la représentation de volontés.

Retenir une telle conception et considérer que le représentant apprécie un intérêt amène à s'interroger sur une éventuelle redéfinition du domaine de la représentation : le représentant possède-t-il un pouvoir qui va au-delà de l'exercice d'un droit subjectif, incluant la représentation d'un simple intérêt. Dans une telle hypothèse, la conception de la représentation est encore plus extensive et amène même à se demander si l'autorité, pouvoir d'agir dans l'intérêt de l'enfant n'est pas un cas de représentation d'intérêts⁵⁹, d'autant plus que dans ce cas de figure, la représentation est possible s'agissant d'actes matériels. La mission extensive controversée conférée par la

⁵⁵ J. Carbonnier, *La famille, l'enfant, le couple*, *op. cit.*, p. 173. Carbonnier considère que la représentation du mineur combine représentation souple et représentation rigide, représentation d'intérêts et représentation de volontés. Ainsi en administrant en bon père de famille, le tuteur ou l'administrateur n'obéissent qu'à une directive, alors que dans certains cas, la loi détermine précisément leurs pouvoirs. En réalité, Carbonnier n'oppose pas réellement représentation de volontés et représentation d'intérêts car la seconde qui, selon lui implique une grande liberté du représentant, peut tout à fait exister dans le cadre d'un mandat. En effet, dès lors que le représentant n'a à obéir qu'à des directives générales et non à des instructions précises, Carbonnier considère qu'il représente les intérêts de la personne. Représenter les intérêts d'une personne se caractérise donc davantage selon lui par l'autonomie du représentant que par l'absence de volontés du représenté.

⁵⁶ J. Clarise. *op. cit.*, p. 97 et s. V. cependant, J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 173. Carbonnier considère néanmoins qu'elle a des conséquences sur la charge de la preuve en cas d'action en responsabilité contre le représentant.

⁵⁷ Ph. Didier, *op. cit.*, n° 14 et s ; D. Fenouillet, « Le mandat de protection future ou la double illusion », art. préc.

⁵⁸ Ph. Didier, *op. cit.*, n° 14 et s.

⁵⁹ Une telle conception irait dans le sens de la position de M. Hauser, considérant que la représentation par les parents met autant en œuvre leurs droits propres que ceux du mineur. V. « La place de l'enfant dans les procès relatifs à l'autorité parentale », préc.

jurisprudence à l'administrateur *ad hoc* trouverait ici son fondement juridique⁶⁰. Cependant, la représentation est avant tout un mécanisme d'imputation dérogatoire de l'acte juridique : le représenté se voit attribuer les effets juridiques de l'acte accompli par le représentant et il perd sa qualité de tiers par rapport aux effets juridiques déclenchés⁶¹. Or, l'exercice du simple pouvoir d'autorité n'engage pas le mineur même s'il est intéressé par l'acte. Surveiller les relations de l'enfant, autoriser un voyage scolaire ne sont pas des actes qui engagent l'enfant qui n'est qu'intéressé. Par conséquent l'autorité parentale dans son ensemble, *lato sensu*, n'est pas une représentation d'intérêts même si les intérêts de l'enfant sont au cœur de l'usage du pouvoir⁶².

315. La représentation du mineur se définit donc comme une représentation d'intérêts dans la mesure où il n'exprime pas une volonté. Cette qualification reflète non pas l'objet de la représentation, qui demeure l'exercice des droits subjectifs du mineur, mais ses modalités. Parce que les droits du mineur sont exercés librement et exclusivement par les représentants, il importe d'en étudier les conséquences sur la place juridique accordée à ces derniers et sur la nature de la représentation.

§2. L'IMPUTATION DIRECTE ET IMMÉDIATE DE L'ACTE JURIDIQUE AU MINEUR

316. Même s'il est impossible d'affirmer qu'il existe une théorie générale de la représentation, des règles fondamentales peuvent être mises en évidence, trouvant leur épanouissement complet dans une représentation qualifiée de parfaite⁶³. Toute la construction repose sur le besoin de concilier représentation et autonomie de la volonté. Dès lors que le représentant émet sa propre volonté et conclut l'acte juridique en déclarant au contractant agir au nom et pour le compte d'autrui, l'acte engage directement le représenté qui se trouve lié au tiers. L'essence même de la représentation réside dans la production d'effets au profit d'autrui et la disparition du représentant de la scène juridique sitôt sa mission accomplie. Ses rapports avec les tiers sont très brefs car juridiquement il n'existe pas et la qualité de partie est attribuée immédiatement et

⁶⁰ V. *supra* n° 211.

⁶¹ Ph. Didier, *op. cit.*, n° 165 et s.

⁶² La défense des intérêts du mineur par l'administrateur *ad hoc* ne peut donc trouver sa justification par une redéfinition de la représentation légale.

⁶³ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, op. cit.*, n° 148 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 803 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 428 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 107 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 175 et 180 ; C. Larroumet, *op. cit.*, n° 155.

directement au représenté, le représentant étant tiers à l'acte juridique. Dans de telles conditions, la représentation est parfaite. C'est la recherche d'une harmonisation considérée comme nécessaire de la représentation et de la théorie de l'autonomie de la volonté qui a abouti à amoindrir le rôle du représentant, voire à nier sa participation. De cette négation sont apparues les idées de transparence et de confusion du représentant et du représenté, les deux ne formant qu'une même personne théorique. La théorie de la représentation parfaite conduit donc à écarter le représentant. Or, parce qu'elle valorise la volonté du représentant et exclut radicalement celle du représenté, la représentation du mineur a posé problème et pose toujours problème au regard de la théorie générale des obligations. Obligeant les auteurs à des circonvolutions, elle apparaît comme un intrus dans le rôle créateur de la volonté au regard de l'imputation de l'acte (A) et ne coïncide pas véritablement avec la théorie de la représentation parfaite, dans la mesure où le représentant possède un rôle primordial, effaçant complètement le représenté⁶⁴. L'attribution immédiate et directe de la qualité de partie au mineur est donc loin d'être évidente (B).

A. L'imputation de l'acte au représenté en dépit de l'exclusion de sa volonté

317. Si une personne ne peut être liée par un lien d'obligation que parce qu'elle l'a voulu et accepté, comment admettre que le représenté dépourvu de volonté et n'en ayant émis aucune soit engagé par l'acte conclu par autrui. Le principe de l'autonomie de la volonté et de l'effet relatif du contrat s'en trouve atteint. La théorie de la fiction utilisée au XIX^e siècle permettait d'éluder la question mais la doctrine n'a pu y échapper une fois celle-ci abandonnée. Il a ainsi été invoqué que la représentation est une modalité de l'acte juridique par laquelle les effets de l'acte accompli par le représentant se produisent sur la tête du représenté⁶⁵. Une telle explication ne permettait pas de savoir pourquoi l'action et l'effet ne sont pas réunis en la même personne. Les théories suivantes se sont appuyées sur une décomposition technique de la représentation. Pilon a analysé la représentation comme la substitution réelle et complète de la personnalité du représentant à celle du représenté. Se détachant de la conception personnelle de l'obligation pour s'attacher au lien entre deux patrimoines, il considère

⁶⁴ En ce sens, l'importance accordée par la jurisprudence au représentant paraissant effacer l'incapacité de jouissance du mineur : Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 460 ; *D.* 2006. 3069, note P. Bouteiller.

⁶⁵ R. Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 216 et s. ; H. Levy-Ullmann, art. préc.

que tout patrimoine peut se trouver engagé par une personne autre que son titulaire⁶⁶. La théorie ne permettant pas d'expliquer pourquoi le représentant pouvait agir sur le patrimoine d'autrui, Clarise s'est attaché à compléter la thèse de Pilon. Selon lui, le représentant détermine le contenu de l'obligation dont les effets se produisent dans le patrimoine du représenté en raison d'une habilitation conférée par la volonté du représenté ou par la loi⁶⁷, habilitation faisant disparaître la dérogation à l'autonomie de la volonté. Peu à peu l'attribution de la qualité de partie au représenté s'est ainsi détachée de la fiction du XIX^e siècle. Pourtant, cette dernière est réapparue, témoignant de la difficulté à admettre que le représentant de l'enfant l'engage sans que celui-ci ait donné d'instructions. C'est ainsi que la représentation du mineur s'est inscrite dans une réflexion contemporaine plus large relative à la théorie générale des obligations et qu'elle a trouvé sa place au sein du débat doctrinal portant sur le renouvellement de la théorie de l'effet relatif des contrats et de l'attribution de la qualité de partie⁶⁸.

318. De manière générale, face à l'accroissement du rayonnement contractuel est apparue la nécessité de renouveler la distinction des parties et des tiers, et notamment de dépasser le dogme de l'autonomie de la volonté. Ainsi pour être qualifiée de partie, une personne ne doit pas nécessairement avoir conclu le contrat, la transmission d'une situation contractuelle étant admise. Doit donc désormais être considérée comme partie la personne contractante liée par le contrat mais également la partie non contractante possédant le pouvoir de modifier ou de mettre fin au contrat⁶⁹. La distinction principale réside désormais dans la différence entre les parties lors de la formation du contrat et les parties lors de l'exécution du contrat. Les premières doivent nécessairement avoir exprimé la volonté d'être liées tandis que les secondes le deviennent par transmission de la situation contractuelle déjà créée soit par effet de leur volonté, soit par effet de la loi. Lors de la formation, le rôle de la volonté est exclusif de celui de la loi, alors qu'au stade de l'exécution, une fois la situation contractuelle créée, la loi peut intervenir dans l'attribution de la qualité de partie. La force créatrice de la volonté n'est donc pour

⁶⁶ E. Pilon, *op. cit.*, p. 47 et s.

⁶⁷ J. Clarise, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁸ J. Ghestin, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G* 1992, I, 3628 ; J.-L. Aubert, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD Civ.* 1993. 263 ; J. Ghestin, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD Civ.* 1994. 777.

⁶⁹ J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001, n° 700 et s.

autant pas remise en cause dans la mesure où elle est toujours l'élément originaire et propre du contrat sans laquelle il ne peut exister. La spécificité du mode de création d'obligations par le contrat repose sur la volonté de ceux qui y seront soumis. La loi n'a pas sa place au stade de la formation du contrat.

319. Pourtant, en dépit du souhait de relativiser la théorie de l'autonomie de la volonté, une telle redéfinition de la notion de partie ne permet pas davantage d'expliquer en quoi le représenté dépourvu de volonté peut être partie sans y avoir consenti. Les auteurs de cette théorie considèrent que même représentée et alors qu'elle n'a pas conclu le contrat, une personne est partie lors de la formation du contrat mais ils admettent en même temps que si la solution ne pose guère de difficultés lorsque le représenté a manifesté sa volonté et ainsi indirectement concouru à la formation du contrat⁷⁰, il n'en est pas de même s'agissant de l'incapable. L'absence de volonté de ce dernier est en opposition avec la théorie selon laquelle d'une part, seule la personne ayant manifesté sa volonté peut être partie lors de la formation du contrat et d'autre part et surtout, seule la volonté, à l'exclusion de la loi, est le critère d'attribution de la qualité de partie lors de la formation du contrat.

Une fois de plus, la représentation d'une personne dépourvue de volonté pose problème en ne s'intégrant pas dans les théories générales. Considérer que la volonté du représentant est à l'origine d'un contrat dont les effets s'imposent au représenté n'est pas suffisant. Les auteurs admettent alors que la loi joue un rôle important en ce qu'elle autorise le représentant à agir et organise la représentation. Le représenté devient partie au contrat parce que la loi, au vu des nécessités de sa vie juridique et dans un souci de protection de ses intérêts, autorise le représentant à substituer sa volonté à celle du représenté, dès lors qu'il respecte les limites légales. C'est donc la conjonction de la volonté du représentant et de la loi qui permet au représenté dépourvu de volonté de devenir partie au contrat dès sa formation⁷¹. L'attribution de la qualité de partie au représenté dépourvu de volonté par effet de la loi est à chaque fois justifiée par la

⁷⁰ J. Ghestin classe dans cette catégorie la représentation dans le cadre d'un mandat, mais également celle des personnes morales, des représentations optionnelles telles que la déclaration de command, le prêter-nom et la promesse de porte-fort sous réserve de certaines conditions. Dans le cas des représentations optionnelles, l'effet est différé et le représenté ne devient partie qu'après la formation du contrat. Cependant, il devient partie rétroactivement dès la formation du contrat.

⁷¹ J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *op. cit.*, n° 706 ; C. Guelfucci-Thibierge, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD Civ.* 1994. 275, n° 28.

protection de ses intérêts : en dépit de ses réserves, M. Ghestin a ainsi dans un premier temps recours à une fiction légale justifiée par son utilité sociale⁷². Aubert a ensuite fondé l'attribution de la qualité de partie au représenté sur « l'utilité individuelle (...) d'une prothèse psychologique - constituée par la volonté du représentant, encadrée par la loi -, destinée à empêcher qu'il soit exclu du commerce juridique, par où seulement on rejoint l'utilité sociale. »⁷³ Mme Guelfucci-Thibierge dénonce également le recours à la fiction, rendu selon elle nécessaire par le recours exclusif à la volonté pour conférer la qualité de partie. Elle considère au contraire que la loi n'est pas exclue de la formation du contrat et propose un élargissement quant à la source de la qualité de partie. « Rien n'empêche d'admettre que la loi puisse également attribuer la qualité de partie à une personne qui n'y a pas consenti lorsque des impératifs supérieurs à sa volonté l'imposent. »⁷⁴ Les personnes légalement représentées sont ainsi parties par l'effet conjugué de la volonté d'un représentant et de la loi dont le rôle est justifié par les nécessités.

La loi apparaît comme le dernier recours permettant d'expliquer qu'une personne soit engagée sans l'avoir voulu. Cependant, il faut admettre qu'en aucun cas, la loi ne peut être à l'origine d'un contrat, qui ne peut qu'être le fruit d'un accord de volontés. Rempart à l'arbitraire, la loi doit donc être associée à la volonté d'une personne, qui agit elle-même en conformité avec les prescriptions légales. Une fois encore le critère volontariste apparaît la clé du problème. Ni la volonté seule du représentant, ni la loi seule ne suffisent pour considérer que le représenté est partie. Seule leur conjonction peut l'expliquer. La première pour conclure le contrat qui ne peut exister sans volonté, la seconde pour décider de l'attribution de la qualité de partie. La conjonction de la loi et de la volonté du représentant apparaît comme le seul moyen de conférer la qualité de partie au mineur dépourvu de volonté. Il a cependant été maintenu qu'une telle conjonction n'est pas conforme au rôle de la volonté dans l'attribution de la qualité de partie lors de la formation du contrat. Ainsi, M. Delmas Saint-Hilaire considère que le représentant est seul partie lors de la formation du contrat mais il perd cette qualité par la suite, dès lors que le représenté l'acquiert rétroactivement par effet de la loi⁷⁵. Cette conjonction peut donc se produire de deux façons : soit immédiatement dès la

⁷² J. Ghestin, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », art. préc.

⁷³ J.- L. Aubert, art. préc.

⁷⁴ C. Guelfucci-Tibierge, art. préc., n° 25.

⁷⁵ Ph. Delmas-Saint-Hilaire, *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, LGDJ, 2000, p. 48 et 58 et s.

conclusion du contrat, soit ultérieurement et rétroactivement le mineur étant initialement tiers au contrat et ne le devenant que par une transmission légale.

En réalité, le problème n'est pas celui de savoir si le mineur représenté est partie à l'acte conclu par son représentant en dépit de l'absence de manifestation de volonté de sa part, mais celui de savoir s'il est immédiatement et directement partie. En d'autres termes, le représentant n'est-il pas le premier engagé dans la mesure où c'est sa propre volonté, et uniquement celle-ci, qui aura rencontré celle du tiers ? En ce sens, la conception de M. Delmas Saint-Hilaire invite à se demander si la représentation du mineur n'est pas une représentation imparfaite.

B. L'imputation directe et immédiate de l'acte au représenté en dépit de l'exclusivité de la volonté des représentants

320. Parce que la volonté des représentants est exclusive de celle du mineur, il importe de vérifier si la représentation n'est pas à l'image de la tutelle de droit romain une représentation imparfaite⁷⁶, dont l'effet se produit d'abord sur la tête du représentant (1). Cependant, l'étude de celle-ci en révèle les limites : la représentation quelle qu'elle soit ne peut induire qu'une imputation directe et immédiate (2).

1) La théorie de la représentation imparfaite

321. Si le principe même de la représentation repose sur l'engagement immédiat et direct du représenté, il existe néanmoins des hypothèses où le représentant s'engage personnellement, dans un premier temps du moins. La représentation est alors qualifiée d'imparfaite. Construction doctrinale héritée du droit romain, elle implique que les effets de la représentation se produisent en deux temps : en premier lieu, sur la tête du représentant et en second lieu, sur celle du représenté⁷⁷. Initialement seul le représentant est donc créancier et tenu d'exécuter les obligations nées du contrat car il n'existe pas de lien juridique direct entre le tiers et le représenté.

⁷⁶ Une autre conception de la représentation imparfaite plus extensive peut être retenue. Certains auteurs déduisent au contraire de l'exclusion du représenté une représentation parfaite en raison de l'assimilation du représentant au représenté et en concluent que l'autonomie du représenté en fait une représentation imparfaite. V. N. Peterka, « La gestion du patrimoine du majeur en tutelle », *Dr. et patrimoine* 2009, n°180, p.79 ; Th. Fossier, « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », art. préc.

⁷⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 806 ; J. Carbonnier, *Les obligations, op. cit.*, n° 117 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, n° 429 ; C. Larroumet, *op. cit.*, n° 160 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 181 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 108.

Le droit romain ne connaissait pas la représentation parfaite en raison du caractère personnel de l'obligation et du formalisme de l'acte juridique. Il n'était pas possible pour une personne d'engager autrui par la manifestation de sa propre volonté. Il était pourtant nécessaire d'assurer la vie juridique des incapables *sui juris*. Le tuteur des pupilles intervenait alors soit par l'intermédiaire de l'*auctoritas*, soit par le mécanisme de la *negotiorum gestio*⁷⁸. Par ce second mécanisme, le tuteur dans un premier temps accomplissait des actes dont les effets se produisaient dans sa personne et devenait personnellement créancier ou débiteur envers le tiers. Le pupille ne détenait donc une créance que contre le tuteur. Ce n'est que par le biais d'un règlement de comptes ultérieur que les effets étaient transférés dans le patrimoine pupillaire. Par conséquent le tuteur ne pouvait accomplir des actes que seul le titulaire du droit pouvait accomplir⁷⁹.

322. Actuellement la représentation est dite imparfaite lorsque les conditions habituelles de la représentation ne sont pas remplies dans leur intégralité, notamment lorsque fait défaut la *contemplatio domini* et que le représentant agit en son nom propre: lorsqu'une personne ne déclare pas son intention de représenter autrui et déclare agir pour son propre compte ou lorsqu'elle déclare agir pour le compte d'autrui mais n'en donne pas le nom⁸⁰. La représentation imparfaite est ainsi fréquemment citée au titre du contrat de commission ou du prête-nom⁸¹.

Le contrat de prête-nom implique qu'une personne promette d'agir pour le compte d'une autre « en dissimulant sous sa propre personnalité le véritable intéressé à l'opération projetée. »⁸² Entre le prête-nom et la personne dissimulée, l'acte secret est obligatoire et les effets de l'acte doivent être transférés. A l'égard des tiers, seul le prête-nom est engagé mais il faut noter que s'agissant d'un cas de simulation, le

⁷⁸ P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 230.

⁷⁹ La représentation est devenue peu à peu parfaite, mais le Moyen Age est revenu à une représentation imparfaite. Au XVI^e siècle, la représentation est redevenue parfaite sous l'influence de Bartole. V. J.-L. Gazzaniga, « Mandat et représentation dans l'Ancien droit », art. préc., p. 21 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 802.

⁸⁰ *Ibid.*, n° 805 ; C. Larroumet, *op. cit.*, n° 158 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 178.

⁸¹ Il faut souligner les divergences doctrinales existant tant à propos de la définition de la représentation imparfaite, que des cas en faisant application. V. M. Oudinot, *La représentation imparfaite*, thèse Paris, 1909, p. 3. Cet auteur a proposé une autre définition de la représentation imparfaite qui n'a pas été adoptée par la suite : il s'agit d'un cas de représentation « dont l'existence est subordonnée au résultat favorable de l'acte accompli par le représentant éventuel ». En cela, elle est une représentation conditionnelle. D'autres auteurs la qualifient de représentation optionnelle. V. Ph. le Tourneau, « Mandat », *Rép. Civ. Dalloz*, 2006, n° 79.

⁸² F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 661 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 534.

contractant peut éventuellement agir contre le véritable intéressé sur le fondement de l'acte occulte qu'il doit alors prouver. Par la déclaration de command, le command fait acheter un bien par le commandé qui déclare au vendeur agir pour autrui mais ne lui révèle pas l'identité de l'acheteur. Le commandé dispose ensuite de vingt-quatre heures pour révéler au vendeur l'identité de l'acheteur. A défaut, il s'agit d'une convention de prête-nom. Le contrat de commission⁸³ est un contrat par lequel le commissionnaire agit en son propre nom pour le compte d'un commettant dont il ne révèle pas l'identité. Dans un premier temps, le contractant n'est lié qu'au commissionnaire et ce n'est que si le commettant déclare vouloir bénéficier du contrat qu'il devient partie.

323. Dès lors qu'une personne agit pour le compte d'autrui mais en son nom personnel⁸⁴ et se trouve personnellement engagée à l'égard des tiers, la représentation est donc qualifiée d'imparfaite car l'effet est différé. Il a cependant été objecté que ces contrats ne faisaient pas application de la représentation, la représentation imparfaite n'ayant de ladite représentation que le nom.

2) Les limites de la théorie de la représentation imparfaite

324. La représentation imparfaite reposant au fond sur une approximation, voire un malentendu, les limites en apparaissent rapidement (a). En définitive, la décomposition technique de la représentation permet de conclure qu'elle ne peut être conçue que comme un mécanisme d'imputation directe et immédiate de l'acte (b), rendant inutile tout débat sur la nature parfaite ou imparfaite de la représentation.

a. Les limites fondées sur la dissociation du mandat et de la représentation

325. De l'adéquation du mandat et de la représentation est née la nécessité d'un nouveau concept pour les cas dans lesquels le mandataire agit certes pour le compte d'autrui mais en son nom propre, ou plus précisément les cas où le mandataire s'engage personnellement. C'est ainsi qu'a vu le jour la théorie contemporaine de la représentation imparfaite qui n'existe donc en définitive que parce qu'il ne peut y avoir mandat sans représentation. Or, la fausseté du raisonnement a été démontrée : c'est par

⁸³ *Ibid.*, n° 538. V. article L. 132-1 du Code de commerce.

⁸⁴ Suite aux nombreuses conceptions à ce sujet, il convient de préciser ce que nous entendons par « agir en son personnel » ou « agir au nom d'autrui », à savoir respectivement, s'engager personnellement ou engager autrui.

« accident »⁸⁵ que le mandat a été calqué sur la représentation. Celle-ci n'en est en réalité qu'un élément naturel mais pas indispensable. L'explication de cette association est plus pragmatique que juridique. Initialement mandat et représentation n'étaient pas indissolublement liés. Le mandat est né à l'époque romaine avec le *procurator*, administrateur des biens du *pater familias*, initialement différent du mandat puis confondu avec lui⁸⁶. Le mandat s'apparente alors à une mission confiée à une personne dont l'objet est très large, accomplissement d'actes matériels ou juridiques. Il est peu à peu devenu un contrat gratuit et synallagmatique⁸⁷ mais il a ensuite disparu⁸⁸. Il renaît au XVI^e siècle associé à la représentation qui n'en est alors qu'un élément naturel⁸⁹. Au XIX^e siècle, la doctrine allemande et suisse distingue le mandat de la représentation mais la doctrine française n'opte pas pour la même analyse et la représentation devient l'essence du mandat. C'est l'interprétation doctrinale de l'article 1984 qui a abouti à cette conclusion⁹⁰. C'est ainsi que le mandat a longtemps été forgé sur le fondement de la représentation, celle-ci apparaissant comme l'élément essentiel du mandat⁹¹.

326. La dissociation de la représentation et du mandat a laissé apparaître des mandats sans représentation⁹². Le mandataire peut agir en son nom propre pour le compte d'autrui sans être qualifié de représentant. Les hypothèses où le « représentant » agit en son nom pour ensuite transférer les effets sur le « représenté » ne sont pas des cas de représentation, mais de « simple » mandat, sans représentation. Ainsi en est-il des contrats de commission et de prête-nom⁹³. Ces exemples ont servi de base à la

⁸⁵ M.-L. Izorche, « A propos du mandat sans représentation », *D.* 1999. 369 ; Ph. Didier, *op. cit.*, n° 61 et s.

⁸⁶ J.-L. Gazzaniga, art. préc., p. 21 ; M. Mekki, « Mandat », *J.-Cl. Civil*, art 1984 à 1990, fasc. 10, 2009.

⁸⁷ J.-L. Gazzaniga, art. préc.

⁸⁸ *Ibid.* L'idée d'une mission confiée à autrui ne disparaît cependant pas complètement, le chef de famille peut agir par le biais de sa mesnie.

⁸⁹ J. Domat, *Les lois civiles*, livre I, tome XV, *Des procurations*, sect. I, I. Domat définit le mandat ainsi : « L'acte par lequel celui qui ne peut vaquer lui-même à ses affaires donne pouvoir à un autre de le faire pour lui, comme s'il était présent : soit qu'il faille simplement gérer et prendre soin de quelques biens ou de quelque affaire, ou que ce soit pour traiter avec d'autres. » Pothier, quant à lui, définit le mandat comme l'acte par lequel « l'un des contractants confie la gestion d'une ou plusieurs affaires pour la faire en sa place et à ses risques, à l'autre contractant qui s'en charge gratuitement et s'oblige à lui rendre compte. »

⁹⁰ C. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 19, *Continuation* par J. B. Duvergier, t. 4, Paris, Jules Renouard, 1837, n° 270 s.

⁹¹ Ph. le Tourneau, art. préc., n° 65.

⁹² Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 534. Pour un exposé des diverses théories, M.-L. Izorche, art. préc.

⁹³ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 660 et s. ; A. Rouast, « La représentation dans les actes juridiques », in *L'enrichissement sans cause, La représentation dans les actes juridiques, Journées néerlandaises, Travaux de l'Association Capitant*, t. IV, Dalloz, 1949, p. 115. *Contra*, Ph. le Tourneau,

déconstruction de la représentation imparfaite. Une fois admise la dissociation du mandat et de la représentation, la théorie de la représentation imparfaite, à effet différé, se révèle effectivement dépourvue d'intérêt. Soit l'hypothèse correspond à la représentation avec une action au nom et pour le compte d'autrui par laquelle le représenté est engagé immédiatement, soit elle vise un mandat sans représentation par lequel le mandataire agit pour le compte d'autrui tout en s'engageant personnellement⁹⁴. L'imputation des effets de l'acte juridique accompli par un représentant a lieu de plein droit, directement et immédiatement. A défaut, il ne s'agit pas de représentation mais d'une circulation d'effets juridiques postérieure à un mandat⁹⁵. Dans ces conditions, il n'existe pas de représentation imparfaite⁹⁶.

A l'appui de cette position, la décomposition de la technique de représentation permet de comprendre en quoi l'imputation ne peut être que directe et immédiate et par ricochet pourquoi il ne peut y avoir de représentation imparfaite.

b. La représentation, mécanisme d'imputation nécessairement directe et immédiate

327. Il est certes possible de considérer que le représenté est engagé dans un but d'utilité sociale par une conjonction de la volonté du représentant et de la loi, mais le rôle conféré à la loi semble une fois de plus fondé sur le besoin de ne pas porter atteinte à la théorie de l'autonomie de la volonté. Le principe fondamental n'est pas remis en cause car la loi a autorisé cette intervention dans la sphère juridique d'autrui. Une telle explication semble plus vouloir contourner l'obstacle des difficultés suscitées par l'absence de volonté du représenté que l'affronter. Un autre raisonnement fondé sur la notion de droit subjectif et la résolution de la fiction de la représentation permet de mieux saisir pourquoi l'effet est direct et immédiat au profit du représenté (α). L'incompatibilité de la représentation extrapatrimoniale et de la représentation imparfaite vient confirmer une telle analyse (β).

art. préc. Ce dernier considère toujours qu'il s'agit de mandat avec représentation et y voit un mécanisme de représentation optionnelle.

⁹⁴ Si la représentation du mineur présente bien des particularités, un point est certain : il est engagé par l'acte accompli par autrui et il l'est par représentation. Les articles 389-3 et 408 du Code civil posent clairement le principe de la représentation. Seuls les mandats pouvaient poser difficulté et en aucun cas, la notion de mandat n'est visée par le législateur s'agissant du mineur. La représentation par le tuteur visée initialement par les rédacteurs du Code civil n'était pas contemporaine de la théorie de la représentation imparfaite, élaborée postérieurement. Ainsi était seule visée une imputation automatique des effets de droit.

⁹⁵ Ph. Didier, *op. cit.* n° 169.

⁹⁶ *Ibid.* ; N. Mathey, art. préc., n° 22.

α) La résolution de la fiction de la représentation par M. Wicker

328. Résolvant le problème de la fiction de la représentation, M. Wicker⁹⁷ a expliqué pourquoi le représenté est engagé par le représentant. Selon lui en admettant la dissociation de la jouissance et de l'exercice du droit⁹⁸, il a été possible de s'affranchir de la fiction comme explication de l'effet de la représentation. Le pouvoir de représentation n'est que la « transposition des prérogatives relatives à l'exercice d'un droit subjectif »⁹⁹ du représenté. En d'autres termes, il est un mode alternatif d'exercice d'un droit subjectif. Dans la mesure où le représentant met en œuvre les prérogatives afférentes à l'exercice d'un droit, le titulaire de ce dernier est engagé. C'est donc parce qu'un des ses droits est exercé dans son intérêt propre que le représenté se voit imputer les effets de l'acte accompli par autrui. S'agissant d'un de ses droits subjectifs, le titulaire ne peut être engagé que directement et immédiatement car le droit subjectif n'a vocation par sa finalité même à produire effet que dans la sphère juridique de son titulaire. A défaut, il s'agirait d'un pouvoir. Le pouvoir de manière générale se caractérise par sa finalité altruiste et le droit subjectif par sa finalité égoïste. Le pouvoir de représentation réalise la complémentarité des deux¹⁰⁰. Avant d'exercer un pouvoir, le représentant exerce les prérogatives attachées au droit subjectif d'autrui. « Plutôt que la substitution d'un pouvoir à un droit subjectif, il y a transfert (...) des prérogatives afférentes à l'exercice d'un droit subjectif du représenté, lesquelles prennent alors le caractère de pouvoir »¹⁰¹. Parce qu'un droit subjectif est exercé, l'intérêt de son titulaire est recherché ; parce que c'est un tiers qui exerce les prérogatives liées au droit subjectif en cause et recherche l'intérêt propre du titulaire, ce tiers exerce un pouvoir. Seule donc la sphère juridique du titulaire du droit subjectif est concernée par la représentation. En aucun cas, celle du représentant n'est modifiée, même temporairement. La représentation postule un effet de plein droit¹⁰². Selon une telle conception, que le représenté ne manifeste aucune volonté n'a pas d'incidence.

⁹⁷ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 58 et s.

⁹⁸ M. Storck, *op. cit.*, n° 137.

⁹⁹ G. Wicker, *op. cit.*, n° 63.

¹⁰⁰ E. Gaillard, *op. cit.*, n° 332.

¹⁰¹ G. Wicker, *op. cit.*, n° 63.

¹⁰² Ph. Didier, *op. cit.*, n° 167. L'auteur considère également que toute la spécificité de la représentation repose sur une « imputation dérogatoire » et automatique. Au lieu de produire effet dans la sphère juridique de son auteur, l'acte juridique produit effet dans celle d'autrui indépendamment de sa volonté. Là réside le propre de la représentation.

329. S'agissant du mineur, il n'a jamais été contesté qu'il soit représenté et devienne partie à la suite de l'accomplissement de l'acte juridique par ses parents. Seule l'attribution directe et immédiate de la qualité de partie a suscité des questions en raison de l'exclusivité de la volonté des représentants. Or, il est impossible de considérer que l'effet soit différé. Parce que la volonté du représentant s'exerce sur un droit subjectif dont jouit le mineur, l'imputation des effets de l'acte ne peut avoir lieu que dans la sphère juridique du titulaire du droit. La représentation du mineur est une imputation dérogatoire de l'acte accompli par les titulaires de l'autorité parentale, justifiée par la dissociation de la jouissance et de l'exercice du droit et cette imputation ne peut dans ces conditions qu'être directe et immédiate. Si toutefois des doutes pouvaient subsister s'agissant d'une éventuelle qualification de représentation imparfaite, la confrontation de la représentation imparfaite et de la représentation extrapatrimoniale suffit à les lever.

β) L'incompatibilité de la représentation imparfaite et de la représentation extrapatrimoniale

330. La spécificité de la représentation imparfaite repose sur l'effet binaire. Le représentant se voit d'abord imputer les conséquences juridiques de l'acte qu'il a accompli, ces dernières étant par la suite transmises au « représenté ». Or, un tel dédoublement des effets est inconcevable en matière extrapatrimoniale. L'incompatibilité de la représentation imparfaite et de la représentation extrapatrimoniale est patente : en aucun cas, le représentant ne peut se voir imputer les effets de l'acte relatif à la personne du représenté puisque le droit exercé est intrinsèquement personnel. Indissolublement lié à la personne, il ne peut être transféré sur la tête d'autrui et l'admission de la représentation extrapatrimoniale postule un effet direct au profit du représenté. Ainsi, il est impossible de considérer que le parent qui décide de conclure un contrat relatif à l'image de son enfant se voit d'abord imputer les effets de l'acte, que celui qui décide de demander un changement de nationalité au profit de son enfant change lui-même de nationalité pour ensuite réintégrer la sienne et que son enfant prenne ensuite sa nouvelle nationalité. Effectivement, cet effet différé n'est que virtuel et théorique, la force de la loi permettant de faire en sorte que la transmission des effets passe inaperçue et rétroactivement. Mais même théoriquement il n'est pas admissible qu'une personne différente du titulaire du droit bénéficie temporairement des effets extrapatrimoniaux de l'acte accompli.

331. Le débat sur la nature parfaite ou imparfaite apparaît alors artificiel, fruit désuet de la recherche de la conciliation de la représentation et de l'autonomie de la volonté. Les idées de transparence et de confusion des personnes paraissent surannées. Le propre de la représentation est indiscutablement de produire effet directement et immédiatement sur le représenté. Dès lors que cet effet n'a pas lieu, il n'y a pas représentation. Il n'existe ni représentation parfaite, ni représentation imparfaite mais une seule technique d'imputation immédiate d'un acte juridique au bénéficiaire d'autrui. En dépit de l'absence de prise en compte de sa volonté, le mineur se voit directement et immédiatement imputer l'acte dès lors que ses droits sont exercés dans son intérêt et sa représentation ne peut faire l'objet du qualificatif d'imparfaite. Conséquence de l'imputation immédiate et directe de l'acte, les tiers ne disposent pas d'action contre le représentant, en dépit du caractère exclusif de sa volonté dans l'élaboration de la décision et dans l'exercice du pouvoir de représentation.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

332. La représentation du mineur présente un caractère impérieux dans la mesure où le principe est celui d'une exclusion de la volonté du représenté, d'une part en raison de son inaptitude à exprimer un intérêt, d'autre part en raison de la hiérarchie des relations familiales. Si la prise en compte de sa volonté n'était pas impossible dans l'élaboration de la décision à l'image du mandat, l'autorité parentale voue à l'échec la volonté du mineur puisque toute velléité d'avoir une opinion différente peut être rejetée si les parents y sont opposés. En conséquence, l'acte de représentation est entièrement dans les mains des représentants, initiative comme détermination du contenu. A ce monopole décisionnel s'ajoute le caractère imposé de l'acte, le mineur devant obéissance à ses parents. Le rôle considérable joué par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale représentant l'enfant ne les transforme pas pour autant en intermédiaires et ne leur confère pas une place juridique particulière. Ils restent de simples représentants, s'effaçant sitôt la mission accomplie, ne se voyant imputer aucun effet de droit, même temporaire, dans la mesure où seul l'exercice d'un droit subjectif du mineur leur est conféré. En cela, la représentation demeure parfaite.

Si le caractère autoritaire de la représentation du mineur fait toute sa singularité au regard du *corpus* de règles communes à la représentation, il est un autre élément qui renforce la particularité de la protection juridique de l'enfant. En effet, la représentation du mineur ne rentre pas dans les canons habituels parce que ce dernier, malgré l'absence de représentation de volontés, se présente comme une véritable individualité aux côtés

de son représentant¹⁰³. Volonté du mineur et volonté du représentant coexistent non pas dans la technique même de représentation, comme le feraient mandant et mandataire, mais parallèlement. Parce que la représentation est autoritaire, le mineur doit bénéficier de sphères d'autonomie ; parce qu'elle est extrapatrimoniale et s'immisce dans l'intimité de l'enfant, les principes fondamentaux de respect de la personne impliquent la prise en compte de la volonté de la personne à qui l'acte de représentation est imputé. La théorie de la représentation se doit de se renouveler et de se moderniser en tenant compte de l'enfant en tant que sujet de droit « pensant »¹⁰⁴.

¹⁰³ Une partie de la doctrine y voit les marques d'une représentation imparfaite puisque représentant et représenté ne peuvent être confondus. A retenir une telle conception, la représentation légale du mineur peut effectivement être qualifiée d'imparfaite. Cependant, ce n'est pas cette conception extensive que nous avons retenue pour notre réflexion. V. N. Peterka, art. préc. ; Th. Fossier, art. préc.

¹⁰⁴ V. *supra* n° 69.

CHAPITRE 2 : LES TEMPÉRAMENTS À LA REPRÉSENTATION AUTORITAIRE

333. L'incapacité d'exercice et son corollaire, la représentation, sont régulièrement décriées car elles seraient contraires à la volonté et au besoin d'autonomie du mineur. En écartant le mineur de la scène juridique, la représentation apparaît comme un obstacle à l'épanouissement de l'adolescent et du pré-adolescent. Celui-ci, dès lors qu'il est doué de discernement, c'est-à-dire qu'il est apte à juger clairement et sainement des choses, ne devrait donc pas être représenté, mais disposer de sphères véritables de capacité ou même être simplement assisté¹⁰⁵. Son caractère autoritaire ne vient pas en défense du système de représentation. Au contraire, les parents possédant non seulement le pouvoir de décider et d'accomplir tout acte de représentation, mais également celui de l'imposer, la représentation apparaît à l'image de l'autorité pure et simple comme un pouvoir de domination et d'amoindrissement de la personnalité juridique du mineur. Censée, à l'inverse de l'autorité, favoriser l'épanouissement de la personnalité juridique de l'enfant en mettant en avant sa qualité de sujet de droit, elle paraît atteindre l'objectif opposé. De surcroît, si en théorie la mise en œuvre d'un pouvoir de représentation apparaît plus respectueuse de la personne et de ses droits fondamentaux qu'un pouvoir d'autorité, en pratique elle s'avère plus dangereuse puisque le représenté est engagé par l'acte accompli par autrui, qui plus est lorsque celle-ci est autoritaire et qu'il ne manifeste pas de volonté propre. Alors qu'elle doit valoriser le mineur en lui permettant d'accéder à la vie juridique, la représentation semble le diminuer, *a fortiori* dès lors qu'il atteint un certain degré de discernement.

Parallèlement, l'incapacité d'exercice du mineur est apparue obsolète. Aux yeux de nombre de commentateurs, la reconnaissance des droits de l'enfant a paru immédiatement en contradiction avec l'incapacité d'exercice du mineur, si ce n'est marquer les prémisses d'une révolution juridique du statut de l'enfant devenu capable

¹⁰⁵ F. Gisser, « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP* 1984, I, 3142 ; E. Alfandari, F. Dekeuwer-Défossez, F. Monéger, P. Verdier, P.-Y. Verkindt, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant*, La Documentation Française, 1993 ; J.-J. Lemouland, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD Civ.* 1997. 1 ; J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, thèse préc. ; M. L. A. Femenia, *La volonté des incapables*, thèse dactyl. Toulouse, 2000 ; J. Roque, « La prémajorité », *Dr. famille* 2009, étude 20 ; A. Cermolacce, « Les contrats du mineur », *Dr. famille* 2006, étude 27.

d'exercer ses propres droits. Si le régime de protection du mineur se heurte à la critique, les réponses proposées n'en sont pourtant pas exemptes. Toutes sont orientées sur la recherche d'une adéquation entre la capacité naturelle et le système de protection. Or, le préalable de la capacité naturelle est confronté à l'obstacle du critère à retenir, oscillant entre le critère qualitatif du discernement et celui quantitatif de l'âge. Le second, proposé par les tenants de la prémajorité, a pour lui la sécurité mais présente les mêmes défauts que le passage de la minorité à la majorité. Le premier offre, à l'inverse, la souplesse, mais conduit à une appréciation subjective source de casuistique. Les faveurs du législateur semblent se tourner actuellement vers une combinaison des deux critères puisqu'il considère que l'âge et la maturité de l'enfant doivent être pris en compte¹⁰⁶, preuve de la difficulté, voire l'impossibilité, à trouver la meilleure solution.

334. En réalité, le constat ne doit pas sombrer dans l'excès dans un sens ou dans un autre. L'incapacité du mineur ne doit plus être entendue comme avilissante et la représentation comme paralysante. Une autre facette, dynamique, de ces notions doit être mise en avant, ne les entendant plus comme mettant systématiquement et nécessairement à l'écart le mineur de la détermination et de la protection de ses intérêts. Non seulement le régime d'incapacité par l'interprétation téléologique qui en est faite s'adapte au besoin de protection de l'enfant, soumettant la représentation à une règle de modération (section 1), mais le mouvement des « droits de l'enfant » a également permis de rénover la conception de l'incapacité et de la représentation. Sans que celles-ci soient atteintes, elles peuvent être revues à l'aune des « droits-libertés » dont jouit l'enfant, notamment du droit d'expression¹⁰⁷. La conciliation de l'incapacité d'exercice, de la représentation et des droits de l'enfant n'est pas impossible. C'est là l'aspect dynamique de l'incapacité : la coexistence d'une technique de représentation et de l'exercice par l'enfant de son propre droit. De prime abord incongrue, cette coexistence fait naître une nouvelle manière d'exercer les droits de l'enfant, l'association, qui doit être distinguée de l'assistance. La rénovation des notions d'incapacité d'exercice et de représentation passe par cette association (section 2).

¹⁰⁶ Article 371-1 alinéa 3 du Code civil, article L. 1111-4 alinéa 6 du Code de la santé publique. V. également, circulaire du 3 mars 1993 « relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant », *JO* 24 mars 1993, p. 4551. En faveur d'une telle combinaison également, J. Roque, art. préc. L'auteur propose d'admettre la prémajorité du mineur de plus de 13 ans mais de lui retirer sa capacité d'exercice s'il ne possède pas le discernement suffisant.

¹⁰⁷ N. Descamps, *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse Lille II, 1996.

Section 1 : LA MODÉRATION DU PRINCIPE DE REPRÉSENTATION

335. Le régime d'incapacité possède une finalité : la protection des intérêts de l'enfant. Cet objectif a pour conséquence de placer le mineur sous un régime de représentation afin d'éviter qu'il ne nuise à ses propres intérêts par une action néfaste. Parce que ses intérêts encourent un risque, le mineur a besoin d'être protégé. Le système lui-même ne doit pour autant pas compromettre cette protection par une rigidité et une contrainte excessives, ni nuire à l'enfant en obtenant l'effet inverse à celui recherché. Ainsi, la nullité pouvant être invoquée à l'encontre des actes accomplis par le mineur est une nullité relative¹⁰⁸ et la restitution consécutive à l'annulation n'a lieu qu'à mesure de l'enrichissement procuré au mineur¹⁰⁹. En exigeant une représentation complètement aux mains des parents, elle pourrait s'avérer préjudiciable au mineur en cas de refus d'agir de ceux-ci par exemple notamment lorsque la saisine du juge des enfants n'est pas envisageable. Une certaine flexibilité du régime est donc requise. De plus, même sans danger pour l'enfant, dès lors que le mineur a correctement apprécié ses intérêts, la question de la pertinence de la sanction se pose. L'adaptation de la protection est en réalité un principe sous-jacent à tout le système de protection des personnes vulnérables (§1).

336. L'adaptation de la protection suppose une corrélation avec le besoin en présence. Le mineur est soumis à une présomption d'inaptitude à exprimer un intérêt. Le besoin de protection est donc réputé permanent et la protection conséquente uniforme. Dans ces conditions, la représentation apparaît inéluctable et son absence est cause de nullité. Pourtant, le besoin de protection évolue et en dépit de la présomption, influe incontestablement sur l'intensité de la protection. Évalué à mesure du risque encouru, il varie en fonction de celui-ci. Dès lors que le besoin de protection est moindre, c'est-à-dire que la protection des intérêts n'est pas compromise, la représentation n'apparaît pas comme la seule et unique solution.

Le risque est lui-même traditionnellement proportionné à la capacité naturelle du mineur. Parce que le mineur dispose d'une faculté à juger, les risques de se nuire sont évidemment moindres. Cependant, le besoin de protection n'est pas évalué en tenant compte des seules aptitudes naturelles du mineur mais également du risque créé par

¹⁰⁸ Article 1125 du Code civil.

¹⁰⁹ Article 1312 du Code civil.

l'acte envisagé. Malgré les analyses traditionnelles selon lesquelles plus le mineur acquiert une faculté de discernement, plus les sphères de capacité d'exercice s'étendent, il convient de constater que la capacité naturelle joue certes un rôle mais qu'il n'est pas principal. Le besoin de protection est évalué en fonction des risques pour les intérêts du mineur, eux-mêmes fonction des aptitudes naturelles et de la nature de l'acte envisagé. Dès lors que le mineur est doué de discernement, le champ d'application obligatoire de la représentation se voit réduit aux actes présentant un risque pour l'enfant. En dehors de ces cas de figure, elle est concurrente à l'activité juridique du mineur¹¹⁰. Dans la mesure où la représentation est écartée dans les seuls cas où le mineur n'encourt pas un risque, il ne faut pas tant y voir une volonté de conférer une autonomie juridique au mineur et une exception à l'incapacité qu'une adaptation du système de protection. En définitive, la représentation est d'usage modéré car le système s'adapte aux risques encourus (§2).

§1. L'ADAPTATION DU RÉGIME D'INCAPACITÉ AU BESOIN DE PROTECTION

337. La flexibilité requise par un système de protection reposant sur la privation de l'exercice de ses droits par le titulaire ne se traduit pas juridiquement de la même façon selon que l'incapable est mineur ou majeur¹¹¹. L'incapacité du mineur est en effet la règle, celle du majeur l'exception. La première possède une dimension pédagogique tandis que la seconde résulte de la conciliation de l'impératif de protection et de la préservation des droits fondamentaux de la personne. Quant aux majeurs, l'adaptation de la protection au besoin est une règle de droit depuis la loi du 5 mars 2007 et la loi impose le respect de principes fondamentaux (A). En revanche, la protection mesurée des mineurs est le fruit d'une interprétation téléologique du régime d'incapacité sans que la loi ait posé un principe clair et précis en ce sens (B).

¹¹⁰ L'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations propose l'article 1120 suivant : « L'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant [alors que] la représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits sous réserve de son devoir de loyauté envers son représentant. »

¹¹¹ F. Bétaillolle-Gonthier, thèse préc., n° 246 ; J.-M. Plazy, thèse préc., n° 528 et s.

A. Les principes légaux, fondement de l'adaptation de la protection des majeurs vulnérables

338. La protection des majeurs est organisée de manière rigoureuse et précise autour de trois principes¹¹² énoncés par l'article 428 du Code civil : nécessité, subsidiarité et proportionnalité¹¹³. La nécessité implique que toute ouverture d'une mesure de protection soit justifiée par une altération médicalement constatée des facultés mentales ou corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté. La subsidiarité de la protection influe sur le choix du mode de protection dans la mesure où le moins contraignant doit être mis en place, ce qui signifie que la représentation par un tuteur ne doit intervenir qu'en dernier recours. Le principe de proportionnalité exige que la mesure elle-même soit proportionnée aux besoins et individualisée, ce qui a pour conséquence de reconnaître la capacité naturelle du majeur et de permettre au juge de réviser la mesure et de désigner des sphères de capacité. Si le majeur, bien que sous une mesure de protection possède l'aptitude naturelle à exercer ce droit, il doit pouvoir le faire seul. La restriction de la capacité juridique [de la personne] doit avoir lieu « dans la limite nécessaire pour atteindre le but de l'intervention auprès de celle-ci. »¹¹⁴

339. Le droit des majeurs protégés est donc orienté autour de l'idée fondamentale d'adaptation au besoin de protection¹¹⁵, plus précisément de stricte adaptation à la capacité naturelle de la personne. En dehors de leur dimension familiale commune¹¹⁶, la protection du mineur et celle du majeur ne se posent pas dans les mêmes termes. Le majeur possédait une aptitude naturelle qu'il a perdue et qu'il peut recouvrer, auquel cas la mesure sera révisée ou levée. Le mineur ne possédait pas de discernement mais celui-ci est amené à croître. L'incapacité du mineur a une visée éducative car elle est transitoire et a vocation à lui apprendre à gérer ses affaires et sa vie juridique. L'aspect

¹¹² A. Bateur, A. Caron-Déglise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, Tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 13 et s. ; B. Teyssié, *Les personnes, op. cit.*, n° 651 ; Ph. Malaurie, *Les personnes, op. cit.*, n° 683. V. également, Th. Fossier, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités, protéger sans jamais diminuer », *Rép. Def.* 2005. 3 ; du même auteur, « Nécessité, subsidiarité et proportionnalité de la protection des majeurs », *JCP N* 2005. 1104.

¹¹³ Ph. Malaurie, « Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés », *JCP G* 2010, I, 431. L'auteur dénonce la « surjuridicisation », le caractère « bavard » et « l'angélisme de la verbalité » de la loi du 5 mars 2007.

¹¹⁴ Recommandation n° R(99)4 du Conseil de l'Europe adoptée par le Comité des Ministres le 23 février 1999.

¹¹⁵ Cette idée se retrouve également dans la possibilité de requalification et disqualification d'un acte offerte au tuteur par le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008.

¹¹⁶ N. Peterka, « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP G* 2010, I, 33.

éducatif est absent de la protection des majeurs. Tout doit être mis en œuvre pour qu'il conserve le plus possible l'exercice de ses droits. La subsidiarité et la proportionnalité signifient que l'incapacité juridique doit être limitée à la juste mesure de l'incapacité naturelle qui n'est pas envisagée sous forme de présomptions mais doit être prouvée à l'aide d'un certificat médical¹¹⁷. S'agissant du cas de majeur protégé nous intéressant le plus particulièrement, la tutelle, la représentation se pose comme la dernière mesure de protection envisageable, exceptionnellement écartée pour les actes de la vie courante ou les actes personnels. C'est parce que l'incapacité du majeur est anormale qu'elle doit favoriser l'autonomie de la personne¹¹⁸ et respecter un certain nombre de principes, tels que le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne¹¹⁹.

340. Quant au mineur, même si la protection de ses droits fondamentaux n'est pas absente des préoccupations le concernant- en témoigne la CIDE - nul besoin de justifier et d'atténuer la protection parce qu'elle est anormale. L'incapacité naturelle est présumée et il n'existe pas de juste mesure entre l'incapacité naturelle et l'incapacité juridique. La question de la nécessité de la représentation n'a absolument pas lieu d'être pour le mineur, elle l'est dès la naissance du fait de la minorité. Tant que l'assistance du mineur ne sera pas introduite par le législateur, le choix du type de protection ne sera pas sujet à question. Seule la représentation est envisageable, la subsidiarité étant également écartée. La proportionnalité de la protection au besoin prête en revanche à discussion.

En effet, même si la capacité naturelle ne confère pas la capacité d'exercice au mineur, la corrélation entre capacité naturelle et protection ainsi que l'idée d'une limitation de la mesure à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts sont loin d'être étrangères à l'incapacité du mineur. L'adaptation de la protection n'a pas lieu pour sauvegarder la dignité et les droits fondamentaux de la personne mais elle doit se faire au regard de principes éducatifs. La vertu pédagogique de l'incapacité doit amener à adapter la protection et à prendre en compte la capacité naturelle du mineur. En réalité, on ne peut parler de principe de proportionnalité car il n'y a pas d'individualisation de

¹¹⁷ Article 431 du Code civil.

¹¹⁸ Cette volonté du législateur soulève néanmoins un certain nombre de difficultés pratiques et n'est pas nécessairement applicable systématiquement. V. S. Bernheim-Desvaux, « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », art. préc.

¹¹⁹ Article 415 alinéas 2 et 3 du Code civil.

la protection comme pour le majeur protégé puisque le juge intervient *a posteriori*. La représentation demeure le principe et les cas dans lesquels le mineur peut agir seul ne sont pas déterminés par rapport à son aptitude personnelle réelle. Le régime d'incapacité du mineur est néanmoins conduit à s'adapter au besoin du mineur sous l'influence de la théorie de la rescision pour lésion. Cette dernière n'est pas absente du régime de protection du majeur, cependant elle n'y recouvre alors pas le même champ d'application puisqu'elle ne vaut que pour les actes que le majeur est capable de faire et ne permet pas de valider des actes interdits. La mise en œuvre de la théorie de la rescision pour lésion induit ainsi une interprétation de l'incapacité du mineur permettant d'adapter la protection alors qu'aucun principe légal ne l'exige.

B. L'interprétation téléologique de l'incapacité, fondement de l'adaptation de la protection du mineur

341. La théorie romaine selon laquelle le mineur est incapable de se nuire et *contrario* peut améliorer sa condition n'a jamais été abandonnée malgré les adaptations qu'elle a connues et les droits successifs qu'elle a pénétrés (1). Elle a contribué à l'interprétation téléologique du droit des incapacités qui imprègne désormais toute la protection du mineur. Le régime sous lequel il est placé doit être exclusivement orienté autour d'un point cardinal, la préservation des intérêts de l'enfant, point duquel il convient de ne pas s'éloigner : en aucun cas, l'incapacité d'exercice ne doit nuire à l'enfant ou s'appliquer de manière excessive (2). Parce qu'elle s'inscrit dans une application téléologique de l'incapacité du mineur, l'activité juridique de ce dernier relève moins des exceptions à l'incapacité et à la représentation que de la simple mise en œuvre des règles de protection.

1) La capacité historique du mineur à rendre sa condition meilleure

342. La capacité du mineur à améliorer sa condition trouve son application juridique dans la théorie de la rescision pour lésion (a), laquelle est intégrée de manière relative en droit positif (b).

a. La rescision pour lésion, conséquence de l'incapacité de se léser

343. Les pupilles romains *sui juris* âgés de plus de sept ans et ayant donc dépassé l'âge de *infantia* disposaient d'une capacité restreinte. Ils pouvaient en effet accomplir des actes juridiques mais ces actes étaient limités à ceux rendant leur condition meilleure. Par actes améliorant leur condition, il fallait comprendre de manière restrictive que les pupilles pouvaient acquérir un droit personnel ou réel, devenir propriétaires ou

créanciers, cesser d'être débiteur mais pas aliéner un bien, s'obliger ou libérer leurs débiteurs. Pour les actes rendant leur condition pire, la représentation imparfaite par le tuteur ou *l'auctoritas* de ce dernier étaient requises. Mais dès lors qu'ils étaient pubères, passés quatorze ans, les mineurs étaient pleinement capables, pouvant même rendre leur condition pire. Or, les risques encourus par les mineurs d'être abusés par les tiers amenèrent à modifier la législation. La loi *Laetoria* a introduit la *circumscriptio minoris*, délit permettant de sanctionner le tiers ayant abusé de l'état du pupille, et surtout le préteur a enrichi la protection du mineur d'une action : la *restitutio in integrum ob aetatem*¹²⁰. Après enquête du préteur, la nullité de l'acte était prononcée si l'acte avait causé une lésion au mineur. La lésion était ici économique, ne s'arrêtant plus comme pour l'impubère au constat de la perte ou de l'acquisition d'un droit, mais prenant au contraire en compte le résultat final d'enrichissement ou d'appauvrissement¹²¹. Le mineur, à l'inverse de l'impubère, demeurait capable ; cette restitution n'était pas un droit, mais une « grâce »¹²².

Les tiers hésitant à contracter avec les mineurs, furent adjoints à ces derniers des curateurs chargés initialement de les assister en délivrant un *consensus*, mais leur rôle devint à mesure proche de celui du tuteur. Par la suite, le mineur en curatelle, cette dernière étant réservée aux mineurs inexpérimentés, devint incapable à l'image du pupille, tandis que le mineur qui n'était pas assisté d'un curateur demeurait pleinement capable et pouvait accomplir tout type d'acte tout en conservant l'action en restitution. Puis ce furent tous les mineurs de vingt-cinq ans qui furent déclarés incapables. La restitution pour lésion fut alors étendue à l'impubère, ce qui permit d'appliquer à ce dernier la conception extensive de la capacité à améliorer sa condition¹²³.

L'idée d'une capacité du mineur limitée à l'amélioration de sa condition n'a pas disparu. Sous l'Ancien Régime, dans les pays de droit écrit, l'adage *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus* s'appliquait permettant au mineur de contracter dès lors que l'acte n'était pas lésionnaire¹²⁴.

¹²⁰ A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, n° 326.

¹²¹ J.-P. Levy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 180.

¹²² P.-F. Girard, *op. cit.*, p. 249. Selon l'auteur, même si l'acte est accompli avec le consensus du curateur, l'acte peut être restitué pour lésion.

¹²³ J.-P. Levy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 175.

¹²⁴ *Ibid.*, n° 188 ; A. Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, n° 337.

b. La réception de la théorie de la rescision pour lésion

344. Les rédacteurs du Code civil intègrent la règle de la rescision pour lésion au sein de l'article 1305¹²⁵. Il est alors difficile de savoir si la théorie annule un acte initialement valable ou valide un acte interdit. En effet, les deux interprétations semblent avoir prévalu successivement sous l'empire du droit romain. La doctrine du XIX^e siècle en déduit, quant à elle, une capacité imparfaite du mineur¹²⁶. La jurisprudence incline en ce sens¹²⁷. La réception de la théorie de la lésion aurait ainsi pour conséquence d'admettre comme principe celui de la capacité d'exercice du mineur, sauf à bénéficier d'un privilège de minorité lui permettant de faire annuler un acte lui ayant causé un préjudice.

345. Cependant, parce qu'une telle interprétation de l'article 1305 est difficilement conciliable non seulement avec l'article 1124 du Code civil posant le principe de l'incapacité de contracter du mineur mais également avec l'article 1311, la capacité du mineur à accomplir des actes conformes à ses intérêts n'a pu devenir la règle et la réception de la théorie de la lésion a été limitée. L'article 1311 pose en effet l'impossibilité pour le mineur devenu majeur de demander l'annulation d'un acte qu'il a ratifié une fois majeur et expose deux motifs d'annulation de l'acte : soit l'acte est nul en la forme, soit il est sujet à restitution. La conciliation de cette disposition avec l'article 1305 a abouti à distinguer les actes nuls en la forme et de plein droit des actes rescindables pour lésion. Au sein des premiers figurent les actes de disposition dans la mesure où pour les accomplir, le tuteur ne peut se passer de la formalité qu'est l'autorisation du conseil de famille ; au sein des seconds, les actes conservatoires et les actes d'administration que le tuteur peut accomplir seul. La jurisprudence a entériné une

¹²⁵ Article 1305 : «La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions ». V. Présentation au Corps législatif et exposé des motifs, par Bigot de Préameneu, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, *op. cit.*, p. 225 et s.

¹²⁶ E.-E. Vrac, *De la capacité juridique des mineurs*, thèse Caen, 1869, p. 80. L'idée n'est néanmoins pas abandonnée au XX^e siècle : M. Bajotet, *Les variations de l'incapacité du mineur à raison de son âge*, thèse Dijon, A. Rousseau, 1941, p. 239.

¹²⁷ Civ. 18 juin 1844, *DP*. 1844. 1. 123 ; *S*. 1844. 1. 497, note Devilleneuve. V. également, Douai 1^{er} août 1838, *Jur. Gén.*, V^o *Minorité-Tutelle*, n^o 551 ; Paris 6 février 1827, *Jur. Gén.*, V^o *Minorité-Tutelle*, n^o 550, I^o ; Lyon 17 août 1880, *S*. 1882, 2, 78.

telle distinction limitant le champ d'application de la rescision pour lésion aux actes d'administration¹²⁸.

Ainsi, l'accomplissement d'un acte de disposition par le mineur, même conforme à son intérêt, ne suffit pas à rendre l'acte valable. Dès lors, considérer que le mineur subit une simple incapacité de se léser et qu'il dispose d'une capacité d'exercice de tous les actes qui ne lui nuisent pas relève d'une analyse partielle et simpliste. L'incapacité du mineur ne peut être appréhendée que de manière binaire, sous l'angle de la combinaison des articles 1305 et 1311 du Code civil. Le mineur subit une incapacité d'exercice, atténuée s'agissant des actes non soumis à formalités et non préjudiciables. Si le champ d'application de la lésion est limité aux actes d'administration, son rayonnement est en réalité beaucoup plus large car l'esprit qu'elle insuffle imprègne tout le droit de l'incapacité du mineur, en atténuant la rigidité.

2) La préservation des intérêts du mineur, point cardinal du régime d'incapacité

346. L'interprétation téléologique du régime d'incapacité a pour effet une application du régime à mesure de la finalité recherchée, la satisfaction du besoin de protection (a). Cependant, pour parvenir à un tel objectif, il convient de prime abord d'évaluer le besoin de protection. La réception de la théorie de la lésion par la jurisprudence indique l'élément sur lequel se fonder pour connaître l'étendue de la protection : il s'agit du risque créé non pas par l'inaptitude naturelle du mineur, mais par l'acte en lui-même (b).

a. La satisfaction du besoin de protection, objectif primordial

347. La protection du mineur incapable passe en principe par une interdiction d'exercer ses droits sanctionnée par une nullité relative de droit. Or, l'annulation de l'acte est loin d'être systématique, l'application de la théorie de la rescision pour lésion limitant le champ d'application de la nullité de droit. La validité des actes accomplis par le mineur seul conformément à ses intérêts illustre l'idée d'une limitation de la protection à ce qui est nécessaire, en d'autres termes, une adaptation de la protection au besoin. Pourquoi annuler un acte qui ne nuit pas à l'enfant ? Dès lors que l'objectif recherché par l'institution est atteint, à savoir une absence de préjudice pour les intérêts de l'enfant, il

¹²⁸ Civ. 25 mars 1861, *DP*. 1861. 1. 202. Pour un exposé des critiques de cette interprétation de l'article 1311 dans la mesure où il ne vise que les actes accomplis par le tuteur, non par le mineur. V. F. Bétaillolle-Gonthier, thèse préc., n° 310.

apparaît superfétatoire d'ajouter une protection supplémentaire¹²⁹. L'appréciation subjective de la lésion conforte cette analyse. En effet, ce sont les intérêts de l'enfant dans leur globalité qui sont envisagés car la lésion résulte non pas seulement de l'appréciation économique, du déséquilibre patrimonial objectif ou du caractère excessif au regard de la fortune du mineur¹³⁰ mais également de l'inutilité de l'acte. Ce sont les sottises¹³¹ du mineur qui sont prises en compte par le droit. C'est à une vision générale de la protection de l'enfant qu'amène la théorie de la lésion. La capacité naturelle est également un des facteurs à prendre en considération puisque si l'acte est lésionnaire, le manque de discernement est par là-même présumé. A l'inverse, l'absence de lésion révèle une bonne appréciation de ses intérêts et une certaine aptitude à correctement juger¹³². Cette dernière n'est néanmoins pas la cause de la validité de l'acte qui réside dans la préservation des intérêts de l'enfant.

La théorie de la lésion a ainsi pour intérêt de démontrer que le système de protection ne doit pas être excessif et doit au contraire être mesuré au besoin en cause. La limitation de la protection à ce qui est nécessaire s'inscrit dans le fonctionnement même du système d'incapacité. En cela, les actes que le mineur peut accomplir seul ne sont pas de véritables exceptions à la représentation, mais une simple mise en œuvre du système d'incapacité lui-même, dont il est fait une application téléologique.

348. Cependant, la validité des actes conformes à l'intérêt de l'enfant n'est pas la règle. Que l'objectif de protection soit atteint n'est pas un critère de validité des actes accomplis par l'enfant lorsqu'il s'agit d'actes de disposition. L'adaptation de la protection semble limitée à une catégorie d'actes. En réalité, il ne s'agit pas tant d'un refus d'application de l'adaptation au besoin que de la mise en évidence d'actes requérant une protection permanente. En cela, la théorie de la lésion telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence précise l'élément d'évaluation du besoin, préalable nécessaire à la mise en œuvre de la protection.

¹²⁹ L. Francoz-Terminal, *op. cit.*, n° 233 et 299 et s. Le mineur en droit anglais ne subit qu'une incapacité de se nuire et peut ainsi accomplir tous les actes qui lui sont bénéfiques et faire annuler ceux qui apparaissent déraisonnables ou lésionnaires.

¹³⁰ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 136 ; Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 611.

¹³¹ J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 143.

¹³² F. Bétaillolle-Gonthier, thèse préc., n° 304.

b. Le risque créé par l'acte, élément d'évaluation du besoin de protection

349. L'évaluation du besoin de protection n'a pas lieu en fonction de la conformité de l'acte aux intérêts de l'enfant et de son caractère nuisible. En effet, un tel raisonnement *a posteriori* prive de sécurité juridique les relations du mineur et équivaut à réintroduire le privilège de minorité abandonné par le droit romain. Le second apport de la réception de la théorie de la lésion consiste dans la mise en évidence d'actes pour lesquels la protection sera toujours nécessaire : les actes de disposition. Or, l'opposition entre le régime des actes d'administration et celui des actes de disposition découle de leur nature et notamment des risques créés par chacun au regard des intérêts de leur auteur. Les actes d'administration sont des actes de gestion courante et d'exploitation du patrimoine « dénués de risque anormal »¹³³, tandis que les actes de disposition sont des actes engageant le patrimoine de manière durable et substantielle¹³⁴. La distinction entre les deux types d'actes résulte de leur gravité et de leurs conséquences plus ou moins lourdes pour le mineur. Chacun obéit à un régime propre en fonction des risques qu'il crée pour les intérêts du mineur. Les actes présentant un risque ne peuvent être accomplis par le mineur seul à l'inverse des autres. Les actes de disposition sont réputés requérir une protection systématique car le besoin de protection est permanent. Cette dichotomie confirme que le régime d'incapacité du mineur est organisé autour du besoin de protection et révèle que ce dernier est évalué en fonction des risques créés par l'acte.

Si initialement la théorie de la rescision pour lésion apparaît sujette à insécurité car elle nécessite un raisonnement judiciaire *a posteriori* laissant en suspens la validité des actes accomplis par le mineur seul, la délimitation de son champ d'application permet au contraire d'introduire une certaine sécurité : il est acquis que le mineur peut *a priori* accomplir des actes d'administration, mais ne peut accomplir des actes de disposition. L'intensité de la protection est atténuée parce que le besoin de protection est moindre au regard de la nature de l'acte en cause et des dangers qu'il crée. Le besoin de protection est donc évalué à mesure des risques engendrés par l'acte pour les intérêts de l'enfant.

¹³³ Article 1^{er} du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, préc.

¹³⁴ Selon l'article 2 du décret, les actes de disposition entraînent une modification importante du patrimoine, une dépréciation significative de sa valeur en capital ou une altération durable des prérogatives du titulaire.

350. La capacité naturelle n'est pas écartée pour autant dans l'appréciation du besoin de protection : elle est nécessairement combinée à la nature de l'acte. C'est parce qu'il est doué de discernement que le mineur peut accomplir un acte faiblement risqué. Cependant, ce n'est pas tant – ou en tout cas pas seulement - la capacité naturelle du mineur qui fonde sa capacité d'exercice mais l'absence de risque majeur pour ses intérêts au regard de la nature de l'acte envisagé¹³⁵. Le discernement du mineur ne suffit d'ailleurs pas à lui autoriser un acte de disposition.

351. Par conséquent, il apparaît que l'essentiel de l'activité juridique du mineur repose sur l'idée non pas qu'il possède la capacité naturelle suffisante pour exercer ses droits mais sur une application téléologique du système de protection, sur l'idée que l'acte n'est pas susceptible de nuire à ses intérêts s'il l'effectue seul. C'est parce que l'impératif de protection n'est pas remis en cause que l'activité juridique du mineur est admise. Dès lors, puisque ce n'est pas véritablement la volonté de donner une liberté juridique résultant de la capacité naturelle, mais l'absence de danger pour les intérêts de l'enfant qui fonde son activité juridique, cette dernière n'est pas une exception à l'incapacité et à la représentation. Il apparaît juste peu pertinent d'appliquer le système dans toute son intensité. En cela, il y a une adaptation de la protection au besoin et une modération de la représentation.

La similarité avec le principe de proportionnalité apparaît. Pourtant, à la différence des majeurs, il n'y a pas d'individualisation *a priori* de la protection, celle-ci n'intervenant qu'en cas de saisine du juge postérieure à l'accomplissement de l'acte. Le mineur ne peut saisir le juge des tutelles pour se voir autoriser un acte. Par ailleurs à la différence des majeurs, la protection n'est pas strictement calquée sur la capacité naturelle du mineur. Le principe de proportionnalité implique une juste mesure entre l'aptitude naturelle et la mesure de protection. La mesure doit être individualisée et si le majeur possède le discernement suffisant pour accomplir un acte, il peut le faire. Nécessairement le juge raisonne en juxtaposant et en comparant le discernement par rapport à la dangerosité de l'acte mais le critère de l'aptitude naturelle demeure principal puisqu'il détermine la sphère de capacité. S'agissant du mineur, au contraire il n'est pas essentiel même s'il est nécessaire. La logique est donc différente entre les deux types de protection.

¹³⁵ F. Bétaillolle-Gonthier, thèse préc., n° 313.

352. La capacité ancienne du mineur à rendre sa condition meilleure n'est donc pas intégrée au droit positif à titre de principe car elle compromettrait les relations juridiques du mineur avec les tiers. Son influence est néanmoins indiscutable dans la mesure où son application juridique - la rescision pour lésion des actes d'administration - a introduit une grande flexibilité du système d'incapacité. Son rayonnement ne s'arrête cependant pas là car elle conduit à une application téléologique des règles d'incapacité du mineur : dès lors que l'intérêt de l'enfant n'est pas compromis, l'activité juridique du mineur n'a pas à être sanctionnée en dépit de l'interdiction d'exercer ses droits. L'adaptation de la protection du mineur au besoin se répercute sur la représentation du mineur qui n'apparaît alors pas comme le seul moyen de protection de l'enfant. En cela, elle est d'usage modéré.

§2. L'ADAPTATION DE LA REPRÉSENTATION AUX RISQUES ENCOURUS

353. L'application téléologique a dépassé le strict champ de la rescision pour lésion pour s'étendre à l'ensemble de la protection du mineur, patrimoniale et extrapatrimoniale. Ainsi, le système de protection et l'exigence de représentation dépendent des risques créés par l'acte qu'il soit patrimonial ou lié à la personne de l'enfant. Lorsque les intérêts du mineur encourent de faibles risques, la représentation est concurrente de l'activité juridique du mineur (A). Dès lors qu'ils sont extrapatrimoniaux, les actes apparaissent en porte à faux avec l'autorité parentale sur la personne. Plus encore que les actes patrimoniaux, ils révèlent un affranchissement du pouvoir parental, qu'il peut être difficile d'admettre car l'atteinte à l'autorité y paraît plus forte. En admettant une capacité exceptionnelle dans ce domaine, c'est également le pouvoir de direction, d'éducation et de surveillance qui est remis en cause. Cela tient également à l'objet de l'acte en cause : la personne, qui exige une protection supérieure. L'acte portant sur la personne de l'enfant est par définition un acte susceptible d'entraîner davantage de risques que l'acte patrimonial. Aussi, la représentation du mineur apparaît nécessaire. Elle est pourtant fortement contestée en ce domaine en raison de l'atteinte qu'elle réalise à la vie personnelle et intime du mineur. Dès lors, dans certains cas, le caractère intime de l'acte permet de déroger à l'obligation de recourir à la représentation pour l'accomplissement d'actes graves (B).

A. La représentation concurrente en matière d'actes à faible risque

354. Considérer que le mineur possède une sphère d'activité juridique laisse penser que le représentant est consécutivement dessaisi de son pouvoir. A propos des actes

d'administration, une telle affirmation ne se vérifie pas puisque le principe demeure celui de l'incapacité du mineur, la possibilité d'accomplir valablement les actes n'étant qu'une faveur. En revanche, est ainsi interprété l'article 389-3 du Code civil selon lequel l'administrateur légal représente le mineur sauf les cas dans lesquels le mineur est autorisé à agir lui-même par la loi ou l'usage. Le représentant ne peut donc accomplir que des actes non usuels. Or, admettre que le mineur puisse acheter sa carte de transport ne signifie aucunement que le représentant ne puisse pas le faire. Certes, les actes de la vie courante seront au vu de leur objet plus à même d'être accomplis par le mineur en personne mais le représentant n'en est pas pour autant dessaisi juridiquement. Contrairement au tuteur ou curateur du majeur protégé qui voit annuler l'acte qu'il a effectué alors que ce dernier pouvait l'accomplir seul¹³⁶, le représentant du mineur n'est dessaisi que *de facto*. Aussi, la représentation est concurrente à l'activité juridique du mineur dès lors que l'acte ne compromet pas les intérêts de l'enfant soit parce qu'il est faiblement grave (1), soit parce qu'il vise à sauvegarder les intérêts de l'enfant (2).

1) L'activité juridique du mineur fondée sur la faible gravité de l'acte

355. L'essentiel de l'activité juridique du mineur repose sur sa capacité à effectuer des actes autorisés par l'usage (a). Cependant, la définition même de cette catégorie implique sa faible étendue. C'est en définitive le champ des actes d'administration - qui n'ont pas été absorbés par la catégorie précédente - qui révèle la plus vaste sphère d'autonomie du mineur (b).

a. L'activité juridique fondée sur le caractère usuel de l'acte

356. C'est en 1964 que cette véritable exception à la représentation a été introduite dans le Code civil, allant au-delà de l'idée du mandat donné par les parents à l'enfant qui fait quelques menus achats¹³⁷. S'est alors posée la question de définir la notion d'usage, notamment la question de savoir si les actes usuels correspondaient aux actes autorisés auparavant par la jurisprudence ou si la catégorie était radicalement nouvelle¹³⁸. Notion floue, sciemment instaurée par le législateur¹³⁹, son appréciation

¹³⁶ Article 465, 4° du Code civil. Si le tuteur a accompli un acte pouvant être accompli par le seul majeur protégé, l'article 465, 4° du Code civil dispose que l'acte peut être annulé sans qu'il soit nécessaire de prouver un préjudice. V. B. Teyssié, *op. cit.*, n° 797.

¹³⁷ Appliquant cette idée, TI Nîmes 29 juin 1982, *D.* 1983. 13, note F.-J. Pansier.

¹³⁸ J.-C. Montanier, « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP* 1982, I, 3076 ; J.-C. Montanier et Ph. Conte, « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *JCP N* 1986, I, 401.

appartient aux juges du fond, ce qui ne dispense pas de cerner les critères des actes autorisés par l'usage.

357. L'acte autorisé par l'usage est un acte qu'une même classe d'âge accomplit soit par habitude, soit pour répondre aux nécessités de la vie courante¹⁴⁰ sans que l'opinion commune considère cela comme anormal¹⁴¹. Ce qui importe est donc le caractère normal et régulier de l'acte pour une certaine catégorie de mineurs au regard de la conception du bon père de famille. Le juge est amené à prendre en compte la capacité naturelle du mineur¹⁴² puisqu'il doit s'intéresser à la vie courante de la catégorie de mineur à laquelle appartient l'intéressé et non à celle des mineurs en général¹⁴³. Le discernement de cette classe d'âge sera pris en compte et non celui précisément du mineur en cause : au regard de l'acte visé, ces mineurs possèdent-ils un discernement suffisant ? L'appréciation *in abstracto*, du point de vue du bon père de famille, a pour conséquence d'admettre que seuls des actes peu dangereux pour l'enfant seront considérés comme usuels¹⁴⁴.

Selon les auteurs, les actes accomplis par le mineur doivent être appréhendés différemment des actes accomplis par les représentants dans la mesure où ils obéissent à deux logiques distinctes : si les seconds sont avisés et capables, le premier est peu avisé et incapable. Un acte de disposition ne doit pas nécessairement être interdit. La classification traditionnelle fondée sur la gravité de l'acte ne doit pas servir de référence à la détermination des actes autorisés au mineur même si elle la recoupe de manière fortuite en y étant intégrée. Les actes usuels comprendront ainsi des actes d'administration comme des actes de disposition alors que les actes non usuels et donc interdits au mineur pourront correspondre à des actes d'administration et de disposition, mais aussi des actes conservatoires contrairement à l'opinion traditionnelle.

¹³⁹ C. Farge, *L'autonomie contractuelle du mineur*, thèse Paris II, 1998, p. 83 ; A. Belabbas, *L'incapacité juridique du mineur non émancipé en matière patrimoniale*, thèse Saint-Etienne, 2000, n° 283.

¹⁴⁰ Certains auteurs effectuent la distinction entre les actes autorisés par l'usage et les actes de la vie courante. Ces derniers seraient attachés aux actes accomplis dans le cadre du mandat conféré au mineur par son représentant, fondement autrefois utilisé pour autoriser le mineur à agir seul. V. notamment J. Massip, Th. Garé, notes sous Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, cité *infra* note 153. Cependant, ce même arrêt ne semble pas effectuer cette distinction.

¹⁴¹ C. Farge, thèse préc., p. 110 ; A. Belabbas, thèse préc., n° 283.

¹⁴² F. Bétaillolle, thèse préc., n° 317.

¹⁴³ M. Grimaldi, « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », in *L'enfant, la famille et l'argent, l'argent, Actes des Journées d'Études des 13 et 14 décembre 1990*, (sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez), LGDJ, 1991, p. 109. M. Grimaldi considère qu'il faut tenir compte de la fortune de l'enfant. Or, il ne nous semble pas que ce critère doive être retenu : la richesse d'un mineur pour n'être pas fréquente fait sortir le mineur du modèle de référence. Prendre en compte des données propres à l'enfant en cause aboutirait à ne plus analyser l'acte au regard de l'usage mais de l'aptitude financière et personnelle du mineur. La notion d'actes autorisés par l'usage en serait vidée. La solution peut paraître trop rigoureuse pour l'enfant, doté d'un certain pouvoir d'achat par exemple, mais gage de sécurité juridique pour les tiers.

¹⁴⁴ J. Stoufflet, « L'activité juridique du mineur non émancipé », in *Mélanges offerts à M. Le Professeur Voirin*, LGDJ, 1967, p. 782 ; R. Nerson, « L'activité juridique du mineur non émancipé », *RTD Civ.* 1971. 613, n° 1 ; F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 993 ; J.-P. Gridel, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, chr. 90.

Selon Messieurs Montanier et Conte, le caractère usuel d'un acte ne doit cependant pas se déduire des résultats potentiels, la nocivité de l'acte n'intervenant qu'au stade de la sanction. Il ne faut ainsi pas raisonner en fonction de la dangerosité de l'acte, un acte usuel pouvant être nocif. Pourtant, les auteurs ajoutent que doit être prise en compte la pratique « que l'on peut normalement accepter de la part d'un mineur agissant lui-même ou mieux encore les actes que le bon père de famille admet d'un enfant. »¹⁴⁵ Or, comment considérer qu'un bon père de famille autorise son enfant à accomplir seul un acte dangereux, susceptible de produire des conséquences néfastes ? L'appréciation *in abstracto* implique que l'acte usuel soit un acte peu risqué. En ce sens, la Cour de cassation a considéré que si « le mineur peut passer seul des actes de la vie courante, autorisés par la loi ou l'usage, il ne saurait en être ainsi des actes (...) qui entraîne[nt] des risques particuliers et pour lesquels l'administrateur légal représente le mineur conformément à la loi. »¹⁴⁶

358. L'acte autorisé est certes présenté par l'article 389-3 du Code civil comme une véritable exception à la représentation, il n'en demeure pas moins qu'il ne doit pas être susceptible de nuire à l'intérêt de l'enfant. L'acte usuel ne doit pas présenter aucun risque, mais en présenter peu. Pour certains auteurs, un tel acte doit même leur être favorable¹⁴⁷. Il s'ensuit que majoritairement seront usuels des actes peu dangereux, des

¹⁴⁵ J.-C. Montanier et Ph. Conte, art. préc.

¹⁴⁶ Civ. 1^{ère} 9 mai 1972, *Bull. civ. I*, n° 122. Un mineur a acheté seul une voiture d'occasion, acte annulé par les juges du fond qui ont considéré qu'il s'agissait d'un acte de disposition « en raison des risques inhérents à la conduite d'une voiture ». Le pourvoi estime que seule la lésion permettait d'annuler l'acte et que le critère de qualification de l'acte était économique et non fondé sur les risques de l'acte. La modicité de la somme justifiait la qualification d'acte d'administration. La Cour de cassation rappelle que le mineur peut effectuer seul les actes autorisés par l'usage mais considère que l'acte entraînant des risques particuliers ne peut être accompli par le mineur seul. La Cour laisse entendre que l'acte entraînant un risque particulier n'est pas un acte usuel. Elle ne s'interroge pas sur le point de savoir si l'acte est un acte de disposition nul de plein droit ou un acte d'administration simplement rescindable. La substitution de motif laisse supposer qu'elle ne reprend pas la qualification d'acte de disposition effectuée par les juges du fond. V. également, Nancy 4 septembre 2009, *Juris-Data* n° 2009-023370 ; *Dr. famille* 2010, comm. 155, obs. I. Maria. L'achat d'un cyclomoteur par un adolescent de 16 ans n'a pas été considéré comme un acte autorisé par l'usage en raison de la souscription d'une assurance obligatoire et des risques particuliers qu'il implique.

¹⁴⁷ R. Rodière, *La tutelle des mineurs*, Sirey, 1952, p. 102. Les actes que le mineur peut accomplir sont semblables aux *necessaries* du droit anglais, nécessités impérieuses de fait. Rodière reprend la théorie de Jenks selon laquelle le mineur peut contracter des engagements raisonnables qui lui procurent les choses nécessaires à la vie. Le contrat doit correspondre aux besoins du mineur, être raisonnable et utile. Il rappelle que selon les auteurs anglais « le mineur reste incapable ; il n'est tenu que par le fait qu'il a reçu un bénéfice. » Sur ce point, v. également, F. Boulanger, *Droit civil de la famille*, t. 2, *Aspects internes et internationaux*, Economica, 1994, n° 299 ; L. Francoz-Terminal, *op. cit.*, n° 233.

actes de faible importance, de faible valeur pécuniaire¹⁴⁸. Le bon père de famille ne laisserait certainement pas son enfant accomplir un acte patrimonial important. Le mineur peut ainsi acheter sa carte de transport, des jeux, des vêtements, de l'alimentation, des places de cinéma. La consultation chez le médecin peut tout à fait être considérée comme un acte usuel dès lors que le mineur est doté d'une certaine maturité. L'adhésion à une association, à un bureau des élèves, l'inscription à la bibliothèque peuvent également être assimilées à des actes usuels. Il faut néanmoins noter que l'adaptation est plus difficile en matière extrapatrimoniale car elle entre directement en conflit avec le pouvoir de direction et de contrôle sur la personne de l'enfant. Dès lors, l'activité juridique extrapatrimoniale du mineur est moins aisée.

359. C'est dans le domaine bancaire que la notion d'acte usuel prend tout son intérêt. Les actes bancaires sont de ceux où actuellement l'autonomie du mineur trouve fréquemment à s'appliquer. L'autonomie reconnue dans la vie courante et en matière personnelle - sorties, vie personnelle, loisirs - connaît nécessairement des répercussions financières. L'argent de poche est une gestion propre au mineur et ne se gère plus de la même manière qu'en 1964. Aussi, les banques développent de plus en plus de produits à l'égard des clients mineurs, qui voient dans la possession d'un compte bancaire les prémisses de leur liberté¹⁴⁹. La loi elle-même favorise l'activité bancaire des mineurs, directement ou par le biais de leurs représentants. Le mineur peut ainsi ouvrir seul un livret A¹⁵⁰, un « livret-jeune »¹⁵¹ ou un livret d'épargne populaire¹⁵² et y effectuer des dépôts. A partir de seize ans, il peut effectuer des retraits seul sous réserve de l'absence d'opposition des représentants.

En raison de l'importance des risques encourus, les actes bancaires nécessitent un encadrement, plus ou moins strict selon l'objet de l'acte et la question s'est posée de savoir si l'ouverture d'un compte bancaire comme son fonctionnement pouvaient être considérés comme des actes usuels que le mineur peut effectuer seul¹⁵³. Tout dépend en

¹⁴⁸ Civ. 1^{ère} 3 juin 1980, *JCP* 1982, I, 3076, note J.-C. Montanier. Le versement de sommes d'argent en remerciement de services rendus d'un montant minime au regard de la situation financière du débiteur est considéré comme un acte de la vie courante effectué par le majeur en tutelle.

¹⁴⁹ J. Huet, « Détournement bancaire de mineurs ? », *D.* 1987, chr. 39.

¹⁵⁰ Article L. 221-3 alinéa 2 du Code monétaire et financier.

¹⁵¹ Article L. 221-24 du Code monétaire et financier.

¹⁵² Article R. 221-39 du Code monétaire et financier.

¹⁵³ Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, pourvoi n° 97-13248 ; *Rép. Def.* 1999. 686, n° 34, note J. Massip (raisonnant autant sur la notion d'acte usuel que sur celle d'acte d'administration non lésionnaire) ; *D.* 2000. 39, note C. Farge ; *Dr. famille* 1999, comm. 35, obs. Th. Fossier ; *JCP G* 1999, II,

réalité des risques encourus. Ainsi, l'ouverture d'un compte bancaire comme le dépôt sont considérés par la doctrine comme pouvant être effectués par le mineur seul¹⁵⁴. Cependant, dès lors qu'il s'agit d'ouverture de comptes avec possibilité d'endettement du mineur, le raisonnement doit être différent. Si le mineur a la possibilité d'effectuer des retraits plafonnés, rien n'empêche de considérer qu'il s'agit d'un acte usuel. En revanche, si ces retraits ne sont pas plafonnés, le mineur peut tout à fait obtenir un découvert. Or, celui-ci est analysé comme un emprunt, lequel se voit appliquer l'article 389-5 alinéa 2 en tant qu'acte de disposition et surtout ne peut recevoir la qualification d'acte usuel dans la mesure où un risque existe¹⁵⁵. Dans la même logique, s'il se voit délivrer des instruments de paiement, le mineur ne doit plus pouvoir agir seul, le raisonnement précédent pouvant être transposé¹⁵⁶.

Le décret du 22 décembre 2008 classe l'ouverture d'un compte bancaire et la demande de carte de retrait parmi les actes d'administration¹⁵⁷. Ainsi, même en considérant que le mineur ne puisse effectuer de tels actes au titre de l'usage, leur appartenance réglementaire à la catégorie des actes d'administration ne fait plus obstacle à leur accomplissement par le mineur seul. De la sorte, le recours à la qualification d'acte d'administration plus qu'à l'usage octroie une sphère d'activité juridique plus vaste. Le décret vient ainsi en quelque sorte à l'appui des banques et le mineur désireux de faire annuler un acte n'aura pour recours que de prouver son caractère lésionnaire. En revanche, la demande de carte de crédit est assimilée à un acte de disposition¹⁵⁸. Dans ce cas, seul l'usage pourra valider l'acte ce qui semble néanmoins plus qu'hypothétique¹⁵⁹.

10053, note Th. Garé. L'arrêt invite à s'interroger sur cette qualification. En cassant un arrêt ayant condamné le mineur à rembourser la banque sans avoir recherché si le mineur n'avait pas accompli un acte de la vie courante.

¹⁵⁴ F. Rizzo, « Les opérations bancaires du mineur non émancipé », *RJPF*-2000-4/12 ; S. Piedelièvre, « Instruments de paiement et famille », *AJ fam.* 2006, 275 ; J. Casey, « L'enfant et la banque », *Dr. et patrimoine* 2000, n° 87, p. 76 ; *contra*, Th. Garé, *JCP G* 1999, II, 10053 ; C. Farge, *D.* 2000, 39 ; E. Naudin, « Les comptes bancaires et la famille », *AJ fam.* 2006, 273. Cette dernière considère que la création d'un usage est discutable dans la mesure où la pratique provient des banques elles-mêmes et non des mineurs eux-mêmes.

¹⁵⁵ Il est parfois proposé pour valider ces actes de considérer que les parents ont donné mandat à leur enfant. TI Nîmes 29 juin 1982, préc.

¹⁵⁶ Versailles 26 octobre 1990, *D.* 1993, 125, obs. F. Lucet ; Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, préc.

¹⁵⁷ Annexe I, col. I, II.

¹⁵⁸ Annexe I, col. II, II.

¹⁵⁹ V. *infra* n° 372.

360. Le contrat de travail est également propice à la qualification d'acte autorisé par l'usage dès lors que le mineur est âgé de seize ans. En effet, libéré de l'obligation scolaire, le mineur de plus de seize ans peut entrer dans le monde du travail. Le contrat de travail est régi par le droit commun des contrats¹⁶⁰, auquel le droit des incapacités se superpose. Ainsi, même âgé de seize ans, le mineur demeure en principe incapable de conclure seul un tel contrat dans la mesure où le mineur engage sa personne physique. Cependant, la doctrine admet que la conclusion du contrat de travail relève des actes autorisés par l'usage¹⁶¹. Dans la même logique, elle admet que le mineur puisse recevoir lui-même le paiement de son salaire et non entre les mains de ses représentants¹⁶². Il semble cependant que la qualification d'acte usuel soit davantage fondée dans ce cas de figure sur l'autonomie du mineur et sa capacité naturelle que sur une pratique courante des mineurs de cette classe d'âge. Le travail en quelque sorte fait entrer le mineur dans le monde des adultes, des majeurs capables. L'indépendance financière prévaut alors sur le statut légal et confère au mineur son autonomie juridique : il peut adhérer à un syndicat professionnel¹⁶³, agir devant le conseil des prud'hommes en étant soit assisté par ses représentants, soit autorisé par la juridiction¹⁶⁴ et tous les actes qu'il a accomplis dans l'exercice de sa profession sont pleinement valables en vertu de l'article 1308 du Code civil. Il convient de noter que selon le décret du 22 décembre 2008, la conclusion d'un contrat de travail revêt la qualification d'acte d'administration permettant de valider l'acte sans s'interroger sur sa nature usuelle ou non.

361. Sauf à admettre que les actes usuels sont les seuls actes que le mineur puisse effectuer seul - à l'exclusion de tout autre, notamment un acte d'administration non usuel -, il apparaît que la catégorie puisse être rendue inutile par le recours à la qualification beaucoup plus large d'acte d'administration. Or, si la thèse selon laquelle la loi de 1964 est venue consacrer une capacité d'exercice exceptionnelle s'agissant des actes autorisés par l'usage, aboutissant à la disparition de la distinction effectuée sur le fondement des articles 1305 et 1311, a été portée par la doctrine¹⁶⁵, le droit positif est

¹⁶⁰ Article L.1221-1 du Code du travail.

¹⁶¹ P.-Y. Verkindt, « Le droit des revenus professionnels du mineur », in *L'enfant, la famille et l'argent, Actes des Journées d'Études des 13 et 14 décembre 1990*, op. cit., p. 67. L'acte est selon lui rescindable pour lésion. V. Civ. 1^{ère} 4 octobre 1966, *Bull. civ. I*, n° 449.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Article L. 411-5 du Code du travail.

¹⁶⁴ Article L. 1453-1 du Code du travail.

¹⁶⁵ J.-C. Montanier et Ph. Conte, art. préc.

loin d'être aussi catégorique¹⁶⁶ et l'on a même pu parler d'échec du législateur¹⁶⁷ dans la mesure où la classification nécessite une appréciation du juge qui est le seul à pouvoir consacrer juridiquement l'usage¹⁶⁸, ce qui renvoie à une capacité découverte *a posteriori* et aux critiques encourues par une application généralisée de la rescision pour lésion¹⁶⁹. Leur pertinence au regard des actes d'administration peut donc être soulevée. Cependant, il faut admettre que le législateur a souhaité instaurer une capacité véritable du mineur fondée sur l'absence de risques pour ses intérêts. Aussi, les actes autorisés par l'usage sont pleinement valables¹⁷⁰ et insusceptibles d'être remis en cause, ce qui n'est pas contraire à l'interprétation téléologique du système d'incapacité puisque leur définition même repose sur un besoin de protection limité. Dans ces conditions, les actes de la vie courante conservent leur spécificité par rapport aux actes d'administration.

b. La validité a priori des actes d'administration

362. La Cour de cassation considère que les actes d'administration ne peuvent être annulés que pour cause de lésion et non pour incapacité¹⁷¹. Même si la capacité n'est certaine qu'*a posteriori*, après contrôle judiciaire, le jeu de la théorie de la lésion a indéniablement pour effet de permettre *a priori* au mineur d'accomplir des actes d'administration, ces derniers apparaissant être des actes autorisés sous réserve de l'existence d'une lésion. Ainsi, il a été jugé que le mineur peut conclure un contrat de location de véhicule lorsque la majorité était fixée à 21 ans¹⁷², un contrat d'enregistrement et de vente de disques¹⁷³, souscrire une promesse unilatérale de somme d'argent¹⁷⁴, et même acheter un bateau de plaisance¹⁷⁵. En réalité, nombreux sont les

¹⁶⁶ Civ. 1^{ère} 4 novembre 1970, *Bull. civ.* I, n° 122 ; R. 1970-1971, p. 15 ; D. 1971. 186, note anonyme.

¹⁶⁷ F. Bétaillolle-Gonthier, thèse préc., n° 324.

¹⁶⁸ G. Durry, M. Gobert, « La réforme de la tutelle et de l'administration légale à l'épreuve du temps », in *Écrits en hommage à Jean Foyer, op. cit.*, p. 377.

¹⁶⁹ Elle conduit de surcroît à interdire au mineur les actes conservatoires, par définition peu usuels et pourtant nécessaires à sa protection.

¹⁷⁰ Majoritairement la doctrine considère que la rescision pour lésion peut être invoquée pour les actes autorisés par l'usage, à savoir les actes pour lesquels le mineur dispose d'une capacité exceptionnelle. Il faut y voir une combinaison de la liberté et de la protection. A l'appui de cette position, est évoquée l'idée selon laquelle la théorie de la lésion était une faveur accordée au mineur capable. V. C. Aubry, C. F. Rau, *Cours de droit civil français, op. cit.*, p. 580.

¹⁷¹ Civ. 1^{ère} 4 novembre 1970, préc.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Paris 10 juin 1964, *JCP* 1965, II, 13980, note Bizière ; Civ. 1^{ère} 4 octobre 1966, préc.

¹⁷⁴ TI Montmorillon 19 mai 1982, *JCP G* 1984, II, 20219, note J.-C. Montanier.

¹⁷⁵ Civ. 1^{ère} 3 décembre 1991, pourvoi n° 89-22043. Les juges ont admis la validité de l'achat d'un bateau de plaisance car « l'affaire était excellente ».

actes qui peuvent être accomplis par le mineur seul. En effet, en énonçant une liste indicative d'actes d'administration, le décret du 22 décembre 2008 précise l'étendue de la sphère d'activité juridique offerte au mineur. Celle-ci se révèle considérable. Ainsi, il peut ainsi conclure un bail en tant que preneur alors que la jurisprudence jusqu'à présent le lui refusait¹⁷⁶.

La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010¹⁷⁷ est venue conforter l'activité juridique du mineur fondée sur la catégorie des actes d'administration. L'article 389-8 du Code civil créé par cette loi dispose ainsi que le mineur peut être autorisé par ses représentants¹⁷⁸ à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle¹⁷⁹. Les actes de disposition lui sont en revanche interdits. L'autorisation doit prévoir la liste des actes qu'il est en mesure d'effectuer et doit être donnée par acte sous seing privé ou acte notarié.

Les actes d'administration ouvrent ainsi une vaste sphère d'activité juridique au mineur, beaucoup plus importante que les actes usuels, tout en respectant la protection de ses intérêts. Dans la droite ligne de l'idée selon laquelle le système de protection doit s'appliquer de manière mesurée et surtout ne pas nuire à l'enfant, les actes sauvegardant ses intérêts, par définition positifs, lui sont autorisés.

2) L'activité juridique du mineur fondée sur la sauvegarde de ses intérêts

363. Il a toujours été admis que le mineur puisse accomplir des actes conservatoires¹⁸⁰. La possibilité pour le mineur d'écarter ses représentants légaux de nombre de décisions médicales apparaît en revanche radicalement novatrice. En réalité, capacité de consentir seul aux actes médicaux (b) comme d'accomplir des actes conservatoires (a) relèvent de la même logique : la sauvegarde des intérêts de l'enfant. En dépit de leur gravité pour

¹⁷⁶ Aix en Provence 7 juin 2000, *Loyers et copropriété* 2000, comm. 265, obs. B. Vial-Pedroletti.

¹⁷⁷ F. Julienne, « Le mineur, acteur de la vie économique ? (à propos de la loi du 15 juin 2010), *Dr. famille* 2010, étude 31 ; V. Legrand, « Le mineur non émancipé EIRL : quelle perspective pour les parents ? », *Petites affiches* 24 novembre 2010, n° 234, p. 7.

¹⁷⁸ A noter que la loi illustre bien la difficulté à identifier les représentants légaux du mineur. L'article 389-8 vise en effet l'autorisation donnée « par [les] deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire (...) ». Lorsque le mineur est sous tutelle, le conseil de famille délivre cette autorisation selon l'article 401 du Code civil.

¹⁷⁹ Il convient de préciser que le domaine d'application de l'EIRL est automatiquement limité puisque non seulement le mineur non émancipé ne peut être commerçant, mais il ne peut exercer une profession artisanale que s'il dispose des diplômes requis.

¹⁸⁰ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, I, t. II, Rousseau, 1923, n° 684.

les premiers ou de leur caractère non usuel pour les seconds, ils peuvent être accomplis par le mineur seul car le refuser pourrait compromettre gravement les intérêts de l'enfant. La même logique prévaut lorsque le mineur est habilité à saisir une autorité judiciaire (c).

a. Les actes conservatoires

364. Malgré l'absence de texte et le caractère plutôt inhabituel de l'acte au regard des préoccupations d'un mineur, il est acquis qu'il puisse accomplir un acte conservatoire seul. Il en est ainsi des inscriptions hypothécaires, des transcriptions de droits réels immobiliers, de l'inventaire, de l'apposition ou de la levée de scellés, de la demande de constat d'huissier, d'une mise en demeure. Conditionné à l'existence d'une menace préexistante, l'acte conservatoire a pour finalité la sauvegarde d'un bien et se révèle ainsi nécessaire¹⁸¹. Son caractère urgent est discuté : selon M. Brenner il n'est pas systématiquement urgent¹⁸², tandis qu'il est au contraire l'illustration de l'urgence pour M. Jestaz¹⁸³. Pour le premier, c'est le principe de nécessité qui fonde la possibilité pour le mineur d'accomplir un acte conservatoire dans la mesure où tout jugement d'opportunité est exclu dans un tel cas de figure¹⁸⁴, tandis que le second considère que c'est l'urgence qui autorise le mineur à agir seul. La différence entre l'urgence et la nécessité réside dans l'importance d'agir vite, caractéristique de la première.

En dépit des divergences théoriques relatives à la notion d'acte conservatoire, il apparaît que sa singularité réside dans son caractère dérogatoire qu'il soit nécessaire ou urgent. En effet, nécessité et urgence se caractérisent toutes deux par la confrontation entre des principes de droit, entre un droit à sauvegarder et une règle invoquée. L'acte conservatoire va, par son rôle subversif, perturber la règle de droit¹⁸⁵, idée que résume l'adage « nécessité fait loi ». Le rôle dérogatoire de l'urgence lui permet, quant à elle, de vaincre la résistance opposée par un principe dans le but d'écarter une menace pesant sur un droit¹⁸⁶. Nécessité et urgence donnent ainsi à l'acte conservatoire un caractère dérogatoire au principe d'incapacité d'exercice du mineur.

¹⁸¹ Cl. Brenner, *L'acte conservatoire*, *op. cit.*, n° 180.

¹⁸² *Ibid.*, n° 172 et s.

¹⁸³ Ph. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1968, n° 19.

¹⁸⁴ Cl. Brenner, *op. cit.*, n° 572.

¹⁸⁵ *Ibid.*, n° 569.

¹⁸⁶ Ph. Jestaz, *op. cit.*, n° 328 et s.

365. Mais chaque auteur reconnaît que nécessité comme urgence, à elles-seules, ne suffisent pas à fonder l'aptitude du mineur à réaliser un acte conservatoire. Ils admettent que les deux notions sont des fondements complémentaires à une explication téléologique : l'acte conservatoire poursuit la même finalité que l'incapacité, à savoir la protection des intérêts de l'incapable. M. Brenner considère que la capacité du mineur en matière d'acte conservatoire repose à la fois sur la nécessité objective et sur la capacité historique du mineur à rendre sa condition meilleure¹⁸⁷. M. Jestaz souligne que le principe d'incapacité du mineur ne s'oppose en réalité pas à l'acte conservatoire puisque les deux tendent vers un but de protection¹⁸⁸. Dès lors que l'incapable est doué de discernement et que l'incapacité est plus légale que naturelle, l'urgence ne constitue que « la justification d'appoint à l'idée qu'un acte non dangereux ne compromet pas le système de protection que constitue le statut légal »¹⁸⁹.

Ce n'est donc pas tant le principe de nécessité qui paraît fonder la capacité du mineur à accomplir un acte sauvegardant ses intérêts mais l'idée que le but de protection recherché par le régime institué est satisfait par un tel acte. Incapacité et acte conservatoire poursuivant donc la même finalité, l'activité juridique du mineur en matière d'acte conservatoire se trouve justifiée. Non seulement les intérêts du mineur ne sont pas compromis par son action, mais il y aurait danger à lui refuser un tel acte. Dès lors que la finalité poursuivie par le système est atteinte par l'action du mineur, il n'est pas besoin d'invoquer son incapacité d'exercice. L'idée d'une capacité du mineur à améliorer sa condition subsiste et même est intrinsèque au régime de protection : dès lors que l'objectif est rempli, aucune raison ne justifie d'interdire l'acte et d'appliquer le système dans toute son intensité. Le système de protection s'adapte donc au besoin.

b. La capacité médicale spéciale

366. En dépit des multiples possibilités ouvertes au mineur par le législateur d'intervenir dans la protection de sa santé, en aucun cas il ne bénéficie d'une majorité médicale¹⁹⁰, son autonomie étant fonction des circonstances ou d'actes spéciaux.

¹⁸⁷ Cl. Brenner, *op. cit.*, n° 569 et s., spéc. n° 572.

¹⁸⁸ Ph. Jestaz, *op. cit.*, n° 281.

¹⁸⁹ *Ibid.*, n° 27. Dans le même sens, C. Demolombe, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 1, Durand, Hachette, 4^e éd., 1870, n° 809 ; M. Bajotet, *Les variations de l'incapacité du mineur à raison de son âge*, thèse Dijon, A. Rousseau, 1941, p. 121, v. également p. 60.

¹⁹⁰ Sauf les mineurs de plus de 16 ans dont les liens de famille sont rompus qui bénéficient à titre personnel du remboursement en nature de l'assurance-maladie et de la couverture maladie universelle sur

La jeune fille mineure peut ainsi avoir accès seule à des contraceptifs¹⁹¹ comme son consentement seul suffit à l'interruption volontaire de grossesse¹⁹². Dans ce dernier cas, elle doit se faire accompagner d'une personne majeure de son choix. Il ne s'agit pas d'un cas d'assistance car le tiers ne possède aucun rôle juridique, mais est seulement amené à apporter un soutien psychologique et moral. Un proche mais également un travailleur social ou même le personnel médical peuvent remplir cette mission. L'efficacité de cette disposition est donc plutôt utopique au regard de la protection juridique du mineur¹⁹³. Dans la droite ligne de cette législation, le mineur de manière générale peut écarter ses représentants légaux d'une décision relative à sa santé et consentir seul à un traitement ou une intervention médicale sur le fondement de l'article L. 1111-5 du Code de la santé publique.

367. Véritable pouvoir exorbitant reconnu à l'enfant¹⁹⁴, l'autonomie médicale fondée sur l'article L. 1111-5 est cependant soumise à plusieurs conditions dont la pertinence est variable. En effet, le médecin doit tout d'abord s'efforcer de convaincre l'enfant d'informer ses parents¹⁹⁵. En cas d'échec, il pourra procéder à l'intervention ou au traitement si l'un ou l'autre « s'impose pour sauvegarder la santé » de l'enfant. Par ailleurs, comme pour une interruption volontaire de grossesse, le mineur devra alors être accompagné d'une personne majeure de son choix. Le législateur n'a pas mentionné la condition de capacité naturelle, mais l'on peut supposer qu'elle est présumée. S'il n'avait pas les facultés de jugement nécessaires, le mineur n'aurait certainement pas eu une telle initiative. Si les conditions tenant à la tentative de persuasion du mineur et à l'exigence d'un accompagnant sont nécessaires mais de faible

le fondement de l'article L. 1111-5 alinéa 2. Les droits étrangers sont en revanche plus ouverts. V. notamment, J. Flauss-Diem, « Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais », in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 117.

¹⁹¹ Article L. 5134-1 du Code de la santé publique.

¹⁹² Article L. 2212-7 du Code de la santé publique.

¹⁹³ Le Sénat avait souhaité lui conférer un pouvoir proche de celui du curateur et en faire un véritable assistant. V. travaux préparatoires à la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, notamment le rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales du Sénat par F. Giraud, JO Sénat Impressions, n° 210, p. 28.

¹⁹⁴ A. Kimmel-Alcover, « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2005, p. 265. Les articles L. 1111-7 et R. 1111-6 du Code de la santé publique en tirent la conséquence : le mineur possède le droit d'interdire à ses parents l'accès à son dossier médical et de recevoir toute information sur son état. Conséquence de la mise en œuvre de son droit au secret, les dispositions relatives à l'admission dans l'établissement, aux sorties temporaires et définitives exigeant l'accord des représentants légaux sont écartées.

¹⁹⁵ J.-P. Gridel, « L'acte éminemment personnel du mineur », art. préc. L'auteur considère que c'est finalement au mineur d'associer ses parents à la décision qui le concerne.

portée¹⁹⁶, la condition tenant à la sauvegarde de la santé de l'enfant est fondamentale. L'autonomie médicale du mineur est en effet conditionnée à la nécessité thérapeutique de l'acte, ce qui en cas de défaut de celle-ci d'une part, conduira le médecin à ne pas suivre le souhait du mineur et à requérir le consentement parental et d'autre part, l'amènera à refuser toute intervention inutile.

368. En dépit du caractère nécessairement curatif de l'acte, il peut être grave, portant atteinte à l'intégrité corporelle de l'enfant ou nécessitant un traitement lourd¹⁹⁷. L'article L. 1111-5 est d'application générale, tout type d'acte médical pouvant y être soumis, comme une greffe¹⁹⁸. Paradoxalement le mineur pourra consentir seul à un acte grave qui requerrait l'accord des deux représentants. La dérogation à l'incapacité est véritablement importante tout comme l'atteinte au pouvoir de direction et de contrôle dont jouissent les titulaires de l'autorité parentale conséquente. La justification paraît difficile à trouver. La doctrine propose par analogie avec le droit patrimonial que le mineur puisse disposer d'une autonomie en matière d'actes usuels, non graves et personnels¹⁹⁹. Pourtant, un tel raisonnement ne peut être appliqué à l'article L. 1111-5 ou à l'interruption volontaire de grossesse car si ces actes sont indubitablement personnels, non seulement le caractère usuel n'en est certainement pas le fondement, mais surtout de tels actes sont empreints de gravité.

369. Un rapprochement avec la notion d'acte conservatoire est en revanche envisageable. Si certes l'acte conservatoire est exclusivement patrimonial²⁰⁰, il n'en demeure pas moins que le principe de nécessité - ou même l'urgence - qu'il illustre peuvent trouver application en matière extrapatrimoniale. L'acte médical pour lequel le mineur dispose d'une capacité exceptionnelle et spéciale n'est pas obligatoirement urgent, mais il doit en revanche être absolument nécessaire. Parce que l'acte est requis afin de sauvegarder les intérêts du mineur, une telle nécessité justifie de déroger à l'incapacité d'exercice et au principe de représentation. S'agissant de l'article L.1111-5,

¹⁹⁶ Elles ne seraient là que pour atténuer la « mauvaise conscience » du législateur : G. Fauré, « Vers l'émergence d'une majorité sanitaire ? », in *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, PUF, 2003, p. 101.

¹⁹⁷ Cette disposition est inspirée notamment par l'idée que l'enfant puisse être atteint de maladies sexuellement transmissibles, dont le sida. V. F. Dekeuwer-Défossez, « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM* 2004, n° 12, p. 101.

¹⁹⁸ Article R. 1211-14 du Code de la santé publique.

¹⁹⁹ G. Memeteau, *op. cit.*, n° 474.

²⁰⁰ Cl. Brenner, *op. cit.*, n° 202.

le caractère suffisant du consentement est soumis à la condition de la sauvegarde de la santé : il pèse une menace sur la santé de l'enfant que l'acte médical doit écarter. Parce que l'acte s'impose, le médecin peut passer outre au principe de recueil du consentement des titulaires de l'autorité parentale.

L'interruption volontaire de grossesse, comme pour toute femme majeure, est prévue en cas de détresse²⁰¹ et le législateur, après avoir rappelé le principe de l'assistance par le titulaire de l'autorité parentale, a considéré que la jeune fille mineure pouvait consentir seule à une telle intervention car « il est des cas où la simple annonce d'une grossesse mettrait en danger la vie de la jeune fille. »²⁰² L'accès libre aux contraceptifs a dans un premier temps été limité aux cas d'urgence et prévu selon l'ancien article L. 5134-1 issu de la loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 pour « prévenir une interruption volontaire de grossesse »²⁰³. L'objectif était donc d'éviter le recours à une intervention plus lourde de conséquences physiques et psychiques. La loi du 4 juillet 2001 ne fait que généraliser cette pratique²⁰⁴.

Certes, ces cas consacrent juridiquement la liberté sexuelle des mineurs mais le désir de leur conférer une autonomie adaptée à leur développement physique et psychologique n'est pas le seul fondement de ces exceptions. Il s'agit avant tout pour le droit de s'adapter à une évolution des mœurs, qui si elle n'était pas prise en compte juridiquement, pourrait gravement nuire aux intérêts des mineurs. Étant en pratique très difficile à encadrer pour les parents, le risque pour le mineur de se retrouver dans une situation préjudiciable conduit à lui reconnaître de tels droits. L'impératif de protection pousse donc à conférer au mineur des sphères de capacité en matière médicale, plus que

²⁰¹ Article L. 2212-1 du Code de la santé publique.

²⁰² Travaux préparatoires à la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales du Sénat par F. Giraud, préc. ; Rapport au nom de la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée Nationale par M. Lignières-Cassou, JOAN Impressions, n° 2726, p. 40 : l'auteur du rapport invoque la détresse des jeunes filles et les risques liés à l'auto-avortement, au déni de grossesse, de même que les grossesses consécutives à un viol ou un inceste.

Sur le recours problématique au juge des enfants avant la loi du 4 juillet 2001 : TE Évry 8 novembre 1982, *D.* 1983. 218, note P. Raynaud. L'ordonnance autorise l'IVG d'une mineure en dépit du refus de la mère et justifie son intervention en se fondant sur « la situation matérielle et morale extrêmement préoccupante » ; *Contra*, Bordeaux, 4 décembre 1991, *D.* 1993. 129, note Th. Dubaele.

²⁰³ Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000, *JO* n° 289 du 14 décembre 2000. Avant 2000, les centres de planification et d'éducation familiale étaient déjà habilités à délivrer des contraceptifs aux mineurs souhaitant conserver le secret.

²⁰⁴ Rapport fait au nom de la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée Nationale par M. Lignières-Cassou, préc., p. 69.

la volonté de lui donner une autonomie pure et simple fondée sur sa seule capacité naturelle. Il en est de même s'agissant de la saisine du juge par le mineur.

c. La défense en justice de ses intérêts

370. L'application pure et simple du régime d'incapacité d'exercice peut conduire à un résultat opposé au but recherché en empêchant le mineur de défendre ses intérêts. Lorsque sa santé, sa sécurité ou son éducation sont en danger, le mineur possède le droit de saisir le juge des enfants sur le fondement de l'article 375 du Code civil²⁰⁵. Il peut ainsi se protéger contre les nuisances de son entourage lorsqu'elles deviennent graves, mais il n'a pas à démontrer l'existence d'un danger pour pouvoir saisir le juge. Le mineur capable de discernement peut également choisir un avocat, consulter son dossier en étant accompagné de ses père et mère ou d'un conseil, se voir notifier la décision s'il a plus de seize ans et si son état le permet, interjeter appel de la décision du juge des enfants dans un délai de quinze jours à compter de la notification ou du jour où il en a eu connaissance²⁰⁶. Afin de garantir son droit à l'éducation, le mineur de plus de seize ans peut saisir le juge des enfants lorsque ses parents s'opposent à la poursuite de sa scolarité²⁰⁷. Sans pour autant encourir un danger, mais en cas d'opposition d'intérêts avec ses représentants, il peut saisir le juge des tutelles afin d'obtenir la nomination d'un administrateur *ad hoc* sur le fondement de l'article 389-3 du Code civil. De la même manière, il peut requérir la convocation du conseil de famille s'il est âgé de plus de seize ans ou doué de discernement²⁰⁸ et il peut y assister quel que soit son âge. Enfin, il peut saisir la Cour européenne des droits de l'homme²⁰⁹, une fois les recours internes épuisés car les droits dont la violation est invoquée « sont par essence protecteurs » et « un recours contre leur violation ne saurait causer un dommage à l'enfant »²¹⁰.

Dès lors que le besoin de protection n'est pas élevé en raison des faibles risques créés par l'acte, la représentation légale du mineur est concurrente de son activité juridique. Elle est en revanche obligatoire lorsque les actes présentent un certain degré de gravité présumant un risque pour les intérêts de l'enfant.

²⁰⁵ Civ. 1^{ère} 21 novembre 1995, pourvoi n° 94-05102 ; D. 1996. 420, obs. A. Gouttenoire.

²⁰⁶ Articles 1186, 1187 alinéa 2, 1190, 1191 du Code de procédure civile.

²⁰⁷ Article L. 122-2 du Code de l'éducation.

²⁰⁸ Article 1234 du Code de procédure civile.

²⁰⁹ CEDH *X et Y c/ Pays-Bas* 19 décembre 1974, Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme, 2, p. 118.

²¹⁰ A. Gouttenoire, « Mineurs », art. préc., n° 219.

B. La représentation obligatoire en matière d'actes risqués

371. La jurisprudence de manière constante considère que le mineur ne peut accomplir d'actes de disposition même si ceux-ci ne lui nuisent pas²¹¹. Présentant un risque important, ces actes exigent la représentation et à défaut sont nuls de droit. Bien que le mineur possède un discernement suffisant et qu'il puisse apprécier correctement ses intérêts, la représentation est obligatoire. Parce que le besoin de protection est présumé, la représentation est alors exclusive de l'activité juridique du mineur. Ne sont pas seulement visés des actes patrimoniaux mais également extrapatrimoniaux, même innommés, tels que le consentement à une intervention chirurgicale ou à un traitement médical sous réserve de la mise en œuvre de l'article L. 1111-5, la conclusion d'un contrat portant sur le droit à l'image de l'enfant²¹². Selon le décret du 22 décembre 2008, le mineur ne pourra jamais par exemple demander de carte de crédit, louer, vendre, prêter, échanger des meubles de valeur, effectuer un apport en société. Pourtant, l'activité juridique du mineur en matière d'actes risqués n'est pas complètement exclue. En effet, même grave, même risqué, un acte pourra être accompli par l'enfant soit parce qu'il est autorisé par l'usage, ce qui en réalité apparaît discutable (1), soit parce qu'il relève de l'intimité du mineur (2).

1) La fausse dérogation de l'acte usuel

372. M. Grimaldi considère qu'un acte de disposition peut être autorisé à l'enfant s'il est usuel. Il en est ainsi des prêts faits entre amis ou des dons manuels²¹³. Un problème de cohérence entre les deux notions se pose. Selon M. Grimaldi, l'acte est certes qualifié d'acte de disposition mais son montant doit être faible pour pouvoir être qualifié d'usuel. La catégorie de l'acte usuel prend alors le dessus sur la qualification d'acte de disposition et apparaît véritablement dérogatoire. Cependant, pour être qualifié d'usuel, l'acte ne doit pas présenter de risques particuliers²¹⁴ et être d'un montant assez faible. Or, l'acte de faible valeur pécuniaire peut-il être qualifié d'acte engageant de manière durable et substantielle le patrimoine de son auteur ? La qualification d'acte de disposition n'est en réalité pas évidente. C'est d'ailleurs en ce sens qu'incline le décret du 22 décembre 2008 : l'emprunt ou le prêt de sommes d'argent font partie des actes de

²¹¹ Civ. 25 mars 1861, préc.

²¹² Civ. 1^{ère} 27 mars 1990, *Bull. civ. I*, n° 72 ; Paris 31 octobre 1991, *D.* 1992. *IR.* 9.

²¹³ M. Grimaldi, *op. cit.*, p. 110.

²¹⁴ Civ. 1^{ère} 9 mai 1972, préc.

disposition susceptibles d'être requalifiés en actes d'administration dès lors qu'ils ont de faibles conséquences sur le patrimoine du mineur. Non seulement la frontière entre les deux catégories est malléable mais dès lors que l'acte est de faible valeur, la qualification d'acte d'administration paraît devoir l'emporter et le mineur pourra effectuer l'acte sous réserve de son caractère lésionnaire, l'usage n'y étant alors pour rien. De la même manière, M. Grimaldi évoque la possibilité pour le mineur de renoncer à un droit, de transiger ou d'effectuer un cautionnement. Or, la pratique de tels actes semble à la différence des prêts entre camarades peu fréquente, ce qui compromet par conséquent la qualification d'acte usuel. En réalité, la véritable dérogation à la nécessité d'être représenté en matière d'actes graves repose non pas sur l'usage mais sur l'aspect personnel et surtout intime de l'acte.

2) La véritable dérogation à la représentation fondée sur le caractère intime de l'acte

373. Le caractère contesté et contestable de la représentation en matière d'actes attachés à la personne a déjà été mentionné. Si elle est admise de manière générale, à partir d'un certain degré d'intimité, l'acte ne peut plus être accompli par représentation. C'est pourquoi, le mineur peut accomplir des actes lourds de conséquences comme l'action en recherche de paternité ou maternité pour son propre enfant²¹⁵, effectuer une reconnaissance²¹⁶, défendre à une action en établissement de la filiation dirigée contre lui²¹⁷, exercer ou défendre à une action à fins de subsides, exercer l'autorité parentale sur la personne de son enfant, demander à accoucher anonymement²¹⁸, requérir la mainlevée d'une opposition à mariage²¹⁹. C'est le caractère intime de l'acte qui fonde cette dérogation à la représentation. La capacité naturelle et le caractère éminemment personnel de l'acte permettent également au mineur de plus de 16 ans de disposer de la moitié de ses biens par testament²²⁰, d'effectuer les démarches en matière de nationalité²²¹. En dépit des conséquences importantes que peuvent avoir de tels actes, le

²¹⁵ Article 328 du Code civil.

²¹⁶ La reconnaissance par le mineur est admise selon une « doctrine constante et immémoriale » d'après J. Massip, *op. cit.*, n° 11.

²¹⁷ Civ. 1^{ère} 8 janvier 1957, *JCP* 1957, II, 9903, note F. Montera. Il est cependant requis que le représentant légal soit à ses côtés.

²¹⁸ Civ. 1^{ère} 5 novembre 1996, pourvoi n° 96-11073 ; *RTD Civ.* 1997. 98, obs. J. Hauser.

²¹⁹ Article 177 du Code civil.

²²⁰ Article 904 du Code civil.

²²¹ Article 17-3 du Code civil.

mineur doué de discernement est réputé être le seul à pouvoir évaluer les intérêts en cause en raison de leur aspect profondément intime.

374. Le régime d'incapacité connaît ainsi une certaine flexibilité et prend en compte sa dimension pédagogique. Le fondement de l'activité juridique personnelle du mineur réside dans l'absence de risque pour ses intérêts et dans sa capacité naturelle. L'idée selon laquelle la protection doit être adaptée au besoin irrigue donc tout le droit des incapacités et dès lors que l'impératif de protection n'est pas compromis, le système n'a pas à s'appliquer dans toute son intensité. La représentation n'est alors pas obligatoire. Pour autant, il ne s'agit pas d'un principe, le mineur devant être représenté pour des actes dangereux même favorables. Il s'agit d'une modération du principe de représentation qui ne doit pas être d'application excessive.

Section 2 : L'ASSOCIATION DU MINEUR AU PRINCIPE DE REPRÉSENTATION

375. La représentation du mineur porte en elle le germe de l'excès : parce que la volonté du représenté est exclue, grand est le risque d'agir en contrariété avec ses besoins. Certes, il n'est pas assuré que chacun soit le meilleur juge de ses propres intérêts²²², mais il s'agit néanmoins d'un présupposé que l'on ne peut écarter immédiatement. Aussi, le mineur, même s'il est insuffisamment mûr pour prendre une décision juridique et *a fortiori* dès lors qu'il est capable de discernement et qu'il peut juger clairement et sainement des choses, est à même de ressentir ce qu'il considère comme bon ou non pour lui. Lui donner le moyen d'exprimer une opinion ne signifie pas lui octroyer la capacité d'exercice et le droit d'agir seul. Aussi, la réception de l'article 12 de la CIDE relatif au droit d'expression de l'enfant ne remet pas en cause son statut juridique²²³. Au contraire, la reconnaissance de ce droit a permis de créer une figure juridique inédite, l'association du mineur à sa représentation, devenue instrument de rénovation du régime d'incapacité.

376. L'association, par la coexistence qu'elle réalise entre l'exercice du droit d'expression par le mineur et la représentation, permet d'échapper au risque engendré par la représentation d'intérêts. Loin de tomber dans la négociation systématique et la contractualisation des relations entre parents et enfant²²⁴, elle veille à la conformité de la protection tout en étant conditionnée à la capacité naturelle du mineur. Bien que résultant d'un seul et même droit, le droit d'expression, l'association du mineur à sa représentation peut prendre deux formes selon le risque combattu. Le recueil de l'avis se pose comme un tempérament au caractère autoritaire de la représentation (§1) sans néanmoins, en raison de sa faible portée, le remettre en cause. La généralité de la représentation fait par ailleurs naître un risque majeur : l'exercice par représentation de droits extrapatrimoniaux n'est pas sans danger et sans porter atteinte aux principes fondamentaux de protection de la personne humaine. Il est donc nécessaire qu'un contrôle soit réalisé sur l'exercice du pouvoir de représentation extrapatrimonial par le représenté lui-même. Le recueil du consentement du mineur à l'accomplissement d'actes relatifs à sa personne permet à celui-ci de contrôler l'exercice de ses droits (§2).

²²² Ph. Didier, *op. cit.*, n° 14.

²²³ N. Descamps, thèse préc.

²²⁴ J.-P. Marguénaud, « Aspects comparatifs des droits de l'Homme », in *La contractualisation de la famille* (sous. la dir. de D. Fenouillet et M. Vareilles de Sommières), Economica, 2001, p. 246.

§1. LE RECUEIL DE L'AVIS DU MINEUR, TEMPÉRAMENT AU CARACTÈRE AUTORITAIRE DE LA REPRÉSENTATION

377. Le droit d'expression reconnu par l'article 12 de la CIDE a rayonné sur l'ensemble du droit de l'enfance et nombre de dispositions en droit interne en sont la transposition. Une de ces manifestations réside dans le recueil de l'avis du mineur. Ainsi en est-il de l'audition en justice ou de son association aux décisions le concernant, obligation pesant sur les titulaires de l'autorité parentale en vertu de l'article 371-1 alinéa 3 du Code civil. La participation du mineur aux décisions qui le concernent est désormais un principe général qui s'applique non pas seulement aux actes d'autorité au sens strict mais également aux actes de représentation (A). La recherche de l'avis du mineur permet d'atténuer le caractère autoritaire de la représentation parce qu'elle touche justement au pouvoir de direction et de contrôle détenu par les parents sans pour autant le supprimer. Elle ne porte par ailleurs pas atteinte au principe même de représentation permettant simplement à l'enfant de participer à la définition de ses intérêts (B).

A. L'avis du mineur donné aux actes de représentation

378. L'avis de l'enfant est destiné à plusieurs catégories de personnes - sa famille et le juge – et si sur le plan chronologique, c'est la parole de l'enfant en justice qui est la première manifestation de la reconnaissance de l'article 12 de la CIDE, il existe désormais un principe général de recueil de l'avis de l'enfant. Cependant, pour que le mineur émette un avis dans le cadre familial, il est nécessaire que l'article 371-1 alinéa 3 soit effectif et qu'il ait franchi les obstacles à sa mise en œuvre (1). Le recueil de son avis est en revanche quasiment assuré dès lors que le mineur souhaite le délivrer au juge (2).

1) La mise en œuvre effective de l'article 371-1 alinéa 3 du Code civil

379. Le raisonnement se fonde à ce stade de la réflexion sur l'hypothèse où les titulaires de l'autorité parentale ont décidé d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent, mettant ainsi en application la prescription de l'article 371-1 alinéa 3²²⁵. Grâce à cette règle de bonne conduite, dans une famille où la communication entre ses membres est assurée, l'enfant possède désormais le moyen de définir avec les personnes

²²⁵ V. *supra* n° 298.

exerçant sur lui un pouvoir d'autorité et de représentation ce qu'il considère comme bon pour lui. Ce qui n'était qu'une règle de vie familiale est devenu un droit pour l'enfant : celui de donner son avis sur toute décision dès lors qu'elle le concerne et qu'il est doué de la maturité suffisante. Bien que la portée juridique de la reconnaissance d'un tel droit soit plus que relative²²⁶ et que ce soit surtout l'esprit des relations familiales qui se trouve modifié plus que leur fonctionnement, les parents ont perdu le monopole théorique de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant.

2) L'audition en justice du mineur

380. Si l'article 12 de la CIDE énonce le droit de l'enfant d'exprimer ses opinions et de les voir prises en compte, l'article 12-2 l'applique en matière procédurale et prévoit qu'« on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant »²²⁷. Le refus initial par la jurisprudence judiciaire de reconnaître l'applicabilité directe de la CIDE et par la jurisprudence administrative celle de l'article 12 n'a pas fait obstacle à l'introduction en droit interne par la loi du 8 janvier 1993²²⁸ du droit d'expression de l'enfant, permettant ainsi une généralisation²²⁹ de l'audition en justice, auparavant limitée aux cas de divorce²³⁰.

²²⁶ V. *supra* n° 307.

²²⁷ La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants adoptée le 25 janvier 1996 dans le cadre du Conseil de l'Europe et ratifiée par la France par le décret n° 2008-36 du 10 janvier 2008 à la suite de l'autorisation donnée par la loi du 1^{er} août 2007 vise dans la continuité de la CIDE à accorder des droits procéduraux à l'enfant et à en favoriser l'exercice par l'enfant lui-même ou par un représentant. A cet effet l'article 3 confère plusieurs droits à l'enfant doué de discernement dont celui de recevoir toute information pertinente, d'être consulté et d'exprimer son opinion et d'être informé des conséquences de la mise en pratique de son opinion et des conséquences de toute décision. L'article 6 précise le rôle de l'autorité judiciaire et lui impose de consulter l'enfant doué de discernement et de tenir compte de l'opinion exprimée. L'article 2-a précise que par « autorité judiciaire », elle entend « tout tribunal ou autorité administrative indépendante ayant des compétences équivalentes. »

Le règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 « relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilités parentales », préc., prévoit que le recueil des sentiments de l'enfant conditionne la force exécutoire directe des décisions au sein de l'Union Européenne.

²²⁸ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, préc.; décret n° 93-1091 du 16 septembre 1993, *JO* 17 septembre 1993.

²²⁹ N. Descamps, thèse préc., p. 22 ; A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse Lyon III, 1994.

²³⁰ La loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 relative au divorce avait prévu l'audition du mineur si elle était utile et ne comportait pas d'inconvénients pour lui. La loi dite *Malhuret* n° 87-570 du 22 juillet 1987 a rendu cette audition obligatoire pour le mineur de plus de treize ans, sauf décision spécialement motivée. Les mineurs de moins de treize ans étaient entendus si le juge l'estimait nécessaire et qu'elle ne comportait pas d'inconvénients pour eux. Mais cette loi est restée ineffective : les juges l'ont interprétée comme n'imposant l'audition que si elle était demandée et un tiers pouvait servir d'intermédiaire. Ces dispositions s'avéraient par ailleurs insuffisantes dans la mesure où les enfants nés hors mariage étaient écartés et l'audition du mineur ne visait réellement que les mineurs de plus de treize ans. Par ailleurs seule la partie du contentieux relative aux conséquences du divorce pouvait faire l'objet d'une audition.

Jusqu'en 2005, l'enfant possédait néanmoins seulement le droit de demander à être entendu, le juge pouvant tout à fait refuser de l'entendre si son refus était motivé. Par le revirement du 18 mai 2005 consacrant l'applicabilité directe de l'article 12-2 de la CIDE, la première chambre civile de la Cour de cassation reconnaît le droit pour l'enfant d'être entendu, imposant ainsi au juge de prendre en compte sa demande²³¹. S'alignant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, le législateur modifie en 2007²³² l'article 388-1 et énonce que l'audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande (b). Ainsi, en dehors des cas spéciaux pour lesquels la loi impose au juge l'audition de l'enfant²³³, l'article 388-1 du Code civil énonce désormais un droit général pour le mineur d'être entendu dans toute procédure le concernant lui permettant de défendre ses intérêts et réalisant de cette façon un équilibre entre protection et autonomie²³⁴. En dépit de l'ambiguïté des textes, le mineur peut même tout à fait être entendu dans des procédures dans lesquelles il est représenté (a).

a. L'application de l'article 388-1 aux procédures dans lesquelles le mineur est représenté

381. Visant toute procédure concernant l'enfant, l'article 388-1 est d'application très générale, même s'il tend à s'appliquer essentiellement en cas de séparation des parents lors de la détermination par le juge des modalités d'exercice de l'autorité parentale²³⁵. L'audition a lieu lorsque sont au cœur de la procédure des droits subjectifs des parents car leur exercice justifie de prendre en compte l'avis de l'enfant dans la mesure où il

²³¹ Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20.613, préc.

²³² Article 9 de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 « réformant la protection de l'enfance », *JO* 6 mars 2007, p. 4215.

²³³ Article 413-2 alinéa 2 du Code civil relatif à l'émancipation de l'enfant ; article 1182 alinéa 2 du Code de procédure civile lors de l'ouverture d'une mesure d'assistance éducative, article 1236 du Code de procédure civile selon lequel le mineur capable de discernement est entendu par le juge des tutelles avant la réunion du conseil de famille.

²³⁴ A. Gouttenoire, thèse préc., n° 289 ; J.-M. Plazy, thèse préc., n° 590.

²³⁵ Lors de la ratification de la CEED, les États étaient tenus par l'article 1-4 de préciser au moins trois catégories de litiges auxquels la CEED avait vocation à s'appliquer. La France a ainsi précisé que la Convention s'appliquerait aux procédures relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, à la détermination de la résidence de l'enfant, à l'organisation des modalités de rencontre entre les parents et l'enfant, à la fixation du lien de l'enfant avec les tiers et aux procédures d'assistance éducative. A ce titre, l'article 373-2-11 fait explicitement référence à l'article 388-1 au sein des éléments sur lesquels le juge peut se fonder dans la détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale. En revanche, l'article 388-1 n'est pas applicable dans le cadre d'une expertise. En ce sens, Civ. 1^{ère} 23 mars 2011, *Dr. famille* 2011, comm. 103, obs. I. Maria ; *RJPF*-2011-6/47, obs. F. Eudier ; *AJ fam.* 2011. 256, obs. L. Gebler. Il a par ailleurs été jugé que l'enfant n'avait pas à être entendu dans une procédure relative à la contribution à son éducation et à son entretien car il n'était pas concerné puisque son mode de vie n'était pas affecté. V. Toulouse 11 janvier 2011, *Juris-Data* n° 2011-001075.

peut avoir des conséquences sur ses intérêts personnels en modifiant ses conditions de vie. Les intérêts de l'enfant peuvent être immédiats ou futurs, matériels ou moraux, mais doivent en revanche être personnels, directs et certains²³⁶. Ainsi, la circulaire considère que l'article 388-1 peut trouver à s'appliquer en cas de changement du régime matrimonial des parents²³⁷. Dans ces hypothèses, le mineur n'est pas représenté, l'exercice de ses droits n'étant pas au cœur de l'action, ce qui ne l'empêche pas d'avoir un intérêt à la procédure.

382. L'audition du mineur n'apparaît pas directement en relation avec des actions exercées par représentation au nom de l'enfant dans la mesure où si le Code civil vise de manière extensive l'audition du mineur dans toute procédure le concernant, le Code de procédure civile oppose le mineur et les parties à l'instance²³⁸. Est titulaire du droit d'action, puis partie à l'instance la personne ayant un intérêt légitime et qualité à agir²³⁹. La seconde condition est parfois confondue avec la première et l'intérêt légitime ne doit pas être considéré comme le droit substantiel invoqué. Lorsqu'une partie est représentée dans l'exercice du droit d'action, l'intérêt et la qualité à agir sont appréciés en la personne du représenté, non pas celle du représentant. Lorsque le mineur est représenté, il est partie au procès. L'opposition textuelle entre le mineur et les parties laisse penser que pour pouvoir être entendu, le mineur ne doit pas être partie à la procédure. De surcroît, l'article 388-1 alinéa 3 précise que l'audition de l'enfant ne lui confère pas la qualité de partie. Dès lors, en apparaissent exclues les actions dans lesquelles l'enfant est titulaire du droit d'agir, c'est-à-dire les procédures dans lesquelles l'enfant est représenté. Et là semble bien résider la raison d'être de l'audition de l'enfant qui n'est pertinente que lorsque les droits subjectifs d'autrui sont exercés et susceptibles d'avoir une répercussion sur la vie de l'enfant. C'est l'éventuelle contradiction d'intérêts qui paraît fonder la reconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu.

383. Pourtant, une instance au cours de laquelle sont en jeu les droits subjectifs de l'enfant doit pouvoir *a fortiori* entrer dans le champ d'application de l'article 388-1. Que le mineur soit représenté et que seuls ses intérêts soient en cause n'exclut pas qu'il puisse faire parvenir son opinion. L'audition au cours d'une procédure dans laquelle il

²³⁶ Circulaire du 3 mars 1993, préc.

²³⁷ *Contra*, J. Massip, *Rép. Def.* 1993. 680, n° 39. L'auteur considère que seuls les intérêts personnels des époux sont en cause.

²³⁸ Articles 338-2 et 338-4 à 338-6 du Code de procédure civile.

²³⁹ Article 31 du Code de procédure civile.

est partie mais représenté n'est que le pendant judiciaire de l'article 371-1 alinéa 3. Le fondement réside dans les modifications des conditions de vie du mineur susceptibles d'être engendrées par l'usage de leur propre pouvoir par les parents. Or, l'introduction d'une action en justice dans le but de faire valoir les droits propres de l'enfant et donc l'exercice du pouvoir de représentation par les parents sont indubitablement susceptibles de modifier la situation matérielle et juridique du mineur. Tout incline donc à l'admission de l'audition dans le cadre de procédures pour lesquelles il est représenté et la circulaire du 3 juillet 2009²⁴⁰ présentant le décret du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice²⁴¹ va en ce sens en considérant que l'audition peut avoir lieu dans le cadre d'actions à fins de subsides ou en établissement ou contestation de la filiation²⁴² pour lesquelles il doit être représenté. Le fait que l'enfant soit partie à la procédure ne fait pas obstacle à son audition personnelle²⁴³. La circulaire lui confère même un large champ d'application en l'admettant dans les procédures devant le juge des tutelles, dans les procédures de liquidation du préjudice subi par le mineur dans le cadre d'une action en responsabilité contractuelle ou délictuelle ou lorsqu'il s'agit de protéger l'image de l'enfant. Il est possible par ailleurs que les parents en désaccord au sujet de l'exercice d'un droit du mineur saisissent le juge sur le fondement de l'article 373-2-6 ou de l'article 389-5 alinéa 2 à propos d'un droit patrimonial. Le désaccord porte sur l'exercice du pouvoir de représentation par les parents qui est en lui-même une prérogative des parents et l'action porte d'abord sur l'exercice de ce pouvoir parental. Les parents sont parties et l'action n'est pas exercée par représentation au nom de l'enfant. Pourtant derrière, apparaît un droit subjectif de l'enfant et c'est bien la représentation de l'enfant qui est en cause. Dans un tel cas de figure, rien n'empêche

²⁴⁰ Circulaire du 3 juillet 2009 du ministère de la Justice, n° CIV/10/09, 211-7 C1/2-2-7/MLM, disponible sur le site Intranet du ministère ; J. Massip, « Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice (observations sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application) », *Dr. famille* 2010, étude 22. En plus des procédures relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, la circulaire vise les procédures d'expulsion d'un conjoint violent, de changement de prénom de l'enfant, d'adoption lorsque le mineur est âgé de moins de treize ans, les procédures relatives à l'autorité parentale faisant intervenir un tiers ou de retrait de l'autorité parentale.

²⁴¹ Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 « relatif à l'audition de l'enfant en justice », *JO* 24 mai 2009, p. 8649 ; M. Douchy-Oudot, « L'audition de l'enfant en justice », *Procédures* 2009, étude 7 ; L. Francoz-Terminal, « Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », *Dr. famille* 2009, étude 30.

²⁴² Articles 325 alinéa 2, 327 alinéa 2 et 330 du Code civil. Hors procédure contentieuse, l'enfant peut également demander au juge d'instance la délivrance d'un acte de notoriété constatant la possession d'état sur le fondement de l'article 317.

²⁴³ Circulaire du 3 juillet 2009, préc.

d'entendre l'enfant, son intérêt étant également en jeu²⁴⁴. La relation entre l'audition et la représentation n'est cependant alors qu'indirecte.

L'article 388-1 peut également intervenir à titre subsidiaire et suppléer le consentement du mineur lorsque celui-ci n'est pas âgé de treize ans. La circulaire du 3 juillet 2009 vise ainsi le changement de prénom de l'enfant. Par ailleurs, le consentement du mineur de plus de treize ans n'a pas à être recueilli lorsque le changement de nom résulte d'une modification ou de l'établissement d'un lien de filiation. Il paraît alors pertinent d'avoir recours à l'article 388-1.

L'audition est donc tout à fait envisageable lorsque les droits propres du mineur sont en cause. Il doit participer à la définition de son intérêt que ce dernier soit déterminé dans le cadre de l'exercice d'un droit des parents ou qu'il le soit lorsque le pouvoir de représentation est exercé. Le mineur vient ainsi éclairer le juge à propos de la mise en œuvre d'un de ses droits propres, ce que le juge ne peut refuser si la demande émane de l'enfant.

b. L'audition de droit du mineur

384. L'audition peut être considérée comme une mesure d'instruction autonome²⁴⁵. Sa situation particulière dans le Code de procédure civile²⁴⁶ révèle sa spécificité tenant à sa nature parallèle de droit substantiel qui justifie qu'elle soit régie par des règles procédurales propres, distinctes du droit commun des mesures d'instruction.²⁴⁷

Avant tout, le mineur doit être informé de ses droits : de son droit à être entendu et de son droit d'être assisté par un avocat. Les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur et le tiers à qui l'enfant est confié doivent l'en informer²⁴⁸ et le juge doit s'assurer que ces informations ont bien été communiquées à l'enfant²⁴⁹. Dès que le

²⁴⁴ A. Gouttenoire, « Mineurs », art. préc., n° 42 ; J. Massip, art. préc. Ce dernier est néanmoins circonspect et considère qu'une appréciation au cas par cas est nécessaire en fonction de l'objet de la procédure et des circonstances de l'espèce.

²⁴⁵ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *op. cit.*, n° 631 ; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 9^e éd., 2009, n° 606. Les auteurs considèrent que l'audition du mineur est une mesure d'instruction se situant entre la comparution personnelle des parties et la déclaration des tiers.

²⁴⁶ L'audition de l'enfant en justice figure au titre IX bis au sein du livre 1^{er} relatif aux dispositions communes à toutes les juridictions, l'administration judiciaire de la preuve constituant le titre VII.

²⁴⁷ Circulaire du 3 juillet 2009, préc.

²⁴⁸ Article 388-1 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile.

²⁴⁹ Un avis rappelant les dispositions de l'article 388-1 du Code civil et de l'article 388-1 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile est joint à la convocation à l'audience. La convocation en vue de l'audition rappelle au mineur son droit à être entendu seul, avec un avocat ou la personne de son choix.

mineur en fait ensuite la demande et qu'il est capable de discernement, il doit être entendu au cours de la procédure qui est empreinte de simplicité. La demande d'audition peut être effectuée sans forme et en tout état de la procédure, même pour la première fois en cause d'appel²⁵⁰. Lorsque l'enfant souhaite être entendu, lui seul peut en faire la demande²⁵¹. L'audition sur le champ est supprimée mais n'est pour autant pas exclue pour certains commentateurs²⁵². Le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 précise les conditions du refus d'audition selon que la demande est formée par l'enfant ou par les parties. Si les parties ont demandé que l'enfant soit entendu, le refus du juge devra être fondé sur la non-conformité de l'audition à l'intérêt du mineur ou sur l'absence de nécessité à la solution du litige. En revanche, si l'enfant en fait la demande, le refus d'audition ne peut être motivé que par son absence de discernement ou l'absence d'intérêt à la procédure²⁵³.

385. Se pose rapidement le problème des considérations pratiques et de l'appréciation du discernement, qui paraît nécessiter une « pré-audition »²⁵⁴. Si le critère qualitatif a été préféré au critère quantitatif, le juge se réfère néanmoins nécessairement à l'âge de l'enfant. La circulaire du 3 mars 1993 précise d'ailleurs que le juge vérifie au cas par cas le discernement en prenant en considération l'âge, la maturité et le degré de compréhension de l'enfant. L'âge de l'enfant peut ainsi permettre au juge de se dispenser de l'entendre une première fois mais lorsqu'il est âgé de sept à douze ans, la vérification préalable paraît nécessaire. Autre difficulté, le discernement requis est susceptible de diverses acceptions selon l'objet de la procédure²⁵⁵. Pourtant, cette « pré-audition » ne paraît pas réaliste et il convient d'admettre que la demande même du mineur établit une présomption de discernement²⁵⁶. Une fois ce dernier établi, le juge ne

²⁵⁰ La décision d'audition peut consister dans une simple mention au dossier ou au registre d'audience. La convocation en vue de l'audition est envoyée par lettre simple et les parties ou leurs défenseurs en sont avisés. En cas de refus, les parties en sont avisées par tout moyen et les motifs sont mentionnés dans la décision au fond.

²⁵¹ Civ. 1^{ère} 19 septembre 2007, *Bull. civ. I*, n° 286 ; *RJPF*-2008-1/37, note E. Mulon. L'arrêt refuse la demande indirecte faite par l'enfant par l'intermédiaire d'une attestation rédigée par un tiers.

²⁵² M. Douchy-Oudot, art. préc. *Contra*, circulaire du 3 juillet 2009.

²⁵³ Selon l'article 338-5 du Code de procédure civile, la décision statuant sur la demande d'audition n'est susceptible d'aucun recours lorsque cette dernière est formée par le mineur et soumise aux dispositions des articles 150 et 152 du Code de procédure civile, ne pouvant être contestée qu'avec la décision au fond, lorsqu'elle émane des parties.

²⁵⁴ Cl. Neirinck, « L'enfant et la procédure civile », *Petites affiches* 8 mai 1995, n° 53, p. 76.

²⁵⁵ F. Alt-Maes, art. préc. ; J.-M. Plazy, thèse préc., n° 339 ; A. Gouttenoire, art. préc., n° 28.

²⁵⁶ F. Alt-Maes, art. préc.

peut refuser d'entendre l'enfant sauf si la procédure ne le concerne pas²⁵⁷. Par contre, l'enfant peut refuser d'être entendu, disposant ainsi d'un droit au silence²⁵⁸. Le juge apprécie alors le bien-fondé du refus selon l'article 388-1, mais il serait anormal qu'il puisse le contraindre l'enfant.

386. L'enfant peut être entendu seul, mais il peut également être accompagné d'un avocat ou d'une personne de son choix, voire d'une personne désignée par le juge, si ce dernier considère qu'il en est de l'intérêt de l'enfant. L'audition de l'enfant est prioritairement réalisée par le juge²⁵⁹, mais lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, elle peut l'être par une personne désignée par celui-ci. Dans ce cas, la personne doit n'avoir aucun lien avec l'enfant ou les parties et être qualifiée dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique²⁶⁰. Cette dernière exigence exclut que les avocats puissent transmettre la parole de l'enfant, revenant ainsi sur la jurisprudence antérieure²⁶¹. Les modalités de l'audition peuvent être modifiées en cas de motif grave s'opposant à ce que le mineur soit entendu dans les conditions initiales. Tout doit donc être mis en œuvre pour que la parole de l'enfant soit exprimée dans les meilleures conditions et qu'elle reflète le plus possible sa véritable opinion. En aucun cas, l'audition censée garantir ses intérêts ne doit lui être néfaste et si un compte rendu soumis au respect du principe du contradictoire doit être délivré, il doit être rédigé dans l'intérêt de l'enfant, ce qui permet au juge de garder confidentiels certains éléments pouvant porter atteinte à cet intérêt²⁶².

La participation du mineur aux décisions qui le concernent, judiciaires comme extrajudiciaires, est donc d'application générale. La CIDE, par l'intermédiaire du seul article 12, a ainsi considérablement bouleversé la protection de l'enfant en lui permettant de collaborer à la définition de ses intérêts. Pour autant, le rayonnement du droit d'expression de l'enfant ne remet pas en cause le principe même de représentation.

²⁵⁷ Civ. 1^{ère} 15 avril 2010, pourvoi n° 09-14939 ; *RJPF*-2010-7-8/39, obs. F. Eudier.

²⁵⁸ F. Alt-Maes, art. préc. ; A. Gouttenoire, art. préc., n° 66.

²⁵⁹ Lorsque l'audition est ordonnée par une formation collégiale, celle-ci peut entendre elle-même le mineur ou désigner l'un de ses membres pour procéder à l'audition et lui en rendre compte.

²⁶⁰ Arrêté du 20 mai 2009 pris en application de l'article 3 du décret du 20 mai 2009, *JO* 24 mai 2009, p. 8650, fixant la rémunération de la personne désignée pour procéder à l'audition de l'enfant.

²⁶¹ Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, *Bull. civ.* I, n° 434 ; *RLDC* 2006/24, n° 1002, obs. G. Marraud des Grottes ; *RDSS* 2006. 349, note M. Bruggeman. V. également, M. Picot, « L'avocat de l'enfant », *Dr. famille* 2006, étude 37.

²⁶² L. Francoz-Terminal, art. préc., n° 26 ; M. Douchy-Oudot, art. préc. Un tel compte-rendu est considéré par cette dernière comme un acte hybride, ne relevant pas de la catégorie des procès verbaux, laissant ainsi une marge de manœuvre au juge.

B. La participation du mineur à la définition de ses intérêts

387. Qu'il s'agisse du recueil de l'avis du mineur à propos de décisions parentales ou de décisions judiciaires, en aucun cas le régime d'incapacité d'exercice n'est remis en cause. Même si la mise en œuvre de l'article 371-1 alinéa 3 est effective, la représentation reste le principe et demeure une représentation non de la volonté de l'enfant, mais de ses intérêts. La volonté du mineur est écartée de l'acte de représentation, celle de son représentant prévaut. En admettant que l'enfant puisse exprimer son intérêt, sa volonté « simple » apparaît dans l'exercice du pouvoir de représentation par les parents. Cependant, elle n'intervient pas au stade de la formation de l'acte, mais en amont. De surcroît, cette manifestation de volonté ne s'apparente qu'à un avis, non à la recherche d'un consentement. En aucun cas, le mineur ne participe juridiquement à l'acte, il participe simplement à la détermination de son intérêt. Une telle participation dénuée d'effet de droit ne le fait pas intervenir à l'acte juridique et ne le transforme pas non plus en décideur²⁶³. Si leur monopole décisionnel est remis en cause, les titulaires de l'autorité parentale possèdent toujours le pouvoir final. La décision ultime ainsi que la volonté apte à conclure un acte juridique appartiennent aux père et mère et la représentation n'est absolument pas remise en cause. Le mineur possède une mission théorique de contrôle de l'action parentale qui s'effectue dans les rapports internes entre représentants et représenté, mais ce contrôle est plus que ténu en raison de l'absence de moyen offert pour faire valoir son droit. En revanche, la portée du droit est plus importante dès lors que l'enfant peut délivrer son opinion à un juge.

388. A la suite de l'adoption de l'article 388-1 s'est immédiatement posée la question des conséquences de ce droit sur le statut d'incapable. En aucun cas, l'audition ne confère à l'enfant qualité de partie à la procédure et ne modifie l'incapacité d'exercice du mineur. Il s'agit certes de l'exercice d'un droit par l'incapable, mais si les conséquences psychologiques ne sont pas négligeables, les conséquences juridiques pour l'enfant sont limitées. Il ne délivre là encore qu'un avis et ne se lie absolument pas envers les parties à la procédure, d'autant plus que la décision finale est du ressort de l'autorité judiciaire. D'une part, les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou le tuteur le représentent toujours en exerçant l'action en justice, en ayant l'initiative de l'action engagée selon leur propre volonté. Lorsqu'ils forment des prétentions, c'est leur

²⁶³ I. Corpart, « La parole de l'enfant », *RRJ* 2005-4, p. 1809.

volonté qui en est la source. D'autre part, le juge doit tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant²⁶⁴, l'article 12 de la CIDE énonçant que ses opinions doivent être prises en considération selon son âge et sa maturité, mais il n'a pas à suivre expressément l'opinion émise²⁶⁵ car la mise en œuvre du droit d'expression a pour seul objectif d'éclairer le juge dans l'affaire dont il est saisi. L'enfant étant concerné par la procédure, la décision du juge est à même d'avoir des répercussions sur sa vie et son avenir. Lui donner le droit d'être entendu et d'émettre un avis lui permet de participer à la définition de son intérêt, mais le juge prend seul la décision définitive.

L'exercice par le mineur du droit d'exprimer son opinion ne porte ainsi pas atteinte au principe selon lequel il doit être représenté : il l'est toujours mais va participer à l'appréciation de son intérêt. La coexistence de la volonté de l'enfant avec celle de ses parents ne révèle pas une transmission de volontés ou la délivrance d'instructions à la charge des représentants. La volonté du mineur n'est qu'un élément préalable à la décision et à l'acte de représentation. Lorsqu'est mis en œuvre l'article 388-1, la procédure est toujours soumise à la représentation par les titulaires de l'autorité parentale. L'avis du mineur vient simplement coexister avec les prétentions parentales.

389. L'incapacité d'exercice est un régime de protection du mineur destinée à préserver ses intérêts, patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Or, en paralysant son activité juridique, le régime de protection ne doit pas produire un effet inverse à celui escompté. Dans la mesure où la représentation n'est pas une représentation de volontés, le risque est d'autant plus grand d'agir en contrariété avec son intérêt. C'est pourquoi, il apparaît nécessaire que cette incapacité d'exercice s'accompagne d'une participation du mineur à la définition de ses intérêts. Considéré comme une personne et un sujet de droit à part entière, l'enfant doit voir sa personnalité respectée et devenir peu à peu un acteur de son développement. Il s'agit en définitive de l'accompagner en douceur vers l'autonomie puis la majorité. La coexistence du droit d'expression de l'enfant et de la représentation est le signe d'une évolution du droit des incapacités vers une incapacité rénovée, qui n'est plus synonyme d'exclusion de la vie juridique. Il n'est pas sur la scène juridique mais à l'arrière plan. Incapacité d'exercice, représentation et activité juridique du

²⁶⁴ Civ. 2^e 20 novembre 1996, *Bull. civ.* II, n° 253 ; *RTD Civ.* 1997. 112, obs. J. Hauser ; *D.* 1997. 192, note Y. Benhamou ; Civ. 2^e 10 juin 1998, pourvoi n° 97-20905 ; *JCP G* 1999. 101, obs. Y. Favier.

²⁶⁵ Civ. 1^{ère} 3 décembre 2008, *Bull. civ.* I., n° 276 ; *Dr. famille* 2008, comm. 17, obs. P. Murat ; v. également CEDH 22 juin 1989 *Eriksson c/ Suède*, série A , n° 156.

mineur ne sont plus incompatibles. Si la participation du mineur à la définition de ses intérêts a des conséquences plus conceptuelles que juridiques, l'exigence de son consentement lui permet en revanche de réellement défendre ses intérêts et contrôler sa représentation.

§2. LE RECUEIL DU CONSENTEMENT DU MINEUR, TEMPÉRAMENT AU CARACTÈRE EXTRAPATRIMONIAL DE LA REPRÉSENTATION

390. Dans un esprit identique d'association de l'enfant aux décisions le concernant, le législateur exige le recueil du consentement lors de l'accomplissement de certains actes extrapatrimoniaux (A). Si une telle exigence pouvait être considérée en matière médicale comme une exception, justifiée par la particularité des actes en cause et par l'atteinte à l'intégrité corporelle, elle est en réalité de portée plus vaste puisqu'elle dépasse le droit médical et repose sur le droit d'expression de l'enfant. Le consentement du mineur apparaît en définitive comme le contrepoids nécessaire à l'intervention de la représentation dans la sphère des actes relatifs à sa personne en lui permettant de défendre ses intérêts extrapatrimoniaux sans pour autant remettre en cause le principe de représentation (B).

A. Le consentement aux actes de représentation extrapatrimoniaux

391. Dès lors que l'acte de représentation porte sur la personne de l'enfant, le consentement de ce dernier doit être joint. Bien que cette exigence ne soit pas générale, un certain nombre d'actes particulièrement personnels y sont soumis (1). Le droit médical dont la clef de voûte repose sur le respect de la volonté du malade a poursuivi la logique prévalant dans le droit de l'autorité parentale, à savoir la prise en compte de la volonté de l'enfant. Ainsi, le mineur possède le droit de « participer à la prise de décision le concernant d'une manière adaptée à son degré de maturité » selon l'article L. 1111-2 alinéa 5. Réplique dans le Code de la santé publique de l'alinéa 3 de l'article 371-1 du Code civil, cet article paraît requérir l'avis du mineur doué de discernement à propos d'une décision médicale dont il est l'objet. Toutefois, l'article L. 1111-4 alinéa 6 du Code de la santé publique selon lequel « le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision » va plus loin dans la nature de la manifestation de volonté et semble exiger un consentement pour tout acte médical (2).

1) Le consentement aux actes portant sur la personne de l'enfant

392. Doivent être distingués les actes d'autorité sur la personne au sens strict des actes de représentation. Lorsque le mineur doit consentir à son adoption²⁶⁶, il s'agit de consentement donné à un acte d'autorité parentale, non à un acte de représentation. Le consentement donné à l'adoption de son enfant par un parent appartient à la catégorie des prérogatives attachées au titre et non à l'exercice de l'autorité parentale découlant directement de la filiation. En revanche, dès qu'il est âgé de treize ans, le mineur doit consentir par écrit au changement de nom²⁶⁷, de prénom²⁶⁸, de nationalité²⁶⁹, à la francisation de ses nom et prénom²⁷⁰. De la même manière, lorsqu'il est amené à travailler dans une entreprise de spectacle, d'audiovisuel ou de mannequinat, son emploi est soumis à son « avis favorable écrit »²⁷¹. La conclusion d'un contrat d'édition impose également le consentement personnel du mineur, sans condition d'âge cependant, sauf impossibilité physique²⁷².

2) Le consentement en matière médicale

393. Aucun acte ou traitement médical ne peut être réalisé sans le consentement libre et éclairé de la personne²⁷³. Le consentement à l'acte médical est particulier, à la fois consentement condition de formation du contrat médical lors d'une relation de droit privé et consentement levant l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui²⁷⁴ auquel correspond l'exigence d'un consentement libre et éclairé. Les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale représentent l'enfant dans la délivrance de ce consentement²⁷⁵. Pourtant, l'article L. 1111-4 alinéa 6 dispose que le consentement de l'enfant doit être systématiquement recherché dès lors qu'il est doté de la maturité nécessaire. A la représentation de l'enfant dans la délivrance du

²⁶⁶ Article 345 alinéa 3 du Code civil en cas d'adoption plénière, article 360 alinéa 3 en cas d'adoption simple.

²⁶⁷ Article 61-3, article 311-23 alinéa 4 du Code civil.

²⁶⁸ Article 60 du Code civil.

²⁶⁹ Article 21-11 du Code civil.

²⁷⁰ Article 7 de la loi n° 72-964 du 25 octobre 1972.

²⁷¹ Article L. 7124-2 du Code du travail.

²⁷² Article L. 132-7 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁷³ N.-J. Mazen, « Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical », *RGDM* 2003, n° 10, p. 41. Il s'agit d'une obligation professionnelle générale pesant sur le médecin libéral comme hospitalier. Le consentement doit répondre aux exigences de l'article 1108 du Code civil mais également être plus spécifiquement éclairé.

²⁷⁴ V. *supra* n° 31.

²⁷⁵ Article R. 4127-42 du Code de la santé publique.

consentement à l'acte médical, s'ajoute donc vraisemblablement celui du mineur. Il convient cependant de vérifier qu'il s'agit d'un véritable consentement et non pas d'un simple avis (a). L'exigence de l'assentiment du mineur est, en revanche, certaine en matière d'actes médicaux spéciaux (b).

a. Le consentement général aux actes médicaux

394. L'article L. 1111-4 alinéa 6 suscite plusieurs interrogations. D'une part, la prise en compte de l'opinion du mineur est subordonnée non pas à son âge mais à son aptitude à exprimer une volonté et à participer à la décision. D'autre part, la question se pose de connaître l'exacte portée de cette manifestation de volonté, entre simple avis ou véritable consentement. L'appréciation de l'existence d'une maturité suffisante permettant au mineur d'exprimer sa volonté et de participer à la décision revient non pas aux parents mais au médecin. Ainsi, celui-ci se voit imputer une charge supplémentaire, celle de vérifier le discernement de l'enfant avant de rechercher son consentement, celui de son ou ses parents et enfin réaliser l'acte médical. Le droit d'expression de l'enfant est encore soumis à un critère subjectif alliant à la fois inconvénients et avantages, insécurité et souplesse.

395. Considérer que le mineur doit participer à la prise de décision ainsi que le précise l'article L. 1111-2 alinéa 5 ne signifie pas qu'il faille recueillir son consentement. Il s'agit d'une application du principe général d'association du mineur aux décisions le concernant énoncé par l'article 371-1 alinéa 3 du Code civil, pouvant consister en un avis aussi bien simple que conforme. C'est l'obligation de rechercher systématiquement le consentement du mineur, fondée sur l'article L. 1111-4, qui soulève davantage de questions.

396. Le médecin devant rechercher le consentement du mineur, il semble que celui-ci soit nécessaire à l'accomplissement de tout acte médical et qu'*a contrario*, son défaut y fasse obstacle. Pourtant, rechercher son accord ne signifie pas que le refus du mineur s'oppose à la réalisation d'un acte car la recherche n'implique pas nécessairement le recueil. En d'autres termes, le médecin doit tout mettre en œuvre pour que le mineur donne son accord à cet acte. La recherche du consentement du mineur est une simple illustration de sa participation à la prise de décision, une application de la règle d'association du mineur aux décisions qui le concernent, dont la portée est plus symbolique que juridique, ce qui ne préjuge pas de la valeur de la manifestation de volonté. De surcroît, assez peu clairement, l'alinéa 6 poursuit en évoquant indirectement

la représentation dans le consentement à l'acte médical par les titulaires de l'autorité parentale, rappelant ainsi implicitement d'une part, que la règle demeure celle de la représentation et que d'autre part, le consentement des parents prévaut. Dans cette logique, le consentement du mineur s'apparente plus à un avis simple.

397. C'est en réalité la portée du refus du mineur qui permet de déterminer la force de sa volonté. De manière générale, la loi du 4 mars 2002 a posé le respect de la volonté du malade en clé de voûte des relations entre patient et médecin. Ce dernier ne peut intervenir sans avoir reçu le consentement libre et éclairé du malade. S'agissant des majeurs capables, si le patient refuse un traitement médical mettant ainsi sa vie en danger, le médecin doit s'efforcer de le convaincre d'accepter les soins indispensables et peut faire appel à un confrère. Le malade doit, après un délai raisonnable, réitérer sa décision. En tout état de cause, le médecin doit se conformer au souhait émis car le législateur a posé le principe du strict respect de la volonté et par conséquent du refus. La conduite à tenir par le médecin en cas d'opposition de son patient est quoiqu'il en soit prévue par le législateur, mais elle n'est prévue que s'agissant du majeur.

L'alinéa 6 de l'article L. 1111-4 relatif au consentement de la personne malade vise spécifiquement les personnes incapables d'exercice et place donc les mineurs sur un autre plan que les majeurs capables d'exercer leurs droits. Or, cet alinéa, s'il énonce la recherche du consentement du mineur, ne prévoit rien s'agissant d'un éventuel refus de sa part, se contentant d'évoquer les conséquences d'un refus uniquement lorsque ce dernier émane des représentants. Le Code de la santé publique paraît donc faire peu de cas du refus du patient lorsqu'il est mineur. A l'inverse, en droit médical spécial, les conséquences du refus du mineur sont clairement posées : il fait obstacle à la réalisation de l'acte. Que la conséquence du refus soit mentionnée dans certains cas et pas au titre du principe général de recherche du consentement de l'enfant laisse penser que le refus du mineur, en dehors de cas particuliers²⁷⁶, n'a pas de valeur juridique particulière et n'a pas à être pris en compte. Le consentement du mineur recherché sur le fondement de l'article L. 1111-4 alinéa 6 ne s'apparente donc pas à un véritable consentement et n'est qu'un simple avis²⁷⁷. En ce sens, l'article R. 4127-42 du Code de la santé publique dispose que « si l'avis [du mineur] peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte

²⁷⁶ Dans ces cas, l'acte médical n'a pas de visée thérapeutique.

²⁷⁷ J.- P. Viennois, « La représentation de l'enfant dans le contrat médical », art. préc. ; A. Gouttenoire, H. Fulchiron, « Autorité parentale », art. préc., n° 77 ; Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 200.

dans toute la mesure du possible. » Par ailleurs, l'article 6-2 de la convention d'Oviedo fait uniquement mention de l'avis du mineur pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant en fonction de son âge et de sa maturité.

398. Pourtant, la comparaison des dispositions précitées et de l'article L.1111-4 alinéa 6 révèle la différence de vocabulaire et si le législateur avait voulu recueillir un simple avis, il l'aurait certainement précisé, les dispositions de l'article R. 4217-42 issues du Code de déontologie étant antérieures. De surcroît, la recherche du consentement du mineur est située au sein de l'article relatif au respect de la volonté du malade et son caractère impératif est manifeste. Au-delà de l'imprécision du terme « rechercher »²⁷⁸, c'est bien une obligation qui pèse sur le médecin, obligation devant être systématiquement mise en œuvre. Est-il alors nécessaire de faire peser une telle charge sur le médecin pour recueillir un simple avis ? Surtout l'exigence du consentement du mineur, dès lors qu'il est doué d'une certaine maturité, est davantage en conformité avec le respect du principe de dignité humaine et d'inviolabilité du corps humain²⁷⁹. Il importe donc de respecter la volonté du mineur et de tenir compte de son éventuel refus.

Mais deux situations doivent être distinguées selon les conséquences du refus sur sa santé : s'il n'est pas préjudiciable à l'enfant, le refus fait obstacle à la réalisation de l'acte. En revanche, le Conseil d'État a décidé sur le fondement des articles 16-3 du Code civil et L. 1111-4 du Code de la santé publique que le médecin ne commet pas de faute lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, il accomplit dans le but de le sauver un acte indispensable et proportionné à son état²⁸⁰. Ainsi, en dépit des dispositions de la loi du 4 mars 2002 imposant au médecin le respect de la volonté du patient, la juridiction administrative considère que la sauvegarde de la vie nécessite de passer outre au refus du malade. *A fortiori* le médecin peut passer outre au refus du mineur en cas de danger. La manifestation de volonté du mineur est donc un véritable consentement, ce qui

²⁷⁸ S'agissant de ce terme, en matière de recherche biomédicale, l'adhésion du mineur doit être « recherchée » selon l'article L. 1122-2, ce qui signifie au sens de cet article que le refus fait obstacle à l'acte. L'imprécision du terme n'exclut pas le caractère impératif du résultat.

²⁷⁹ D. Roman, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS* 2005. 423.

²⁸⁰ CE ord. réf., 16 août 2002, *JCP G* 2002, II, 10184, note P. Mistretta; *D.* 2002. *IR.* 2581.

implique que le refus du mineur bloque l'accomplissement de l'acte, sauf danger pour sa santé²⁸¹.

b. Le consentement aux actes médicaux spéciaux

399. Lorsque l'acte médical n'est pas accompli dans l'intérêt direct du mineur et qu'il n'a pas de finalité thérapeutique, le refus du mineur empêche l'accomplissement d'un tel acte. Ainsi lorsqu'il est envisagé que le mineur participe à une recherche biomédicale, il doit recevoir une information adaptée à sa capacité de compréhension et être consulté dans la mesure où son état le permet. Son adhésion personnelle en vue de sa participation à la recherche biomédicale est recherchée. En toute hypothèse, il ne peut être passé outre au refus ou à la révocation de l'acceptation²⁸². Il est difficile de savoir dans ce cas si c'est une absence de refus qui est recherchée, c'est-à-dire un consentement tacite ou si au contraire un consentement exprès doit être délivré²⁸³. Cependant, il apparaît clairement à la lecture de l'article L. 1126-1 que si le consentement du mineur n'est pas recueilli, les chercheurs encourent des sanctions pénales²⁸⁴. C'est donc un consentement exprès du mineur qui est exigé dès lors qu'une recherche biomédicale est envisagée, sous réserve que son état le permette.

400. C'est en revanche un consentement tacite qui est recherché dans les cas suivants. Le prélèvement de sang ou de ses composants sur un mineur en vue d'une utilisation thérapeutique pour autrui est interdit sauf urgence thérapeutique ou lorsqu'aucun donneur majeur immunologiquement compatible n'a été trouvé. Chacun des titulaires de l'autorité parentale doit alors consentir expressément par écrit et le refus de la personne

²⁸¹ G. Fauré, « Vers l'émergence d'une majorité sanitaire ? », *op. cit.*, p. 101 ; D. Vigneau, « L'autonomie du mineur en matière de santé », in *La condition juridique du mineur* (sous la dir. de J.-J. Lemouland), Litec, Carré Droit, 2004, p. 41 ; A. Kimmel-Alcover, art. préc., p. 265.

²⁸² Article L. 1122-2 I alinéa 2. La directive du 4 avril 2001 impose à l'investigateur de prendre en compte « le souhait explicite d'un mineur capable de se former une opinion et d'évaluer les informations de refuser de participer à l'essai clinique ou d'en être retiré à tout moment ».

²⁸³ B. Bévière, « La protection de la santé de l'enfant dans la recherche biomédicale », *RGDM* 2005, n° 17, p. 113. L'ancien article L. 1122-2 disposait que le consentement du mineur devait être recueilli dès lors qu'il était apte à exprimer une volonté. Selon Mme Bévière, la notion de consentement est inadaptée aux incapables qui ne peuvent consentir. Dès lors, la notion d'adhésion personnelle est préférable dans la mesure où « elle ne revêt pas la même intensité juridique. Elle correspond davantage à la réalité des mineurs et permet ainsi de réserver l'autorisation de la recherche aux représentants légaux (...) [Ainsi le mineur dispose] d'un véritable droit de regard ».

²⁸⁴ Article L. 1126-1 du Code de la santé publique. Comme le prévoit l'article 223-8 du Code pénal ci-après reproduit : « Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par les dispositions du code de la santé publique est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. (...) »

mineure fait obstacle au prélèvement²⁸⁵. L'utilisation ultérieure à des fins thérapeutiques ou scientifiques des organes, tissus, éléments et produits du corps humains prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans l'intérêt du mineur est soumise au consentement des titulaires de l'autorité parentale et à l'absence de veto du mineur²⁸⁶, le refus du mineur faisant obstacle à cette utilisation. Si tout prélèvement d'organes, de tissus et de cellules est interdit sur la personne du mineur, il est possible d'effectuer un prélèvement de moelle osseuse en l'absence d'autre solution thérapeutique au bénéfice de son frère ou de sa sœur, ou même au bénéfice de ses cousins et cousines germains, oncles, tantes, neveux et nièces. Le consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur est alors requis et exprimé devant le président du TGI et en cas d'urgence devant le procureur de la République. Le comité d'experts s'assure que le mineur a bien été informé du prélèvement en vue d'exprimer sa volonté s'il y est apte. Ce dernier possède un droit de veto, son refus faisant obstacle au prélèvement²⁸⁷.

401. L'exigence du consentement de l'enfant se limite au domaine extrapatrimonial. Si la conclusion des contrats d'édition et de travail dans une entreprise de spectacles est à la frontière du domaine patrimonial, c'est bien la personne de l'enfant qui est l'objet du contrat. Il n'existe aucune disposition de droit patrimonial enjoignant aux représentants de requérir l'accord du mineur. Une telle restriction se comprend comme le contrepois à la représentation dans l'accomplissement d'actes personnels. Si les actes relatifs à la personne sont supposés être insusceptibles de représentation, le principe n'est pas applicable en tant que tel aux incapables, sauf à admettre une incapacité de jouissance. La compensation de l'atteinte autoritaire à l'intimité réside alors dans le recueil du consentement du mineur dès lors qu'il est en mesure de comprendre la portée de l'acte comme de son propre accord. *De lege ferenda*, une telle exigence devrait être étendue à tous les actes de représentation relatifs à la personne de l'enfant, dès lors qu'ils portent atteinte à l'intégrité physique ou morale de l'enfant, à son identité, à sa personnalité, notamment sa vie privée et son image²⁸⁸. Dans la mesure où l'accord n'est pas dénué de conséquences juridiques, il conviendrait, afin d'assurer l'égalité des enfants, de retenir le seuil objectif de l'âge de treize ans.

²⁸⁵ Article L. 1221-5 du Code de la santé publique.

²⁸⁶ Articles L. 1235-2 et L. 1245-2 du Code de la santé publique.

²⁸⁷ Articles L. 1241-3 et R. 1241-18 du Code de la santé publique.

²⁸⁸ J.-M. Plazy, thèse préc., n° 733.

Quelques nuances doivent être apportées. D'une part, les actes relatifs à l'éducation tels que l'inscription dans un établissement scolaire ne sont pas soumis au consentement de l'enfant car il s'agit là d'une prérogative « régaliennne » des parents. D'autre part, l'exigence du consentement en matière médicale l'est sous réserve de la mise en danger de la vie de l'enfant suivant en cela la position de la jurisprudence. Enfin, l'exigence d'un consentement exprès aux actes médicaux spéciaux accomplis dans l'intérêt d'autrui peut être discutée dans la mesure où elle fait peser sur le mineur une décision lourde de conséquences non pas pour lui mais pour autrui et dont la responsabilité peut être difficile à endosser. Cependant, l'atteinte à l'intégrité physique du mineur commande de requérir son consentement, *a fortiori* lorsqu'il n'en reçoit pas un bénéfice personnel.

Il importe désormais d'envisager les répercussions de l'exigence d'un double consentement lors de l'accomplissement d'actes extrapatrimoniaux sur le mécanisme de représentation.

B. La défense de ses intérêts extrapatrimoniaux par le mineur

402. L'exigence du consentement du mineur a pour conséquence d'une part, de soumettre la représentation au recueil préalable de l'approbation du représenté et d'autre part, d'être paralysée en cas de refus. Pourtant, la règle du double consentement et le principe d'association ne portent nullement atteinte au principe général de représentation (1), se contentant d'en effectuer un contrôle *a priori* (2).

1) L'absence d'incidence du consentement sur le mécanisme de représentation

403. Le propre de la condition juridique du mineur n'est pas de ne pas être partie à l'acte juridique mais de ne pouvoir en être auteur. Les qualités d'auteur de l'acte juridique et de sujet d'imputation sont dissociées²⁸⁹. La question se pose de savoir si le recueil du consentement du mineur bouleverse cette répartition des qualités et le mécanisme de représentation²⁹⁰. Or, le double consentement ne porte pas atteinte à la représentation du mineur car les qualités d'auteur et de partie sont toujours nettement distinguées (a), contrairement au système d'assistance dont il doit être différencié (b).

²⁸⁹ M. Storck, *op. cit.*, n° 127.

²⁹⁰ Ph. Didier, *op. cit.*, n° 167. Selon l'auteur, la représentation est un mécanisme d'imputation dérogatoire impliquant l'attribution immédiate de la qualité de partie au représenté sans que celle-ci puisse être soumise à une manifestation de volonté supplémentaire.

a. Le maintien de la dissociation des qualités

404. Lorsque le mineur consent à un changement de nationalité, à un contrat ou acte médical, à un contrat portant sur ses propres droits de la personnalité, l'acte demeure accompli par les représentants. Eux-seuls détiennent l'initiative juridique de l'acte et sont libres d'en définir le contenu. Les représentants demeurent auteurs sans être parties ; le représenté est partie sans être auteur puisqu'il ne détermine pas le contenu de l'acte. Même si le consentement est nécessairement préalable et s'il ne s'agit pas d'une ratification puisqu'à défaut l'accomplissement de l'acte n'aura pas lieu, le mineur n'est pas auteur de l'acte car il n'a aucun rôle dans son élaboration. Son intervention se limite à une approbation ou un refus de la décision, sans participation juridique au contenu et modalités de l'acte. En aucun cas, il n'a de relations juridiques directes avec les tiers, dans la mesure où le consentement se situe dans le cadre des rapports internes entre représentants et représenté. Dès lors, la qualité d'auteur ne peut lui être attribuée alors que celle de partie lui est maintenue. Par conséquent, les qualités étant toujours dissociées, le mécanisme de représentation n'est pas remis en cause, à la différence de la technique de l'assistance.

b. La différence entre le double consentement et l'assistance

405. L'assistance, technique appliquée principalement par l'institution de la curatelle, implique un double consentement. Pour conclure un acte juridique, la personne assistée doit en avoir reçu l'autorisation. Ainsi, la personne en curatelle²⁹¹ reçoit l'assistance de son curateur pour tous les actes importants de la vie civile, les actes de disposition, ce qui impose lors de la conclusion d'un acte écrit que la signature du curateur soit apposée à côté de celle de la personne protégée²⁹². Il en est de même pour les actes relatifs à sa personne si le juge en a décidé ainsi, pour la conclusion de son mariage ou d'un pacte civil de solidarité²⁹³. A défaut de cette autorisation, l'acte est nul si la personne protégée a subi un préjudice sur le fondement de l'article 465 du Code civil.

L'assistance suppose donc la réunion de deux manifestations de volontés : une autorisation et un consentement à l'acte. Deux types de personnes doivent être

²⁹¹ L'assistance n'est pas limitée à la seule curatelle : par jugement, une liste d'actes pouvant être accomplis par la personne en tutelle avec l'assistance de son tuteur peut être établie selon l'article 473 alinéa 2.

²⁹² Articles 440 et 467 du Code civil.

²⁹³ Articles 459 alinéa 2, 460 alinéa 1^{er} et 461 alinéa 1^{er} du Code civil.

distingués, l'autorisant et l'auteur de l'acte. L'autorisant est partie à *l'instrumentum* mais pas au *negotium*, se contentant d'effectuer un contrôle préalable destiné à vérifier la conformité de l'acte aux intérêts en cause²⁹⁴. L'autorisé est seul auteur de l'acte, en aucun cas les autorisants n'étant considérés comme auteurs de l'acte et encore moins parties à l'acte en vertu de l'adage *qui auctor non se obligat*. L'acte accompli par assistance n'est pas un acte conjonctif, dans lequel plusieurs personnes sont rassemblées au sein d'une même partie²⁹⁵. L'assistance s'inscrit dans la continuité de *l'auctoritas interpositio* que donnait le tuteur romain au pupille. L'acte était accompli par ce dernier mais avec *l'auctoritas* du tuteur. Cependant, celle-ci conférait au tuteur un rôle accru et relevait davantage de la coopération avec l'incapable que l'assistance contemporaine²⁹⁶ dans la mesure où il participait à l'élaboration de l'acte. Malgré son importance dans la réalisation de l'acte, le tuteur n'assumait pas non plus les obligations créées puisque seul le pupille s'en voyait imputer les effets, le tuteur se contentant d'engager sa responsabilité vis-à-vis de ce dernier.

406. L'assistance du mineur n'est pas prévue par le législateur comme une technique en tant que telle mais des dispositions éparées en font application. Ainsi, un contrat d'apprentissage²⁹⁷ peut être conclu dès l'âge de quinze ans. Le contrat doit être écrit et signé des deux parties contractantes, l'employeur, l'apprenti et le cas échéant le représentant légal²⁹⁸. L'interruption volontaire de grossesse de la mineure obéit également au principe de l'assistance, le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale devant être joint à la demande présentée par la jeune fille²⁹⁹. Il en est de même pour le mariage du mineur et des conventions liées, hypothèse toutefois plus qu'exceptionnelle désormais³⁰⁰. La jurisprudence, de manière assez confuse, semble admettre que le système d'assistance puisse suppléer la représentation sans fondement légal précis. Elle considère ainsi qu'est nulle l'ouverture d'un compte bancaire par le

²⁹⁴ B. Thullier, *op. cit.*, n° 179.

²⁹⁵ Ph. Delmas-Saint-Hilaire, *op. cit.*, p. 98 ; R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, LGDJ, 1990 ; M. Vasseur, « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres », *RTD Civ.* 1949. 173.

²⁹⁶ J.-P. Levy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 177 ; P.-F. Girard, *op. cit.*, p. 228.

²⁹⁷ Articles L. 6222-1 et suivants du Code du travail.

²⁹⁸ Articles L. 6222-4 et R. 6222-2 du Code du travail.

²⁹⁹ Article L. 2212-7 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique.

³⁰⁰ Articles 148 et 1398 du Code civil.

mineur sans l'autorisation du représentant légal³⁰¹. Cependant, l'emploi du terme d'autorisation est plutôt entendu dans le sens de *l'auctoritas interpositio* romaine. Requérir une autorisation ne signifie pas qu'un système d'assistance est mis en place lorsque l'acte est en réalité arrêté par le seul autorisant³⁰².

407. En tout état de cause, dans les cas légaux, le mineur est dans un tel système auteur de l'acte et ses parents ou son tuteur sont les autorisants. L'assistance est donc en elle-même une atteinte au principe de représentation du mineur, même si elle ne constitue pas une exception à l'incapacité d'exercice du mineur, dans laquelle elle s'inscrit pleinement au contraire. La représentation, technique écartant le mineur de la formation de l'acte et lui déniait la qualité d'auteur pour lui conférer uniquement celle de partie, est donc remise en cause par le système d'assistance, au sein duquel le mineur figure comme auteur et partie à l'acte. Le rôle des parents, du tuteur, ceux parfois très improprement alors appelés « représentants légaux » n'est plus de représenter l'enfant mais de l'autoriser. Si leur intervention est tout aussi nécessaire, dans la mesure où elle conditionne la validité de l'acte, ils perdent néanmoins la qualité d'auteur. Parce que le mineur y est auteur de l'acte et que les parents de l'enfant ne sont plus les seuls à apparaître sur la scène juridique, l'assistance est une exception à la représentation de l'enfant.

408. Or, le double consentement exigé pour la conclusion des actes extrapatrimoniaux ne s'inscrit pas du tout dans le même cadre juridique et ne peut en cela être qualifié de système d'assistance. Lorsque le mineur consent au changement de ses nom, prénom, et nationalité ou à un acte médical, la volonté alors manifestée n'a absolument pas la même valeur que celle qu'il émet dans un système d'assistance. En effet, le mineur n'est pas auteur de l'acte juridique, cette qualité demeurant aux titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, au tuteur en tant que représentants. Seuls ces derniers participent à la formation de l'acte juridique et en sont donc auteurs. Le mineur est écarté du devant de la scène juridique, il n'accomplit pas l'acte mais en connaît néanmoins les effets, demeurant sujet d'imputation. Le mécanisme de représentation n'est donc pas atteint car il existe toujours une dissociation entre les qualités d'auteur et de partie.

³⁰¹ Versailles 26 octobre 1990, préc. V. également, Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, préc. ; Civ. 1^{ère} 27 mars 1990, préc. ; Civ. 1^{ère} 18 mai 1972, préc.

³⁰² C. Farge, thèse préc., p. 138.

409. Le double consentement pourrait en revanche être rapproché du système *d'auctoritas interpositio* dans lequel le protecteur possède un rôle prééminent dans la réalisation de l'acte. Cependant, dans ce cas de figure, le mineur est auteur de l'acte juridique. Or, en délivrant son consentement, en aucun cas, le mineur n'est auteur car il n'est pas amené à déterminer le contenu de l'acte. Par conséquent le double consentement ne peut non plus être assimilé au système *d'auctoritas interpositio*.

410. Malgré la coexistence de deux consentements, l'assistance et le double consentement, c'est-à-dire l'association, en matière extrapatrimoniale doivent être clairement différenciés. La première fait du mineur un auteur de l'acte, lui octroyant une certaine autonomie, la seconde lui permet seulement de défendre ses intérêts. L'association du mineur ne fait pas disparaître la représentation mais la renoue au contraire. Elle peut être envisagée comme une technique complémentaire, concurrente de l'assistance.

2) L'exercice d'un contrôle par le mineur sur la décision parentale

411. Le consentement du mineur n'est pas incompatible avec son incapacité car le lien entre capacité et consentement n'est pas automatique³⁰³. La capacité naturelle marquée par une exigence de conscience moindre permet de délivrer un consentement imparfait qui n'engage pas son auteur, tandis que pour délivrer un consentement parfait - engageant l'auteur -, une plénitude de conscience et la capacité juridique sont exigées³⁰⁴. Le mineur peut donc d'une part, être doté d'un discernement suffisant à lui reconnaître une capacité naturelle et d'autre part, émettre un consentement imparfait, c'est-à-dire un consentement qui ne l'engage pas, notamment un consentement pour autrui. En tout état de cause, l'incapacité d'exercice du mineur ne fait pas obstacle à ce qu'il émette un consentement dès lors qu'il est doté du discernement nécessaire et que cette manifestation de volonté ne met pas directement à sa charge des obligations.

³⁰³ L. Attuel-Mendes, *op. cit.*, n° 345.

³⁰⁴ L. Attuel-Mendes, *op. cit.*, n° 353 et s. Mme Attuel-Mendès considère que le mineur peut accomplir seul des actes usuels, et donc émettre un consentement pour lui et non uniquement pour autrui, tout en s'engageant, parce que ces actes ne présentent pas de danger pour lui et n'exigent par conséquent qu'un degré de conscience atténué. Il s'agit d'une atteinte exceptionnelle à l'exigence de conscience pour disposer d'une capacité juridique et émettre un consentement parfait.

412. Diverses théories existent s'agissant de la coexistence de volontés lors de la formation³⁰⁵ de l'acte juridique. De manière traditionnelle, une distinction est effectuée entre le « consentement-engagement » et le « consentement-autorisation »³⁰⁶, le lien entre consentement et partie n'étant pas systématique³⁰⁷. Lorsque l'émetteur du consentement supplémentaire devient partie à l'acte, il s'agit principalement alors de coparticipation, d'acte conjonctif ou de cogestion des époux³⁰⁸. Lorsqu'il intervient pour la seule validité de l'acte sans être engagé et demeure tiers, il s'agit d'hypothèses telles que l'autorisation, l'accomplissement de formalités ou la délivrance d'un veto. La confrontation de chaque type de consentement et de la manifestation de volonté du mineur permet d'affirmer que ce dernier ne délivre en aucun cas un « consentement-engagement » (a) et qu'au contraire c'est vers un « consentement-habilitation » qu'il faut se tourner (b).

a. L'absence de délivrance d'un « consentement-engagement »

413. Le consentement du mineur est nécessaire *ad validitatem* s'agissant d'actes relatifs à sa personnalité ou à sa personne physique. Lorsque le mineur refuse de donner son consentement au changement de nom, à la conclusion d'un contrat d'édition ou de travail dans une entreprise de spectacle, l'acte s'il est accompli par les représentants n'est pas valable.

414. Le problème posé par le consentement du mineur réside dans la superposition de plusieurs techniques. Généralement le consentement est associé à l'autorité parentale, contrepois au droit des parents sur leur enfant, permettant à ce dernier de défendre ses intérêts. Il a cependant été établi que ce qui est fréquemment considéré comme un pouvoir d'autorité sur la personne est un pouvoir de représentation, hors le cas de

³⁰⁵ Il est également possible de devenir partie à un acte juridique postérieurement à la formation par une adhésion permettant la transmission des effets. Ainsi M. Delmas Saint-Hilaire considère que le mineur n'est pas partie lors de la conclusion du contrat mais devient partie adhérente parce que la loi devient au stade de l'exécution « source concurrente de la volonté dans l'attribution de la qualité de partie ». Le consentement du mineur supplée alors l'effet automatique de la loi et permet au mineur de devenir partie. A défaut, il n'y aurait pas de transmission et l'acte ne produirait pas ses effets sur la tête du mineur mais sur celle du représentant. Or, non seulement il est impossible que l'acte extrapatrimonial puisse être imputé au représentant, mais le consentement du mineur n'a pas à être envisagé à un tel stade puisque c'est antérieurement ou concomitamment à l'acte de représentation qu'il est exigé. V. Ph. Delmas Saint Hilaire, *op. cit.*, p. 48 et 163.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 91.

³⁰⁷ L. Attuel-Mendes, *op. cit.*, n° 375 et s.

³⁰⁸ Dès lors que ces derniers n'ont pas adopté une clause contraire.

l'adoption et de l'effet collectif de changement de nom ou de nationalité³⁰⁹. Il existe donc une superposition entre la représentation de l'enfant et le consentement de celui-ci, ce qui paraît incompatible s'agissant d'une représentation légale et non conventionnelle. Ces deux éléments sont inconciliables car la représentation par les parents exclut que le mineur émette une volonté. Par ailleurs, la manifestation de volonté ici émise n'est pas une instruction donnée aux représentants qui définissent toujours le contenu de l'acte. Pourtant, c'est bien à une combinaison des théories de la représentation et du consentement que l'on est confronté, ce qui produit *a priori* des conclusions absurdes.

415. Le consentement émis ne peut être un simple consentement-engagement par lequel le mineur devient partie à l'acte puisque ce seul consentement ne suffit pas à l'engager et que seule la représentation lui permettra en définitive de se voir imputer les effets de l'acte. Le mineur ne peut non plus être coauteur de l'acte puisque la représentation implique qu'il ne puisse être auteur de l'acte. En réalité, le consentement du mineur et sa représentation apparaissent incompatibles en raison de la définition même de cette dernière : le mineur est partie, il n'émet donc pas un consentement l'engageant qui serait superfétatoire. Le mineur serait coauteur, or être coauteur de sa propre représentation est inconcevable puisque le principe même de la représentation repose sur la dissociation de l'auteur et du sujet d'imputation.

b. La délivrance d'un « consentement-autorisation »

416. Le cas le plus proche du consentement du mineur est celui de la participation du tiers sous la forme d'une habilitation, d'un consentement-autorisation³¹⁰ pour assurer la perfection du contrat, non d'un engagement. Le tiers peut en effet veiller à la sauvegarde des intérêts d'autrui mais également à ses propres intérêts, dans la mesure où il est « susceptible de souffrir des conséquences de l'acte envisagé dans son patrimoine ou dans sa personne. »³¹¹ Sans le concours du tiers, l'acte est nul.

Il en est ainsi de la cogestion des époux qui implique pour eux de ne pouvoir l'un sans l'autre effectuer certains actes de disposition énoncés aux articles 1422 à 1425 du Code civil. De manière plus nette encore, l'article 1415 du Code civil dispose que chaque époux ne peut engager par un cautionnement ou un emprunt que ses biens

³⁰⁹ V. *supra* n° 234 et 238.

³¹⁰ L. Francoz-Terminal, *op. cit.*, n° 143. L'auteur y voit néanmoins un système d'assistance.

³¹¹ Ph. Delmas Saint Hilaire, *op. cit.*, p. 104.

propres et ses revenus sauf si le conjoint a consenti à ces actes de manière expresse. Dans ce cas, ce dernier n'engage pas ses biens propres. Ainsi, même en consentant à un cautionnement ou un emprunt, l'époux ne s'engage pas car il délivre un simple « consentement-autorisation »³¹². Cependant, le consentement de l'article 1415 n'est pas nécessaire *ad validitatem*, la seule conséquence de son absence réside dans la limitation du gage du créancier aux biens propres de l'époux caution ou emprunteur.

Le consentement émis dans le cadre des articles 1422 à 1425 rend l'époux coauteur en principe et correspond par conséquent à un consentement-engagement. Pour autant, il n'est pas exclu qu'il ne s'agisse que d'un « consentement-autorisation » n'engageant pas personnellement l'époux. La majorité de la doctrine l'admet³¹³. Dès lors que l'époux précise qu'il consent sans être toutefois coauteur, le consentement ne vaut qu'habilitation pour l'autre d'agir sur les biens en cause. La cause de cette ambivalence du consentement des époux repose sur la législation antérieure à la loi du 23 décembre 1985 qui exigeait uniquement que le mari recueille le consentement de sa femme pour effectuer ces actes, sans que celle-ci ne devienne coauteur de l'acte. Il s'agit en quelque sorte d'un droit de veto³¹⁴.

417. Le mineur en ne donnant pas son consentement au changement de nom, à l'acte médical, au contrat d'édition peut bloquer toute représentation et possède par là-même un droit de veto. Ainsi, il veille à la protection de ses intérêts de la même manière que l'époux qui délivre un consentement-habilitation. Cependant, hors cas spéciaux, c'est son consentement exprès qui est recherché, sa participation positive et non pas son absence de veto. L'acte pour être valable nécessite l'assentiment de l'enfant, son absence de refus ne suffit pas. Il n'est pas possible d'affirmer que l'acte est valable sous réserve de l'opposition du mineur. Au contraire, il n'est valable que si le mineur consent expressément. Il ne s'agit donc en général pas d'un simple veto.

418. La question se pose de savoir si le « consentement-habilitation » délivré par le mineur peut être qualifié d'autorisation au sens strict dans la mesure où des similitudes existent entre la manifestation de volonté du mineur et l'autorisation. L'autorisation

³¹² Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 3^e éd., 2010, n° 515.

³¹³ F. Terré, Ph. Simler, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 5^e éd., 2008, n° 484 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *op. cit.*, n° 424 ; A. Colomer, *Les régimes matrimoniaux*, Litec, 12^e éd., 2004, n° 462. Comp., considérant que le principe est celui d'un consentement-autorisation et que l'engagement commun implique qu'il soit mentionné expressément, B. Thullier, *op. cit.*, n° 117 et s.

³¹⁴ Ph. Delmas Saint-Hilaire, *op. cit.*, p. 105.

peut en effet être définie comme un acte juridique unilatéral, résultat d'un contrôle préalable, levant une interdiction d'exercer une prérogative et octroyant une faculté d'agir à son titulaire³¹⁵. Préalable à l'acte principal, elle en est une condition de validité et ne peut être accordée postérieurement. L'autorisation est destinée à vérifier que les intérêts en cause ne sont pas atteints, mais peut tout à fait être le fruit d'un contrôle par l'autorisant de la conformité de l'acte à ses propres intérêts. L'autorisation lève une interdiction d'exercice ou une inaptitude à exercer un pouvoir, à la différence de la dérogation qui lève une interdiction de jouir d'une prérogative. Dans le système d'autorisation, seul l'exercice du droit est entravé tandis que dans le système dérogatoire, c'est l'existence même de ce droit qui est en cause. La dérogation octroie donc un droit nouveau tandis que l'autorisation octroie une possibilité d'exercice d'une prérogative préexistante³¹⁶. L'enfant, par son accord, participe à la définition de son intérêt et le défend de surcroît. Il délivre un consentement dont l'existence est requise pour la validité de l'acte de représentation. Les représentants possèdent le pouvoir de conclure le contrat en cause, seul l'exercice est conditionné à l'approbation de l'enfant³¹⁷. La manifestation de volonté du mineur paraît donc s'inscrire dans un système d'autorisation.

419. La particularité réside ici dans la délivrance de l'autorisation par le représenté lui-même, ce qui apparaît problématique et même inconcevable lorsque la représentation est conventionnelle. Le représenté en donnant mandat d'agir ne délivre pas une autorisation mais conclut un contrat dont l'objet est déterminé. Il ne peut de surcroît conclure ce contrat et autoriser l'acte. Ce sont deux actes juridiques distincts. Si le représentant peut accomplir un acte de représentation, l'exercice de sa prérogative est fondé sur le contrat, non sur l'autorisation. Le caractère conventionnel de la représentation est incompatible avec le système d'autorisation. En revanche, les enjeux sont différents dès lors qu'est en cause la représentation légale d'un incapable. D'une part, la représentation ne repose pas sur la volonté initiale du représenté et d'autre part et surtout, elle est d'application générale, notamment en matière d'actes relatifs à la personne. Il apparaît donc conforme au respect des principes fondamentaux et de dignité

³¹⁵ B. Thullier, *op. cit.*, n° 255.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ Il faut toutefois noter que se superpose, dans l'exercice même du pouvoir de représentation, un système dérogatoire : quant aux actes graves, les représentants ne disposent pas du pouvoir d'agir seuls. V. B. Thullier, *op. cit.*, n° 113, note 25.

de la personne humaine que la représentation soit soumise à un consentement préalable, à une autorisation du représenté, notamment du mineur à partir du moment où il est en mesure de comprendre la portée de la décision.

420. Un autre obstacle se dresse face à la qualification d'autorisation : celle-ci est un acte juridique unilatéral, nécessitant par conséquent la capacité juridique de l'accomplir. Le consentement du mineur ne peut donc recevoir la qualification d'autorisation. Le consentement peut certes être dissocié de la capacité juridique, ce qui explique la possibilité de recueillir son approbation, mais pour qu'il puisse émettre une autorisation le mineur doit être capable. La dissociation entre capacité et consentement autorise néanmoins le mineur à émettre un consentement qui ne l'engage pas, un consentement « imparfait »³¹⁸. Or, l'autorisation n'est absolument pas un acte engageant directement le mineur. En effet, la maîtrise de la vie juridique du mineur demeure entre les mains des représentants : non seulement la représentation demeure le principe et le mineur n'est pas l'auteur de l'acte principal, mais les représentants restent libres, l'autorisation n'octroyant qu'une faculté d'agir. Par ailleurs, l'émission de ce consentement « imparfait » est conditionnée à l'exigence d'un certain discernement, ce que possède l'enfant dans ces cas, puisque seul le mineur de plus de treize ans ou apte à participer à la décision doit donner son accord. L'autorisation n'est donc pas incompatible avec l'incapacité d'exercice et le consentement exigé de la part du mineur s'apparente bien à une autorisation : il vérifie la conformité de la décision prise par ses représentants au regard de ses intérêts propres et le cas échéant les autorise à accomplir l'acte de représentation³¹⁹.

421. Incapacité d'exercice, représentation du mineur et autorisation délivrée par ce dernier ne sont pas inconciliables. Que le mineur autorise ses parents à agir n'est pas une atteinte à son incapacité ou opposé au principe de représentation dans la mesure où les représentants conservent leur pouvoir propre. Il s'agit d'une contrepartie à l'existence de la représentation extrapatrimoniale. Celle-ci a longtemps été refusée car elle paraît contraire aux principes de respect de la personne et de sa dignité. Dès lors que des actes portant sur la personne peuvent être accomplis par un tiers, le risque est grand d'atteinte aux principes fondamentaux de protection de la personne humaine. Une

³¹⁸ L. Attuel-Mendes, *op. cit.*, n° 350.

³¹⁹ L. Francoz-Terminal, *op. cit.*, n° 129.

garantie supplémentaire doit être apportée au représenté que ses intérêts seront respectés. L'autorisation apporte une réponse au problème engendré par la représentation dans l'accomplissement d'actes relatifs à la personne.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

422. Malgré son incapacité d'exercice, le mineur ne voit pas sa volonté radicalement exclue. Sa volonté juridique, c'est-à-dire celle à même de créer des effets de droit et de le mettre directement en relation avec les tiers, peut être prise en considération dès lors qu'il ne compromet pas ses intérêts et qu'il est doté d'une certaine aptitude naturelle. L'interprétation téléologique de l'incapacité du mineur commande l'adaptation du système de protection au besoin et autorise la concurrence de la représentation et de l'activité juridique du mineur à faible risque. Plus qu'une véritable exception à l'incapacité d'exercice, il s'agit d'une adaptation du système d'incapacité. Malgré l'existence d'une représentation dans l'accomplissement d'actes relatifs à la personne, certains actes demeurent pourtant hors de son champ d'application et ne peuvent être accomplis que par le mineur lui-même, constituant alors de réelles exceptions à son incapacité.

En revanche, la représentation n'est pas écartée lorsque c'est la volonté simple du mineur qui est reconnue par le législateur. Une telle manifestation de volonté s'apparente à un contrepois au caractère autoritaire de la représentation, dont le champ d'application étendu inclut les actes relatifs à la personne de l'enfant. En réalité, l'association par le recueil de l'avis du mineur n'est réelle que si les parents le souhaitent ainsi. Leur liberté de décision est très grande et ils conservent le pouvoir d'imposer l'acte car la volonté que peut manifester l'enfant n'est pas telle qu'elle modifie complètement cette liberté : l'avis peut ne pas être pris en compte. Les parents conservent le pouvoir décisionnel, seule leur liberté est atteinte en matière extrapatrimoniale. En revanche, l'association est effective dès lors que le consentement de l'enfant est exigé : les représentants conservent leur pouvoir décisionnel, non pas celui d'imposer l'acte. L'association est alors requise en raison du caractère extrapatrimonial de la représentation. Dans le premier cas, l'appréciation qualitative de la capacité naturelle suffit. En revanche, dans le second cas dans la mesure où le consentement du mineur possède une portée juridique indéniable même s'il n'engage pas directement le mineur, il convient d'assurer une certaine sécurité juridique et une égalité de traitement entre les enfants et de préférer le critère quantitatif et la présomption de l'âge. En droit médical, l'appréciation de la maturité fait peser une

charge inutile sur le médecin. La référence à l'âge de treize ans serait d'autant plus préférable. Il doit cependant pouvoir être passé outre au refus de l'enfant dès lors qu'il met sa santé en péril. De manière générale, en raison de la spécificité de la représentation en matière d'actes relatifs à la personne, le consentement du mineur âgé de plus de treize ans devrait être systématiquement requis.

CONCLUSION DU TITRE 1

423. Que la représentation légale soit un attribut de l'autorité parentale et donc parallèlement et nécessairement un droit parental est loin d'être sans conséquence sur sa mise en œuvre. L'interaction entre le pouvoir de direction et de contrôle et la représentation confère à cette dernière un caractère autoritaire, faisant de la volonté exclusive des représentants la seule à l'origine de l'acte juridique. La représentation légale peut donc être qualifiée de représentation d'intérêts, non de volontés. Elle ne peut en revanche être qualifiée de représentation imparfaite, au sens d'effet différé, car la dissociation de la jouissance et de l'exercice du droit postule une imputation directe et immédiate de l'acte.

Paradoxalement, le mineur apparaît comme une véritable individualité en dépit de la représentation impérieuse de ses intérêts. La reconnaissance de son droit d'expression comme d'une certaine activité juridique fondée sur l'application téléologique du système de protection nuance cette particularité qui apparaît discutable dès lors que l'enfant est doué de discernement. L'association du mineur révèle l'originalité du régime de protection : la coexistence de la représentation et de l'exercice parallèle d'un droit par l'enfant, la concomitance de la représentation et de la volonté de l'enfant, sans que pour autant cette dernière remette en cause le principe de représentation. Parce qu'il ne maîtrise en principe pas sa vie juridique, le mineur doit pouvoir collaborer à la définition de ses intérêts dès lors qu'il est doté d'une certaine capacité naturelle. Bien que les droits de l'enfant apparaissent comme facteur d'affranchissement de l'emprise parentale, ils sont en réalité tournés vers un seul but : la protection des intérêts de l'enfant. La reconnaissance de droits que le mineur exerce lui-même n'est pas incompatible avec l'incapacité d'exercice et la représentation car elle contribue à la réalisation de l'objectif recherché. La rigueur de la représentation est ainsi atténuée et son risque contenu, mais elle demeure dans son principe même autoritaire dans la mesure où seul le consentement en matière extrapatrimoniaire permet véritablement au mineur de s'opposer. Dans ces conditions, la surveillance de l'usage fait par les représentants de leur pouvoir demeure indispensable.

TITRE 2 : LE CONTRÔLE DE LA REPRÉSENTATION À L'ÉPREUVE DES DROITS PARENTAUX

424. Comme tout titulaire d'un pouvoir, le représentant se voit imposer un certain nombre d'obligations destinées à protéger les intérêts du représenté. C'est ainsi qu'il doit faire preuve de diligence et de loyauté¹. Appliquées à la représentation du mineur, attribut de l'autorité parentale, de telles obligations garantissent le respect de l'intérêt de l'enfant. Ces constatations s'imposent au regard de la nature de la prérogative en cause et ont implicitement toujours régi l'incapacité du mineur. Elles doivent néanmoins être envisagées sous un nouvel angle, à la lumière de l'article 3-1 de la CIDE qui fait de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale². Cet article dispose en effet que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Bien qu'à première vue, l'avènement de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ne paraisse pas bouleverser le système actuel, son influence est néanmoins certaine car elle vient renforcer les obligations existantes. La disparition, en 2007, de l'obligation de gestion en bon père de famille a fait émerger deux obligations qui fusionnaient, l'obligation de diligence et l'obligation de loyauté (chapitre 1). Le principe de primauté de l'intérêt de l'enfant permet d'affiner le contenu de ces obligations en les finalisant davantage. Si toute décision judiciaire doit être prise conformément à l'article 3-1 de la CIDE, un « effet-miroir » oblige les parents à agir en respectant l'intérêt supérieur de leur enfant.

En dépit des obligations imposées aux représentants, leur portée n'est cependant que relative en raison de la particularité de la relation en cause. En matière patrimoniale comme extrapatrimoniale, la surveillance de la représentation se trouve confrontée à

¹ Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1988, n° 172 et s ; Ph. le Tourneau, « Mandat », art. préc., n° 197 et s. ; M. Storck, *op. cit.*, n° 196 ; Ph. Didier, *op. cit.*, n° 223.

² Cette disposition est reprise par l'article 24-2 de la CDFUE.

certaines limites tenant à la nature d'attribut de l'autorité parentale soit parce que la confusion des intérêts au sein de la famille est un phénomène banalisé, la présomption d'action conforme dont bénéficient les parents venant brouiller un peu plus les rapports intrafamiliaux, soit parce que les obligations des représentants sont directement confrontées aux droits des titulaires de l'autorité parentale. Aussi, malgré la proclamation de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, le contrôle de la représentation légale du mineur connaît des limites (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES OBLIGATIONS DES REPRÉSENTANTS LÉGAUX

425. Les administrateurs légaux sont sous la surveillance du juge des tutelles et du procureur de la République selon l'article 388-3 du Code civil. Ces derniers s'assurent qu'ils remplissent correctement leur mission en agissant conformément à l'intérêt de l'enfant. La représentation du mineur est certes une représentation d'intérêts, non de volontés, les administrateurs légaux ne sont pas pour autant tout-puissants. Le législateur par analogie avec la tutelle et par l'intermédiaire de l'article 389-7 du Code civil fait peser sur eux les mêmes obligations que celles à la charge du tuteur. Le bon père de famille était avant la réforme du 5 mars 2007 le guide de conduite de toute personne agissant au nom et pour le compte du mineur. Depuis, il a été remplacé par l'exigence de soins prudents, diligents et avisés qui met en lumière une obligation de diligence (section 1). Une telle obligation ne suffit pas à encadrer tous les risques de mauvais usage du pouvoir de représentation. L'ancienne notion de bon père de famille était suffisamment imprécise pour inclure la mauvaise gestion, visée d'ailleurs par l'ancien article 450, mais également la malhonnêteté du ou des représentant(s). Considérer que les représentants parce qu'ils sont également parents n'useront de leurs prérogatives que pour le bien de leur descendance est utopique. Il est nécessaire d'imposer une obligation de loyauté, à l'image de celle pesant sur tout mandataire³. En faisant disparaître le bon père de famille au profit de l'exigence de « soins prudents, diligents et avisés dans le seul intérêt de la personne protégée », le législateur a mis en lumière deux obligations qui auparavant fusionnaient. A l'obligation de diligence s'ajoute donc une obligation de loyauté (section 2).

426. Les obligations de diligence et de loyauté pèsent sur tout représentant et sont limitées par l'article 496 du Code civil à la gestion du patrimoine. *De lege lata*, la *summa divisio* marque nécessairement son empreinte sur le contrôle des représentants et le législateur n'a pas envisagé le contrôle de la protection de la personne du représenté, qui pour les mineurs demeure du ressort de l'autorité parentale sur la personne⁴.

³ Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 172 et s.

⁴ Même si la protection de la personne a été au cœur de la réforme du 5 mars 2007 s'agissant des majeurs protégés, la surveillance du pouvoir extrapatrimonial n'a pas non plus fait l'objet de dispositions spécifiques. Sont seulement envisagés les principes fondamentaux de protection de la personne, la surveillance générale du juge des tutelles et du procureur de la République et la répartition des

Pourtant, l'article 412 du Code civil prévoit, de manière beaucoup plus générale, que toute faute quelconque du représentant dans l'exercice de sa mission engage sa responsabilité civile. Aussi, même en matière extrapatrimoniale, n'est-il pas exclu que des obligations soient à la charge des représentants. D'ailleurs la doctrine a énoncé que le titulaire du pouvoir sur la personne de l'enfant se devait d'en faire un « usage profitable »⁵. La conciliation des règles de la représentation du mineur et de la protection de sa personne conduit à affirmer que diligence et loyauté doivent également être requises *de lege ferenda* en matière extrapatrimoniale, même s'il convient de reconnaître que la prégnance de la *summa divisio* réduit leur portée.

prérogatives entre protecteur et protégé. Aussi, faut-il considérer que la surveillance de la représentation des actes extrapatrimoniaux demeure soumise aux mêmes règles que la gestion du patrimoine. V. A. Batteur, A. Caron-Dégliise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 497.

⁵ J. Dabin, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 257.

Section 1 : L'OBLIGATION DE DILIGENCE

427. L'article 496 alinéa 2 du Code civil dispose que le tuteur est tenu d'apporter dans la gestion du patrimoine de la personne protégée « des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée. » Pèse ainsi sur les représentants légaux une obligation de diligence, c'est-à-dire l'obligation de tout mettre en œuvre pour satisfaire l'intérêt de l'enfant (§1). On assiste par là-même, paradoxalement et insensiblement, tant à une modernisation de l'obligation de gestion en bon père de famille exigée par l'ancien article 450 du Code civil qu'à une redéfinition des obligations pesant sur les administrateurs légaux. En clarifiant également les modalités de contrôle de l'action des administrateurs légaux par l'énoncé précis d'actions à la disposition du mineur représenté, le législateur a rappelé que les obligations ne sont pas purement théoriques et que le caractère familial de la relation entre représentants et représenté n'est pas un obstacle à l'existence d'une véritable surveillance de la représentation⁶. Tout manquement à l'obligation de diligence est dès lors sanctionné (§2).

§1. L'OBLIGATION D'AGIR DANS L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

428. En mettant à la charge du représentant l'obligation d'apporter à sa mission des soins prudents, diligents et avisés, le législateur lui impose le respect d'une obligation de moyens. L'élément-clé de la définition de l'obligation de moyens, à savoir l'existence d'aléas⁷, est au cœur de la gestion générale du patrimoine. Cependant, les administrateurs légaux se doivent également de respecter un certain nombre de prescriptions légales, lesquelles ne peuvent s'analyser qu'en obligations de résultat. Il n'en demeure pas moins qu'elles n'existent qu'intégrées à l'obligation de diligence et font partie des mesures nécessaires à la satisfaction de l'intérêt de l'enfant. Moyens parmi d'autres, elles ne remettent pas en cause l'idée selon laquelle l'obligation de diligence, globalement, doit être comprise comme une obligation de moyens (A). Toutefois, il ne s'agit pas d'une obligation de moyens simple. Non seulement, la jurisprudence est assez sévère à l'encontre des représentants, appréciant souplement le manquement à leurs obligations, mais l'intégration de la notion d'intérêt supérieur de

⁶ Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 120. Selon l'auteur, l'indépendance du mandataire est « le fondement du devoir de diligence. »

⁷ A. Tunc, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, 449 ; H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations », *RTD Civ.* 1936. 1.

l'enfant comme finalité de l'obligation de diligence risque encore d'accentuer une telle appréciation. L'obligation de diligence doit être entendue comme une obligation de moyens renforcée, exigeant davantage des représentants (B).

A. Une obligation de moyens

429. L'obligation d'apporter des soins prudents, diligents et avisés à l'administration des biens du mineur dans son seul intérêt n'est que la transposition de l'exigence antérieure de gestion en bon père de famille. Elle en dissocie cependant la fin des moyens et de manière bien plus limpide qu'auparavant se définit avant tout comme le devoir de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires (2) à la satisfaction de l'intérêt de l'enfant (1).

1) Une fin : la recherche de l'intérêt de l'enfant

430. Même s'il incluait déjà la recherche de l'intérêt de l'enfant parmi ses objectifs, l'impératif antérieur de gestion en bon père de famille n'en faisait pour autant pas un critère unique (a). Adapté aux notions contemporaines par la loi du 5 mars 2007, il a disparu de la protection des personnes vulnérables et sa modernisation a mis en lumière la recherche de l'intérêt de l'enfant (b).

a. Le modèle antérieur du « bon père de famille »

431. Le bon père de famille est l' « homme honnête, diligent, soigneux qui se comporte le mieux possible »⁸, de manière mesurée et humaine⁹. Cette notion abstraite est transversale et hétérogène dans la mesure où elle figure au sein des dispositions relatives à la protection des mineurs et des majeurs¹⁰ mais également au sein des règles de l'usufruit¹¹, du droit d'usage et d'habitation¹², de la gestion d'affaires¹³, du contrat de louage¹⁴ ou de prêt à usage¹⁵. Elle implique en général d'user d'un bien conformément à sa destination tout en veillant à sa conservation.

⁸ H. Roland, L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Litec, 4^e éd., 1998, p. 46.

⁹ S. Darmais, « A la recherche du bon père de famille », in *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 297.

¹⁰ Ancien article 450 du Code civil.

¹¹ Article 601 du Code civil.

¹² Article 627 du Code civil.

¹³ Article 1374 du Code civil.

¹⁴ Articles 1728, 1729, 1766 et 1806 du Code civil.

¹⁵ Article 1880 du Code civil.

Appliquée à la représentation des intérêts des personnes vulnérables, elle possède une spécificité car elle est très large ainsi que l'avait conçue le droit romain et que l'ont repris les travaux préparatoires du Code civil. Il s'agit de mettre en œuvre une gestion prévoyante, active, constante et sage¹⁶ selon la volonté réelle ou présumée du pupille s'il avait été capable et avisé¹⁷. Une telle définition a permis à la notion de s'adapter à l'évolution des exigences de gestion du patrimoine des personnes protégées, à savoir une gestion non plus seulement conservatrice mais dynamique¹⁸. La notion de bon père de famille apparaît tant comme le modèle de conduite à suivre que comme le fondement de la responsabilité civile du représentant¹⁹ et elle aboutit à sanctionner les fautes les plus légères²⁰. L'obligation de gestion en bon père de famille n'est pas seulement un comportement idéal et la source de diverses obligations à la charge du représentant, elle mêle également étroitement moyens et objectifs assignés à la fonction. Ainsi, elle influe sur la finalité de la mission de représentation qu'est la protection des intérêts de la personne protégée²¹. La notion ne se réduit cependant pas à la recherche de l'intérêt exclusif de la personne protégée et l'intérêt de l'enfant - même s'il consiste en la finalité première de la protection - n'est pas le seul critère d'évaluation de la gestion en bon

¹⁶ Discussion devant le Corps législatif, Discours prononcé par le Tribun Tarrible, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, *op. cit.*, p. 483. Les rédacteurs du Code civil rappellent que la notion romaine de bon père de famille implique "bonté" et "perfection" et "présente la sollicitude, la prévoyance, l'activité, la sagesse, la constance, comme autant de devoirs imposés à celui qui entreprend de gérer les affaires d'un autre." Elle n'existait initialement que pour les mineurs, non pas les majeurs.

¹⁷ Th. Fossier, « Juge et bon père de famille, les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour le mineur », *AJ fam.* 2002. 363. L'auteur considère qu'il existe deux conceptions du bon père de famille, l'une objective implique que le représentant agisse comme il le ferait pour lui-même, l'autre subjective qu'il agisse comme le ferait le représenté s'il était capable et avisé. Il considère que la pratique n'a pas tranché mais que la première est plutôt appliquée aux mineurs et la seconde aux majeurs protégés. Cependant, il nous semble que le représentant doit se comporter comme le ferait le mineur s'il était apte.

¹⁸ *Ibid.* Il faut préciser que la gestion en bon père de famille est également un objectif pratique de la mission du protecteur. Or, elle est différente selon qu'est en cause un mineur ou un majeur. La gestion du patrimoine du mineur implique une immobilisation des fonds en attendant que l'enfant en ait réellement besoin, pour s'installer ou pour étudier par exemple. S'agissant d'un majeur, elle implique au contraire des mouvements de fonds de manière à assurer la vie de la personne protégée. Elle suppose également pour le tuteur de respecter ses habitudes de vie, son logement, ses activités sociales.

¹⁹ Th. Fossier, « Le bon père de famille et le majeur protégé », *JCP N* 1999, I, 832 ; S. Darmaisain, art. préc.

²⁰ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 498 ; J. Massip, *op. cit.*, n° 45 ; Th. Fossier, « Juge et bon père de famille, les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour le mineur », art. préc.

²¹ H. Lécuyer, « Le patrimoine du mineur », *Gaz. Pal.* 2003, p. 761. La gestion du patrimoine de l'enfant est une gestion « causée » ; S. Deis-Beauquesne, « Le contrôle de gestion du patrimoine du mineur », *AJ fam.* 2002. 369.

père de famille. Le représentant doit tenir compte dans l'exercice de sa mission de l'ordre public et se conformer à un certain modèle de conduite²².

L'exigence de gestion en bon père de famille apparaît donc plus large que la recherche de l'intérêt de l'enfant qui n'en constitue qu'une facette. Nécessairement le bon père de famille accomplit les actes qu'il juge favorables au mineur qu'il représente. Cependant, la notion implique également de ne pas méconnaître l'intérêt des tiers. Le bon père de famille se comporte en homme prudent, diligent et raisonnable, d'où découle le respect d'autrui. Certes, l'ancien article 450 du Code civil n'appliquait la notion qu'à l'administration des biens du mineur et n'en faisait pas expressément un objectif général de conduite du représentant mais la généralité - l'indétermination - de la notion, de même que l'exigence de prudence et d'action raisonnable commandaient implicitement de ne pas nuire aux tiers dans l'exercice du pouvoir de représentation. Le bon père de famille, idéal de comportement, ne porterait pas atteinte à autrui. Selon les interprétations classiques de la notion, c'est tel que la personne représentée aurait dû se comporter de manière générale qu'il doit agir. Si l'on considère donc que le représentant doit agir comme agirait le représenté s'il le pouvait, ce dernier devant respecter comme tout individu les intérêts d'autrui, le représentant ne doit pas méconnaître les intérêts des tiers. Mais même si l'on considère qu'il doit agir comme il agirait dans la gestion de ses propres affaires, le même devoir pèse sur lui²³. Dès lors, la notion de bon père de famille n'excluait pas le respect de l'intérêt des tiers tout en recherchant l'intérêt du représenté, finalité de tout pouvoir de représentation.

En réalité, était imputée à l'administrateur légal et au tuteur l'obligation générale de prudence et de diligence réglant les relations sociales et pesant sur tout sujet de droit²⁴. La gestion en bon père de famille était donc une notion protéiforme incluant à la fois un objectif - assurer la satisfaction des intérêts du représenté tout en ne nuisant pas aux tiers - et les moyens de l'atteindre - obligations légales et obligation de prudence et de diligence. La satisfaction de l'intérêt de l'enfant n'était donc pas l'unique finalité du

²² Th. Fossier, « Juge et bon père de famille, les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour le mineur », art. préc.

²³ Pour poursuivre le raisonnement de M. Fossier qui considère que le représentant du mineur agit plutôt comme il le ferait pour lui-même et que la conception subjective relève plutôt de la protection des majeurs.

²⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 3^e éd., 1935, n° 112 ; H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations », art. préc.

pouvoir du représentant. Or, en modernisant la notion de bon père de famille, le législateur semble avoir eu une autre intention.

b. La modernisation de la notion de « bon père de famille »

432. L'article 496 du Code civil introduit par la loi du 5 mars 2007 prévoit que les soins apportés le seront dans le seul intérêt du représenté. Aussi vraisemblablement, la modernisation de la notion de bon père de famille a eu pour effet d'en restreindre l'étendue. Les représentants ne doivent avoir pour vue que l'intérêt du mineur et l'obligation de prudence et de diligence doit être exécutée dans le seul but de satisfaire l'intérêt de l'enfant. Si l'ancien article 450 du Code civil par le recours à la notion indéterminée de bon père de famille ne distinguait pas les moyens de la finalité recherchée, l'article 496 y procède et paraît circonscrire davantage le pouvoir des représentants.

Le texte initial ne comportait pas cet impératif supplémentaire se contentant de viser les soins prudents, diligents et avisés, mais le législateur a souhaité l'introduire dans le dessein de « préciser les conditions dans lesquelles le tuteur doit gérer le patrimoine du tuteur »²⁵ et d'« affirmer un principe qui s'applique à l'ensemble de la mission du tuteur (...) dans un but pédagogique ou éducatif »²⁶. L'intention du législateur pourrait *a priori* n'être qu'un simple rappel de la finalité altruiste du pouvoir, ce qui ne serait pas radicalement novateur par rapport à l'ancienne notion de gestion en bon père de famille. Cependant, l'ajout de l'adjectif « seul » ne correspond pas à cette analyse et les dépositaires de l'amendement ont voulu, semble-t-il, apporter une exigence supplémentaire en finalisant davantage la mission des représentants. C'est l'intérêt exclusif de la personne protégée qui doit être recherché désormais.

Désormais orienté vers la satisfaction exclusive de l'intérêt de l'enfant, le devoir pesant sur les administrateurs apparaît donc d'étendue moins vaste qu'auparavant. La notion de bon père de famille en étant transposée a perdu en substance. Cependant, il apparaît évident que les représentants ne devront pas méconnaître l'intérêt des tiers. En effet, non seulement s'ils causent un dommage à autrui, ils devront en répondre personnellement à l'égard des tiers, mais si le préjudice résulte de l'exécution

²⁵ Amendement n° 288 présenté au Sénat en 1^{ère} lecture par MM. Michel, Cazeau et Gautier, JO Sénat Débats parlementaires, 12 février 2007.

²⁶ Compte rendu intégral des débats, JO Sénat Débats parlementaires, 15 février 2007.

d'obligations pesant sur le mineur, ce dernier sera responsable à l'égard des tiers, le représentant devant le garantir. Le dommage causé à autrui dans l'exécution de sa mission aboutit nécessairement à la mise en œuvre de sa responsabilité ou de celle du représenté²⁷.

433. Aussi, la pertinence de cette disposition apparaît plutôt au regard de deux analyses complémentaires. D'une part, il s'agit par cet ajout de moderniser l'obligation de diligence et la protection des « incapables » en les mettant en adéquation avec les notions contemporaines d'intérêt de la personne ; d'autre part, il s'agit de sanctionner les comportements malhonnêtes qui ont pu et peuvent encore avoir cours dans l'exercice du pouvoir en mettant en exergue l'existence d'une obligation de loyauté. Si l'obligation de diligence a toujours existé à travers la notion de bon père de famille, l'analyse faite de cette dernière ne mettait au contraire pas en lumière le devoir d'honnêteté. Celle-ci ne possédait aucune autonomie par rapport à l'obligation de diligence. La disparition de la notion de bon père de famille fait ainsi émerger deux obligations complémentaires qui auparavant étaient confondues.

434. L'obligation de diligence apparaît comme l'obligation pour les représentants de rechercher l'intérêt du représenté, sans être pour autant autorisés à méconnaître l'intérêt des tiers. Elle comporte donc deux facettes, l'une positive, l'autre négative, les deux formant l'obligation générale de prudence et de diligence. Les représentants doivent se comporter comme le ferait le représenté s'il le pouvait, c'est-à-dire en respectant le devoir de prudence et de diligence qui s'impose à tous et en ne nuisant pas à autrui. Appliqué à la mission de représentation, le devoir est orienté vers un objectif supplémentaire et primordial, qu'est l'intérêt de la personne représentée. L'obligation de diligence des représentants légaux doit dès lors être comprise comme l'obligation de tout mettre en œuvre pour satisfaire l'intérêt de l'enfant sans nuire à autrui.

2) Des moyens au service de l'intérêt de l'enfant

435. L'obligation de diligence est essentiellement une obligation de moyens impliquant pour les administrateurs légaux de gérer le patrimoine du mineur en lui apportant des

²⁷ Les tiers ne peuvent néanmoins pas agir en responsabilité contre le représentant si l'acte qu'il a conclu avec eux est ensuite annulé pour dépassement de pouvoirs puisqu'ils devaient vérifier les pouvoirs du représentant, sauf si le représentant a commis un dol ou s'est porté fort de la ratification du mineur. V. G. Raymond, « Administration légale et tutelle », art. préc., n° 137. V. également, M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 500.

soins prudents, diligents et avisés (a), mais elle n'est pourtant pas exclusive de prescriptions légales (b).

a. L'apport de soins diligents, prudents et avisés

436. Lorsque les représentants décident d'agir, ils le font en considération de l'intérêt de l'enfant apprécié concrètement. Dans une situation particulière, c'est l'intérêt concret de l'enfant qui est le fondement de la décision. Pour y parvenir, les représentants doivent faire preuve de prudence et de diligence et prendre conseil auprès de personnes compétentes. Ils doivent agir raisonnablement, ne pas prendre de décisions excessives ou impulsives mais au contraire envisager les conséquences de leur acte et être prévoyants. L'usage du pouvoir doit être « efficient, c'est-à-dire atteindre le but et de la façon la plus économique pour tout le monde »²⁸. Diligents, ils doivent prendre les dispositions nécessaires à la réussite de leur mission²⁹ et l'exécuter avec soin et application³⁰, respecter les délais le cas échéant. La gestion doit être dynamique dans la mesure où elle ne peut pas être purement conservatoire, mais doit au contraire permettre au patrimoine du futur adulte de fructifier afin de faciliter son accession à la majorité³¹. Les représentants doivent également recueillir les informations nécessaires à une bonne protection du mineur auprès des banquiers, assureurs, conseillers en gestion de patrimoine, notaires, avocats.

L'article 496 ne vise que les actes de gestion du patrimoine à l'exclusion des actes relatifs à la personne du mineur. Pourtant, l'obligation de diligence pèse sur toute personne gérant les intérêts d'autrui qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Ainsi, les représentants, avant de consentir à un acte médical, doivent s'informer auprès du médecin, qui d'ailleurs est tenu d'une obligation d'information, mais ils doivent également poser des questions ou demander plus amples informations sans se contenter de signer un document stipulant qu'ils ont reçu les informations nécessaires. Face à un choix difficile à effectuer, ils doivent faire preuve de mesure et veiller à l'intérêt de

²⁸ J. Dabin, *op. cit.*, p. 257.

²⁹ Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 126 et 137. Le mandataire a un devoir d'efficacité technique des actes à accomplir et il possède une faculté d'adaptation, conséquence de sa liberté d'action afin de satisfaire au mieux le mandant. Il doit ainsi exécuter sa mission avec célérité et habileté.

³⁰ Ph. Didier, *op. cit.*, n° 237 ; E. Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, préf. A. Tunc, LGDJ, 1998, n° 5 et s. L'auteur considère que le devoir de diligence est un « devoir d'activité et d'efficacité ».

³¹ C. Besse, « Le patrimoine du mineur est-il à la merci du bon père de famille ? », *Dr. et patrimoine* 2007, n° 161, p. 38 ; A. Karm, « La sécurité du patrimoine du mineur et du majeur en tutelle », *Dr. famille* 2007, étude 18.

l'enfant. En consentant à un contrat d'apprentissage, ils doivent se renseigner afin de s'assurer que cette orientation est la plus favorable pour l'avenir compte tenu des perspectives qu'elle offre et des aptitudes de l'enfant. En concluant un contrat portant sur l'image de l'enfant, il leur appartient de s'assurer que les intérêts patrimoniaux comme extrapatrimoniaux de l'enfant seront préservés. A titre préventif, le législateur impose également certains actes aux représentants.

b. Le respect des prescriptions légales

437. La loi elle-même garantit l'intérêt du mineur par l'intermédiaire de prescriptions légales que les représentants se doivent de respecter. Le devoir d'efficacité technique³² pesant sur les gestionnaires des intérêts d'autrui, lié à la diligence, aboutit à faire de ces dernières des obligations de résultat. L'obligation de diligence et de prudence est certes une obligation de moyens, mais elle n'exclut pas certaines obligations de résultat qui n'apparaissent que comme des moyens destinés à protéger le mineur. L'intérêt de l'enfant justifie ainsi que les représentants établissent un inventaire³³, emploient les fonds à compter d'une certaine somme³⁴. Les capitaux reçus par le mineur sont désormais versés directement sur un compte ouvert à son seul nom et mentionnant la minorité auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public³⁵. Comme toute personne amenée à agir pour le compte d'autrui, les représentants doivent rendre des comptes annuellement et à la fin de leur mission³⁶. La reddition de comptes est à la fois juridique et comptable, impliquant d'informer le mineur des actes accomplis, mais également de lui rendre un bilan comptable de l'action. Selon la situation, le juge des tutelles peut imposer l'inscription d'une hypothèque sur les immeubles des administrateurs légaux ou décider de la constitution d'un gage dont il détermine les

³² Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 126.

³³ Articles 503 du Code civil et 1253 du Code de procédure civile.

³⁴ Article 501 du Code civil. Il s'agit d'une obligation imposée au tuteur qui doit se conformer aux instructions du conseil de famille. V. cependant, J. Massip, *op. cit.*, n° 44. Selon M. Massip, les administrateurs légaux purs et simples n'ont pas à requérir d'autorisation et se mettent d'accord sur la somme à partir de laquelle commence l'obligation d'employer les capitaux liquides et l'excédent de revenus ainsi que la nature des biens à acquérir. Ce n'est qu'à défaut d'accord ou si l'administration légale est sous contrôle judiciaire que le juge des tutelles doit intervenir. L'auteur considère également que l'inobservation des règles relatives à l'emploi n'est pas susceptible d'entraîner la nullité de l'acte mais est seulement susceptible d'engager la responsabilité du représentant.

³⁵ Article 498 du Code civil.

³⁶ Article 510 du Code civil.

conditions³⁷. Le représentant doit également pour certains actes requérir des autorisations judiciaires. Pour accomplir des actes de disposition, l'administrateur légal en cas d'exercice conjoint doit recueillir le consentement de l'autre parent et l'administrateur légal sous contrôle judiciaire doit requérir l'autorisation du juge des tutelles. Même d'un commun accord, les administrateurs légaux doivent se munir de l'autorisation du juge des tutelles pour effectuer un emprunt au nom du mineur, renoncer à un de ses droits, apporter en société ou vendre de gré à gré un immeuble ou un fonds de commerce, réaliser un partage amiable. Dès lors qu'ils doivent demander l'autorisation du juge des tutelles, ils ne sont pas présumés agir dans l'intérêt de l'enfant et c'est au juge d'apprécier cet intérêt. Il en sera de même lorsque le juge des tutelles sera saisi sur le fondement de l'article 389-5 pour autorisation supplétive même si l'intérêt de l'enfant n'est pas visé de manière explicite. Certains actes sont même interdits aux administrateurs légaux³⁸, tels que l'aliénation gratuite de biens ou droits du mineur, l'acquisition de biens ou de droits qu'un tiers détient contre le mineur, l'exercice du commerce ou d'une profession libérale au nom du représenté, l'achat de biens ou la conclusion d'un bail avec le mineur, le transfert des biens dans un patrimoine fiduciaire³⁹.

En matière extrapatrimoniale même si le contrôle judiciaire n'est pas envisagé *a priori*, le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale doit requérir l'accord de l'autre titulaire pour effectuer un acte non usuel. Dès lors que le mineur est âgé de plus de 13 ans, son consentement doit être recueilli pour les actes touchant à son intégrité physique ou à son identité. En matière médicale, les représentants doivent parfois délivrer leur consentement devant un magistrat⁴⁰.

L'obligation de diligence, dont le respect est garanti par l'observation des prescriptions légales et la mise en œuvre de soins prudents, diligents et avisés, implique d'agir dans l'intérêt de l'enfant en adoptant la décision la plus appropriée, celle étant le plus en adéquation avec ses besoins.

³⁷ Articles 2400 et 2409 à 2411 du Code civil. L'inscription d'hypothèque peut même être demandée par le mineur devenu majeur dans un délai d'un an à compter de la majorité.

³⁸ Article 509 du Code civil.

³⁹ Article 408-1 du Code civil.

⁴⁰ Article L. 1241-3 du Code de la santé publique, s'agissant du prélèvement exceptionnel de tissus, produits ou éléments du corps humain sur une personne mineure.

B. Une obligation de moyens renforcée

438. L'intérêt de l'enfant est l'axe autour duquel gravitent les règles du droit des mineurs et il est incontournable lorsqu'il s'agit d'étudier le contrôle de la représentation légale. Il importe par conséquent d'envisager les éventuelles répercussions du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant (1) sur les règles de représentation et notamment l'obligation de diligence (2).

1) Le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant

439. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant ne semble pas de prime abord avoir d'incidences sur le contrôle de la représentation du mineur. L'intérêt de l'enfant a toujours été la finalité de sa protection, bien avant le 18 mai 2005⁴¹ et surtout bien avant le 20 novembre 1989 puisque c'est dès le XIX^e siècle qu'il a été conçu comme un principe général du droit⁴². Pourtant, la même réponse aurait pu être apportée à propos de l'incidence de l'article 3-1 sur l'autorité parentale sur la personne. Or, les répercussions ont été indiscutables quant aux décisions portant sur l'autorité parentale ou l'assistance éducative. A compter de 2005, le juge judiciaire français s'est emparé de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant et a peu à peu assimilé l'intérêt de l'enfant présent dans les textes de droit interne à l'intérêt supérieur de l'enfant⁴³. Il a ainsi multiplié les références à la notion pour valider une délégation d'autorité parentale à la concubine homosexuelle⁴⁴, pour appuyer le droit de l'enfant à être entendu en justice⁴⁵, pour maintenir la médiatisation des rencontres entre les parents et les enfants faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative⁴⁶. Souvent plus audacieux sur ce sujet, le juge administratif a même eu recours à la notion pour écarter, voire invalider une

⁴¹ V. *supra* n° 21.

⁴² J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », *JCP* 1994, I, 3739, n° 3 ; A. C. Van Gysel, « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », *Rev. Gén. Dr. belge*, 1988/2, p. 186 ; J.-H. Vergne, *L'intérêt de l'enfant sous la puissance paternelle et l'autorité parentale*, thèse dactyl., 1972, p. 4. Sur les risques d'instrumentalisation de la notion d'intérêt de l'enfant, F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.* 1995. 249.

⁴³ Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, pourvoi n° 09-13686 ; *D.* 2010. 1904, obs. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils ; *RJPF*-2010-7-8/40, obs. F. Eudier ; Civ. 1^{ère} 27 mai 2010, pourvoi n° 09-65838 ; *D.* 2010. 1904, préc. ; *RJPF*-2010-7-8/38, obs. F. Eudier ; Civ. 1^{ère} 17 mars 2010, *Bull. civ.* I, n° 64 ; *RJPF*-2010-9/12, note I. Corpart ; *RTD Civ.* 2010. 521, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 2010, comm. 102, obs. P. Murat.

⁴⁴ Civ. 1^{ère} 24 février 2006, pourvoi n° 04-17090, préc.

⁴⁵ Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, préc. ; Civ. 1^{ère} 14 juin 2005, préc.

⁴⁶ Civ. 1^{ère} 17 février 2010, pourvoi n° 08-70385, *D.* 2010. 1904, obs. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils.

disposition non-conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁷. La Cour européenne des droits de l'Homme elle-même se fonde sur la CIDE pour interpréter la CEDH qui ne comporte pas de dispositions spécifiques à l'enfant⁴⁸.

440. La malléabilité de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant contribue à la rendre incontournable. Elle peut en effet faire l'objet d'une appréciation abstraite et d'une appréciation concrète, les deux conceptions étant appliquées en droit positif⁴⁹. La première s'attache à déterminer l'intérêt de tout enfant au regard d'une situation donnée et énonce « une forme de vérité objective transposable à tout enfant »⁵⁰. Elle prévaut dans la technique législative, sans pour autant être absente de la jurisprudence⁵¹. La seconde adapte la détermination de l'intérêt à la particularité de la situation et de la personne de l'enfant. L'appréciation de l'intérêt appartenant en premier lieu aux parents, ce n'est qu'en second lieu que le juge est amené à apprécier lui-même l'intérêt de l'enfant par renvoi de la loi⁵². Lorsque le législateur énonce une règle de droit ou un droit subjectif dont le mineur est titulaire, il pose une présomption de conformité à l'intérêt de l'enfant, lequel est apprécié abstraitement. Ainsi en est-il des prescriptions légales en matière de gestion du patrimoine du mineur ou du principe du maintien des relations de l'enfant avec chacun de ses parents, avec ses frères et sœurs, avec ses ascendants. L'intérêt de l'enfant est alors apprécié *in abstracto*. La présomption peut

⁴⁷ CE 22 septembre 1997, *Demoiselle Cinar*, JCP 1998, I, 10051, note A. Gouttenoire ; *Dr. famille* 1998, comm. 56, obs. P. Murat ; *D.* 1998. 297, obs. C. Desnoyers ; CE 7 juin 2006, *Association Aides et autres*, AJDA 2006. 2233, note H. Rihal ; *D.* 2007. 2192, obs. L. Brunet ; CE 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, *D.* 2009. 1918, obs. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils.

⁴⁸ P. Hilt, « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfant », *AJ fam.* 2004. 384 ; A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 495. V. CEDH *Johansen c/Norvège* 7 août 1996, JCP 1997, I, 4000, obs. F. Sudre ; CEDH *Bronda c/ Italie*, 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV/1476 ; CEDH *Vautier c/ France* 26 novembre 2009, *D.* 2010. 1904, obs. A. Gouttenoire.

⁴⁹ C. Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, préf. E. Putman, PUAM, 2001, n° 104 et 130. V. également, M. Donnier, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chr. 27. L'auteur considère qu'une appréciation concrète malgré son caractère contingent est préférable à une appréciation abstraite qui est source de danger par un raisonnement *a priori* pouvant se révéler inadapté. Il note cependant qu'existent dans la pratique judiciaire, certaines « constantes », telles que la garantie de l'intérêt moral et la stabilité de l'enfant. Il énonce les différentes manifestations de l'intérêt de l'enfant : il peut être principe d'interprétation du droit positif, cause de certains droits ou principe de solution de conflits de droits.

⁵⁰ J.-L. Renchon, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *Petites affiches* 7 octobre 2010, n° 200, p. 29.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² A. Gouttenoire, *Petites affiches* 7 octobre 2010, n° 200, p. 24. L'auteur évoque également l'intérêt de l'enfant appliqué *contra legem* pour justifier une solution contraire à la loi et donne pour exemple la *kafala* ou les problèmes consécutifs à l'illicéité des conventions de gestation pour autrui. *Contra*, C. Chabert, *op. cit.*, n° 144.

néanmoins être renversée⁵³ par le juge qui motivera alors sa décision au regard de l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto*. Il en est ainsi lorsque le juge attribue l'exercice de l'autorité parentale à un seul parent⁵⁴, décide de séparer la fratrie⁵⁵, refuse que l'enfant entretienne des relations avec ses grands-parents⁵⁶. Dans d'autres cas, le législateur n'énonce pas de présomption et renvoie directement à l'appréciation du juge. Il en est ainsi en cas de fixation des modalités des relations de l'enfant avec un tiers⁵⁷, lorsque le juge confie exceptionnellement l'enfant à un tiers⁵⁸ ou lorsqu'il organise le droit de visite du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale⁵⁹.

441. La souplesse de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant va dans le sens d'une protection accrue de l'enfant, adaptable à ses besoins, mais elle conduit à s'interroger sur son contenu et sa définition. Pouvant s'entendre comme l'intérêt prévalant sur les autres, la notion induit *a priori* deux conceptions, soit la recherche du « meilleur intérêt » de l'enfant plus proche du texte initial⁶⁰ ce qui nécessite de retenir l'intérêt préférable au sein de tous les intérêts particuliers du mineur, soit la recherche de l'intérêt exclusif de l'enfant en écartant les intérêts des tiers. L'intérêt de l'enfant n'a cependant pas pour vocation d'écarter la prise en compte des intérêts de la famille mais doit au contraire être concilié avec ceux-ci. En réalité, c'est davantage en termes d'effet du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il faut raisonner qu'en fonction d'une définition de la notion qui demeure nécessairement indéterminée. Le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant implique de rechercher la meilleure décision, c'est-à-dire celle qui sera la plus à même de satisfaire les besoins essentiels de l'enfant, et de faire prévaloir cette recherche.

La satisfaction des besoins de l'enfant fait produire à la notion d'intérêt supérieur et au principe afférent des effets de deux types. Lorsque le principe de primauté de l'intérêt de l'enfant conduit à faire prévaloir l'intérêt du mineur préférable parmi ses intérêts particuliers, en d'autres termes à identifier la solution la plus adaptée à la

⁵³ P. Hilt, art. préc. L'auteur évoque « l'effet destructeur de l'intérêt de l'enfant ».

⁵⁴ Article 373-2-1 du Code civil.

⁵⁵ Article 371-5 du Code civil.

⁵⁶ Article 371-4 alinéa 1^{er} du Code civil.

⁵⁷ Article 371-4 alinéa 2 du Code civil.

⁵⁸ Article 373-3 alinéa 2 du Code civil.

⁵⁹ Article 373-2-9 alinéas 3 et 4 du Code civil.

⁶⁰ La notion d'intérêt supérieur est la traduction du « *best interest* » original, ce qui apparaît comme une traduction hasardeuse dans la mesure où elle rend difficile l'appréciation de la notion.

situation, il produit un effet simplement qualitatif. Lorsque la recherche de la meilleure décision amène en outre à écarter les intérêts des tiers car il s'agit du meilleur moyen de satisfaire les besoins de l'enfant ou même car la mise à l'écart des tiers participe de la satisfaction de l'intérêt de l'enfant, le principe de primauté de l'intérêt de l'enfant produit un effet exclusif. La CEDH fait d'ailleurs produire ce second type d'effet au principe⁶¹. Elle a ainsi fait de l'intérêt supérieur un critère prééminent du contrôle des prérogatives parentales et notamment de résolution des conflits d'intérêts, si ce n'est de droits, entre parents et enfant. Mais l'effet qualitatif n'est pas rejeté par le juge français⁶². Les deux types d'effets ne sont pas antagonistes mais complémentaires. C'est souvent en cas de crise qu'il est fait appel à la notion et il est dès lors logique que l'effet exclusif soit plus fréquemment mis en avant dans la mesure où le conflit mène parfois à une opposition des intérêts des acteurs de la famille. C'est avant tout un critère de décision pour le juge et un critère de répartition des droits lorsqu'il s'agit de trancher un « conflit entre les parents, un conflit entre les parents et l'État dans le cadre de l'assistance éducative ou lorsqu'il s'agit de reconnaître à l'enfant des droits contestés par les autorités administratives ou judiciaires »⁶³.

La vocation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est donc multiple. Il apparaît comme un moyen de garantir et renforcer les droits de l'enfant⁶⁴, mais également d'encadrer voire d'écarter les droits des parents ou des tiers lorsque la conciliation se révèle impossible. L'intérêt de l'enfant se pose surtout comme un instrument de régulation des droits des parents, comme le contrepoids à leur pouvoir et le rappel de leurs devoirs, tout à la fois finalité du pouvoir et critère de décision. Parce qu'il possédait cette vertu de moralisation de l'autorité, l'intérêt de l'enfant n'a toutefois jusqu'à présent pas été mis en lumière dans l'administration légale et est resté cantonné

⁶¹ CEDH *Vautier c/ France*, préc.

⁶² C'est à l'aide d'une telle appréciation que sont par exemple admis par le juge une délégation d'autorité parentale ou la délivrance d'agrément en vue d'une adoption.

⁶³ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 82.

⁶⁴ M.-P. Rosado, « L'intérêt supérieur de l'enfant depuis le revirement de jurisprudence sur l'applicabilité directe de la Convention de New York », *RLDC* 2006/32, n° 2274. L'intérêt supérieur de l'enfant est complémentaire de ses droits dans la mesure où à propos du droit de l'enfant à être entendu en justice, il apparaît comme justifiant l'audition, son refus ou encore une audition indirecte. Il apparaît également comme renforçant la protection de l'enfant car il permet d'apprécier s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable s'opposant au retour de l'enfant dans le cadre de l'application de l'article 13 b de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980.

à la protection de la personne du mineur⁶⁵. Cette discrétion ne signifie pour autant pas qu'il était absent de la gestion des biens, intégré au contraire dans la notion de bon père de famille qui en définitive l'occultait. L'article 496 du Code civil y remédie désormais.

Si incontestablement le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant est tant un critère de décision et de répartition des droits qu'un contrepoids aux prérogatives parentales, est-il en revanche un critère de contrôle de l'action parentale ? Le juge peut-il vérifier la conformité de l'action des parents à l'intérêt supérieur de l'enfant ? La généralité de l'article 3-1 de la CIDE va en ce sens. Dans toutes les décisions qu'il est amené à prendre, le juge doit s'y conformer. Qu'il s'agisse de trancher un conflit ou surveiller l'action parentale, le juge possède une référence : l'intérêt supérieur de l'enfant. Il convient de nuancer ce propos en matière extrapatrimoniale car le juge aux affaires familiales ne possède pas de réel pouvoir de contrôle de l'action parentale. En dépit de sa mission de sauvegarde des intérêts de l'enfant, le juge aux affaires familiales n'est pas un censeur des décisions parentales. En revanche, le juge des tutelles possède, avec le ministère public, une compétence de surveillance générale des administrations légales et tutelles. La représentation du mineur est donc appréciée à l'aune de cette exigence. Puisque dans toute décision concernant l'enfant, son intérêt supérieur sera pris en compte par les autorités, le juge des tutelles, dans la surveillance de l'administration légale, est amené à veiller au respect du principe de primauté de l'intérêt de l'enfant.

2) L'intégration du principe de primauté de l'intérêt de l'enfant aux règles de la représentation

442. Au regard de la représentation du mineur, le principe de primauté ne possède pas la même fonction qu'au sein de l'autorité parentale dans la mesure où il apparaît comme le critère central de toute décision, des parents comme du juge des tutelles, mais pas comme un critère de répartition des droits. Sous le prisme de l'obligation de diligence, l'intérêt de l'enfant ne se pose pas en tant que régulateur d'un conflit et d'attribution des prérogatives de chacun, mais comme un simple critère de décision. C'est à titre exceptionnel qu'il s'immisce dans un conflit, pour fonder la nomination d'un

⁶⁵ Toutefois la notion d'intérêt de l'enfant a contribué à sauver un acte dont la validité était douteuse : Civ. 1^{ère} 2 décembre 1997, *Dr. famille* 1998, comm. 31, obs. Th. Fossier ; *D.* 1998. 469, note J. Hauser et Ph. Delmas Saint-Hilaire.

administrateur *ad hoc* ou indirectement lorsque le juge des tutelles est amené à sanctionner une mauvaise gestion ou à délivrer une autorisation supplétive. Dans ces deux dernières hypothèses, le juge tranche et autorise un acte, il n'octroie pas un droit à un des administrateurs légaux. En définitive, s'interroger sur les liens entre représentation et intérêt de l'enfant revient à se demander comment exercer les droits du mineur afin que l'intérêt de l'enfant soit satisfait. L'intérêt de l'enfant se révèle donc n'être qu'un élément fondant le choix parental. C'est pourquoi, c'est par son effet qualitatif que la notion d'intérêt de l'enfant est envisagée à la lumière de l'obligation de diligence pesant sur les représentants et qu'il n'est pas question de savoir si la satisfaction de l'intérêt de l'enfant conduit à écarter les intérêts et droits d'autrui.

443. Bien avant l'avènement de la notion d'intérêt supérieur et du principe de primauté de l'intérêt de l'enfant, ce dernier apparaissait déjà comme critère des décisions de représentation. Une telle consécration a-t-elle pour effet de modifier la portée de l'obligation de diligence ? Deux conséquences sont envisageables : d'une part, la notion d'intérêt supérieur imposerait au représentant de rechercher non pas la bonne décision mais la meilleure décision ; d'autre part, le représentant ayant pris une décision qui ne nuit pas à l'enfant mais qui n'est pas la meilleure, pourrait être sanctionné pour manquement à l'obligation de diligence. En réalité, le problème ne doit pas se poser en ces termes. Il est manifeste que la diligence et l'exigence d'une gestion dynamique, mais raisonnable, des biens de l'enfant conduisent à rechercher la meilleure décision possible et la référence à l'intérêt supérieur ne fait que confirmer une telle analyse. Cependant parallèlement, il paraît évident qu'il est impossible d'imposer au représentant de prendre la meilleure décision possible. L'obligation n'est qu'une obligation de moyens, c'est-à-dire tout mettre en œuvre pour satisfaire au mieux l'intérêt de l'enfant. Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat. Dès lors que le représentant a tout mis en œuvre pour satisfaire l'intérêt de l'enfant, il ne peut être sanctionné si la décision n'a pas conduit à l'objectif souhaité. Le représentant doit rechercher l'intérêt supérieur de l'enfant, mais ne peut se voir reprocher de ne pas l'avoir atteint s'il a pris toutes les dispositions nécessaires.

Un auteur considère que la jurisprudence a créé des obligations de résultat sur le fondement de l'exigence d'une gestion en bon père de famille ce qui a permis de

sanctionner les erreurs d'opportunité⁶⁶. Il cite pour exemple la sanction de placements désastreux, du mauvais choix d'auxiliaires, de l'inertie, du conservatisme excessif. La sanction de l'erreur d'opportunité conduit à sanctionner la prise d'une mauvaise décision parce qu'elle se sera révélée contraire à l'intérêt du représenté ; contrôler l'opportunité d'une décision consiste donc à vérifier que le représentant a pris la décision adaptée à la cause, c'est-à-dire conforme à l'intérêt de l'enfant, ce qui fait de la notion un élément primordial du contrôle de l'action parentale et de l'obligation d'agir dans l'intérêt de l'enfant une obligation de résultat. Dans ces conditions, sanctionner une mauvaise décision, c'est-à-dire une décision contraire à l'intérêt de l'enfant, équivaut à admettre une obligation de résultat. Or, il est impossible d'aller en ce sens compte tenu des aléas qu'implique la gestion des affaires d'autrui. Par voie de conséquence, il n'est pas possible d'admettre un contrôle d'opportunité de l'action des représentants légaux.

Dire qu'un tel contrôle n'existe pas peut paraître artificiel puisqu'une mauvaise décision est nécessairement sanctionnée. Toutefois si une décision contraire à l'intérêt de l'enfant est sanctionnée, elle l'est, non en tant que telle, mais parce qu'elle est la conséquence de négligences. Il est effectivement possible de considérer que des erreurs d'appréciation de la part des représentants sont sanctionnées tels que les placements désastreux ou le mauvais choix d'auxiliaires, mais elles le sont parce que les moyens mis en œuvre pour satisfaire les intérêts du représenté ont été insuffisants. C'est l'imprudence, la négligence ou l'abstention qui sont ainsi sanctionnées. L'intérêt supérieur de l'enfant n'apparaît alors pas comme le critère de contrôle de l'action des représentants, mais simplement comme un élément d'appréciation du manquement à l'obligation de diligence. Ne pèse sur les représentants qu'une obligation de moyens, non de résultat, ce qui ne fait pas obstacle à une appréciation souple du manquement à l'obligation de diligence.

444. Devoir rechercher la meilleure décision possible conduit en effet à mettre en œuvre des moyens supplémentaires, à ne pas se contenter d'assurer la gestion quotidienne, mais à prendre des décisions ambitieuses et réfléchies. Confronté à plusieurs choix, le représentant doit retenir le plus avantageux. C'est donc sur les moyens à mettre en œuvre, sur les soins apportés que la notion d'intérêt supérieur a

⁶⁶ Th. Fossier, « Le bon père de famille et le majeur protégé », art. préc.

vocation à influencer : ils doivent être prudents certes, mais également ambitieux. Parce qu'il s'agit de rechercher la meilleure décision possible, l'obligation de diligence est donc renforcée. Si le représentant n'a pas mis en œuvre des moyens suffisants révélateurs de la recherche de la meilleure décision, alors une négligence pourrait lui être reprochée. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant a ainsi pour conséquence de faire peser sur les représentants une obligation de diligence renforcée, commandant une appréciation souple du manquement. La consécration de la notion n'introduit ainsi pas un contrôle d'opportunité, mais fait peser sur les représentants une exigence supplémentaire. Il convient néanmoins d'admettre que cette intégration n'est pas susceptible de modifier considérablement le droit positif dans la mesure où en matière patrimoniale, le régime de responsabilité des administrateurs légaux est déjà sévère.

En définitive, soumettre toute action parentale au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant est une démarche évidente mais risquée car elle implique de se passer de critères objectifs. L'utilisation de la notion doit donc être circonscrite afin de ne pas devenir un critère général de contrôle de la validité des décisions parentales et de rester un élément d'appréciation du manquement des parents à leurs obligations.

§2. LA SANCTION DES MANQUEMENTS À L'OBLIGATION DE DILIGENCE

445. L'obligation de diligence est diversement sanctionnée. Ainsi, le défaut d'inventaire permettra au représenté de faire la preuve de la consistance de son patrimoine et de sa valeur par tous moyens⁶⁷ et peut aboutir au retrait de la jouissance légale⁶⁸. Dans les cas les plus graves, l'ouverture d'une mesure de tutelle sur le fondement de l'article 391 du Code civil peut être prononcée par le juge des tutelles. Les administrateurs peuvent également être condamnés à une amende civile qui ne peut dépasser 3000 euros⁶⁹. Le mineur possède par ailleurs des actions spécifiques propres à sanctionner les manquements des représentants dans l'accomplissement des actes de représentation (A), auxquelles s'ajoute une action en responsabilité civile portant sur la personne même de l'administrateur légal (B).

⁶⁷ Article 503 du Code civil.

⁶⁸ Article 386 du Code civil.

⁶⁹ Article 1216 du Code de procédure civile.

A. Les actions relatives aux actes des représentants légaux

446. Par la loi du 5 mars 2007, le législateur a clarifié le régime de protection du mineur en précisant à l'article 515 du Code civil les actions dont celui-ci dispose à l'encontre de ses représentants : revendication, paiement et reddition de comptes sont désormais clairement identifiées (2). L'action en nullité demeure soumise au droit commun (1).

1) L'action en nullité des actes accomplis par les représentants légaux

447. Fondée sur l'article 1304 du Code civil, l'action en nullité sanctionne le dépassement ou le défaut de pouvoirs (a). Elle obéit à un régime particulier protecteur des intérêts du mineur mais n'est pourtant pas systématique, soit parce qu'elle se heurte à certains obstacles, soit parce que le législateur ou le juge ont décidé de maintenir l'acte irrégulier (b).

a. Les cas d'ouverture de l'action en nullité

448. Lorsque le représentant dépasse les limites objectives de son pouvoir, il commet un dépassement de pouvoir sanctionné par la nullité⁷⁰. Les actes de disposition accomplis sans l'accord de l'autre administrateur légal ou sans l'autorisation du juge des tutelles sont susceptibles d'être annulés, de même que les actes pour lesquels même le double consentement des représentants ne suffit pas. Manque en effet une condition de validité de l'acte⁷¹. L'autorisation du juge des tutelles ne peut être que préalable à

⁷⁰ Pour des raisons tenant au délai de prescription, il aurait pu être envisageable de fonder l'action sur l'article 1599 du code civil et la vente de la chose d'autrui, mais parce que l'acquéreur peut intenter l'action en nullité, c'est alors négliger le caractère relatif de la nullité que peut invoquer le mineur. Considérer que la théorie de la vente de la chose d'autrui s'applique aux actes passés irrégulièrement par le représentant transformerait cette théorie «en machine à ruiner les principes les plus sûrs du droit des incapacités» car elle présuppose l'absence de rapports juridiques entre le représentant et le véritable propriétaire. V. J. Flour, note sous Civ. 1^{ère} 15 février 1973, *Rép. Def.* 1973. 1.

⁷¹ B. Thullier, *L'autorisation en droit privé, op. cit.*; C. Farge, « Le dépassement ou l'absence de pouvoirs du représentant légal », *Dr. et patrimoine* 2000, n° 85, p.78. V. Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, *Bull. civ. I*, n° 460; R. p. 245; *RJPF*-2007-3/11, obs. J. Casey; D. 2006. 3069, obs. P. Bouteiller; *AJ fam.* 2006. 466, obs. L. Pécaut-Rivolier; *RTD Civ.* 2007. 88, obs. J. Hauser; *RTD Com.* 2007. 206, obs. D. Legeais (nullité de la souscription de parts sociales sans autorisation du juge des tutelles); Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, *Bull. civ. I*, n° 6; *JCP N* 2008. 1157, obs. J.-M. Plazy; *Dr. famille* 2008, comm. 47, obs. Th. Fossier; *Dr. et patrimoine* 2008, p. 80, obs. H. Fulchiron (nullité de la transaction conclue sans autorisation du juge des tutelles); Civ. 1^{ère} 10 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 102 (nullité du contrat de révélation de succession); Toulouse 11 juin 1992, *Juris-Data* n° 1992-044274 (nullité d'un contrat de vente d'arbres par l'administrateur légal sous contrôle judiciaire sans autorisation du juge des tutelles); Paris 12 octobre 1994, *Juris-Data* n° 1994-023386 (nullité d'une transaction relative à la réparation d'un préjudice moral); Civ. 1^{ère} 20 janvier 2010, pourvoi n° 08-19627; *Dr. famille* 2010, comm. 65, obs. I. Maria (nullité de la transaction conclue au nom d'un majeur protégé sans autorisation).

l'acte⁷² et ne peut le régulariser postérieurement, la réitération étant la seule issue envisageable⁷³.

Il en est de même en cas de défaut de pouvoirs⁷⁴ lorsque le représentant accomplit un acte interdit⁷⁵ ou en cas de tutelle de fait, en dépit d'une décision d'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui avait considéré que le défaut de pouvoirs devait être sanctionné par l'inopposabilité, en réalité l'inexistence⁷⁶. Or, « la nécessité d'une action en justice condamne la référence (...) à la sanction de l'inexistence, en tant que sanction autonome, indépendante d'une action en nullité »⁷⁷. Le défaut de pouvoirs est donc sanctionné par la nullité de droit.

449. Certains auteurs⁷⁸ sont favorables à un contrôle d'opportunité des actes accomplis par les représentants légaux et notamment à la nullité des actes inopportuns. Dès lors que les représentants ont commis une erreur grossière d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, la validité de l'acte pourrait être contestée. Ils considèrent qu'un raisonnement

⁷² Sur le refus de l'autorisation du juge des tutelles : Civ. 1^{ère} 24 février 1976, *Bull. civ. I*, n° 79 ; TI Lyon 12 janvier 1975, *Juris-Data* n° 1975-760514, *JCP N* 1977, II, 141 (en l'espèce, le placement ne garantissait pas une rentabilité suffisante et n'était pas réellement de l'intérêt des mineurs) ; Civ. 1^{ère} 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-67827 ; *Dr. famille* 2011, comm. 14, obs. I. Maria (refus d'autoriser la renonciation à une succession car elle pourrait compromettre l'avenir de l'enfant et le ferait entrer dans un conflit dans lequel le juge n'a pas à prendre parti).

⁷³ Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, préc. V. également, C. Farge, art. préc. Il convient de noter que le juge peut relever d'office, en application de l'article 16 alinéa 3 du Code de procédure civile, l'absence d'autorisation du juge des tutelles pour la vente d'un immeuble du mineur sous administration légale sous contrôle judiciaire. En ce sens, Civ. 3^e 8 septembre 2010, *Bull. civ. III*, n° 153 ; *Dr. famille* 2011, comm. 12, obs. I. Maria.

⁷⁴ A. Batteur, A. Caron-Déglise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 543 ; C. Farge, art. préc.

⁷⁵ TGI Vannes 26 février 1991, *Juris-Data* n° 1991-603706 (nullité du cautionnement hypothécaire pour défaut de pouvoir). V. également, Poitiers 14 décembre 1992, *Juris-Data* n° 1992-050616. En l'espèce, le père ne possédait plus l'administration légale, avait agi dans son intérêt propre et n'avait pas eu l'intention de représenter son enfant ; il a été condamné à restitution et engagé sa responsabilité civile mais il se situait hors du cadre de la représentation légale.

⁷⁶ Ass. Plén. 28 mai 1982, *Bull. Ass. Plén.* n° 3 ; *D.* 1983. 349, note E. Gaillard. L'auteur considère que plus que l'inopposabilité, c'est l'inexistence que la Cour de cassation a érigé en sanction du défaut de pouvoirs. La qualité de tiers du pseudo-représenté a selon lui guidé la solution des magistrats. L'inopposabilité implique que l'acte irrégulièrement accompli par le « représentant légal » soit inopposable au « représenté » mais soit valable entre ceux qui l'ont passé, le « représentant » et le tiers. Or, en l'occurrence, le représentant n'a pas souhaité s'engager personnellement envers le tiers et réciproquement ce qui conduit au rejet de l'inopposabilité. Il considère que défaut de pouvoirs ou de capacité reposent sur l'absence de volonté juridiquement efficace, ce qui ne devrait pas conduire à une sanction différente. C'est bien la nullité relative qu'il convient de retenir en cas de défaut de pouvoirs.

⁷⁷ C. Farge, thèse préc., n° 393. L'inexistence se constate alors que la nullité se prononce et elle n'est pas sujette à action en justice ou à confirmation. Mais celle-ci ne présente aucune autonomie par rapport à la nullité. En effet, d'après Mme Farge, tout acte crée une apparence qu'il convient de détruire par le biais d'un recours judiciaire et dès qu'une apparence est créée, il est nécessaire de recourir à l'action en nullité pour l'anéantir. C'est ainsi que l'inexistence peut nécessiter une action en justice destinée à détruire l'apparence créée et qu'elle reste réservée aux actes dépourvus de la moindre apparence formelle.

⁷⁸ E. Gaillard, *op. cit.*, n° 210 ; C. Farge, thèse préc., n° 332.

reposant sur une analogie avec la faute lourde pourrait fonder l'annulation de tels actes. Cependant, la rescision pour lésion des actes accomplis par les représentants conformément à la loi est une hypothèse qui a déjà été soulevée mais contraire aux impératifs de sécurité juridique, la théorie n'a pas été retenue⁷⁹. La nullité d'un acte inopportun encourt les mêmes critiques et même si l'intérêt de l'enfant en cause doit en subir les conséquences, l'annulation d'un tel acte compromettrait son activité juridique. La responsabilité civile des représentants fondée sur l'article 412 du Code civil est une solution préférable dès lors qu'un manquement à l'obligation de diligence peut être établi.

b. Le régime spécifique de la nullité

450. Le régime de l'action en nullité des actes accomplis irrégulièrement par les représentants légaux tente de réaliser un équilibre entre protection du mineur, protection des tiers et garantie de la sécurité juridique. Parce que l'objectif d'une telle action est avant tout de protéger les intérêts du mineur, la nullité est une nullité relative⁸⁰ appartenant à l'enfant devenu majeur ou au représentant durant la minorité⁸¹. Mais l'action est fondée sur l'article 1304 du Code civil et la Cour de cassation a considéré que le point de départ du délai de prescription, de cinq ans, de l'action en nullité d'une convention conclue par le représentant ne court que du jour de la majorité ou de l'émancipation, non pas du jour où le représenté en a eu connaissance⁸². La nullité de l'acte accompli par le représentant entraîne la restitution des prestations déjà reçues, en nature ou par équivalent puisque l'article 1312 du Code civil n'est applicable qu'aux paiements faits entre les mains du mineur⁸³.

⁷⁹ F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 16, Durand et Pedone, 3^e éd., 1878, n° 25. L'auteur considère que la rescision pour lésion des actes accomplis régulièrement par le tuteur, pour la seule raison que les intérêts du mineur ont été lésés, n'est pas la réponse adaptée dans la mesure où personne ne souhaiterait contracter avec le mineur en raison de l'insécurité juridique consécutive. La responsabilité civile du tuteur suffit selon lui à sauvegarder les intérêts du pupille.

⁸⁰ Ass. Plén. 28 mai 1982, préc. ; Civ. 1^{ère} 14 janvier 2009, *Bull. civ. I*, n° 6 ; *RLDC* 2009/58, n° 3349, note E. Pouliquen ; *RJPF*-2009-4/5, obs. J. Casey.

⁸¹ Civ. 26 novembre 1807, *S.* 1808, 452. L'intervention d'un administrateur *ad hoc* paraît indispensable. *V. infra* n° 482.

⁸² Civ. 1^{ère} 5 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 76 ; *D.* 2002. 1513, note J.-P. Gridel ; *RTD Civ.* 2002. 271, obs. J. Hauser ; *Rép. Def.* 2002. 1167, obs. J. Massip ; *RJPF*-2002-6/4, obs. F.-J. Pansier ; *JCP N* 2003, 1199, note Th. Fossier. La Cour de cassation décide que l'article 1304 du Code civil s'applique aux actes accomplis par ou au nom du mineur, alors que l'article ne vise que les actes effectués par le mineur. Elle confère ainsi une large portée à l'article 1304 mais ne fait qu'appliquer la notion de représentation parfaite.

⁸³ Civ. 1^{ère} 18 janvier 1989, *Bull. civ. I*, n° 13 ; *RTD Civ.* 1989. 749, obs. J. Mestre.

451. Tous les actes irréguliers ne sont par ailleurs pas annulés et la jurisprudence a admis le maintien de certains en réduisant leurs effets. Pendant un certain temps a prévalu l'idée selon laquelle dès lors que l'acte accompli irrégulièrement par le représentant ne nuisait pas aux intérêts du mineur, il n'était pas sujet à annulation. La protection des intérêts des mineurs et le fondement des incapacités étaient avancés à l'appui de cette position⁸⁴. Mais, porteuse d'insécurité juridique et d'arbitraire du juge, elle a été abandonnée par la jurisprudence qui a finalement opté pour une nullité de droit⁸⁵, consacrée ensuite par le législateur⁸⁶.

Pour autant, l'irrégularité de l'acte n'aboutit pas systématiquement à son annulation⁸⁷. L'acceptation pure et simple d'une succession sans respecter les prescriptions légales vaut acceptation à concurrence de l'actif net et le partage amiable fait irrégulièrement vaut partage provisionnel⁸⁸. Dans le cas où l'administrateur légal effectue un acte d'emploi ou de remplacement sans avoir obtenu l'autorisation ou le consentement nécessaire, la doctrine⁸⁹ considère que l'acte n'est pas nul dans la mesure où il s'agit d'une obligation imposée par la loi mais la responsabilité civile de l'administrateur légal pourra être engagée ; telle ne semble pourtant pas être la solution retenue par la jurisprudence⁹⁰. Si l'un des représentants accomplit un acte d'administration en dépit du refus opposé par l'autre et si le tiers est de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il connaissait le désaccord parental, l'acte pourra être annulé et la responsabilité civile du tiers sera engagée. En revanche, s'il ignorait l'opposition, seule

⁸⁴ V. pour un exposé de ce type de solution et le choix de la nullité de droit, F. Laurent, *op. cit.*, n° 40 et s. ; J. Fonlupt-Esperaber, *De la règle Minor restituitur non tanquam minor sed laesus et de la protection du mineur non émancipé dans le droit civil français*, Thèse Paris, 1914, p. 118. Les actes qui n'étaient pas défavorables au mineur étaient maintenus par certaines décisions en dépit de leur irrégularité.

⁸⁵ Cass. Civ. 25 mars 1861, *S.* 1861, 1, 673 ; Cass. Civ. 6 mars 1893, *S.* 1897, I, 502. Selon ces décisions, nul besoin d'établir un préjudice ou un intérêt du mineur. V. J. Fonlupt-Esperaber, thèse préc., p. 122.

⁸⁶ Article 465, 4° du Code civil.

⁸⁷ Pour certains actes, la solution perdure. En matière de bail consenti sans les autorisations nécessaires, Req. 7 février 1865, *DP* 1865, 1, 219 ; Civ. 29 novembre 1948, *D.* 1949, 158 ; *JCP* 1949, II, 4692. En matière d'administration légale, Req. 2 juin 1947, *S.* 1947, 1, 190. La Cour de cassation a refusé d'annuler un achat immobilier car il ne constituait pas un acte de mauvaise administration. Mais cette solution a semble-t-il été rendue en raison de circonstances particulières car ce n'était pas le mineur qui en demandait l'annulation. V. P. Blondy, G. et M. Morin, *op. cit.*, n° 150.

⁸⁸ Articles 507 et 507-1 du Code civil.

⁸⁹ J. Massip, *op. cit.*, n° 53 et 633.

⁹⁰ A propos du remplacement non autorisé consécutif à une vente d'immeuble : Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, préc. Sur le caractère préférable de la nullité à la responsabilité de l'administrateur légal en cas d'irrégularité du remplacement des fonds : J. Casey, sous Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, *RJPF*-2007-3/11.

la responsabilité de l'administrateur légal sera engagée et l'acte sera maintenu⁹¹. De la même manière, les actes non usuels accomplis par le représentant en matière extrapatrimoniale sans l'accord de l'autre titulaire de l'exercice de l'autorité parentale ne sont pas valables. Mais devant l'impossibilité pratique de prononcer la nullité en matière extrapatrimoniale et surtout face à l'impossibilité d'en faire jouer les conséquences, c'est davantage la responsabilité qui est mise en œuvre, celle du tiers⁹² mais également celle du parent. Cependant, la responsabilité à l'égard de l'enfant est incertaine et c'est avant tout la responsabilité d'un parent envers l'autre parent qui est retenue⁹³. Le même raisonnement doit être tenu à propos des actes usuels⁹⁴.

452. En outre, lorsque le juge des tutelles a autorisé l'administrateur légal à effectuer un acte, l'annulation de l'acte n'est plus envisageable. Par une décision remarquée, le TGI de Vannes⁹⁵ a considéré que l'acte de cautionnement au nom du mineur devait être annulé en dépit de l'autorisation du juge des tutelles car il s'agissait d'un acte prohibé et l'autorisation de nature gracieuse n'avait pas l'autorité de la chose jugée. Mais une autre décision, tout aussi remarquée, est allée en sens contraire affirmant l'autorité de la chose jugée de l'autorisation judiciaire⁹⁶. L'autorisation ne peut être contestée que par les voies de recours prévues en matière gracieuse, notamment par les articles 1239 et suivants du Code de procédure civile issus du décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009⁹⁷. En tout état de cause, l'autorisation judiciaire fait obstacle à l'action en nullité.

⁹¹ J. Massip, *op. cit.*, n° 38 ; G. Raymond, « Administration légale et tutelle », préc., n° 79. V. également, Ph. Conte, « L'article 389-4 du Code civil », art. préc. L'auteur limite cette responsabilité aux cas où le parent a opposé son veto à la décision de l'autre administrateur légal qui n'en a pas tenu compte.

⁹² Versailles 11 septembre 2003, *RJPF*-2003-12/30, note F. Eudier.

⁹³ A. Guineret-Brobbe Dorsman, S. Sire, art. préc. à propos des actes usuels. V. cependant Paris 29 septembre 2000, *D.* 2001. 1585, obs. C. Duvert. V. *infra* n° 539.

⁹⁴ A. Guineret-Brobbe Dorsman, S. Sire, art. préc.

⁹⁵ TGI Vannes 26 février 1991, *JCP N* 1992, 169, note Th. Fossier ; *Rép. Def.* 1992. 1443, n° 128, obs. J. Massip.

⁹⁶ Montpellier 18 décembre 1995, *D.* 1996. 553, rapp. R. Tournier ; *Rép. Def.* 1997. 122, n° 12, obs. J. Massip. V. également, J. Massip, *op. cit.*, n° 55. *Contra*, C. Farge, thèse préc., n° 446. L'auteur estime que même l'autorité de la chose jugée ne fait pas obstacle à l'action du mineur car celui-ci n'était pas partie à l'instance dans laquelle le juge des tutelles accorde au représentant l'autorisation. V. cependant, Civ. 1^{ère} 20 octobre 2010, *Bull. civ.* I, n° 209 ; *RJPF*-2011-1/10, note D. Martel (l'autorisation donnée par le juge des tutelles ne fait pas obstacle à l'action en annulation pour insanité d'esprit de l'acte passé par le majeur protégé.)

⁹⁷ Civ. 1^{ère} 17 mai 1988, *Bull. Civ.* I, n° 143 ; *JCP N* 1989, II, 93, note Th. Fossier ; Civ. 1^{ère} 11 juin 2002, *Bull. civ.* I, n° 164 ; *RTD Civ.* 2002. 487, obs. J. Hauser ; *D.* 2002. 3174, note C. Farge ; *Rép. Def.* 2002. 1475, obs. J. Massip ; *RJPF*-2002-10/14, obs. F. J. Pansier.

453. En revanche, la théorie de l'apparence⁹⁸ ne peut être invoquée par le tiers pour faire obstacle à l'action en nullité en faisant valoir avoir cru traiter non avec le mineur, mais avec le titulaire du droit en cause. La Cour de cassation a rejeté l'application de la théorie lorsque le tiers a cru contracter avec le véritable propriétaire⁹⁹, solution qui doit également être retenue lorsqu'il a cru que le représentant agissait dans les limites de son pouvoir¹⁰⁰. L'intérêt des mineurs prime alors sur celui des tiers contractants.

2) Les actions de l'article 515 du Code civil

454. Si le représentant a omis involontairement de rendre des comptes au mineur, de lui restituer un bien ou une somme d'argent, ce dernier dispose d'actions en reddition de comptes, en revendication ou en paiement fondées sur l'article 515 du Code civil. Antérieurement à la réforme du 5 mars 2007, les actions du mineur à l'encontre des représentants et des organes de la tutelle de manière plus générale étaient régies par l'article 475 du Code civil qui disposait que toute action du mineur relativement aux faits de la tutelle se prescrivait par cinq ans à compter de la majorité. La prescription abrégée¹⁰¹ trouvait sa justification dans la volonté de ne pas obliger les tuteurs à conserver les pièces justificatives pendant une trop longue période. L'imprécision de la notion de fait de tutelle et la volonté d'écarter parfois la courte prescription ont abouti à une appréciation variable de la notion de fait de tutelle. Fallait-il l'entendre dans un sens large, à savoir tout fait se rattachant à l'exercice de la tutelle ou de l'administration légale, ou dans un sens étroit, ce qui impliquait de la limiter à la reddition de comptes¹⁰² ? Certains auteurs possédaient une vision intermédiaire¹⁰³ : l'action relative aux faits de tutelle concernait l'action en reddition de compte, l'action en rectification de compte pour omission dans les recettes ou exagération dans les dépenses ainsi que

⁹⁸ L'apparence implique que le tiers ait pu légitimement croire en la réalité du pouvoir. F. Terré, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 463 ; H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, p. 264.

⁹⁹ Civ. 1^{ère} 14 mai 1996, *Bull. Civ. I*, n° 206 ; *Rép. Def.* 1997, p. 319, n° 10, obs. J. Massip ; *JCP G* 1997, II, 22750, note Th. Fossier.

¹⁰⁰ C. Farge, thèse préc., n° 472. Selon l'auteur, une telle solution doit également s'appliquer en cas de tutelle de fait. *Contra* H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 2, *Les personnes : la personnalité, les incapacités*, par Fl. Laroche-Gisserot, op. cit., n° 669. La gestion d'affaires n'apparaît pas non plus comme une technique permettant de sauver l'acte irrégulièrement accompli par le représentant légal. V. C. Farge, préc., Th. Fossier, note sous Civ. 1^{ère} 14 mai 1996, préc.

¹⁰¹ Désormais conforme au droit commun de l'article 2224 du Code civil.

¹⁰² J. Hauser, obs. sous Civ. 1^{ère} 2 octobre 2001, *RTD Civ.* 2002. 73.

¹⁰³ Suivant en cela l'opinion de certains auteurs : C. Aubry, C. F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, op. cit., p. 764 ; F. Terré, D. Fenouillet, op. cit. n° 1198 ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R. et J. Savatier, op. cit., n° 612.

l'action en responsabilité pour mauvaise gestion. Les autres actions telles que l'action en paiement du reliquat, l'action en revendication de biens n'en faisaient pas partie. Suivant cette idée, les juges du fond ont tenté d'assimiler les actions en remboursement à des actions en revendication de biens mobiliers ou immobiliers afin d'éviter la courte prescription. Cependant, la Cour de cassation a décidé que l'action en remboursement de sommes perçues en tant qu'administrateur légal était une action soumise au régime de l'article 475 ancien du Code civil¹⁰⁴. Désormais l'article 515 du Code civil suit cette interprétation et dispose que l'action en reddition de comptes, en revendication ou en paiement relativement aux faits de la tutelle se prescrit par cinq ans à compter de la fin de la mesure alors même que la gestion aurait continué au-delà. Il faut donc considérer que les actions que peut intenter le représenté contre ses représentants sont strictement énumérées et visent la reddition de comptes, la revendication et le paiement du reliquat. L'action en responsabilité intentée par le mineur contre les représentants fait l'objet d'une disposition spécifique mais obéit au même régime.

L'action en reddition de comptes est régie par les articles 1268 et 1269 du Code de procédure civile et aura lieu en cas d'absence de comptes mais également de contestation de l'établissement des comptes¹⁰⁵. Selon l'article 1269 du Code de procédure civile, aucune demande en révision de compte n'est recevable sauf si elle est présentée en vue d'un redressement en cas d'erreur, d'omission ou de présentation inexacte. Une fois le compte approuvé, il n'est pas possible de remettre en cause un élément¹⁰⁶. La reddition de comptes au sens large ne peut donc porter que sur la délivrance du compte ou sur sa rectification matérielle lorsque le compte aura déjà été approuvé¹⁰⁷. En revanche, elle s'analyse différemment de la restitution et du paiement du reliquat. Il a ainsi été jugé qu'un enfant devenu majeur n'a pas l'obligation de faire une demande en reddition de comptes conformément à l'article 1268 du Code de

¹⁰⁴ Civ. 1^{ère} 2 octobre 2001, *Bull. civ. I*, n° 240 ; *RTD Civ.* 2002. 73, obs. J. Hauser ; *Rép. Def.* 2002. 198, obs. J. Massip.

¹⁰⁵ Le droit antérieur à 2007 prévoyait l'interdiction d'approuver le compte trop rapidement.

¹⁰⁶ A. Bateur, A. Caron-Déglise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 179. Selon les auteurs, il convient toutefois de tempérer ce propos car une action en nullité aboutira à modifier le compte. Par ailleurs, l'approbation peut être annulée pour dol ou violence. Enfin, il reste au mineur devenu majeur qui ne peut plus contester le compte la possibilité d'intenter une action en responsabilité contre le représentant.

¹⁰⁷ *Ibid.* L'action en reddition de comptes vise à la fixation du reliquat à défaut d'approbation et elle peut être ouverte même quand le compte ne satisfait pas le mineur devenu majeur.

procédure civile afin de pouvoir obtenir restitution des sommes perçues pour son compte pendant sa minorité à la suite d'un accident de la circulation¹⁰⁸.

La revendication visée par l'article 515 du Code civil renvoie au droit pour le propriétaire de récupérer son bien et vise ainsi la réintégration dans le patrimoine du mineur, de biens meubles ou immeubles ou de sommes d'argent. Les administrateurs légaux ne sont en effet que détenteurs précaires des biens de leur enfant pendant la minorité, exerçant « un pouvoir de fait en vertu d'un titre juridique qui implique la reconnaissance du titre de propriété d'autrui et l'obligation de la restituer à son propriétaire. »¹⁰⁹ Ils possèdent donc une obligation de restitution, la durée de la détention et la date de restitution étant déterminées par le titre, en l'occurrence l'administration légale exercée jusqu'à la majorité. A défaut de restitution, le mineur dispose ainsi d'une action en revendication qui aboutira à la restitution des biens.

L'action en paiement consiste, quant à elle, dans le paiement du reliquat, c'est-à-dire le reste dont les représentants se trouvent débiteurs après clôture et arrêté du compte.

455. Le délai de prescription de ces actions a pu faire débat mais le législateur a réglé la question en les soumettant à une prescription quinquennale comme pour toute action en matière tutélaire. Un autre problème était également fréquemment soumis à la jurisprudence, celui du point de départ de la prescription, notamment en cas de gestion de fait après la majorité. En cas de gestion continuée au-delà de la majorité, il était admis que le délai de prescription débutait au jour où la gestion avait cessé¹¹⁰. Mais cette solution a été abandonnée par le législateur en 2007 et c'est à compter de la majorité que court désormais le délai de prescription.

B. L'action relative à la personne des représentants légaux : la responsabilité civile

456. La responsabilité civile des représentants peut tout à fait être cumulée avec les précédentes actions. Elle fait l'objet d'une disposition spécifique depuis la réforme du 5 mars 2007, confirmant son caractère complémentaire. La jurisprudence est assez sévère avec les représentants leur imposant une vigilance renforcée et les sanctionnant

¹⁰⁸ TGI Carpentras, réf. 8 juillet 1998, *BICC* 1^{er} février 1999, n° 149.

¹⁰⁹ G. Cornu, *Droit civil, Les biens*, Montchrestien, Domat droit privé, 13^e éd., 2007, n° 51.

¹¹⁰ Civ. 1^{ère} 19 février 1991, *Bull. civ. I*, n° 66 ; *Rép. Def.* 1991. 953, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1991. 707, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{ère} 16 avril 2008, *Bull. civ. I*, n° 120 ; *D.* 2008. IR. 1411.

en cas de faute même légère (1). L'intégration de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est loin d'aller en sens contraire. Dans certaines conditions, les représentants peuvent voir leur responsabilité partagée avec celle des tiers (2).

1) La sanction de la faute légère des représentants légaux

457. Selon l'article 412 du Code civil, « tous les organes de la tutelle sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction. » L'article 389-5 alinéa 4 du Code civil dispose par ailleurs que « si l'acte [accompli par les représentants] cause un préjudice au mineur, les parents en sont responsables solidairement. » Intégré aux dispositions relatives au régime des actes de disposition, cet alinéa a-t-il également vocation à s'appliquer aux actes d'administration ? La généralité du principe de responsabilité des représentants légaux énoncé par l'article 412 incline en ce sens.

La responsabilité civile se superpose aux actions précédentes et en dépit de sa spécificité obéit aux conditions classiques de la responsabilité. Dans l'exercice de sa mission, le représentant doit avoir commis une faute ayant causé un préjudice au mineur. L'action en responsabilité civile se prescrit par cinq ans et le délai commence à courir à compter de la majorité de l'enfant même si la gestion a continué au-delà. La responsabilité est solidaire et plus lourde que la responsabilité habituelle des mandataires à titre gratuit¹¹¹. La faute est appréciée *in abstracto*¹¹². Le représentant commet ainsi une faute susceptible d'engager sa responsabilité lorsqu'il expose le patrimoine du mineur aux risques d'opérations commerciales imprudentes dont il devait prévoir l'issue fatale¹¹³, fait mauvais usage des ressources¹¹⁴, néglige l'entretien des biens¹¹⁵, dilapide le capital de l'enfant¹¹⁶, dissipe totalement l'indemnité revenant au mineur même si la maladie de ce dernier a entraîné un surcoût¹¹⁷, ne place pas les indemnités allouées à l'enfant à la suite d'un accident de la circulation¹¹⁸. C'est à

¹¹¹ Comp. article 1992 alinéa 2 du Code civil.

¹¹² J. Massip, *op. cit.*, n° 45.

¹¹³ Req. 23 avril 1902, *D.* 1902. 309.

¹¹⁴ Rouen 13 décembre 1905, *D.* 1908. 233.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Nancy 24 novembre 1999, *Juris-Data* n° 1999-107717 ; Montpellier 16 novembre 1999, *Juris-Data* n° 108662.

¹¹⁷ Toulouse 13 mars 2007, *Juris-Data* n° 2007-334358 ; Paris 21 janvier 1994, *D.* 1994. 530, obs. E.S. de la Marnière ; *RTD Civ.* 1994. 329, obs. J. Hauser.

¹¹⁸ Montpellier 11 mars 2003, *Juris-Data* n° 2003-216631 ; Montpellier 23 novembre 2004, *Juris-Data* n° 264692.

l'administrateur légal d'établir l'existence d'un cas de force majeure l'ayant empêché de gérer les biens en bon père de famille¹¹⁹. En revanche, ne commet pas de faute le représentant qui a dépensé le capital et les fruits dès lors qu'il prouve qu'il a été contraint par sa situation précaire de les utiliser pour l'entretien et l'éducation de l'enfant¹²⁰.

En matière extrapatrimoniale, même si son existence de principe ne peut être contestée, la responsabilité civile est beaucoup moins évidente en raison de la particularité du domaine dans lequel elle a vocation à intervenir et du degré de gravité à partir duquel la faute parentale est prise en compte¹²¹. *De lege lata*, elle semble n'exister qu'entre les parents et non à l'égard de l'enfant¹²².

2) Le partage de responsabilité avec les interlocuteurs des représentants légaux

458. Les représentants qui manquent à leurs obligations de prudence et de diligence engagent sans conteste leur responsabilité, même s'ils ont été autorisés judiciairement, car l'autorisation ne leur impose pas d'accomplir l'acte et ils restent libres de leurs agissements. Pour autant, il se peut qu'ils aient été mal conseillés, que leur interlocuteur ait lui-même négligé son propre devoir d'information et de conseil. Dans de tels cas de figure, les représentants légaux peuvent voir leur responsabilité atténuée soit parce qu'elle est partagée avec celle de l'État (a) ou avec celle des tiers (b).

a. Le partage de responsabilité avec l'État

459. L'autorisation du juge des tutelles ne peut dégager les représentants de leur responsabilité personnelle car elle n'emporte « ni transfert, ni négation du pouvoir du représentant légal »¹²³. Ils possèdent toujours une faculté d'agir librement sans être tenus par l'autorisation. Si l'exécution de l'acte autorisé s'avère dommageable, seuls les représentants engagent leur responsabilité. Cela ne signifie pour autant pas que la responsabilité de l'État soit inenvisageable. L'ancienne référence au bon père de famille

¹¹⁹ Montpellier 16 novembre 1999, Juris-Data n° 108662.

¹²⁰ Poitiers 4 juin 1986, Juris-Data n° 1986-045184. Pour l'absence de responsabilité du tuteur, v. également Paris 13 septembre 2004, Juris-Data n° 2004-253027.

¹²¹ V. *infra* n° 536 et 540. A propos de la responsabilité du tuteur dans l'exercice de sa mission de protection de la personne, A. Batteur, A. Caron-Déglise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 497.

¹²² V. *infra* n° 539.

¹²³ C. Farge, thèse préc., n° 316.

ne s'imposait pas seulement aux représentants mais également au juge des tutelles¹²⁴. L'article 412 alinéa 2 dispose que « lorsque la faute à l'origine du dommage a été causée dans l'organisation et le fonctionnement de la tutelle par le juge des tutelles, le greffier en chef du tribunal de grande instance ou le greffier, l'action en responsabilité est dirigée contre l'État qui dispose d'une action récursoire. » L'action est réservée à la personne protégée, à son représentant légal ou à ses ayants-droits¹²⁵. La responsabilité fondée sur l'article 412 alinéa 2 du Code civil permet de poursuivre en responsabilité l'État pour une faute quelconque, alors que la responsabilité de droit commun pour dysfonctionnement du service public de la justice exige une faute lourde¹²⁶. La faute peut relever de l'organisation et du fonctionnement des services. En prévoyant que la faute peut résulter de l'organisation de la tutelle, le législateur a permis d'élargir la notion de faute dans le fonctionnement, suivant en cela la jurisprudence qui avait admis que le juge des tutelles avait commis une faute en décidant d'une mesure d'administration légale alors que le patrimoine du majeur protégé requérait plutôt une mesure de tutelle avec conseil de famille¹²⁷.

Appliquée à notre hypothèse, la faute découle essentiellement d'un mauvais fonctionnement du service. La responsabilité de l'État résulte en effet soit d'une faute du juge dans sa mission de surveillance générale, soit d'une autorisation délivrée de manière irréfléchie¹²⁸. C'est surtout le contrôle des comptes qui suscite le plus fort contentieux¹²⁹. Mais la négligence du juge dans la surveillance des comptes est souvent cumulée avec d'autres éléments : omission d'avertir le magistrat nouvellement compétent des difficultés d'un dossier¹³⁰, absence de remplacement d'un tuteur dont la mauvaise gestion est connue¹³¹. Il peut également s'agir d'un manque de coordination

¹²⁴ Th. Fossier, « Juge et bon père de famille, les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour le mineur », art. préc.

¹²⁵ Civ. 1^{ère} 17 mars 2010, *Bull. civ. I*, n° 68 ; *Dr. famille* 2010, comm. 89, obs. I. Maria (rejet de l'action intentée par les nièces de la personne protégée).

¹²⁶ Article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire.

¹²⁷ Civ. 1^{ère} 4 juillet 2006, *Bull. civ. I*, n° 348 ; *JCP G* 2006, II, 10118, avis de l'avocat général J. D. Sarcelet et note Th. Fossier ; *JCP N* 2007, 1003, note J.-M. Plazy.

¹²⁸ Th. Fossier, art. préc.

¹²⁹ A propos d'un mineur sous tutelle, Civ.1^{ère} 3 juillet 1996, *Bull. civ. I*, n° 291 ; *Rép. Def.* 1997. 320, n° 11, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1996. 879, obs. J. Hauser. Confirmant Paris 21 janvier 1994, préc. A propos d'une gérance de tutelle, Paris 17 mai 2001, *D.* 2002. 2165, obs. J.-J. Lemouland.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Respectivement TGI Montpellier 28 septembre 2000, inédit ; TGI Montargis 13 décembre 2000, inédit, cités par Th. Fossier, art. préc. L'auteur relève l'absence de lien de causalité manifeste entre le défaut de contrôle des comptes et le préjudice subi par la personne protégée, ce qui implique fréquemment de pointer d'autres négligences.

entre le Parquet et le juge des tutelles¹³². La faute peut par ailleurs découler de l'autorisation donnée par le juge des tutelles. Il en est ainsi de l'autorisation d'un acte interdit aux administrateurs légaux tel que le cautionnement hypothécaire. L'acte ne peut pas être annulé en raison de l'autorité de la chose jugée, mais la responsabilité de l'État peut être mise en œuvre¹³³. Il peut également s'agir d'un acte autorisé sans véritable contrôle de l'intérêt de l'enfant par le juge des tutelles. A ainsi été indemnisé le mineur du préjudice résultant de l'absence fautive de surveillance et de contrôle judiciaire de l'administration légale de ses biens consistant dans l'autorisation donnée par le juge des tutelles à l'acquisition par le représenté de la moitié de la nue-propriété de l'appartement qu'il occupait avec sa mère alors que le prix était excessif et que l'acquisition profitait uniquement à la mère¹³⁴.

S'il est impossible pour les représentants qui ont manqué à leur obligation de diligence et de prudence d'échapper à leur responsabilité en invoquant celle de l'État, ils peuvent néanmoins obtenir un partage de responsabilité. Le juge des tutelles qui n'aura pas accompli sa mission de surveillance générale, soit en s'abstenant de vérifier les comptes, soit en délivrant négligemment et imprudemment une autorisation pourra voir sa responsabilité engagée par l'intermédiaire de l'État.

b. Le partage de responsabilité avec les tiers

460. Traditionnellement pèse sur les professionnels que les administrateurs légaux sont amenés à rencontrer lors de l'exercice de leur fonction un devoir de conseil et d'information qui peut aboutir à une condamnation *in solidum* des représentants et du tiers en cas de préjudice causé au mineur (α). Jusqu'à présent, les tiers n'étaient pas responsables du mauvais usage des fonds du mineur par les administrateurs légaux. Il faut néanmoins constater une évolution car si le principe demeure, le législateur semble avoir créé une nouvelle obligation pour les tiers, celle d'informer le juge lorsqu'ils ont connaissance d'un emploi irrégulier de capitaux (β).

¹³² A. Bateur, A. Caron-Déglise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 504.

¹³³ Montpellier 18 décembre 1995, préc. V. également J. Massip, obs. sous Civ. 1^{ère} 2 décembre 1997, *Rép. Def.* 1998, 729.

¹³⁴ Paris 30 janvier 2007, Juris-Data n° 2007-331413. Également Civ. 1^{ère} 26 juin 1979, *Bull. civ. I*, n° 291 : s'agissant d'un mineur sous tutelle, responsabilité du juge des tutelles qui a autorisé l'acceptation pure et simple d'une succession sans vérifier l'importance du passif.

α) Le devoir de conseiller et d'informer les représentants légaux

461. Les tiers peuvent engager leur responsabilité, à l'égard du mineur comme des administrateurs légaux, en n'informant pas les représentants de la portée de leurs décisions. Ainsi, l'obligation d'information et de conseil à la charge des professionnels, en plein essor, notamment en matière bancaire¹³⁵, conduit à engager la responsabilité du banquier, de l'assureur, du notaire¹³⁶. La responsabilité pourra être partagée avec les représentants légaux. Un avocat a ainsi été condamné *in solidum* avec l'administrateur légal à réparer le préjudice subi par le mineur pour avoir manqué à son obligation de conseil et de prudence. Chargé de la protection des intérêts de la famille, il n'avait pas avisé en temps utile l'administrateur légal de son obligation de placer les fonds sur un compte ouvert au nom du mineur auprès d'un établissement agréé, ce qui a favorisé la dissipation des fonds¹³⁷.

De la même manière, a été condamné à réparer le préjudice subi pour manquement à son devoir de conseil l'assureur ayant reçu des fonds appartenant au mineur qui les a placés sur un compte de capitalisation ouvert au nom de l'administrateur légal, tout en connaissant le véritable propriétaire des fonds¹³⁸. De même, a été condamné à garantir l'administrateur légal de sa propre condamnation pour manquement à son devoir de conseil l'assureur qui verse en connaissance de cause les fonds appartenant au mineur sur un contrat d'assurance-vie dont le souscripteur et bénéficiaire est le père en son nom personnel¹³⁹.

Engage par ailleurs sa responsabilité à l'égard du mineur la banque qui permet la dissipation des fonds par ses négligences, notamment en n'avisant pas l'administrateur légal de la nécessité d'une autorisation du juge des tutelles¹⁴⁰ ou en ne recherchant pas

¹³⁵ De manière générale, Civ. 3^e 28 septembre 2005, pourvoi n° 04-14756 ; *JCP N* 2005, 1492, note J.-P. Garçon ; *RTD Civ.* 2005. 757, obs. J. Hauser ; *Rev. Sociétés* 2006. 103, note J.-P. Dom.

¹³⁶ Civ. 1^{ère} 7 février 1977, *D.* 1978. 221, obs. R. Savatier (le notaire en vertu de son obligation de conseil aurait dû informer l'administrateur légal de la nécessité de nommer un administrateur *ad hoc*). V. également, Th. Fossier, « De Versailles à Strasbourg, 20 ans de responsabilité notariale en matière d'incapacités », *JCP N* 2006, 1141 ; J. Klein et F. Gemignani, *JCP N* 2006, 1142. Pour un majeur protégé : Civ. 1^{ère} 24 février 1998, *JCP G* 1998, I, 10118, note Th. Fossier.

¹³⁷ Colmar 30 janvier 1998, *Juris-Data* n° 1998-043500.

¹³⁸ Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, pourvoi n° 09-11163.

¹³⁹ Pau 14 avril 1999, *Juris-Data* n° 1999-042836.

¹⁴⁰ Toulouse 3 mars 2005, *Juris-Data* n° 2005-281247.

le consentement de l'autre administrateur légal lorsqu'il s'agit d'accomplir un acte de disposition¹⁴¹.

β) Le devoir d'informer le juge de la connaissance de l'emploi irrégulier de capitaux
462. Selon l'article 499 du Code civil, « les tiers peuvent informer le juge des actes ou omissions du tuteur qui leur paraissent de nature à porter préjudice aux intérêts de la personne protégée. Ils ne sont pas garants de l'emploi des capitaux. Toutefois si à l'occasion de cet emploi, ils ont connaissance d'actes ou omissions qui compromettent manifestement l'intérêt de la personne protégée, ils en avisent le juge. »

Les tiers ne peuvent engager leur responsabilité lorsque les représentants font mauvais usage de leur pouvoir¹⁴². Cependant, l'obligation qui leur est faite d'informer le juge d'actes préjudiciables au mineur à l'occasion de l'emploi des capitaux semble ouvrir la voie à une responsabilité des tiers pour manquement au devoir d'informer le juge. Pourrait ainsi leur être reproché le fait de ne pas avoir avisé le juge du risque encouru par le mineur, risque découlant de négligences ou malveillances parentales lors de l'emploi des capitaux. Ces actes doivent manifestement compromettre l'intérêt de l'enfant. Un certain seuil de gravité est donc requis. Mais il est tout à fait possible de considérer que constitue un manquement à l'article 499 le fait de ne pas informer le juge des tutelles de l'absence d'autorisation judiciaire en cas d'acte de disposition ou de désaccord parental dès lors que l'intérêt du mineur est manifestement compromis. Dans de tels cas de figure, le tiers peut être condamné *in solidum* avec les représentants du mineur s'ils ont eux-mêmes commis une faute.

Si le partage de responsabilité peut tout à fait avoir lieu dans le cadre d'une action dirigée contre les représentants pour manquement à l'obligation de diligence, il faut admettre que la condamnation du tiers pour ne pas avoir informé le juge d'un emploi irrégulier des capitaux trouvera essentiellement à s'appliquer dans les cas de détournement de pouvoir, qui sont, non pas des manquements à l'obligation de diligence, mais à l'obligation de loyauté. Cette seconde obligation doit faire l'objet d'une étude plus approfondie.

¹⁴¹ Aix en Provence 13 janvier 2004, Juris-Data n° 2004-233636. En revanche, ne commet pas de faute la banque qui exécute l'ordre de virement de l'administrateur légal de fonds appartenant au mineur sur le compte d'un tiers : Paris 23 novembre 2006, Juris-Data n° 2006-319745.

¹⁴² Civ. 1^{ère} 20 mars 1989, *D.* 1989. 406, note J. Massip ; *JCP N* 1990, II, 33, note Th. Fossier. V. également Pau 30 avril 1997, *D.* 1998. 302, note F. Le Doujet-Thomas.

Section 2 : L'OBLIGATION DE LOYAUTÉ

463. L'article 496 alinéa 2 dispose que « le tuteur est tenu d'apporter dans la gestion du patrimoine de l'enfant des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée. » Cette disposition a été interprétée comme relevant de l'obligation de diligence, sans autonomie propre. Il s'agirait ainsi de rappeler la nature altruiste du pouvoir de représentation, dont la finalité est la satisfaction de l'intérêt d'autrui à la différence du droit subjectif¹⁴³. Pourtant, l'article 496 alinéa 2 *in fine* peut être analysé plus précisément encore. Certes, il s'agit de rechercher l'intérêt d'autrui comme l'impose tout pouvoir et en particulier celui de l'enfant comme tout pouvoir parental. Mais il implique également de ne rechercher que l'intérêt de l'enfant. En aucun cas, les représentants ne doivent rechercher leur propre intérêt, sous peine de commettre un détournement de pouvoir. Ils se doivent d'être loyaux avec le représenté. L'obligation de loyauté implique de ne rechercher que l'intérêt de l'enfant (§1). Mais la sanction de l'obligation de loyauté est d'application relative et c'est sur la prévention qu'il apparaît utile d'insister, ce qu'a pris en compte le législateur qui a mis en place et renforcé un mécanisme dessaisissant les représentants en cas d'opposition d'intérêts (§2).

§1. L'OBLIGATION DE N'AGIR QUE DANS L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

464. L'obligation de loyauté apparaît comme une obligation complémentaire de l'obligation de diligence à laquelle elle ne peut être assimilée (A). Son autonomie découle de la spécificité du contrôle qu'elle instaure, la sanction de la recherche de tout intérêt étranger à celui de l'enfant. Cependant, l'obligation de loyauté est entravée par la confusion des intérêts familiaux, ce qui conduit à en relativiser la sanction (B).

A. L'autonomie de l'obligation de loyauté

465. La loyauté peut être définie comme la fidélité manifestée par la conduite aux engagements pris. Elle postule honnêteté et probité. Tout titulaire d'un pouvoir de gestion des intérêts d'autrui se doit de faire un usage légitime du pouvoir¹⁴⁴ et d'agir en conformité avec la finalité de la prérogative conférée, à savoir justement l'intérêt d'autrui.

¹⁴³ A. Karm, art. préc.; A. Bateur, A. Caron-Dégliise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 450.

¹⁴⁴ Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 172.

Entendue comme le respect de la finalité du pouvoir qu'est l'intérêt de l'enfant, la loyauté peut relever de deux acceptions. Elle peut se définir comme la simple recherche de l'intérêt de l'enfant ou comme la recherche du seul intérêt de l'enfant. En d'autres termes, la loyauté consiste-t-elle à satisfaire l'intérêt de l'enfant ou à ne pas rechercher un intérêt autre que celui de l'enfant ? Faut-il retenir une conception extensive ou une conception restrictive ? Être loyal peut donc consister en deux modalités d'action, soit rechercher le « meilleur intérêt » possible, soit rechercher le seul intérêt de l'enfant. La différence entre les deux définitions n'est pas anodine puisque l'une des deux conceptions aboutit à assimiler loyauté et diligence. Toutefois une analyse plus précise met en évidence la spécificité de l'obligation de loyauté (1), conçue comme l'interdiction pour le représentant de rechercher un intérêt personnel. Cependant, cette définition demeure incomplète et doit être précisée. Le contexte familial ne peut être écarté et intérêt de l'enfant et intérêt de la famille peuvent être confrontés l'un à l'autre. L'obligation de loyauté doit être définie comme la recherche de l'intérêt exclusif de l'enfant, condamnant ainsi l'usage du pouvoir de représentation dans l'intérêt des tiers et notamment de la famille (2).

1) La spécificité de l'obligation de loyauté au regard de l'obligation de diligence

466. La méthode la plus évidente pour saisir le contenu de l'obligation de loyauté est l'approche négative, la loyauté se définissant plus facilement par le détour vers son contraire, la déloyauté. Le manquement à l'obligation de loyauté se caractérise par le détournement de pouvoir. « Il y a détournement de pouvoir chaque fois que le titulaire d'un droit-fonction met au service d'une fin autre que celle de sa fonction la marge de liberté d'action ou de pouvoir discrétionnaire qui lui est laissée »¹⁴⁵. Il s'agit donc de vérifier la conformité de l'acte à la finalité du pouvoir. A la différence du dépassement ou du défaut de pouvoir, le titulaire de la prérogative reste dans les limites objectives de son pouvoir mais il en outrepassé les limites subjectives, c'est-à-dire la finalité recherchée. Cependant, cette définition du détournement de pouvoir est si large qu'elle suscite le même type d'interrogations que précédemment : le détournement de pouvoir est-il établi dès lors que l'auteur de l'acte n'agit pas conformément à l'intérêt du sujet d'imputation ou seulement lorsqu'il a agi sciemment dans un intérêt autre ? Certains auteurs retiennent une conception extensive du détournement de pouvoir, l'admettant

¹⁴⁵ J. Dabin, *op. cit.*, p. 249.

même en l'absence d'intention d'user à mauvais escient de la prérogative¹⁴⁶, tandis que d'autres considèrent au contraire que l'élément intentionnel est un des critères déterminants du détournement de pouvoir¹⁴⁷.

La conception extensive implique de considérer qu'il y a manquement à l'obligation de loyauté dès lors que l'exercice du pouvoir n'a pas abouti à la satisfaction de l'intérêt de l'enfant, ce qui revient à admettre qu'une mauvaise décision ou une gestion malheureuse est un acte déloyal. Or, de tels faits sont avant tout des manquements à l'obligation de diligence ; un acte déloyal consisterait donc en une négligence et réciproquement, une négligence constituerait un manquement à l'obligation de loyauté. De la conception extensive de la loyauté résulte donc un obscurcissement des limites avec l'obligation de diligence et même une confusion des obligations de diligence et de loyauté¹⁴⁸.

467. Or, ces deux obligations doivent être distinguées car elles répondent chacune à un point de contrôle précis de l'usage du pouvoir. La raison d'être de la surveillance réside dans le risque pour le titulaire de la prérogative non seulement de mal gérer les affaires d'autrui, mais également, voire surtout, d'abuser et de détourner l'usage du pouvoir de sa finalité initiale. « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser »¹⁴⁹, le risque majeur étant que le représentant profite de sa prérogative pour satisfaire ses propres intérêts. Un tel risque ne peut être contenu que par la mise en œuvre d'un contrôle spécifique et l'imputation d'une obligation de loyauté, imposant de ne pas rechercher un intérêt propre en usant du pouvoir. Celle-ci est donc complémentaire de l'obligation de diligence et ne peut recouvrir le même contenu au risque de ne pas sanctionner des détournements de pouvoir. Certes, l'obligation de diligence conçue de manière extensive et incluant la loyauté pourrait sanctionner la

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 242 ; M. Storck, *op. cit.*, n° 201.

¹⁴⁷ E. Gaillard, *op. cit.*, n° 150.

¹⁴⁸ Ph. Didier, *op. cit.*, n° 239. M. Didier considère que loyauté et diligence sont fongibles et fusionnent au sein d'une obligation fiduciaire dès lors l'appréciation de la loyauté est abstraite. En effet, la loyauté peut être entendue de deux manières. La conception négative implique de ne pas rechercher un intérêt autre que l'intérêt du représenté, la conception positive implique de rechercher le « meilleur intérêt » du représenté. Or, la première est très difficile à mettre en œuvre dans la mesure où elle nécessite une appréciation subjective et la recherche des motifs du représentant. La seconde conception impose une appréciation abstraite de la violation de l'obligation puisqu'il importe de s'interroger sur la meilleure décision. Par conséquent, la conception positive soumise à une appréciation objective conduit à affirmer qu'un manquement à l'obligation de loyauté résidant dans une mauvaise décision pour le représenté constitue également un manquement à l'obligation de diligence. Réciproquement une grave négligence constitue un acte déloyal.

¹⁴⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Flammarion, rééd. 2001, Livre XI, chapitre IV.

recherche de son propre intérêt par le représentant puisque la conception serait suffisamment large pour considérer que rechercher son intérêt propre n'est pas rechercher l'intérêt de l'enfant.

Pourtant, les deux obligations ne peuvent avoir le même contenu. La diligence peut s'appliquer à tous, titulaire ou non d'un pouvoir. L'obligation de diligence et de prudence est une obligation générale qui s'impose à tous. Chacun doit se comporter de manière prudente et diligente, sous peine en cas de manquement causant un dommage à autrui d'engager sa propre responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Même finalisée par l'intérêt de l'enfant, elle n'est pas en elle-même spécifique au contrôle de l'usage d'un pouvoir car elle n'est que la transposition d'une exigence générale à la représentation. L'obligation de diligence et de prudence ne caractérise donc pas le régime juridique du pouvoir et de la représentation. C'est l'obligation de loyauté qui apporte sa spécificité au contrôle de l'exercice du pouvoir de représentation. La conception stricte de l'obligation de loyauté doit donc être retenue, définie comme la recherche du seul intérêt du représenté, ce qui aboutit au rejet de sa fusion avec l'obligation de diligence. C'est pourquoi, l'article 496 alinéa 2 *in fine* ne peut s'analyser comme le simple rappel du caractère altruiste du pouvoir. Le respect de l'obligation de loyauté est assuré par le contrôle du détournement de pouvoir. C'est de la nature même de la prérogative qualifiée de pouvoir que le juge tire le principe de son contrôle¹⁵⁰. L'office du juge est néanmoins compliqué par la coexistence des intérêts familiaux et de l'intérêt de l'enfant.

2) La primauté de l'intérêt de l'enfant sur l'intérêt de la famille

468. Si le détournement est caractérisé par la recherche de son intérêt personnel par le représentant, l'usage du pouvoir dans un sens où l'intérêt de l'enfant n'est pas complètement écarté mais associé, voire intégré à l'intérêt d'autrui suscite des interrogations. A la définition de la loyauté consistant dans l'absence de recherche d'un intérêt personnel, il convient d'ajouter que la loyauté implique également de ne pas rechercher l'intérêt d'un tiers¹⁵¹. Le pouvoir de représentation suppose par ailleurs de ne rechercher que l'intérêt de l'enfant puisque ce sont ses droits subjectifs et eux seuls qui sont en cause. L'exercice des droits du mineur doit donc être conforme à sa finalité

¹⁵⁰ E. Gaillard, *op. cit.*, n° 144.

¹⁵¹ Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 196.

initiale : la satisfaction d'intérêts personnels et propres au mineur, à l'exclusion des intérêts des tiers.

469. L'intérêt de la famille vient cependant compliquer l'approche de la loyauté des représentants de l'enfant. L'usage du pouvoir de représentation s'inscrit dans une configuration où divers intérêts peuvent confluer ou entrer en opposition. L'intérêt de la famille, l'intérêt propre de chacun de ses membres et l'intérêt de l'enfant dont les droits sont en cause s'entremêlent et créent un contexte au sein duquel les représentants évoluent. Isoler intérêts de l'enfant et de la famille n'est pas toujours aisé. La satisfaction des intérêts de la famille, en toute logique, assure la protection des intérêts de l'enfant qui en fait partie. Lorsque, pour loger la famille, les parents acquièrent une maison d'habitation qu'ils financent en partie avec des fonds de l'enfant, comme cela arrive par exemple lorsque celui-ci aura reçu une indemnité consécutive à un préjudice subi, l'intérêt de la famille est satisfait, de même *a priori* que l'intérêt de l'enfant. Pour autant, ce dernier n'est pas dissous dans l'intérêt de la famille puisqu'il pouvait être préférable pour lui de conserver ces fonds afin, à sa majorité, d'en bénéficier pour commencer sa vie d'adulte. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant et le principe de primauté obligent à dissocier nettement intérêt de l'enfant et intérêt de la famille ; la satisfaction de l'intérêt de la famille ne suffit pas à garantir l'intérêt de l'enfant. Au contraire, la solution la plus adaptée aux besoins de l'enfant, en adéquation avec son intérêt supérieur, doit être retenue et elle peut écarter l'intérêt de la famille. L'effet exclusif de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant pénètre ainsi les relations familiales¹⁵². Dans ces conditions, l'intérêt de la famille ne coïncide pas avec celui de l'enfant. La question se pose alors de savoir si le pouvoir de représentation a été exercé correctement dans la mesure où l'acte n'est pas en lui-même directement nuisible à l'enfant.

470. Selon le principe de primauté, c'est la solution la plus favorable pour l'enfant qui doit prioritairement être retenue. L'association de la représentation, dont le fondement réside dans la satisfaction d'intérêts propres au mineur, par définition exclusifs de ceux d'autrui, et du principe de primauté conduit à affirmer que son intérêt supérieur, apprécié *in abstracto*, réside dans la satisfaction de ses intérêts égoïstes et à sanctionner tout usage du pouvoir dans un intérêt autre que celui de l'enfant, même lorsque l'intérêt

¹⁵² V. *supra* n° 441.

de la famille est en cause¹⁵³. En cas de multiplicité d'intérêts dans une même situation juridique, cas dans lesquels il peut donc être aisé de se référer à l'intérêt de la famille pour justifier un usage détourné du pouvoir, l'intérêt de l'enfant prévaut sur les autres, dès lors que ses droits subjectifs sont en cause. C'est donc l'effet exclusif du principe de primauté qui s'applique.

Parce qu'intérêt de la famille et intérêt de l'enfant ne se recoupent pas et parce que la notion d'intérêt supérieur permet de faire prévaloir ce dernier lorsque ses droits sont exercés, l'obligation de loyauté pesant sur le représentant légal doit être définie comme l'obligation de n'agir que dans l'intérêt de l'enfant, à l'exclusion des intérêts d'autrui. Le représentant ne peut rechercher son intérêt personnel, ni même un intérêt partiellement étranger à l'intérêt de l'enfant. Dès lors que la prérogative parentale est utilisée à des fins même partiellement étrangères à l'intérêt de l'enfant, le manquement à l'obligation de loyauté est constitué et doit dès lors faire l'objet d'une sanction.

B. La sanction du détournement de pouvoir par les représentants légaux

471. L'acception restrictive de l'obligation de loyauté commande de retenir une définition du détournement de pouvoir axée sur l'importance de l'élément intentionnel. Le manquement est caractérisé lorsque les représentants n'ont volontairement pas recherché le seul intérêt de l'enfant. Le contrôle du détournement de pouvoir est une technique de contrôle judiciaire des mobiles et il importe de « confronter le mobile qui a animé l'auteur de l'acte au but poursuivi par la norme dont il tient ses pouvoirs. (...) c'est l'inadéquation des mobiles au but qui caractérise le détournement de pouvoir »¹⁵⁴. Il en est ainsi lorsque les parents utilisent sciemment les fonds ou les biens de leur enfant à des fins personnelles ou familiales sans les lui restituer. La théorie du détournement de pouvoir ne figure pas dans le Code civil et elle résulte essentiellement d'un travail doctrinal. Ne reposant pas sur des bases incontestables, elle contribue à la confusion de l'obligation de loyauté avec l'obligation de diligence. Avant d'envisager l'appréhension par la jurisprudence du détournement de pouvoir commis par les représentants légaux, il importe de distinguer le contrôle du détournement de pouvoir d'autres cas de contrôle des mobiles (1). Cette première distinction permet de montrer la particularité du détournement de pouvoir et de rejeter l'idée d'une sanction fondée sur la

¹⁵³ Civ. 1^{ère} 20 février 2007, pourvoi n° 06-10457.

¹⁵⁴ E. Gaillard, *op. cit.*, n° 151.

fraude, la cause ou l'abus de droits. C'est dans la responsabilité civile des représentants que réside la sanction de la déloyauté (2).

1) Le détournement de pouvoir, cas spécifique de mauvais usage intentionnel d'une prérogative

472. Le contrôle des mobiles effectué à l'occasion de la recherche éventuelle d'un détournement de pouvoir peut entraîner une confusion avec des contrôles similaires tels que l'abus de droits, la cause ou la fraude ; ils doivent pourtant être distingués. Le détournement de pouvoir ne peut être assimilé à la cause illicite ou immorale dans la mesure où celle-ci ne se préoccupe pas du respect de la finalité de la prérogative et où la non-conformité de l'acte à la finalité n'implique pas l'immoralité ou l'illicéité de sa cause. L'achat d'une voiture par les parents avec les fonds du mineur implique un usage détourné du pouvoir, mais la cause de l'acte peut être tout à fait licite, comme le besoin d'avoir un véhicule pour se rendre sur leur lieu de travail¹⁵⁵. Le détournement de pouvoir doit également être différencié de l'abus de droits, théorie généralement applicables aux droits subjectifs, dans la mesure où le contrôle ne se limite pas à la recherche d'une intention de nuire¹⁵⁶, mais à tous les mobiles étrangers à la finalité du pouvoir.

Il n'est pas rare de lire que les administrateurs légaux ont utilisé frauduleusement les biens du mineur. Le détournement de pouvoir doit pourtant être distingué de la fraude même s'ils ont en commun de violer « l'esprit et non la lettre de la loi »¹⁵⁷. La fraude peut être entendue dans un sens large comme dans un sens plus précis. La fraude à la loi relève de ce second sens et implique l'utilisation intentionnelle d'un moyen licite afin de se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire¹⁵⁸, un « acte régulier en soi accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive »¹⁵⁹. Or, en détournant des fonds ou des biens appartenant à leur enfant, les représentants ont pour

¹⁵⁵ Par ailleurs, la sanction de la cause immorale est inadaptée au détournement de pouvoir. La nullité absolue justifiée par l'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs n'est pas adaptée à la protection de l'intérêt particulier violé par le titulaire du pouvoir. E. Gaillard, *op. cit.*, n° 165.

¹⁵⁶ La jurisprudence retient majoritairement le critère de l'intention de nuire mais la doctrine est moins catégorique. V. F. Terré, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 496 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations*, par F. Chabas, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n° 458.

¹⁵⁷ M. Waline, cité par E. Gaillard, *op. cit.*, n° 167.

¹⁵⁸ J. Vidal, *Essai d'une théorie de la fraude en droit français : le principe « fraus omnia corrumpit »*, préf. G. Marty, Dalloz, 1957, n° 63 et s.

¹⁵⁹ V° « Fraude », in *Vocabulaire juridique* (sous la dir. de G. Cornu), *op. cit.*

objectif la satisfaction de leurs intérêts personnels mais pas nécessairement la volonté d'échapper à une loi. Des parents qui achètent une maison en leur nom avec les fonds de l'enfant ne contournent pas nécessairement volontairement une règle de droit. Lorsqu'ils retirent les capitaux appartenant au mineur et les utilisent à leur gré dans leur propre intérêt, il n'y a pas volonté de se soustraire à des obligations imposées par la loi, simplement celle de profiter des facilités que leur offre leur pouvoir. La fraude paulienne qui consiste pour le débiteur à organiser son insolvabilité afin d'échapper à son ou ses créanciers ne peut non plus être assimilée au détournement de pouvoir. Il est effectivement des cas où le détournement de pouvoir pourra être frauduleux mais il ne doit pas y avoir confusion. Un père supportant un lourd passif fiscal a ainsi voulu transférer une partie de son patrimoine vers celui de ses enfants¹⁶⁰. Pour cela, il achète en tant qu'administrateur légal et représentant de ses enfants mineurs un bien immobilier au nom de ces derniers avec l'autorisation du juge des tutelles et règle l'acquisition avec ses fonds propres. Il s'est ainsi servi de son pouvoir de représentation pour en apparence satisfaire les intérêts patrimoniaux de ses enfants mais en réalité ce sont ses propres intérêts qu'il souhaitait favoriser ; il a profité de sa qualité d'administrateur légal pour organiser son insolvabilité et par là-même satisfaire ses intérêts personnels et a ainsi détourné son pouvoir de sa finalité initiale. A ce détournement de pouvoir s'est superposée une fraude : l'usage de son pouvoir de représentant, acte licite, pour échapper à ses créanciers. En l'occurrence, les règles relatives à la fraude ont été appliquées. Cette solution laisse penser que le détournement de pouvoir ne possède pas d'autonomie propre et soutient l'idée selon laquelle la sanction applicable est fonction de la qualification attribuée en parallèle¹⁶¹. Pourtant, ici, si la fraude a été retenue, c'est parce que ce sont les créanciers du père qui agissait, non les enfants, ce qui ne condamne pas l'idée d'une sanction propre au détournement de pouvoir.

Si le détournement de pouvoir peut exister parallèlement à une fraude, il ne peut en revanche y être assimilé dans la mesure où il n'implique pas nécessairement volonté d'échapper à une règle obligatoire. En revanche, en retenant l'acception large de la fraude, à savoir la tromperie, la mauvaise foi, « mère de toutes les tromperies qui

¹⁶⁰ Civ. 1^{ère} 19 septembre 2007, *Bull. civ.* I, n° 297; *RJPF*-2008-1/11, obs. J. Casey.

¹⁶¹ V. *infra* n° 474.

peuvent infecter les rapports de droit »¹⁶², il est possible effectivement d'admettre que le détournement de pouvoir constitue un usage frauduleux du pouvoir de représentation et c'est d'ailleurs fréquemment ce sens qui est retenu. Mais en aucun cas, la notion stricte de fraude à laquelle est attaché un régime juridique particulier, notamment l'inopposabilité de l'acte frauduleux, ne peut être synonyme de détournement de pouvoir. Le détournement de pouvoir peut être frauduleux, au sens précis du terme, comme ne pas l'être. La fraude est d'application plus vaste que le détournement de pouvoir puisqu'elle vise également l'usage des droits subjectifs et elle consiste dans le recours à une règle pour en éviter une autre. Le détournement réside dans l'utilisation d'un pouvoir pour satisfaire un intérêt essentiellement personnel¹⁶³. La fraude implique certes la recherche d'un intérêt personnel mais surtout l'intention de nuire aux intérêts d'autrui, ou tout du moins sa conscience¹⁶⁴. Le détournement de pouvoir suppose la recherche de son intérêt personnel par le titulaire de la prérogative mais ne signifie pas qu'il a pour objectif de préjudicier aux intérêts du représenté. L'élément intentionnel qui caractérise le détournement de pouvoir n'implique pas l'intention de nuire à autrui. La recherche de l'intérêt de l'enfant peut tout à fait coexister avec la recherche d'un intérêt personnel. Il en est ainsi lorsque les parents acquièrent un bien en leur nom avec des fonds du mineur. De même, le père qui a profité de son pouvoir pour échapper aux créanciers n'a pas cherché à nuire à ses enfants.

473. Le détournement de pouvoir est donc un cas spécifique de mauvais usage intentionnel d'une prérogative. En raison de la multiplicité des mobiles qui président à l'acte, il est nécessaire de rapporter la preuve d'un mobile déterminant, de prouver que la recherche d'un intérêt personnel ou de celui de la famille a été déterminante dans l'accomplissement de l'acte. Parce qu'il suppose de prouver l'existence d'un mobile non-conforme à la finalité de l'acte, le détournement de pouvoir paraît difficile à prouver, ce qui minimise la portée de l'obligation de loyauté. Mais il s'agit de rapporter la preuve d'un fait juridique ; dès lors les présomptions ont toute leur place dans la démonstration du mauvais usage du pouvoir¹⁶⁵. Elles permettent ainsi de tirer des circonstances la non-conformité de l'intention du représentant au but fixé par le

¹⁶² H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, *op. cit.*, p. 283.

¹⁶³ J. Vidal, *op. cit.*, p. 348. La fraude peut se trouver "englobée dans la notion plus large de détournement de pouvoir", lorsque celui-ci est efficacement sanctionné.

¹⁶⁴ *Ibid.* ; v. également, P.-Y. Gautier, F. Pasqualini, « Action paulienne », *Rép. civ. Dalloz*, 2006, n° 70.

¹⁶⁵ C. Farge, *op. cit.*, n° 374. V. Également Paris 4 mai 1965, *JCP G* 1966, II, 14724, note D. Huet-Weiller.

législateur. En réalité, la relativité de l'obligation de loyauté résulte de l'absence de sanction systématique.

2) La relativité de la sanction du détournement de pouvoir

474. A la différence du droit public, il n'existe pas en droit privé de sanction propre au détournement de pouvoir en dépit des efforts de la doctrine pour construire une théorie du pouvoir¹⁶⁶. Celle-ci est divisée quant au sort réservé en général à la déloyauté. Pour une partie des auteurs, le détournement de pouvoir n'est pas autonome et, nécessairement associé à un autre cas de mauvais usage du pouvoir, il se voit appliquer la sanction attribuée à la qualification retenue¹⁶⁷. Puisqu'il s'agit de rechercher les mobiles de l'auteur, le contrôle aura lieu par l'intermédiaire de la fraude ou de la cause et selon le problème, l'acte sera inopposable ou nul. Certains auteurs considèrent que, par symétrie avec l'abus de droits, il convient de sanctionner le détournement de pouvoir par la responsabilité de son auteur¹⁶⁸. Enfin, d'autres considèrent au contraire que l'acte accompli par détournement de pouvoir est nul¹⁶⁹. L'étude du cas du détournement de leurs prérogatives par les administrateurs légaux et tuteurs révèle que la sanction n'est pas la nullité de l'acte car la restitution du bien détourné n'apparaît que comme l'aboutissement d'une action en revendication (a). Seule la responsabilité civile des représentants est mise en œuvre, mais elle est loin d'être systématique (b).

a. La restitution fondée sur le droit de propriété du mineur

475. Dans la plupart des décisions, le détournement de pouvoir par les administrateurs légaux aboutit à une restitution. Or, l'origine de cette restitution n'est pas aisément déterminable. Les restitutions peuvent être normales ou anormales, les premières étant voulues ou en tout cas prévues, les secondes ne l'étant pas¹⁷⁰. Au sein des restitutions

¹⁶⁶ E. Gaillard, *op. cit.*

¹⁶⁷ M. Storck, *op. cit.*, n° 201 et s. ; Ph. Pétel, *op. cit.*, n° 204 et s.

¹⁶⁸ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 764 à 769.

¹⁶⁹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 164 ; E. Gaillard, *op. cit.*, n° 182 ; C. Farge, thèse préc., n° 380. M. Gaillard s'interroge néanmoins sur le point de savoir si la responsabilité civile ne sanctionne pas malgré tout le détournement de pouvoir. En effet, il n'est pas interdit de penser selon lui que la nullité prononcée n'est qu'une réparation en nature du préjudice causé par le détournement de pouvoir. Cependant, pour considérer que la nullité est la sanction de la responsabilité civile, il faut admettre qu'un préjudice a été prouvé. Or, la jurisprudence ne le mentionne pas au titre des conditions de la nullité. Les deux cependant peuvent être combinées dès lors qu'un préjudice existe dans la mesure où la sanction de l'acte et celle de l'auteur doivent être différenciées.

¹⁷⁰ M. Malaurie, *Les restitutions en droit civil*, préf. G. Cornu, éd. Cujas, 1991, p. 35 et s.

normales figurent les restitutions liées à la fin de l'usufruit, du prêt ou à l'avènement de la condition résolutoire. Au sein des secondes figurent les restitutions dont le fait générateur est anormal, en ce qu'il y a un trouble dans une situation juridique : elles résultent de la revendication ou de la nullité. La restitution consécutive à la responsabilité ne relève pas des restitutions précédemment mentionnées¹⁷¹. Certes, elles visent toutes deux au retour au *statu quo ante*, à rétablir un équilibre rompu. Cependant, restitution et réparation en nature ou par équivalent doivent être distinguées dans la mesure où la première réintègre un bien dans un patrimoine, tandis que l'autre répare un dommage. La restitution opère un retour du bien dans le patrimoine de son titulaire tandis que la responsabilité tend à remettre la personne dans la situation dans laquelle elle serait si le dommage n'avait pas eu lieu. Cette différence a des conséquences sur l'évaluation de la restitution par équivalent puisqu'en matière de responsabilité, elle correspondra aux pertes subies mais également aux gains manqués¹⁷².

La restitution prononcée par les juges lorsque les représentants ont détourné les biens du mineur peut donc être la conséquence d'une action en nullité, mais également être considérée comme une réparation dans le cadre d'une action en responsabilité, ou encore être le résultat d'une action en revendication fondée sur l'article 515 du Code civil, autrefois action pour fait de tutelle. En dépit des réserves susmentionnées, la responsabilité civile du représentant peut tout à fait être le fondement juridique de la restitution, celle-ci apparaissant comme une réparation du préjudice subi par le mineur en raison de la faute commise par les représentants. Les décisions ne mentionnent toutefois pas l'existence d'un préjudice lorsqu'elles condamnent les représentants à restitution ou remboursement. De surcroît, lorsque la responsabilité des représentants est expressément engagée, ce sont des dommages-intérêts qui sont octroyés¹⁷³. La restitution prononcée à l'encontre des représentants légaux ne semble donc pas, dans la majorité des cas, trouver son origine dans leur responsabilité civile.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁷² *Ibid.*, p. 45.

¹⁷³ Il faut cependant noter que certaines décisions, assez confuses, ont admis la responsabilité civile du représentant légal et considéré qu'il devait restituer les biens détournés « à titre de dommages-intérêts ». La restitution est alors bien une réparation du préjudice subi. V. Besançon 19 juin 2002, Juris-Data n° 2002-194184 (prélèvement à des fins personnelles sur un compte appartenant au mineur). V. également, Nancy 2 novembre 1999, Juris-Data n° 1999-123330. Cette dernière décision ordonne la restitution ainsi que des dommages-intérêts.

476. La restitution peut également être le fruit d'une annulation, donnant ainsi force à une certaine doctrine¹⁷⁴. Pourtant, l'étude de décisions sanctionnant les représentants qui ont profité de leur pouvoir et des fonds de l'enfant pour conclure un contrat révèle que ces conventions n'ont pas été annulées. Ainsi, un administrateur légal sous contrôle judiciaire avait souscrit un contrat d'assurance-vie avec les fonds appartenant au mineur, le souscripteur étant bénéficiaire pour partie. La restitution des fonds a été prononcée sans que l'acte soit annulé au préalable¹⁷⁵. Par ailleurs, fréquemment des parents utilisent les fonds de leur enfant pour acquérir des biens en leur nom propre. La jurisprudence les condamne à restituer les sommes détournées sans pour autant annuler les diverses acquisitions¹⁷⁶. Dans ces conditions, la nullité n'est donc pas la sanction de la déloyauté.

477. En réalité, il suffit aux victimes du détournement de pouvoir de se fonder sur l'action en revendication dont elles disposent en vertu de l'article 515 du Code civil, et anciennement de l'article 475. Les parents en tant que titulaires du droit de jouissance légale sont détenteurs précaires des biens de leur enfant et sont comme tels tenus d'une obligation de restitution lorsqu'il atteint l'âge de seize ans. Le titre en vertu duquel ils détiennent les biens du mineur est ensuite alors fondé sur leur pouvoir de gérer son patrimoine et la représentation légale. Pèse alors sur eux une obligation de restitution comme pour tout gestionnaire des intérêts d'autrui. A la majorité de leur enfant, ils doivent restituer les biens qu'ils ont détenus pendant la période d'incapacité juridique de leur enfant. Il apparaît donc que la restitution n'est alors que la mise en œuvre classique du droit pour le propriétaire de revendiquer son bien, action prévue spécifiquement pour l'administration légale par l'article 515 du Code civil¹⁷⁷.

C'est ce raisonnement qu'a tenu la Cour de cassation pour fonder la restitution solidaire de sommes retirées par le père et affectées non à l'intérêt de l'enfant, mais de

¹⁷⁴ E. Gaillard, préc. ; C. Farge, préc.

¹⁷⁵ Pau 14 avril 1999, Juris-Data n° 1999-042836. La responsabilité de l'administrateur légal a été engagée, mais elle a donné lieu au versement de dommages-intérêts au mineur.

¹⁷⁶ Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995, pourvoi n° 93-17682 ; *Rép. Def.* 1996. 1002, obs. J. Massip ; Paris 6 février 1991, Juris-Data n° 1991-020393 (restitution au moyen du prix de vente de l'immeuble) ; Grenoble 14 février 2000, Juris-Data n° 2000-114302 (restitution de la somme ayant servi à la construction d'une maison d'habitation). Dans ces hypothèses, le remboursement a lieu au moyen du prix de vente des biens acquis.

¹⁷⁷ Civ. 1^{ère} 20 février 2007, pourvoi n° 06-10457 ; Paris 6 février 1991, préc. ; Grenoble 14 février 2000, préc. ; Pau 14 avril 1999, préc. ; v. également, Civ. 1^{ère} 2 octobre 2001, préc.

la famille¹⁷⁸. Elle décide que la restitution est justifiée par la fin de l'usufruit. Il ne s'agit donc que de forcer les administrateurs légaux à exécuter leur obligation légale de restitution des biens au propriétaire. La restitution - solidaire - n'est autre que la réintégration du bien dans le patrimoine du propriétaire justifiée par la fin de l'usufruit et plus largement de l'administration légale, deux titres successifs de détention précaire, dont l'article 515 assure le respect.

478. En définitive, l'obligation de loyauté ne semble pas *a priori* avoir d'autonomie au regard de l'obligation de diligence puisqu'elles sont régies par des actions similaires. Pourtant, elle connaît bien un régime particulier puisque la jurisprudence a introduit une exception au point de départ du délai de prescription et décidé que même si toute action du mineur contre le tuteur se prescrit par cinq ans à compter de la majorité, en cas de dissimulation frauduleuse des biens du mineur, le délai pour agir ne peut courir qu'à compter de la découverte de la fraude par ce dernier¹⁷⁹. Dans ce cas de figure, les actions en revendication sont donc susceptibles d'être intentées plus tardivement, par dérogation aux dispositions applicables en cas de négligences des représentants.

La restitution résulte d'une action en revendication et ne s'apparente pas à une sanction qui aurait pu provenir de la nullité de l'acte, la mise en œuvre parallèle de la responsabilité civile des représentants fondée sur l'article 412 du Code civil apparaît donc comme la seule véritable sanction du manquement à l'obligation de loyauté.

b. La mise en œuvre relative de la responsabilité civile des représentants légaux

479. La responsabilité civile peut sans conteste être cumulée avec l'action en restitution, ce qui est d'autant plus envisageable qu'en 2007, le législateur a souhaité clairement les distinguer alors même qu'auparavant elles étaient intégrées toutes deux aux actions pour fait de tutelle au sein de l'ancien article 475 du Code civil. En cas de déloyauté des représentants, leur responsabilité civile est ainsi poursuivie sur le fondement de l'article 412 du Code civil¹⁸⁰. Pourtant, elle n'est pas systématique car les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas toujours réunies.

¹⁷⁸ Civ. 1^{ère} 20 février 2007, préc.

¹⁷⁹ Civ. 1^{ère} 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-16977; Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995, préc.

¹⁸⁰ Besançon 19 juin 2002, préc. ; Nancy 2 novembre 1999, préc. ; Grenoble 14 février 2000, préc. ; Pau 14 avril 1999, préc.

480. En effet, le droit de jouissance légale permettant aux représentants de s'approprier les revenus du mineur et d'utiliser ses biens conduit à considérer qu'aucune faute ne leur est imputable avant les seize ans de l'enfant¹⁸¹. Ce n'est qu'en l'absence de restitution des capitaux à la fin de l'usufruit légal et *a fortiori* à la majorité de l'enfant que la faute peut être invoquée. L'existence d'une faute du représentant est alors manifeste puisqu'il a manqué à son obligation de loyauté en utilisant à des fins étrangères à l'intérêt de l'enfant les biens du mineur.

Mais c'est surtout le préjudice subi par l'enfant qui pose problème. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel qui avait refusé d'admettre la responsabilité civile au motif de l'absence de preuve du préjudice¹⁸². Le détournement de pouvoir illustre au fond la confusion fréquente des intérêts du représenté et ceux des représentants, notamment parce qu'un acte accompli dans l'intérêt personnel des représentants ou de la famille le sera également dans l'intérêt du représenté ; tel est le cas de la construction d'une maison d'habitation. Si dans ces cas de figure, le manquement à l'obligation de loyauté et la faute sont caractérisés compte tenu de la définition stricte du devoir, le préjudice subi par le mineur est plus difficile à établir. La conception souple qu'a pu adopter la Cour de cassation quant à l'intérêt de l'enfant à l'occasion de l'accomplissement d'un acte par l'administrateur légal ne favorise pas non plus l'établissement du dommage¹⁸³. La dissipation totale des fonds permet d'établir l'existence du préjudice, mais l'utilisation des fonds à des fins partiellement étrangères à l'intérêt de l'enfant apparaît plus problématique. Le principe de primauté de l'intérêt de l'enfant pourrait dans ces conditions intervenir au soutien de l'établissement du préjudice en démontrant que l'intérêt supérieur de l'enfant résidait non pas dans une vue à court terme, mais à plus longue échéance, dans la libre disposition de fonds à sa majorité pour assurer sa vie future.

¹⁸¹ V. *infra* n° 490.

¹⁸² Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995, préc.

¹⁸³ Civ. 1^{ère} 2 décembre 1997, préc. La Cour de cassation a décidé que « l'administrateur légal peut avec l'autorisation du juge des tutelles faire des actes de disposition et, notamment grever de droits réels les immeubles du mineur lorsque ces actes sont conformes à l'intérêt de celui-ci. » Pour admettre que l'administrateur légal pouvait accomplir un tel acte dès lors qu'il est autorisé judiciairement, la Cour de cassation considère qu'il était conforme à l'intérêt de l'enfant. En effet, grâce au cautionnement, la mère pouvait acquérir un fonds de commerce lui permettant ainsi d'avoir des revenus, ce qui lui évitait d'utiliser les fonds propres du mineur. L'acte n'était donc pas un acte dénué de contrepartie pour le mineur puisqu'il lui était utile. Cependant, c'est retenir ici une conception très souple de l'intérêt de l'enfant.

En tout état de cause, la représentation du mineur ne peut être détachée du contexte familial dans lequel elle évolue et il apparaît difficile de sanctionner la déloyauté des représentants en raison de la confusion des intérêts en présence. Il est donc préférable d'éviter un tel manquement en prenant des mesures destinées à prévenir le détournement de pouvoir.

§2. LA PRÉVENTION DE LA DÉLOYAUTÉ : L'ADMINISTRATEUR *AD HOC*

481. C'est davantage sur la prévention que le législateur a souhaité porter son effort. Dès que les représentants possèdent des intérêts opposés à ceux du mineur représenté, ils doivent être dessaisis temporairement et ponctuellement de leur pouvoir, qui sera exercé par un tiers, l'administrateur *ad hoc*, nommé dans le cadre d'une procédure judiciaire ou en dehors d'un tel cadre¹⁸⁴. Le législateur a assoupli la désignation du représentant spécial en augmentant le nombre de personnes pouvant saisir le juge, dont le mineur fait partie¹⁸⁵. La jurisprudence prend également part à cette désignation facilitée car elle apprécie largement la condition de nomination qu'est l'opposition d'intérêts. Cette dernière était appréciée strictement¹⁸⁶ comme le signe d'un risque de déloyauté de la part du représentant (1), mais sous l'influence de la notion pénale de protection insuffisante des intérêts de l'enfant par le représentant, elle tend à être conçue de manière plus extensive par la jurisprudence, ce qui paradoxalement n'est pas nécessairement favorable à l'intérêt de l'enfant car la place du mineur en est brouillée (2).

1) L'opposition d'intérêts est le signe d'un risque de déloyauté

482. L'opposition d'intérêts est une question de fait relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, sur laquelle la Cour de cassation exerce néanmoins un contrôle quant à la qualification des faits. Il est en principe admis que l'opposition d'intérêts visée par le Code civil ne correspond pas à des intérêts simplement distincts mais divergents. La seule volonté de l'adolescent d'échapper à l'autorité parentale ne

¹⁸⁴ Il convient d'ajouter que selon l'article 509 du Code civil, le représentant ne peut acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée, ni acheter les biens de la personne protégée ou les prendre à bail ou à ferme sous réserve des dispositions de l'article 508. Dans ce dernier cas, il est alors réputé être en opposition d'intérêts avec la personne protégée.

¹⁸⁵ V. *supra* n° 206.

¹⁸⁶ F. Ghelfi-Tastevin, « L'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *Petites affiches* 13 mars 1998, n° 31, p. 4, n° 19 et s. ; Cl. Neirinck, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », art. préc., n° 6.

suffit pas à établir une opposition d'intérêts¹⁸⁷. Cette opposition les conduirait à s'affronter dans un procès, c'est-à-dire que l'acte a pour objet « de déterminer leurs droits et obligations l'un envers l'autre ou d'assurer au tuteur certains avantages moyennant des sacrifices à faire par le mineur »¹⁸⁸. Elle doit être une éventualité menaçante et sérieuse¹⁸⁹, un risque de conflit peut suffire dès qu'il est vraisemblable et sérieux¹⁹⁰. L'opposition à l'égard d'un seul parent suffit à la désignation de l'administrateur *ad hoc*¹⁹¹.

Peuvent ainsi être qualifiées de situation d'opposition d'intérêts l'acceptation d'une libéralité faite par le représentant au mineur¹⁹², les cas où la mère est bénéficiaire d'une donation consentie par le père susceptible d'être révoquée pour ingratitude¹⁹³, où un père demande l'immatriculation de son fils mineur à la caisse primaire d'assurance maladie au titre de l'assurance personnelle alors que lui-même ne dispose pas de couverture sociale¹⁹⁴, le cas où l'administrateur légal veut prendre à bail un bien du mineur¹⁹⁵, les cas de partage¹⁹⁶, de succession¹⁹⁷ ou d'indivision¹⁹⁸. Sur le fondement de l'article 388-2, un administrateur *ad hoc* peut être nommé au cours des procédures d'assistance éducative pour exercer les droits reconnus au mineur privé de discernement car les parents sont dans ces conditions présumés être en opposition d'intérêts avec leur enfant¹⁹⁹. Les actions relatives à la filiation de l'enfant illustrent également la notion

¹⁸⁷ Cl. Neirinck, « L'enfant et la procédure civile », art. préc.

¹⁸⁸ C. Aubry, C. F. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, op. cit., p. 737, § 117.

¹⁸⁹ Paris 18 novembre 1965, *D.* 1966, 149, note anonyme.

¹⁹⁰ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, op. cit., n° 1034.

¹⁹¹ Civ. 2^e 22 mai 1996, *Bull. civ.* II, n° 100 ; *D.* 1997. 340, obs. J. Massip ; *Rép. Def.* 1996. 1352, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1996. 582, obs. J. Hauser.

¹⁹² Civ. 27 juillet 1892, *DP* 1892. I. 457 ; Civ. 1^{ère} 12 mai 1953, *D.* 1953. 514 ; *JCP* 1953, II, 7740, note R. Rodière ; *RTD Civ.* 1953. 521, obs. P. Lagarde.

¹⁹³ Civ. 1^{ère} 8 mars 1988, *Bull. civ.* I, n° 63 ; *D.* 1988. IR. 81 ; *Rép. Def.* 1988. 1024, note J. Massip.

¹⁹⁴ Soc. 5 novembre 1998, pourvoi n° 95-14342.

¹⁹⁵ Article 508 alinéa 2 du Code civil.

¹⁹⁶ Civ. 1^{ère} 21 janvier 1992, pourvoi n° 89-18130.

¹⁹⁷ Civ. 1^{ère} 5 juin 1999, *Dr. famille* 1999, comm. 58, obs. Th. Fossier ; *RTD Civ.* 1999. 184, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{ère} 25 mars 2009, pourvoi n° 08-11552, *Rép. Def.* 2009. 1161, obs. J. Massip.

¹⁹⁸ Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, op. cit., n° 1034. Cependant, l'existence d'une indivision entre le mineur et le représentant ne justifie pas à elle seule la désignation d'un administrateur *ad hoc*. V. Paris 10 avril 1954, *D.* 1954. 408 ; *JCP N* 1955, II, 8494.

¹⁹⁹ A. Gouttenoire, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ. fam.* 2003. 368. V. Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, n° 09-10641. En revanche, dès lors que le mineur est doué de discernement et qu'il est capable d'exercer ses droits dans la procédure d'assistance éducative, il n'y a pas lieu de nommer un administrateur *ad hoc*. V. TGI Basse-Terre 30 mai 1996, *Petites affiches* 11 novembre 1996, p. 7, note J. Massip.

d'opposition d'intérêts²⁰⁰. Lorsque l'auteur de la reconnaissance ou le mari agissent en contestation de la filiation contre l'enfant, celui-ci ne peut être représenté par son père et l'est par sa mère dans la procédure dirigée contre lui. Cependant, la mère n'est pas dans la position la plus adaptée pour le représenter. L'ancienne action en désaveu de paternité prévue par l'article 317 devait d'ailleurs être dirigée contre un administrateur *ad hoc* représentant l'enfant. L'article 388-2 a vocation à régir ce cas de figure. Pourtant, récemment la jurisprudence a adopté une position étonnante²⁰¹. Une action en contestation de paternité d'un enfant né pendant le mariage est intentée par un homme ayant fait une reconnaissance prénatale. L'action est dirigée contre les parents en leur nom propre mais également en tant que représentants de l'enfant. Les parents considèrent que l'enfant n'a pas été mise en cause et qu'un administrateur *ad hoc* devait être nommé pour le représenter. Cependant, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir décidé qu'il n'y avait aucune opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents, et que l'enfant représentée par eux avait bien été mise en cause. Considérer qu'il y a absence d'opposition d'intérêts est contestable. En l'espèce, il était possible de considérer que les parents avaient un intérêt divergent de celui de leur enfant : celui de conserver leur lien de filiation à l'égard de l'enfant alors que l'intérêt de l'enfant réside peut-être dans la connaissance de son père véritable. La solution est donc discutable car elle laisse penser que « le maintien de la filiation légitime [est] forcément coïncidant avec l'intérêt de l'enfant, ce qui n'est pas certain dans une perspective d'égalité des filiations. »²⁰²

483. En dépit d'une conception initiale assez stricte de l'opposition d'intérêts, la jurisprudence paraît vouloir lui donner un champ d'application plus vaste. Elle l'apprécie en effet subjectivement, ne s'arrêtant pas au cas où l'un et l'autre pourraient s'affronter dans un procès au vu de leurs divergences d'intérêts. Ainsi, M. Fossier considère que « la partialité, l'inertie, la chicane » sont désormais des causes subjectives d'opposition d'intérêts à propos d'une décision ayant relevé une opposition d'intérêts entre une mère et son fils alors que la première ne possédait pas de fortune personnelle, vivait dans un appartement appartenant à son fils, son époux ne lui ayant

²⁰⁰ Civ. 1^{ère} 18 mars 1981, *Bull. civ.* I, n° 95.

²⁰¹ Civ. 1^{ère} 19 mars 2008, pourvoi n° 07-11573 ; *Dr. famille* 2008, comm. 85, obs. P. Murat ; *RTD Civ.* 2008. 289 et 467, obs. J. Hauser.

²⁰² J. Hauser, obs. sous Civ. 1^{ère} 19 mars 2008, préc., p. 289.

rien légué et qu'elle s'était opposée plusieurs fois à l'administrateur *ad hoc* et avait tenté de faire payer ses frais de conseil par le mineur²⁰³.

L'appréciation subjective de la notion d'opposition d'intérêts a pour effet de conforter l'obligation de loyauté à la charge des représentants légaux permettant d'en assurer le respect sans avoir à recourir à une sanction dont la mise en œuvre n'est pas aisée. Pourtant, un équilibre doit être trouvé entre une appréciation subjective de la condition et le glissement vers une notion radicalement différente. La jurisprudence a en effet parfois tendance à rapprocher l'opposition d'intérêts de la notion pénale de protection insuffisante des intérêts de l'enfant aboutissant alors à la prévention, non de la déloyauté, mais de la négligence parentale.

2) L'opposition d'intérêts n'est pas le signe d'un risque de négligence

484. Illustrant la malléabilité entre les notions d'opposition d'intérêts et la protection insuffisante des intérêts, une décision a constaté l'opposition d'intérêts en prenant en compte « les difficultés psychologiques de la mère, sa relation fusionnelle voire pathologique avec ses filles et la complexité de la situation familiale dans le cadre d'un divorce en cours », ce qui l'empêchait « d'assurer en toute objectivité » la défense de ses enfants²⁰⁴. Les éléments relevés ne mettent pas en évidence le risque de déloyauté de la part de la mère, mais son impossibilité psychologique à assurer la défense des intérêts de ses filles. Il ne s'agit pas de prévenir un manquement à l'obligation de loyauté dans l'exercice des droits des mineures, mais il s'agit surtout de prévenir une mauvaise gestion des intérêts des enfants. Interprétée ainsi, la notion d'opposition d'intérêts se rapproche de la négligence parentale. Or, en matière civile, la nomination d'un administrateur *ad hoc* n'a pas vocation à prévenir un manquement à l'obligation de diligence. L'opposition d'intérêts n'est caractérisée que s'il existe un risque que le

²⁰³ Th. Fossier, obs. sous Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, préc. V. également Civ. 1^{ère} 25 mars 2009, préc. En l'espèce, les juges du fond ont pu souverainement apprécier l'existence d'une opposition d'intérêts entre la mère et sa fille dans le cadre de la liquidation des successions du père et des grands-parents, en constatant les nombreuses difficultés engendrées par la mère telles que le refus de se présenter aux convocations du juge, son incapacité financière à régler les sommes dues à l'indivision et les nombreux procès retardant la liquidation des deux successions au risque de « voir les biens, qui génèrent frais et impôts, se dégrader et perdre de leur valeur. »

²⁰⁴ Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, *Bull. civ.* I, n° 390 ; R. p. 318 ; *Dr. famille* 2006, comm. 77, obs. A. Gouttenoire ; *ibid.* 2006, étude 28, M. Bruggeman ; *RTD Civ.* 2006, 103, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2005, 4131, concl. Sainte-Rose ; *JCP G* 2005, I, 199, n° 12, obs. Th. Fossier ; *Rép. Def.* 2006, 350, obs. J. Massip ; *D.* 2006, 2436, obs. M. Douchy-Oudot. Selon certains auteurs, en cas de conflit entre les parents à propos de l'enfant, l'impossibilité pour ce dernier d'être représenté en raison de leur différend caractérise une opposition d'intérêts. V. Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 1035.

représentant agisse dans son intérêt personnel, ce qui n'était pas évident dans l'espèce précitée. S'il existe un risque que le représentant apprécie mal ou néglige les intérêts de l'enfant, il ne s'agit pas d'une opposition d'intérêts.

La doctrine s'est posé la question de savoir si le refus ou l'omission par le représentant légal d'accomplir un acte obligatoire ou nécessaire en fait pouvait caractériser une opposition d'intérêts, sachant qu'il n'existe pas de contrôle d'opportunité de l'action du représentant légal²⁰⁵. Selon M. Plazy, si l'on considère l'opposition d'intérêts comme les divergences d'intérêts, le mineur peut demander la nomination de l'administrateur *ad hoc* si son représentant légal « se refuse à exercer les droits du mineur en justice. » Mais l'abstention du représentant ne peut être systématiquement assimilée à l'opposition d'intérêts au risque de lui faire perdre toute substance et le refus d'agir ne révèle pas nécessairement la volonté d'agir dans un intérêt personnel. Le refus par l'administrateur d'accomplir un acte ne peut conduire à la nomination d'un administrateur *ad hoc* que si ce refus révèle ou découle d'un conflit d'intérêts.

L'opposition d'intérêts ne doit pas être assimilée au risque de négligence dans l'exercice des droits de l'enfant, à la défaillance parentale²⁰⁶, en d'autres termes, à la défense insuffisante des intérêts de l'enfant car elle tend alors à s'écarter du champ de l'obligation de loyauté où elle trouve ses racines pour pénétrer une sphère – celle de l'obligation de diligence - où elle n'a pas sa place. Considérer que le représentant doit être dessaisi de son pouvoir car il n'agit pas ou agit mal revient à remettre en cause tout le système de confiance²⁰⁷ et d'autorité sur lequel repose la représentation légale. Il existe indéniablement un risque que le représentant agisse mal, oublie voire refuse d'agir. Cependant, le contrôle *a priori* par l'intermédiaire des prescriptions légales apporte certaines garanties fondamentales et le contrôle *a posteriori* vient combler les lacunes du premier. En cas de besoin, par son pouvoir général de surveillance, le juge des tutelles peut prononcer des injonctions, voire transformer l'administration légale en tutelle sur le fondement de l'article 391 du Code civil. Dessaisir le représentant de son

²⁰⁵ F. Ghelfi-Tastevin, art. préc., n° 30 et s., J.-M. Plazy, thèse préc.

²⁰⁶ M. Bruggeman, « L'enfant et les tiers », in *La famille que je veux, quand je veux ? : évolution du droit de la famille* (sous la dir. de Cl. Neirinck), Érès, 2003, p. 173, spéc. p. 189. V. également Cl. Neirinck, « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », art. préc.

²⁰⁷ M. Bruggeman, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, op. cit., n° 204 ; J.-M. Plazy, thèse préc., n° 706.

pouvoir, même ponctuellement, pour omission ou abstention revient à lui retirer la confiance qui lui est accordée et qui ne peut l'être qu'en cas de soupçon grave, notamment lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur et qu'il existe un risque de détournement de pouvoir. Aussi, si l'administrateur *ad hoc* peut se substituer au représentant négligent, c'est uniquement dans l'hypothèse où la négligence se double d'un conflit d'intérêts, auquel cas il s'agira plus d'un refus d'agir que d'une omission. Derrière la volonté de faire nommer un administrateur *ad hoc* en cas de refus d'agir des représentants, il faut également y voir la volonté de résoudre les désaccords entre parents et enfants et conférer indirectement au mineur la capacité d'agir en justice. Or, le système actuel repose sur la présomption d'action parentale conforme à l'intérêt de l'enfant, que seul un certain degré de gravité permet de renverser. L'opposition d'intérêts ne peut donc être confondue avec le risque de négligence ou avec les désaccords familiaux sous peine de fragiliser l'édifice familial.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

485. Les administrateurs légaux, comme les tuteurs, se doivent de respecter les obligations de diligence et de loyauté dans la conduite de leur mission. Ces deux obligations étaient jusqu'à présent intégrées à l'exigence de gestion en bon père de famille. La loyauté n'apparaissait que comme une facette de la diligence requise de tout représentant. La disparition de la notion de bon père de famille a permis de dissocier l'obligation de loyauté de l'obligation de diligence. Le devoir de diligence ne peut être la seule réponse aux risques engendrés par l'usage d'un pouvoir de représentation. Le devoir de loyauté apparaît complémentaire et par là-même autonome de la diligence, impliquant de ne rechercher que l'intérêt de l'enfant. Toutefois, si la négligence aboutit fréquemment à la mise en œuvre de la responsabilité civile des représentants ou à l'annulation de l'acte, l'étude des sanctions des manquements à l'obligation de loyauté révèle que le contrôle est relatif, rendant préférable le recours préventif à un administrateur *ad hoc* en cas d'opposition d'intérêts. Le contexte familial de l'usage du pouvoir de représentation favorisant l'entremêlement des intérêts de l'enfant, de ses frères et sœurs, de ses parents, de la famille explique cet état de fait. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant et le principe de primauté afférent méritent d'être mieux employés afin de dissocier l'intérêt de l'enfant du reste des membres de la famille et de permettre une sanction réelle de la déloyauté. La confusion n'est cependant pas la seule cause affectant les obligations des représentants. Les droits détenus par les parents ne favorisent pas non plus un contrôle efficace de la représentation.

CHAPITRE 2 : LES LIMITES AU CONTRÔLE DE LA REPRÉSENTATION

486. En dépit de la volonté du législateur d'encadrer le pouvoir de représentation, la portée réelle des obligations ne doit pas être occultée car l'article 389-7 du Code civil vient considérablement troubler le contrôle exercé sur la représentation légale. Il apparaît comme la traduction juridique de cette réalité qu'est le contexte familial dans lequel évolue la technique de représentation car il transcrit l'imbrication des divers rapports familiaux. Il prévoit en effet que les règles de la tutelle et donc les obligations afférentes s'appliquent à l'administration légale « avec les modalités de ce que celle-ci ne comporte ni conseil de famille, si subrogé-tuteur et sans préjudicier (...) aux droits que les père et mère tiennent du titre de l'autorité parentale, notamment quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens. »

Il faut donc en déduire une première conséquence évidente : seules les administrations légales sous contrôle judiciaire sont soumises à une véritable surveillance. Les administrations légales pures et simples peuvent, *de facto*, échapper à une grande partie du contrôle du juge des tutelles puisque celui-ci ne sera amené à intervenir qu'exceptionnellement. Au-delà de ce constat purement factuel, il apparaît clairement que l'autorité parentale au sens large, à savoir ce pouvoir conféré aux parents en vertu du lien de filiation, exerce une grande influence sur son attribut qu'est le pouvoir de représentation. Les droits des parents ne peuvent être affectés par les règles de représentation. Dès lors qu'un droit des parents est reconnu, en dépit de la reconnaissance de droits-fonctions, il entre en concurrence avec les principes de la représentation et nécessairement par ricochet avec un droit de l'enfant. Aussi, l'article 389-7 illustre la coexistence des droits des parents et des obligations des représentants. Les répercussions de cette coexistence sur le contrôle de la représentation ne sont pas anodines. Sur le plan patrimonial, les droits des parents s'illustrent particulièrement par le droit de jouissance légale qui est l'atteinte essentielle au contrôle en ce domaine car elle entraîne une confusion des intérêts au sein de la famille (section 1). Sur le plan extrapatrimonial, toute la force de la *summa divisio* s'impose puisque la protection de la personne demeure *de lege lata* sous l'empire des règles d'autorité parentale relative à la personne, qui limitent considérablement le contrôle de l'usage des prérogatives parentales. C'est ainsi que les atteintes au contrôle en matière extrapatrimoniale sont très fortes (section 2).

Section 1 : LES LIMITES AU CONTRÔLE DES ACTES PATRIMONIAUX

487. Pour savoir si un acte patrimonial est soumis au régime de la représentation, il est nécessaire de connaître le titulaire du droit subjectif en cause et la plupart du temps le propriétaire du bien objet de l'acte. Or, la confusion entre le patrimoine de l'enfant et celui des représentants n'est pas rare²⁰⁸. Fréquemment en effet, les parents ouvrent des comptes à leurs enfants, comptes ou livrets qu'ils alimentent avec leur propres fonds, puisque le mineur ne possède pas de ressources personnelles, à moins d'être âgé de seize ans et de travailler, ce qui est loin d'être l'hypothèse la plus fréquente. Par ailleurs, les comptes et livrets étant en nombre limité par personne, il peut être tentant pour les parents d'en ouvrir au mineur dans le seul but de contourner l'obstacle légal et de placer leur patrimoine. Dès lors, se pose la question de connaître le propriétaire des fonds déposés sur le compte du mineur : ce dernier est-il dépositaire de ces sommes ou en est-il le propriétaire ? La qualification de l'acte initial est primordiale ; les fonds appartenant aux parents, il importe de savoir si un transfert de propriété a été réalisé et donc de s'interroger sur une éventuelle donation.

488. Le don manuel supposant la volonté du donateur de se dépouiller sans contrepartie au profit du donataire trouve ici un terrain de prédilection²⁰⁹. Peu importe qu'il soit modique, il nécessite la tradition et le dessaisissement irrévocable de la chose, permettant l'usage exclusif par le donataire. Le chèque peut faire l'objet d'un don manuel s'il existe une provision suffisante avant le décès du donateur selon la jurisprudence²¹⁰, de même que le virement de compte à compte, alors qualifié de quasi-don manuel résultant d'une quasi-tradition²¹¹. L'ordre de virement conduit au dessaisissement irrévocable du donateur²¹². Mais la minorité vient perturber ce constat. L'irrévocabilité implique que le donateur n'ait plus aucun pouvoir d'agir sur le bien. Or, les père et mère, en qualité d'administrateurs légaux, conservent cette faculté de

²⁰⁸ S. Deis-Beauquesne, « Le contrôle de gestion du patrimoine du mineur », art. préc.

²⁰⁹ N. Peterka, *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, 2001 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Les successions, les libéralités*, par Ph. Malaurie, Defrénois-Lextenso, 4^e éd., 2010, n° 397 ; L. Perfezzi, « Don manuel et intérêt de l'enfant », *Rép. Def.* 1995. 1 ; J. Massip, M. Vion, « L'épargne-logement et les mineurs », *Rép. Def.* 1995. 527, n° 5.

²¹⁰ Civ. 1^{ère} 4 novembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 327 ; *RTD Civ.* 1982. 781, obs. J. Patarin ; Civ. 1^{ère} 5 février 2002, *Bull. civ. I*, n° 39 ; *RTDCiv.* 2002. 551, obs. J. Patarin. V. N. Peterka, *op. cit.*, n° 410. Selon Mme Peterka, c'est davantage vers une donation indirecte qu'il faut se tourner dans la mesure où le tireur peut toujours retirer la provision avant l'encaissement du chèque.

²¹¹ *Ibid.*, n° 427.

²¹² *Ibid.*, n° 428.

retirer les fonds, laissant ainsi douter du caractère irrévocable du transfert et la jurisprudence semble aller en ce sens. La Cour de cassation a en effet récemment décidé que les fonds placés sur des comptes au nom des mineurs appartenaient à ces derniers et ne devaient pas être réintégrés dans la communauté légale après séparation du couple dès lors que les enfants en ont eu la libre disposition à leur majorité, ce qui établissait le caractère irrévocable et définitif de la dépossession et l'intention libérale des parents²¹³. Finalement, il semble que l'irrévocabilité et par conséquent, la qualification de don manuel ne soient certaines qu'à la majorité. La confusion des patrimoines est donc loin d'être hypothétique alors même que s'attacher à établir le propriétaire véritable est fondamental pour déterminer le régime en cause et notamment les obligations auxquelles est soumis l'auteur de l'acte. S'agissant du virement effectué sur le compte du mineur, la solution rendue par la Cour de cassation est contestable et il conviendrait d'appliquer la règle selon laquelle l'ordre de virement établit le dessaisissement irrévocable dès lors que le compte appartient au mineur. Son patrimoine ne doit pas être un instrument au service du patrimoine des père et mère, notamment parce qu'un régime différencié doit être appliqué et qu'il ne peut être soumis à la volonté des parents.

489. La soustraction aux obligations et au contrôle découlant de la représentation et de l'administration légale n'est pourtant pas rare. Si certains parents utilisent leur pouvoir de gestion pour contourner leur propre régime, notamment fiscal²¹⁴, il arrive également qu'ils s'affranchissent, au moins partiellement, des règles de l'administration légale par le recours à d'autres techniques de gestion du patrimoine, ce qui conduit à relativiser la portée des obligations imposées par le législateur (§2). Le contournement des règles de la représentation n'est néanmoins pas nécessairement le fruit d'une volonté délibérée ou frauduleuse, mais l'application pure et simple des règles de la jouissance légale. Celle-ci vient en effet bouleverser les règles classiques de la représentation car l'une et l'autre entrent directement en concurrence (§ 1).

²¹³ Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, pourvoi n° 08-20055 ; *RTD Civ.* 2010. 300, obs. J. Hauser ; *RJPF*-2010-5/27, obs. F. Vauvillé. V. également Civ. 3^e 1^{er} mars 1995, pourvoi n° 93-14418 et le cas des grands-parents, Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, pourvoi n° 08-12684 ; *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 82, obs. F. J. Crédot et Th. Samin.

²¹⁴ Civ. 1^{ère} 19 septembre 2007, préc.

§1. LA CONCURRENCE DE L'ADMINISTRATION LÉGALE ET DE LA JOUISSANCE LÉGALE

490. La jouissance légale est attachée à l'administration légale par l'article 383 alinéa 2 du Code civil²¹⁵. Elle ne peut toutefois être détachée de l'autorité parentale au sens large dont elle est le second attribut relativement aux biens du mineur. La jouissance légale est un droit propre des parents sur les biens de leur enfant de moins de seize ans, ce qui exclut par conséquent toute représentation (A). Elle ne signifie pour autant pas que la représentation du mineur est exclue durant la période de jouissance légale. Au contraire, les deux techniques doivent coexister ce qui aboutit à une grande complexité de la gestion du patrimoine du mineur. Parfois un droit propre des parents est mis en œuvre car il correspond à l'usufruit légal, tel que la perception des revenus ou l'usage des biens. Dans ce cas, la représentation est exclue. Dans d'autres cas, celle-ci retrouve son empire car la jouissance légale ne trouve pas à s'appliquer, notamment en ce qui concerne les capitaux non librement disponibles. Apparemment les deux techniques se concilient, chacune ayant un champ d'application précis. La jouissance légale opère un démembrement de propriété et les patrimoines respectifs des parents et du mineur sont clairement dissociés²¹⁶.

Pourtant, un tel schéma ne vaut que lorsque les rapports visent exclusivement un nu-proprétaire et un usufruitier. La superposition des deux institutions - administration légale et jouissance légale - aboutit non seulement à une confusion des qualités et des patrimoines, confusion favorisée par les relations familiales et affectives de l'usufruitier et du nu-proprétaire, mais également à un obscurcissement des obligations découlant de la représentation, révélant ainsi les limites du contrôle (B). En réalité, il existe une incompatibilité entre les droits issus de la jouissance légale et les devoirs nés de l'administration légale (C) de laquelle découle plus leur concurrence que leur coexistence pacifique.

²¹⁵ C. Caillé, « Droit de jouissance légale », *Rép. civ. Dalloz*, 2005 ; I. Carbonnier, « Jouissance légale », *J-Cl. civil*, art. 371 à 387, 2007, fasc. 50 ; B. Teyssié, *op. cit.*, n° 419 ; Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 629 ; Th. Fossier, « Représentation et administration légale », *in Droit de la famille, op. cit.*, n° 234-81 et s.

²¹⁶ Civ. 2^e 18 octobre 1989, *Bull. civ. II*, n° 192. V. F. Terré, Ph. Simler, *Les biens*, Précis Dalloz, n° 781 ; G. Cornu, *Les biens, op. cit.*, n° 64 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 4^e éd., 2010, n° 808 ; C. Atias, *Les biens*, Litec, 10^e éd., 2009, n° 223. Pour une position plus nuancée, considérant l'usufruitier comme un administrateur : F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens, op. cit.*, n° 334.

A. Les droits propres des parents sur le patrimoine de leur enfant

491. Parce que la jouissance légale est un usufruit²¹⁷, les titulaires possèdent les mêmes droits que tout usufruitier, à savoir *l'usus* et le *fructus*. Ils peuvent donc se prévaloir du droit de jouir des biens du mineur propriétaire comme lui-même le ferait, à charge d'en conserver la substance²¹⁸. Ils peuvent ainsi user²¹⁹ de la chose pour leurs besoins personnels, par eux-mêmes ou par autrui. Surtout, les parents disposent du droit de s'approprier les revenus produits par les biens du mineur (1) et même d'un quasi-usufruit sur les capitaux disponibles (2). Le droit de jouissance légale révèle pourtant des spécificités par rapport au droit commun de l'usufruit. L'usufruit est universel, pouvant porter sur toute chose, corporelle ou incorporelle, mobilière ou immobilière, et il est incessible et insaisissable. Mais la plus grande marque de l'empreinte familiale sur l'usufruit réside dans la priorité donnée à l'intérêt de l'enfant (3) même si cette exigence devra être nuancée ultérieurement²²⁰.

1) Le droit de s'approprier les revenus du mineur

492. Dès lors qu'ils administrent les biens de leur enfant mineur, les parents ont la jouissance légale de ces mêmes biens²²¹. Celle-ci peut être définie comme le droit de « s'approprier les revenus du patrimoine de l'enfant sans avoir à en rendre compte, à charge de satisfaire à son entretien et son éducation. »²²² Résurgence de la *patria potestas* et de la garde noble et bourgeoise²²³, elle est décriée²²⁴ mais permet une uniformité du budget familial. Les titulaires de la jouissance légale peuvent ainsi percevoir les fruits engendrés par les biens appartenant à leur enfant. Les fruits civils,

²¹⁷ Il était possible de se demander si la jouissance visée par l'article 382 du Code civil était un véritable usufruit. Mais le renvoi par les articles 384 et 385 aux textes du droit commun de l'usufruit, de même que l'inclusion de l'usufruit légal des père et mère sur le bien de leur enfant au sein de ce même droit commun par l'article 601 démontre que la jouissance légale relève bien du régime de l'usufruit.

²¹⁸ Article 578 du Code civil.

²¹⁹ *Contra*, C. Caillé, art. préc. L'auteur considère que la jouissance légale ne confère pas de droit d'usage. Pourtant, elle reconnaît le droit pour l'usufruitier de conclure un bail en cette qualité.

²²⁰ V. *infra* n° 517.

²²¹ Cependant, le parent survivant qui n'aura pas procédé à l'inventaire des biens du mineur peut perdre le droit de jouissance légale selon l'article 386 du Code civil.

²²² C. Caillé, art. préc., n° 1.

²²³ La jouissance légale possède une double origine. Sous l'empire du droit romain classique, dès lors que le fils de famille a pu devenir propriétaire de biens acquis par le travail, par donation ou succession de sa mère, le *pater familias* en possédait la jouissance et l'administration, dont il n'était pas tenu de rendre compte. Dans l'Ancien Droit, en contrepartie de l'entretien du mineur orphelin, le gardien s'appropriait les meubles et fruits des immeubles et une confusion des patrimoines avait lieu. V. J.-P. Levy et A. Castaldo, *op. cit.*, n° 153 et 185.

²²⁴ F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1109 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, La famille*, par L. Leveneur, *op. cit.*, n° 1156.

naturels ou industriels sont caractérisés par leur périodicité et n'altèrent pas la substance de la chose, à l'inverse des produits²²⁵. Les revenus du patrimoine du mineur, sommes qui échouent périodiquement à la différence du capital acquis exceptionnellement²²⁶, intègrent donc celui des parents titulaires de la jouissance légale. Les loyers, fermages, récoltes, bénéfices, dividendes, coupons, intérêts, pensions alimentaires²²⁷ appartiennent aux titulaires de la jouissance légale jusqu'à ce que leur enfant atteigne l'âge de seize ans.

Les revenus dont bénéficient les parents ne comprennent pas les biens que le mineur aura acquis par son travail ou ceux qui lui ont été donnés ou légués sous la condition que les parents n'en jouiront pas²²⁸. Par ailleurs les revenus produits après les seize ans de l'enfant doivent lui revenir puisque la jouissance légale prend fin à cette date. La jurisprudence²²⁹ a cependant admis que même si la jouissance légale ne porte pas sur les gains et salaires du mineur, les administrateurs légaux peuvent néanmoins affecter tout ou partie de ces revenus à l'entretien et l'éducation de l'enfant, seul l'excédent lui revenant. L'administrateur légal peut donc utiliser les revenus du travail du mineur - et même les autres revenus échus après ses seize ans - dès lors qu'il n'a d'autres ressources suffisantes pour faire face à l'entretien de l'enfant.

Parce qu'ils possèdent un droit d'usage sur les biens du mineur, dont les sommes d'argent, les titulaires de la jouissance légale disposent d'un quasi-usufruit leur permettant d'utiliser une certaine catégorie de capitaux.

2) L'utilisation des capitaux disponibles du mineur

493. L'article 587 du Code civil dispose que si l'usufruit porte sur des choses consommables, l'usufruitier peut s'en servir à charge de rendre soit des choses de même valeur et qualité à la fin de l'usufruit, soit la valeur estimée à la date de restitution. A titre d'exemple, l'article 587 vise notamment l'argent. L'usufruitier possède alors un

²²⁵ F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 123.

²²⁶ A. Bateur, A. Caron-Déglise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 458. L'auteur relève l'imprécision de la loi du 5 mars 2007 à propos de la qualification des sommes d'argent, visant parfois les sommes d'argent, parfois les revenus, parfois les capitaux.

²²⁷ Paris 11 mai 1993, *RTD Civ.* 1993. 813, obs. J. Hauser.

²²⁸ Article 387 du Code civil.

²²⁹ Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, *Bull. civ. I*, n° 7 ; *Dr. famille* 2008, comm. 47, obs. Th. Fossier ; *JCP N* 2008. 26, obs. J.-M. Plazy ; *RTD Civ.* 2008. 274, obs. J. Hauser ; *Dr. et patrimoine* 2008, n° 170, p. 80, obs. H. Fulchiron ; *Rép. Def.* 2008. 1124, note J. Massip ; *JCP G* 2008, II, 10048, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Banque et droit* 2008, comm. 118, obs. Th. Bonneau.

quasi-usufruit²³⁰. Cette disposition apparaît d'une portée considérable sur les prérogatives des titulaires de la jouissance légale²³¹. Avant d'envisager l'effet du quasi-usufruit (b), il convient d'en délimiter le domaine puisque pour qu'une somme d'argent puisse faire l'objet d'un quasi-usufruit, il est nécessaire qu'elle soit disponible et exigible (a).

a. La disponibilité des fonds appartenant au mineur

494. La disponibilité est fonction de l'exigibilité²³², elle-même dépendante du degré d'immobilisation des fonds (α) et parce qu'il s'agit du cas particulier de l'administration légale, de l'étendue du pouvoir des représentants (β)²³³.

α) La disponibilité des capitaux au regard de leur exigibilité

495. Désormais les capitaux sont versés directement sur un compte ouvert au nom du mineur et mentionnant sa minorité afin d'éviter que les tuteurs en général ne manipulent ces fonds de manière peu consciencieuse²³⁴. Il en va de même pour les administrateurs légaux²³⁵. L'emploi ou le remplacement des capitaux liquides et de l'excédent de revenus, opérations par lesquelles les fonds sont immobilisés²³⁶, sont par ailleurs imposés à compter d'une certaine somme fixée par le conseil de famille ou le juge des tutelles qui détermine de surcroît les modalités de l'emploi²³⁷. Si ces dispositions ne sont pas directement applicables à l'administration légale pure et simple, il n'en demeure pas moins qu'en vertu de l'article 389-7, les administrateurs légaux doivent eux-mêmes fixer la somme à partir de laquelle ils décident de l'emploi des capitaux. A défaut d'accord, le juge des tutelles doit trancher²³⁸. L'immobilisation des fonds qui empêche

²³⁰ F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 790 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *op. cit.*, n° 813 ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *op. cit.*, n° 320. V. également, P. Sirinelli, « Le quasi-usufruit », *Petites affiches* 21 et 26 juillet 1993, n° 87 et 89, p. 30 et 4 ; F. Zenati, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 605.

²³¹ I. Tardy-Joubert, « L'administration légale des biens des mineurs : un droit aux oubliettes ? », *Dr. famille* 2007, étude 22.

²³² F. Eliard, *Démembrement de propriété : usufruit et quasi-usufruit*, Ellipses, 2008, p. 56.

²³³ P. Sirinelli, art. préc. L'auteur considère que la jouissance légale ne confère pas un quasi-usufruit dans la mesure où l'administration légale implique le recueil d'autorisations.

²³⁴ Article 498 du Code civil.

²³⁵ J. Massip, *op. cit.*, n° 622.

²³⁶ J. Massip, *op. cit.*, n° 632. Si les fonds ne sont pas immobilisés, il s'agit d'une simple opération de trésorerie. Ainsi en est-il du retrait à vue ou à court terme des fonds. Pour un exemple d'emploi des capitaux : Civ. 1^{ère} 17 janvier 1978, *D.* 1980. 17, obs. M.-C. Champenois-Marmier ; *JCP* 1979, II, 19175, obs. P. Courbe.

²³⁷ Article 501 du Code civil.

²³⁸ J. Massip, *op. cit.*, n° 44 et 635.

leur retrait à court terme ou à vue les rend non exigibles. Cependant, tous les fonds ne sont pas immobilisés. En deçà de la somme à partir de laquelle le représentant aura obligation d'employer les capitaux et l'excédent de revenus, les capitaux n'ont pas à être immobilisés. Il en est de même des revenus. Par conséquent, les fonds ne faisant pas l'objet d'une obligation d'emploi ou de remploi peuvent faire l'objet d'un retrait immédiat et sont donc exigibles et disponibles.

Pour que les fonds soient exigibles, leur utilisation ne doit par ailleurs pas être soumise à la réalisation d'une condition. Appliquée à l'administration légale, cette exigence implique que les fonds puissent être retirés librement par les titulaires de la prérogative.

β) La disponibilité des capitaux au regard de l'étendue du pouvoir du représentant

496. Que les représentants soient privés de la réception des capitaux et qu'ils soient liés pour les actes d'emploi et de remploi au respect de l'article 501 du Code civil amène à s'interroger sur le maintien de leur pouvoir de retirer les fonds appartenant au mineur. Les revenus peuvent sans conteste être retirés par les administrateurs légaux ou le tuteur. S'agissant des capitaux, la logique appelle à répondre par la négative. En effet, le législateur a souhaité éviter les mouvements de fonds par les représentants et il n'a pas été jugé inenvisageable d'ouvrir un compte pour les capitaux dont il n'est possible de disposer qu'avec autorisation et un compte pour les revenus dont les représentants pourraient librement disposer²³⁹. Cependant, non seulement l'article 501 alinéa 3 prévoit la possibilité de déposer les fonds sur un compte indisponible, ce qui signifie qu'à défaut, les fonds peuvent être retirés, mais surtout les pouvoirs reconnus aux représentants confirment la disponibilité des fonds non soumis à l'obligation d'emploi ou de remploi. En effet, le décret du 22 décembre 2008 prévoit que l'emploi ou le remploi de sommes qui ne sont ni des capitaux, ni l'excédent de revenus ainsi que l'emploi ou le remploi de sommes non judiciairement prescrits relèvent de la catégorie des actes d'administration²⁴⁰. L'emploi ou le remploi de sommes non judiciairement prescrits peut donc viser des capitaux ou des revenus excédentaires qui sont employés librement par le représentant au titre des actes d'administration, de même que les revenus. A l'inverse, le décret prévoit que l'emploi ou le remploi de capitaux et de

²³⁹ J. Massip, *op. cit.*, n° 622.

²⁴⁰ Annexe I, colonne 1, II du décret du 22 décembre 2008.

l'excédent de revenus, de même que le prélèvement sur le capital sont des actes de disposition²⁴¹. L'utilisation des fonds non soumis à immobilisation relève donc des actes d'administration²⁴² que le représentant peut faire seul tandis que l'utilisation de fonds devant être immobilisés est un acte de disposition. Les premiers peuvent être retirés par le représentant seul, tandis que les seconds doivent faire l'objet d'une autorisation du juge des tutelles ou du consentement de l'autre administrateur.

Dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, il est difficile d'imaginer que les fonds placés sur autorisation du juge des tutelles puissent faire l'objet d'un quasi-usufruit, le juge veillant à ce que les actes soient réalisés au nom et dans l'intérêt de l'enfant. L'autorisation requise les rend indisponibles²⁴³. Ainsi dès lors que les sommes n'ont pas atteint le seuil fixé par le juge des tutelles ou par les deux administrateurs légaux, elles peuvent être utilisées et retirées librement par les représentants. Il faut par ailleurs apporter une précision d'importance. Dans l'administration légale pure et simple, seuls les représentants fixent la somme à partir de laquelle les fonds doivent être immobilisés, c'est-à-dire celle jusqu'à laquelle ils peuvent librement retirer les capitaux et l'excédent de revenus. La disponibilité des capitaux est donc *de facto* plus étendue qu'en cas d'administration sous contrôle judiciaire²⁴⁴. En deçà d'une certaine somme, les capitaux peuvent donc faire l'objet d'un quasi-usufruit de la part des titulaires de la jouissance légale. Le quasi-usufruit a par ailleurs une étendue plus large lorsque l'administration légale est pure et simple que lorsqu'elle est placée sous contrôle judiciaire.

b. Les effets du quasi-usufruit

497. Le quasi-usufruitier, assimilé au propriétaire, possède le droit d'user de la chose mais également le droit d'en disposer, le nu-propriétaire ne possédant qu'un droit de créance à la restitution de la chose²⁴⁵. Ainsi, le titulaire de la jouissance légale acquiert

²⁴¹ Annexe 1, colonne 2, II du décret du 22 décembre 2008.

²⁴² Qu'ils ne soient pas soumis à une obligation d'emploi ou de emploi ne signifie pas qu'ils ne seront jamais immobilisés et qu'ils peuvent tous faire l'objet d'un retrait à vue. Dès lors qu'ils seront employés, au sens d'immobilisés, ils ne pourront plus être retirés aisément. Il n'en demeure pas moins que non employés, ils sont librement utilisés par les représentants.

²⁴³ P. Sirinelli, art. préc.

²⁴⁴ J. Massip, *op. cit.*, n° 622 ; A. Bateau, A. Caron-Dégliose, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 461. Dans le cas du mineur sous administration légale, la perception du capital n'est pas nécessairement signalée et donc aucun seuil n'est fixé.

²⁴⁵ F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 792.

les revenus produits par les fonds appartenant au mineur mais parce qu'il bénéficie d'un droit d'usage²⁴⁶ sur l'argent du mineur, il s'agit d'un quasi-usufruit ce qui lui confère dès lors le pouvoir d'utiliser les capitaux disponibles, à charge pour lui de les restituer à la fin de la jouissance légale²⁴⁷. Il peut ainsi retirer et utiliser les sommes²⁴⁸ en nature ou figurant sur un compte courant, un livret de développement durable, un livret de caisse d'épargne, un livret bleu, un livret A, à l'inverse des sommes figurant sur des Plans Épargne Logement, qui ne peuvent faire l'objet d'un quasi-usufruit en raison de leur indisponibilité. Les parents bénéficient donc d'une grande liberté et d'un pouvoir certain sur le patrimoine de leur enfant. Jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de seize ans, même les capitaux peuvent faire l'objet d'une appropriation par les parents, dès lors qu'ils sont disponibles et qu'ils sont restitués à la fin de la jouissance légale. Le droit de jouissance légale n'est pour autant pas dénué de charges.

3) Des droits exercés en priorité dans l'intérêt de l'enfant

498. L'article 385 du Code civil dispose que les titulaires de la jouissance légale supportent les charges de tout usufruitier²⁴⁹, telles que jouir des biens en bon père de famille, effectuer les dépenses d'entretien et de conservation de la chose, régler les charges ordinaires normalement prélevées sur les fruits, impôts et taxes notamment. Les parents détenteurs de la jouissance légale doivent supporter les dettes grevant la succession recueillie par l'enfant en tant qu'elles doivent être acquittées sur les revenus.

Par ailleurs et surtout, les revenus doivent être en priorité affectés à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation du mineur en fonction de sa fortune. La charge liée à la jouissance légale se distingue par là-même de l'obligation d'entretien fondée sur les articles 203 et 371-2 du Code civil. En effet, cette dernière pèse sur les parents qu'ils exercent ou non l'autorité parentale et donc l'administration légale, et se mesure à l'aune des ressources des parents, non des ressources de l'enfant. Durant la période de jouissance légale, dès lors que l'enfant bénéficie de revenus, ceux-ci doivent être

²⁴⁶ Il peut tout à fait exploiter un fonds de commerce appartenant au mineur, ce qu'il ne pourrait faire en tant que représentant puisque le mineur ne peut être commerçant. Il en percevra les revenus mais il possède également sur certains éléments du fonds comme les marchandises un quasi-usufruit.

²⁴⁷ A propos des sommes d'argent, le principe est celui du nominalisme monétaire défavorable au nu-propriétaire.

²⁴⁸ Civ. 1^{ère} 20 février 2007, pourvoi n° 06-0457.

²⁴⁹ L'article 386 impose également de dresser un inventaire des biens comme pour tout usufruitier mais l'article 601 dispense en revanche les parents de donner caution en garantie de restitution de la chose en bon état.

affectés au préalable à l'entretien de celui-ci. Ce n'est qu'en cas d'insuffisance que les parents doivent supporter cette obligation sur le fondement de l'article 203 du Code civil²⁵⁰. L'obligation d'entretien pesant sur les titulaires de la jouissance légale conduit à affirmer que l'appropriation ne porte que sur l'excédent des revenus du mineur. « L'usufruit légal ne commence que là où finissent les besoins de l'enfant »²⁵¹. Toutefois en permettant aux administrateurs légaux de s'approprier les revenus du patrimoine du mineur tout en leur évitant de rendre des comptes, le droit de jouissance légale est loin d'être sans incidence sur la gestion des biens du mineur.

B. La limitation du contrôle de la gestion du patrimoine du mineur

499. Les administrateurs légaux doivent représenter le mineur dans la gestion de ses biens et dans la perception de ses revenus. Ils emploient ainsi les capitaux échus au mineur, acquièrent un bien immobilier, des valeurs mobilières, placent les fonds sur des comptes, apportent les biens en société ; ils sont également amenés à percevoir les revenus produits par ces biens tels que les intérêts, les loyers, les bénéfices et dividendes. Ces actes sont soumis au respect des obligations pesant sur les représentants. Mais les devoirs issus de l'administration légale et les droits découlant de la jouissance légale ne peuvent être envisagés indépendamment²⁵². Dès lors que le mineur est âgé de moins de seize ans, aux obligations de prudence, de diligence et de loyauté se superposent les droits issus de l'usufruit légal²⁵³. La jouissance légale porte alors atteinte aux règles de l'administration légale car le contrôle de l'utilisation des biens du mineur dans son intérêt propre est limité par l'usufruit légal (1). Consciente des risques encourus par le mineur, la jurisprudence réaffirme, dans certains cas, la supériorité des règles protectrices du mineur, en appliquant alors les règles de l'administration légale à l'usufruit, ce qui paradoxalement est loin de clarifier la gestion du patrimoine du mineur (2).

²⁵⁰ Civ. 30 novembre 1910, *D.P.* 1912.1.74. En cas d'insuffisance de revenus, les administrateurs légaux ne peuvent disposer du capital du mineur. La doctrine a cependant émis l'idée d'une autorisation du juge des tutelles relativement à l'affectation d'une partie du capital pour subvenir aux besoins de l'enfant. V. I. Tardy-Joubert, art. préc.

²⁵¹ M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 363. V. Limoges 14 mai 1897, *D.* 1901, 2, 381 ; *S.* 1901, 498.

²⁵² Article 389-7 du Code civil.

²⁵³ I. Tardy-Joubert, art. préc.

1) Le contrôle limité de l'affectation des biens à l'intérêt de l'enfant

500. Les administrateurs légaux doivent rendre compte de leur gestion mais le droit de jouissance légale en modifie considérablement la portée. En effet, une fois acquittée l'obligation d'entretien fondée sur l'article 385 2° du Code civil, les revenus produits par les biens du mineur appartiennent aux parents, ce qui implique qu'ils n'ont pas à rendre compte de leur emploi, puisque la représentation est exclue. Ce n'est qu'à propos de l'utilisation initiale des revenus qu'une surveillance peut être exercée puisqu'elle est assortie de la charge qu'est l'entretien du mineur. Le contrôle de l'affectation des revenus du mineur à son entretien en fonction de sa fortune est néanmoins réduit en raison de l'existence d'une présomption de juste emploi (a), limitant la surveillance aux seuls cas de négligence grave (b).

a. La présomption de juste emploi, fondement de la dispense de comptes

501. Les biens du mineur, objets de la jouissance légale, se fondent dans le patrimoine familial et il est impossible de vérifier concrètement que ses propres fonds lui sont attribués. Il existe une présomption de juste emploi qui implique d'admettre qu'ils sont utilisés pour assurer ses besoins essentiels. Dès lors que le mineur est nourri et habillé correctement, que les frais de santé et de scolarité sont acquittés, une bonne utilisation des fonds est présumée²⁵⁴. Les administrateurs légaux, titulaires de la jouissance légale, se voient par conséquent dispensés de toute justification et de toute reddition de comptes, même si l'administration légale est sous contrôle judiciaire. Aussi, les comptes n'ont à être rendus qu'à partir des seize ans de l'enfant²⁵⁵.

502. Cependant, il importe de s'interroger sur l'étendue de la dispense de comptes : s'agit-il de toutes les opérations patrimoniales accomplies pour le compte du mineur de seize ans ou s'agit-il seulement de l'emploi des revenus ? L'administrateur légal est tenu de rendre compte des diverses opérations qu'il a effectuées pour le compte du mineur : emploi et remploi des capitaux et de l'excédent des revenus, utilisation des revenus encaissés pour le compte du mineur. La jouissance légale - usufruit légal - ne le dispense *a priori* que de justifier de l'utilisation des revenus mais maintient le devoir de mentionner le changement de composition du patrimoine sans qu'il y ait à établir un état

²⁵⁴ *Ibid.* V. également, J. Hauser, obs. sous Paris 11 mai 1993, préc.

²⁵⁵ Civ. 1^{ère} 9 juillet 2008, *Bull. civ.* I, n° 199 ; *AJ fam.* 2008. 400, obs. F. Chénéde ; *RJPF*-2008-11/11, obs. I. Corpart ; *RTD Civ.* 2008. 656, obs. J. Hauser.

des dépenses et des recettes²⁵⁶. Ce n'est pas d'un compte de gestion qu'est dispensé le titulaire de la jouissance légale mais du compte établissant l'utilisation des revenus et les dépenses d'entretien qui du reste sont à sa charge d'usufruitier²⁵⁷.

En revanche, l'administrateur légal, titulaire de la jouissance légale, se doit de justifier de l'usage des capitaux. Cependant, le recours au quasi-usufruit en matière de sommes d'argent vient considérablement perturber le fonctionnement de l'administration légale. L'utilisation des capitaux au titre du quasi-usufruit paraît dispenser l'administrateur légal-usufruitier de justifier de leur usage dès lors qu'il les restitue à la fin de la jouissance légale. Le quasi-usufruit est une application du droit commun de l'usufruit auquel est soumise la jouissance légale et il n'est pas possible de faire une application distributive des règles de l'usufruit. Dès lors qu'est admise l'existence du *fructus* et en l'occurrence de l'*usus* au profit des titulaires de la jouissance légale, toutes les conséquences doivent en être tirées. D'une part, il existe un quasi-usufruit, d'autre part, le quasi-usufruit est assorti des mêmes charges que l'usufruit et l'utilisation des capitaux bénéficie de la même présomption de juste emploi que les revenus.

Les conséquences sont loin d'être anodines sur la reddition de comptes, outil de contrôle de la gestion parentale. S'il était clair que l'utilisation des revenus échus avant les seize ans de l'enfant n'avait pas à être contrôlée, ni justifiée, dès lors qu'il jouit d'un quasi-usufruit, le parent n'a pas non plus à justifier de leur usage avant la cessation de la jouissance légale²⁵⁸. Seule la restitution lui est imposée. Par conséquent, seuls les capitaux employés sur autorisation du juge des tutelles seront soumis à un contrôle réel. En matière d'administration légale, la surveillance est plus qu'hypothétique, d'autant plus que les tiers ne sont pas garants de l'emploi des capitaux. Ils ne sont tenus d'aviser

²⁵⁶ Circulaire du 1^{er} juillet 1966 relative à la tutelle et à l'émancipation, *JO* 7 juillet 1966, p. 5786 ; *D.* 1966. 316, n° 56 ; J. Massip, *op. cit.*, n° 42 ; J. Hauser, obs. sous Civ. 1^{ère} 9 juillet 2008, préc.

²⁵⁷ S'agissant des valeurs mobilières dont il possède l'usufruit, l'usufruitier a le droit d'en percevoir les bénéfices et dividendes mais pas de les aliéner sans les remplacer puisqu'il doit en conserver la substance. L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières est particulier puisqu'il octroie le pouvoir de gérer cette universalité en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés. L'usufruitier peut se dispenser de l'accord du nu-propiétaire pour aliéner certains titres s'il les remplace mais ne peut en revanche céder le portefeuille lui-même. S'il ne possède pas sur ces biens un quasi-usufruit, il dispose néanmoins de pouvoirs étendus justifiés par l'impératif d'une gestion dynamique. L'utilisation de ces pouvoirs étendus bien que relevant d'une aliénation n'a pas à figurer dans le compte de gestion antérieur aux seize ans puisqu'elle n'est que la mise en œuvre des droits d'usufruitier. V. *infra* n° 528.

²⁵⁸ Civ. 1^{ère} 9 juillet 2008, préc. La généralité de l'attendu énoncé par la Cour de cassation sous-entend une dispense totale de comptes avant les seize ans de l'enfant.

le juge que si l'acte compromet manifestement les intérêts du mineur. Cependant, l'utilisation des capitaux par les parents n'est pas répréhensible dès lors qu'un quasi-usufruit est exercé sur eux²⁵⁹. En vertu de la présomption de bonne utilisation des revenus, les titulaires de la jouissance légale n'ont donc pas à rendre compte de leur utilisation et cette présomption peut être étendue aux capitaux disponibles.

b. La négligence grave, seul moyen de renverser la présomption de juste emploi

503. Pour qu'un contrôle de l'utilisation des revenus ait lieu, il est nécessaire que le manquement à l'obligation d'entretien ait atteint un certain seuil de gravité. En effet, ce n'est que si le mineur ne fait pas l'objet de soins suffisants que l'absence d'utilisation des revenus à son entretien pourra être détectée. Dès lors que le mineur a des conditions de vie normale, la présomption de juste emploi ne peut être renversée. Pour qu'elle puisse l'être, il est nécessaire d'établir l'absence d'entretien de l'enfant, ce qui ne pourra être relevé qu'à compter d'un degré certain de négligence. Même fondée sur l'article 385 2°, l'obligation d'entretien révèle la confluence des sphères patrimoniales et extrapatrimoniales. La mauvaise utilisation des revenus du mineur sera mise en évidence par le mauvais usage du pouvoir extrapatrimonial, lequel découlera en partie du mauvais usage du pouvoir patrimonial. Dès lors, la compétence judiciaire est double. Dans cette hypothèse, si le manquement est tel que l'enfant encourt un danger, le juge des enfants peut être saisi et ordonner une mesure d'assistance éducative. C'est essentiellement à cette occasion que sera alors révélée la mauvaise utilisation des revenus du mineur, ce qui pourra fonder ensuite une intervention du juge des tutelles.

504. La sanction du manquement à ses obligations par le titulaire de la jouissance légale n'est pas expressément prévue par les textes. Cependant, l'article 384 du Code civil prévoit que la jouissance des biens du mineur prend fin par les causes d'extinction de tout usufruit et par celles qui mettent fin à l'autorité parentale et à l'administration légale. La sanction peut ainsi être fondée sur l'article 618 du Code civil qui prévoit la perte de l'usufruit en cas d'abus de jouissance²⁶⁰, c'est-à-dire en cas de dégradation du fonds ou en cas de dépérissement du fonds pour défaut d'entretien. Mais il est admis de manière générale que l'usufruitier commet un abus de jouissance lorsqu'il manque à ses

²⁵⁹ Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995, préc.

²⁶⁰ La compétence n'est alors pas celle du juge des tutelles mais du tribunal de grande instance et l'action doit être intentée par le nu-proprétaire, en l'occurrence le mineur. La nomination d'un administrateur *ad hoc* apparaît nécessaire.

obligations suffisamment gravement pour compromettre la substance même de la chose²⁶¹. Le mauvais entretien du bien sur lequel porte l'usufruit peut notamment découler d'une mauvaise utilisation des revenus. La doctrine considère que la dilapidation des revenus peut caractériser l'abus de jouissance²⁶². Cependant, le défaut d'entretien du fonds vise incontestablement les biens du mineur, non pas le mineur lui-même. L'abus de jouissance sanctionne le non-respect des charges dont sont tenus tous les usufruitiers. L'obligation d'entretien est propre à la jouissance légale. La spécificité de la jouissance légale par rapport à l'usufruit de droit commun amène à nuancer l'application de l'abus de jouissance. Ainsi, sauf à retenir une conception large de l'abus de jouissance, l'absence d'affectation des revenus du mineur à son éducation et à ses besoins essentiels ne peut constituer un abus de jouissance.

En revanche, la mauvaise utilisation des revenus du mineur peut motiver la transformation d'une administration légale en tutelle aux biens sur le fondement de l'article 391 du Code civil. Si l'administration légale était pure et simple, le manquement à l'obligation d'entretien peut constituer la cause grave exigée par le législateur. La jouissance légale peut également être ôtée par un retrait d'autorité parentale fondé sur l'article 378-1 du Code civil et motivé par le défaut de soins ou le manque de direction. Il n'est pas impossible de retirer la seule jouissance légale au titre d'un retrait partiel de l'autorité parentale fondé sur l'article 379-1.

505. En tout état de cause, ce n'est que si les titulaires de la jouissance légale négligent gravement leur enfant que l'utilisation des revenus du mineur dans un but étranger à l'intérêt de l'enfant sera sanctionnée. En dessous d'un certain seuil de gravité, la présomption de juste emploi écarte tout contrôle. Or, si l'on admet, sous couvert de la présomption de juste emploi, que les revenus du mineur sont employés à son entretien, il est loin d'être certain qu'ils le soient en fonction de sa fortune. Rien ne permet donc de vérifier que les revenus du mineur lui sont affectés proportionnellement à ses ressources. Dès lors que son entretien est assuré, les titulaires de la jouissance légale ont toute latitude pour utiliser l'excédent de revenus, dont ils fixent la mesure. Le contrôle de l'utilisation des revenus du mineur est par conséquent plus que limité. Le quasi-usufruit exercé sur les capitaux disponibles fait l'objet de la même limite puisque les

²⁶¹ F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 848.

²⁶² M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 367 ; I. Tardy-Joubert, art. préc.

parents disposent du droit d'utiliser ces fonds dès lors qu'ils les restituent. Leur utilisation est affectée prioritairement à l'intérêt de l'enfant, mais le contrôle étant soumis aux mêmes limites que les revenus, il est réduit. La bonne utilisation des fonds objet de la jouissance légale s'avère donc soumise à une surveillance plus théorique que réelle. Durant la majeure partie de la vie du mineur, les obligations imposées aux représentants apparaissent donc de portée limitée, compromettant la protection du mineur. L'incongruité de la situation a conduit la jurisprudence à affirmer la supériorité des règles de l'administration légale en dépit de l'absence de représentation.

2) L'application opportune des règles de l'administration légale en cas de jouissance légale

506. L'administrateur légal peut donner à bail les biens du mineur qu'il a d'ailleurs pour obligation d'entretenir. Lors de la période de jouissance légale, ces actes peuvent être effectués en qualité d'usufruitier au titre du droit d'usage²⁶³. Une fois encore se superposent les prérogatives de l'usufruitier à celles du représentant. Ces actes sont dès lors soumis au régime de la jouissance légale, ce qui conduit à écarter les règles de l'administration légale. La jurisprudence a néanmoins tenu à faire prévaloir les principes de la représentation afin de protéger le mineur. Le bail conclu par le titulaire de la jouissance légale est dès lors sous l'empire de l'article 504 du Code civil (a) et l'entretien au sens large des biens se voit appliquer distributivement les deux catégories de règles (b).

a. Le maintien de la protection du mineur en cas de bail conclu par l'usufruitier

507. Durant la période de jouissance légale, l'usufruitier possède le pouvoir de conclure un bail en son propre nom, tandis qu'une fois que le mineur a atteint l'âge de seize ans, seul ce dernier possède la qualité de bailleur. Il convient d'envisager les règles applicables à chaque cas de figure afin de comprendre leur coexistence pendant la période de jouissance légale.

Les baux conclus par l'usufruitier sont soumis à un régime particulier énoncé par l'article 595 du Code civil. En cas de cessation de l'usufruit, les baux supérieurs à neuf ans qu'il a conclus seul ne sont obligatoires à l'égard du nu-proprétaire que pour la période de neuf ans restant à courir. Les baux inférieurs à neuf ans que l'usufruitier a

²⁶³ C. Caillé, art. préc., n° 41 ; I. Carbonnier, art. préc.

conclus ou renouvelés plus de trois ans avant l'expiration du bail courant pour les biens ruraux et plus de deux ans avant l'expiration pour les maisons sont sans effet à l'égard du nu-propiétaire, sauf si l'exécution a commencé avant la cessation de l'usufruit, en l'occurrence lorsque le mineur a seize ans accomplis. Par ailleurs, si l'usufruitier donne à bail un immeuble à usage industriel, commercial ou artisanal ou un fonds de commerce, il doit requérir le consentement du nu-propiétaire²⁶⁴. Appliquée à la jouissance légale, cette disposition oblige l'usufruitier à requérir le consentement du mineur. Or, le consentement sera donné par représentation par l'administrateur légal lui-même usufruitier. Il existe donc un conflit d'intérêts potentiel²⁶⁵ nécessitant la nomination d'un administrateur *ad hoc*.

508. L'article 1718 du Code civil dispose que les dispositions de l'article 595 alinéas 2 et 3 s'appliquent aux baux passés par le tuteur seul. Ainsi, l'administrateur légal seul ne peut conclure un bail de longue durée dans la mesure où la majorité limite la durée du bail restant à courir. Par ailleurs, doivent être prises en compte les dispositions de l'article 504 alinéa 3, issues de l'article 456 ancien, selon lesquelles les baux que passe l'administrateur légal n'ouvrent pas au preneur à l'encontre du mineur devenu majeur droit à renouvellement ou au maintien dans les lieux à l'expiration du bail, en dépit de dispositions légales contraires. Face aux inconvénients découlant de cette disposition défavorable aux professionnels mais également au mineur, puisqu'il est difficile de trouver un preneur, la doctrine et la jurisprudence ont par la suite admis qu'un bail comportant droit à renouvellement ou droit au maintien dans les lieux pouvait être conclu au nom du mineur mais qu'il devait alors être soumis au régime des actes de disposition et nécessitait par conséquent l'accord de l'autre administrateur légal ou du juge des tutelles²⁶⁶. De la même manière, les baux de longue durée, tels que baux professionnels - ruraux, commerciaux, industriels, artisanaux, professionnels et mixtes - sont soumis au régime des actes de disposition. Le décret du 22 décembre 2008 a entériné cette analyse en soumettant les baux inférieurs à neuf ans au régime des actes d'administration et les baux de longue durée au régime des actes de disposition²⁶⁷.

²⁶⁴ A défaut, l'acte est nul de nullité relative. Civ. 3^e 5 mars 1986, *Bull. civ.* III, n° 25 ; *JCP* 1986, IV, 140 ; *D.* 1987, *IR*, 17, obs. Robert.

²⁶⁵ V. Th. Fossier et D. Guihal, note sous Civ. 1^{ère} 10 novembre 1987, *JCP* 1989, II, 21165.

²⁶⁶ Civ. 1^{ère} 18 octobre 1994, *D.* 1995. 529, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 1995. 600, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{ère} 21 juin 1989, *Bull. civ.* I, n° 244 ; *Rép. Def.* 1989. 92, obs. J. Massip ; Civ. 1^{ère} 10 mai 1988, *Bull. civ.* I, n° 128 ; *R. p.* 155 ; *D.* 1988. 516, note J. Massip ; *JCP N* 1989, II, 9, note Th. Fossier.

²⁶⁷ Respectivement, annexe 1, colonne 1, I et annexe 1, colonne 2, I du décret du 22 décembre 2008.

La Cour de cassation a enfin précisé que l'accord des deux administrateurs légaux, s'il permet de conclure un bail à long terme, ne suffit pas à conférer un droit au renouvellement et n'écarte pas l'application de l'article 504. Il est nécessaire pour octroyer un tel droit qu'une stipulation du bail écarte expressément cette disposition²⁶⁸.

Les dispositions relatives aux baux doivent donc se concilier. Pour qu'un bail à long terme puisse être conclu, l'accord des deux administrateurs légaux, à défaut l'autorisation du juge des tutelles, est nécessaire mais pour que le preneur bénéficie d'un droit à renouvellement ou au maintien dans les lieux, il est nécessaire que le bail écarte l'article 504 alinéa 3. Dans ces cas de figure, le bail est conclu par représentation, le mineur étant bailleur.

509. Cependant, le bail peut tout à fait être conclu au titre de la jouissance légale et du droit d'usage. Si le bail est conclu par les parents en tant qu'usufruitiers, il l'est en leur nom propre et l'acte semble échapper au régime de l'administration légale et aux obligations afférentes, seules les règles de l'usufruit ayant vocation à s'appliquer. Le mineur n'est pas bailleur dans cette hypothèse, ni co-bailleur. Ainsi, le droit au renouvellement ou au maintien dans les lieux au profit du preneur est tout à fait envisageable et la conclusion d'un bail professionnel, de longue durée, ne nécessite, en application de l'article 595 alinéa 4 que l'accord du mineur nu-proprétaire, consentement aisément obtenu puisque donné par le représentant lui-même usufruitier, à défaut d'administrateur *ad hoc*.

La jurisprudence étend néanmoins le champ des dispositions protectrices du mineur qui « transcendent »²⁶⁹ les règles de l'usufruit et la Cour de cassation a décidé que l'ancien article 456 ne comporte aucune restriction quant à l'étendue des droits de propriété du mineur sur les biens objet d'un bail consenti par son tuteur²⁷⁰. Ainsi, même si le mineur n'est que nu-proprétaire du bien objet du bail, le nouvel article 504 est applicable. Les dispositions protectrices du mineur applicables au régime de représentation du mineur sont transposables au cas où le mineur n'est pas représenté. En l'espèce, le problème portait sur un droit à renouvellement. Par analogie, il est

²⁶⁸ Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *Bull. civ. I*, n° 119 ; *Dr. famille* 2009, comm. 129, obs. I. Maria ; *Rép. Def.* 2009. 2198, obs. J. Massip ; *RJPF*-2009-10/11, obs. A. Caron-Dégliose ; *RTD Civ.* 2009. 506, obs. J. Hauser ; *Loyers et copropriété* 2009, comm. 12, obs. B. Vial-Pedroletti ; *RD rural* 2009, comm. 125, obs. S. Crevel.

²⁶⁹ Th. Fossier et D. Guihal, obs. sous Civ. 1^{ère} 10 novembre 1987, préc.

²⁷⁰ Civ. 1^{ère} 10 novembre 1987, préc.

possible d'affirmer que pour que le bail puisse être supérieur à neuf ans, il est nécessaire que les deux usufruitiers agissent ensemble ou que le juge des tutelles ait donné son autorisation. S'ajoute depuis 2009, l'exigence d'une stipulation du bail pour conférer un droit à renouvellement²⁷¹.

Toutefois, il n'en demeure pas moins que le cadre juridique du bail est celui de la jouissance légale. Dès lors, l'accord du mineur nu-proprétaire est requis en application de l'article 595 alinéa 4 pour conclure un bail professionnel. Ce consentement devra être délivré par représentation par un des administrateurs légaux ayant lui-même consenti en son nom propre. Dans les espèces précitées²⁷², le mineur devait consentir au bail car était en cause un bien rural. Son consentement a été donné par représentation par l'administrateur légal, qui intervenait à la fois comme représentant et comme usufruitier. L'opposition d'intérêts était patente mais la Cour n'a pas jugé nécessaire la nomination d'un administrateur *ad hoc*²⁷³. Au contraire, la conclusion d'un bail dans de telles circonstances doit conduire à la nomination d'un représentant spécial.

510. Ainsi, bien que la jouissance légale fasse échapper certains actes au régime de la représentation et aux obligations subséquentes, la protection du mineur transcende dans certains cas l'usufruit. Les règles de l'administration légale exercent une influence certaine sur celles de la jouissance légale. L'interaction des deux statuts aboutit à un système d'une grande complexité, dans lequel l'opposition d'intérêts n'a cependant pas été prise en considération. Il convient toutefois de noter que la supériorité des règles protectrices du mineur n'a pas été posée en réaction aux inconvénients nés de la jouissance légale. En effet, ce principe a été énoncé dans le cadre d'un usufruit successoral²⁷⁴ et a pu être étendu au mineur en indivision²⁷⁵. Il ne s'agissait donc pas de pallier l'incompatibilité des règles de la jouissance légale et de l'administration légale mais d'énoncer une règle plus large de protection du mineur. Les règles de

²⁷¹ Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, préc. Dans cette affaire, les règles de l'administration légale ont été appliquées alors que les parents avaient donné la nue-proprété de biens ruraux à leurs enfants tout en conservant l'usufruit. La conclusion du bail a eu lieu en leur nom personnel et comme administrateurs légaux de leurs enfants. La représentation portait non pas sur la qualité de bailleur puisque seul l'usufruitier possède le droit d'usage et de jouissance, mais mettait en cause les mineurs en tant que nu-proprétaires dont le consentement était requis par l'article 595 alinéa 4. Cette répartition ne semble pas aussi claire dans la décision et les règles de l'administration légale semblent une fois encore dépasser la différence entre usufruit et nue-proprété.

²⁷² Civ. 1^{ère} 10 novembre 1987, préc. ; Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, préc.

²⁷³ V. Th. Fossier et D. Guihal, note sous Civ. 1^{ère} 10 novembre 1987.

²⁷⁴ Civ. 1^{ère} 10 novembre 1987, préc.

²⁷⁵ Civ. 1^{ère} 10 mai 1988, préc.

l'administration légale ne prévalent sur la jouissance légale que de manière incidente et providentielle. Enfin, volonté implicite de garantir la protection du mineur ou imprécision des décisions de justice, la conclusion des baux paraît de manière générale soumise à l'administration légale, sans que la jurisprudence en cas d'usufruit légal fasse de différence entre le représentant du mineur bailleur ou l'usufruitier-bailleur²⁷⁶. La protection des intérêts du mineur justifie en tout cas que les règles de la jouissance légale et de l'usufruit en général soient écartées, ce qui illustre leur faiblesse en comparaison des règles d'administration légale.

b. L'entretien, l'amélioration et les grosses réparations des biens du mineur

511. L'obligation de diligence des représentants implique pour ces derniers de veiller à l'entretien des biens du mineur, correspondant à des actes d'administration selon le décret du 22 décembre 2008²⁷⁷. Le défaut d'entretien aura pour conséquence l'éventuelle mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs légaux. Mais ils sont également obligés d'effectuer les grosses réparations, qualifiées d'actes de disposition²⁷⁸.

Parallèlement, en contrepartie des droits dont il bénéficie, l'usufruitier doit entretenir le bien au titre des charges usufruituaires, sous peine d'être déchu pour abus de jouissance sur le fondement de l'article 618 du Code civil²⁷⁹. Dès lors, l'entretien du bien considéré comme un acte d'administration n'est pas un acte de représentation mais un devoir pesant sur le détenteur de la jouissance légale, dont il ne peut demander dédommagement au nu-propiétaire jusqu'à ses seize ans. Selon l'article 599 alinéa 2 du Code civil, l'usufruitier ne peut pas non plus être indemnisé par le nu-propiétaire des améliorations apportées au bien. Si l'usufruitier est tenu des réparations d'entretien, il n'a pas à effectuer les grosses réparations, qu'il ne peut obliger le nu-propiétaire à réaliser. S'il effectue ces dernières, strictement énumérées par le Code civil, le nu-propiétaire n'est pas tenu de l'indemniser mais la jurisprudence l'a admis sur le

²⁷⁶ Durant la période de jouissance légale, de toute façon, l'avantage essentiel conféré par la qualité de bailleur, à savoir la perception des revenus, est conféré automatiquement par le droit de jouissance légale quel que soit le bailleur.

²⁷⁷ Annexe 1, colonne 1, I du décret du 22 décembre 2008.

²⁷⁸ Annexe 1, colonne 2, I du décret du 22 décembre 2008.

²⁷⁹ Même en l'absence de déchéance, le nu-propiétaire peut demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par les actes abusifs. F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 848.

fondement de l'enrichissement sans cause dans les cas où ces réparations étaient indispensables ou rendues nécessaires par la qualité de bailleur de l'usufruitier²⁸⁰.

512. A propos de l'usufruit légal, la jurisprudence²⁸¹ a considéré que les améliorations étaient faites non pas au titre de l'usufruit mais comme représentant du nu-proprétaire, ce qui permettait aux parents d'être indemnisés des dépenses effectuées, à l'inverse de l'usufruit de droit commun. En effet, grosses réparations et améliorations n'incombent pas à l'usufruitier mais au nu-proprétaire. Aussi, si de tels actes sont réalisés, par un basculement opportun des qualités, il faut considérer que c'est au titre de la représentation du nu-proprétaire, ce qui justifie que le patrimoine du représentant-titulaire de la jouissance légale soit indemnisé. Le titulaire de la jouissance légale n'est pas traité comme n'importe quel usufruitier. La justification donnée repose sur la nécessité de restituer au jeune majeur un patrimoine sain. L'indemnisation des améliorations et grosses réparations effectuées par le titulaire de la jouissance légale au titre de sa mission concomitante de représentation illustre la confusion des qualités et des intérêts née de la superposition de l'usufruit légal et de l'administration légale. L'opposition d'intérêts n'est une fois encore pas prise en compte²⁸². En effet, les améliorations effectuées par l'usufruitier ne sont pas nécessairement conformes à l'intérêt du mineur nu-proprétaire, tandis qu'elles peuvent l'être pour l'usufruitier.

513. Le retour jurisprudentiel opportun des règles d'administration légale illustre la confusion qui peut régner lorsque les droits du mineur entrent en concurrence avec ceux de ses parents. Le recours aux règles de représentation est parfois fondé juridiquement même s'il est artificiellement justifié par l'impératif de protection du mineur en cas d'indemnisation du titulaire de la jouissance légale pour les améliorations et grosses réparations effectuées sur un bien objet d'usufruit. Il est parfois exempt de fondement juridique véritable mais justifié par l'impératif réel de protection du mineur en cas d'application des règles de représentation au mineur non-bailleur. S'il apparaît nécessaire de mettre en œuvre dans de telles hypothèses le régime de l'administration légale, c'est parce que les droits des parents sont susceptibles de porter atteinte aux

²⁸⁰ Civ. 2^e 7 décembre 1961, *Bull. civ.* II, n° 842 ; Civ. 3^e 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 165 ; *JCP* 2006, I, 178, n° 15, obs. H. Périnet-Marquet.

²⁸¹ Req. 17 novembre 1903, *D.P.* 1904. 1. 11 ; Rennes 24 février 1902, *S.* 1903. 2. 66. V. également C. Caillé, art. préc., n° 53 ; I. Carbonnier, art. préc.

²⁸² Civ. 1^{ère} 6 juillet 2000, pourvoi n° 98-12825.

droits du mineur, en raison de l'incompatibilité existant entre les droits issus de la jouissance légale et les devoirs pesant sur les représentants.

C. L'incompatibilité des droits issus de la jouissance légale et des obligations des représentants légaux

514. La jouissance légale confère des prérogatives aux parents qui entrent en conflit avec les obligations imposées par l'administration légale. Dès lors que le mineur est âgé de moins de seize ans, la gestion de son patrimoine est dans l'opacité. Les droits du mineur se heurtent directement aux droits des parents. La critique de la jouissance légale est loin d'être nouvelle²⁸³ et nombreux sont ceux qui ont souhaité sa suppression²⁸⁴. Au-delà des arguments invoqués, il convient de mettre en exergue l'incompatibilité, voire l'incongruité, de la jouissance légale au regard des obligations des représentants légaux du mineur. La superposition des droits issus de la jouissance légale et des obligations des administrateurs légaux révèle une opposition entre les prérogatives de l'usufruitier et les devoirs du représentant. Durant la période de jouissance légale, cette incompatibilité aboutit à une remise en cause des obligations nées de l'administration légale (1), que l'argument de l'obligation d'entretien ne parvient pas à justifier (2).

1) La remise en cause des obligations des représentants

515. La gestion du patrimoine du mineur échappe en grande partie aux obligations imposées par la loi aux représentants. Diligence et loyauté perdent toute valeur dans la mesure où une partie du patrimoine est affectée à la satisfaction, même temporaire des intérêts des parents. Les représentants se doivent de gérer les biens du représenté prudemment et diligemment dans l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire en conservant son patrimoine et en le valorisant. La reddition de comptes permet de s'assurer du respect de cette obligation. Or, toute une partie du patrimoine du mineur de moins de seize ans est utilisée librement par les parents au vu de l'étendue de la dispense de comptes et de la faiblesse du contrôle du respect de l'obligation d'entretien. L'absence de reddition de comptes, même partielle, porte nécessairement atteinte à l'obligation de diligence et de prudence.

²⁸³ F. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 1109 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *La famille*, par L. Leveneur, *op. cit.*, n° 1156. L'archaïsme, l'absence d'intérêt pratique, la survivance de la puissance paternelle ont pu être invoqués à l'appui de ces critiques.

²⁸⁴ La Commission de réforme du Code civil avait ainsi proposé sa disparition. V. *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, t. VIII, Sirey, année 1951-1952, p. 234 et s.

Par ailleurs, dès lors que l'entretien du mineur est assuré, les revenus appartiennent aux parents qui les gèrent à leur gré et fréquemment dans leur intérêt propre, ce qui apparaît incompatible avec la diligence, attitude consistant à organiser et prévoir le meilleur avenir possible au représenté. L'excédent de revenus devrait être employé et immobilisé, à l'image des exigences du législateur après la cessation de la jouissance légale. Il est invoqué que les deux années restant jusqu'à la majorité suffisent à constituer un pécule, mais un pécule plus consistant est loin d'être inintéressant, notamment au vu de l'allongement de la durée des études. Le transfert des revenus excédentaires dans le patrimoine des représentants apparaît donc peu conforme à l'obligation de diligence et de prudence. La justification - rémunération de l'administration des biens - qui a pu être donnée est de surcroît de peu de force face à l'impératif de gestion prévoyante et avisée.

Les capitaux non soumis à obligation d'emploi peuvent être utilisés librement dès lors qu'ils reviennent ensuite au mineur. La prévoyance implique pourtant de préparer l'avenir du mineur et de lui assurer un patrimoine solide, ce qui peut conduire à l'établissement d'une faute si les capitaux ont été retirés puis restitués au lieu d'être placés dans l'intérêt de l'enfant. Cependant, s'ils ont été restitués, l'existence d'une faute est douteuse puisque la jouissance légale conférait le droit de retirer les capitaux²⁸⁵. Une telle prérogative se trouve donc également en porte-à-faux avec l'obligation de diligence. Par ailleurs, à défaut de restitution, le problème réside dans l'absence de sanction véritable en cas de dissipation des capitaux car sans hypothèque légale ou gage, l'enfant ne pourra pas récupérer les fonds lui appartenant en cas d'insolvabilité des parents.

516. Si l'obligation de diligence voit ainsi sa portée réduite, l'obligation de loyauté disparaît quasiment durant la période de jouissance légale. Les biens du mineur peuvent être utilisés dans l'intérêt, non pas de l'enfant, mais de ses représentants, et cela paradoxalement parce qu'ils ont pour mission de le représenter, puisque la jouissance légale est souvent justifiée par la contrepartie de l'administration des biens. En effet, l'usufruit conféré sur le patrimoine du mineur conduit non pas seulement à un démembrement de propriété, mais à une confusion des intérêts. En tant que représentants, les administrateurs légaux se doivent de rechercher exclusivement

²⁸⁵ Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995, préc.

l'intérêt de l'enfant. En tant que détenteurs de la jouissance légale, ils peuvent rechercher leur propre intérêt. Les revenus excédentaires, dont la mesure est en définitive fixée par les parents, leur appartiennent par un transfert du patrimoine du mineur vers le patrimoine des administrateurs légaux. Les capitaux non soumis à obligation d'emploi peuvent, quant à eux, être utilisés en toute légalité jusqu'à ce que le mineur atteigne l'âge de seize ans. L'atteinte à l'obligation de loyauté est induite par la loi elle-même ; l'usufruit conféré par la jouissance légale est contradictoire avec l'obligation de loyauté qui pèse sur les représentants. Évidemment, l'usufruitier se doit d'agir dans l'intérêt du nu-propriétaire en entretenant le bien appartenant à ce dernier. Par là-même, l'intérêt du mineur n'est donc pas radicalement exclu et il peut même en tirer un certain profit. Il n'en demeure pas moins que le patrimoine du mineur est employé légalement dans l'intérêt de l'usufruitier-représentant. Dans ces conditions, l'antinomie est incontestable. Or, l'opposition d'intérêts, loin d'être rare, n'est pas prise en compte²⁸⁶, elle est même occultée. Là réside la cause de la sanction relative du détournement de pouvoir²⁸⁷. A la lumière du principe de primauté de l'intérêt de l'enfant, cet état de fait est plus que contestable.

Certes, la jouissance légale ne doit pas être exclusivement envisagée comme une atteinte aux obligations pesant sur les représentants, garanties des droits de l'enfant, car elle doit avant tout être entendue comme le moyen financier d'assurer la protection de l'enfant et son entretien. Pourtant, concevoir la jouissance légale comme une contrepartie de l'obligation d'entretien est illusoire.

2) La contrepartie illusoire de l'obligation d'entretien

517. Il peut être invoqué que le droit de jouissance légale est exercé prioritairement dans l'intérêt de l'enfant²⁸⁸ puisqu'il est assorti de la lourde charge qu'est l'obligation

²⁸⁶ G. Cornu, *op. cit.*, n° 64.

²⁸⁷ V. *supra* n° 474.

²⁸⁸ Il a pu être dit que la jouissance légale comporte plus de désagréments qu'elle n'apporte d'avantages en raison des charges qu'elle implique. V. M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, R. et J. Savatier, *op. cit.*, n° 364 ; C. Caillé, art. préc., n° 55.

Au soutien de la jouissance légale ont été avancés des arguments tels que l'indemnisation de l'administration des biens, l'absence d'établissement de comptes fastidieux et lourds, la protection du conjoint survivant ou encore l'unification du budget de la famille et l'égalité statut des enfants. Cependant, l'administration légale et plus généralement l'autorité parentale sont des fonctions gratuites, d'essence familiale ; le tuteur doit dresser des comptes durant toute la minorité de l'enfant et cela de manière désintéressée ; enfin la loi du 3 décembre 2001 accordant un usufruit au conjoint survivant fait perdre son intérêt à l'argument fondé sur la protection du veuf. Seule l'uniformisation des conditions de vie familiale peut être regardée comme pertinente mais c'est alors se pencher sur l'obligation d'entretien.

d'entretien du mineur. Il ne serait donc pas en totale contradiction avec l'esprit de la représentation et les obligations afférentes. Pourtant, les inconvénients résultant de la jouissance légale paraissent plus importants que le bénéfice retiré. En effet, la portée de l'obligation d'entretien fondée sur l'article 385 2° doit être relativisée. D'une part, la mesure de l'entretien et corrélativement la part de revenus excédentaires sont librement arrêtées par les parents, sans que l'entretien à proportion des ressources du mineur soit contrôlé par l'effet de la présomption de juste emploi. D'autre part, le tandem obligation d'entretien-jouissance légale est loin d'être indissociable et indispensable²⁸⁹. L'obligation de nourrir, élever et éduquer l'enfant ne découle pas exclusivement de la jouissance légale puisqu'elle est également posée par l'article 203 du Code civil et rattachée à la contribution aux charges du mariage lorsque les parents sont mariés. Elle est alors effectuée proportionnellement aux revenus des parents. L'article 371-2 du Code civil énonce quant à lui l'obligation de contribuer à proportion des ressources des parents et des besoins de l'enfant. L'obligation d'entretien n'est donc pas conditionnée à l'existence de la jouissance légale. Si les revenus du mineur de moins de seize ans sont insuffisants, les parents doivent contribuer à son entretien sur le fondement des articles 203 et 371-2 avec leurs propres ressources sans pouvoir disposer du capital du mineur. Après que l'enfant a atteint l'âge de seize ans, les articles 203 et 371-2 deviennent le fondement exclusif de l'obligation d'entretien.

De surcroît, même lorsque les parents ne disposent pas du droit de jouissance légale, la contribution à l'entretien du mineur peut être effectuée en prélevant les revenus de ce dernier. Il a ainsi été décidé que pour exécuter leur obligation d'entretien fondée sur l'article 203 les parents devaient au préalable utiliser ses revenus et seulement en cas d'insuffisance, verser leurs propres fonds²⁹⁰. Plus récemment, la Cour de cassation est allée dans le même sens en décidant que les revenus du travail, biens exclus de la jouissance légale, peuvent être utilisés pour pourvoir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, seul l'excédent devant revenir au mineur²⁹¹. Ainsi, « l'enfant qui en a les moyens doit contribuer à son propre entretien »²⁹² et cela, que ses biens soient soumis à la jouissance légale ou non. D'ailleurs, le mineur sous tutelle bénéficie de sommes

²⁸⁹ Il a d'ailleurs été soulevé que la jouissance légale n'est pas la contrepartie de l'obligation d'entretien puisqu'une fois celle-ci acquittée et qu'il n'y a plus à entretenir l'enfant, les revenus appartiennent aux parents. V. Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 629.

²⁹⁰ Civ. 30 novembre 1910, préc.

²⁹¹ Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, préc.

²⁹² Th. Fossier, note sous Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, préc.

affectées à son entretien démontrant par là-même qu'il n'est pas nécessaire de passer par l'usufruit pour faire bénéficier le mineur de ses propres revenus afin de pourvoir à son entretien. Par conséquent, la justification essentielle du maintien de la jouissance légale tombe et la pertinence de l'institution est clairement remise en question.

518. L'usufruit exercé par les parents sur les biens de leur enfant n'est pas seulement une prérogative anachronique à l'époque des droits de l'enfant, il est surtout contradictoire avec les obligations découlant de la représentation. Une obligation ne peut être énoncée par un texte pour être écartée par un autre. Il existe donc une contradiction au sein du Code civil entre jouissance légale et représentation du mineur. La supériorité des désagréments causés par la jouissance légale au regard de l'intérêt réduit qu'elle comporte et surtout la limitation du contrôle qu'elle entraîne conduisent à incliner en faveur de sa disparition.

La relativité des obligations légales pesant sur les représentants légaux du mineur ne résulte pas seulement du droit de jouissance légale. Souhaitant se décharger, légalement, du poids des obligations imposées par la loi, les administrateurs légaux peuvent décider d'externaliser la gestion du patrimoine du mineur.

§2. LA CONCURRENCE DE L'ADMINISTRATION LÉGALE ET D'AUTRES TECHNIQUES DE GESTION DU PATRIMOINE

519. La gestion du patrimoine du mineur est multiforme en raison de la recherche nécessaire d'un équilibre entre dynamisme et prudence, mais également de la diversité des patrimoines. Le placement des fonds sur les livrets d'épargne défiscalisés ou la conclusion de contrats d'assurance-vie restent les solutions les plus courantes et les moins risquées²⁹³. Dans ces cas de figure, la gestion est soumise aux règles traditionnelles de l'administration légale²⁹⁴.

²⁹³ B. Boniface, « Une technique de gestion des biens du mineur : le bail à construction », *Rép. Def.* 1995. 475. Il a pu être proposé la conclusion d'un bail à construction. Un tel contrat permet au mineur propriétaire d'un terrain de le louer à un preneur afin que celui-ci construise un immeuble et en fin de bail, le mineur bailleur devient propriétaire du bien. V. article L. 251-1 du Code de la construction et de l'habitation.

²⁹⁴ La qualification du placement en épargne dépend de la soumission éventuelle des fonds à l'obligation d'emploi ou de remploi. La souscription et le rachat d'un contrat d'assurance-vie, la désignation ou la substitution d'un bénéficiaire, la révocation d'un bénéficiaire non accepté ou le versement de nouvelles primes sont des actes de disposition selon le décret du 22 décembre 2008.

Le mineur peut également intégrer une entreprise, auquel cas se produit une superposition de régimes juridiques. L'entreprise doit être gérée comme elle le serait sans un incapable en son sein mais la gestion se fait pour partie par application des règles de l'administration légale. Ainsi est-il des actes de gestion de l'entreprise : actes de commerce s'ils ne sont pas habituels, opérations sur fonds de commerce, actes bancaires²⁹⁵. Si les actes à effectuer régulièrement sont des actes de commerce, il convient d'organiser autrement la gestion puisque le mineur subit une incapacité de jouissance quant à l'exercice du commerce²⁹⁶. La représentation n'est dans ce cas pas envisageable. Le fonds de commerce peut alors être exploité par le représentant au titre de la jouissance légale, qui lui confère un quasi-usufruit sur les marchandises et éléments du fonds²⁹⁷. Il peut aussi prendre à bail le fonds appartenant au mineur mais doit alors faire nommer un administrateur *ad hoc* pour conclure le bail selon l'article 508 du Code civil. Ces solutions sont néanmoins transitoires si l'entreprise est commerciale²⁹⁸.

Le mineur peut aussi faire partie d'une EIRL²⁹⁹. Dans ce cas, les règles de l'administration légale demeurent le cadre juridique. En effet, les représentants accomplissent en principe les actes nécessaires à la création et à la gestion de l'entreprise mais peuvent dresser une liste d'actes que le mineur pourra effectuer seul³⁰⁰. Seuls les actes d'administration peuvent faire l'objet de cette autorisation, les actes les plus graves demeurant soumis à la représentation. En dépit des aménagements apportés à l'incapacité d'exercice du mineur, les règles des incapacités demeurent applicables. L'EIRL crée, au profit de l'entrepreneur individuel, un patrimoine d'affectation, lequel est géré par l'intermédiaire de l'administration légale mais elle ne conduit pas à la

²⁹⁵ Th. Fossier, « L'entreprise familiale et l'incapable », *Rép. Def.* 2001. 151.

²⁹⁶ Depuis la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, introduisant l'article 413-8 du Code civil et modifiant l'article L. 121-2 du Code de commerce, le mineur émancipé peut exercer le commerce sur autorisation judiciaire.

²⁹⁷ Civ. 6 novembre 1950, *JCP* 1952, II, 6702, note A. Cohen ; *RTD Com* 1952. 300, obs. A. Jauffret.

²⁹⁸ Th. Fossier, art. préc.

²⁹⁹ Article 389-8 du Code civil créé par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, préc. V. circ. n° 2010/033 du 29 septembre 2010, disponible sur le site web <http://www.le-rsi.fr>. V. également, F. Julienne, « Le mineur, acteur de la vie économique ? (à propos de la loi du 15 juin 2010), art. préc. ; V. Legrand, « Le mineur non émancipé EIRL : quelle perspective pour les parents ? », art. préc. ; S. Piedelièvre, « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Rép. Def.* 2010. 1417 ; G. Notté, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *JCP E* 2010. 346 ; F. Vauvillé, « Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Rép. Def.* 2010. 1649.

³⁰⁰ Si le mineur est sous tutelle, le conseil de famille l'autorise à passer les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion de l'EIRL. V. article 401 du Code civil.

création d'une nouvelle personne morale³⁰¹. Seule cette dernière est une source de menace pour les règles protectrices des incapacités.

Le mineur peut en effet tout à fait intégrer une société – sociétés civiles, sociétés par actions, sociétés à responsabilité limitée, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou société en participation - dès lors qu'il ne devient pas commerçant³⁰². La société en nom collectif et la société en commandite en tant que commandité lui sont fermées. L'exercice de ses droits d'associé - droits politiques, financiers et sociaux - a alors lieu par représentation³⁰³. Dans ces cas de figure, le patrimoine du mineur - matérialisé par des valeurs mobilières ou des parts sociales - demeure géré par application des règles de l'administration légale, combinées néanmoins avec les règles de fonctionnement sociétaires. Cependant, l'administration des biens du mineur peut tout à fait être externalisée³⁰⁴ lorsque la société a pour objet la gestion et la valorisation du patrimoine de l'incapable. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a interdit la fiducie au mineur. L'article 408-1 du Code civil dispose ainsi que « les biens ou les droits d'un mineur ne peuvent être transférés dans un patrimoine fiduciaire. » Restent néanmoins comme outils de gestion externalisée du patrimoine le recours aux sociétés civiles et la conclusion de mandat de gestion. Dans ces hypothèses, les règles de l'administration légale doivent être conciliées avec les règles propres aux sociétés (A) et au contrat de gestion de valeurs mobilières et instruments financiers (B).

A. La coexistence de l'administration légale et d'une société civile

520. L'entrée du mineur dans toute société doit être faite en application des règles de l'administration légale (1). C'est ensuite dans le fonctionnement de la société que l'administration légale se voit affectée par le mécanisme sociétaire en dépit des améliorations apportées par le décret du 22 décembre 2008 (2).

1) La soumission de l'entrée du mineur dans la société aux règles de l'administration légale

521. La participation du mineur à une société civile peut avoir différentes origines. Tout d'abord, elle peut résulter d'une succession. L'acceptation de la succession à

³⁰¹ Article L. 526-6 du Code de commerce.

³⁰² Les GAEC sont interdites au mineur par l'article L. 323-1 du Code rural.

³⁰³ La société unipersonnelle connaît les mêmes aménagements que l'EIRL. V. article 389-8 du Code civil.

³⁰⁴ M.-C. Monsallier Saint Mleux, « Société civile et gestion de l'incapable », *JCP N* 2010. 1391.

concurrency de l'actif net est un acte d'administration tandis que l'acceptation pure et simple est un acte de disposition³⁰⁵. Elle peut également provenir d'une donation, auquel cas, si la donation est sans charges, l'acceptation pourra être qualifiée d'acte d'administration³⁰⁶. Le même raisonnement doit être suivi en matière de legs³⁰⁷.

Le mineur peut également intégrer la société par le biais d'apports à la société ou acquérir des parts sociales. L'apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce est un acte de disposition³⁰⁸ soumis en tant que tel à l'accord des deux administrateurs légaux, mais il s'agit d'un acte de disposition aggravé exigeant de surcroît l'autorisation du juge des tutelles d'après l'article 389-5 alinéa 3 du Code civil. Par ailleurs, selon l'article 505 alinéa 3, l'autorisation ne peut être donnée qu'après la réalisation d'une mesure d'instruction réalisée par un technicien ou le recueil de l'avis d'au moins deux professionnels qualifiés. L'apport en société d'instruments financiers non admis à la négociation sur un marché réglementé est également un acte de disposition³⁰⁹ soumis à la même instruction préalable. En revanche, l'autorisation supplémentaire du juge des tutelles n'est pas requise en cas d'administration légale pure et simple.

Selon le décret du 22 décembre 2008, tous les autres apports sont des actes de disposition³¹⁰ à moins d'être requalifiés par le représentant en acte d'administration en raison de leurs faibles conséquences sur le patrimoine de la personne protégée, ses prérogatives ou sur son mode de vie. Ainsi, l'apport en numéraire³¹¹, l'apport d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché financier³¹², l'apport en usufruit ou d'un bien indivis sont en principe des actes de disposition. Toute entrée du mineur au sein d'une société n'est donc pas soumise au contrôle préalable du juge des

³⁰⁵ Annexe 1, colonnes 1 et 2 du décret du 22 décembre 2008.

³⁰⁶ Annexe 1, colonne 1 du décret du 22 décembre 2008.

³⁰⁷ J. Massip, *op. cit.*, n° 647.

³⁰⁸ Annexe 1, colonne 2 du décret du 22 décembre 2008.

³⁰⁹ Article 505 alinéa 3 et annexe 1, colonne 2 du décret du 22 décembre 2008.

³¹⁰ Annexe 2, colonne 2 du décret du 22 décembre 2008.

³¹¹ Une telle disposition permet de dépasser la distinction classique entre les fonds soumis à obligation d'emploi et les autres, laquelle régit la qualification d'acte de disposition ou d'administration.

³¹² Il est possible de constituer une société civile de portefeuille. La propriété du portefeuille appartient alors à la société civile qui a pour objet la gestion de l'ensemble des valeurs mobilières qu'elle détient. C'est la société qui est propriétaire des instruments financiers composant l'actif social. La distinction entre actes d'administration et actes de disposition n'a plus lieu d'être dans un tel cas de figure. V. M. Storck, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 695.

tuelles et certains y ont vu un danger au vu des risques encourus dans les sociétés à risque illimité³¹³.

Le mineur peut enfin acquérir des parts sociales. Le décret du 22 décembre 2008 répute acte de disposition uniquement l'acquisition ou la cession d'instruments financiers non inclus dans un portefeuille. L'acquisition de droits sociaux autres que les valeurs mobilières n'est pas distinguée d'autres biens³¹⁴. Dans ce cas, la nature de l'acte d'acquisition dépend de la source des fonds. Si l'acquisition a lieu au moyen de capitaux et de l'excédent de revenus, il s'agit d'un acte de disposition. Si elle a lieu avec des fonds qui ne sont ni des capitaux, ni des excédents de revenus ou dont l'usage n'est pas judiciairement prescrit par le juge, il s'agit d'un acte d'administration³¹⁵, n'exigeant alors que le consentement d'un seul représentant. Dans tous ces cas de figure, l'entrée du mineur dans la société doit se conformer aux règles de l'administration légale. Le fonctionnement est ensuite plus complexe.

2) L'atteinte portée aux règles de l'administration légale lors de la vie de la société civile

522. Parce que la société civile est dotée de la personnalité morale, elle fait nécessairement écran à l'application absolue des règles de l'administration légale dans le fonctionnement de la société civile (a). Le décret du 22 décembre 2008 a certes tenté d'apporter une réponse mais celle-ci ne résout pas le problème en cas d'administration légale pure et simple et la réponse demeure inachevée (b).

a. Le problème posé par l'écran de la personne morale

523. Une fois les biens du mineur intégrés à la société, seule cette dernière possède la qualité de sujet des actes juridiques. La vie de la société est assurée par le dirigeant mais également par l'intermédiaire des associés qui votent les décisions importantes. Les administrateurs légaux représentent le mineur dans sa qualité d'associé et les règles protectrices s'appliquent une fois encore. En tant qu'associé, le mineur dispose du droit

³¹³ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 23^e éd., 2010, n° 1197 ; M. Monsallier-Saint Mleux, art. préc. ; M. Laroche, « Le mineur en société civile », *Rép. Def.* 2010. 34.

³¹⁴ M. Laroche, art. préc.

³¹⁵ *Ibid.* Selon l'auteur, la qualification de l'acte d'acquisition de la qualité d'associé ne doit pas dépendre de la valeur des biens transférés mais du risque attaché à la société dont les droits sont acquis. Le raisonnement devrait être fonction du risque limité ou illimité encouru par le futur associé en contrepartie des droits acquis. En l'occurrence, toute acquisition de parts d'une société civile devrait être qualifiée d'acte de disposition.

« de participer aux décisions collectives » selon l'article 1844 du Code civil. Il possède des droits politiques, tels que le droit d'être informé, le droit de participer aux assemblées et le droit d'y voter les décisions stratégiques³¹⁶, des droits pécuniaires comme celui de percevoir les bénéfices ou le boni de liquidation. Il peut enfin céder ses parts sociales, qui sont des droits patrimoniaux, sachant que les conditions de la cession sont encadrées par l'article 1861 du Code civil. L'exercice du droit de vote dans les assemblées, la perception des bénéfices sont ainsi des actes d'administration selon le décret de 2008³¹⁷, tandis que la cession de titres est un acte de disposition³¹⁸.

Le fonctionnement de la société est certes pour partie dépendant des décisions des associés et par conséquent, les règles de l'administration légale ont vocation à s'appliquer. Cependant, une fois la décision prise, l'acte est accompli par la personne morale, elle-même représentée par son dirigeant. Les règles de l'administration légale trouvent donc leur limite lorsque la société est acteur juridique. Ainsi, l'emprunt normalement interdit aux représentants sans l'autorisation du juge des tutelles par l'article 389-5 est ouvert à la société dont le mineur est associé sans que les formalités liées à l'administration légale aient à être remplies. La Cour de cassation a jugé que la capacité à s'engager de la société civile qui possédait une personnalité juridique distincte de celle des associés et un patrimoine propre ne dépendait pas de la capacité des associés. Elle en conclut que le prêt contracté par la société échappe aux exigences de l'article 389-5 du Code civil³¹⁹. La société peut également vendre un immeuble apporté par le mineur, acte qui accompli dans le cadre de l'administration légale conduit à requérir l'autorisation du juge des tutelles. Certes, elle est désormais seule propriétaire du bien et le mineur n'en est plus propriétaire. Aussi, la critique paraît infondée juridiquement. Cependant, « la mise en société vaut dématérialisation de l'immeuble désormais représenté par des parts sociales »³²⁰ et il n'a finalement pas complètement disparu du patrimoine du mineur. La société permet de gérer plus facilement le patrimoine immobilier en s'affranchissant des exigences des règles d'incapacité.

³¹⁶ Selon l'article 1844 du Code civil, en cas d'usufruit, ce droit appartient au nu-propiétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices. Les statuts peuvent cependant déroger à cette répartition.

³¹⁷ Annexe 2, colonne 1, I, 2° et annexe 2, colonne 1, II, 1° du décret du 22 décembre 2008.

³¹⁸ Annexe 2, colonne 2, II du décret du 22 décembre 2008.

³¹⁹ Civ. 1^{ère} 14 juin 2000, *Bull. civ.* I, n° 187 ; *Rép. Def.* 2000. 1315, obs. J. Massip ; *ibid.* 2001. 528, note J. Honorat ; *RJPF*-2000-10/13, obs. F. J. Pansier.

³²⁰ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n° 1187.

524. C'est pourquoi, l'entrée du mineur dans la société civile immobilière peut parfois relever de la fraude dans le but de contourner les règles du droit des incapacités, notamment pour se dispenser de l'autorisation du juge des tutelles. Le problème est alors celui de la preuve³²¹. La fraude pourra être révélée si pour réaliser son objet social, la société doit immédiatement emprunter, si le représentant est le gérant d'une société dont le capital est détenu en grande partie par le mineur³²². En cas d'établissement de la fraude, la conséquence en sera la nullité de la société³²³ mais pas celle des actes accomplis qui demeurent valables³²⁴. Si le mineur est entré dans la société par succession ou donation, la preuve de la fraude sera quasi impossible à rapporter.

Le problème se pose avec acuité dans les sociétés civiles, et notamment les sociétés civiles immobilières, outil de gestion de patrimoine privilégié, car la responsabilité des associés y est alors illimitée selon l'article 1857 du Code civil. Le mineur est tenu par une obligation de régler les dettes de la société, au-delà de son apport. Si l'obligation est conjointe et subsidiaire, il n'en demeure pas moins que les risques encourus par le mineur sont loin d'être négligeables³²⁵.

b. La réponse législative inachevée

525. Le décret du 22 décembre 2008 a tempéré les critiques adressées à la gestion par le biais d'une société civile. En effet, il prévoit que le vote sur la reprise des apports, la modification des statuts, la prorogation et la dissolution de la société, la fusion, la scission, l'apport partiel d'actifs, l'agrément d'un associé, l'augmentation ou la réduction du capital, le changement d'objet social, l'emprunt et la constitution de sûreté, la vente d'un élément d'actif immobilisé, l'aggravation des engagements des associés sont des actes de disposition, sauf requalification. Aussi, s'agissant d'actes de disposition³²⁶, l'accord des deux représentants légaux est-il requis. L'emprunt comme la vente d'un immeuble apporté à la société devront être votés par les deux administrateurs

³²¹ E. Naudin, « La protection de l'associé mineur d'une société civile immobilière face aux emprunts contractés par la société », *Dr. famille* 2006, étude 26.

³²² J. C. Hallouin, note sous Versailles 29 janvier 1998, *D.* 1999. 399.

³²³ Com. 19 janvier 1970, *RTD Com.* 1970. 736, obs. R. Houin.

³²⁴ Article 1844-15 du Code civil.

³²⁵ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n° 1197. L'associé tenu indéfiniment au passif social peut être considéré comme codébiteur subsidiaire du passif social. Le mineur est en tant qu'associé codébiteur subsidiaire de la société, aussi il devient coemprunteur et les règles de l'administration légale retrouvent leur empire, exigeant l'autorisation du juge des tutelles.

³²⁶ Sous l'empire du décret n° 65-961 du 5 novembre 1965, l'exercice du droit de vote était un acte d'administration quel que soit le type d'assemblée au cours de laquelle il avait lieu.

légaux en cas d'administration légale pure et simple et avec l'autorisation du juge des tutelles en cas d'administration sous contrôle judiciaire. Mais l'autorisation du juge des tutelles n'est toujours pas requise en cas d'administration légale pure et simple³²⁷. Aussi, l'écran de la personne morale n'est pas complètement pénétré par les règles des incapacités. Il faut alors dans ce cas compter sur la protection subsidiaire exigée du banquier par la jurisprudence.

526. La Cour de cassation a en effet tenté de pallier l'inapplication des règles de protection aux mineurs associés. Elle a ainsi considéré que la banque commet une faute en ne s'assurant pas d'un degré suffisant de protection des mineurs, notamment lorsqu'au vu de l'importance de leurs parts sociales, ils encourent un risque élevé de se retrouver débiteurs³²⁸. La jurisprudence maintient donc l'exigence de protection des mineurs par le recours à l'obligation de conseil du banquier. Se pose néanmoins la question de savoir ce que recouvrent une telle obligation ainsi que « la protection due aux mineurs en raison de leur état de minorité.»

Il est certain que l'obligation est un devoir de conseil et d'information, en plein essor dans le monde bancaire, le prêteur devant informer les représentants de l'enfant des conséquences juridiques et économiques de l'emprunt contracté par la société. Mais il semble que les juges aient voulu aller plus loin en imposant à la banque de s'assurer que les mineurs bénéficiaient bien de la protection qui leur était due. Ainsi, un auteur³²⁹ considère que le banquier devrait conseiller et négocier une clause limitant la responsabilité sociale de l'associé mineur, en contrepartie de sûretés plus étendues pour les autres associés. Il écarte ainsi la clause statutaire limitant la responsabilité du mineur à ses apports dans la mesure où elle est inopposable aux tiers, de même que la clause de retrait. Il envisage en revanche l'introduction d'une clause limitative de responsabilité qui ne serait pas contraire à l'ordre public dans la mesure où elle ne s'appliquerait que dans les rapports entre le mineur et le tiers contractant, les engagements des autres

³²⁷ M. Laroche, art. préc. L'auteur rappelle que cette qualification ne vaut que pour les actes mis à l'ordre du jour d'une décision collective, c'est-à-dire les actes ne relevant pas de l'objet social.

³²⁸ Civ. 3^e 28 septembre 2005, *Revue des Sociétés* n° 1/2006, p. 103, note J.-P. Dom ; *RTD Civ.* 2005. 757, obs. J. Hauser ; *Banque et Droit* 2006, comm. 105, note M. Storck ; *JCP N* 2005, 1492, n° 49, note J.-P. Garçon ; *JCP N* 2006. 1135, n° 13, obs. S. Piedelièvre.

³²⁹ J.-P. Dom, note préc.

associés n'étant eux pas limités³³⁰. Ce même auteur considère par ailleurs que la mise en œuvre de l'obligation de conseil est soumise à deux conditions : que l'associé mineur détienne une part importante du capital social et qu'il encoure un risque élevé de se retrouver personnellement débiteur. Une autre analyse³³¹ considère que les juges ont entendu par le devoir de s'assurer de la protection du mineur la nécessité de vérifier la délivrance d'une autorisation par le juge des tutelles.

Le décret du 22 décembre 2008 a résolu le problème posé par l'écran de la personne morale s'agissant des majeurs protégés et des mineurs sous tutelle ou sous administration légale sous contrôle judiciaire parce que dans ces cas, l'intervention du juge des tutelles est requise en raison de la qualification d'actes de disposition donnée aux actes les plus dangereux. Pourtant, l'absence d'intervention de principe du juge des tutelles dans l'administration légale pure et simple en cas d'acte de disposition comme l'absence de renvoi à l'article 389-5 laisse dubitatif quant aux emprunts contractés par la société civile lorsque l'associé mineur est sous administration légale pure et simple. Par ailleurs, les actes peuvent faire l'objet d'une disqualification en actes d'administration, dont la mise en pratique demeure encore très floue³³². La solution jurisprudentielle conserve alors encore tout son intérêt. La banque se doit donc, à défaut d'autorisation du juge des tutelles obligatoire, d'examiner les conséquences de l'emprunt sur le patrimoine du mineur ainsi que les risques encourus et d'en tirer un bilan. Le cas échéant la clause limitative de responsabilité du mineur à l'égard des tiers paraît nécessaire.

La gestion du patrimoine du mineur par le recours à une société civile est loin d'être rare et anodine car elle permet lorsque la société est sujet de l'acte juridique de ne pas appliquer les règles d'administration légale. La conclusion d'un contrat de gestion de valeurs mobilières s'inscrit dans la même optique.

³³⁰ Considérant cependant que cette renonciation est trop lourde alors que la responsabilité de la banque pour non respect de l'obligation de veiller à la protection du mineur n'est sanctionnée non pas par la nullité du prêt mais par un recours partiel en paiement contre le mineur.

³³¹ M. Storck, art. préc.

³³² V. *supra* n° 228.

B. La coexistence de l'administration légale et du contrat de gestion de valeurs mobilières et instruments financiers

527. Le transfert de la gestion du patrimoine du mineur à un professionnel permet de s'affranchir de la distinction tripartite traditionnelle limitant les pouvoirs du représentant qui a été jugée incompatible avec la gestion de valeurs mobilières (1). Cependant, là n'est plus l'intérêt du contrat de gestion de valeurs mobilières. Il permet surtout désormais à l'administrateur légal de voir peser sur lui une responsabilité moins lourde (2).

1) L'indifférence de la classification tripartite traditionnelle

528. L'acquisition d'instruments financiers apparaît comme un autre outil de gestion du patrimoine du mineur. Les représentants peuvent tout à fait gérer par eux-mêmes les valeurs mobilières du mineur. Le décret du 22 décembre 2008 prévoit en son annexe 2 que l'acquisition et la cession d'instruments financiers non inclus dans un portefeuille sont des actes de disposition, sauf requalification. La vente de valeurs non cotées est de surcroît soumise aux exigences de l'article 505 alinéa 3 du Code civil.

Les valeurs mobilières peuvent constituer dans leur ensemble un portefeuille de valeurs mobilières, considéré désormais par la jurisprudence³³³ comme un bien doté d'une autonomie propre, une universalité de fait ce qui a permis d'en faciliter la gestion. L'universalité de fait découle du caractère substantiel tenant à la fongibilité des valeurs mobilières³³⁴. Celle-ci peut provenir de la volonté des investisseurs d'inscrire ces valeurs dans une opération globale et elle permet de réaliser les arbitrages nécessaires à une gestion dynamique et surtout de qualifier ces aliénations d'actes courants et donc d'actes d'administration. Le décret du 22 décembre 2008 a suivi cette évolution. Les actes de gestion d'un portefeuille, dont la cession de titres, sont d'après le décret des actes d'administration³³⁵. La cession doit cependant être suivie du remplacement. La cession sans remplacement, de même que la cession d'un portefeuille en pleine propriété ou en nue-propriété, demeurent des actes de disposition³³⁶. La gestion d'un

³³³ Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *Bull. civ.* I, n° 315 ; *D.* 1999. 167, obs. L. Aynès ; *JCP* 1999, II, 10027, note S. Piedelièvre ; *JCP N* 1999. 351, note H. Hovasse ; *RTD Civ.* 1999. 422, obs. F. Zenati.

³³⁴ M. Storck, « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières », art. préc.

³³⁵ Annexe 2, colonne 1, I, 2° du décret du 22 décembre 2008.

³³⁶ Annexe 2, colonne 2, I, 2° du décret du 22 décembre 2008.

portefeuille de valeurs mobilières par les administrateurs légaux est donc facilitée³³⁷ par les modifications jurisprudentielles et réglementaires récentes.

529. Cependant, il peut apparaître plus commode, voire plus sécurisant, de transférer la gestion, qui exige un certain degré de compétence et de disponibilité, à un tiers. Aussi, l'article 500 alinéa 3 du Code civil dispose qu'un contrat de gestion des valeurs mobilières et instruments financiers peut être conclu par le représentant. Le décret du 22 décembre 2008 précise qu'il s'agit d'un acte de disposition³³⁸, devant dès lors être conclu par les deux administrateurs légaux en cas d'administration légale pure et simple ou avec l'autorisation du juge des tutelles en cas d'administration sous contrôle judiciaire. Dans le cadre de la tutelle ou de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le juge des tutelles s'assure de l'expérience professionnelle et de la solvabilité du tiers. Cette vérification judiciaire n'est pas imposée en cas d'administration pure et simple, seuls les administrateurs devant s'en assurer.

Est alors conclu un mandat de gestion par lequel les règles de l'administration légale sont écartées. Le tiers peut effectuer actes d'administration et de disposition sans avoir à tenir compte des formalités prévues par le régime des incapacités. Il n'a ainsi pas à requérir d'autorisation du juge des tutelles. Il peut s'affranchir de la distinction classique entre actes d'administration et actes de disposition³³⁹. Cependant, l'intérêt du contrat de gestion de portefeuille dans le seul but d'éviter la lourdeur des règles des incapacités a été réduit par le décret du 22 décembre 2008 puisque l'aliénation est qualifiée d'acte d'administration, dès lors que la cession est suivie du remplacement. Aussi, la gestion par un intermédiaire n'apparaît plus comme le moyen d'échapper aux règles strictes de l'administration légale. Elle permet surtout à l'administrateur de se décharger d'une partie de la responsabilité qui pèse sur lui dans la gestion des biens de son enfant.

³³⁷ Le décret n° 65-961 du 5 novembre 1965 prévoyait que l'aliénation d'une valeur mobilière relevait des actes de disposition. La rigueur imposée par cette qualification a été dénoncée car elle se révélait incompatible avec l'exigence de rapidité décisionnelle de la gestion de valeurs mobilières. V. H. Hovasse, « Incapacités et valeurs mobilières », *Rép. Def.* 1995. 369.

³³⁸ Article 500 alinéa 3 et annexe 1 colonne 2, II, 2° du décret du 22 décembre 2008. La résiliation est en revanche un acte d'administration.

³³⁹ M. Storck, art. préc. ; H. Hovasse, art. préc., n° 29.

2) La limitation *de facto* de la responsabilité des représentants légaux

530. Pèse sur les administrateurs légaux l'obligation de gérer prudemment et diligemment le patrimoine du mineur. Il ne s'agit que d'une obligation de moyens, *a fortiori* s'agissant de la gestion de valeurs mobilières compte tenu des aléas pesant naturellement sur une telle gestion ; mais qu'il ne s'agisse que d'une obligation de moyens ne les dispense pas d'agir avec efficacité et habileté. Or, la disponibilité et la compétence qu'exige la gestion des instruments financiers ne sont pas présentes en chaque administrateur et une mauvaise gestion conduira à la mise en œuvre de la responsabilité des représentants fondée sur l'article 412 du Code civil. La méconnaissance du système n'est pas un obstacle à l'établissement de la faute. Au contraire, se lancer dans des investissements sans la compétence requise témoigne d'une négligence. Afin de prévenir tout préjudice pour le mineur et par là-même la responsabilité des représentants, la diligence et la prudence imposent de conclure un contrat de gestion de valeurs mobilières. Une fois le contrat conclu³⁴⁰ et dès lors que les représentants se sont assurés de l'expérience et de la solvabilité du gestionnaire, ils se voient déchargés d'une partie de leur mission. Si l'obligation de diligence et de prudence commande la conclusion du contrat, ainsi que la détermination de ses modalités, l'obligation de bonne gestion repose ensuite sur le mandataire.

531. La mission du gestionnaire de portefeuille est strictement encadrée par la loi et en tant que professionnel rémunéré, sa responsabilité est importante³⁴¹. Il se doit de respecter un certain nombre d'obligations et notamment une obligation d'information et de conseil. Il doit ainsi s'informer de la connaissance que possède le mandant de la gestion de valeurs mobilières ainsi que des objectifs attendus. Il doit s'assurer du degré de compétence des mandants ainsi que de la compréhension des risques encourus pour ensuite leur délivrer une information adaptée³⁴². Les risques liés à la méconnaissance du représentant sont dès lors contenus par l'obligation d'information du gestionnaire.

³⁴⁰ L'article L. 533-10 du Code monétaire et financier et l'article 314-59 du règlement général de l'AMF imposent la conclusion d'une convention écrite. L'article 314-60 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers précise que les mandats de gestion doivent mentionner les objectifs de la gestion, les catégories d'instruments qu'elle comporte, les modalités d'information du mandant, la durée du contrat, les modalités de reconduction et de résiliation, le mode de rémunération.

³⁴¹ S. Piedelièvre, « Remarques sur la responsabilité en matière de gestion de portefeuille », *RLDC* 2010/77, n° 4040.

³⁴² Com. 16 décembre 2008, *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 105, obs. I. Riassetto ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 98, obs. Th. Bonneau.

L'obligation d'informer le mandant implique en outre celle de lui rendre régulièrement des comptes et de lui faire connaître la description et la valeur du portefeuille en détaillant chaque instrument financier, le solde de trésorerie, les résultats produits, le montant des commissions, la comparaison de la performance de la période couverte avec celle de la période de référence convenue³⁴³. Le gestionnaire est par ailleurs tenu d'une obligation de gestion dans l'intérêt du client. Non seulement il a une obligation d'agir, l'absence d'opération sur une longue période constituant une faute, mais il doit également être honnête, loyal et professionnel. Le mandataire ne doit donc pas privilégier ses intérêts propres au détriment de celui du mineur³⁴⁴. L'obligation d'agir dans l'intérêt du client n'est qu'une obligation de moyens et sa responsabilité n'est engagée que s'il est démontré qu'il n'a pas agi sur le marché boursier comme l'aurait fait un bon professionnel. Les aléas des marchés justifient évidemment une telle qualification.

532. Si la gestion en elle-même est transférée au tiers, *a priori* l'administrateur légal doit tout de même s'assurer de la pertinence de son choix et utiliser à bon escient les comptes fournis afin de vérifier que la gestion correspond aux objectifs fixés ou en tout cas qu'elle n'est pas anormale. En réalité, la diligence de l'administrateur légal dans la surveillance du mandat de gestion doit être envisagée sous deux angles. La jurisprudence considère que l'absence de contestation de la part du mandant en cas de faute du mandataire n'est pas en soi fautive car le client n'a pas à surveiller l'évolution de son portefeuille, tant qu'il n'a pas reçu de mise en garde³⁴⁵. La responsabilité du gestionnaire n'est pas partagée avec le mandant. Dès lors, le mandat de gestion paraît décharger l'administrateur de ses obligations à partir du moment où le contrat a été conclu. Non seulement, le représentant n'a pas à gérer une partie du patrimoine du mineur, mais il n'a pas à en surveiller la gestion. Le contrat de gestion de valeurs mobilières et instruments financiers apparaît donc comme le moyen d'échapper à l'obligation de diligence et de prudence. Si le mineur intente à sa majorité ou auparavant par l'intermédiaire de son représentant une action en responsabilité civile

³⁴³ Article 314-91 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

³⁴⁴ S. Piedelièvre, art. préc.

³⁴⁵ S. Piedelièvre, art. préc.; v. Com. 1^{er} février 1994, *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 103, obs. H. Hovasse ; *D.* 1994. 424, obs. Cl. Ducoioux-Favard ; *JCP E* 1994, I, 399, n° 25, obs. A. Viandier.

contre le gestionnaire défaillant, la responsabilité ne pourra pas être partagée entre ce dernier et le mandant³⁴⁶.

Cette solution s'inscrit toutefois dans les rapports contractuels entre le gestionnaire et le mandant, à savoir le mineur représenté par ses administrateurs légaux. Le mineur n'a pas à surveiller - par représentation - la gestion de son portefeuille. Dans le cadre des relations entre le mineur et son représentant et notamment d'une action en responsabilité fondée sur l'article 412 du Code civil, le raisonnement ne paraît pas pouvoir être transposé. Si l'absence de surveillance du compte n'est pas une faute susceptible d'engager la responsabilité du mandant dans ses rapports contractuels avec le mandataire, il importe de se demander si elle ne constitue pas une faute de l'administrateur légal au regard de l'obligation énoncée à l'article 496 du Code civil. Il n'existe pas d'obligation contractuelle de surveiller la gestion par le tiers, mais le représentant possède en son nom propre et à sa charge personnelle une obligation de diligence et de prudence vis-vis du mineur. Ne pas s'assurer de la bonne gestion des fonds et surtout ne pas contester un mouvement anormal peut constituer une négligence de la part du représentant susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard du représenté.

Cependant, l'existence d'une faute fondée sur le manquement à l'obligation de diligence est loin d'être évidente. En effet, la cause d'un tel contrat peut résider dans l'inexpérience du représentant et il n'est dès lors pas nécessairement à même de détecter une mauvaise gestion de la part du gestionnaire. La diligence et la prudence lui imposaient de conclure un contrat de gestion de portefeuille. La confiance présidant à ce type de contrat et l'incompétence du représentant du mineur conduisent à douter de l'existence d'une faute en cas d'absence de surveillance et même de contestation des comptes produits. La faute susceptible d'engager la responsabilité du représentant est une faute appréciée *in abstracto*. Aussi faut-il apprécier la faute au regard de ce qu'aurait fait le bon père de famille sans compétence particulière en matière de gestion financière. Tout conduit à penser que l'administrateur qui aura conclu un contrat de gestion de patrimoine parce qu'il ne possédait pas les compétences suffisantes aura d'une part fait preuve de diligence et n'aura d'autre part pas commis de négligence en

³⁴⁶ Le mandant est en réalité le mineur. Dès lors, si une faute devait être retenue, il s'agirait d'une faute dans l'exécution des obligations contractuelles du mineur et c'est la responsabilité du mineur qui serait engagée.

ne contestant pas une anomalie que toute personne inexpérimentée n'aurait pas notée. La faute doit en revanche être appréciée plus sévèrement s'il possédait une certaine expérience ou si l'avis d'opéré révélait un dysfonctionnement flagrant.

533. De manière générale, lorsque la gestion du patrimoine du mineur est externalisée, les règles des incapacités doivent coexister avec d'autres règles dans un premier temps pour ensuite être écartées dans un second temps. La conclusion d'un contrat de gestion d'instruments financiers permet aux représentants de se décharger partiellement de la lourdeur des obligations pesant sur eux et le transfert de gestion à un tiers leur permet de limiter *de facto* leur responsabilité. La création d'une personne morale apparaît cependant comme le moyen le plus efficace de se soustraire aux obligations légales. Le décret du 22 décembre 2008 a atténué cet inconvénient sans pour autant résoudre toutes les difficultés.

Section 2 : LES LIMITES AU CONTRÔLE DES ACTES EXTRAPATRIMONIAUX

534. Le contrôle du pouvoir de représentation extrapatrimonial n'a pas été envisagé en tant que tel par le législateur puisqu'il a toujours été dans l'ombre de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Il n'en demeure pas moins que le titulaire du pouvoir de représenter le mineur dans la conclusion d'actes juridiques extrapatrimoniaux est soumis au respect des obligations de diligence et de loyauté. Tout titulaire d'un pouvoir, qu'il s'agisse d'un « simple » pouvoir à l'image du pouvoir de direction et de contrôle ou d'un pouvoir de représentation se doit d'en faire un usage prudent, diligent et avisé conformément à l'intérêt d'autrui³⁴⁷. Quant à l'obligation de loyauté, si son existence est incontestable en théorie, sa pertinence au regard d'un pouvoir extrapatrimonial paraît moindre en raison du lien unissant le droit exercé à son titulaire. L'utilisation d'un pouvoir de représentation dans l'accomplissement d'actes relatifs à la personne paraît peu sujette à la déloyauté. Pourtant, la conclusion par le représentant d'un contrat relatif à un droit de la personnalité du représenté dans le but d'en tirer un profit financier personnel est loin d'être une hypothèse d'école. Même si ce cas illustre la malléabilité de la frontière entre la personne et le patrimoine, il s'agit bien d'un acte juridique extrapatrimonial démontrant l'utilité de l'obligation de loyauté.

535. La protection de la personne de l'enfant contre ses parents est devenue une des préoccupations majeures du législateur³⁴⁸ mais le contrôle exercé demeure réduit parce qu'il implique une grande subjectivité et qu'envisager la protection de la personne de l'enfant, c'est aussi envisager la mission naturelle et première des père et mère. La relation filiale et parentale, ainsi que l'impératif d'éducation, induisent un rapport hiérarchique entre les parents et leurs enfants conduisant à restreindre le contrôle de l'action parentale³⁴⁹. Il est pourtant nécessaire de trouver une voie médiane qui permettrait à la représentation de s'affranchir de la *summa divisio* qui brouille son fonctionnement tout en ne remettant pas en cause les structures de la famille et par là-même de la société. Il convient ainsi de maintenir l'immunité relative dont bénéficient les actes d'autorité relatifs à la personne (§1) mais de permettre à l'enfant de contester les actes de représentation même s'ils portent sur sa personne (§2).

³⁴⁷ J. Dabin, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 257.

³⁴⁸ Cl. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, op. cit., n° 7.

³⁴⁹ A. Bateau, « La carence de l'autorité parentale », *RLDC* 2008/51, suppl., n° 3089.

§1. L'IMMUNITÉ RELATIVE DES ACTES DE DIRECTION ET DE CONTRÔLE

536. « La protection de la personne de l'enfant contre ses parents est nécessaire mais impossible. »³⁵⁰ Si l'on s'accorde à dire que le pouvoir doit être exercé dans l'intérêt d'autrui et plus précisément dans l'intérêt de l'enfant, la réalité est différente. Plusieurs obstacles surgissent face à l'éventualité d'un contrôle de l'usage du pouvoir. En effet, l'autorité parentale vient brouiller les principes avancés. D'une part, la possibilité de contestation du pouvoir d'autorité remettrait en cause le crédit du titulaire de la prérogative³⁵¹. D'autre part, les parents peuvent se prévaloir de droits discrétionnaires et non contrôlés. Ainsi en est-il du droit de consentir ou non au mariage de leur enfant, du droit de consentir à son adoption³⁵². Il s'agit néanmoins dans de tels cas de droits propres aux parents et des droits subjectifs, exercés dans l'intérêt égoïste de leur titulaire, peuvent effectivement être discrétionnaires. Un tel raisonnement ne peut toutefois être appliqué au pouvoir, entièrement dirigé vers la satisfaction de l'intérêt d'autrui. La nature de la prérogative postule l'existence d'un contrôle³⁵³.

Mais si le contrôle de l'usage du pouvoir est difficile, c'est surtout parce que l'immixtion du juge dans la sphère familiale est redoutée, voire inadaptée car il lui est difficile de vérifier le bon usage du pouvoir³⁵⁴ en matière extrapatrimoniaire³⁵⁵. Un tel contrôle implique de rechercher l'intérêt de l'enfant et d'opérer un « calcul », mais si ce calcul est objectif et certain en matière patrimoniale, quant à la protection de la personne « il perd son caractère mathématique avec la certitude inhérente à ce caractère. »³⁵⁶ Il s'agit plutôt de faire une estimation subjective de ce que requiert le bien de l'enfant, estimation peu sujette à un contrôle juridique. C'est pourquoi, il n'existe pas de contrôle de la bonne ou mauvaise utilisation du pouvoir, en dehors du

³⁵⁰ Cl. Neirinck, *op. cit.*, n° 16.

³⁵¹ J. Dabin, *op. cit.*, p. 246.

³⁵² *Ibid.*, p. 253 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 100. L'auteur considère, à propos des droits insusceptibles de faire l'objet d'un contrôle de l'abus de droit, qu'« il est des motifs qui sont tellement personnels qu'aucune appréciation n'est possible. »

³⁵³ M. Storck, *op. cit.*, n° 207 ; E. Gaillard, *op. cit.*, n° 236.

³⁵⁴ J. Dabin, *op. cit.*, p. 254.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 261 et s.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 263 ; G. Ripert, *op. cit.*, n° 100. Ripert invoque le même raisonnement pour les droits de puissance paternelle. Dès lors que la personne agit dans les limites de son droit, elle « n'a pas à rendre compte des sentiments qui la font agir parce que nous sommes ici dans un domaine où l'appréciation du devoir moral échappe au juge. Le recours au juge n'est possible que quand il est consacré par la loi. »

manquement grave³⁵⁷. Les parents sont les mieux à même de savoir ce que requiert le bien-être de leur enfant et les juges ne peuvent prendre leur place. Si la gestion du patrimoine est objective, ce qui importe surtout en matière extrapatrimoniale est d'assurer le bien-être de l'enfant à court et long terme. Or, un enfant dont les conditions de vie ne sont pas idéales, voire qui connaît des négligences, n'est pas nécessairement un enfant malheureux et surtout en danger. C'est pourquoi, le manquement aux obligations de tout titulaire d'un pouvoir n'est sanctionné qu'à partir d'un seuil de gravité. Ce n'est que si l'enfant encourt un danger que le législateur et partant le juge s'autorisent à intervenir (B). En dehors de ce cas de figure, il n'existe pas de surveillance judiciaire du pouvoir en matière personnelle (A).

A. L'absence de surveillance judiciaire générale

537. Le juge aux affaires familiales selon l'article 373-2-6 « règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ». Le rôle essentiel du juge est de garantir la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. Il statue ainsi sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, sur la résidence de l'enfant, sur le droit de visite et d'hébergement. En réalité, il règle plus des questions pratiques relatives à l'organisation de la vie de l'enfant qu'il ne surveille l'exercice du pouvoir parental. Certes, il surveille implicitement cet usage en vérifiant par exemple qu'il n'existe pas de motif grave justifiant un refus de droit de visite et d'hébergement ou que l'intérêt de l'enfant ne commande pas un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Mais à la différence du juge des tutelles, il ne statue pas sur le bien-fondé d'une décision parentale, sur le bon ou mauvais usage fait du pouvoir parental que ce soit *a priori* ou *a posteriori* et il s'efface pour laisser le champ libre aux parents (1). Cette liberté est confortée par l'absence de sanction lorsque les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale manquent à leurs devoirs (2).

1) L'effacement du juge aux affaires familiales

538. A la différence de l'administration légale où il existe une obligation de solliciter l'autorisation du juge des tutelles dès lors que l'acte est susceptible de compromettre les

³⁵⁷ J. Dabin, *op. cit.*, p. 264. Les juges se gardent d'entrer dans l'examen des actes particuliers de la fonction aux fins d'en vérifier l'opportunité et se contentent d'un contrôle d'ensemble.

intérêts de l'enfant, un tel contrôle *a priori* n'existe pas en matière extrapatrimoniale. En cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, le titulaire n'a ainsi pas à requérir l'autorisation du juge aux affaires familiales pour accomplir un acte non usuel. De même, en cas de désaccord des représentants à propos d'un tel acte, l'intervention du juge n'est pas posée en condition de validité de l'acte. Ce n'est que si les parents décident de saisir le juge que ce dernier tranchera et la nature de sa décision demeure incertaine, ne s'apparentant pas à l'autorisation supplétive fondée sur l'article 389-5³⁵⁸.

Les titulaires de l'autorité parentale n'ont pas à rendre compte au juge aux affaires familiales des actes qu'ils ont accomplis relativement à la personne de l'enfant réduisant ainsi tout l'intérêt des velléités d'un contrôle *a posteriori*. L'obligation d'agir dans l'intérêt de l'enfant fait donc l'objet d'un contrôle moindre puisque les parents sont affranchis de l'obligation de rendre des comptes - au sens large et non pas comptable - dès lors qu'est en cause la protection de la personne. L'absence de reddition de comptes se comprend évidemment comme la liberté pour les parents d'éduquer et protéger leur enfant comme ils l'entendent. Il s'agit d'une sphère de non-droit tout à fait légitime. Les parents n'ont pas à justifier les orientations scolaires, les choix religieux, les décisions médicales, qu'ils ont arrêtés. Ils n'ont ni à informer le juge - *a priori* comme *a posteriori* -, ni à expliquer cette décision à la majorité de l'enfant, d'autant plus qu'ils sont présumés agir dans l'intérêt de l'enfant. Or, qu'ils n'aient pas à rendre compte de leur éducation modifie considérablement la portée de l'obligation de diligence en matière extrapatrimoniale. Le juge n'a pas à s'immiscer dans leur vie familiale et à vérifier qu'ils apportent à la personne de l'enfant des soins prudents, diligents et avisés dans son seul intérêt³⁵⁹. La portée de l'obligation de diligence est à relativiser, non seulement car le juge ne dispose pas des moyens d'en vérifier le respect mais également car les sanctions du mauvais usage du pouvoir sont réduites.

2) L'absence de sanction en cas de manquement aux obligations

539. En raison de l'« utilisation insidieuse de l'autorité parentale », la faute parentale échappe très fréquemment au droit³⁶⁰. D'une part, la validité de l'acte accompli par dépassement de pouvoir n'est pas remise en cause. Si l'un des titulaires de l'autorité

³⁵⁸ V. *supra* n° 260.

³⁵⁹ J. Dabin, *op. cit.*, p. 264.

³⁶⁰ S. Frémeaux, *La faute parentale*, thèse dactyl. Nice, 1998, n° 154 et 551.

parentale accomplit un acte relatif à la personne de l'enfant sans l'accord de l'autre, c'est-à-dire un acte non usuel, le sort de l'acte n'est pas discuté³⁶¹. D'autre part, l'article 389-5 alinéa 4 ne trouve pas son pendant au sein des dispositions relatives à l'autorité parentale alors même que les articles 389-4 et 372-2 peuvent être mis en corrélation. Si l'acte accompli par les parents cause un préjudice à l'enfant, aucune règle ne pose le principe d'une responsabilité des parents à l'égard de leur enfant. De la même manière, l'article 412 du Code civil ne possède pas son double en matière extrapatrimoniale. Quant à la gestion du patrimoine du mineur, le manquement aux soins diligents, prudents et avisés apportés dans le seul intérêt de l'enfant est sanctionné par la responsabilité civile du ou des administrateurs légaux. La responsabilité des titulaires de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants n'est pas prévue par le législateur lorsqu'est en cause la protection de la personne. L'article 371 du Code civil et les fondements des rapports familiaux peuvent expliquer cette absence car admettre que l'enfant puisse contester les choix parentaux ébranlerait l'édifice familial, garant de l'ordre social³⁶².

En revanche, il est admis que dès lors que l'un des titulaires de l'autorité parentale ne respecte pas les droits de l'autre parent, il engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci. Il en est ainsi du parent qui prend une décision pour laquelle la cogestion était requise. Ne pas recueillir le consentement du codétenteur de l'exercice de l'autorité parentale viole ses prérogatives³⁶³ et est susceptible d'engager la responsabilité civile du parent négligent³⁶⁴.

³⁶¹ A. Gouttenoire, H. Fulchiron, art. préc., n° 133. Les auteurs considèrent que si ce manquement se reproduit trop fréquemment, l'exercice de l'autorité parentale peut être retiré.

³⁶² La responsabilité du parent à l'égard de l'enfant n'apparaît pourtant pas inenvisageable. Elle a été admise à l'encontre d'un père qui avait fait circoncire son fils sans l'accord de la mère en profitant d'un droit d'hébergement. V. Paris, 29 septembre 2000, *D.* 2001. 1585, note C. Duvert.

³⁶³ L'article 373-2-11 3° précise que pour fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre. V. également, à propos de l'obligation d'informer l'autre parent du changement de résidence, Civ. 1^{ère} 4 juillet 2006, pourvoi n° 05-17883, *Petites affiches* 5 décembre 2006, p. 19, obs. J. Massip ; Paris 2 avril 2008, *Dr. famille* 2008, comm. 143, obs. P. Murat. La méconnaissance des droits de l'autre parent a pu être considérée comme une faute cause de divorce.

³⁶⁴ Paris 29 septembre 2000, préc. V. également, A. Guineret Brobbel-Dorsman et S. Sire, art. préc.

Le tiers est par ailleurs susceptible d'engager sa responsabilité civile à l'égard du parent dont le consentement n'a pas été recueilli. Civ. 1^{ère} 27 février 2007, préc. ; Versailles 11 septembre 2003, préc.

Le caractère autoritaire du pouvoir et son aspect familial conduisent ainsi à limiter le contrôle exercé sur les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Dans le droit de la famille, « le non-droit est l'essence, le droit l'accident. »³⁶⁵

B. Les limites de l'immunité parentale : le danger encouru par l'enfant

540. Seul le manquement grave justifie que l'État pénètre la sphère familiale³⁶⁶ car la carence éducative est source de danger pour l'enfant (1), ce qui amène le juge à adopter une réponse spécifique propre à faire cesser ce danger (2). Le législateur a néanmoins ces dernières années abaissé le seuil de gravité fondant l'intervention de l'État dans la sphère familiale (3).

1) La carence parentale grave créatrice de danger pour l'enfant, cause de l'intervention judiciaire

541. Ce n'est que lorsque les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale commettent une faute d'une certaine gravité que le juge est amené à se prononcer sur l'usage du pouvoir parental. Le mauvais usage peut résider tant dans des négligences que dans la commission d'actes dommageables, le juge possédant une faculté d'appréciation assez large quant à l'existence de la faute³⁶⁷. Les négligences parentales sont établies par le désintérêt des parents à l'égard de leur enfant pouvant consister en un défaut de soins, un manque de direction, une privation d'aliments, un délaissement de l'éducation de l'enfant, le défaut volontaire d'exercice des droits parentaux lorsqu'une mesure d'assistance éducative est mise en place, l'absence de relations affectives entre l'enfant et ses parents.

Les défaillances parentales entendues comme l'exercice incorrect de la mission de protection³⁶⁸, c'est-à-dire des comportements incompatibles avec l'impératif de

³⁶⁵ J. Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 34.

³⁶⁶ M.-P. Gil-Rosado, *op. cit.*, n° 407 et s. L'auteur est favorable à un recours à la théorie de l'abus de droit afin de corriger l'usage détourné de l'autorité parentale par les père et mère et de pallier les insuffisances du droit positif focalisé sur la notion de danger. Le critère de l'abus de droit résiderait dans l'intérêt supérieur de l'enfant et permettrait de sanctionner la lecture abusive de la correspondance de l'enfant ou le choix de son orientation. Il serait alors nécessaire de rechercher les mobiles personnels des parents. L'obstacle réside dans l'impossibilité pour le mineur de saisir le juge aux affaires familiales, le recours à l'administrateur *ad hoc* pouvant être une issue dès lors qu'est démontrée l'opposition d'intérêts. Détachant l'exercice abusif des droits de l'intention de nuire, la proposition semble difficile à mettre en œuvre, notamment au regard de l'impératif d'éducation et de protection.

³⁶⁷ S. Frémeaux, *op. cit.*, n° 497.

³⁶⁸ C. Delaporte-Carré, *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, préf. D. Gutmann, Dalloz, 2008, n° 80.

protection et d'éducation de l'enfant sont caractérisées par les violences physiques ou psychologiques³⁶⁹, la consommation habituelle et excessive de stupéfiants ou de boissons alcoolisées, l'inconduite notoire, les comportements délictueux. Il en est de même, selon l'article 378 alinéa 1^{er}, pour les parents ayant fait l'objet d'une condamnation pénale relativement à une infraction commise sur la personne de leur enfant ou en tant que complice ou coauteur d'une infraction commise par leur enfant³⁷⁰.

542. Le mauvais usage du pouvoir n'aura toutefois de conséquences juridiques que si un danger pour l'enfant est avéré³⁷¹. Ce n'est en effet qu'en cas de danger que le législateur s'autorise et autorise le pouvoir judiciaire à intervenir dans la sphère familiale³⁷². Le critère de danger est indéterminé et relève d'une appréciation au cas par cas par le juge afin de conférer une certaine souplesse à la protection de l'enfant³⁷³.

Ainsi ce n'est que si la santé, la sécurité ou la moralité du mineur sont en danger ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, que des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par le juge des enfants³⁷⁴. La notion de danger intervient également dans la caractérisation de l'intérêt de l'enfant et des motifs graves fondant un aménagement de l'exercice de l'autorité parentale³⁷⁵. La notion de désintérêt manifeste des parents reflète également le danger encouru par l'enfant dans la mesure où les parents ne garantissent pas sa protection³⁷⁶. La Cour de cassation a également fait

³⁶⁹ Civ. 1^{ère} 27 mai 2010, préc. La maltraitance psychologique a fondé le retrait de l'autorité parentale.

³⁷⁰ La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 a ajouté le cas de crime commis sur la personne de l'autre parent en tant qu'auteur, coauteur ou complice.

³⁷¹ C. Delaporte-Carré, *op. cit.*, n° 100 ; S. Frémeaux, *op. cit.*, n° 594. Il convient cependant de noter que la notion de danger ne peut être réduite à la faute parentale dont elle ne résulte pas nécessairement. Ainsi en est-il de l'enfant qui refuse d'obéir à ses parents et par ses mauvaises fréquentations se met en danger, ou de l'enfant dont les parents possèdent un niveau culturel insuffisant. *Ibid.*, n° 587.

³⁷² Bordeaux 4 décembre 1991, *D.* 1993.129, note Th. Dubaële. En l'espèce, le détournement de pouvoir était caractérisé. Les titulaires de l'autorité parentale avaient refusé de consentir à l'interruption volontaire de grossesse incestueuse de leur fille car celle-ci avait refusé de retirer sa plainte. Le juge des enfants a été saisi par la jeune fille afin qu'il l'autorise à subir l'intervention et a relevé un « détournement de pouvoir constitutif d'un abus de droit ». Cependant, l'abus de droit n'engendrant pas une situation de danger, il n'a pu déchoir les parents de leur pouvoir et autoriser l'acte. Dans une autre affaire, le juge des enfants avait au contraire retenu la situation de détresse de la jeune fille pour autoriser l'IVG : TE Évry, ord., 8 novembre 1982, *D.* 1983. 218, obs. P. Raynaud.

³⁷³ C. Delaporte-Carré, *op. cit.*, n° 67 ; S. Frémeaux, *op. cit.*, n° 607.

³⁷⁴ Article 375 du Code civil.

³⁷⁵ C. Delaporte-Carré, *op. cit.*, n° 84. Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, pourvoi n° 09-13686, préc. La violence contenue du père à l'égard de ses enfants et ses accès de colère à l'encontre de son épouse actuelle ont justifié un exercice unilatéral de l'autorité parentale sans droit de visite et d'hébergement.

³⁷⁶ *Ibid.*, n° 92 ; M.-C. Le Boursicot, « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC* 2010/ 69, n° 3747.

le lien entre le danger et l'impossibilité pour les parents d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale³⁷⁷. En cas de condamnation pénale du parent, la gravité des faits, que l'enfant soit victime ou auteur de l'infraction, laisse présumer le danger encouru et la carence grave dans l'exercice de la fonction parentale³⁷⁸. Enfin, les addictions parentales, les violences, les comportements délictueux, le défaut de soins, le manque de direction ne sont pris en compte par le juge que si ces comportements mettent manifestement en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant selon l'article 378-1 du Code civil.

Le fondement du contrôle du pouvoir parental sur la personne réside donc dans le danger encouru par l'enfant. Si les parents usent de manière incorrecte de leur pouvoir sur leur enfant mineur sans compromettre gravement l'intérêt de l'enfant et sans lui faire encourir un danger, l'usage reste hors de contrôle. Dès lors que le mauvais usage atteint un certain seuil de gravité, le juge intervient. Il est alors nécessairement amené à apprécier le bien-fondé des décisions et actes pris par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale mais il n'effectue qu'un contrôle d'ensemble, non une appréciation d'actes particuliers. Dans ces conditions, le contrôle n'a lieu qu'*a posteriori* et il est limité car il ne vérifie pas si une décision particulière est prudente, diligente et avisée. Il n'est cependant pas dépourvu de sanctions.

2) La spécificité des réponses judiciaires au mauvais usage du pouvoir parental

543. La notion de danger n'a pas pour seul rôle de fonder l'intervention étatique dans la sphère familiale, elle influe également sur la réponse judiciaire car la mesure prise en cas de mauvais usage du pouvoir est fonction de la manière de faire cesser ce danger³⁷⁹. Il est ainsi possible d'encadrer l'usage du pouvoir par l'assistance éducative mais également d'y porter atteinte par une destitution des droits parentaux.

³⁷⁷ Article 377 alinéa 2 du Code civil. V. Civ. 1^{ère} 5 avril 2005, *Bull. civ.* I, n° 162, préc. Il en est ainsi du père difficilement joignable et qui ne prend pas réellement en compte les besoins de son enfant.

³⁷⁸ V. cependant Grenoble 24 janvier 1994, *Juris-Data* n° 1994-041527. L'assassinat de la mère par le père ne justifie pas à lui seul le retrait de l'autorité parentale dès lors que les enfants n'encourent aucun danger et qu'ils ont besoin de garder des liens avec leur père.

³⁷⁹ C. Delaporte-Carré, *op. cit.*, n° 110. Selon l'auteur, l'enfant peut être en danger en raison d'un comportement des parents sans que le retrait d'autorité parentale soit nécessaire car la privation d'un attribut suffira à faire cesser l'état de danger.

544. La doctrine insiste sur la nature de l'assistance éducative qui consiste en une restauration³⁸⁰ de l'autorité parentale, non en une sanction. C'est ainsi que les mesures prises sont spécifiques et ne s'apparentent pas aux sanctions traditionnelles. Lorsque l'enfant fait l'objet d'une action éducative en milieu ouvert, la famille reçoit aide et conseil de la part d'une personne qualifiée ou d'un service social afin de surmonter les difficultés matérielles et morales. Il n'est retiré de son milieu familial que si sa protection l'exige. Quelle que soit la mesure, le juge recherche l'adhésion de la famille à la mesure qu'il envisage de prendre, dans le strict intérêt de l'enfant et les parents conservent tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas incompatibles avec la décision judiciaire. Ce n'est donc pas tant l'aspect « sanction » des parents qui prévaut dans cette institution que le volet « aide ». Ils reçoivent surtout aide et conseil afin d'exercer au mieux leurs prérogatives. L'idée de sanction imprègne en revanche le retrait de la prérogative.

545. En dehors des sanctions pénales³⁸¹, le danger encouru par l'enfant peut entraîner diverses sanctions civiles. Le juge aux affaires familiales peut ainsi opter pour un exercice unilatéral de l'autorité parentale si l'intérêt de l'enfant l'exige ou refuser un droit de visite et d'hébergement en cas de motifs graves. En cas de désintérêt manifeste des parents ou s'ils sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale³⁸², l'exercice de l'autorité parentale peut être délégué, totalement ou en partie, par le juge aux affaires familiales au tiers qui a recueilli l'enfant ou à un membre de la famille sur sa demande³⁸³. Le désintérêt manifeste d'un parent est susceptible d'entraîner une déclaration judiciaire d'abandon³⁸⁴.

Mais les titulaires de l'autorité parentale peuvent également perdre leur pouvoir par retrait du titre d'autorité parentale. Saisi par le ministère public, un membre de la famille ou le tuteur de l'enfant, le tribunal peut être amené à sanctionner les comportements inadaptés à la mission parentale de protection et d'éducation ainsi que les négligences parentales de nature à faire courir un danger au mineur. Il en est de

³⁸⁰ Cl. Neirinck, *op. cit.*, n° 382 ; C. Delaporte-Carré, *op. cit.*, n° 53 ; S. Frémeaux, *op. cit.*, n° 13.

³⁸¹ Le délaissement de mineur, l'abandon de famille, la non-représentation d'enfant, la mise en péril du mineur sont sanctionnés pénalement. V. articles 227-1 à 227-33 du Code pénal.

³⁸² Article 377 alinéa 2 du Code civil. Civ. 1^{ère} 5 avril 2005, préc. Il en est ainsi du père difficilement joignable et qui ne prend pas réellement en compte les besoins de son enfant.

³⁸³ Le désintérêt prolongé du père a également fondé la décision d'exercice unilatéral de l'autorité parentale. V. Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, préc.

³⁸⁴ Article 350 du Code civil.

même lorsque les parents s'abstiennent d'exercer leurs droits dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative ou lorsque le ou les parent(s) ont fait l'objet d'une condamnation pénale relativement à une infraction commise sur la personne de leur enfant ou du conjoint, ou en tant que complice ou coauteur d'une infraction commise par leur enfant³⁸⁵. C'est alors le jugement pénal qui retire expressément l'autorité parentale, mais le juge civil peut tout à fait prononcer cette sanction si le juge pénal ne l'a pas fait³⁸⁶. Le retrait partiel ou total porte sur les attributs patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Dans ce dernier cas, même le pouvoir de gestion du patrimoine est retiré. La sanction est dès lors plus importante que celle envisagée sur le fondement de l'article 391 du Code civil. S'il est partiel, le juge précise les attributs retirés.

546. En tout état de cause, les sanctions adoptées en cas de mauvais usage du pouvoir sont particulières et ne relèvent pas des sanctions classiques telles que la nullité ou la responsabilité civile. Non seulement, le juge intervient dans des cas limités portant une appréciation sur une utilisation générale et globale de la prérogative, mais le champ d'application matériel de cet usage, en l'occurrence des actes juridiques extrapatrimoniaux, se prête mal aux sanctions traditionnelles³⁸⁷. La surveillance des actes relatifs à la personne du mineur apparaît donc limitée et la portée des obligations de diligence et de loyauté, applicables à tout type de pouvoir, doit être relativisée en la matière. S'il apparaît que la sphère familiale est hors contrôle et que les sanctions en cas de mauvais usage du pouvoir sont inexistantes en l'absence de danger encouru par l'enfant, ce constat doit néanmoins être nuancé. Dès lors que le contrôle est mis en œuvre, la sanction peut en effet être relativement sévère puisqu'elle aboutit à la déchéance des droits conférés par l'autorité parentale. Dans un autre registre, l'action sociale vient également nuancer ce constat car le législateur a abaissé le seuil de gravité de l'intervention étatique.

3) L'abaissement du seuil de gravité préalable à l'intervention étatique

547. Le seuil de gravité préalable à l'intervention étatique a été abaissé. C'est ainsi qu'ont été mis en œuvre divers moyens permettant de surveiller l'exercice de leurs pouvoirs par les parents, sans que le danger encouru par l'enfant soit pour autant un

³⁸⁵ La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 a ajouté le cas de crime commis sur la personne de l'autre parent en tant qu'auteur, coauteur ou complice.

³⁸⁶ Civ. 1^{ère} 16 février 1988, *D.* 1988. 373, obs. J. Massip.

³⁸⁷ C. Lazarus, *op. cit.*, n° 378 et 382.

critère systématiquement requis. Le stage parental, l'accompagnement parental et le contrat de responsabilité parentale sont des mesures imposées aux parents et l'on assiste à un « corsetage »³⁸⁸ de l'autorité parentale.

Les stages parentaux³⁸⁹ revêtent une double nature, à la fois alternative aux poursuites et sanctions. Le stage est alternative aux poursuites pénales fondées sur l'article L. 227-17 du Code pénal en cas d'absentéisme chronique du mineur ou de libre accès de l'enfant à des images pornographiques ou très violentes. Au cours d'une séance collective, les parents reçoivent une information relative à leurs droits et devoirs, puis ils bénéficient d'un suivi individualisé de 3 mois par un éducateur qui rédigera un rapport à l'attention du parquet. En cas d'échec, ce dernier peut décider de poursuivre les parents sur le fondement de l'article L. 222-17 ou saisir le juge des enfants si l'enfant est en danger. En cas de succès, la procédure est classée sans suite. Le stage parental peut également être imposé à titre de sanction des infractions commises par les parents sur leur enfant telles que des violences sur sa personne ou sa mise en péril.

Le maire, aidé par le conseil pour les droits et devoirs des familles, peut également, lorsque l'ordre, la sécurité ou la tranquillité publics sont menacés en raison du défaut de surveillance ou d'assiduité scolaire de l'enfant, proposer aux parents un accompagnement parental³⁹⁰ qui constitue un suivi individualisé au travers d'actions de conseil et de soutien à la fonction éducative. Les parents, à la fin de la mesure, reçoivent une attestation par laquelle ils s'engagent solennellement à se conformer aux obligations de l'autorité parentale. En cas d'échec de la mesure, le maire saisit le président du conseil général en vue de la conclusion d'un contrat de responsabilité parentale.

Le contrat de responsabilité parentale est une autre mesure d'encadrement social sous contrainte³⁹¹. En cas d'absentéisme scolaire, de trouble porté au fonctionnement d'un

³⁸⁸ Cl. Neirinck, « Enfance », art. préc., n° 151.

³⁸⁹ *Ibid.*, n° 152

³⁹⁰ Article L. 141-2 du Code de l'action sociale et des familles. Le dispositif est issu de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance (*JO* 7 mars 2007, p. 4297). Il n'est mis en place que si une mesure d'assistance éducative n'a pas déjà été ouverte ou qu'un contrat de responsabilité parentale n'a pas été conclu. Le maire doit requérir l'avis du président du conseil général, et informer le chef d'établissement d'enseignement de l'enfant, l'inspecteur d'académie, le directeur de l'organisme de prestations familiales ainsi que le préfet.

³⁹¹ Cl. Neirinck, art. préc., n° 152. Ce dispositif a été créé par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances (*JO* 2 avril 2006, p. 4950) et complété par le décret n° 2006-1104 du 1^{er} septembre 2006 (*JO* 2 septembre 2006, p. 1395) et figure aux articles L. 222-4-1 et R. 222-4-1 à R. 222-4-5 du Code de l'action sociale et des familles.

établissement scolaire, de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale, ou lorsque le mineur de moins de treize ans aura fait l'objet d'une mesure de restriction par le préfet de sa liberté d'aller et venir en raison de sorties nocturnes sans ses parents l'exposant à un risque manifeste pour sa santé, sa sécurité, son éducation, sa moralité³⁹², le président du conseil général peut proposer aux parents ou au représentant légal du mineur la conclusion d'un contrat de responsabilité parentale³⁹³. Un tel contrat d'une durée initiale maximale de 6 mois ne peut durer plus d'un an et consiste en un suivi social rappelant aux titulaires de l'autorité parentale leurs obligations et prévoyant leurs engagements afin de remédier aux difficultés rencontrées³⁹⁴. En cas d'échec, soit parce que les obligations n'ont pas été respectées, soit parce qu'il n'a pas été signé sans motifs légitimes, le président du conseil général peut soit demander la suspension de tout ou partie des prestations familiales, soit saisir le procureur de la République des faits constitutifs d'une infraction pénale ou encore saisir le juge pour que soit mise en œuvre une mesure d'aide à la gestion du budget familial prévue à l'article 375-9-1 du Code civil. Ces interventions ont pour but de responsabiliser les parents et de restaurer l'autorité parentale défaillante, elles relèvent de l'action sociale, non de l'action judiciaire, mais leur échec peut déboucher sur une saisine du juge et cette immixtion dans la famille remet en cause l'omnipotence du pouvoir parental³⁹⁵.

En effet, l'existence du contrat de responsabilité parentale soulève des questions, au-delà de celles relatives à la contractualisation du droit de la famille et plus spécifiquement de l'autorité parentale. Si l'emploi du terme de responsabilité parentale fait incontestablement référence à la fonction parentale et aux devoirs incombant aux parents, il implique corrélativement l'idée d'une sanction des défaillances parentales, de l'inobservation des obligations. La responsabilité des parents pour une faute consistant dans la mauvaise éducation de leur enfant envers la société a été envisagée par l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, mais elle était implicite. Le contrat de responsabilité met au

³⁹² Article 43 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *JO* 15 mars 2011, p. 4582.

³⁹³ Il peut agir de sa propre initiative ou avoir été saisi par l'inspecteur d'académie, du chef d'établissement de l'enfant, du maire de la commune de résidence de l'enfant, du directeur de l'organisme de prestations familiales ou du préfet. Dans ce cas, il les informe de la conclusion du contrat de responsabilité parentale.

³⁹⁴ Le contrat comporte également une présentation de la situation et des motifs justifiant sa conclusion. Il prévoit également les modalités de réexamen de la situation ainsi que les mesures d'action et d'aide sociale relevant du président du Conseil général de nature à remédier aux difficultés et enfin le rappel des sanctions encourues.

³⁹⁵ A. Bateur, art. préc.

premier plan la carence de l'autorité parentale, la faute commise dans l'exercice de l'autorité parentale, de surcroît sans que le danger encouru par l'enfant soit nécessairement requis. Si l'absentéisme scolaire de l'enfant ou ses sorties nocturnes tardives font effectivement référence à un danger, le renvoi à toute difficulté liée à une carence de l'autorité parentale s'en détache au contraire, même si la référence demeure floue. Ce sont vraisemblablement l'inertie et la démission des parents qui sont sanctionnées³⁹⁶ sans lien nécessaire avec un danger encouru par l'enfant. Dans ces conditions, la faute parentale fonde le contrôle étatique sans que sa gravité soit expressément requise. Aussi, le caractère autoritaire des prérogatives parentales est loin d'être un obstacle insurmontable au contrôle en matière extrapatrimoniale.

§2. LA CONTESTATION *DE LEGE FERENDA* DES ACTES DE REPRÉSENTATION RELATIFS À LA PERSONNE

548. Le caractère autoritaire du pouvoir, incarné spécialement par l'article 371 du Code civil, la difficulté à évaluer l'éducation et la protection d'un enfant ainsi que le respect dû à la famille et à son intimité conduisent à limiter considérablement la surveillance du pouvoir de protection de la personne. Si l'infériorité du contrôle extrapatrimonial trouve sa cause dans la mise en œuvre légitime d'un pouvoir hiérarchique nécessaire à la réussite de la mission éducative et protectrice incombant à tout parent, ainsi que dans le respect des prérogatives parentales et familiales, la confrontation avec l'exercice d'un pouvoir de représentation est problématique. Dès lors que le mineur se trouve engagé et tenu à l'exécution d'obligations par la volonté d'autrui, même de ses parents, l'absence de contrôle est risquée et incompatible avec la notion de représentation. Une telle position était compréhensible lorsqu'il était admis que la représentation ne pouvait porter sur des droits extrapatrimoniaux. L'idée d'une confrontation entre obligations du représentant et par là-même contrôle et protection de la personne n'avait pas lieu d'être. Elle n'avait pas de sens dans la mesure où la protection de la personne était assurée par un pouvoir conçu comme un pur pouvoir de direction et de contrôle, soumis naturellement à un contrôle réduit.

S'agissant de l'accomplissement d'actes relatifs à la personne de l'enfant, faut-il considérer que le contrôle est moindre en raison de la nature autoritaire de la représentation et admettre que son infériorité est en accord avec la particularité du

³⁹⁶ Cl. Neirinck, art. préc., n° 152.

domaine et de l'origine du pouvoir, à savoir la protection de la personne assurée par ses père et mère ? Dans ces conditions, le pouvoir de représentation extrapatrimoniale serait ainsi spécifique faisant l'objet d'un contrôle moindre mais justifié. Faut-il au contraire achever la mutation de la protection de la personne de l'enfant et considérer que le pouvoir parental doit être contrôlé parce qu'il s'agit d'un pouvoir de représentation, cela d'autant plus qu'il s'agit d'exercer autoritairement les droits de l'enfant ? S'agissant du majeur en tutelle, le contrôle de l'usage du pouvoir de protection de la personne est admis et la responsabilité civile du tuteur est susceptible d'être engagée³⁹⁷. Cette hypothèse démontre que le contrôle de l'usage du pouvoir de représentation relativement aux actes juridiques extrapatrimoniaux n'est pas inenvisageable et qu'en définitive, l'obstacle ne réside pas tant dans l'appréciation subjective de ce que requiert la protection de la personne que dans l'idée que le pouvoir est avant tout un droit des père et mère. C'est parce que l'accent est mis sur l'autorité des parents que la contestation est difficile à admettre. En distinguant les actes d'autorité des actes de représentation, la situation s'éclaircit et le contrôle des actes parentaux n'apparaît plus incompatible avec la fonction parentale. S'ensuit un contrôle aménagé de la représentation en matière extrapatrimoniale (A). Il n'en demeure pas moins que la prévention par l'association du mineur aux décisions qui le concernent reste le meilleur moyen d'éviter les contestations futures (B).

A. Le contrôle aménagé des actes de représentation extrapatrimoniaux

549. Le contrôle des actes de représentation ne peut avoir lieu sans que l'obstacle résidant dans les droits parentaux soit surmonté (1). Leur spécificité conduit par ailleurs à un contrôle particulier de la représentation extrapatrimoniale et la sanction du mauvais usage du pouvoir réside dans une action en responsabilité pour faute lourde du représentant (2).

1) La nécessaire distinction des actes de représentation des actes de direction et de contrôle

550. Le problème essentiel vient de ce que la contestation des actes parentaux se heurte à la reconnaissance de leurs droits. Si l'analyse contemporaine met essentiellement en valeur la notion de devoir, elle n'en nie pas pour autant l'autre facette qu'est le droit et

³⁹⁷ A. Batteur, A. Caron-Dégliise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 497.

qui fait de la prérogative un pouvoir d'autorité. Aussi, admettre une action de l'enfant contre ses parents, même fondée, revient à porter atteinte à leurs droits et à leur autorité. Seule l'hypothèse d'un danger permet de présumer que l'autorité peut être contestée car elle ne remplit pas la fonction d'éducation et de protection qui la justifie. A défaut, elle ne le peut pas ; c'est remettre en cause les droits des parents, nécessaires à l'enfant et ciment de la société. Dès lors que le danger n'est pas la limite préalable de l'action en justice, tout choix peut être remis en cause : le type d'éducation, le choix des établissements scolaires, de l'orientation suivie, les vaccinations, l'interdiction ou l'autorisation de sortir à l'adolescence. Même si ces exemples ne sont que des hypothèses d'école, et le resteraient vraisemblablement, la symbolique et les fondements du système seraient atteints. L'autorité qui n'est qu'un moyen d'éduquer et de protéger l'enfant ne serait plus à même de remplir sa fonction. Aussi, entre la puissance paternelle, paralysant la personnalité juridique de l'enfant, et le régime inadapté de l'autorité parentale sur la personne à la représentation du mineur, une juste mesure doit être trouvée qui doit pourtant s'affranchir de la notion de danger lorsqu'est en cause un acte de représentation relatif à la personne.

551. Or, s'il paraît difficile de contester un acte de pure autorité, il n'en est pas de même d'un acte de représentation qui n'est pas la mise en œuvre directe d'un droit et devoir parental mais avant tout celle d'un droit du mineur. Celui-ci, engagé définitivement par la technique même de représentation, doit pouvoir contester la manière dont ses droits ont été mis en œuvre, d'autant plus que la représentation est impérieuse. Dès lors que le droit invoqué par l'enfant n'existe qu'en miroir de l'obligation de ses parents, il ne peut contester l'usage qui en a été fait. Son droit n'est que la facette du droit-devoir des parents. En revanche, dès lors que son droit existe indépendamment du devoir des parents, l'usage peut être contesté car il ne s'inscrit pas directement et exclusivement dans la fonction parentale et n'est pas la mise en œuvre directe du droit-devoir parental.

Lorsque l'enfant veut agir en justice contre ses parents car il ne souhaitait pas l'orientation scolaire choisie par eux, il risque d'échouer car les parents avaient liberté de choisir en vertu de leurs droits et devoirs de l'éduquer. En revanche, s'il considère que le contrat portant diffusion de son image n'avait pas à être conclu ou l'a été dans des conditions discutables, il a plus de chances d'aboutir. Le point commun des deux situations réside dans la confrontation des droits de chacun. Mais une différence doit être soulignée : la nature véritable de chaque droit. Lorsque les titulaires de l'autorité

parentale concluent un contrat portant sur l'image de l'enfant, c'est le droit à la vie privée de toute personne qui est exercé et qui existe indépendamment de leur pouvoir de direction et de contrôle. Lorsqu'ils intentent une procédure de changement de nom, c'est au nom de l'enfant qu'ils agissent et le changement n'a pas lieu au regard d'une obligation parentale légale. La santé apparaît plus problématique. Protéger la santé du mineur est indéniablement une obligation parentale ; la protection de l'intégrité physique de l'enfant en est un des moyens et un devoir des titulaires de l'autorité parentale mais le droit au respect du corps humain est un droit qui appartient à tous, en témoigne l'article 16-1 du Code civil, et le droit de l'enfant n'est pas la face inversée du devoir parental. Le consentement donné par les titulaires de l'autorité parentale est donné en représentation du droit du mineur au respect de son corps.

2) L'action en responsabilité civile en cas de faute lourde du représentant

552. Il convient d'appliquer le régime juridique propre à la représentation du mineur aux actes relatifs à la personne du mineur et de vérifier que les obligations de diligence et de loyauté ont été respectées. La surveillance de l'usage du pouvoir doit néanmoins être adaptée à la spécificité des actes en cause. Avant tout, il est incontestable que jamais le juge des tutelles, ni le juge aux affaires familiales n'exerceront une surveillance générale à l'image de celle prévue par l'article 388-3 sur les tutelles et administrations légales. La protection de la personne de l'enfant s'inscrit dans la vie familiale et intime dans laquelle le pouvoir judiciaire ne peut s'immiscer de manière aussi inconditionnelle qu'en matière patrimoniale. De la même manière, les représentants légaux n'ont pas à rendre compte des décisions de représentation prises relativement à la personne de l'enfant et ne sont pas tenus de délivrer un « compte » de la protection de la personne de l'enfant, recensant les mesures prises pour le protéger et l'éduquer, telles que les inscriptions aux activités de loisirs ou les actes médicaux.

En revanche, l'obligation de diligence impose le respect de certaines prescriptions dans l'accomplissement par représentation des actes juridiques extrapatrimoniaux, de même que la loyauté et la recherche du seul intérêt de l'enfant doivent guider la mise en œuvre du pouvoir, bien que cette dernière soit de moindre portée en raison de la spécificité du droit extrapatrimonial. Quant aux actes de représentation qualifiés de graves, c'est-à-dire qui impliquent une atteinte à l'intégrité physique ou morale de l'enfant, à son identité, à sa vie privée, la cogestion est requise et en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, il est préférable qu'une autorisation judiciaire soit délivrée afin de préserver les intérêts de l'enfant. Ainsi en est-il des actes juridiques tels

que les changements de nom et de prénom, le consentement à une intervention chirurgicale lourde, les contrats portant sur les droits de la personnalité de l'enfant.

553. Si un dépassement de pouvoir est commis par le représentant, des conditions objectives de sanction sont remplies. La nullité de l'acte peut être invoquée car a été violée une disposition interdisant à l'intervenant de réaliser seul un acte juridique³⁹⁸. Le problème se situe toutefois ailleurs : la mise en œuvre sera difficile car la restitution ou la remise en l'état antérieur d'un acte relatif à la personne n'est pas forcément réalisable³⁹⁹. Aussi, la mise en œuvre de la responsabilité civile du parent par l'enfant paraît la sanction la plus adaptée.

554. Le principe même de responsabilité des parents à l'égard de leur enfant n'est pas dénué de sens dès lors que celui-ci a subi un préjudice causé par une faute parentale. D'une part, la contestation d'un choix parental est elle-même prévue par le législateur aux articles 389-5 et 412 du Code civil lorsqu'est en cause le patrimoine de l'enfant. D'autre part, refuser d'admettre la responsabilité des parents en cas d'atteinte à un droit subjectif de l'enfant consiste à nier le droit de l'enfant alors que la réparation du dommage causé à autrui est une exigence constitutionnelle⁴⁰⁰. La cour d'appel de Paris a d'ailleurs admis la responsabilité civile du père qui a fait circonscire son enfant – acte analysé comme un acte non usuel - sans l'accord de la mère titulaire de l'exercice de l'autorité parentale⁴⁰¹. Il convient seulement de pouvoir rapporter la preuve que les conditions de la responsabilité sont remplies. Si le préjudice ne pose pas nécessairement difficulté, la faute soulève plus d'interrogations. La question se pose en effet de savoir si une faute légère suffit comme l'énonce l'article 412 du Code civil⁴⁰² ou si une faute grave est requise, à l'instar de ce qui est prévu lorsque le contrôle de l'autorité parentale sur la personne est en cause.

A propos du majeur sous tutelle, la responsabilité du tuteur peut être mise en œuvre en cas de faute commise dans l'exercice de sa mission de protection de la personne. La doctrine admet que le critère des soins prudents, diligents et avisés « n'est guère éclairant » et la frontière entre les carences susceptibles d'engager la responsabilité du

³⁹⁸ M. Storck, *op. cit.*, n° 229.

³⁹⁹ C. Lazarus, *op. cit.*, n° 378.

⁴⁰⁰ Cons. Const. 9 novembre 1999, DC n° 99-419, *D.* 2000. 424, obs. Garneri ; *JCP* 2000, 1, 261, obs. Mathieu et Verpeaux. V. également, Cons. Const. 22 octobre 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, 61, note F. Chabas.

⁴⁰¹ Paris 29 septembre 2000, *D.* 2001. 1585, note C. Duvert.

⁴⁰² V. *supra* n° 457.

tuteur (...) et celles qui ne le sont pas sera très complexe à fixer dans l'avenir. »⁴⁰³
Une faute simple suffit en tout cas à la mise en œuvre de la responsabilité du tuteur⁴⁰⁴ et en toute logique ce raisonnement devrait être appliqué à la représentation du mineur, faisant concorder l'étendue du contrôle en matière patrimoniale comme extrapatrimoniale.

Or, les actes juridiques extrapatrimoniaux accomplis par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale sont indubitablement liés au pouvoir de direction et de contrôle et cela davantage que les actes patrimoniaux car ils sont plus directement rattachés à l'impératif d'éducation et de protection. Aussi, admettre qu'une faute légère suffise à engager la responsabilité des père et mère ne paraît pas en adéquation avec la liberté conférée aux parents dans l'éducation et la protection de leur enfant et le respect nécessaire de leurs prérogatives. C'est pourquoi, il semble nécessaire que la faute susceptible d'être efficacement reprochée aux représentants de l'enfant dans l'exercice de leur mission de protection de la personne soit une faute grave. Pour autant, elle ne doit pas nécessairement consister en une faute intentionnelle supposant que les représentants aient eu la conscience et la volonté de causer le dommage. Elle doit révéler la mauvaise appréciation de l'intérêt de l'enfant due à l'absence de soins prudents, diligents et avisés, à des négligences. Aussi, c'est une faute lourde définie comme la négligence grossière dépourvue d'intention de nuire que l'homme le moins averti ne commettrait pas et témoignant de l'inaptitude à accomplir la mission dont il était chargé⁴⁰⁵, qui doit pouvoir être imputée aux représentants afin de mettre en œuvre leur responsabilité⁴⁰⁶. Le principe de primauté de l'intérêt de l'enfant pourra, comme en matière patrimoniale, être utilisé à l'appui de l'établissement du manquement aux

⁴⁰³ A. Batteur, A. Caron-Dégliise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 497.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, n° 498. En l'occurrence, la difficulté provient de l'autonomie conférée au majeur protégé et du fait que le tuteur n'est pas en permanence aux côtés de la personne. Les auteurs considèrent qu'une simple faute devrait engager la responsabilité du tuteur mais qu'il est nécessaire de distinguer selon que la personne ou les biens sont en cause avant de s'interroger sur la responsabilité éventuelle. Un tuteur qui a un rôle de simple « assistance » ne peut connaître le même régime de responsabilité que le tuteur qui représente le majeur. La faute est donc susceptible d'être appréciée différemment.

⁴⁰⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 57 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 575.

⁴⁰⁶ A titre de comparaison, le curateur ne voit sa responsabilité engagée qu'en cas de faute lourde selon l'article 421 du Code civil. Cette restriction s'explique par le fait que le curateur possède une mission limitée à l'assistance et non de représentation, mais elle démontre que le standard de la faute peut être élevé dans certaines hypothèses en fonction du rôle du protecteur. V. A. Batteur, A. Caron-Dégliise, M.-C. Dalle, L. Pécaut-Rivolier, Th. Verheyde, *Curatelle, tutelle, accompagnements* (sous la dir. de Th. Fossier), *op. cit.*, n° 572 ; J. Massip, *op. cit.*, n° 447 ; Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 779.

obligations. Ainsi en sera-t-il d'une décision médicale prise légèrement, sans s'être préoccupé des besoins réels et essentiels de l'enfant ou de l'utilisation de son image sans avoir pris en compte les effets néfastes d'une telle diffusion, *a fortiori* pour en retirer uniquement un intérêt personnel. L'action en responsabilité civile pour faute lourde commise par les représentants dans la protection de la personne pourra être exercée par le mineur devenu majeur dans les mêmes conditions que l'action prévue par l'article 412 du Code civil.

Ainsi, les actes relatifs à la personne de l'enfant peuvent être contestés dès lors qu'il s'agit d'actes de représentation car leur remise en cause ne met pas directement en question le pouvoir d'autorité. Ils ne bénéficient pas de l'immunité accordée aux actes d'autorité pure. La nullité des actes juridiques sera difficile à mettre en œuvre, et c'est vers la responsabilité des parents envers leur enfant qu'il faut se tourner. Il n'en demeure pas moins que l'action en justice d'un enfant contre ses parents peut apparaître inconvenante. L'éviter est préférable, la prévention est souhaitable.

B. L'effet prophylactique de l'association du mineur aux décisions le concernant

555. L'association du mineur aux actes de représentation consiste dans la coexistence du droit d'expression du mineur et de sa représentation. Elle implique que le mineur donne son avis dès lors qu'il est doté du discernement et de la maturité nécessaire. Dès treize ans, son consentement est requis pour l'accomplissement de certains actes et il est souhaitable qu'il soit requis pour tous les actes mettant en cause l'intégrité physique et morale du mineur ou son identité⁴⁰⁷. L'association de l'enfant aux actes accomplis par ses parents dès lors qu'il possède une certaine capacité naturelle reflète la volonté de faire participer l'enfant à la protection de ses intérêts. A la lumière de l'éventuelle responsabilité des père et mère en tant que représentants du mineur, l'association apparaît d'autant plus nécessaire et surtout elle est la meilleure prévention des contestations ultérieures. Le dialogue et la recherche de l'accord du mineur apparaissent non seulement comme le meilleur moyen de satisfaire au mieux les intérêts de l'enfant, mais l'enfant qui participe à la prise de décision le concernant est également moins enclin à la contester. En cela, l'association possède un effet prophylactique et certains y ont même vu un effet cathartique, le consentement du mineur bloquant toute

⁴⁰⁷ V. *supra* n° 421.

contestation ultérieure⁴⁰⁸. Il semble cependant que le consentement du mineur ne puisse être opposé à une éventuelle action en justice. En effet, en dépit de sa capacité naturelle lui permettant d'être apte à juger correctement ses intérêts, le mineur demeure sous l'autorité de ses père et mère lors de la recherche de ce consentement et il est loin d'être évident que leur ascendant soit réduit à néant. Aussi, le consentement peut tout à fait être donné « sous influence ». En outre, le consentement ne signifie pas que les représentants soient privés de leur liberté de décision ; au contraire la représentation n'est pas remise en cause et il ne s'agit pas d'une assistance par laquelle le mineur est auteur de l'acte. Les auteurs de l'acte juridique demeurent les représentants du mineur. Dans ces conditions, il ne paraît pas opportun de considérer que le consentement du mineur fait obstacle à une action en contestation de la décision parentale. En revanche, sa version négative, le veto, a un effet préventif incontestable car il évite toute contestation ultérieure.

L'association du mineur aux décisions qui le concernent est donc un moyen préventif de toute action future. L'avis n'a aucune valeur juridique mais permet de mieux évaluer l'intérêt de l'enfant. Quant au consentement, il assure certes le respect de la personnalité de l'enfant mais il permet en validant ou bloquant la décision de prévenir la contestation postérieure.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

556. Il est incontestable que les règles régissant la représentation du mineur trouvent une limite d'apparence infranchissable dans les règles gouvernant la protection de la personne de l'enfant. Non seulement l'appréciation subjective qu'implique une telle surveillance en ce domaine crée un risque d'immixtion dangereuse dans la vie de famille, mais les règles applicables dans les rapports représentants et représenté que l'on pourrait qualifier d'égalitaires ne sont pas transposables dès lors que l'autorité se superpose à la représentation, sous peine de porter atteinte à des fondements essentiels de l'édifice familial et social. Pourtant, la distinction entre actes de direction et de contrôle et actes de représentation peut permettre de protéger de manière équilibrée le mineur. La conciliation entre les droits des parents sur la personne de leur enfant et les obligations des représentants, garanties du respect des droits de l'enfant, n'est pas

⁴⁰⁸ J.-M. Plazy, thèse préc., n° 732.

irréalisable. C'est ainsi que les actes de direction et de contrôle distincts des actes de représentation dans la mesure où ils n'ont pas pour effet d'insérer le mineur dans un rapport d'obligation bénéficient d'une immunité, relative toutefois. En revanche, les actes de représentation relatifs à la personne du mineur peuvent être contestés. Le mineur dispose d'une action en responsabilité civile contre ses représentants à l'image des règles de gestion du patrimoine, l'action en nullité n'étant pas adaptée à la spécificité de la protection extrapatrimoniale. Cependant, afin de respecter l'autorité des père et mère, la responsabilité devrait ne pouvoir être engagée que pour une faute lourde attestant de leur inaptitude à accomplir leur mission. La conciliation des droits des parents et des obligations des représentants serait ainsi réalisée.

En revanche, le droit de jouissance légale apparaît incompatible avec les obligations des représentants dans la mesure où il en réduit excessivement la portée. L'obligation de loyauté est réduite à néant par le droit pour les père et mère de s'approprier les revenus du mineur tandis que l'obligation de diligence est limitée par la possibilité d'utiliser les capitaux librement disponibles au titre du quasi-usufruit sans avoir à rendre compte de l'usage fait des biens. L'atteinte portée au contrôle de la représentation est telle que le rend finalement quasi-inexistant durant les seize premières années de l'enfant surtout en cas d'administration légale pure et simple. C'est pourquoi, il apparaît utile de faire disparaître cette prérogative parentale dont la contrepartie résidant dans l'obligation d'entretien est illusoire. Par ailleurs, les représentants peuvent externaliser la gestion du patrimoine du mineur afin de ne pas se voir imposer la lourdeur des obligations de diligence et de loyauté. Légales, ces solutions ne doivent néanmoins pas porter atteinte à l'intérêt du mineur et doivent faire l'objet d'un contrôle accru en amont.

CONCLUSION DU TITRE 2

557. Le caractère autoritaire de la représentation trouve un contrepoids dans les obligations imposées par le législateur et destinées à garantir l'intérêt de l'enfant. Comme tout titulaire d'un pouvoir de gérer les intérêts d'autrui, les représentants doivent respecter les obligations de diligence et de loyauté, impliquant d'une part l'apport de soins prudents, diligents et avisés destinés à satisfaire l'intérêt de l'enfant, et d'autre part la recherche exclusive de l'intérêt de l'enfant. Ces deux obligations restaient latentes lorsque le bon père de famille était le critère principal d'évaluation de la gestion du représentant, mais la loi du 5 mars 2007 a mis en lumière leur existence et même leur complémentarité car l'obligation de loyauté n'est pas dissoute dans l'obligation de diligence.

La négligence du ou des représentant(s) est susceptible de diverses sanctions allant de la nullité de l'acte à la responsabilité civile, jusqu'à la transformation de l'administration légale en tutelle. La déloyauté aboutit à la restitution des biens en cas de détournement et à la mise en œuvre de la responsabilité civile des représentants. Cependant, elle demeure relative en raison de la confusion fréquente des intérêts au sein de la famille et même de la légitimité de cette confusion. Le droit parental n'est ainsi pas sans incidence sur l'effectivité de la surveillance du pouvoir.

Il faut en effet admettre que cet aspect de la représentation conserve une influence certaine dans la mesure où il vient limiter le contrôle de l'exercice du pouvoir de représentation. Le droit de jouissance légale est en opposition avec les obligations de diligence et de loyauté car il permet aux parents de s'approprier les revenus du mineur et même de disposer des capitaux disponibles à condition de les restituer lorsque l'enfant à seize ans. La possibilité pour les représentants d'externaliser la gestion du patrimoine du mineur peut également leur permettre d'échapper à leurs obligations. Enfin l'influence de l'autorité parentale se manifeste encore davantage dès lors qu'il s'agit de contrôler les actes accomplis relativement à la personne de l'enfant car elle dresse un rempart à la surveillance judiciaire qui n'existe pas en matière patrimoniale. Cependant, ce rempart n'est pas infranchissable et l'immunité n'est pas absolue puisque dès lors que l'usage incorrect du pouvoir de direction et de contrôle place l'enfant en situation de danger, le juge intervient. Quant au mauvais usage du pouvoir de représentation extrapatrimoniale, *de lege lata*, il suit le sort du pouvoir de direction et de contrôle et n'est soumis par conséquent qu'à un contrôle réduit. *De lege ferenda*, il semble possible d'admettre une action en responsabilité civile pour faute lourde du représentant dans sa mission de protection de la personne de l'enfant car elle reflète l'inaptitude à remplir la mission impartie.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

558. La nature d'attribut d'autorité parentale dont jouit la représentation légale du mineur génère d'importantes conséquences lors de sa mise en œuvre. Parce qu'elle est également un droit parental, elle est impérieuse, lui conférant un fonctionnement particulier. Le mineur est présumé inapte à exprimer un intérêt ce qui fonde sa représentation, *l'auctoritas* dont est empreint le pouvoir le met à l'écart de l'acte de représentation, soumis à la volonté exclusive des représentants. En cela, le palliatif à l'incapacité d'exercice se révèle peu respectueux de la personnalité de l'enfant et les critiques à son encontre apparaissent justifiées. Le régime de protection du mineur connaît toutefois un mouvement de rénovation et au-delà de l'interprétation téléologique qui a toujours été faite du système permettant ainsi à l'incapable d'avoir une activité juridique sans risque, la coexistence de la représentation et de l'exercice de son droit d'expression par l'enfant permet de s'assurer que l'exercice des droits sera en conformité avec l'intérêt de l'enfant. Les représentants sont néanmoins les seuls auteurs de l'acte juridique et à la différence de l'assistance, la représentation demeure le principe. L'association participe seulement de la protection de l'enfant et de ses intérêts en veillant au respect de la finalité du système de protection.

Cependant, à l'heure où la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pénètre les rapports familiaux, sa mesure n'a pas encore été prise dans le cadre du pouvoir de représentation comme le révèle la relativité du contrôle exercé. Si les obligations de diligence et de loyauté pèsent incontestablement sur les représentants, leur imposant d'agir dans l'intérêt de l'enfant et dans ce seul intérêt, les rapports parentaux et filiaux viennent réduire leur portée. La confusion des intérêts n'étant pas rare, mais peu sanctionnée, l'obligation de loyauté est relative. La jouissance légale illustre également l'antagonisme du droit parental et des obligations nées de la représentation, le premier prévalant sur les secondes. Enfin, le caractère latent de la représentation dans l'accomplissement d'actes juridiques extrapatrimoniaux conduit à envisager son contrôle à la lumière des dispositions relatives à la protection de la personne et à ne le mettre en place qu'en cas de danger encouru par l'enfant. *De lege ferenda*, ces actes devraient être soumis à une surveillance effective car à la différence d'actes de pure direction, ils mettent à la charge du mineur des droits et obligations. Aussi, puisque l'annulation de l'acte n'est pas la solution la plus adéquate, c'est vers la responsabilité civile des représentants qu'il convient de se tourner. Mais la spécificité du domaine dans lequel intervient la représentation comme le respect des droits parentaux obligent

néanmoins à envisager une sanction différente de celle prévue par l'article 412 du Code civil, seule une faute lourde devant pouvoir être imputée aux représentants lorsqu'est en cause un acte extrapatrimonial. Les droits parentaux et les obligations des représentants sont ainsi amenés à coexister et les secondes, en dépit de leur légitimité, ne l'emportent pas automatiquement.

CONCLUSION GÉNÉRALE

559. L'extension, à titre dérogatoire, de la représentation du mineur aux actes relatifs à sa personne a permis d'en confirmer la généralité, jusqu'alors latente, et d'en révéler l'autonomie au regard de la *summa divisio* régissant la protection de l'enfant. L'organisation binaire de celle-ci conférant à l'autorité parentale sur la personne le monopole de la protection extrapatrimoniaire et appréhendant l'administration légale des biens comme une institution purement patrimoniale ne répond en effet pas au besoin créé par l'incapacité d'exercice générale du mineur. Parce qu'elle a vocation à s'appliquer relativement à la personne de l'enfant, la représentation légale doit être entendue comme le palliatif global à l'impossibilité pour le mineur d'accomplir des actes juridiques, patrimoniaux et extrapatrimoniaux, ne pouvant ni être assimilée à l'autorité parentale sur la personne au sens strict, ni se réduire à l'administration légale.

560. L'autonomie de la représentation du mineur nous conduit à envisager une nouvelle répartition des pouvoirs parentaux au sein de l'autorité parentale au sens large qui en est le fondement juridique. Cette dernière est ainsi en réalité composée de deux types de prérogatives, un pouvoir de direction et de contrôle destiné à protéger et éduquer l'enfant et un pouvoir général de représentation remédiant à son incapacité d'exercice. Les deux pouvoirs, bien que distincts, sont néanmoins interdépendants car la représentation procède nécessairement d'une décision de direction et de contrôle, dont elle est l'aboutissement.

561. L'autonomie de la représentation permet également de déterminer l'étendue des pouvoirs des tiers à qui un enfant peut être confié, ce qui restait jusqu'à présent incertain. Ainsi, en cas de modifications affectant l'exercice de l'autorité parentale, telles que la délégation, le partage d'autorité parentale, le transfert de la résidence de l'enfant, la mise en place de mesures d'assistance éducative, un tiers peut représenter de manière durable ou ponctuelle le mineur. Cependant, l'affranchissement de la représentation à l'égard de la *summa divisio* ne signifie pour autant pas l'indépendance et lorsqu'il est confié à un tiers, le pouvoir de représentation peut être démembré entre plusieurs personnes, scindé en un pouvoir de gestion des biens et un pouvoir de protection de la personne de l'enfant, le clivage traditionnel reprenant son empire.

562. Si cette dépendance persistante à l'égard de la division fondamentale n'est pas problématique dès lors que les intérêts de l'enfant sont préservés, il n'en est pas de

même lorsqu'elle imprègne le régime des actes de représentation car elle entraîne une protection inférieure des intérêts extrapatrimoniaux de l'enfant. *De lege ferenda*, il convient de prendre la mesure de la généralisation de la représentation au sein de l'autorité parentale et d'uniformiser les actes de représentation autour du critère de gravité, qu'ils visent la protection des biens ou de la personne. Dès lors que l'acte juridique insère le mineur dans un rapport d'obligation et qu'il est susceptible d'avoir de lourdes répercussions sur son patrimoine, son intégrité physique ou morale ou son identité, il doit être soumis au régime des actes graves dont les actes patrimoniaux de disposition sont le modèle.

563. La singularité de la représentation du mineur ne se limite toutefois pas à son champ d'application étendu, extrapatrimonial et patrimonial, elle apparaît également dans sa mise en œuvre. La représentation légale est une prérogative d'autorité parentale, enserrée à ce titre dans des rapports familiaux, et si elle implique avant tout l'exercice des droits des mineurs, elle est également l'expression d'un droit parental, empreinte par conséquent des caractères propres à ce type de prérogative. L'exercice des droits de l'enfant ne peut être envisagé qu'à l'aune des droits parentaux, ce qui signifie que la représentation est autoritaire. L'influence hiérarchique de l'autorité parentale conduit ainsi à exclure la volonté du mineur et à faire de la volonté des représentants la seule à l'origine de l'acte juridique.

564. L'insertion de la représentation dans un système parental et filial, mêlant droits du mineur et droits et devoirs des père et mère, explique par ailleurs la relativité de la surveillance dont elle est l'objet. Si comme à tout représentant est imposé le respect d'obligations de diligence, de prudence et de loyauté, que la disparition de la notion de bon père de famille en 2007 a mis en exergue, la confusion des intérêts familiaux ainsi que la superposition des droits parentaux aux obligations des représentants viennent atténuer la réalité du contrôle exercé. Le détournement de pouvoir n'est ainsi pas toujours sanctionné. A notre sens, le recours au principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant doit pouvoir permettre une sanction plus efficace de la déloyauté. La jouissance légale illustre, quant à elle, l'incompatibilité des obligations des représentants légaux et des droits parentaux et pour cette raison, devrait disparaître. Quant aux actes relatifs à la personne, le contrôle est réduit par deux éléments que sont la subjectivité de l'appréciation qu'il implique et la volonté de préserver les droits des père et mère. *De lege lata*, la surveillance est minime, seul le danger encouru par l'enfant pouvant déclencher un véritable contrôle de l'action parentale. *De lege ferenda*,

il convient de dissocier les actes de pure direction bénéficiant d'une immunité relative fondée sur l'impératif éducatif que la mission parentale porte et sur le maintien nécessaire d'une zone de non-droit et de liberté dans la sphère familiale, des actes de représentation relatifs à la personne de l'enfant lesquels doivent être encadrés dans la mesure où ils créent des effets de droit à la charge du mineur. Afin de concilier le respect des prérogatives parentales en matière d'éducation et de protection de la personne de l'enfant avec le nécessaire contrôle des actes engageant le mineur, il est souhaitable *de lege ferenda* que la responsabilité civile des représentants puisse être mise en œuvre, mais que seule une faute lourde puisse être retenue à leur encontre. De cette manière, la représentation légale aura achevé sa mutation en attribut général de l'autorité parentale, conciliant exercice des droits du mineur et exercice des droits des parents, tout en s'inscrivant dans un mouvement de rénovation des pouvoirs de protection de l'enfant.

565. La mise en évidence d'un nouveau mode d'accomplissement des actes juridiques, l'association, laquelle peut être définie comme la coexistence de la représentation et du droit d'expression de l'enfant, sans que la première soit pour autant remise en cause, témoigne également de la recherche d'un équilibre entre droits des enfants et droits des père et mère représentants. Il est ainsi faux de croire que la représentation du mineur est vouée à disparaître à la suite de la reconnaissance des droits et libertés de l'enfant doué de discernement. Au contraire, elle intègre pleinement le mouvement, lequel, sans la rendre obsolète comme cela est fréquemment énoncé, participe de sa modernisation. La rénovation du système d'incapacité d'exercice passe par la prise en compte de l'individualité propre de l'enfant parallèlement à sa représentation. Non seulement le système d'incapacité d'exercice s'adapte au besoin de protection du mineur en lui permettant d'agir seul lorsque ses intérêts ne sont pas compromis, grâce à une interprétation téléologique fondée sur l'adage *minor restituitur*, mais la reconnaissance de droits subjectifs de l'enfant actualise également la théorie de la représentation parce que loin d'être radicalement opposés à celle-ci, les droits de l'enfant parviennent à coexister avec elle. Le recueil de l'avis du mineur doué de discernement permet ainsi de tempérer le caractère autoritaire de la représentation, sous réserve cependant de l'aval parental. Plus novateur, le recueil du consentement du mineur de plus de treize ans se pose comme un contrepoids au caractère extrapatrimonial de la représentation. Parce que celle-ci est en porte-à-faux avec le caractère personnel des actes et se révèle dérangeante au regard du principe de dignité de la personne et des libertés individuelles, le mineur délivre un consentement autorisant ses représentants à agir, sans toutefois que

l'on puisse parler d'assistance dans la mesure où la représentation demeure, le mineur n'étant pas auteur de l'acte. *De lege ferenda*, le consentement du mineur de plus de treize ans devrait être systématiquement requis dès lors que la représentation porte sur un acte extrapatrimonial grave, susceptible d'avoir des conséquences importantes sur son avenir ou son intégrité physique et morale.

566. Aussi, rejeter catégoriquement la représentation du mineur, doué ou non de discernement, en tant que principe procède d'une analyse rapide ne tenant compte ni de sa fonction essentielle de protection et d'éducation, ni de la rénovation qu'elle est en train de connaître. Non seulement la représentation valorise l'enfant en tant que sujet de droit, mais la modernisation qu'elle connaît par le biais de l'association du mineur aux décisions le concernant contribue à cette valorisation, tout en conciliant droits des mineurs et prérogatives parentales. Admettre un système fondé non plus sur l'incapacité d'exercice et la représentation, mais sur la notion plus floue de protection ne nous semble pas adapté s'agissant du mineur car le risque est, à l'inverse des souhaits des tenants de la théorie, de lui redonner un statut qu'il venait de quitter, celui de simple objet de protection, au détriment de celui tant désiré, celui de sujet de droit.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

ALLAND (D.), RIALS (S.)

- *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

ATIAS (C.)

- *Les biens*, Litec, 10^e éd., 2009.

AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.)

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, Dalloz, 13^e éd., 2010.

AUBRY (C.), RAU (C.-F.)

- *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, t. 1, avec la collab. de M. Gault, Marchal et Billard, 5^e éd., 1897.

BATTEUR (A.)

- *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 5^e éd., 2010.

BEAUMANOIR

- *Coutumes de Beauvaisis*, prés. par A. Salmon, A. et J. Picard, Paris, 1970.

BÉNABENT (A.)

- *Droit civil, Droit de la famille*, Montchrestien Lextenso, 2010.

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.)

- *Traité de droit civil, Les biens*, (sous la dir. de J. Ghestin), LGDJ, 2^e éd., 2010.

BEUDANT (Ch. et R.), LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.)

- *Cours de droit civil français*, t. 2, *L'état et la capacité des personnes*, avec la collaboration de H. BATTIFOL, Rousseau, 2^e éd., 1936.

- *Cours de droit civil français*, t. 3 bis, *L'état et la capacité des personnes*, par A. Breton, Paris, Rousseau, 2^e éd., 1936.

BONFILS (Ph.), GOUTTENOIRE (A.)

- *Droit des mineurs*, Précis Dalloz, Dalloz, 2008.

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- *Droit civil, Les obligations*, Sirey, Dalloz, 12^e éd., 2010.

CADIET (L.), JEULAND (E.)

- *Droit judiciaire privé*, Litec, 9^e éd., 2009.

CARBONNIER (J.)

- *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. 2, Thémis droit privé, PUF, 2004.

- *Droit civil, Introduction au droit*, Thémis droit privé, PUF, 27^e éd., 2002.

- *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, t. 2, Thémis droit privé, PUF, 21^e éd., 2002.

- *Droit civil, Les obligations*, t. 4, Thémis droit privé, PUF, 22^e éd., 2000.

COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.)

- *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2007.

COLOMER (A.)

- *Les régimes matrimoniaux*, Litec, 12^e éd., 2004.

COMBACAU (J.), SUR (S.)

- *Droit international public*, Montchrestien Lextenso, 9^e éd., 2010.

CONTE (Ph.), PETIT (B.)

- *Les incapacités*, PUG, 1995.

CORNU (G.)

- *Droit civil, Introduction au droit*, Domat droit privé, Montchrestien, 13^e éd., 2007.

- *Droit civil, La famille*, Domat droit privé, Montchrestien, 9^e éd., 2006.

- *Droit civil, Les personnes*, Domat droit privé, Montchrestien, 13^e éd., 2007.

- *Droit civil, Les biens*, Domat droit privé, Montchrestien, 13^e éd., 2007.

- *Vocabulaire juridique*, Quadrige, Association Henri Capitant, PUF, 8^e éd., 2007.

CORNU (G.), FOYER (J.)

- *Procédure civile*, PUF, 3^e éd., 1996.

COUCHEZ (G.)

- *Procédure civile*, Sirey, Dalloz, 16^e éd., 2008.

COURBE (P.)

- *Droit de la famille*, Sirey, Dalloz, 5^e éd., 2008.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.)

- *Droit des sociétés*, Litec LexisNexis, 23^e éd., 2010.

DABIN (J.)

- *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952.

DE FRÉMINVILLE (J.)

- *Traité de la Minorité et de la Tutelle*, t.1, Clermont-Ferrand, Th. Landriot, 1845.

DEMOGUE (R.)

- *Traité des obligations en général*, t.2, Rousseau, 1923.

DEMOLOMBE (C.)

- *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 1, Durand, Hachette, 4^e éd., 1870.

- *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse : de la puissance paternelle*, t.6, Hachette, 1875.

DUBOIS (J.), MITTERAND (H.), DAUZAT (A.)

- *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larousse, 2007.

DUGUIT (L.)

- *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 3^e éd., 1927.

FABRE-MAGNAN (M.)

- *Droit des obligations, 1, Contrat et engagement unilatéral*, Thémis Droit privé, PUF, 2^e éd., 2010.

FENET (P.-A.)

- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 10, 1827, rééd. Zeller, 1968.

- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, 1827, rééd. Zeller, 1968.

FERRAND (F.)

- *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.

FLOUR (J.)

- *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, 1967-1968, Les Cours de droit, 1968.

FLOUR (J.), AUBERT (J.- L.), SAVAUX (E.)

- *Droit civil, Les obligations, 1, L'acte juridique*, Sirey, Dalloz, 14^e éd., 2010.

GARÉ (Th.)

- *Le droit des personnes*, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 2003.

GAUDEMET (J.), CHEVREAU (E.)

- *Droit privé romain*, Montchrestien Lextenso, 3^e éd., 2009.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.)

- *Traité de droit civil, Introduction générale*, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 4^e éd., 1994.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.)

- *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 2001.

GIRARD (P. F.)

- *Manuel élémentaire de droit romain* par J.- P. Lévy, Dalloz, 8^e éd., 2003.

GOUBEAUX (G.)

- *Traité de droit civil, Les personnes*, (sous la dir. de J. GHESTIN), LGDJ, 1989

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), FERRAND (F.)

- *Procédure civile, Droit interne et communautaire*, Précis Dalloz, Dalloz, 30^e éd., 2010.

HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.)

- *Traité de droit civil*, (sous la dir. de J. GHESTIN), *La famille*, vol. 1, *Fondation et vie de famille*, LGDJ, 2^e éd., 1993.

HÉRON (J.), LE BARS (Th.)

- *Droit judiciaire privé*, Montchrestien Lextenso, 4^e éd., 2010.

HUYETTE (M.), DESLOGES (P.)

- *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, Dunod, 4^e éd., 2009.

IHÉRING (R.)

- *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, t. 4, 3^e éd., 1888.

LAROCHE-GISSEROT (Fl.)

- *Les droits de l'enfant*, *Connaissance du droit*, Dalloz, 2^e éd. 2003.

LARROUMET (Ch.)

- *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, t.1, *Economica*, 5^e éd., 2006.

- *Droit civil, Les obligations, le contrat*, t.3, *Economica*, 5^e éd., 2003.

LAUDE (A.), MATHIEU (B.), TABUTEAU (D.)

- *Droit de la santé*, *Thémis*, PUF, 2^e éd., 2009.

LAURENT (F.)

- *Principes de droit civil*, t. 4, Durand et Pédone, 3^e éd., 1878.

- *Principes de droit civil*, t. 16, Durand et Pédone, 3^e éd., 1878.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.)

- *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996.

LÉVY (J.-Ph.), CASTALDO (A.)

- *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010.

LOISEL

- *Institutes coutumières*, Sirey, Dalloz, 1611, rééd. 1935,

MALAUURIE (Ph.), AYNES (L.)

- *Droit civil, Introduction au droit*, par Ph. MALAUURIE et P. MORVAN, Defrénois-Lextenso, 3^e éd., 2009.

- *Droit civil, Les obligations*, par Ph. MALAUURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, Defrénois-Lextenso, 4^e éd., 2009.

- *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, par Ph. MALAUURIE et L. AYNES, Defrénois-Lextenso, 3^e éd., 2010.

- *Droit civil, Les biens*, par Ph. MALAUURIE et L. AYNES, Defrénois-Lextenso, 4^e éd., 2010.

- *Droit civil, Les personnes : la protection des mineurs et des majeurs*, par Ph. MALAURIE, Defrénois-Lextenso, 5^e éd., 2010.

- *Droit civil, Les successions, les libéralités*, par Ph. MALAURIE, Defrénois-Lextenso, 4^e éd., 2010

- *Droit civil, Les contrats spéciaux*, par Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, Defrénois-Lextenso, 5^e éd., 2011.

- *Droit civil, La famille*, par Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, Defrénois-Lextenso, 4^e éd., 2011.

MALINVAUD (Ph.)

- *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 12^e éd., 2008.

MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.)

- *Droit des obligations*, Litec LexisNexis, 11^e éd., 2011.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.)

- *Les personnes*, t.1, vol. 2, Sirey, Dalloz, 2^e éd., 1967.

MASSIP (J.)

- *Les incapacités, Étude théorique et pratique*, Defrénois, 2002.

- *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois-Lextenso, 2009.

MAZEAUD (H. L. et J.), CHABAS (F.)

- *Leçons de droit civil*, t.1, vol. 3, *La famille*, par L. LEVENEUR, Montchrestien, 7^e éd., 1995.

- *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 2, *Les personnes : la personnalité, les incapacités*, par Fl. LAROCHE-GISSEROT, Montchrestien, 8^e éd., 1997.

- *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations*, par F. CHABAS, Montchrestien, 9^e éd., 1998.

- *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, par F. CHABAS, Montchrestien, 12^e éd., 2000.

MEMETEAU (G.)

- *Cours de droit médical*, Les Études Hospitalières, 4^e éd., 2011.

MERLIN

- *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bertin et Danel, 3^e éd., 1812-1815.

MONTESQUIEU (C. L.)

- *De l'esprit des lois*, Flammarion, rééd. 2001.

OURLIAC (P.), MALAFOSSE (J. de)

- *Histoire du droit privé, Les obligations*, t. 1, Thémis, PUF, 2^e éd., 1969.

PÉDAMON (M.)

- *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^e éd., 2004.

PETOT (P.)

- *Histoire du droit privé, La famille*, Loysel, 1992.

PIEDELIEVRE (A.)

- *Droit des biens*, Masson, 1977.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.)

- *Traité pratique de droit civil français, Les personnes*, par R. SAVATIER et J. SAVATIER, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 1952.

POTHIER (R.)

- *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, par Dupin, t. 10, Paris, Béchet, 1835.

RIPERT (G.), BOULANGER (J.)

- *Traité de droit civil, Obligations et droits réels*, t. 2, LGDJ, 1957.

RODIÈRE (R.)

- *La tutelle des mineurs*, Sirey, Dalloz, 1952.

ROLAND (H.), BOYER (L.)

- *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999.

- *Locutions latines du droit français*, Litec, 4^e éd., 1998.

SAVIGNY (F. K. Von)

- *Le droit des obligations*, t. II, Auguste Durand, 1863.

STRICKLER (Y.)

- *Les biens*, Thémis Droit privé, PUF, 2006.

SUDRE (F.)

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 10^e éd., 2011.

TERRÉ (F.)

- *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^e éd., 2009.

TERRÉ (F.), FENOUILLET (D.)

- *Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz, Dalloz, 7^e éd., 2005.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.)

- *Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, Dalloz, 5^e éd., 2008.

TERRÉ (F.) SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.)

- *Les obligations*, Précis Dalloz, Dalloz, 10^e éd., 2009.

TEYSSIÉ (B.)

- *Droit civil, Les personnes*, Litec LexisNexis, 12^e éd., 2010.

TOULLIER (C.)

- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 19, Continuation par J.-B. DUVERGIER, t. 4, Paris, Jules Renouard, 1837.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.)

- *Droit fondamental, Manuel de droit des personnes*, PUF, 1^{ère} éd., 2006.

- *Droit fondamental, Les Biens*, PUF, 3^e éd., 2008.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

A. MONOGRAPHIES ET THÈSES

ANCEL (P.)

- *L'indisponibilité des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978.

ANDORNO (R.)

- *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préf. F. Chabas, LGDJ, 1996.

ARENDT (H.)

- *La crise de la culture*, Gallimard, 1972.

ARIÈS (Ph.)

- *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Plon, 1960.

ATTUEL-MENDES (L.)

- *Consentement et actes juridiques*, préf. E. Loquin, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2008.

BAJOTET (M.)

- *Les variations de l'incapacité du mineur à raison de son âge*, thèse Dijon, A. Rousseau, 1941.

BATTEUR (A.), CARON-DÉGLISE (A.), DALLE (M.-C.), PÉCAUT-RIVOLIER (L.), VERHEYDE (Th.)

- *Curatelle, tutelle, accompagnements, Protection des mineurs et des majeurs vulnérables* (sous la dir. de Th. Fossier), préf. P. Catala, Litec, 2009.

BERTRAND (H.)

- *Loi du 6 avril 1910 modifiant et complétant l'article 389 du code civil relatif à l'administration légale du père*, thèse Aix, 1910.

BÉTAILLOLE-GONTHIER (F.)

- *La capacité naturelle*, thèse dactyl. Bordeaux IV, 1999.

BLONDY (P.), MORIN (G. et M.)

- *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 1, Defrénois, 3^e éd., 1972.

BOULANGER (F.)

- *Droit civil de la famille*, t.2, *Aspects comparatifs et internationaux*, Economica, 1994.

BOUQUIER (P.)

- *Étude générale de la représentation dans les actes juridiques*, thèse Montpellier, 1899.

BOURGEOIS (M.)

- *La personne objet de contrat*, Paradigme, 2005.

BRENNER (Cl.)

- *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, thèse Paris II, LGDJ, 1999.

BRUGGEMAN (M.)

- *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, préf. Cl. Neirinck, PUAM, 2002.

CABRILLAC (R.)

- *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, LGDJ, 1990.

CARBONNIER (J.)

- *Essais sur les lois*, Defrénois, 1979.

- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd, LGDJ, 2001.

CHABERT (C.)

- *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, préf. E. Putman, PUAM, 2001.

CHAUVIGNY DE BLOT (H.)

- *De l'administration légale, étude comparée de la loi du 6 avril 1910 et de la législation antérieure*, thèse Paris, 1912.

CHIROL (A.)

- *L'administration légale et la loi du 6 avril 1910*, thèse Lyon, 1912.

CLARISE (J.)

- *De la représentation, son rôle dans la création des obligations*, thèse Lille, 1949.

COLLET (L.)

- *La notion de droit extrapatrimonial*, thèse Paris II, 1992.

DA SILVA (V.)

- *De l'incapacité à la protection en matière personnelle. Évolution et perspectives*, thèse dactyl. Paris I, 2010.

DAVID (A.)

- *Structure de la personne humaine, Essai sur la distinction des personnes et des choses*, PUF, 1955.

DAVID (R.)

- *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Sirey, 1929.

DEBET (A.)

- *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. L. Leveneur, Dalloz, 2002.

DECOCQ (A.)

- *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. G. Levasseur, LGDJ, 1960.

DELAPORTE-CARRÉ (C.)

- *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, préf. D. Gutmann, Dalloz, 2008.

DELFOSSÉ-CICILE (M.-L.)

- *Le lien parental*, préf. F. Terré, Éditions Panthéon Assas, 2003.

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.)

- *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, LGDJ, 2000.

DEMOGUE (R.)

- *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, 1911, rééd. La mémoire du droit, 2001.

DESCAMPS (N.)

- *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse dactyl. Lille, 1996.

DIDIER (Ph.)

- *De la représentation en droit privé*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2000.

DUVAL-ARNOULD (D.)

- *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, préf. G. Cornu, LGDJ, 1994.

ELIARD (F.)

- *Démembrement de propriété : usufruit et quasi-usufruit*, Ellipses, 2008.

FARGE (C.)

- *L'autonomie contractuelle du mineur*, thèse dactyl. Paris II, 1998.

FEMENIA (L. A.)

- *La volonté des incapables*, thèse dactyl. Toulouse, 2000.

FONLUPT-ESPERABER (J.)

- *De la règle Minor restituitur non tanquam minor sed laesus et de la protection du mineur non émancipé dans le droit civil français*, thèse Paris, 1914

FILIPPONE (C.)

- *La contractualisation des droits de la personnalité*, thèse dactyl. Paris I, 2001.

FRANCOZ-TERMINAL (L.)

- *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, préf. J. Rubellin-Devichi, Stämpfli Éditions SA Berne, 2008.

FREMEAUX (S.)

- *La faute parentale*, thèse dactyl. Nice, 1998.

GAILLARD (E.)

- *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985.

GALLANT (E.)

- *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, préf. P. Lagarde, Defrénois, 2004.

GAREIL (L.)

- *L'exercice de l'autorité parentale*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2004.

GILLET (M.)

- *De l'administration légale des biens des enfants mineurs*, thèse Caen, 1912.

GIL-ROSADO (M.-P.)

- *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, préf. F. Dekeuwer-Défossez, Defrénois, 2006.

GIRER (M.)

- *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, préf. G. Memeteau, Les Études Hospitalières, 2008.

GOUTTENOIRE (A.)

- *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse dactyl. Lyon III, 1994.

GRATALOUP (S.)

- *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, préf. H. Fulchiron, LGDJ, 1998.

JESTAZ (Ph.)

- *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1968.

JOSSERAND (L.)

- *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, rééd. 2005.

KIMMEL (A.)

- *Le juge de l'autorité parentale, compétence et pouvoirs*, thèse dactyl. Toulouse I, 1996.

LAZARUS (C.)

- *Les actes juridiques extrapatrimoniaux, Une nouvelle catégorie juridique*, préf. D. Fenouillet, PUAM, 2009.

LEDUC (F.)

- *L'acte d'administration, nature et fonctions*, thèse Bordeaux, LGDJ, 1992.

LEGEAIS (R.)

- *L'autorité parentale : étude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée*, Defrénois, 1973.

LOCKE (J.)

- *Traité du gouvernement civil*, trad. de D. MAZEL, Garnier-Flammarion, 1690, rééd. 1992.

LOISEAU (G.)

- *Le nom, objet d'un contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1997.

MALAURIE (M.)

- *Les restitutions en droit civil*, préf. G. Cornu, Cujas, 1991.

MARIA (I.)

- *Les incapacités de jouissance, étude critique d'une catégorie doctrinale*, préf. P. Ancel, Defrénois, 2010.

MEUNIER (G.)

- *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des États parties*, L'Harmattan, 2002.

MEURILLON (P.J.)

- *De l'administration légale*, thèse Nancy, 1912.

NEIRINCK (Cl.)

- *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 1984.

NERSON (R.)

- *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse Lyon, LGDJ, 1939.

LOUDINOT (M.)

- *La représentation imparfaite*, thèse Paris, 1909.

PÉTEL (L.)

- *L'administration légale du père*, thèse Paris, 1911.

PÉTEL (Ph.)

- *Les obligations du mandataire*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1988.

PETERKA (N.)

- *Les dons manuels*, préf. P. Catala, LGDJ, 2001.

PILON (E.)

- *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897.

PLAZY (J.-M.)

- *La personne de l'incapable*, thèse dactyl. Bordeaux, 1998.

POPESCO-RAMNICEANO (R.)

- *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse Paris, 1927.

PRIEUR (S.)

- *La disposition par l'individu de son propre corps*, Les Études Hospitalières, 1999.

RAVANAS (J.)

- *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, préf. P. Kayser, LGDJ, 1978.

RAYMOND (G.)

- *Droit de l'enfance et de l'adolescence*, Litec, 5^e éd., 2006.

REBOURG (M.)

- *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, préf. H. Fulchiron, Defrénois, 2003.

RIPERT (G.)

- *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., LGDJ, 1935.

- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.

ROUBIER (P.)

- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, rééd. 2005.

ROUSSEAU (J.-J.)

- *Émile ou de l'éducation*, Garnier, 1762, rééd. 1999.

SCHOLASTIQUE (E.)

- *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, préf. A. Tunc, LGDJ, 1998.

SIFFREIN-BLANC (C.)

- *La parenté en droit civil français, étude critique*, préf. E. Putman, PUAM, 2009.

STORCK (M.)

- *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. Huet- Weiller, LGDJ, 1982.

THÉRY (I.)

- *Le démariage*, Odile Jacob, 1993.

THULLIER (B.)

- *L'autorisation, étude de droit privé*, préf. A. Bénabent, LGDJ, 1996.

TRASBOT (A.)

- *L'acte d'administration en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1921.

VERDOT (R.)

- *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, préf. P. Kayser, thèse Aix, LGDJ, 1963.

VERGNE (J.-H.)

- *L'intérêt de l'enfant sous la puissance paternelle et l'autorité parentale*, thèse dactyl., 1972.

VIDAL (J.)

- *Essai d'une théorie de la fraude en droit français : le principe « fraus omnia corrumpit »*, préf. G. Marty, Dalloz, 1957.

VRAC (E.)

- *De la capacité juridique des mineurs*, thèse Caen, 1869.

WICKER (G.)

- *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997.

YOUF (D.)

- *Penser les droits de l'enfant*, PUF, 2002.

B. OUVRAGES COLLECTIFS

- *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, t. VIII, Sirey, année 1951-1952.

- *La protection de l'enfant*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées égyptiennes, t. XXX, Economica, 1979.

- *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des Journées d'Études des 13 et 14 décembre 1990 (sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez), LERADP, Lille 2, LGDJ, 1991.

- *Le droit et l'enfant*, 91^e Congrès des notaires de France, Tours, 21-24 mai 1995.
- *L'autorité parentale en question, Journées d'études des 13 et 14 décembre 2001* (sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez et Ch. Choain), p. 67 et s., Presses universitaires du Septentrion, LERADP, Lille 2, 2003.
- *La condition juridique du mineur* (sous la dir. de J.-J. Lemouland), Litec, Carré Droit, 2004.
- *Enfants, adultes, vers une égalité de statuts ?* (sous la dir. de F. de Singly), Universalis, 2004.
- *Les personnes vulnérables*, 102^e congrès des notaires de France, Strasbourg, 21-24 mai 2006.
- « *L'effectivité de la CIDE* », Colloque de Roubaix 3 et 4 décembre 2009, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n^o spécial.
- *Droit de la famille* (sous la dir. de P. Murat), Dalloz Action, Dalloz, 5^e éd., 2010-2011.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

ALT-MAES (F.)

- « Le discernement et la parole du mineur en justice », *JCP G* 1996, 3613.

ARHAB-GIRARDIN (F.)

- « La décision médicale du majeur protégé, une articulation complexe des dispositions du Code de la santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RDSS* 2009. 875.

AUBERT (J.)

- « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD Civ.* 1993. 263.

AUDARD (C.)

- « Qu'est-ce que l'autorité morale ? » in *De l'autorité, Colloque annuel du Collège de France* (sous la dir. de A. Compagnon), O. Jacob, 2008, p. 287.

AUNE (A.-C.)

- « La réception de droits à dans le Code civil », in *Le Code civil et les droits de l'homme, Colloque international de Grenoble, 3 et 4 décembre 2003* (sous la dir. de J.-L. Chabot, Ph. Didier, J. Ferrand), L'Harmattan, 2005, p. 191.

AZAVANT (M.)

- « Effets généraux (comptes et logement) et effets personnels », *Dr. et patrimoine* 2009, n^o 180, p. 73.

BATTEUR (A.)

- « La carence de l'autorité parentale », *RLDC* 2008/51, suppl. n^o 3039.
- « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables », *Dr. famille* 2011, dossier 5.

BEIGNIER (B.)

- « Beau-parent ou tiers ? », *Dr. famille* 2009, repère 6.

BERGEL (J.- L.)

- « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, chr. 165.

- « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chr. 153.

BERNHEIN-DESVAUX (S.)

- « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », *RJPF*-2010-4/12.

BESSE (C.)

- « Le patrimoine du mineur est-il à la merci du bon père de famille ? », *Dr. et patrimoine* 2007, n°161, p. 38.

BÉVIÈRE (B.)

- « La protection de la santé de l'enfant dans la recherche biomédicale », *RGDM* 2005, n°17, p. 113.

BONIFACE (B.)

- « Une technique de gestion des biens du mineur : le bail à construction », *Rép. Def.* 1995. 475.

BONNET (B.)

- « Le Conseil d'État et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan », *D.* 2010. 1031.

BOSSE-PLATIÈRE (H.)

- « Le statut de l'enfant et l'europanisation des sources en droit de la famille », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen* (sous la dir. de D. Gadbin et F. Kernaleguen), Bruylant, 2004, p. 65.

BOULANGER (F.)

- « Modernisation ou utopie ? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002. 1571.

LE BOURSICOT (M.-C.)

- « Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant », *RLDC* 2010/ 69, n° 3747.

BREDIN (J.- D.)

- « La religion de l'enfant », *D.* 1960. 73.

BRIÈRE (C.)

- « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *RDSS* 2002. 567.

BRUGGEMAN (M.)

- « L'enfant et les tiers » in *La famille que je veux quand je veux ? : évolution du droit de la famille* sous la dir. de Cl. Neirinck, Érès, 2003, p. 189.

BUFFELAN-LANORE (Y.)

- « Minorité », *J-Cl. Civil*, art. 388-3, fasc. 740, 2010.

CAILLÉ (C.)

- « Droit de jouissance légale », *Rép. civ. Dalloz*, 2005.

CARBONNIER (I.)

- « Autorité parentale - Exercice de l'autorité parentale », *J-Cl. Civil*, art. 371 à 387, fasc. 10, 2010.

- « Jouissance légale », *J-Cl. Civil*, art. 371 à 387, fasc. 50, 2007.

CARON (Ch.)

- « Les contrats d'exploitation de l'image de la personne », in *L'image*, Association Henri Capitant, Journées Nationales de Grenoble, t. 7, Dalloz, 2005, n°1.

CARON-DÉGLISE (A.)

- « La loi du 12 mai 2009 modifie les règles de procédure applicables au droit des personnes et de la famille », *RJPF-2009-7* et 8/13.

CASEY (J.)

- « L'enfant et la banque », *Dr. et patrimoine* 2000, n° 87 p. 76.

CERMOLACCE (A.)

- « Les contrats du mineur », *Dr. famille* 2006, étude 27.

CHOUK (A.)

- « Compétence et organisation des juridictions », *AJ. fam.* 2010. 420.

COHEN (D.)

- « Le droit à... », in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 393.

COLOMBET (C.)

- « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 », *D.* 1971, chr. 1.

COMMAILLE (J.)

- « L'enfant européen ? », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen* (sous la dir. de D. Gadbin et F. Kernaleguen), Bruylant, 2004, p. XXV.

CONTE (M.)

- « L'article 389-4 du Code civil », *JCP G* 1991, I, 3513.

CORNU (J.)

- « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 9.

CORPART (I.)

- « La parole de l'enfant », *RRJ* 2005-4, p. 1809.

- « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ fam.* 2008. 155.

- « Minorité, Majorité », *Rép. civ. Dalloz*, 2006.

COUTURIER-BOURDINIÈRE (L.)

« La CEDH et la protection des droits des enfants », in *Mélanges en l'honneur de G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, p. 523.

DARMAISIN (S.)

- « A la recherche du bon père de famille », in *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 297.

DEBET (A.)

- « Internet et vie privée : la protection et la liberté du mineur internaute », *Comm. com. électr.* 2005, étude 40.

DEIS-BEAUQUESNE (S.)

- « Le contrôle de gestion du patrimoine du mineur », *AJ fam.* 2002. 369

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.)

- « L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner », *RGDM* 2004, n° 12, p. 101.

- « Du statut du beau-parent aux droits des tiers : réflexions critiques sur un texte controversé », *RLDC* 2009/60 n° 3439.

- « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation, plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009/58, n° 26.

- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 281.

- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.* 1995. 249.

DJEMNI-WAGNER (S.)

- « L'évolution du droit communautaire de la famille » in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruylant, 2004, p. 189.

DONNIER (M.)

- « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chr. 27.

DOUCHY- OUDOT (M.)

- « L'audition de l'enfant en justice », *Procédures* 2009, étude 7.

- « Les mandats judiciaires », *Rép. Def.* 2009, 132.

DOURIS (M.)

- « Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français de la famille devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, 17 janvier 2011, n° 11, p. 3.

DREIFUSS-NETTER (F.)

- « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie » in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, p. 95.

DURRY (G.), GOBERT (M.)

- « La réforme de la tutelle et de l'administration légale à l'épreuve du temps », in *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 377.

EDELMAN (B.)

- « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 505, spéc. p. 509

- « Théorie et pratique juridiques », in *La personne en danger*, PUF, 1999, p. 25

ESCHYLLE (J.), HUYETTE (M.)

- « Autorité parentale - Assistance éducative », *J-Cl. Civil*, art 371 à 387, fasc. 21, 2009.

FARGE (C.)

- « Le dépassement ou l'absence de pouvoirs du représentant légal », *Dr. et patrimoine* 2000, n° 85, p.78.

FARGE (M.)

- « Convention de La Haye », *Dr. famille* 2011, comm. 49.

FAURÉ (G.)

- « Vers l'émergence d'une majorité sanitaire ? » in *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, PUF, 2003, p. 101.

FENOUILLET (D.)

- « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Rép. Def.* 2009. 142.

FERRY (L.)

- « Faut-il réinventer l'autorité ? », in *L'autorité* (sous la dir. de J. Foyer, G. Lebreton, C. Puigelier), Cahier des sciences morales et politiques, PUF, 2008, p. 15.

FINKIELKRAUT (A.)

- « La mystification des droits de l'enfant », in *Les droits de l'enfant, Actes du colloque européen d'Amiens*, 8-10 novembre 1990, CNDP, 1991.

FLAUSS-DIEM (J.)

- « Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais » in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, LGDJ, Presses universitaires de Strasbourg, 1994, p. 117.

FOSSIER (Th.)

- « Actes de gestion du patrimoine des personnes protégées », *JCP G* 2009, Act. 20.

- « De Versailles à Strasbourg, 20 ans de responsabilité notariale en matière d'incapacités », *JCP N* 2006, 1141.

- « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », *Dr. famille* 2004, étude 10.

- « Juge et bon père de famille, les responsabilités du juge des tutelles dans la gestion patrimoniale pour le mineur », *AJ fam.* 2002. 363.

- « L'entreprise familiale et l'incapable », *Rép. Def.* 2001. 151.

- « L'objectif de la réforme du droit des incapacités, protéger sans jamais diminuer », *Rép. Def.* 2005. 3.

- « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr. famille* 2007, étude 17.

- « La réforme de la protection des majeurs, Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », *JCP G* 2007, I, 118.

- « Le bon père de famille et le majeur protégé », *JCP N* 1999, I, 832.

- « Nécessité, subsidiarité et proportionnalité de la protection des majeurs », *JCP N* 2005, 1104.

- « Vers un statut de l'administrateur *ad hoc* ? », *Dr. famille* 1999, comm. 131.

FOSSIER (Th.), HARICHAUX (M.)

- « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », *RDSS* 1991.1.

FRANCOZ-TERMINAL (L.)

- « Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », *Dr. famille* 2009, étude 30.

FRESNEL (Fl.)

- « L'intérêt de la qualification de l'acte dans le cadre d'une mesure de protection juridique », *RJPF*-2001-4/7.

FRICERO (N.)

- « Ratification de la CEEDÉ, une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans ! », *RJPF*-2008-1/10.

FULCHIRON (H.)

- « L'autorité parentale renouvelée », *Rép. Def.* 2002. 959.

- « La réforme du droit de la nationalité, Commentaire des articles 17 à 33-2 nouveaux du Code civil », *JCP* 1993, I, 3708.

- « Nouveau droit, nouveaux droits », *Dr. et patrimoine* 2009, n° 186, p. 117.

- « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.* 2006. 876.

- « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », *in Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité* (sous la dir. de H. Fulchiron), Dalloz, 2009, p. IX.

GABA (H. K.)

- « La défense des intérêts de l'enfant victime de maltraitance commise par ses représentants légaux », *Dr. famille* 2002, étude 9.

GAILLARD (E.)

- « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits* 1987/6, p. 90.

GALLMEISTER (I.)

- « Le principe de coparentalité », *AJ fam.* 2009. 148.

GARDE-LEBRETON (S.)

- « La représentation de l'enfant victime », *Dr. famille* 2006, étude 33.

GAUTIER (P.), PASQUALINI (F.)

- « Action paulienne », *Rép. civ. Dalloz*, 2006.

GAZZANIGA (J.-L.)

- « Mandat et représentation dans l'Ancien droit », *Droits* 1987/6, p. 21.

GEBLER (L.)

- « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2009. 256.

GERVAIS (A.)

- « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Dalloz, 1961, p. 16.

GHELFI-TASTEVIN (F.)

- « L'administrateur *ad hoc* du mineur : une promotion inachevée », *Petites affiches*, 13 mars 1998, n° 31, p. 4.

GHESTIN (J.)

- « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G* 1992, I, 3628.

- « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD Civ.* 1994. 777.

GISSER (F.)

- « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité », *JCP* 1984, I, 3142.

GOBERT (M.)

- « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP* 1971, I, 2421.

- « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD Civ.* 1992. 489.

GOUTTENOIRE (A.)

- « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. famille* 2002, chr. 24.

- « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ. Fam.* 2003.368.

- « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 495.

- « Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant », *AJ fam.* 2010. 12.

- « Mineurs », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 2010.

GOUTTENOIRE (A.), FULCHIRON (H.)

- « Autorité parentale », *Rép. civ. Dalloz*, 2004.

GOUTTENOIRE (A.), MURAT (P.)

- « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *Dr. famille* 2003, étude 1.

GOUTTENOIRE (A.), GRIS (C.), MARTINEZ (M.), MAUMONT (B.), MURAT (P.)

- « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après », *Dr. famille* 2009, Dossier spécial.

GRÉAU (F.)

- « Retour sur la représentation comme fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », in *Leçons du Droit Civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 353.

GRIDEL (J.-P.)

- « L'acte éminemment personnel du mineur », *Gaz. Pal.* 2003. doct. 765.

- « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, chr. 90.

GRIMALDI (M.)

- « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 », *Gaz. Pal.* 1986. 2, doct. 529.
- « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence » in *L'enfant, la famille et l'argent, l'argent, Actes des Journées d'Études des 13 et 14 décembre 1990*, sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez, LGDJ, 1991, p. 109.

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)

- « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD Civ.* 1994. 275.

HASSLER (Th.)

- « Le cas particulier de l'image du mineur », *AJ fam.* 2008. 188.

HAUSER (J.)

- « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. famille* 2007, étude 14.
- « Des petits hommes ou des petits d'hommes ? », in *L'enfant et les conventions internationales, Actes du colloque de Lyon 6 et 7 octobre 1995* (sous la dir. de J. Rubellin-Devichi, R. Frank), Presses universitaires de Lyon, 1996.
- « Droits de l'enfant, état des lieux », *JDJ* 2001, n° 208.
- « L'enfant ou l'enfance ? Le droit à l'image », *D.* 2010. 214.
- « L'enfant supranational, mythe ou réalité ? », *Petites affiches*, 3 mai 1995, n°53, p.36.
- « La notion d'incapacité », *Petites affiches* 17 août 2000, n° 164, p. 3.
- « La place de l'enfant dans les procès relatifs à l'autorité parentale », in *L'autorité parentale en question, Journées d'études des 13 et 14 décembre 2001*, (sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez, Ch. Choain), Presses universitaires du Septentrion, LERADP, Lille 2, 2003, p. 67.
- « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. famille* 2011, dossier 6.
- « Les implications de la reconnaissance d'un droit à une vie familiale, quelles conséquences quant à la conception de la famille ? », in *Le droit à une vie familiale* (sous la dir. de J.-J. Lemouland et M. Luby), Dalloz, 2007.
- « Réflexions sur la protection de la personne de l'incapable », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 227.

HAUSER (J.), ABITBOL (E.)

- « De 1964 à 1970 - Les retombées de la loi relative à l'autorité parentale sur les institutions tutélaires - I. Autorité parentale et administration légale », *D.* 1971, chr. 59.

HÉNAFF (P.)

- « L'unité des notions-cadre », *JCP* 2005, I, 189.

HILT (P.)

- « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfant », *AJ fam.* 2004. 384.

HOUIN (R.)

- « Les incapacités », *RTD Civ.* 1947. 383.

HOVASSE (H.)

- « Incapacités et valeurs mobilières », *Rép. Def.* 1995. 369.

HUET (J.)

- « Détournement bancaire de mineurs ? », *D.* 1987, chron. 39.

IZORCHE (M.-L.)

- « A propos du mandat sans représentation », *D.* 1999. 369.

JOSSERAND (L.)

- « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932. 1.

JULIENNE (F.)

- « Le mineur, acteur de la vie économique ? (à propos de la loi du 15 juin 2010) », *Dr. famille* 2010, étude 31.

KARM (A.)

- « La sécurité du patrimoine du mineur et du majeur en tutelle », *Dr. famille* 2007, étude 18.

KAYSER (P.)

- « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* 1971. 445.

KIMMEL-ALCOVER (A.)

- « L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé », *RDSS* 2005, p. 265.

LABRUSSE-RIOU (C.)

- « De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes », in *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 499.

LAMARCHE (M.)

- « La conjugalité », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité* (sous la dir. de H. Fulchiron), Dalloz, 2009, p. 23.

LAROCHE (M.)

- « Le mineur en société civile », *Rép. Def.* 2010. 34.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- « Administration légale et tutelle », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 2008.

- « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. famille* 2009, étude 29.

LAVAUD-LEGENDRE (B.)

- « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même : les contradictions d'un droit de la vulnérabilité en construction », *RDSS* 2010. 520.

LE TOURNEAU (Ph.)

- « Mandat », *Rép. civ. Dalloz*, 2006.

LÉCUYER (H.)

- « Le patrimoine du mineur », *Gaz. Pal.* 2003.

LEGRAND (V.)

- « Le mineur non émancipé EIRL : quelle perspective pour les parents ? », *Petites affiches*, 24 novembre 2010, n° 234, p. 7.

LEMENNICIER (B.)

- « Le corps humain, propriété de l'État ou propriété de soi ? », *Droits* 1992/13, p. 111.

LEMOULAND (J.-J.)

- « Famille », *Rép. civ. Dalloz*, 2005.

- « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », *RTD Civ.* 1997. 1.

LEROYER (A.-M.)

- « Les incapacités », in *Pour une réforme du droit des contrats* (sous la dir. de F. Terré), Dalloz, 2009, p. 175.

LEVENEUR (L.)

- « Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant », in *L'autorité parentale en question, Journées d'études des 13 et 14 décembre 2001*, (sous la dir. de F. Dekeuwer- Défossez et Ch. Choain), Presses universitaires du Septentrion, LERADP, Lille 2, 2003, p. 51.

LIENHARD (Cl.)

- « Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale », *AJ fam.* 2002. 128.

LOKIEC (P.)

- « La personne de confiance », *RDSS* 2006. 865.

MAILLARD DESGREES DU LOU (D.)

- « Le statut de l'enfant dans l'éducation et la formation : l'exemple français », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen* (sous la dir. de D. Gadbin et F. Kernaleguen), Bruylant, 2004, p. 295.

MAIZY (M.-B.)

- « Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : extension des attributions du juge aux affaires familiales et nécessaire réorganisation des juridictions », *AJ fam.* 2010. 106.

- « Vie de l'enfant après la séparation des parents, quelques illustrations complètes par un JAF », *AJ fam.* 2010. 15.

MALAURIE (Ph.)

- « Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés », *JCP G* 2010, I, 431.

MARGUÉNAUD (J.-P.)

- « Aspects comparatifs des droits de l'Homme », in *La contractualisation de la famille* (sous la dir. de D. Fenouillet et M. Vareilles de Sommières), Economica, 2001, p. 246.

MARIA (I.)

- « De la pertinence de la classification des actes de gestion du patrimoine des personnes protégées », *Dr. famille* 2009, étude 31.

MARIE (C.)

- « Le nom de l'enfant », *AJ fam.* 2009. 199.

MARINO (L.)

- « Les contrats portant sur l'image de la personne », *Comm. com. électr.* 2003, chr. 7.

MASSIP (J.)

- « L'extension des compétences du JAF », *Rép. Def.* 2010. 692.

- « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr. famille* 2010, étude 18.

- « Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice (observations sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application), *Dr. famille* 2010, étude 22.

MASSIP (J.) et VION (M.)

- « L'épargne-logement et les mineurs », *Rép. Def.* 1995. 527, n° 5.

MAZEAUD (H.)

- « Essai de classification des obligations », *RTD Civ.* 1936. 1.

MAZEN (N.-J.)

- « Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical », *RGDM* 2003, n° 10, p. 41.

MEKKI (M.)

- « Mandat, art 1984 à 1990 », *J- Cl. Civil*, fasc. 10, 2009.

MEULDERS- KLEIN (M.-Th.)

- « Droits des enfants et responsabilités parentales : quel juste équilibre ? », *in La personne, la famille et le droit. 1968-1998, Trois décennies de mutations en Occident*, LGDJ, 1999, p. 345.

MIRKOVIC (A.)

- « Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *Dr. famille* 2009, étude 28.

MOLFESSIS (N.)

- « La dignité de la personne humaine en droit civil », *in La dignité de la personne humaine* (sous la dir. de M.-L. Pavia et Th. Revet), Economica, 1999, p. 107.

MONSALLIER SAINT MLEUX (M.-C.)

- « Société civile et gestion de l'incapable », *JCP N* 2010, 1391.

MONTANIER (J.-C.)

- « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », *JCP* 1982, I, 3076.

MONTANIER (J.-C.) et CONTE (Ph.)

- « Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé », *JCP N* 1986, I, 401.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.)

- « L'autorité parentale et les tiers », *Dr. famille* 2010, étude 7.

MULON-MONTÉРАН (E.)

- « La nouvelle autorité parentale », *RJPF*-2002-4/12.

MURAT (P.)

- « Individualisme, libéralisme, légistique », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité* (sous la dir. de H. Fulchiron), Dalloz, 2009, p. 237.
- « L'autorité parentale et les droits des tiers : un pas en avant, un pas en arrière ! », *Dr. famille* 2009, repère 4.
- « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in *Être parent aujourd'hui* (sous la dir. de Ph. Jacques), Actes du colloque du 16 janvier 2009, Faculté de droit de Chambéry, Dalloz, 2010, p. 49.
- « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », *Dr. famille* 2006, étude 31.

NAUDIN (E.)

- « La protection de l'associé mineur d'une société civile immobilière face aux emprunts contractés par la société », *Dr. famille* 2006, étude 26.
- « Les comptes bancaires et la famille », *AJ fam.* 2006. 27.

NEIRINCK (Cl.)

- « Autorité parentale- Délégation », *J-Cl. Civil*, art. 371 à 387, fasc. 30, 2010.
- « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *JCP N* 1991, I, 181.
- « Enfance », *Rép. civ. Dalloz*, 2008.
- « La dualité de régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », *JCP G* 2000, I, 228.
- « L'enfant et la procédure civile », *Petites affiches* 8 mai 1995, n° 53, p. 76.

NEIRINCK (C.), MARTIN (P.-M.)

- « Un traité bien maltraité », *JCP* 1993, I, 3677.

NERSON (R.)

- « L'activité juridique du mineur non émancipé », *RTD Civ.* 1971. 613.

NICOLAU (G.)

- « L'autorité parentale à l'épreuve » in *Mélanges Christian Lapoyade- Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 141.

NOTTÉ (G.)

- « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *JCP E* 2010, 346.

PASTOR (J. M.)

- « Présentation de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit », *D.* 2009. 1332.

PÉCAULT-RIVOLIER (L.)

- « La réforme des tutelles, suite et fin ? », *AJ fam.* 2010. 72.

PERFEZZI (L.)

- « Don manuel et intérêt de l'enfant », *Rép. Def.* 1995. 1.

PERREAU (E.)

- « Des droits de la personnalité », *RTD Civ.* 1909. 501.

PETERKA (N.)

- « La gestion du patrimoine du majeur en tutelle », *Dr. et patrimoine* 2009, n° 180, p. 79.
- « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », *JCP G* 2010, I, 33.

PHILIPPE (C.)

- « Les grands-parents sont-ils des ascendants privilégiés ? », *RLDC* 2005/19 n° 805 et *RLDC* 2005/20 n° 851.
- « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. famille* 2007, étude 3.

PICOT (M.)

- « L'avocat de l'enfant », *Dr. famille* 2006, étude 37.

PIEDELIEVRE (S.)

- « Instruments de paiement et famille », *AJ fam.* 2006. 275.
- « L'entreprise individuelle à responsabilité limitée », *Rép. Def.* 2010. 1417.
- « Remarques sur la responsabilité en matière de gestion de portefeuille », *RLDC* 2010/77, n° 4040.

POILLOT PERUZZETTO (S.)

- « Les droits de l'enfant dans l'ordre communautaire », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen* (sous la dir. de D. Gadbin et F. Kernaleguen), Bruylant, 2004, p. 31.

POIVEY-LECLERCQ (H.)

- « Le droit de la famille après la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 », *RJPF*-2009-7 et 8/12.

POMART-NOMDÉDÉO (C.)

- « Volte-face législative, ou chronique annoncée du principe de survie du couple parental au-delà du couple conjugal », à propos de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, *Petites affiches*, 1^{er} juin 2011, n°108, p. 5.

RACHET-DARFEUILLE (V.)

- « Témoins et représentants du patient : les apports de la loi du 5 mars 2007 relative à la protection des majeurs », *RGDM* 2007, n°25, p. 236.

RADÉ (Ch.)

- « La responsabilité des père et mère, De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », in *L'autorité parentale en question, Journées d'études des 13 et 14 décembre 2001*, (sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez et Ch. Choain), p. 81, Presses universitaires du Septentrion, LERADP, Lille 2, 2003, p. 81.

RAYMOND (G.)

- « Administration légale et tutelle », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n°54.

- « La convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *JCP G* 1990, I, 3451.

REBECQ (G.)

- « L'article 389-4 et le conflit parental », *Gaz. Pal.* 1999. 1. 1979.

RENAUT (A.)

- « L'enfant à l'épreuve de ses droits », in *Enfants, adultes, vers une égalité de statuts ?* (sous la dir. de F. de Singly), Universalis, 2004, p. 63.

RENCHON (J.-L.)

- « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in *Mariage- Conjugalité, Parenté-Parentalité* (sous la dir. de H. Fulchiron), Dalloz, 2009, p. 209.

- « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *Petites affiches*, 7 octobre 2010, n° 200, p. 29.

RENET (Th.)

- « L'argent et la personne », in *Mélanges Christian Mouly*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1998, p. 140.

REVILLARD (M.)

« Administration des biens des mineurs : entrée en vigueur de la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants », *Rép. Def.* 2011.29.

RIVIER (M.-C.)

- « L'introuvable statut du beau-parent », in *L'autorité parentale en question, Journées d'études des 13 et 14 décembre 2001*, (sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez et Ch. Choain), Presses universitaires du Septentrion, LERADP, Lille 2, 2003, p. 177.

RIZZO (F.)

- « Les opérations bancaires du mineur non émancipé », *RJPF*-2000-4/12.

ROMAN (D.)

- « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *RDSS* 2005. 423.

RONDEAU-RIVIER (M.-C.)

- « La Convention des Nations unies devant la Cour de cassation. Un traité mis hors jeu », *D.* 1993, chr. 203.

ROQUE (J.)

- « La prémajorité », *Dr. famille* 2009, étude 20.

ROSADO (M.-P.)

- « L'intérêt supérieur de l'enfant depuis le revirement de jurisprudence sur l'applicabilité directe de la Convention de New York », *RLDC* 2006/32, n° 2274.

ROUAST (A.)

- « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale », *JCP* 1965, I, 1917.

- « La représentation dans les actes juridiques » in *L'enrichissement sans cause, La représentation dans les actes juridiques*, Journées néerlandaises, Travaux de l'Association Capitant, t. IV, Dalloz, 1949, p. 110.

- « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD Civ.* 1944. 1.

RUBELLIN-DEVICHI (J.)

- « La réception des conventions internationales par le juge français en droit de la famille », *JCP G* 1993, I, 3688.

- « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* 1994, I, 3739.

SAINT-SERNIN (B.)

- « Autorité et décision » *in De l'autorité, Colloque annuel du Collège de France* (sous la dir. de A. Compagnon), O. Jacob, 2008, p. 307.

SALVAGE-GEREST (P.)

- « Article 391 du Code civil : tutelle aux biens ou tutelle complète ? (à propos de Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000) », *Dr. famille* 2001, chr. 19.

- « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », *Dr. famille* 2003, étude 12.

- « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle », *Dr. famille* 2009, étude 17.

- « Minorité, Tutelle, Gouvernement de la personne, art. 394 à 410 », *J- Cl. Civil*, fasc. 30, 2009.

- « Tutelle- administration légale pure et simple, article 389-3 », *J- Cl. Civil*, fasc. 20, 2009.

SAVATIER (R.)

- « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », *D.* 1959, chr. 9.

SÉRIAUX (A.)

- « Tes père et mère tu honoreras, Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTD Civ.* 1986. 265.

SIMLER (Ph.)

- « Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 », *J- Cl. Civil*, numéro spécial 3, 1986. 190.

- « La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale) », *RTD Civ.* 1972. 685.

SINGLY (de) (F.)

- « La cause de l'enfant », *in Enfants, adultes, vers une égalité de statuts ?* (sous la dir. de F. de Singly), Universalis, 2004 p. 8.

- « Le statut de l'enfant dans la famille contemporaine », *in Enfants, adultes, vers une égalité de statuts ?* (sous la dir. de F. de Singly), Universalis, 2004, p. 17.

SIRINELLI (P.)

- « Le quasi-usufruit », *Petites affiches*, 21 et 26 juillet 1993, n° 87 et 89, p. 30 et 4.

STORCK (M.)

- « La propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières » *in Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 695.

STOUFFLET (J.)

- « L'activité juridique du mineur non émancipé » in *Mélanges offerts à M. Le Professeur Voirin*, LGDJ, 1967, p. 782.

SUDRE (F.)

- « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, I, 335.

TAFFOREAU (P.)

- « L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes », *Comm. com. électr.* 2007, étude 9.

TALLON (D.)

- « Droits de la personnalité », *Rép. civ. Dalloz*, 1996, n°155.

TARDY-JOUBERT (I.)

- « L'administration légale des biens des mineurs : un droit aux oubliettes ? », *Dr. famille* 2007, étude 22.

THOURET (S.)

- « Les mécanismes procéduraux issus du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004, portant réforme de la procédure en matière familiale », *Dr. famille* 2005, étude 16.

TOURNON (J.)

- « La représentation », in *La représentation* (sous la dir. de F. d'Arcy), *Economica*, 1985, p. 107.

TUNC (A.)

- « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, 449.

VAN GYSEL (A. C.)

- « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », *Rev. Gén. Dr. belge*, 1988/2, p. 186.

VASSEUR (M.)

- « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres », *RTD Civ.* 1949. 173.

VAUVILLÉ (F.)

- « Commentaire de la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *Rép. Def.* 2010. 1649.

VERHEYDE (Th.)

- « Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ? », *D.* 2010. 2460.

- « Appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille », *JCP G* 2010. 39.

VERKINDT (P.)

- « Le droit des revenus professionnels du mineur », in *L'enfant, la famille et l'argent, l'argent, Actes des Journées d'Études des 13 et 14 décembre 1990*, sous la dir. de F. Dekeuwer-Défossez, LGDJ, 1991, p. 67.

VIENNOIS (J.-P.)

- « La représentation de l'enfant dans le contrat médical », *RGDM* 2005, n°17, p. 39.

VIGNEAU (D.)

- « L'autonomie du mineur en matière de santé » in *La condition juridique du mineur* (sous la dir. de J.-J. Lemouland), Litec, Carré Droit, 2004, p. 41.

VIGNON-BARRAULT (A.)

- « L'autorité, critère d'identification du responsable », *RLDC* 2008/51, suppl., n° 3081.

VION (M.)

- « L'administration légale après la loi du 23 décembre 1985 », *Rép. Def.* 1987. 65.

WAGNER (A.)

- « Les apports de l'analyse linguistique dans la conception du flou et de la sécurité juridique », *JCP* 2005, I, 195.

ZENATI (F.)

- « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur) » in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 605

IV. NOTES DE JURISPRUDENCE**AGOSTINI (E.)**

- note sous Paris 1^{er} février 1989, *D.* 1990, 48.

AUTEM (D.)

.- note sous Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, *Petites affiches* 31 mai 2011 n° 107, p. 6.

AVENA-ROBARDET (V.)

- obs. sous TGI Annecy 1^{er} juillet 2010, *AJ fam.* 2010. 435.

AYNÈS (L.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *D.* 1999. 167.

BARANGER (G.)

- note sous TI Châteaubriant 9 décembre 1975, *Gaz. Pal.* 1977, 1, 347.

BARBIER (G.)

- note sous TGI Paris 6 novembre 1973, *Gaz. Pal.* 1974, 1, 299.

BATTEUR (A.)

- obs. sous Cons. Const. QPC 6 octobre, *Petites affiches* 1^{er} décembre 2010, n° 239, p. 6.

BELLIVIER (F.)

- obs. sous CEDH *Draon c/ France* et *Maurice c/ France*, 6 octobre 2005, Gr. Ch., *RTDH* 2006. 667.

BENHAMOU (Y.)

- note sous CE 10 mars 1995, *Demirpence*, *D.* 1995. 617.

BERNARD-XEMARD (Cl.)

- note sous Civ. 1^{ère} 3 mars 2009, *RLDC* 2009/63, n° 3534.

BERTHIAU (D.), BRUNET (L.)

- note sous Civ. 1^{ère} 6 avril 2011, *D.* 2011, 1522.

BIZIÈRE

- note sous Paris 10 juin 1964, *JCP* 1965, II, 13980.

BONNEAU (Th.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, *Banque et droit* 2008, comm. 118.

- obs. sous Com. 16 décembre 2008, *Dr. sociétés* 2009, comm. 98.

BONNET (B.)

- obs. sous TGI Briey 21 octobre 2010, *D.* 2011. 1060.

BOULANGER (F.)

- note sous Civ. 1^{ère} 14 juin 2005, *D.* 2005. 2790.

- note sous Civ. 1^{ère} 8 novembre 2005, *D.* 2006. 554.

- note sous Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, *D.* 2006. 554.

- note sous Civ. 2^e 19 juin 2008, *JCP* 2008, II, 10023.

- note sous CE 30 juin 1999, *Guichard*, *D.* 2000. 1.

- note sous Civ. 1^{ère} 9 mars 2011, *JCP G* 2011, 615.

BOURGAULT-COUDEVYLLE (D.)

- note sous Civ. 1^{ère} 24 février 2006, *RLDC* 2006/27, n° 2056.

BOUTEILLER (P.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, *D.* 2006. 3069.

BRUGGEMAN (M.)

- note sous Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, *Petites affiches* 28 août 2001, n° 171, p. 5.

- obs. sous Ch. Mixte 9 février 2001, *RDSS* 2001. 833.

- note sous Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, *Dr. famille* 2006, étude 28.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, *RDSS* 2006. 349.

BRUNET (L.)

- obs. sous CE 7 juin 2006 *Association Aides et autres*, *D.* 2007. 2192.

BRUSORIO-AILLAUD (M.)

- note sous Civ. 1^{ère} 25 février 2009, *JCP* 2009, II, 10076.

CARON (C.)

- note sous Civ. 1^{ère} 12 décembre 2000, *D.* 2001. 2077.

CARON-DÉGLISE (A.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *RJPF*-2009-10/11.

CASEY (J.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, *RJPF*-2007-3/11.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 19 septembre 2007, *RJPF*-2008-1/11.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 14 janvier 2009, *RJPF*-2009-4/5.

CHABAS (F.)

- note sous Cons. Const. 22 octobre 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, 61.
- note sous Ass. Plén. 9 mai 1984, *Fullenwarth*, *D.* 1984. 525.
- note sous Ass. Plén. 9 mai 1984, *Gabillet, Lemaire et Derguini*, *D.* 194. 525.
- note sous Ass. Plén. 29 mars 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 2, 513.
- note sous Crim. 10 octobre 1996, *JCP* 1997, II, 22833.
- note sous Civ. 2^e 10 mai 2001, *Levert*, *RJPF*- 2001- 9/41.
- note sous Civ. 2^e 6 juin 2002, *RJPF*-2002-11/32.
- note sous Crim. 29 octobre 2002, *RJPF*-2003-2/42.
- note sous Ass. Plén. 13 décembre 2002, *Gaz. Pal.* 2003. 1008.
- note sous Civ. 2^e 7 octobre 2004, *RJPF*-2005-1/34.
- note sous Crim. 8 février 2005, *RJPF*-2005-6/.

CHABERT (C.)

- note sous Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, n° 02- 20.613, *JCP* 2005, II, 10115.
- note sous Civ. 1^{ère} 14 juin 2005, *JCP* 2005, II, 10115.

CHAMPENOIS-MARMIER (M.-C.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 17 janvier 1978, *D.* 1980. 17.

CHAUVAUX (D.), GIRARDOT (T. X.)

- chr. sous CE 23 avril 1997, *GISTI*, *AJDA* 1997. 482.

CHÉNÉDÉ (F.)

- obs. sous TGI Nice 8 juillet 2003, *AJ fam.* 2004. 453.
- obs. sous TGI Paris 2 juillet 2004, *AJ fam.* 2004. 361.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 3 novembre 2004, *AJ fam.* 2005. 20.
- obs. sous Paris 5 mai 2006, *AJ fam.* 2006. 333.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 20 février 2007, *AJ fam.* 2007. 182.
- obs. sous TGI Lille, 11 décembre 2007, *AJ fam.* 2008. 119.
- obs. sous TGI Grenoble 28 janvier 2008, *AJ fam.* 2008. 476.
- obs. sous TGI Paris 28 mars 2008, *AJ fam.* 2008. 249.
- obs. sous Civ. 2^e 19 juin 2008, *AJ fam.* 2008. 399.
- obs. sous CE 27 juin 2008, *Fatima A.*, *AJ fam.* 2008. 342.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, *AJ fam.* 2010. 89.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *AJ fam.* 2010. 394.
- obs. sous Cons. Const. QPC 6 octobre 2010, *D.* 2010. 2744.

- obs. sous Versailles 7 octobre 2010, *AJ fam.* 2011. 53.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 mars 2011, *AJ fam.* 2011. 205.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 avril 2011, *AJ fam.* 2011. 262.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 juillet 2008, *AJ fam.* 2008. 400.

COHEN (A.)

- note sous Civ. 6 novembre 1950, *JCP* 1952, II, 6702.

CORPART (I.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 16 avril 2008, *RJPF*-2008-6/39.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 juillet 2008, *RJPF*-2008-11/11.
- note sous Civ. 1^{ère} 3 mars 2009, *RJPF*-2009-6/43.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, *RJPF*-2010-4/16.
- note sous Civ. 1^{ère} 17 mars 2010, *RJPF*-2010-9/12.
- obs. sous Cass. Avis 13 septembre 2010, *RJPF*-2010-12/12.

COURBE (P.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 17 janvier 1978, *JCP* 1979, II, 19175.

CRÉDOT (F. J.) et SAMIN (Th.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 82.

CREVEL (S.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *RD rural* 2009, comm. 125.

DEJEAN DE LA BATIE (N.)

- note sous Ass. Plén. 9 mai 1984, *Fullenwarth*, *JCP* 1984, II, 20255.
- note sous Ass. Plén. 9 mai 1984, *Gabillet, Lemaire et Derguini*, *JCP G* 1984, II, 20255.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.)

- note sous Civ. 1^{ère} 10 mars 1993, *Lejeune*, *D.* 1994. somm. 34.
- obs. sous TGI Briey 21 octobre 2010, *Petites affiches* 31 mai 2011, n°107 p. 6.

DESNOYERS (C.)

- obs. sous CE 22 septembre 1997, *Demoiselle Cinar*, *D.* 1998. 297.

DEVILLENEUVE

- note sous Civ. 18 juin 1844, *S.* 1844. 1. 497.

DOM (J. Ph.)

- note sous Civ. 3^e 28 septembre 2005, *Revue des Sociétés* n°1/2006, p. 103.

DOUCHY-OUDOT (M.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, *D.* 2006. 2436.

DUBAELE (T.)

- note sous Bordeaux 4 décembre 1991, *D.* 1993.129.

DUCOULOUX-FAVARD (Cl.)

- obs. sous Com. 1^{er} février 1994, *D.* 1994. 424.

DUQUESNE (F.)

- note sous Civ. 2^e 28 février 1996, *D.* 1996. 602.

DURAND (D.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, *AJ fam.* 2010. 325.

DUVERT (C.)

- note sous Paris 29 septembre 2000, *D.* 2001. 1585.

EDELMAN (B.)

- note sous Civ. 2^e 6 janv. 1971, aff. *Gunther Sachs*, *D.* 1971. 263.

- note sous Paris 28 mai 1996, aff. *Benetton*, *D.* 1996. 617.

EGÉA (V.)

- note sous Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, *D.* 2005. 1909.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 3 mars 2009, *D.* 2009. 803.

EUQUIER (F.)

- note sous Versailles 11 septembre 2003, *RJPF*-2003-13/30.

- note sous Civ. 1^{ère} 3 novembre 2004, *RJPF*-2005-3/37.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 5 avril 2005, *RJPF*-2005-7-8/51.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, *RJPF*-2006-2/44.

- note sous Civ. 1^{ère} 27 février 2007, *RJPF*-2007-5/33.

- obs. sous TGI Metz 23 avril 2010, *RJPF*-2011-5/36.

- note sous Civ. 1^{ère} 27 mai 2010, *RJPF*-2010-9/31.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *RJPF*-2010-11/29.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 23 mars 2011, *RJPF*-2011-6/47.

FARGE (C.)

- note sous Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *D.* 2000. 39.

- note sous Civ. 1^{ère} 11 juin 2002, *D.* 2002. 3174.

FAVIER (Y.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 23 février 1999, *JCP G* 2001, I, 293.

- note sous Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, *JCP* 2008, I, 102.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, *JCP G* 2010, I, 911.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 27 mai 2010, *JCP G* 2010, I, 911.

FAVOREU (L.)

- note sous Cons. Const. 27 juillet 1994, *RFDC* 1994. 799.

FLOUR (J.)

- note sous Civ. 1^{ère} 15 février 1973, *Rép. Def.* 1973. 1.

FOSSIER (Th.)

- note sous Civ. 1^{ère} 10 mai 1988, *JCP N* 1989, II, 9.
- note sous Civ. 1^{ère} 17 mai 1988, *JCP N* 1989, II, 93.
- note sous Civ. 1^{ère} 20 mars 1989, *JCP N* 1990, II, 33.
- note sous Civ. 1^{ère} 18 avril 1989, *JCP N* 1989, II, 313.
- note sous TI Saint-Omer 3 mai 1989, *JCP N* 1990, II, 21514.
- note sous TGI Vannes 26 février 1991, *JCP N* 1992, II, 169.
- note sous Civ. 1^{ère} 14 mai 1996, *JCP G* 1997, II, 22750.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 2 décembre 1997, *Dr. famille* 1998, comm. 31.
- note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998, *JCP G* 1998, I, 10118.
- note sous Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *Dr. famille* 1999, comm. 35.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 5 juin 1999, *Dr. famille* 1999, comm. 58.
- note sous Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, *Dr. famille*. 1999, comm. 132.
- comm. sous Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, *JCP G* 2001, II, 10548.
- note sous Ch. Mixte 9 février 2001, *JCP* 2001, II, 10514.
- note sous Civ. 1^{ère} 5 mars 2002, *JCP N* 2003, 1199.
- note sous Civ. 1^{ère} 3 novembre 2004, *JCP G* 2005, I, 116.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, *JCP G* 2005, I, 199.
- note sous Civ. 1^{ère} 4 juillet 2006, *JCP G* 2006, II, 10118.
- note sous Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, *Dr. famille* 2008, comm. 47.

FULCHIRON (H.)

- note sous Civ. 1^{ère} 24 février 2006, *D.* 2006. 876.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, *Dr. et patrimoine* 2008, n°170, p. 80.

GAILLARD (E.)

- note sous Ass. Plén. 28 mai 1982, *D.* 1983. 349.

GALLMEISTER (I.)

- note sous Civ. 1^{ère} 25 février 2009, *AJ fam.* 2009. 171.
- obs. sous CE 4 décembre 2009, *AJ fam.* 2010. 46.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *D.* 2010. 1787.
- obs. sous Cons. Const. QPC 6 octobre 2010, *D.* 2010. 2293.
- obs. sous TGI Briey 21 octobre 2010, *D.* 2010. 2649.

GARÇON (J.P.)

- note sous Civ. 3^e 28 septembre 2005, *JCP N* 2005. 1492, n° 49.

GARÉ (Th.)

- note sous Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *JCP G* 1999, II, 10053.
- note sous Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, *JCP G* 1999, II, 10217.
- note sous Civ. 1^{ère} 19 décembre 2007, *RJPF*-2008-3/28.

GAREIL-SUTTER (L.)

- note sous Civ. 1^{ère} 25 février 2009, *Dr. famille* 2009, comm. 58.

GARNERI (S.)

- obs. sous Cons. Const. 9 novembre 1999, *D.* 2000. 424.

GEBLER (L.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 23 mars 2011, *AJ fam.* 2011. 256.

GEOFFROY (C.), NISSABOURI (C.)

- note sous Civ. 1^{ère} 3 novembre 2004, *JCP G* 2006, II, 10008.

GHESTIN (J.)

- note sous Ass. Plén. 29 mars 1991, *JCP* 1991, II, 21673.

GOUTTENOIRE (A.)

- note sous CE 22 septembre 1997, *Demoiselle Cinar*, *JCP* 1998, I, 10051.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 23 février 1999, *Dr. famille* 1999, comm. 146.

- obs. sous CEDH 19 septembre 2000, *Gnahoré c/ France*, *RD Publ.* 2001.682.

- obs. sous Ch. Mixte 9 février 2001, *Dr. famille* 2001, comm. 53.

- note sous Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, *Dr. famille* 2005, comm. 156.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, *Dr. famille* 2006, comm. 77.

- note sous Civ. 1^{ère} 8 novembre 2005, *Dr. famille* 2006, comm. 28.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, *Dr. famille* 2006, comm. 28.

- obs. sous CEDH *Vautier c/ France* 26 novembre 2006, *D.* 2010. 1904. et *JCP G* 2010, I, 34.

- obs. sous CEDH *Havelka et a. c/ République tchèque* 21 juin 2007, CEDH *Walla et Wallova c/ République tchèque* 26 octobre 2006, *Dr. famille* 2008, étude 14, n° 26.

- obs. sous CEDH *Schmidt c/ France* 26 juillet 2007, *Dr. famille* 2008, étude 14, n° 26.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 16 avril 2008, *JCP* 2009, I, 102.

- obs. sous CE 27 juin 2008, n° 291561, *Fatima A.*, *D.* 2009. 1919.

- note sous CE 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, *D.* 2009. 1918.

- obs. sous CEDH *T. c/ Italie* 13 janvier 2009, *Dr. famille* 2009, étude 1.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 3 mars 2009, *D.* 2010. 1918.

- note sous Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, *D.* 2010. 1904.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, *JCP G* 2010, I, 911.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *JCP G* 2010, I, 1180.

- obs. sous CEDH 31 août 2010, *Gas c/ France*, *Dr. famille* 2011, étude 10, n° 11.

GOUTTENOIRE (A.), PORCHY- SIMON (S.)

- note sous Civ. 1^{ère} 24 janvier 2006, *JCP G* 2006, II, 10062.

GRANET-LAMBRECHTS (F.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *D.* 2011. 1585.
- obs. sous Cons. Const. QPC 6 octobre 2010, *D.* 2011. 1585.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 mars 2011, *D.* 2011. 1585.

GRANET-LAMBRECHTS (F.), STRICKLER (Y.)

- note sous Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, *JCP* 2005, II, 10081.

GRATALOUP (S.)

- note sous CEDH *X, Y, Z c/ Royaume- Uni* 22 avril 1997, *D.* 1997, 582.

GRIDEL (J.- P.)

- note sous Civ. 1^{ère} 5 mars 2002, *D.* 2002. 1513.

GUERDER (P.)

- obs. sous Ch. Mixte 9 février 2001, *RJPF*-2001-4/38.

GUETTIER (C.)

- obs. sous CE 11 février 2005, *Resp. civ. ass.* 2005, comm. 192.

HALLOUIN (J.C.)

- note sous Versailles 29 janvier 1998, *D.* 1999. 399.

HAMON (F.)

- sous CE 27 octobre 1995, *JCP G* 1996, II, 22630.

HAUSER (J.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 19 février 1991, *RTD Civ.* 1991. 707.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 11 juin 1991, *RTD Civ.* 1992. 75.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 11 juin 1991, *RTD Civ.* 1991. 724.
- obs. sous Paris 25 octobre 1991, *RTD Civ.* 1992. 379.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 24 février 1993, *Civ.* 1993. 326.
- obs. sous Paris 11 mai 1993, *RTD Civ.* 1993. 813.
- obs. sous Paris 21 janvier 1994, *RTD Civ.* 1994. 329.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 18 octobre 1994, *RTD Civ.* 1995. 600.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 13 décembre 1994, *RTD Civ.* 1995. 599.
- obs. sous CE 10 mars 1995, *Demirpençe*, *RTD Civ.* 1996. 140.
- obs. sous Civ. 2^e 17 mai 1995, *RTD Civ.* 1995. 861.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juin 1995, *RTD Civ.* 1995. 347.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 24 octobre 1995, *RTD Civ.* 1996. 131.
- obs. sous Crim. 28 février 1996, *RTD Civ.* 1196. 597.
- obs. sous Civ. 2^e 22 mai 1996, *RTD Civ.* 1996. 582.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 3 juillet 1996, *RTD Civ.* 1996. 879.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 5 novembre 1996, *RTD Civ.* 1997. 98.
- obs. sous CE 22 septembre 1997, *Demoiselle Cinar*, *RTD Civ.* 2008. 76.

- obs. sous CE 8 février 1999, *RTD Civ.* 1999. 360.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 23 février 1999, *RTD Civ.* 1999. 601.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 5 juin 1999, *RTD Civ.* 1999. 184.
- obs. sous Paris 25 avril 2000, *RTD Civ.* 2000. 802.
- obs. sous CE 30 juin 2000, *RTD Civ.* 2000. 799.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, *RTD Civ.* 2001. 109.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 12 décembre 2000, *RTD Civ.* 2001. 329.
- obs. sous Ch. Mixte 9 février 2001, *RJPF-2001-6/11* et *RTD Civ.* 2001. 333.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 2 octobre 2001, *RTD Civ.* 2002. 73.
- obs. sous Paris 14 février 2002, *RTD Civ.* 2002. 487.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 5 mars 2002, *RTD Civ.* 2002. 271.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 11 juin 2002, *RTD Civ.* 2002. 487.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 3 novembre 2004, *RTD Civ.* 2005. 100.
- obs. sous Rennes 6 janvier 2005, *RTD Civ.* 2005. 378.
- obs. sous CE 27 juillet 2005, *RTD Civ.* 2005. 753.
- obs. sous Civ. 3^e 28 septembre 2005, *RTD Civ.* 2005. 757.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, *RTD Civ.* 2006. 103.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 novembre 2005, *RTD Civ.* 2006.101.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, *RTD Civ.* 2006. 101.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 24 février 2006, *RTD Civ.* 2006. 297.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 7 avril 2006, *RTD Civ.* 2006. 292.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, *RTD Civ.* 2007. 88.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 20 février 2007, *RTD Civ.* 2007. 325.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 27 février 2007, *RTD Civ.* 2007. 327.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, *RTD Civ.* 2007. 330.
- obs. sous CEDH *Schmidt c/ France* 26 juillet 2007, *RTD Civ.* 2007. 765.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, *RTD Civ.* 2008. 274.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 19 mars 2008, *RTD Civ.* 2008. 289 et 467.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 16 avril 2008, *RTD Civ.* 2008. 470.
- obs. sous Civ. 2^e 19 juin 2008, *RTD Civ.* 2008. 667.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 juillet 2008, *RTD Civ.* 2008. 656.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *RTD Civ.* 2009. 506.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, *RTD Civ.* 2010. 296.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, *RTD Civ.* 2010. 300.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 17 mars 2010, *RTD Civ.* 2010. 521.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, *RTD Civ.* 2009. 546.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *RTD Civ.* 2010. 547.

- obs. sous CEDH 31 août 2010 *Gas c/ France*, *RTD Civ.* 2011. 114.
- obs. sous Cons. Const. QPC 6 octobre 2010, *RTD Civ.* 2010. 766.
- obs. sous TGI Briey 21 octobre 2010, *RTD Civ.* 2011. 118.

HAUSER (J.), DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.)

- note sous Civ. 1^{ère} 2 décembre 1997, *D.* 1998. 469.

HERZOG-EVANS (M.)

- note sous CE 31 octobre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, *D.* 2009. 134.

HONORAT (J.)

- note sous Civ. 1^{ère} 14 juin 2000, *Rép. Def.* 2001. 528.

HOUIN (R.)

- obs. sous Com. 19 janvier 1970, *RTD Com.* 1970. 736.

HOVASSE (H.)

- obs. sous Com. 1^{er} février 1994, *Dr. sociétés* 1994, comm. 103.
- note sous Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *JCP N* 1999. 351.

HUET-WEILLER (D.)

- note sous Paris 4 mai 1965, *JCP G* 1966, II, 14724.
- obs. sous Ass. Plén. 31 mai 1991, *RTD Civ.* 1991. 517.

HUYETTE (M.)

- note sous Crim. 10 octobre 1996, *D.* 1997. 309.
- note sous Civ. 2^e 6 juin 2002, *D.* 2002. 2750.
- note sous Civ. 2^e 7 octobre 2004, *D.* 2005. 819.
- note sous Civ. 2^e 19 juin 2008, *D.* 2008. 2205.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, *D.* 2010. 2343.

JACQUES (Ph.)

- note sous Civ. 2^e 28 février 1996, *Gaz. Pal.* 1997.1.86.

JAUFFRET (A.)

- obs. sous Civ. 6 novembre 1950, *RTD Com.* 1952. 300.

JOURDAIN (P.)

- note sous Ass. Plén. 9 mai 1984, *Gabillet, Lemaire et Derguini*, *JCP G* 1984, II, 20256.
- obs. sous Ass. Plén. 29 mars 1991, *RTD Civ.* 1992. 541.
- obs. sous Civ. 2^e 28 février 1996, *RTD Civ.* 1996 628,
- obs. sous Civ. 2^e 16 novembre 2000, *RTD Civ.* 2001. 603.
- obs. sous Civ. 2^e 10 mai 2001, *Lever*, *RTD Civ.* 2001. 601.
- obs. sous Crim. 29 octobre 2002, *RTD Civ.* 2003. 101.
- obs. sous Ass. Plén. 13 décembre 2002, *D.* 2003. 231.

- obs. sous Crim. 18 mai 2004, *RTD Civ.* 2005. 140.

- obs. sous Civ. 2^e 19 juin 2008, *RTD Civ.* 2008. 682.

JULIEN (J.)

- obs. sous Civ. 2^e 17 février 2011, *RJPF*-2011-5/30.

KERCKHOVE (E.)

- obs. sous Douai 11 décembre 2008, *Petites affiches* 2 juin 2009, n° 109, p.13.

DE LA MARNIERE (E.S.)

- obs. sous Paris 21 janvier 1994, *D.* 1994. 530.

LAGARDE (P.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 12 mai 1953, *RTD Civ.* 1953. 521.

LANQUETIN (P.)

- note sous Civ. 1^{ère} 16 janvier 1979, *D.* 1980. 85.

LARRIBAU-TERNEYRE (J.)

- obs. sous Cons. Const. QPC 6 octobre 2010, *Dr. famille* 2010, repère 10.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008 *JCP G* 2008, II, 10048.

LEBRETON (G.)

- note sous CE 27 octobre 1995, *D.* 1996. 177.

LE DOUJET-THOMAS (F.)

- note sous Pau 30 avril 1997, *D.* 1998. 302.

- note sous Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, *Petites affiches* 30 mai 2011, n°106, p. 5.

LEGEAIS (D.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, *RTD Com.* 2007. 206.

LEMOULAND (J.-J.)

- obs. sous Paris 17 mai 2001, *D.* 2002. 2165.

LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.)

- note sous Civ. 1^{ère} 24 février 2006, *D.* 2006. 1421.

LEPAGE (A.)

- obs. sous Versailles 16 février 2006, *D.* 2006. 2704.

LINDON (R.)

- obs. sous TGI Paris 21 mars 1984, *JCP G*, II, 20326.

LUCET (F.)

- obs. sous Versailles 26 octobre 1990, *D.* 1993. 125.

LUCHAIRE (F.)

- note sous Cons. Const. 27 juillet 1994, *RD Publ.* 1994. 1647.

LUXEMBOURG (F.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 16 avril 2008, *D.* 2008. 1410.

MALAURIE (Ph.)

- note sous Civ. 1^{ère} 11 juin 1991, *D.* 1991. 521.

MALAURIE-VIGNAL (M.)

- note sous Civ. 1^{ère} 3 mars 2009, *D.* 2009. 1385.

MARCHADIER (F.)

- note sous CEDH *Wagner et J. M. W. L. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007, *D.* 2007. 2700.

MARGUÉNAUD (J.-P.)

- obs. sous CEDH *Reklos et Davorlis c/ Grèce*, 15 janvier 2009, *RTD Civ.* 2009. 283.

- obs. sous CEDH 10 janvier 2008, *K. c/ France*, *RTD Civ.* 2008. 252.

MARIA (I.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *Dr. famille* 2009, comm. 129.

- note sous Civ. 1^{ère} 20 janvier 2010, *Dr. famille* 2010, comm. 65.

- obs. Civ. 1^{ère} 17 mars 2010, *Dr. famille* 2010, comm. 89

- obs. Civ. 3^e 8 septembre 2010, *Dr. famille* 2011, comm. 12

- obs. Civ. 1^{ère} 6 octobre 2010, *Dr. famille* 2011, comm. 14

MARTEL (D.)

- note sous Civ. 1^{ère} 20 octobre 2010, *RJPF*-2011-1/10

MASSIP (J.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 novembre 1982, *Rép. Def.* 1983. 766, n° 47.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 12 octobre 1983, *Rép. Def.* 1984. 278.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 26 juin 1985, *Rép. Def.* 1986. 729, n° 46.

- note sous Civ. 1^{ère} 5 mai 1986, *Gaz. Pal.* 1986. 2. 772.

- note sous Civ. 1^{ère} 18 novembre 1986, *Gaz. Pal.* 1987. 1. 228.

- note sous Civ. 1^{ère} 8 mars 1988, *Rép. Def.* 1988. 1024.

- note sous Civ. 1^{ère} 10 mai 1988, *D.* 1988. 516.

- note sous Civ. 1^{ère} 14 février 1989, *Gaz. Pal.* 1990. 1. 130.

- note sous Civ. 1^{ère} 20 mars 1989, *D.* 1989.406.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 21 juin 1989, *Rép. Def.* 1989. 92.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 19 février 1991, *Rép. Def.* 1991. 953.

- obs. sous TGI Vannes 26 février 1991, *Rép. Def.* 1992 .1443, n°128.

- obs. sous Ass. Plén. 31 mai 1991, *Rép. Def.* 1991. 948.

- note sous Civ. 1^{ère}, 15 juillet 1993, *D.* 1994. 191.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 18 octobre 1994, *D.* 1995. 529.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 13 décembre 1994, *Rép. Def.* 1995. 1374.

- obs. sous Civ. 2^e 17 mai 1995, *Rép. Def.* 1996. 320.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juin 1995, *Rép. Def.* 1995. 1030.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 24 octobre 1995, *Rép. Def.* 1996. 999, n° 93.
- obs. sous Montpellier 18 décembre 1995, *Rép. Def.* 1997. 122, n° 12.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995, *Rép. Def.* 1996. 1002.
- obs. sous Crim. 28 février 1996, *Rép. Def.* 1996. 1354.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 14 mai 1996, *Rép. Def.* 1997. 319, n° 10.
- obs. sous Civ. 2^e 22 mai 1996, *D.* 1997. 340. et *Rép. Def.* 1996. 1352.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 3 juillet 1996, *Rép. Def.* 1997. 320, n° 11.
- note sous TGI Basse- Terre 30 mai 1996, *Petites affiches* 11 novembre 1996, p. 7.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 2 décembre 1997, *Rép. Def.* 1998, 729.
- note sous Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *Rép. Def.* 1999. 686, n° 34.
- obs. sous CE 8 février 1999, *Rép. Def.* 1999. 944.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 12 octobre 1999, *Rép. Def.* 2000. 664, n° 33.
- note sous Civ. 1^{ère} 14 juin 2000, *Rép. Def.* 2000. 1315.
- note sous CE 30 juin 2000, *D.* 2001. 3486.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, *Rép. Def.* 2001. 91.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 2 octobre 2001, *Rép. Def.* 2002. 198.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 5 mars 2002, *Rép. Def.* 2002. 1167.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 11 juin 2002, *Rép. Def.* 2002. 1475.
- obs. sous CE 4 décembre 2002, *Rép. Def.* 2003. 620.
- note sous Civ. 1^{ère} 14 juin 2005, *Rép. Def.* 2005. 1418.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 25 octobre 2005, *Rép. Def.* 2006. 350.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juillet 2006, *Petites affiches* 5 décembre 2006, n° 242, p. 19.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 20 février 2007, *Rép. Def.* 2007. 791.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, *Rép. Def.* 2008. 1124.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 16 avril 2008, *Rép. Def.* 2008. 1846.
- obs. sous TGI Nice, 4 février 2009, *Rép. Def.* 2010. 870.
- note sous Civ. 1^{ère} 3 mars 2009, *Gaz. Pal.* 2009. 1. 17.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 25 mars 2009, *Rép. Def.* 2009. 1161.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *Rép. Def.* 2009. 2198.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *Rép. Def.* 2011. 388.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *Rép. Def.* 2010. 2028.

MATHIEU (B.)

- note sous Cons. Const. 27 juillet 1994, *D.* 1995. 237.

MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.)

- obs. sous Cons. Const. 9 novembre 1999, *JCP* 2000, 1, 261.

MÉCARY (C.)

- note sous Civ. 1^{ère} 20 février 2007, *RJPF*-2007-5/32.

MESTRE (J.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 18 janvier 1989, *RTD Civ.* 1989. 749.

MILOUDI (F.)

- obs. sous CE 4 mai 2011, *AJ fam.* 2011. 328.

MIRKOVIC (A.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *AJ fam.* 2010. 387.

MISTRETTA (P.)

- note sous CE ord. réf., 16 août 2002, *JCP G* 2002, II, 10184.

MONÉGER (F.)

- note sous CE 29 juillet 1994, *Préfet de la Seine-Maritime*, *RDSS* 1995. 167.

- obs. sous CE 22 septembre 1997, *Demoiselle Cinar*, *RDSS* 1998. 174.

MONTANIER (J.-C.)

- note sous Civ. 1^{ère} 3 juin 1980, *JCP* 1982, I, 3076.

- note sous TI Montmorillon 19 mai 1982, *JCP G* 1984, II, 20219.

MULON (E.)

- note sous Civ. 1^{ère} 19 septembre 2007, *RJPF*-2008-1/37.

MURAT (P.)

- obs. sous CE 3 juillet 1996, *Paturel*, *Dr. famille* 1997, comm. 9.

- obs. sous Crim. 10 octobre 1996, *Dr. famille* 1997, comm. 83.

- obs. sous CE 22 septembre 1997, *Demoiselle Cinar*, *Dr. famille* 1998, comm. 56.

- obs. sous CE 8 février 1999, *Dr. famille* 1999, comm. 40.

- obs. sous CE 4 décembre 2002, *Dr. famille* 2003, comm. 12.

- obs. sous TGI Paris 2 juillet 2004, *Dr. famille* 2005, comm. 4.

- obs. sous Rennes 6 janvier 2005, *Dr. famille* 2005, comm. 52.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 5 avril 2005, *Dr. famille* 2005, comm. 155.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 24 février 2006, *Dr. famille* 2006, comm. 89.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 20 février 2007, *Dr. famille* 2007, comm. 80.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 27 février 2007, *Dr. famille* 2007, comm. 124.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, *Dr. famille* 2007, comm. 125.

- obs. sous TGI Lille 18 décembre 2007, *Dr. famille* 2008, comm. 58.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 19 mars 2008, *Dr. famille* 2008, comm. 85.

- obs. sous Paris 2 avril 2008, *Dr. famille* 2008, comm. 143.

- obs. sous CE 4 décembre 2009, *Dr. famille* 2010, repère 2.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, *Dr. famille* 2010, comm. 39.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 17 mars 2010, *Dr. famille* 2010, comm. 102.

NEIRINCK (Cl.)

- note sous Civ. 1^{ère} 14 juin 2005, *RDSS* 2005. 814.
- note sous Civ. 1^{ère} 7 avril 2006, *RDSS* 2006. 575.
- note sous Civ. 1^{ère} 20 février 2007, *JCP* 2007, II, 10068.
- obs. sous CEDH 10 janvier 2008, *K. c/ France*, *RDSS* 2008. 353.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *RDSS* 2010. 1128.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 mars 2011, *Dr. famille* 2005, comm. 74.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 avril 2011, *Dr. famille* 2011, repère 4.

NERSON (R.)

- obs. sous Civ 2^e 14 mai 1973, *RTD Civ.* 1974. 139, n° 5.

PANSIER (F.-J.)

- note sous TI Nîmes 29 juin 1982, *D.* 1983. 13.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 14 juin 2000, *RJPF*-2000-10/13.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 5 mars 2002, *RJPF*-2002-6/4.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 11 juin 2002, *RJPF*-2002-10/14.

PÉCAUT-RIVOLIER (L.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, *AJ fam.* 2006. 466.

PÉRINET-MARQUET (H.)

- obs. sous Civ. 3^e 28 juin 2006, *JCP* 2006, I, 178.

PERROT (R.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 avril 1994, *RTD Civ.* 1996. 709.

PIEDELIEVRE (S.)

- note sous Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *JCP* 1999, II, 10027.
- obs. sous Civ. 3^e 28 septembre 2005, *JCP N* 2006. 1135, n° 13.

PITTI (G.)

- note sous Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, *Gaz. Pal.* 2 septembre 2010, p. 16.

PLAZY (J.-M.)

- note sous Civ. 1^{ère} 4 juillet 2006, *JCP N* 2007, 1003.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, *JCP N* 2008. 26.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 janvier 2008, *JCP N* 2008. 1157.

POMART-NOMDÉDÉO (C.)

- note sous Saint-Denis 20 mars 2007, *Petites affiches* 3 juin 2009, n° 110, p. 7.
- obs. sous Douai 11 décembre 2008, *Petites affiches* 3 juin 2009, n° 110, p. 7.
- obs. sous CEDH 31 août 2010, *Gas c/ France*, *Petites affiches* 30 mai 2011, n° 106, p. 5.

POULIQUEN (E.)

- note sous Civ. 1^{ère} 14 janvier 2009, *RLDC* 2009/58, n° 3349.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, *RLDC* 2010/ 69, n° 3749.

- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, *RLDC* 2010/74, n° 3940.

RAOUL-CORMEIL (G.)

- notes sous CE 27 juillet 2005, *RLDC* 2006/24, n° 997 et 2006/25, n° 1033.

- note sous Caen 2 février 2006, *D.* 2006. 2016.

RAVANAS (J.)

- note sous Civ. 1^{ère} 12 décembre 2000, *D.* 2001. 2064.

- note sous Paris 14 février 2002, *D.* 2002. 2004.

RAYNAUD (P.)

- obs. sous TE Évry ord., 8 novembre 1982, *D.* 1983. 218.

RAYMOND (G.)

- note sous Crim. 28 février 1996, *JCP* 1996, II, 22707.

REGOURD (S.)

- obs. sous CE 16 mars 2011, *JCP G* 2011, II, 704.

RÉMY-CORLAY (P.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 14 juin 2005, *RTD Civ.* 2005. 750.

RIASSETTO (I.)

- obs. sous Com. 16 décembre 2008, *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 105.

RIHAL (H.)

- note sous CE 7 juin 2006 *Association Aides et autres*, *AJDA* 2006. 2233.

ROBERT

- obs. sous Civ. 3^e 5 mars 1986, *JCP* 1986, IV, 140.

RODIÈRE (R.)

- note sous Civ. 1^{ère} 12 mai 1953, *D.* 1953. 514, *JCP* 1953, II, 7740.

RUBELLIN- DEVICHI (J.)

- note sous Civ. 1^{ère} 7 avril 2006, *JCP* 2006, I, 199, n°1 et s.

RUZIÉ (D.)

- note sous CE 29 juillet 1994, *Préfet de la Seine- Maritime*, *RFDA* 1994. 1219.

SALUDEN (M.)

- note sous Ass. Plén. 13 décembre 2002, *RJPF*- 2003- 5/32.

SALVAGE-GEREST (P.)

- note sous Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, *Dr. famille* 2001, chr. 19.

- note sous Civ. 1^{ère} 3 novembre 2004, *Dr. famille* 2005, comm. 122.

SARGOS (P.)

- note sous Civ. 1^{ère} 7 octobre 1998, *D.* 1998. 530.

SAVATIER (R.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 7 février 1977, *D.* 1978. 221.

SIFFREIN-BLANC (C.)

- obs. sous CEDH 31 août 2010, *Gas c/ France*, *AJ fam.* 2010. 433.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 février 2011, *AJ fam.* 2011. 207.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 9 mars 2011, *D.* 2011. 876.

STORCK (M.)

- note sous Civ. 3^e 28 septembre 2005, *Banque et droit* 2006, comm. 105.

SUDRE (F.)

- obs. sous CEDH *Johansen c/Norvège*, 7 août 1996, *JCP* 1997, I, 4000.
- obs. sous CEDH *Lecarpentier c/ France* 14 février 2006, *JCP G* 2006, I, 109.

TERRÉ (F.)

- note sous Ass. Plén. 31 mai 1991, *JCP* 1991, II, 21752.

THOUVENIN (D.)

- note sous Ass. Plén. 31 mai 1991, *D.* 1991, p. 417.

TOURNAFOND (O.)

- note sous Civ. 2^e 10 mai 2001, *Levert*, *D.* 2001. 2851.

VAUVILLÉ (F.)

- obs. sous CE 8 février 1999, *D.* 2000. somm. 161.
- obs. sous Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, *RJPF*-2010-5/27.

VERHEYDE (Th.)

- note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1993, *D.* 1993. 614.
- note sous TGI Nice 4 février 2009, *D.* 2009. 1397.

VIAL-PÉDROLETTI (B.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *Loyers et copropriété* 2009, comm. 12.
- obs. sous Aix en Provence 7 juin 2000, *Loyers et copropriété* 2000, comm. 265.

VIANDIER (A.)

- obs. sous Com. 1er février 1994, *JCP E* 1994, I, 399.

VIGNEAU (D.)

- note sous Civ. 1^{ère} 24 février 2006, *D.* 2006. 897.
- note sous Civ. 1^{ère} 20 février 2007, *D.* 2007. 1047.

VINEY (G.)

- note sous Ass. Plén. 29 mars 1991, *D.* 1991. 157.
- obs. sous Civ. 2^e 10 mai 2001, *Levert*, *JCP G* 2002, I, 124.
- obs. sous Civ. 2^e 16 novembre 2000, *JCP G* 2001, I, 340.
- obs. sous Civ. 2^e 6 juin 2002, *JCP G* 2003, I, 154.
- obs. sous Ass. Plén. 13 décembre 2002, *JCP G* 2003, I, 154.
- obs. sous CE 11 février 2005, *JCP G* 2005, I, 149.
- obs. sous Civ. 2^e 7 octobre 2004, *JCP* 2005, I, 132.

- obs. sous Crim. 8 février 2005, *JCP G* 2005, I, 149.

WAHL

- sous Paris 18 décembre 1894, *S.* 1897, 2, 73.

ZENATI (F.)

- obs. sous Civ. 1^{ère} 12 novembre 1998, *RTD Civ.* 1999. 422.

V. DOCUMENTS ET RAPPORTS OFFICIELS

A. TEXTES OFFICIELS

Loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités et abandonnés, *JO* 25 juillet 1889, p. 3653.

Loi du 6 avril 1910 modifiant et complétant l'article 389 du code civil relatif à l'administration légale du père, *JO* 8 avril 1910, p. 3077.

Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JO* 4 février 1945, p. 530.

Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, *JO* 15 décembre 1964, p. 11140.

Circulaire du 1^{er} juillet 1966 relative à la tutelle et à l'émancipation, *JO* 7 juillet 1966, p. 5786, *D.* 1966. 316.

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

Loi n° 72-964 du 25 octobre 1972 relative à la francisation des noms et prénoms des personnes qui acquièrent, recouvrent ou se font reconnaître la nationalité française, *JO* 26 octobre 1972, p. 11195.

Décret n° 74-27 du 14 janvier 1974 relatif au fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, *JO* 16 janvier 1974, p. 603.

Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, *JO* 7 juillet 1974, p. 7099.

Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JO* 12 juillet 1975, p. 7171.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JO* 7 janvier 1978, p. 227.

Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JO* 26 décembre 1985, p. 15111.

Circulaire du 26 juin 1986, *JO* 3 juillet 1986, *D.* 1986. 393.

Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, *JO* 24 juillet 1987, p. 8253.

Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance, *JO* 14 juillet 1989, p. 8869.

Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille, aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JO* 9 janvier 1993, p. 495.

Circulaire du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, *JO* 24 mars 1993, p. 4551.

Décret n° 93-1091 du 16 septembre 1993 fixant certaines modalités d'application de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, *JO* 17 septembre 1993 p. 12987.

Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996.

Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, *JO* 28 juillet 1999, p. 11272.

Décret n° 99-818 du 16 septembre 1999 relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs *ad hoc*, *JO* 19 septembre 1999, p. 14042.

Loi n° 2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, *JO* 14 décembre 2000 p. 19830.

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* 5 mars 2002 p. 4118.

Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, *JO* 5 mars 2002 p. 4159.

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

Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, *JO* 19 juin 2003, p. 10240.

Règlement CE n° 2210/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilités parentales, *JOUE* 23 décembre 2003, n° L338, p. 1.

Décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale, *JO* 31 octobre 2004, p. 18492.

Ordonnance n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant réformant le droit de filiation, *JO* 6 juillet 2005 p. 11159.

Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, *JO* 29 décembre 2005, p. 20350.

Décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports, *JO* 31 décembre 2005, p. 20742.

Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances, *JO* 2 avril 2006, p. 4950.

Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JO* 5 avril 2006, p. 5097.

Décret n° 2006-1104 du 1^{er} septembre 2006, *JO* 2 septembre 2006, p. 1395.

Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance, *JO* 6 mars 2007, p. 4215.

Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JO* 7 mars 2007, p. 4297.

Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JO* 7 mars 2007, p. 4325.

Décret n° 2007-728 du 7 mai 2007 relatif à l'organisation et à l'exploitation des jeux de pronostics sportifs, *JO* 8 mai 2007 p. 8159, texte n° 27.

Décret n° 2007-729 du 7 mai 2007 relatif à l'organisation et à l'exploitation des jeux de loterie, *JO* n°107 du 8 mai 2007 p. 8159, texte n° 28.

Décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile, *JO* 7 décembre 2008, p. 18646.

Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, *JO* 31 décembre 2008, p. 20631.

Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, *JO* 18 janvier 2009, p. 1062.

Décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 relatif à la communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, *JO* 12 avril 2009, p. 6418.

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JO* 13 mai 2009, p. 7920.

Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, *JO* 24 mai 2009, p. 8649.

Arrêté du 20 mai 2009 fixant la rémunération de la personne désignée pour procéder à l'audition de l'enfant, *JO* 24 mai 2009, p.8650.

Circulaire du 4 août 2009 relative à la création d'un pôle famille au TGI (NOR JUSB0923907C), disponible sur le site Intranet du ministère de la Justice.

Décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs, *JO* n° 299 du 26 décembre 2009, p. 22311.

Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JO* 9 février 2010, p. 2265.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010/C 83/02), *JOUE* 30 mars 2010, C 83/389.

Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JO* 16 juin 2010, p.10984.

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

Décret n° 2010-1134 du 29 septembre 2010 relatif à la procédure civile de protection des victimes de violences au sein des couples, *JO* 30 septembre 2010, p. 17738.

Circulaire n° 2010/033 du 29 septembre 2010 du Régime social des indépendants, disponible sur le site Internet <http://www.le-rsi.fr/>.

Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, *JO* 15 mars 2011, p. 4582.

B. RAPPORTS PUBLICS ET RAPPORTS OFFICIELS

**ALFANDARI (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), MONEGER (F.),
VERDIER (P.), VERKINDT (P.-Y.)**

- *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant*, La Documentation Française, 1993.

BETEILLE (L.)

- *Rapport au nom de la Commission des lois du Sénat*, séance du 14 novembre 2001, JO Sénat Impressions, n° 71, p. 56.

BLANC (E.)

- *Rapport au nom de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale*, JOAN Impressions, n° 1145, p. 40.

CACHEUX (D.)

- *Rapport fait au nom de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale*, JOAN Impressions, n° 2646, p. 65.

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS

- *Internet et la collecte de données personnelles auprès des jeunes*, 2001.

COUR DE CASSATION

- *Rapport annuel 2009, Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2010.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.)

- *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation Française, 1999.

**DÉLÉGATION AUX DROITS DES FEMMES ET A L'ÉGALITE DES
CHANCES DU SÉNAT**

- *Les familles monoparentales et les familles recomposées*, Rapport d'activité pour l'année 2005-2006, n° 388, La Documentation française, 2006.

DOLEZ (M.)

- *Rapport au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} lecture, JOAN Impressions, n° 3117, p. 39.

GIRAUD (F.)

- *Rapport fait au nom de la commission des Affaires sociales du Sénat*, JO Sénat Impressions, n° 210, p. 28.

GUINCHARD (S.)

- *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Commission sur la répartition des contentieux, La Documentation française, 2008.

HYEST (J.-J.)

- *Les nouvelles formes de parentalité et le droit*, Rapport d'information au nom de la Commission des Lois du Sénat, JO Sénat Impressions, n° 392.

LARDEUX (A.)

- *Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat*, JO Sénat Impressions, n° 393, p.76.

LÉONETTI (J.)

- *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2009.

LIGNIERES-CASSOU (M.)

- *Rapport au nom de la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée Nationale*, JOAN Impressions, n° 2726, p. 40.

PÉCRESSE (V.)

- *Rapport au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant de l'Assemblée Nationale*, JOAN Impressions, n° 2832.

SÉNAT

- *Le statut du beau-parent, étude de législation comparée*, n° 196, 30 avril 2009, disponible sur le site Internet du Sénat.

VERSINI (D.)

- *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités : pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, Rapport annuel 2006 du Défenseur des enfants, La Documentation française, 2006.

THÉRY (I.)

- *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au ministre de la Justice, Odile Jacob, La Documentation française, 1998.

THORAVAL (J.)

- *Protection de l'enfant et usages de l'Internet*, Rapport remis à Ph. Douste-Blazy, ministre des Solidarités, de la santé et de la famille, La Documentation française, 2005.

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

- A -

Actes extrapatrimoniaux

- actes médicaux : 72, 121, 167, 178, 190, 199, 234, 281, 295, 366, 393 et s., 399
- actes usuels / non usuels : 230, 243
- éducation : 72, 121
- image : 36, 120, 234
- nationalité : 35, 238
- nom : 35, 235 et s., 239, 275
- de représentation : 233 et s., 274 et s., 282
- vie privée : 36, 72, 120, 234, 284

Actes patrimoniaux

- actes administration : 47, 226, 345, 362
- actes conservatoires : 47, 226, 364
- actes de disposition : 47, 226, 281 et s., 345, 372
- requalification : 227

Administrateur *ad hoc* en droit civil

- désignation : 208
- opposition d'intérêts : 481 et s.
- rôle : 209, 211, 301

Administrateur *ad hoc* en droit pénal : 203

Administration légale

- bon père de famille : 451
- définition : 4, 46, 209

- dévolution : 4, 129 et s.
- opposition d'intérêts : 482 et s.

Assistance : 7, 405

Assistance éducative

- conditions : 193, 541
- effets : 194, 543

Association

- définition : 376
- avis : 298 et s., 379, 554
- audition en justice : 380 et s.
- consentement : 390, 393 et s., 399, 403, 411, 554

Autonomie du mineur

- actes médicaux : 42, 366
- actes personnels : 42, 376
- consentement : v. association
- usage : 356 et s.
- rescision pour lésion : 342, 362
- sauvegarde de ses intérêts : 363, 366, 370

Autorisation

- des titulaires de l'autorité parentale : 31, 36, 121, 405, 448
- judiciaire : 246, 437, 452

Autorité parentale

- cogestion : 243
- coparentalité : 134, 243
- définition : 4, 71 et s.

- droit et devoir de surveillance : 249
- droit-fonction : 80
- *lato sensu / stricto sensu* : 4, 113
- modalités d'exercice : 134, 137, 140, 141
- privation : 139, 543
- puissance paternelle : 57 et s., 65
- retrait : 138, 543

Avocat : 146, 370, 386

- C -

Capacité naturelle : 292, 303, 340, 350

CIDE : 20 et s., 70, 101

Compétence judiciaire

- juge aux affaires familiales : 246, 248, 257 et s., 537 et s.
- juge des tutelles : 246, 253, 264 et s., 276, 279
- procédure gracieuse / contentieuse : 262
- transfert de compétences : 269

Conflits

- entre les titulaires de l'autorité parentale : 246, 260, 265
- entre parents et enfant : 206, 306, 481, 553, 554

Contrat de responsabilité parentale : 547

- D -

Délégation-partage

- conditions : 175
- effets : 177 et s., 301

Délégation-transfert

- conditions : 154
- effets : 156 et s., 301

Diligence (obligation de)

- bon père de famille : 431
- et jouissance légale : 515
- notion : 427 et s.
- sanction : 445 et s.

Direction et contrôle (pouvoir de) : 113, 116, 536

Droits de l'enfant : 20, 69

Droits de la personnalité : 19, v. actes extrapatrimoniaux

- E -

Enfant confié à des tiers

- cas : 185
- effets : 187

Entretien (obligation d') : 517

- G -

Gestion d'investissements financiers : 527

- I -

Incapacité

- d'exercice : 1, 292
- de jouissance : 2, 40

Intérêt de l'enfant

- et diligence : 432, 436, 439
- et loyauté : 467, 468, 480
- notion : 4, 21, 70, 80, 424, 439 et s., 498
- principe de primauté : 439, 468

- J -

Jouissance légale

- bail : 507
- définition : 491

- effets : 480, 500, 515
- entretien : 511
- quasi-usufruit : 497

- L -

Loyauté (obligation de)

- détournement de pouvoir : 472
- et jouissance légale : 480, 516
- notion : 464 et s.
- opposition d'intérêts : 481
- sanction : 474

- M -

Majeurs protégés : 27, 38, 281, 338, 553

- N -

Nullité

- actes du mineur : 335, 344, 362
- actes des représentants : 448, 450, 476, 546

- R -

Reddition de comptes : 437, 454, 501 et s.

Représentation

- coreprésentation : 133, 242
- définition : 3, 29, 82, 328
- extrapatrimoniale : 27 et s.
- imparfaite : 321 et s.
- d'intérêts : 313
- mandat : 291, 325, 326
- parfaite : 316

Responsabilité

- de l'État : 459
- du fait de l'enfant : 114, 197
- des représentants légaux : 457, 479, 480, 532, 539, 551
- parentale : 7
- partage : 459, 460

Restitution : 454, 475

- S -

Sociétés civiles : 520

- T -

Tiers

- v. assistance éducative
- beau-parent : 172
- v. délégation
- devoir d'information : 460 et s.
- v. enfant confié à un tiers
- grands-parents : 4
- homoparentalité : 172
- parentalité : 172
- responsabilité : 197, 458

Tutelle du mineur

- aux biens : 149 et s.
- conseil de famille : 37, 143, 301
- cotutelle : 144 et s., 153
- ouverture : 142
- pouvoirs du tuteur : 37, 67, 143, 281 et s., 301, 310

TABLE DES MATIÈRES

Liste des principaux sigles et abréviations	I
<i>Sommaire</i>	V
<i>Introduction</i>	1
PARTIE 1 : LA GÉNÉRALISATION DE LA REPRÉSENTATION AU SEIN DE L'AUTORITÉ PARENTALE	25
TITRE 1 : L'AUTONOMIE DU FONDEMENT JURIDIQUE DE LA REPRÉSENTATION À L'ÉGARD DE LA SUMMA DIVISIO	27
Chapitre 1 : L'autonomie de la représentation à l'égard de l'administration légale	29
Section 1 : Le caractère extrapatrimonial de la représentation du mineur	31
§1. Le principe du rejet de la représentation en matière extrapatrimoniale	31
A. Précisions sur la notion d'actes juridiques extrapatrimoniaux	31
1) Les droits de la personnalité, catégorie de droits extrapatrimoniaux	32
2) La reconnaissance des droits de la personnalité de l'enfant par la CIDE.....	35
B. Les conséquences du caractère extrapatrimonial des droits	40
1) Des droits exclus du commerce juridique.....	40
2) Des droits attachés à la personne du titulaire	41
§2. L'admission exceptionnelle de la représentation en matière extrapatrimoniale....	42
A. L'existence de la représentation dans l'accomplissement d'actes juridiques extrapatrimoniaux	43
1) L'exemple topique du droit médical.....	43
a) L'existence du droit de disposer de son propre corps	44
b) L'exercice du droit de disposer de son corps par les « personnes protégées »	47
2) L'exercice de droits de la personnalité appartenant au mineur par un représentant.....	49
B. La représentation extrapatrimoniale, un principe pour le mineur.....	53
1) Le rejet d'une incapacité de jouissance extrapatrimoniale.....	54
2) La représentation, un mécanisme nécessaire <i>ab initio</i>	55
Section 2 : Le caractère exclusivement patrimonial de l'administration légale	59
§1. L'inadaptation de l'administration légale à la généralité de l'incapacité d'exercice du mineur.....	59
§2. Le monopole conféré à l'autorité parentale <i>stricto sensu</i> dans la protection de la personne.....	66
Conclusion du chapitre 1	68

Chapitre 2 : L'autonomie de la représentation à l'égard de l'autorité parentale sur la personne	71
Section 1 : L'antagonisme originel entre l'autorité et la représentation.....	73
§1. Les causes historiques de l'antagonisme entre autorité et représentation	73
A. La négation de la personnalité juridique du mineur, effet de la puissance paternelle	73
1) L'effet de la <i>patria potestas</i> en droit romain.....	74
2) Le maintien de la puissance paternelle au Moyen Age	76
3) Le renforcement de la puissance paternelle sous l'Ancien Régime	77
B. La coexistence progressive de la personnalité juridique du mineur et de l'autorité parentale.....	79
1) Le rejet de la puissance paternelle par le droit révolutionnaire.....	79
2) L'inutilité de la représentation paternelle dans le Code civil de 1804	79
a. La conciliation du droit écrit et des coutumes	79
b. L'absence de représentation paternelle dans le Code Napoléon en cas de mineur sous puissance paternelle	81
3) La compatibilité de l'autorité parentale et de la représentation.....	83
a. L'impulsion conférée par le mouvement des « droits de l'enfant »	83
b. L'autorité parentale, fonction d'éducation et de protection de l'enfant	86
§2. Les causes juridiques de l'antagonisme : l'application de mécanismes propres...	89
A. L'autorité parentale est un pouvoir personnel des parents sur la personne de l'enfant.....	90
1) L'autorité parentale n'est pas un droit subjectif	90
2) L'autorité parentale est un pouvoir.....	92
B. L'autorité parentale n'est pas un pouvoir de représentation.....	94
1) L'insuffisance du critère fondé sur la titularité du droit subjectif	95
2) L'efficacité du critère tiré de l'effet du pouvoir	98
Section 2 : La complémentarité révélée de l'autorité et de la représentation.....	101
§1. La représentation, technique attachée à l'administration légale.....	101
A. L'administration légale et la représentation dans l'ombre de la puissance paternelle	102
B. L'administration légale et la représentation, affranchies de l'autorité parentale	105
§2. La représentation légale, attribut de l'autorité parentale <i>lato sensu</i>	108
A. L'affranchissement de la représentation extrapatrimoniale de l'autorité parentale <i>stricto sensu</i>	110
1) La consécration de véritables droits subjectifs de l'enfant, indépendants des devoirs parentaux.....	110
2) La révélation d'un mode de protection extrapatrimoniale : de l'autorité à la représentation.....	112
B. La coexistence indispensable du pouvoir de direction et de contrôle et de la représentation légale	115
1) La représentation légale, attribut transversal de l'autorité parentale.....	115
2) La coexistence indispensable de deux modes de protection.....	116
a. La nature dualiste de l'autorité parentale <i>lato sensu</i>	117
b. L'interdépendance du pouvoir de direction et du pouvoir de représentation	118
Conclusion du chapitre 2	124
Conclusion du titre 1	125

TITRE 2 : LA DÉPENDANCE DU RÉGIME DE LA REPRÉSENTATION À L'ÉGARD DE LA SUMMA DIVISIO	127
Chapitre 1 : L'incidence de la <i>summa divisio</i> sur la détermination des représentants.....	129
Section 1 : L'unité apparente de la représentation légale : la réunion des pouvoirs patrimoniaux et extrapatrimoniaux	131
§1. L'identité des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale et des administrateurs légaux	131
§2. La coreprésentation.....	134
A. Le principe de coreprésentation, application juridique de la coparentalité	134
B. Les exceptions à la coreprésentation.....	137
1) L'exercice unilatéral de l'autorité parentale	137
a. Le retrait de l'autorité parentale.....	138
b. La privation de l'exercice de l'autorité parentale.....	139
c. L'exercice unilatéral lié à l'établissement de la filiation.....	140
d. L'exercice unilatéral décidé dans l'intérêt de l'enfant	140
2) L'ouverture d'une mesure de tutelle.....	141
a. L'exercice du pouvoir de représentation par le seul tuteur.....	141
b. L'exception de l'exception : la cotutelle	142
Section 2 : Le démembrement des pouvoirs de représentation patrimoniaux et extrapatrimoniaux	145
§1. L'attribution durable du pouvoir de représentation à un tiers	145
A. L'ouverture d'une mesure de tutelle spécifique	146
1) L'ouverture d'une tutelle limitée aux biens.....	147
2) La cotutelle	152
B. La délégation-transfert de l'exercice de l'autorité parentale	153
1) L'appréhension délicate de la distinction entre délégation totale et délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale	156
2) Les effets de la délégation-transfert totale sur le pouvoir de représentation	157
a. Le transfert du pouvoir extrapatrimonial	158
b. L'absence de transfert automatique du pouvoir patrimonial	159
α) La perte de l'administration légale par le délégant.....	159
β) Le vide législatif concernant les effets patrimoniaux de la délégation-transfert.....	161
3) Les effets de la délégation-transfert partielle sur le pouvoir de représentation	165
a. Les conséquences du transfert sur le pouvoir extrapatrimonial.....	165
b. Les conséquences du transfert sur le pouvoir patrimonial	166
C. Le partage de l'exercice de l'autorité parentale	168
1) Les conditions du partage	171
a. Les conditions de droit commun.....	171
b. La satisfaction des besoins d'éducation de l'enfant	172
2) Les effets de la délégation-partage	174
a. L'appréhension large du domaine du partage de l'exercice de l'autorité parentale.....	174
b. Les effets du partage sur le pouvoir de représentation du mineur.....	177
α) Le partage du pouvoir extrapatrimonial	177
β) L'absence de partage du pouvoir patrimonial	178

§2. L'attribution ponctuelle et temporaire du pouvoir de représentation	179
A. Les pouvoirs du tiers à qui l'enfant est confié en dehors d'une mesure d'assistance éducative.....	180
1) Les cas où l'enfant réside chez un tiers	180
2) Le transfert partiel au tiers du seul pouvoir de représentation extrapatrimoniale	182
a. Le principe de l'accomplissement d'actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant	182
b. Le transfert partiel et spécial de l'exercice de l'autorité parentale.....	183
B. Les pouvoirs du tiers à qui est confié l'enfant en vertu d'une mesure d'assistance éducative.....	186
1) La mise en œuvre de la mesure d'assistance éducative.....	187
2) Le transfert du seul pouvoir de représentation extrapatrimoniale au tiers .	188
a. Le transfert de l'exercice de l'autorité parentale relativement aux actes usuels	189
b. Le transfert exceptionnel du pouvoir d'accomplir des actes importants d'autorité parentale	193
C. La représentation spéciale par l'administrateur <i>ad hoc</i>	195
1) L'administrateur <i>ad hoc</i> en droit pénal.....	196
2) L'administrateur <i>ad hoc</i> en droit civil	198
a. La souplesse de la procédure de désignation de l'administrateur ad hoc ...	198
b. Le double rôle prétorien de l'administrateur ad hoc en matière civile.....	199
α) Le rôle principal : l'exercice des droits du mineur	200
β) Le rôle incertain : la protection des intérêts du mineur.....	202
Conclusion du chapitre 1	205
Chapitre 2 : L'incidence de la <i>summa divisio</i> sur les actes de représentation	209
Section 1 : La dualité du régime de représentation du mineur sous autorité parentale.....	211
§1. La disparité de protection des intérêts extrapatrimoniaux et patrimoniaux.....	211
A. L'existence d'une double typologie fondée sur le critère commun de gravité des actes de représentation.....	212
1) Les actes de représentation patrimoniale.....	212
a. Le critère de gravité économique de l'acte	212
b. Les difficultés nées de la possibilité de disqualification et requalification des actes patrimoniaux	215
2) Les actes de représentation extrapatrimoniale.....	218
a. Le critère de gravité personnelle de l'acte	218
b. Les actes relatifs à la personne accomplis par représentation	219
α) Les actes de faible gravité	219
β) Les actes graves de représentation extrapatrimoniale.....	220
B. Le fonctionnement différencié des actes de représentation	228
1) Une protection homogène en cas de coreprésentation.....	228
a. Le principe de cogestion en cas de coreprésentation.....	229
b. La gestion différente des désaccords entre représentants	232
2) Une protection inférieure en matière extrapatrimoniale en cas de représentant unique	234
a. L'absence d'autorisation supplétive du juge aux affaires familiales.....	235
b. Les droit et devoir de surveillance du parent n'exerçant pas l'autorité parentale.....	236

§2. La disparité du contrôle judiciaire	237
A. La compétence de principe du juge des tutelles	238
1) Le juge des tutelles, juge naturel de la représentation	238
2) Le juge des tutelles, juge des intérêts extrapatrimoniaux du seul mineur sous tutelle	239
B. Le juge aux affaires familiales, juge « anormal » de la représentation.....	241
1) Les interférences de compétences justifiées et normales	241
2) Les interférences anormales	242
a. Un rôle limité à la gestion des conflits parentaux relatifs à des actes de représentation extrapatrimoniaux	242
b. La soumission de la représentation à deux types de procédures	244
Section 2 : La convergence de la protection patrimoniale et extrapatrimoniale : vers l'unité du régime de représentation du mineur ?	253
§1. La convergence artificielle de la protection des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux	253
A. Le recul de la distinction des intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux.....	254
B. Le maintien de la <i>summa divisio</i> régissant la protection de l'enfant	255
§2. La convergence réelle de la protection patrimoniale et extrapatrimoniale.....	257
A. L'émergence <i>de lege lata</i> d'une nouvelle catégorie d'actes extrapatrimoniaux de représentation : la procédure administrative de changement de nom de l'enfant ..	257
1) L'exigence nouvelle d'une autorisation judiciaire en matière d'actes de représentation extrapatrimoniale	258
2) L'intervention du juge des tutelles en matière personnelle	260
B. L'uniformisation nécessaire <i>de lege ferenda</i> du régime des actes de représentation en fonction du critère de gravité	260
Conclusion du chapitre 2	265
Conclusion du titre 2	266
Conclusion de la première partie	267
PARTIE 2 : L'EMPREINTE DES CARACTÈRES DE L'AUTORITÉ PARENTALE SUR LA REPRÉSENTATION.....	269
TITRE 1 : L'EXERCICE DES DROITS DU MINEUR À L'AUNE DES DROITS PARENTAUX	271
Chapitre 1 : Le caractère autoritaire de la représentation.....	273
Section 1 : L'exclusivité de la volonté des représentants dans l'exercice du pouvoir de représentation	275
§1. La présomption d'incapacité à exprimer un intérêt, fondement de l'exclusion de la volonté du mineur à l'origine du pouvoir de représentation	275
§2. L'influence hiérarchique de l'autorité parentale, fondement de l'exclusion de la volonté du mineur dans la mise en œuvre du pouvoir de représentation	277
A. La liberté de décision des représentants titulaires de l'autorité parentale	278
1) La coexistence théorique des volontés dans l'exercice du pouvoir de représentation.....	280
a. La généralité du droit pour le mineur de donner son avis	280
α) L'association aux actes d'autorité comme de représentation	281
β) L'association aux décisions relatives à la personne et au patrimoine de l'enfant.....	283
b. L'appréciation subjective des conditions de jouissance du droit	284

2) L'insignifiance réelle de l'avis du mineur.....	286
a. Une obligation virtuelle de recueillir l'avis de l'enfant.....	286
b. Une obligation virtuelle d'écouter l'enfant : un avis simple.....	287
B. Le pouvoir hiérarchique d'imposer la décision.....	289
Section 2 : Les conséquences de l'exclusivité de la volonté des représentants.....	293
§1. La représentation des intérêts du mineur.....	293
§2. L'imputation directe et immédiate de l'acte juridique au mineur.....	295
A. L'imputation de l'acte au représenté en dépit de l'exclusion de sa volonté.....	296
B. L'imputation directe et immédiate de l'acte au représenté en dépit de	
l'exclusivité de la volonté des représentants.....	300
1) La théorie de la représentation imparfaite.....	300
2) Les limites de la théorie de la représentation imparfaite.....	302
a. Les limites fondées sur la dissociation du mandat et de la représentation .	302
b. La représentation, mécanisme d'imputation nécessairement directe et	
immédiate.....	304
α) La résolution de la fiction de la représentation par M. Wicker.....	305
β) L'incompatibilité de la représentation imparfaite et de la représentation	
extrapatrimoniale.....	306
Conclusion du chapitre 1.....	307
Chapitre 2 : Les tempéraments à la représentation autoritaire.....	309
Section 1 : La modération du principe de représentation.....	311
§1. L'adaptation du régime d'incapacité au besoin de protection.....	312
A. Les principes légaux, fondement de l'adaptation de la protection des majeurs	
vulnérables.....	313
B. L'interprétation téléologique de l'incapacité, fondement de l'adaptation de la	
protection du mineur.....	315
1) La capacité historique du mineur à rendre sa condition meilleure.....	315
a. La rescision pour lésion, conséquence de l'incapacité de se léser.....	315
b. La réception de la théorie de la rescision pour lésion.....	317
2) La préservation des intérêts du mineur, point cardinal du régime d'incapacité	
318	
a. La satisfaction du besoin de protection, objectif primordial.....	318
b. Le risque créé par l'acte, élément d'évaluation du besoin de protection ...	320
§2. L'adaptation de la représentation aux risques encourus.....	322
A. La représentation concurrente en matière d'actes à faible risque.....	322
1) L'activité juridique du mineur fondée sur la faible gravité de l'acte.....	323
a. L'activité juridique fondée sur le caractère usuel de l'acte.....	323
b. La validité a priori des actes d'administration.....	329
2) L'activité juridique du mineur fondée sur la sauvegarde de ses intérêts....	330
a. Les actes conservatoires.....	331
b. La capacité médicale spéciale.....	332
c. La défense en justice de ses intérêts.....	336
B. La représentation obligatoire en matière d'actes risqués.....	337
1) La fausse dérogation de l'acte usuel.....	337
2) La véritable dérogation à la représentation fondée sur le caractère intime de	
l'acte.....	338

Section 2 : L'association du mineur au principe de représentation	341
§1. Le recueil de l'avis du mineur, tempérament au caractère autoritaire de la représentation.....	342
A. L'avis du mineur donné aux actes de représentation.....	342
1) La mise en œuvre effective de l'article 371-1 alinéa 3 du Code civil.....	342
2) L'audition en justice du mineur.....	343
a. L'application de l'article 388-1 aux procédures dans lesquelles le mineur est représenté.....	344
b. L'audition de droit du mineur.....	347
B. La participation du mineur à la définition de ses intérêts	350
§2. Le recueil du consentement du mineur, tempérament au caractère extrapatrimonial de la représentation.....	352
A. Le consentement aux actes de représentation extrapatrimoniaux.....	352
1) Le consentement aux actes portant sur la personne de l'enfant	353
2) Le consentement en matière médicale.....	353
a. Le consentement général aux actes médicaux	354
b. Le consentement aux actes médicaux spéciaux.....	357
B. La défense de ses intérêts extrapatrimoniaux par le mineur	359
1) L'absence d'incidence du consentement sur le mécanisme de représentation	359
a. Le maintien de la dissociation des qualités.....	360
b. La différence entre le double consentement et l'assistance.....	360
2) L'exercice d'un contrôle par le mineur sur la décision parentale.....	363
a. L'absence de délivrance d'un « consentement-engagement ».....	364
b. La délivrance d'un « consentement-autorisation ».....	365
Conclusion du chapitre 2	369
Conclusion du titre 1	370
TITRE 2 : LE CONTRÔLE DE LA REPRÉSENTATION À L'ÉPREUVE DES DROITS PARENTAUX	371
Chapitre 1 : Les obligations des représentants légaux.....	373
Section 1 : L'obligation de diligence	375
§1. L'obligation d'agir dans l'intérêt de l'enfant	375
A. Une obligation de moyens	376
1) Une fin : la recherche de l'intérêt de l'enfant	376
a. Le modèle antérieur du « bon père de famille »	376
b. La modernisation de la notion de « bon père de famille »	379
2) Des moyens au service de l'intérêt de l'enfant.....	380
a. L'apport de soins diligents, prudents et avisés	381
b. Le respect des prescriptions légales.....	382
B. Une obligation de moyens renforcée	384
1) Le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant	384
2) L'intégration du principe de primauté de l'intérêt de l'enfant aux règles de la représentation.....	388
§2. La sanction des manquements à l'obligation de diligence	391
A. Les actions relatives aux actes des représentants légaux.....	392
1) L'action en nullité des actes accomplis par les représentants légaux.....	392
a. Les cas d'ouverture de l'action en nullité.....	392

b. Le régime spécifique de la nullité.....	394
2) Les actions de l'article 515 du Code civil	397
B. L'action relative à la personne des représentants légaux : la responsabilité civile	399
1) La sanction de la faute légère des représentants légaux	400
2) Le partage de responsabilité avec les interlocuteurs des représentants légaux	401
a. Le partage de responsabilité avec l'État	401
b. Le partage de responsabilité avec les tiers.....	403
α) Le devoir de conseiller et d'informer les représentants légaux	404
β) Le devoir d'informer le juge de la connaissance de l'emploi irrégulier de capitaux.....	405
Section 2 : L'obligation de loyauté.....	407
§1. L'obligation de n'agir que dans l'intérêt de l'enfant.....	407
A. L'autonomie de l'obligation de loyauté.....	407
1) La spécificité de l'obligation de loyauté au regard de l'obligation de diligence	408
2) La primauté de l'intérêt de l'enfant sur l'intérêt de la famille.....	410
B. La sanction du détournement de pouvoir par les représentants légaux	412
1) Le détournement de pouvoir, cas spécifique de mauvais usage intentionnel d'une prérogative.....	413
2) La relativité de la sanction du détournement de pouvoir.....	416
a. La restitution fondée sur le droit de propriété du mineur	416
b. La mise en œuvre relative de la responsabilité civile des représentants légaux	419
§2. La prévention de la déloyauté : l'administrateur <i>ad hoc</i>	421
1) L'opposition d'intérêts est le signe d'un risque de déloyauté	421
2) L'opposition d'intérêts n'est pas le signe d'un risque de négligence.....	424
Conclusion du chapitre 1	426
Chapitre 2 : Les limites au contrôle de la représentation.....	427
Section 1 : Les limites au contrôle des actes patrimoniaux	429
§1. La concurrence de l'administration légale et de la jouissance légale.....	431
A. Les droits propres des parents sur le patrimoine de leur enfant	432
1) Le droit de s'approprier les revenus du mineur.....	432
2) L'utilisation des capitaux disponibles du mineur	433
a. La disponibilité des fonds appartenant au mineur	434
α) La disponibilité des capitaux au regard de leur exigibilité.....	434
β) La disponibilité des capitaux au regard de l'étendue du pouvoir du représentant.....	435
b. Les effets du quasi-usufruit	436
3) Des droits exercés en priorité dans l'intérêt de l'enfant	437
B. La limitation du contrôle de la gestion du patrimoine du mineur.....	438
1) Le contrôle limité de l'affectation des biens à l'intérêt de l'enfant.....	439
a. La présomption de juste emploi, fondement de la dispense de comptes ...	439
b. La négligence grave, seul moyen de renverser la présomption de juste emploi	441
2) L'application opportune des règles de l'administration légale en cas de jouissance légale	443

a. Le maintien de la protection du mineur en cas de bail conclu par l'usufruitier	443
b. L'entretien, l'amélioration et les grosses réparations des biens du mineur	447
C. L'incompatibilité des droits issus de la jouissance légale et des obligations des représentants légaux	449
1) La remise en cause des obligations des représentants	449
2) La contrepartie illusoire de l'obligation d'entretien	451
§2. La concurrence de l'administration légale et d'autres techniques de gestion du patrimoine	453
A. La coexistence de l'administration légale et d'une société civile	455
1) La soumission de l'entrée du mineur dans la société aux règles de l'administration légale	455
2) L'atteinte portée aux règles de l'administration légale lors de la vie de la société civile	457
a. Le problème posé par l'écran de la personne morale	457
b. La réponse législative inachevée	459
B. La coexistence de l'administration légale et du contrat de gestion de valeurs mobilières et instruments financiers	462
1) L'indifférence de la classification tripartite traditionnelle	462
2) La limitation <i>de facto</i> de la responsabilité des représentants légaux	464
Section 2 : Les limites au contrôle des actes extrapatrimoniaux	469
§1. L'immunité relative des actes de direction et de contrôle	470
A. L'absence de surveillance judiciaire générale	471
1) L'effacement du juge aux affaires familiales	471
2) L'absence de sanction en cas de manquement aux obligations	472
B. Les limites de l'immunité parentale : le danger encouru par l'enfant	474
1) La carence parentale grave créatrice de danger pour l'enfant, cause de l'intervention judiciaire	474
2) La spécificité des réponses judiciaires au mauvais usage du pouvoir parental 476	
3) L'abaissement du seuil de gravité préalable à l'intervention étatique	478
§2. La contestation <i>de lege ferenda</i> des actes de représentation relatifs à la personne	481
A. Le contrôle aménagé des actes de représentation extrapatrimoniaux	482
1) La nécessaire distinction des actes de représentation des actes de direction et de contrôle	482
2) L'action en responsabilité civile en cas de faute lourde du représentant ...	484
B. L'effet prophylactique de l'association du mineur aux décisions le concernant	487
Conclusion du chapitre 2	488
Conclusion du titre 2	489
Conclusion de la seconde partie	491
<i>Conclusion générale</i>	493
<i>Bibliographie</i>	497
<i>Index</i>	547
<i>Table des matières</i>	551

Résumé en français : La représentation légale du mineur est un attribut général et impérieux de l'autorité parentale. Elle pallie l'incapacité générale d'exercice du mineur en dépassant la distinction classique entre l'autorité parentale sur la personne et l'autorité parentale sur les biens mais elle est indissociable du pouvoir de direction et de contrôle de la personne de l'enfant. Elle demeure cependant soumise au clivage s'agissant de la détermination des représentants légaux ou du régime des actes. En tant que prérogative parentale, elle est mise en œuvre de manière autoritaire car la volonté du mineur est exclue, mais la modération du pouvoir et l'association permettent d'atténuer les contraintes de la représentation. En dépit des obligations qu'elle implique, la nature familiale et parentale de la prérogative contribue par ailleurs à limiter le contrôle qui est exercé sur celle-ci.

Title of the thesis : *The legal representation of the minor under parental authority*

Abstract : *The legal representation of the minor is an imperative and a general attribute of the parental authority. It compensates the general incapacity of the minor exceeding the classical distinction between parental authority over the person and parental authority over the goods, but it is inseparably linked with the power of direction and control over the person of the child. It remains however subject to division regarding the determination of legal representative or the regime of legal acts. As a parental prerogative, it is implemented in an authoritarian way because the will of the minor is excluded, but the moderation of the power and the association mitigate the constraints of the representation. In spite of the obligations that legal representation implies, the domestic and parental nature of the prerogative contribute furthermore to limit the control exercised over it.*

Mots-clés en français : Représentation légale - Autorité parentale - Administration légale - Minorité - Incapacité d'exercice.

Keywords : *legal representation - parental authority - legal administration - minority - Incapacity to exercise legal right*