

Université Paris II- Panthéon-Assas

école doctorale de droit civil

Thèse de doctorat en
soutenue le 16 Décembre 2020

Thèse de Doctorat / décembre 2020

L'intérêt de l'enfant au regard des droits extra patrimoniaux



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Auteur Zemfira Iffouzar-Nagrant

Sous la direction de Monsieur **Hervé Lécuyer**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Membres du jury :

Monsieur Rémy **Cabrillac**, Professeur de Droit civil, de droit comparé et des codifications à l'université de Montpellier, rapporteur

Monsieur Vincent **Egée**, Professeur de Droit privé à l'Université Aix-Marseille, rapporteur

Monsieur Christophe **Vernières**, professeur de Droit privé et sciences criminelles, Responsable de la formation Master 2 Droit notarial à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

29

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

24

Remerciements

Tout d'abord, je tiens à adresser mes plus sincères remerciements à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Hervé Lecuyer, qui était déjà à mes côtés lorsque j'ai soutenu mon mémoire pour l'obtention du diplôme supérieur du notariat, qui m'a toujours accompagné, soutenu tout au long de ce travail et qui n'a jamais failli à sa mission.

Je remercie par avance tous les membres de mon jury qui prendront part à ce travail et qui apporteront toute leur connaissance pour que le sujet traité puisse s'enrichir grâce à leur clairvoyance et leurs connaissances.

Je remercie également très sincèrement Monsieur le Doyen de l'université Paris II ASSAS ainsi que Monsieur Thierry Bonneau, Directeur de l'école doctorale de droit privé pour m'avoir permis de mener à bien le travail et les recherches nécessaires à la rédaction de cette thèse.

J'ai une pensée émue pour mes deux adorables enfants, Maxence-Aurélien et Chloé, qui ont toujours été pour moi un véritable soutien et une source de motivation. J'espère qu'ils seront fiers de mon travail.

Une pensée très spéciale pour ma fille dont j'admire le courage et la pugnacité, et, qui malgré sa maladie me soutient et me demande de finir le travail que j'ai commencé.

A ma petite fille Victoire née le 29 avril 2020, nouvelle venue dans la famille qui m'offre un nouveau rôle merveilleux, celui de grand-parent, et qui, peut-être embrassera une carrière juridique.

Enfin, je remercie chaleureusement Tim (things could be so easy but we're always on the run, say my name and every color illuminates). Car même si tu n'es plus là, grâce à ta musique qui m'a portée, motivée et inspirée, j'ai, dans les plus grands moments de doute et d'incertitude, retrouvé le courage pour continuer et mener à bien ce travail.

Ce travail, qui fut pour moi, une vraie remise en question après de nombreuses années d'exercice en tant que notaire et des années de quasi-oisiveté forcée, il m'a fallu recouvrer avec mes jeunes années universitaires. Les recherches que j'ai dû mener ainsi que la rédaction de cette thèse m'ont rappelé ce pourquoi, j'aimais autant le droit et m'a conforté dans les choix qui ont guidé mes études lorsque j'étais bien plus jeune.

Heureusement dans cette aventure Monsieur le professeur Lecuyer était présent, et cela m'a permis de mener à bien ce travail qui m'a souvent découragé car j'avais le sentiment que la tâche devenait irréalisable.

Résumé (1700 caractères) :

Nous étudierons et analyserons l'intérêt de l'enfant au regard des droits extra patrimoniaux.

L'enfant est celui qui est enserré dans le carcan de la minorité et qui est dépendant des choix et des décisions que prendront ses parents, ses tuteurs ainsi que le juge des affaires familiales ; le Code civil, le Code pénal, le Code de la consommation sont les précieux atouts pour les différents intervenants dans le quotidien de l'enfant mineur.

L'intérêt de l'enfant est aujourd'hui au centre des préoccupations tant du droit international que du droit européen et par conséquent du droit positif. Cet intérêt devenu essentiel est une source intarissable pour comprendre les besoins essentiels de l'enfant et ainsi mieux le protéger.

Ainsi de nombreuses réformes sont intervenues au cours du XXème siècle (filiation, reconnaissance d'enfants, adoption, PMA, majorité, autorité parentale, tutelle...) et de nombreuses réformes sont annoncées (PMA pour toutes les femmes, réforme de l'ordonnance de 1945 et qui sait la légalisation ou du moins la reconnaissance des enfants nés par gestation à l'étranger) qui seront, à n'en pas douter, la suite de l'évolution que nos sociétés accordent à l'intérêt de l'enfant.

Cet intérêt de l'enfant se concentre principalement sur son développement, sa sécurité, sa protection et son bien-être.

L'intérêt de l'enfant c'est aussi la conséquence de la place qu'occupe l'enfant au sein de la société ainsi que des droits et libertés qui lui sont reconnus ; il a une place prépondérante dans les droits extra-patrimoniaux ; droits qui recouvrent tant les droits de l'homme que le droit des hommes.

Ces droits extra-patrimoniaux, dont pour certains la création par la doctrine moderne remonte au début du siècle dernier avant d'être consacrée par le législateur, ont aujourd'hui une importance telle qu'ils sont au centre des préoccupations tant de la pensée juridique que du législateur. Ainsi le droit positif et la jurisprudence contemporains révèlent l'existence de nombreux droits extrapatrimoniaux regroupant tant les droits de la personnalité que les droits de l'homme, en passant par les droits de famille et autres libertés publiques. La notion des droits patrimoniaux apparaît non seulement en droit interne mais aussi en droit international ce qui atteste de son importance.

Tout ceci sera traité au vu du droit positif et de la considération que le droit européen accorde à l'enfant.

Descripteurs : intérêt de l'enfant, incapacité, minorité, protection, vulnérabilité, droit de l'Homme, libertés fondamentales, CIDE, droits extra-patrimoniaux.

Title and Abstract (1700 characters):

We will study and analyze the interest of the child in view of extra-patrimonial rights. His ability to contract, to decide his life (wedding, adoption, divorce, child recognition). His rights and obligations. His power to choose, decide and express himself.

We will study and see the importance of the instruction lavished to the child who enjoys freedom of expression and thought.

We will see that the interest of the child is essential and determining element in all decisions concerning him.

And the interest of the child have even become the best interest of the child.

The child is dependant on the choices and decisions of his parents and the family court judge.

We will examine more particularly what is the interest of the child, its protection, its well-being, its rights and duties, but also the respect of its rights.

Keywords:

Children

Law

Interest

Protection

Rights and obligations

Ability

29

Principales abréviations

AEMO	Assistance éducative en milieu ouvert
AJDA	Actualité juridique droit administratif
<i>Arch. phil. dr.</i>	Archives philosophique du droit (<i>Sirey-Dalloz</i>)
Art.	article
ASE	aide sociale à l'enfance
Ass.	Assemblée
Ass.plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Bib.dr. :	bibliothèque de droit
<i>BICC</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BO	Bulletin officiel
Bull.Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambres civiles
Bull.cim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambre criminelle
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. ch. réun.	Cour de cassation, chambres réunies
C.civ	Code civil
C.E.	Conseil d'Etat
CE	Conseil d'entreprise
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
C.E.S.D.H.	Convention européenne des droits de l'homme
CESEDA	Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile
CHSCT	Comité d'hygiène et de sécurité
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
CIJ	Cour internationale de justice
Chap.	Chapitre
Chbre	Chambre
Chr.	Chronique
Civ.	Arrêt de la Cour de cassation. Chambres civiles
CJPM	Code de justice pénale des mineurs
CNAOP	Conseil national pour l'accès aux origines Personnelles
CNIL	Commission nationale informatique et liberté
C.proc.pén.	Code de procédure pénale
C. éduc.	Code de l'éducation
CNDS	Commission nationale de déontologie et de la sécurité
Coll.	Collection

Concl.	Conclusion
Com.	Cour de cassation, chambre commercial
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSCE	Conférence sur la sécurité et la coopération européenne
CSP	Code de la santé publique
D.	Recueil Dalloz
<i>Décis.</i>	Décision
<i>Defrénois</i>	Répertoire Defrénois
<i>DIP</i>	Droit international privé
<i>Doc.</i>	Documents
<i>Doct.</i>	Doctrine
<i>Doc. fr.</i>	La Documentation française
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
<i>Dr.</i>	Droit
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille
<i>Dr. pén.</i>	Revue droit pénal
Ed.	Edition
Etc.	Et cætera
<i>Fasc.</i>	Fascicule
FRP	Fichier des personnes recherchées
GACEDH	Les grands arrêts de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, coll. «Thémis droit» PUF
<i>Gaz.Pal.</i>	La Gazette du Palais
GPA	Gestation pour autrui
Halde	Haute autorité de lutte contre les Discriminations et pour l'égalité
Ibid	Ibidem
<i>Infra</i>	Ci-dessus
J.A.F.	Juge aux affaires familiales
<i>JCP. G</i>	La semaine Juridique. Edition générale
<i>J. Cl. civ.</i>	Juris-Classeur civil
<i>J. Cl. pén.</i>	Juris-Classeur pénal
<i>JO</i>	Journal Officiel de la République française
<i>JOCE</i>	Journal Officiel des communautés européennes
L.G.D.J.	Librairie Générale de droit et de jurisprudence
Lég.	Législation
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
<i>Obs.</i>	Observations
OIT	Organisation internationale du travail
ONED	Observatoire national de l'enfance en

ONU	danger
<i>Op. cit.</i>	Organisation des nations unies
Ord.	<i>Opere citado</i> – dans l’ouvrage cité
ORTF	Ordonnance
P.	Office de radio-télévision de France
P.A.	Page
	Les petites Affiches : Le Quotidien.
	La loi
PMA	Procréation médicale assistée
P.U.	Presses universitaires
P.U.F.	Presses universitaires de France
Préf.	Préface
R.	Partie réglementaire d’un code
Rapp.	Rapport
RC	Répertoire civil
Réf.	Référé
RGPD	Règlement général sur la protection des données
<i>Rép. Civ</i>	Répertoire de droit civil. Encyclopédie Juridique Dalloz
<i>Rép. Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>Rép. Proc. Civ.</i>	Répertoire de procédure civile. Encyclopédie Juridique Dalloz
	Arrêt de la cour de cassation. Chambre des requêtes et télévision de France
Réq.	Revue internationale de droit comparé
RID comp.	Revue juridique personnes et famille
<i>RJPF</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD. civ</i>	Radiodiffusion
RTF	Section
Sect.	Système d’information Schengen
SIS	Spécialement
Spéc.	Sommaire
Somm.	Ci-dessus
<i>Supra</i>	Tome
T.	Tribunal de Grande Instance
T.G.I.	Tribunal d’Instance
T.I.	Traduction
Trad.	Tribunal judiciaire
Trib. Jud.	Tribunal civil
Trib. Civ.	Tribunal de commerce
Trib. Com.	Tribunal correctionnel
Trib. Corr.	Université
Univ.	Voir
V.	<i>Verbo</i> (mot)
V°	Volume
Vol.	

Sommaire

Introduction	16
Partie Préliminaire	29
PREMIERE PARTIE :	
DROIT PUBLIC ET DROIT DE L'HOMME ET INTERET DE L'ENFANT	70
TITRE I : Les Droits politiques	71
Chapitre I : Rapport de l'homme et de l'Etat	72
Section I : la Déclaration des droits de l'Homme (DDH)	74
Section II : le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946	75
Section III : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH) du 4 novembre 1950	77
Section IV : la Charte sociale européenne (18 octobre 1961)	79
Section V : la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (9 décembre 1989)	80
Section VI : la Charte des droits fondamentaux (sommet de Nice du 7 au 9 décembre 2000)	82
Section VII : la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) du 10 décembre 1948	83
Section VIII : la Convention Internationale des droits de l'enfant (CIDE) ou Convention de New-York du 20 novembre 1989	85
Section IX : la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant (du 25 janvier 1996)	87
Section X : autres conventions	88
Section XI : de la IIIème République à nos jours	89
Chapitre II: le droit de vote ou de suffrage	97
Chapitre III : Le droit à l'égalité des chances par l'éducation et la culture	97
TITRE II : Les libertés	102
Chapitre I : La liberté individuelle et la sûreté (art. 2 DDH et art. 4 et 5 CESDH)	103
Section I : La liberté	104

Section II : la privation de liberté _____	105
Chapitre II : liberté d'aller et de venir _____	112
Chapitre III : liberté d'expression _____	116
Section I : liberté d'expression - valeur constitutionnelle _____	117
Section II : reconnaissance européenne et internationale de la liberté d'expression _____	154
TITRE III : les droits sociaux _____	160
Chapitre I : le droit de grève _____	162
Section I : Evolution législative _____	163
Section II: droit de grève et l'intérêt de l'enfant _____	166
Chapitre II : La liberté d'association _____	168
Section I : La liberté d'association - valeur constitutionnelle _____	169
Section II : la reconnaissance européenne et internationale _____	170
Section III : la liberté d'association et l'intérêt de l'enfant _____	171
Chapitre III : La liberté syndicale _____	174
Section I : La reconnaissance en droit interne _____	175
Section II : droit international et européen _____	176
Section III : liberté syndicale et l'intérêt de l'enfant _____	177
Chapitre IV : La liberté de réunion _____	180
Section I : liberté fondamentale _____	181
Section II : reconnaissance européenne et internationale _____	182
Section III : liberté de réunion et intérêt de l'enfant _____	184
Chapitre V : Le droit à la culture _____	187
Section I : La culture d'un point de vue philosophique _____	188
Section II : La reconnaissance en droit positif, en Europe et à l'international _____	189
Section III : Les droits culturels et l'intérêt de l'enfant mineur _____	192
Chapitre VI : Le droit à l'instruction _____	194
Section I : La lente évolution constitutionnelle et législative en droit positif _____	195

Section II : La reconnaissance européenne et internationale du droit à l'éducation	197
Section III : la liberté d'enseignement public	200
Section IV : la liberté d'enseignement privé	202
Section V : droits et devoirs des enseignants, des parents et des élèves	204
Section VI : le droit à l'instruction et à l'éducation de l'enfant mineur	207
Chapitre VII : Le droit à l'emploi	210
Section I : De la reconnaissance du droit au travail	211
Section II : Le droit au travail et l'intérêt de l'enfant	213
Section III : Le contrat de travail de l'enfant âgé de moins de seize ans	217
Section IV : Le contrat de travail de l'enfant âgé de plus de seize ans	221
Section V : Le contrat de travail de l'enfant mineur émancipé	223
Section VI : Le contrat d'apprentissage	224
Chapitre VIII : Le droit au logement	227
Section I : droit au logement (article 1^{er} et 6 de la loi du 6 juillet 1989)	228
Section II : droit au logement - reconnaissance européenne	232
Section III : droit au logement opposable (DALO)	233
Section IV : droit au logement et l'intérêt de l'enfant	234
Chapitre IX : Le droit à la santé	238
Section I : droit à la santé en droit interne	239
Section II : droit à la santé reconnaissance européenne et internationale	241
Section III : droit à la santé et l'intérêt de l'enfant	242
DEUXIEME PARTIE :	
LES DROTS PRIVES ET L'INTERET DE L'ENFANT	248
TITRE I : les droits de la personnalité	251

Chapitre I : droit à la vie	256
Section I : reconnaissance du droit à la vie	257
Section II : le droit de donner la vie	260
Section III : le droit à la vie n'est pas absolu	274
Chapitre II : droit à l'intégrité physique et l'inviolabilité du corps humain	286
Section I : le commencement du droit à l'intégrité physique (le commencement de la vie)	287
Section II : les exceptions au principe de l'inviolabilité du corps humain	297
Chapitre III : le droit au respect de la vie privée	318
Section I : définition et principe	319
Section II : les différents aspects de la vie privée	324
Section III : la protection de la vie privée	332
Chapitre IV : Droit à l'image	338
Section I : une création prétorienne	339
Section II : protection du droit à l'image	342
Chapitre V : Le nom de famille	348
Section I : droit au nom de famille	349
Section II : droit au prénom	355
Section III : la protection du droit au nom	359
Chapitre IV : Le domicile	363
Section I : la liberté de choix du domicile	364
Section II : le respect du domicile	367
Chapitre V : La nationalité	369
Section I : Nationalité et filiation ou <i>jus sanguinis</i>	370
Section II : Nationalité et "droit au sol" ou <i>jus soli</i>	372
Section III : Nationalité et mariage	373
Section IV : Nationalité et effet collectif	374
Section V : Nationalité et la volonté de devenir français	375
TITRE II : Les droits familiaux	380
Chapitre I : Le mariage	381

Section I : principe	383
Section II : la nullité du mariage	391
Section III : droit international privé et mariage	394
Section IV : l'intérêt de l'enfant et le régime matrimonial	400
Section V : changement de régime matrimonial au cours du mariage	406
Section VI : droit international privé et régime matrimonial	412
Chapitre II : Pacte civil de solidarité (PACS)	421
Chapitre III : Le divorce	424
Section I : l'ère nouvelle du divorce au XX^e et XXI^e siècle	425
Section II : la rupture des liens du mariage et la fin des droits et devoirs réciproques des époux	432
Section III: les conséquences du divorce sur l'enfants mineur	435
Chapitre IV : l'autorité parentale	447
Section I : l'état de minorité	448
Section II : le mandant visant à protéger l'enfant mineur : le mandat de protection future	460
Section III : la fin de l'autorité parentale	467
Chapitre V : le respect de la vie familiale	485
Section I : la notion de la vie familiale	486
Bibliographie	506
Table des annexes	543
Index	568
Table des matières	574
Résumé	583

Nota : Les titres et numérotations ci-dessus ne sont données qu'à titre indicatif, chaque école doctorale étant maîtresse de l'appellation des titres des thèses (partie, chapitre, section, paragraphe...) et de leur succession.

INTRODUCTION

L'enfance est une période charnière et déterminante dans la vie d'un individu tant pour son apprentissage que pour la construction de sa personnalité.

Selon Jean-Jacques Rousseau, l'enfance est une condition de l'humanité : *«supposons qu'un enfant eût dès sa naissance la stature et la force d'un homme fait, [...] cet homme-enfant serait un parfait imbécile, un automate, une statue immobile ou presque insensible»*¹.

Plus encore *«de la bonne réussite de l'éducation de l'enfant dépend non seulement son avenir proche mais encore celui de toute la société où il s'insérera»*².

Pour Pascal³, l'enfant est un homme en devenir ; et il ajoutait *«L'homme n'est qu'un roseau, le plus faible de la nature mais c'est un roseau pensant»*.

Bien que l'enfant fût toujours présent dans tous les moments de la vie familiale⁴, il fut pendant très longtemps ignoré en tant qu'enfant, ne constituant que la continuité de la lignée dans le futur pour certains alors que pour d'autres il n'était qu'une bouche de plus à nourrir.

D'ailleurs dans le vocabulaire juridique Capitant⁵ la définition de l'enfant donnée est *«un descendant au premier degré, fils ou fille, sans considération d'âge»*, ce qui le caractérise c'est la filiation le reliant à ses père et mère ; puis le vocabulaire Capitant donne une autre définition de l'enfant, cette fois assimilé au mineur.

L'article 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) donne de l'enfant la définition suivante : *«[...] un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable»*.

Pendant très longtemps l'enfant n'était qu'un homme en miniature totalement assimilé à ses géniteurs⁶. Ce ne fut pas toujours le cas comme nous le verrons dans la partie préliminaire ci-après.

¹ Jean Jacques Rousseau *«Emile ou de l'éducation»*, coll. «GF» Flammarion P. 87

² F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, Coll. « Que Sais-je ? » PUF, 9^e éd. 2010, p 4

³ Blaise pascal : mathématicien, physicien, inventeur, philosophe, moraliste et théologien français, né à Clermont-Ferrand en Auvergne, le 19 Juin 1623, décédé à Paris, le 19 Août 1662

⁴ Ph. Ariès, *l'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Coll. « Points », Seuil, 1973, p. 140.

⁵ Dictionnaire juridique Henri Capitant sous la direction de Gérard Cornu Collection Quadrige PUF janvier 2016

⁶ Ph. Ariès (ouvr. précité). Jusqu'au XIII^e siècle, l'art médiéval représentait l'enfant comme un homme ou une femme caractérisé par sa petite taille. De la même façon son costume était, pendant une longue période de l'histoire, identique à celui de ses parents ; un costume propre aux enfants n'est apparu qu'au XVI^e siècle et principalement dans les classes aisées.

De la protection de l'enfant mineur dans laquelle l'intérêt de l'enfant est toujours sous-jacent on a glissé vers l'intérêt de l'enfant expressément nommé dans de nombreux articles du code civil notamment ceux concernant l'autorité parentale⁷.

Déjà dans la Déclaration sur les droits de l'enfant de 1959, le principe de l'intérêt de l'enfant figurait en ces termes «*L'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante dans l'adoption des lois*» ainsi que «*le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation*».

En droit positif, la notion de l'intérêt de l'enfant était contenue dans la plupart des articles du code civil relatifs à la famille et plus précisément dans le domaine de l'autorité parentale, et ce bien avant la ratification de la CIDE.

Cette notion était déjà contenue dans de nombreuses lois, notamment celle relative à l'audition de l'enfant mineur concerné par une procédure judiciaire⁸, celle sur la protection de l'enfance⁹, ainsi que la réforme de l'adoption qui commandait une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant¹⁰, celle relative à la contraception et l'interruption volontaire de grossesse¹¹, ou encore la loi pour une plus grande autonomie du mineur dans le domaine médical¹² ou bien celle relative à l'autorité parentale qui a consacré définitivement la coparentalité¹³.

Puis de l'intérêt de l'enfant on a glissé vers l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'intérêt supérieur de l'enfant, contenu dans l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) adoptée à l'unanimité par l'ONU le 20 novembre 1989, est également repris par l'article 24 par la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne¹⁴ qui érige l'intérêt supérieur de l'enfant en considération fondamentale devant primer sur tous les actes relatifs à l'enfant.

Cet intérêt supérieur de l'enfant, aujourd'hui au centre des préoccupations de notre droit positif, est une conception insaisissable, voire préoccupante.

En effet, c'est la notion clé : «*Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*». C'est ainsi que toutes

⁷ Art. 371-1, 371-4, 371-5, 372-1-1, 373-2-1 et 373-2-6 C. civ.

⁸ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993

⁹ Lois n°89-487 du 10 juillet 1989, n°98-468 du 17 juin 1998 et n°2004-1 du 2 janvier 2004

¹⁰ Lois n°96-604 du 5 juillet 1996 et n°2001-111 du 23 décembre 2001 relative à l'adoption internationale et n°2005-744 du 4 juillet 2005

¹¹ Lois n°2000-1209 du 13 décembre 2000 et n°2001-588 du 4 juillet 2001

¹² Loi n°2002-303 du 4 mars 2002

¹³ Loi n°2002-305 du 4 mars 2002

¹⁴ Charte européenne des droits fondamentaux de l'union européenne du 18 décembre 2000, Journal Officiel des communautés européennes 2000/C 364/01

les décisions judiciaires en matière familiale se doivent de prendre en compte l'intérêt de l'enfant.

Ainsi l'intérêt de l'enfant semble primer toute autre considération¹⁵ bien que cette notion n'ait pas été définie. Cela conduit chacun à l'appréhender en fonction de sa propre personnalité, de sa propre subjectivité... ce qui peut amener à une forme d'arbitraire. En effet, lorsqu'une trop grande subjectivité pénètre dans les débats judiciaires, qui par principe devraient être guidés par une totale impartialité, l'arbitraire est très proche...

La Cour de cassation n'a pas hésité à procéder, entre 2005 et 2009, à des cassations disciplinaires, sans base légale, lorsque la décision du juge de fond n'était pas fondée sur l'intérêt de l'enfant¹⁶.

Cette situation préoccupante a été analysée depuis plus de trente ans par les plus éminents juristes, notamment par le Doyen Jean Carbonnier qui voit dans l'intérêt supérieur de l'enfant une «*notion magique*»¹⁷ ou un «*contenu variable*»¹⁸.

Le Professeur Gobert considère que l'intérêt supérieur de l'enfant peut favoriser l'arbitraire¹⁹ ou ouvrir la porte à toutes les interprétations²⁰.

Pour le Professeur Claire Nierinck²¹ l'expression «*l'intérêt de l'enfant peut être facilement applicable à toutes les situations car chacun demeure libre d'imaginer ce que la notion de l'intérêt de l'enfant recouvre vu qu'elle n'évoque rien de précis*».

Thomas Dumortier²², concernant l'intérêt de l'enfant, parle «*d'une notion aussi insaisissable qu'auréolée de prestige associé à la protection de l'enfance*» et fait état du malaise que la doctrine témoigne vis-à-vis de cette notion, car selon elle, il est impossible de donner une signification *a priori* de l'intérêt de l'enfant ou même de cerner les critères permettant de favoriser son identification.

¹⁵ Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, Bull. I, 2005 n° 211, Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, Bull. 2005. I, n° 245, Civ. 1^{ère}, 13 juillet 2005, Bull. 2005. I, n° 334, Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, Bull. 2005. I, n° 434 ; v. également Civ. 2^{ème}, 24 février 1993, Bull. 1993.II, n° 76, Civ. 2^{ème}, 18 juin 1997, Bull. civ. 1993. II, n° 190

¹⁶ Civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, n° 02-18360, Bull. 2005. I, n° 404, Dr. Fam. 2006, comm. n° 28 obs. A. Gouttenoire ; Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007 n° 06-17869 Bull. 2007. I, n° 103, D. 2007. Pan. 2192, obs. A. Gouttenoire et L. Brunet ; A. Gouttenoire «Le contrôle exercé par la Cour de cassation de l'intérêt supérieur de l'enfant», in Mélanges F. Dekeuwer-Défossez, Montchrestien, 2013, P. 147.

¹⁷ Note sous C. appel Paris du 30 avril 1959, D 1960.673, Spéc. P. 675

¹⁸ Jean Carbonnier «*Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille* » in C. Perleman et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, p. 99, Spéc. P. 104

¹⁹ Professeur émérite université Panthéon-Assas, Paris II, cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, 9ème conférence « le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation du 11 décembre 2006, colloque devant la Cour de cassation en 2006 ; Cf. P. Verdier «Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant» in l'intérêt supérieur de l'enfant en question : leurre ou levier au service de ses droits ?» Paris, DEI Assemblée nationale, 20 novembre 2010.

²⁰ Débat colloque Sciences-Po Paris lors du vingtième anniversaire de la CIDE le 18 novembre 2009.

²¹ C. Nierinck «A propos de l'intérêt de l'enfant» in *le Droit au respect de la vie familiale* au sens de la CEDH, p.25 et suivantes

²² T. Dumortier «L'intérêt supérieur de l'enfant : les ambivalences d'une notion «*protectrice*» : un séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant», In La Revue des droits de l'homme, n° 3, juin 2013

Certains auteurs parlent de «*notion cadre*»²³, d'autres de «*notion au contenu variable*»²⁴ ou de «*notion standard*»²⁵ et certains évoquent «*le flou conceptuel de la notion*»²⁶.

Bien que toujours mentionné dans les textes, l'intérêt de l'enfant n'a jamais pour autant été défini. Monsieur Jean Zermatten²⁷, ancien Président du comité des droits de l'enfant de l'ONU, a essayé de définir l'intérêt de l'enfant comme étant une «*super protection*» qui «*doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs sont en concurrence*». Bien qu'il juge sa définition imparfaite, Jean Zermatten estime «*qu'elle a le mérite de résumer ce qui a été expliqué jusqu'ici et de synthétiser le concept*».

Pour la Cour européenne l'intérêt de l'enfant présente un double aspect ; d'une part il permet de «*garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain*», et, d'autre part de «*maintenir les liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne*»²⁸.

Cet intérêt supérieur de l'enfant qui semble être à présent la préoccupation du XXI^{ème} siècle, s'articule en considération du statut si spécifique de l'enfant en tant que personne, et plus particulièrement une personne faible et fragile qui nécessite une protection particulière et adaptée à son statut d'adulte en devenir.

Puis l'enfant, qui n'était considéré que comme la lignée du futur ou comme une charge financière par la société, est devenu au fil des années, une personne qui nécessite une attention et une protection particulière compte tenu de son jeune âge et de son incapacité à se protéger tant de lui-même que des autres.

Bien qu'il fallût attendre le XIX^{ème} siècle pour que l'enfant puisse bénéficier d'une protection particulière notamment en matière de travail, de justice ou d'éducation, ce ne fut qu'au XX^{ème} siècle que le législateur adopta les textes englobant ses droits et sa protection en lui attribuant un statut particulier et très étouffant²⁹.

Une des lois essentielles pour le droit des mineurs est sans aucun doute celle du 8 janvier 1993³⁰ relative à l'état civil, à la famille, aux droits des enfants, qui créant le juge aux

²³ C. Lienhard «Le rôle du juge aux affaires matrimoniales», *Economica*, 1985, p. 128

²⁴ L. Gareil «L'exercice de l'autorité parentale», *L.G.D.J* 2004, p. 232

²⁵ P. Bonfils et A. Gouttenoire, «Droit des mineurs», *Dalloz* 2008 p. 45

²⁶ G. Lebreton, «Le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur, critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français», *Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux* n° 2, 2003, p. 79

²⁷ Jean Zermatten juriste suisse «Le cadre international des droits de l'enfant» dans *Les Cahiers Dynamiques* 2016/3 n° 69 ; V aussi du même auteur «Intérêt supérieur de l'enfant ou intérêt sécuritaire» *Droits de l'enfant dans les Cahiers Dynamiques* 2009/1 n° 43

²⁸ CEDH *Gnahoré c/ France* du 19 sept. 2000 ; CEDH *Maumousseau et Washington c/ France* du 6 déc. 2007 ; CEDH *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 Juillet 2010

²⁹ H. Hamadi, «*le statut européen de l'enfant*», in *le Droit de l'enfant*, Revue Champs libres (n°6), L'Harmattan 2007, P.161

³⁰ Loi n°93-22 du 8 janvier 1993

affaires familiales, a notamment réformé l'autorité parentale en insérant l'article 79-1 dans le Code civil qui permet aux parents d'enfants nés sans avoir vécu de les déclarer à l'officier d'état civil qui établit alors un acte d'enfant sans vie énonçant les jour, heure et lieu de l'accouchement.

Dans les années 2000, le droit des mineurs a connu un véritable essor. Ainsi la loi du 6 mars 2000³¹ a instauré une autorité indépendante chargée de défendre et de promouvoir les droits des enfants : le Défenseur des droits de l'enfant. Le statut de ce Défenseur des droits de l'enfant a été modifié par la loi organique du 29 mars 2011³² dont la mission consiste « à défendre et (...) promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié et approuvé par la France ».

Cette loi reconnaît au Défenseur plusieurs moyens d'intervention ; il peut demander des informations, des explications ainsi que la communication de pièces, auditionner les différents intervenants, saisir les instances compétentes, procéder à des vérifications et présenter des observations devant les juridictions, et ce toujours dans « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

L'état de faiblesse qui entache les dix-huit premières années de la vie de l'enfant mineur a nécessité une attention particulière et une législation adaptée à sa différence visant à le protéger tout en prenant en considération, que cette protection n'était que temporaire et qu'elle devrait évoluer en fonction de l'âge de l'enfant.

Puis apparut dans les textes internes et internationaux concernant les droits de l'enfant la notion de « discernement ». Cette notion eût pour conséquence de subordonner l'exercice des droits du mineur à sa capacité de discernement.

Le Doyen Cornu³³ considère que l'âge de l'enfant est un indice important au vu de son développement mental et physique et écrit « il sera donc l'un des plus fermes critères du discernement ».

Ainsi l'enfant « capable de discernement » peut donner son consentement aux traitements, soins et interventions le concernant³⁴, il peut aussi demander à être entendu par le juge, et cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande³⁵ ; mais cet âge de discernement est, et demeure une question prétorienne.

³¹ Loi n°2000-196 du 6 mars 2000

³² Loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

³³ G. Cornu « l'âge civil » in Mélanges en l'honneur de P. Roubier, Dalloz, 1961 T. II p. 18

³⁴ Art. L 1111-4 du code de la santé publique

³⁵ Art. 388-1 C. civ.

Madame Lucette Loiseau³⁶ a interrogé le ministre de la justice *«sur la définition de l'âge du discernement des mineurs dans une procédure de justice, sachant que les magistrats fixent généralement cet âge à treize ans empêchant ainsi l'audition des enfants âgés de moins de treize ans»*.

Monsieur Jean-Jacques Urvoas, alors ministre de la justice³⁷ a répondu que *«la loi ne fixe pas d'âge de discernement et celui-ci fait l'objet d'une appréciation subjective de la part du juge. Ce dernier est donc invité à se fonder sur plusieurs éléments, à savoir, l'âge, la maturité et le degré de compréhension du mineur, et que le discernement doit être conforme à la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989»* confirmant ainsi la primauté prétorienne.

La jurisprudence considère que l'enfant en dessous de six ans ne peut être entendu faute de discernement³⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a admis, dans l'arrêt *Maumousseau et Washington* du 6 décembre 2012³⁹ que le juge national pouvait refuser d'entendre un enfant de quatre ans, considérant que sa parole n'était pas décisive.

Puis la Cour de cassation a, dans un arrêt du 18 mars 2014⁴⁰, cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion⁴¹ au motif qu'elle avait refusé l'audition d'un enfant de neuf ans au seul motif qu'il n'était pas capable du discernement nécessaire pour être entendu par le juge aux affaires familiales, et qu'en se *«bornant à se référer à l'âge du mineur, sans expliquer en quoi celui-ci n'était pas capable de discernement, et par un motif impropre à justifier le refus d'audition, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale»*.

Pour l'enfant âgé de treize ans, le législateur accorde une grande importance à son consentement concernant notamment le changement de nom⁴², ou son adoption⁴³.

Pour l'enfant âgé de seize ans dont le statut se rapproche plus d'une pré-majorité, le législateur lui est plus favorable ; ainsi il est émancipé par le mariage⁴⁴, on lui remet une

³⁶ Lucette Loiseau, députée, Question écrite n°98-316 au ministre de la justice, Journal Officiel de la République française, édition «Débats parlementaires - Assemblée nationale» n°31 AN (Q), 2 août 2016, P 7100

³⁷ Réponse ministre de la justice, Journal Officiel de la République française, édition «Débats parlementaires - Assemblée nationale» n° 10 AN (Q) 7 Mars 2017 P. 2109

³⁸ Montpellier, 6 oct. 2009, RG n° 08/04014

³⁹ CEDH *Maumousseau et Washington c/France* du 6 décembre 2007 ; Rennes, 18 déc. 2012, RG n° 10/03288

⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, Bull. 2015, I, n° 58

⁴¹ Saint-Denis de la Réunion du 15 mai 2013

⁴² Art. 60, 61-3 et 61-3-1 C. civ.

⁴³ Art. 345 C. civ.

⁴⁴ Art. 413-1 C. civ.

copie des comptes de gestion⁴⁵, il peut être autorisé par ses administrateurs légaux à accomplir les actes d'administration nécessaires à la création ou à l'administration d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou à une société unipersonnelle⁴⁶.

Mais le principe reste et demeure : l'enfant reste frappé d'une **incapacité d'exercice TOTALE** durant sa minorité.

On dit aussi que l'incapacité du mineur est **générale et uniforme, car elle est la même quels que soient les âges de la jeunesse à laquelle on raccroche la minorité.**

Ce qui signifie qu'il est titulaire de droits mais que la loi met des restrictions quant à l'exercice desdits droits par le mineur.

Cette incapacité générale d'exercice bien que temporaire, empêche le mineur de consentir à un acte juridique⁴⁷ et impose l'intervention du représentant du mineur (administrateur légal ou tuteur)⁴⁸, à défaut l'acte n'est pas valable⁴⁹, sauf «*dans les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes*»⁵⁰.

Cette incapacité d'exercice n'est pas sans poser de problèmes pour le mineur concernant les actes purement personnels tels que le mariage, la reconnaissance d'enfants nés hors mariage ou encore le contrat de travail qui ne peuvent être confiés à des tiers compte tenu de leur aspect «*personnel*».

D'après le professeur Philippe Malaurie⁵¹, la représentation du mineur, mécanisme de sa protection pour les actes juridiques est inconcevable pour les actes personnels ; en effet, «*maintenir le mineur dans le régime habituel de son incapacité pour les actes personnels serait le frapper d'une incapacité de jouissance*».

Ainsi le mineur peut reconnaître ses enfants naturels, pour cela il faut qu'il soit en état de comprendre la portée de son acte⁵², il a, seul, qualité pour exercer l'action en recherche de paternité ou de maternité concernant son enfant mineur, agir également seul pour intenter une action aux fins de subsides⁵³, déclencher la procédure d'assistance éducative (autorité parentale), faire les démarches en vue d'acquérir ou perdre une nationalité⁵⁴.

⁴⁵ Art. 387-5 et 413-5 C. civ.

⁴⁶ Art. 388-1-2 C. civ.

⁴⁷ Art. 1146 C. civ. (ex article 1124 C. civ.) modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 article 2

⁴⁸ Art. 408 C. civ. issu de la loi de 2007, art. 389-3 et 450 anciens C. civ. issus de la loi de 1964

⁴⁹ Art. 1128 C. civ. (ex article 1108 C. civ.)

⁵⁰ Art. 388-1-1 C. civ. créé par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016

⁵¹ Philippe Malaurie «*Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*» L.G.D.J 8^{ème} éd. mars 2016

⁵² Art. 316 C. civ. modifié par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 entrée en vigueur le 1^{er} mars 2019 et art. 311-17 C. civ.

⁵³ Art. 328 C. civ.

⁵⁴ Art. 21-12 C. civ. modifié par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, et art. 21-11 et 21-22 C. civ.

Le mineur peut également accomplir certains actes personnels : mariage⁵⁵, contrat de mariage⁵⁶, contrat de travail soumis au droit commun des contrats pour sa formation⁵⁷ et au droit spécial contenu dans le code du travail pour son exécution et les autorisations⁵⁸, contrat d'apprentissage⁵⁹, à condition d'avoir obtenu les autorisations nécessaires ; dans ce cas les actes sont conclus par le mineur avec l'autorisation notamment de ses parents et du procureur de la République.

L'enfant est aussi une personne lorsqu'il naît vivant et viable.

A travers des siècles de christianisme et de philosophie humaniste⁶⁰, s'est lentement développée une certaine conception de la personne humaine à laquelle le droit français adhère, lui conférant une prééminence dans la hiérarchie des valeurs à protéger⁶¹.

Ainsi on peut appréhender la personne d'un point de vue purement métaphysique (philosophique). Socrate⁶² disait «*connais-toi toi-même*», puis pour Descartes⁶³ ce fut «*je pense donc je suis*». S'ils ne définissaient pas directement la personne en tant que telle, ces deux philosophes plantaient déjà le décor car seuls les êtres humains sont des personnes qui pensent.

Les philosophes ont aussi tenté d'établir les conditions nécessaires et suffisantes d'attribution à un être humain de la qualité de personne et d'énoncer les critères en vertu desquels une personne est pour nous cette personne.

Jonh Locke⁶⁴ définit la personne comme étant «*un être intelligent qui a raison et réflexion, et qui peut se considérer soi-même comme soi-même, la chose pensante en des temps et des lieux différents*» et, «*ce qui caractérise l'homme est sa capacité de penser et le fait que ce soit un corps avec une étendue et une organisation particulière*».

S'appuyant sur la théorie de John Locke, Peter Singer⁶⁵ opère une distinction entre «la personne» et «l'être humain», puis s'interroge sur le sens du mot «être humain» en établissant

⁵⁵ Art. 145 C. civ.

⁵⁶ Art. 1398 C. civ.

⁵⁷ Art. 1101, 1103, 1104, 1106, 1128, 1145 et 1146 C. civ.

⁵⁸ Art. L 1222-1 du Code du travail (exécution du contrat de travail), art. L 4153-1 du Code du travail (obligations de l'employeur concernant l'emploi des enfants mineurs), et art. L 3162-1 à L 3162-3 du Code du travail (durée du travail)

⁵⁹ Art. L 6222-1 du Code du travail

⁶⁰ V. VILLEY (M) Philosophie du droit – I, définition et fin du droit, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz 1986, n° 66 à 70, p. 119 à 124

⁶¹ V. CABRILLAC (F) le droit et le corps humain thèse Montpellier 1962, P.1

⁶² Socrate, philosophe grec du Vème siècle avant J.C, connu comme l'un des créateurs de la philosophie moral, malheureusement il n'a laissé aucun écrit et sa pensée et sa réputation se sont transmises par des témoignages indirects.

⁶³ René Descartes, né le 31 mars 1596 à La Haye, décédé à Stockholm (Suède), le 11 février 1650, mathématicien, physicien et philosophe français, considéré comme le fondateur de la philosophie moderne.

⁶⁴ Essai sur l'entendement humain, II, chap. 11, § 9, publié en 1689

⁶⁵ Peter Albert David Singer dit Peter Singer philosophe australien Pratical Ethics, University Press, Cambridge, 2^{ème} édition, 1993, traduction de M. Marcuzzi, Question d'Ethique pratique, Bayard, Paris, 1997, P. 91-92

deux définitions ; la première fait état de l'être humain «*membre de l'espèce homo sapiens sapiens*» dont l'appartenance peut se prouver par une recherche effectuée sur les chromosomes et dont le critère d'appartenance à l'espèce *homo sapiens sapiens* serait de posséder vingt-trois chromosomes ; la seconde s'appuie «sur la liste d'indicateurs» que dresse John Fletcher⁶⁶ : «*la conscience et le contrôle de soi, le sens du futur et du passé, la capacité de rentrer en contact avec les autres, de se préoccuper des autres, la communication et la curiosité*». De la définition retenue dépendrait alors la possibilité d'attribuer au fœtus la qualité d'être humain.

Puis se fondant sur la théorie de John Locke, Peter Singer conclut que les fœtus, les nourrissons, les handicapés mentaux de naissance ne seraient pas des personnes.

Notre droit positif a une position beaucoup moins tranché et accorde le statut de personne à tout être né vivant et viable.

Il en est de même pour John Kaplan⁶⁷, qui écrit «*Pour que l'embryon soit considéré comme une personne humaine, il faudrait déjà qu'il puisse être un individu à part entière. Or, que l'embryon soit du vivant ne fait pas de lui d'emblée un être vivant [...] il n'est pas un être vivant c'est-à-dire un individu, doué d'unité, d'identité et d'indépendance. L'idée d'un être vivant suppose en effet une indépendance suffisante, un fonctionnement et un développement*».

Cette distinction entre «personne» et «être humain», se fonde sur la philosophie morale de Peter Singer et doit permettre de décider du droit à vivre notamment des embryons, des nourrissons et des jeunes enfants.

Nous pouvons appréhender la personne d'un point de vue du droit, et c'est ce qui nous intéresse tout particulièrement pour le développement de l'intérêt de l'enfant.

Le mot personne issu du latin «*persona*» était le masque utilisé par l'acteur pour jouer un personnage, puis en droit romain la personne prit un sens juridique et devint titulaire d'une existence civile et de droits.

La personne physique est un être humain vivant sans distinction de sexe, de race et de religion, conformément au préambule de la constitution de 1946⁶⁸.

En droit positif la notion même de personne a fait l'objet de vives discussions, notamment pour savoir à qui reconnaître la qualité de personne ; débat qui aujourd'hui semble clos comme nous le verrons plus tard.

⁶⁶ John Fletcher Hurst théologien protestant, né 17 août 1834 Comté de Dorchester (Maryland), décédé le 4 mai 1903 à Bethesda (Maryland)

⁶⁷ John Kaplan, *L'embryon est-il un être vivant*, Edition du Félin, 2008, P ; 95

Aujourd'hui, on peut affirmer que l'être humain a la qualité de personne mais que tout être humain n'est pas une personne ; ainsi l'embryon et le fœtus bien qu'étant des êtres humains dès leur conception, ne sont pas considérés par le droit positif comme étant des personnes, car pour avoir la qualité de personne il faut naître «vivant et viable», s'opère alors la rétroactivité; l'enfant né vivant et viable se voit reconnaître des droits alors qu'il n'était encore qu'un fœtus ainsi que nous le verrons dans la Partie préliminaire ci-après.

Sur ce point le droit rejoint la conception philosophique de John Locke et de Peter Singer.

Puis, il faut physiologiquement être en mesure de survivre pour être une personne car le droit positif ne considère pas non plus le cadavre, l'être humain après la mort, comme une personne.

Depuis la loi du 8 janvier 1993⁶⁹ instituant l'article 79-1⁷⁰ du Code civil, les enfants nés sans avoir vécu peuvent être déclarés à l'officier d'état civil, lequel établit alors un acte d'enfant sans vie qui énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement.

Se fondant sur la définition de la viabilité donnée en 1977 par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), l'instruction générale de l'état civil prescrivait aux officiers d'état civil de n'inscrire que les enfants mort-nés après un terme de vingt-deux semaines d'aménorrhée ou ayant un poids de 500 grammes.

La Cour de cassation⁷¹ a eu à se prononcer, le 6 février 2008 dans trois affaires dans lesquelles la Cour d'appel de Nîmes⁷² avait, par trois arrêts, débouté les parents d'enfants mort-nés ne répondant pas à ces critères pour l'établissement par l'officier de l'état civil d'un acte de naissance.

En cassant les arrêts rendus par cette cour d'appel, au motif qu'elle avait ajouté à la loi des conditions qu'elle ne prévoit pas, la Cour de cassation a, au contraire, entendu indiquer que l'article 79-1 du Code civil ne subordonnait l'établissement d'un acte d'enfant sans vie, ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse ; tout fœtus né sans vie à la suite d'un accouchement pouvait être inscrit sur les registres de décès de l'état civil, quel que soit son niveau de développement.

⁶⁸ Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

⁶⁹ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales

⁷⁰ Art. 79-1 C. civ. modifié par l'ordonnance 2019-964 du 18 septembre 2019 prise en application de la loi 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

⁷¹ Civ 1^{ère}, n°06-16.498 du 6 fév. 2008, Bull. 2008. I, n°41, Civ. 1^{ère} n°06-16.499 du 6 fév. 2008, Bull. 2008. I, n°42 et Civ. 1^{ère} 06-16.500 du 6 fév. 2008, Bull. 2008.I, n°43

La CEDH est aussi intervenue pour exposer que la personnalité juridique était acquise au jour du départ de la vie mais que ce jour était laissé à la libre appréciation des Etats⁷³.

La personne faisant partie de l'espèce humaine est à ce titre protégée par les dispositions de l'article 16 du Code civil : *«La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité humaine de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie»*.

Philippe Malaurie⁷⁴ écrivait déjà en 1999 *«que le Code civil a de la personne, même physique une conception désincarnée et abstraite, un être plus défini par le droit que par la nature. Elle n'est pas un individu fait d'une âme et d'un corps, mais le titulaire de droits et d'obligations qui peut exercer une activité juridique. A cet égard la définition est la même pour les personnes et les personnes morales. La personne est ainsi comprise de manière purement juridique»*.

De l'analyse du professeur Malaurie découle ce qui intéresse le droit positif : la personnalité juridique ; en effet, on ne peut pas parler de la personne sans aborder la personnalité juridique.

La personne se confond avec la personnalité juridique bien que la personne réelle faite de chair et d'os se détache de la personnalité juridique qui est une création du droit et une abstraction intellectuelle.

La personnalité juridique se détache de l'individu, personne réelle, jusqu'à devenir une qualité qui fait que celle-ci peut être attribuée à une personne morale.

Le détachement bien réel de la personnalité juridique et de la personne réelle a tendance à prendre une importance telle, que la personne réelle disparaît parfois pour être considérée comme une notion juridique ce qui entraîne une confusion de personnalités.

Enfin, bien que ce détachement existe, il y a souvent une confusion entre la personne et la personnalité juridique dont elle est issue pour devenir non une fin en soi mais un instrument au service de cette réalité.

Ainsi les êtres humains sont des personnes bénéficiant de la personnalité juridique. De cette personnalité juridique découlent des droits : droits familiaux (droit au mariage, PACS,

⁷² Nîmes n° 257 RG 04/00200 du 17 mai 2005 ; V. aussi Nîmes n° 253 RG 04/00192 du 17 mai 2005

⁷³ CEDH Vo c/France 8 juil. 2004, Réq. n° 53.924/00

⁷⁴ Ph. Malaurie Les personnes, les incapacités, Cujas, Paris 1999, P. 21

reconnaissance, filiation, minorité, adoption, autorité parentale, divorce, droit au respect de la vie privée), droits de la personnalité - nom, nationalité, domicile, liberté de pensée, de réunion - droit à la justice, droit à l'honneur, droit à l'image, etc...), mais aussi des droits individuels qui sont en fait des libertés tels que le droit à la liberté d'opinion, à la liberté d'expression et à la liberté d'association.

La personne englobe l'adulte mais également l'enfant mineur titulaire de droits mais comme nous le verrons, mais qui ne peut, au vue de son incapacité temporaire, les exercer.

De son statut d'enfant mineur, nécessitant une protection particulière et adaptée est apparue une notion abstraite : *«l'intérêt de l'enfant»* pour devenir *«l'intérêt supérieur de l'enfant»*.

Le sujet que nous allons traiter sera très précisément l'intérêt de l'enfant dans les droits extra-patrimoniaux ; droits subjectifs inhérents à la nature même de la personne, détenus à titre personnel et qui visent à protéger la personne tant dans son individualité que dans sa vie familiale et sociale.

Ces droits sont, on le sait, en principe incessibles ; ils s'éteignent à la mort, intransmissibles aux héritiers et aux légataires (sauf quelques exceptions), insaisissables par les créanciers et surtout imprescriptibles (ils ne peuvent être ni acquis ni perdus par l'écoulement du temps).

L'imprescriptibilité de ces droits recouvre tant la prescription acquisitive qu'extinctive.

Nous verrons également que l'intérêt de l'enfant dans les droits extra patrimoniaux aura des conséquences sur son patrimoine ; l'interférence entre les droits extra-patrimoniaux et les droits patrimoniaux est alors bien réelle. Ainsi l'établissement de la filiation de l'enfant aura notamment comme conséquence de lui reconnaître des droits successoraux.

Nous suivrons au cours de cette thèse la dichotomie classique établie dans les droits extra-patrimoniaux : cela nous conduira à faire une distinction entre le droit public et les droits de l'homme qui organisent les relations de l'homme avec l'Etat dans le respect de l'ordre public (Partie I) et les droits privés dans lesquels nous trouverons notamment le droit de la personnalité et les droits familiaux (Partie II).

Nous nous interrogerons également sur le devenir de l'intérêt de l'enfant pris au piège dans une société sans cesse en évolution qui contraint souvent la législation à évoluer en conséquence.

Cela nous amènera à nous interroger plus précisément sur le point de savoir si cet enfant que l'on souhaite protéger, voire surprotéger ne va pas finir par être sacrifié au vu de considérations politiques et économiques.

L'intérêt de l'enfant qui a aujourd'hui une place prépondérante et essentielle ne cesse jamais d'être au cœur des nouveaux textes afin de prendre en considération, non seulement son statut actuel mais aussi son futur statut d'adulte.

Les droits de l'Homme et le droit public ont pour mission de protéger l'homme et plus particulièrement l'enfant qui est un être vulnérable et qui deviendra un futur citoyen.

Nous verrons que l'intérêt de l'enfant est encore plus omniprésent dans les droits privés que l'on oppose au droit public, bien qu'aucune définition n'en soit donnée.

Mais avant d'entrer dans le développement de l'intérêt de l'enfant, nous allons tout d'abord, dans la Partie Préliminaire ci-après, définir l'enfant, puis nous rappellerons l'évolution du droit positif jusqu'à la reconnaissance de son statut particulier d'être vulnérable. Nous aborderons aussi la protection qui découle directement de son statut d'enfant mineur ainsi que sa place au sein de la famille.

PARTIE PRELIMINAIRE : L'enfant, homme en devenir frappé d'incapacité mais titulaire de droits et protégé

Avant d'aborder le plus précisément possible l'intérêt de l'enfant au XXI^{ème} siècle au regard des droits extrapatrimoniaux, il faut, dans un premier temps, définir l'enfant en tant que personne.

Puis évoquer, l'état de minorité dans lequel l'enfant se trouve placé, et qui a pour conséquence de créer pour lui **une incapacité totale mais temporaire**, et de lui imposer pour les actes juridiques qui lui sont permis sa représentation, sans omettre que son état de minorité a également comme conséquence de lui interdire de faire certains actes, et ce même s'il est représenté.

Enfin, nous verrons, quand et comment l'enfant acquiert la personnalité juridique, puis la place qu'il occupe au sein de la famille.

Doté de la personnalité juridique, on verra que l'enfant est alors sujet actif et passif de droits.

Abordons tout d'abord les diverses définitions que l'on peut donner de l'enfant.

Titre I / Différentes définitions de l'enfant

L'enfant, hérité du latin où *l'infans* devenait *puer* à 7 ans et *puber* à l'âge de quinze ans, évoque plutôt la période de l'apprentissage et de la découverte qui le mènera à l'âge adulte.

L'enfant, c'est celui qui apporte la joie au sein de la famille, qui représente la continuité, la descendance, et, à qui il échoit la transmission du patrimoine génétique, immobilier et mobilier de ses auteurs.

L'enfant c'est également un individu de l'espèce humaine et qui se définit dans la lignée paternelle et maternelle comme étant un descendant de premier degré, et c'est aussi un garçon ou une fille qui est le fils ou la fille de.....

Ainsi deux conceptions de l'enfant émergent : l'enfant âgé de moins de dix-huit ans (chapitre 1), et l'enfant, le descendant (chapitre 2).

On a dit que l'enfant était le fil ou la fille de... Cependant l'enfant peut naître intersexué (chapitre 3).

Chapitre 1. L'enfant mineur âgé de moins de dix-huit ans

Lorsque l'on parle du mineur⁷⁵ cela sous-entend qu'il n'a pas atteint l'âge de la majorité civile fixé à l'âge de dix-huit ans depuis la loi du 5 juillet 1974, ni la majorité politique⁷⁶.

L'enfant âgé de moins de dix-huit ans, comme le dit le Code civil⁷⁷, est «*le mineur de l'un ou l'autre sexe qui n'a point atteint l'âge de dix-huit ans*».

Cette période qui va de la naissance englobe l'enfance et l'adolescence ; ces deux phases qui durent relativement longtemps sont utiles et nécessaires pour que la personnalité de l'enfant se construise dans les meilleures conditions afin qu'il devienne un adulte capable et responsable.

C'est pourquoi durant toute cette période, civilement l'enfant mineur est frappé d'une incapacité d'exercice générale due à son âge⁷⁸ et, est donc protégé, ce qui l'empêche de s'engager juridiquement dans un contrat⁷⁹ bien qu'il puisse accomplir seul «*les actes courants autorisés par la loi ou l'usage pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales*».⁸⁰

La Convention internationale de l'enfant (CIDE) dite aussi Convention de New-York⁸¹ s'accorde sur le fait que l'enfant bénéficie d'une protection mais indique qu'il a aussi des droits qui peuvent s'exercer contre ses parents, tels que : droit à la liberté d'opinion⁸², la liberté d'expression⁸³, la liberté d'association⁸⁴.

Cette protection s'étend tant à sa personne (santé, moralité, sécurité, éducation) qu'à son patrimoine (administration légale dont le régime a été modifié par l'ordonnance du 15 octobre 2015)⁸⁵, de par son placement sous l'autorité parentale⁸⁶.

⁷⁵ **Ethymologie** de mineur : du latin *minor, oris* = comparatif *de parvus, a, um* : petit ; *minus* = moins (de 18 ans)

⁷⁶ Art. L 2. du Code électoral

⁷⁷ Art. 388 C. civ.

⁷⁸ Biblio. J. MASSIP, les incapacités (étude technique et pratique) préf. J. Carbonnier, éd. Defrénois 2002 ; Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, Droit des mineurs, Dalloz 2^e éd. 2014

⁷⁹ Art. 1145 et 1146 C. civ.

⁸⁰ Art. 1148 C. civ. crée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats et des obligations.

⁸¹ Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) adoptée par l'assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1989 et ratifiée à New-York le 26 janv. 1990

⁸² Art. 12 CIDE

⁸³ Art. 13 CIDE

⁸⁴ Art. 14 CIDE

⁸⁵ Art. 382 et 382-1 C. civ. créés par l'ordonnance n° 2015-1238 du 15 octobre 2015, et art. 383, 384, 385 C. civ.

Cette autorité parentale étant un ensemble de pouvoirs et de devoirs rassemblés entre les mains des parents.

Abordons maintenant l'enfant en sa qualité de descendant.

Chapitre 2. L'enfant, le descendant

L'enfant c'est aussi le descendant de ses pères et mères, statut qu'il a acquis de par sa naissance et, est connu des tiers dès que sa filiation ou sa reconnaissance est établie à l'égard de son ou ses géniteurs.

Ainsi que l'a dit le professeur Bénabent :⁸⁷ *«l'état de l'enfant consiste dans le lien de filiation qui le relie à ses parents»*.

Cette phrase du professeur Bénabent va nous permettre de préciser que l'enfant est saisi à travers la filiation.

La filiation sera d'ailleurs développée lorsque nous aborderons les droits de la personnalité, mais nous pouvons d'ores et déjà dire qu'il aura fallu attendre le XXI^{ème} siècle, avec l'ordonnance du 4 juillet 2005, pour que la distinction entre enfants légitimes et naturels disparaisse pour laisser place à la distinction entre enfants nés pendant le mariage ou nés hors mariage. Cette ordonnance régit aujourd'hui la filiation.

Par, l'arrêt *Marckx*⁸⁸, la CEDH a reconnu que l'enfant comme le parent sont titulaires du droit d'établir la filiation et a affirmé que la protection de la vie familiale implique la reconnaissance juridique des relations familiales. La cour déduit ce droit à la vie familiale⁸⁹ alors que même la Convention européenne ne consacre pas expressément un droit à l'établissement de la filiation.

Ce respect de la vie familiale implique en droit national, l'intégration de l'enfant dans la famille, notamment par la possibilité d'établir sa filiation en faisant prévaloir la réalité biologique et sociale sur la présomption légale de paternité⁹⁰.

Ainsi le lien biologique et affectif existant entre l'enfant et l'un de ses parents doit être

⁸⁶ Art. 371-1 et 372 C. civ.

⁸⁷ Alain Bénabent, « Le droit de la famille », Domat, LGDJ, 3^{ème} éd. 2014

⁸⁸ CEDH *Marckx c/ Belgique* du 13 juin 1979, JT 1979, 513 obs. F. Rigaux ; AFDI 1980.317, Obs, Pelloux ; JDI, 1982. 183, obs. P. Rolland. GACEDH, 4^e éd. 2007, comm. n°4

⁸⁹ Art. 8 Convention européenne des droits de l'homme (CESDH)

traduit par des liens juridiques.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans l'arrêt *Gaskin*⁹¹ a reconnu le droit à l'enfant d'accéder à des informations concernant son enfance et ses années de formation dans le champ de «*la vie privée familiale*»⁹² et le droit à la connaissance de ses origines a été clairement consacré dans l'arrêt *Odièvre* en 2003⁹³ (dans cet arrêt la Cour a examiné la requête sous l'angle de la vie privée en écartant l'angle de la vie familiale) confirmé par l'arrêt *Godelli* en 2012⁹⁴.

L'article 7-1 de la CIDE⁹⁵, lui reconnaît «*dans la mesure du possible le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux*».

De cette affirmation a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme un droit à l'enfant de connaître ses origines (voir *supra*).

Le droit positif ne consacre pas ce droit de l'enfant à l'établissement de sa filiation de manière générale mais le législateur a progressivement supprimer les obstacles existant dans le Code civil⁹⁶ pour l'établissement de la filiation aboutissant ainsi indirectement à consacrer le droit de l'enfant à l'établissement de sa filiation⁹⁷ ce qui revient à reconnaître indirectement le droit de connaître ses origines contenu dans l'article 7-1 de la CIDE car le droit à l'établissement de la filiation conduit indubitablement au droit de connaître ses origines.

La loi du 25 juin 1982⁹⁸ vint modifier les modes d'établissement de la filiation en admettant la possession d'état comme mode de filiation.

Puis la loi du 8 janvier 1993 assouplit les conditions de la recherche de paternité naturelle.

Mais c'est par l'ordonnance du 4 juillet 2005⁹⁹ que fut consacré l'accès au droit de la filiation maternelle de l'enfant par la transcription juridique du principe «*Mater semper certa est*».

⁹⁰ CEDH *Kroon c/Pays-bas* 27 octobre 1994, JCP 1995, I.3823, obs. F. Sudre.

⁹¹ CEDH *Gaskin c/Royaume-Uni* du 7 Juillet 1989, GACEDH, p. 423.

⁹² Dans le même sens, M. G. *c/Royaume-Uni*, 24 sept. 2002, JCP 2002. I. 109, n°17, chron. F. Sudre

⁹³ CEDH *Odièvre c/ France* du 13 fév. 2003 ; JCP 2003. I. 120, étude Ph. Malaurie ; JCP 2003. II. 1049, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre ; RTD civ. 2003. 276, obs. J. Hauser et p. 375, obs. J-P. Marguénaud

⁹⁴ CEDH *Godelli c/ Italie* du 25 sept. 2012 ; RDLC 2013, n°100, p.35, obs. C. Le Boursicot ; JDJ n°325, mai 213, p. 41, obs. G. Mathieu

⁹⁵ Convention Internationale des droits de l'enfant Convention des Nations Unies (CIDE) du 20 novembre 1989 déjà cité supra

⁹⁶ V. articles 334 et 342 du Code civil de 1804 interdisant l'établissement de la filiation adultérine ont été supprimés.

⁹⁷ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 qui a assoupli les conditions de recherche de paternité

⁹⁸ Loi n°82-536 du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 C. civ.

⁹⁹ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, codifiée sous l'article 311-25 C. civ.

Quant à la filiation de l'enfant né au cours du mariage, ce dernier bénéficie de la présomption de paternité¹⁰⁰, mais même lorsque cette présomption est écartée¹⁰¹ elle peut être rétablie de plein droit¹⁰².

Bien avant cette réforme la Cour de cassation¹⁰³, concernant le droit à l'accès de l'enfant à sa filiation, considérait que le juge avait l'obligation d'ordonner une expertise génétique dès lors qu'elle était sollicitée par le demandeur.

La loi bioéthique qui devrait être votée d'ici le début de l'année 2021 en reconnaissant la «PMA pour toutes» révolutionne profondément le mode d'établissement de la filiation pour les couples de femmes. En effet, la femme n'ayant pas accouché de l'enfant pourra établir sa filiation par une déclaration conjointe préalable devant notaire comme peuvent le faire actuellement les couples hétérosexuels non mariés.

Cette loi semble être un paradigme dicté par une société se voulant toujours plus libérale au mépris même de l'intérêt supérieur de l'enfant ; le besoin d'enfant semble avoir primé sur l'intérêt de l'enfant bien que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ait rappelé que l'intérêt de l'enfant soit la primauté parmi les primautés.

Le législateur a donc fait primer l'intérêt de la femme et plus précisément celui des couples de femmes lesbiens sur celui de l'enfant.

Cette mise en avant de la primauté de l'intérêt de ces couples en besoin d'enfant qui peut heurter sur le plan moral peut-elle trouver une justification juridique ou seulement une justification médicale qui vient mettre à mal l'intérêt supérieur de l'enfant dont la reconnaissance et la défense sont le moteur de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE).

Nous reviendrons sur ce point lorsque nous aborderons la Procréation médicalement assistée (PMA) sous Les droits privés, Titre I Chapitre I Section II.

Le descendant, c'est aussi celui qui, de par l'établissement de sa filiation, porte le nom de famille qui se transmettra à ses enfants, qui à leur tour le transmettront et ce nom perdurera au-delà de l'extinction des aïeux.

¹⁰⁰ Art. 312 C. civ.

¹⁰¹ Art. 313 C. civ.

¹⁰² Art. 314 et 315 C. civ.

¹⁰³ *L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* », Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°98-12.806, Bull.2000. I, n°103 ; JCP 2000. II. 10409, concl. C. Petite, note M. C. Monsailler Saint-Mleux ; JCP. 2000. II. 10410, obs. T. Garé ; D. 2000. 731, note T. Garé ; D. 2001. 2868, note C. Desnoyer ; D. 2001. 976, obs. F. Granet ; RJPF 2000-5/38, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2000. 304, obs. J. Hauser ; Defrénois 2000, art. 37194, p. 769, obs. J. Massip ; Dr. Fam. 2000, comm. n°27, obs P. Murat

Le nom c'est l'interface de la filiation. Quand l'enfant a une filiation établie par présomption ou par reconnaissance, il prend alors le nom de famille de son père et /ou de sa mère ou des deux quand la filiation est établie à l'égard des deux parents, ou le nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie¹⁰⁴.

Nous allons à présent aborder un tout autre sujet qui concerne l'enfant : l'intersexuation. Une personne est dite intersexuée lorsque son ambiguïté sexuelle est visible et que ses organes ne sont pas fonctionnels.

L'intersexuation qui recouvre une réalité anatomique est pour l'instant ignorée par le droit positif alors que d'autres législations, comme nous le verrons, reconnaissent son existence sur le plan juridique.

Chapitre 3. L'enfant intersexué

La cause la plus fréquente d'intersexuation est le syndrome de Klinefelter due à un surnombre de chromosomes sexuels (XXY).

Au vu de cette réalité anatomique certaines voix s'élèvent pour la reconnaissance d'un «sexe neutre», ce troisième sexe qui viendrait coexister avec le sexe masculin ou féminin, ou la binarité sexuelle.

En Australie, la haute juridiction a décidé en 2014¹⁰⁵ «*qu'une personne peut être reconnue par l'état civil comme de genre neutre, et qu'elle peut donc être ni de sexe masculin ni de sexe féminin*», et a ainsi rejeté l'appel déposé par l'Etat de la Nouvelle-Galles-du-Sud (Etat de Sydney) qui réclamait que seuls soient reconnus les genres masculin et féminin.

Cette décision marque la fin d'une longue bataille menée par Nory May-Welby, un transsexuel qui avait en 2010, obtenu que le Registre de l'état civil l'enregistre sous la catégorie «*genre non spécifique*» avant de revenir sur sa décision

Mory devint ainsi la première personne «*neutre*» du monde.

En Asie, plusieurs pays reconnaissent l'existence d'un troisième sexe. Ainsi lors du recensement national en 2011, le Népal a permis à sa population de se déclarer comme étant de sexe «masculin», «féminin» ou «autre».

¹⁰⁴ Art. 311-21 et 311-23 C. civ.

En Allemagne, dès 2013, les parents d'enfants intersexués peuvent ne pas mentionner de sexe sur l'acte de naissance, laissant ainsi à l'enfant la liberté de choisir son sexe légal à tout moment de sa vie. Puis le 8 novembre 2017¹⁰⁶ l'inscription d'un sexe «autre» que «masculin» et «féminin» a été exigé sur les registres de naissance. Ainsi doit figurer sur les documents administratifs à côté des mentions «*masculin*» et «*féminin*» une «*troisième catégorie*». Les juges ont également exigé que le législateur vote les textes nécessaires avant la fin de l'année 2018, et cette décision a fait l'objet d'un texte adopté par le gouvernement allemand le 15 août 2018.

S'agissant des Pays-Bas, le tribunal du district de Limburg¹⁰⁷ a reconnu le droit à un néerlandais intersexué de ne pas s'inscrire comme homme ou femme sur son acte de naissance ; dans son jugement le tribunal a estimé «*qu'il était temps de reconnaître un troisième sexe*».

A Malte, le «Gender identity, Gender Expression and sex characteristics act» (GIGESC)¹⁰⁸ vise à protéger les droits des personnes transgenres, intersexes, et instaure en particulier le droit à l'autodétermination de son identité.

En Autriche Alex Jürgen¹⁰⁹ a obtenu de la Cour constitutionnelle que les personnes ne souhaitant pas s'identifier comme homme ou femme puissent désormais en avoir le droit dans leurs démarches administratives. Pour rendre cette décision la Cour a invoqué l'article 8 de la CESDH, et a notamment indiqué que cet article garantissait un «*droit à une identité sexuelle individuelle*» et protégeait «*en particulier les gens avec une identité sexuelle alternative*».

En France, depuis une circulaire de 2011¹¹⁰ les parents d'un enfant intersexué ont la possibilité de ne pas choisir le sexe de l'enfant jusqu'à ses deux ans. Mais les parents devront après avis médical indiquer le sexe qui semble le plus probable.

La Cour de cassation dans un arrêt du 4 mai 2017¹¹¹ a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans¹¹² qui avait refusé à D. de substituer au sexe masculin, figurant sur son

¹⁰⁵ Haute cour australienne, 2 avril 2014, Affaire Nory May-Welby

¹⁰⁶ Le Tribunal Constitutionnel fédéral de Karlsruhe, 8 novembre 2017

¹⁰⁷ Tribunal du District de Limburg, le 28 octobre 2018

¹⁰⁸ GIGESC adopté à l'unanimité le 1^{er} avril 2015

¹⁰⁹ Cour Constitutionnelle autrichienne, décision du 29 juin 2018

¹¹⁰ Art. 55 Circulaire du 28 octobre 2011, NOR : JUSC 1119808C « *Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte »*

¹¹¹ Civ. 1^{ère} 4 mai 2017 n°16-17.189.

¹¹² Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281

acte de naissance, celle de « sexe neutre » ou à défaut « intersexe » au motif *« que la loi française ne permet pas de faire figurer dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin [...] et que la reconnaissance par le juge de « sexe neutre » aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination »*.

Dans les années à venir il est probable que le droit positif sous la pression de l'évolution de la société prenne en considération la réalité médicale et finisse par reconnaître « un sexe neutre ».

L'enfant recouvre, comme nous venons de l'indiquer, plusieurs définitions et une réalité que le droit ne peut ignorer ; l'enfant, c'est celui envers lequel les parents ont des devoirs tels que l'obligation alimentaire, les obligations de soins et d'éducation.

Mais l'enfant recouvre aussi une autre réalité : c'est un petit être que ses parents entendent chérir et protéger contre les aléas de la vie. Les parents sont d'ailleurs épaulés par le droit et l'Etat eu égard à la position de faiblesse de l'enfant au sein de notre société.

L'Etat offre à l'enfant, dans son état passager de mineur, une protection juridique adaptée à ses faiblesses : **c'est l'état de minorité de l'enfant.**

Titre II / Le droit des incapacités - La protection des mineurs - L'autorité parentale - Le droit de jouissance légale -

L'incapacité de l'enfant mineur bien que temporaire obéit à un principe : les actes juridiques lui sont interdits (chapitre 1) mais comme tout principe, il souffre des exceptions (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le principe

L'incapacité totale d'exercice dont est frappé le mineur a des conséquences sur les actes personnels et juridiques (section 1). Cet enfant doit être protégé tant de lui-même que des autres. Cette protection est notamment confiée à ses parents titulaires de l'autorité parentale (Section 2) et qui sont aussi administrateurs légaux (Section 3).

Section 1 - L'incapacité du mineur et ses conséquences sur les actes personnels et juridiques

Comme l'a si bien dit le Professeur Philippe Malaurie¹¹³ : «*Le patrimoine du mineur est un royaume menacé parce que son prince est un enfant*» et «*derrière le mot incapacité se profile la faiblesse humaine avec toutes ses facettes : l'enfant, le vieillard, le malade, l'individu handicapé, l'idiot, le pauvre type, le fou, l'exclu social, le clochard, l'alcoolique, le drogué....*».

Durant sa minorité l'enfant est frappé d'une **incapacité TOTALE** de principe : **l'incapacité d'exercice**.

On dit aussi que l'incapacité du mineur est **générale et uniforme, car elle est la même quels que soient les âges de la jeunesse à laquelle on raccroche la minorité**.

Ce qui signifie qu'il est titulaire de droits mais que la loi met des restrictions quant à leur exercice par le mineur.

Toutefois, le droit des incapacités se heurte au principe de la sécurité juridique des transactions, exigence nécessaire et essentielle au commerce.

Il est vrai que les incapables sont redoutés par les commerçants et les notaires.

Quant aux banques, de la même manière qu'elles ignorent le régime matrimonial de leurs clients, elles ignorent le droit des incapacités, ce qui engendre de véritables problèmes.

De plus, il arrive parfois que l'enfant soit, en plus d'être atteint de l'incapacité due à son statut de mineur, atteint d'une maladie ou d'un handicap, il mérite alors une attention plus particulière ; laquelle consiste en une protection juridique et financière plus adaptée à ses besoins de soins et à son hébergement.

Il faut alors une protection plus efficace afin de le protéger des autres mais également de lui-même de par des décisions qui pourraient mettre à mal sa santé, sa sécurité ainsi que son patrimoine.

A l'origine, le Code civil avait conçu la protection des mineurs comme une tâche

¹¹³ Ph. Malaurie, « *Les personnes, les incapacités* » éd. Defrénois, 2004, introduction

familiale et consistait uniquement en la protection de ses biens au détriment de sa personne.

Depuis les liens familiaux se sont distendus, c'est pourquoi la loi du 14 décembre 1964¹¹⁴ rédigée par le Professeur Jean Carbonnier, a redéfini le statut de la minorité, en tenant compte de cette évolution, et en substituant, notamment le juge à la famille éloignée. Les proches parents (père -mère - conjoint et enfants) conservent cependant un rôle important et prédominant dans la protection du mineur.

Nous verrons que la loi du 5 mars 2007¹¹⁵, ayant pour objet la protection juridique des majeurs, a naturellement eu des incidences sur la protection juridique des mineurs.

Ladite loi a notamment réorganisé les trois derniers titres du livre 1^{er} du Code civil relatif aux personnes, en distinguant, désormais, savoir :

- Dans le titre X «de la minorité et de l'émancipation», les dispositions propres aux mineurs,
- Dans le titre XI «de la majorité et des personnes protégés par la loi», les dispositions propres aux majeurs,
- Dans le titre XII, «de la gestion du patrimoine des mineurs et des majeurs en tutelle», les dispositions communes aux mineurs et aux majeurs.

Ces dispositions intéressent tout particulièrement la gestion du patrimoine des personnes vulnérables.

La loi d'habilitation du 16 février 2015¹¹⁶ a autorisé le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires notamment pour simplifier les règles relatives à l'administration légale¹¹⁷ ; c'est donc l'ordonnance du 15 octobre 2015 qui définit le régime d'administration des biens du mineur.

Ces modifications ont pour conséquence d'avoir entraîné une restructuration complète des textes applicables.

Cette incapacité générale d'exercice bien que temporaire, empêche le mineur de consentir à un acte juridique et impose l'intervention de son représentant (administrateur légal ou tuteur) à défaut l'acte n'est pas valable¹¹⁸.

¹¹⁴ Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964

¹¹⁵ Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs

¹¹⁶ BRDA, 4/15 inf. 24

¹¹⁷ Art. 382 et suivants du C. civ.

¹¹⁸ Voir supra sous 47, 48, 49

L'ordonnance de 2015 a supprimé les régimes d'administration légale sous contrôle judiciaire et d'administration pure et simple au profit d'un régime unique d'administration légale tout en recentrant le contrôle du juge des tutelles sur des situations considérées comme présentant un plus grand risque¹¹⁹.

L'objectif de cette simplification est de permettre aux représentants légaux de l'enfant de pouvoir agir dans son intérêt, sans avoir pour cela, à se rapprocher du juge des tutelles pour obtenir une autorisation pour des actes sans risque.

Ainsi depuis le 1^{er} janvier 2016¹²⁰ le parent exerçant seul l'autorité parentale n'a plus à solliciter le juge pour accomplir la plupart des actes de disposition sauf pour ceux visés à l'article 387-1 du Code civil.

Mais l'enfant mineur peut, malgré son incapacité, «accomplir seul les actes courants autorisés par la loi ou l'usage pourvus qu'ils soient conclus à des conditions normales»¹²¹.

Et cela ne l'empêche pas d'accomplir les actes purement personnels tels que le mariage, la reconnaissance d'enfant nés hors mariage, le testament ou encore le contrat de travail qui ne peuvent être confiés à des tiers compte tenu de leur aspect «*personnel*», et ne fait pas obstacle à ce que l'enfant mineur ait une certaine autonomie ; ainsi le mineur dès quatorze ans peut conduire un cyclomoteur¹²², âgé de seize ans une moto¹²³ et dès dix-sept ans un bateau de plaisance¹²⁴.

Afin d'assurer sa protection, l'enfant durant sa minorité se trouve placé, en général, sous l'autorité parentale de ses père et mère, ou de l'un d'entre eux.

Section 2 - L'autorité parentale

L'autorité parentale, qui est l'un des pendants essentiels de la protection des mineurs

¹¹⁹ Art. 387-1 du C. civ.

¹²⁰ Ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille a profondément réformé le régime de l'administration légale des mineurs.

¹²¹ Art. 1148 du C. civ. modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018

¹²² Art. R 200-11 du Code de la route

¹²³ Art. R 221-5 1° du Code de la route

¹²⁴ Art. 4 et 6 du décret du 15 mars 1966

mérite un développement particulier, sur lequel il y aura lieu de revenir plus loin, et ce, de manière beaucoup plus exhaustive.

L'autorité parentale qui «est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant»¹²⁵ s'est substituée à la puissance paternelle, qui comme son nom l'indique donnait tout pouvoir au «père de famille», qui était aussi «le chef de famille».

Ce ne fut qu'en 1970¹²⁶ que la puissance paternelle, contenue dans le Code civil de 1804, laissa sa place à l'autorité parentale en accordant à la femme une reconnaissance et les mêmes droits que son époux concernant leurs enfants communs.

Le principe de la "puissance paternelle" (*patria potestas*), issu du droit romain, régissait toujours au XVII^{ème} siècle, les rapports des pères et des enfants, en particulier sur la question du choix des conjoints, comme le rappellera Claude de Ferrière en 1681¹²⁷.

Molière¹²⁸ lui-même n'hésitait pas à mettre en scène cette puissance paternelle si oppressante en la ridiculisant et en la critiquant ouvertement¹²⁹ dans ses nombreuses pièces.

L'intérêt de l'enfant qui est aujourd'hui une priorité, est au centre de l'autorité parentale, car en cas de défaillance des parents mettant en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant mineur, le juge des enfants, peut prendre toutes les mesures nécessaires et notamment des mesures d'assistance éducatives¹³⁰ afin de veiller à protéger au mieux l'enfant.

Le juge dispose, à cet effet, de mesures telles que :

- l'action éducative en milieu ouvert (AEMO) qui est la mesure privilégiée en toutes circonstances car elle permet le maintien du mineur dans le milieu de vie qui est le sien tout en le subordonnant à des obligations particulières : suivi éducatif, fréquentation d'un établissement spécialisé, hébergement exceptionnel ou périodique dans un service en cas de crise,

¹²⁵ Art. 371-1 C. civ. modifié par la loi n°2013-404 du 17 mai 2013.

¹²⁶ Loi n°70-459 du 4 juin 1970, a opéré un véritable bouleversement puisqu'elle substitue, dans le code civil, les règles relatives à l'autorité parentale à celles de la puissance paternelle, et ainsi transfère aux deux parents l'autorité parentale et non plus seulement au père.

¹²⁷ Claude de Ferrière «Le nouveau praticien contenant l'art de procéder dans les matières civiles, criminelles et bénéficiales suivant les nouvelles ordonnances», La mémoire du droit, éd. Expertise, 1686, p. 3-7

¹²⁸ Jean-Baptiste Poquelin dit Molière, comédien et dramaturge français né en janvier 1662 à Paris, décédé le 17 février 1673 à Paris

¹²⁹ Le médecin malgré lui, III, 6 «Il n'est puissance paternelle qui puisse m'obliger à me marier malgré moi» 1666, Les fourberies de Scapin, III, 1, «Ce que je vois de plus redoutable dans ces sortes d'affaires, c'est la puissance paternelle, auprès de laquelle tout mérite ne sert de rien» 24 mai 1671. La princesse d'Elide, I, 1 «La puissance que le Ciel me donne sur toi» 1664.

¹³⁰ Art. 375 et suivants C. civ.

- l'aide à la gestion du patrimoine : mesure qui permet de verser les prestations familiales à une personne qualifiée, dite déléguée aux prestations familiales, lorsqu'elles ne sont pas employées pour les besoins liés à l'entretien, à la santé et à l'éducation des enfants,

- l'accueil à la journée : mesure visant à apporter au mineur le soutien psycho-éducatif ou un accompagnement social ou scolaire,

- ou encore le retrait total du milieu familial : lorsque le danger est prégnant, le Juge des enfants peut décider de retirer l'enfant de son milieu de vie habituel et de le confier soit aux services de l'aide social à l'enfance (placement en famille d'accueil ou en établissement), soit à une personne morale ou à un service habilité, par exemple en établissement psychiatrique, soit à une personne physique : le père, la mère, un membre de la famille ou un tiers digne de confiance.

Le juge, dont la mission première est de veiller à l'intérêt de l'enfant prendra la mesure la mieux adaptée pour l'enfant mais il ne peut excéder les pouvoirs dont il dispose ; en effet la Cour de cassation¹³¹, dans un arrêt rendu le 4 janvier 2017, considère que *«le juge des enfants ne peut, sauf acte usuel, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui il est confié l'enfant à accomplir un acte relevant de l'autorité parentale, qu'à titre exceptionnel lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie ou en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale»*.

L'enfant mineur bénéficie d'une double protection : il est sous l'autorité parentale de ses père et mère, ce que nous avons brièvement évoqué ci-dessous et sur laquelle nous reviendrons plus amplement dans la Deuxième Partie sous le titre II Chapitre IV, est aussi sous l'administration légale de ses père et mère.

Section 3- L'administration légale

L'autre pendant de l'autorité parentale est l'administration légale¹³² ; ce pendant s'attache essentiellement à la gestion du patrimoine de l'enfant mineur. Ainsi l'administrateur légal peut accomplir seul les actes d'administration, bien qu'aucun texte ne le précise, et afin de sécuriser les opérations effectuées, chacun des administrateurs est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre parent, le pouvoir de faire seul les actes d'administration portant

¹³¹ Civ. 1^{ère} du 4 janvier 2017

¹³² Art. 382 C.civ. modifié par l'ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015

sur les biens de l'enfant¹³³ .

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 15 octobre 2015¹³⁴ *«l'administration légale appartient aux deux parents. Si l'autorité parentale est exercée par les deux parents, chacun d'entre eux est administrateur légal. Dans les autres cas l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale»*.

L'article 383 du Code civil, issu de ladite ordonnance, dispose : *«Lorsque les intérêts de l'administrateur légal unique, ou, selon le cas des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, ces derniers demandent la nomination d'un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office»*.

Les dispositions de cet article 383 portent également que *«Lorsque les intérêts d'un des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, le juge des tutelles peut autoriser l'autre administrateur légal à représenter l'enfant pour un ou plusieurs actes déterminés»*.

On aura compris que ces dispositions ont pour effet de simplifier le fonctionnement du régime de l'administration légale qui ne dure que pendant la minorité de l'enfant, et cesse après ses dix-huit ans révolus.

La grande nouveauté de l'ordonnance de 2015 tient dans la possibilité, pour les administrateurs légaux agissant en commun ou pour l'administrateur exerçant seul l'autorité parentale, d'accomplir des actes de dispositions sans solliciter l'autorisation du juge des tutelles¹³⁵.

Toutefois en considération de l'intérêt de l'enfant, qui doit toujours prévaloir et qui est l'élément essentiel à prendre en considération, de son âge, de la composition de son patrimoine et de sa valeur, le juge des tutelles peut restreindre les actes pouvant être accomplis par l'administrateur légal.

Bien que l'administration légale ait été réformée et simplifiée certains actes restent interdits¹³⁶, et ce même avec une autorisation. Parmi eux figurent les actes les plus graves tels que la vente de gré à gré d'un immeuble ou d'un fonds de commerce, l'apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce appartenant au mineur, le fait de contracter un emprunt au nom du mineur, de renoncer au nom du mineur à un droit, de transiger ou compromettre en

¹³³ Art. 382-1 nouveau C. civ.

¹³⁴ Ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille

¹³⁵ Art. 387 C. civ. contenant les actes de disposition pouvant être accomplis par l'administrateur ou les administrateurs légaux

son nom, mais aussi l'interdiction d'accepter purement ou simplement une succession.

Enfin l'administrateur légal est tenu de déférer aux convocations du juge des tutelles et du procureur de la République, de leur communiquer toute information qu'ils requièrent¹³⁷ et il «*est tenu d'apporter dans la gestion des biens du mineur des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt du mineur*».¹³⁸

Bien que le législateur porte une attention particulière à l'intérêt de l'enfant, il a jugé utile, afin de simplifier le régime d'administration légale, de supprimer le contrôle *a priori* du juge. On peut se demander si cette simplification est une avancée dans la protection de l'enfant mineur, et ce bien que l'article 386¹³⁹ du Code civil prévoit la responsabilité de l'administrateur légal en cas de faute quelconque dans la gestion des biens du mineur.

Mais la mise en œuvre de cette responsabilité demeure soumise à des poursuites et on connaît la difficulté dans le cadre familial d'engager les responsabilités de chacun.

Ce contrôle n'est rétabli qu'en cas de désaccord entre les administrateurs légaux : «*le juge des tutelles est saisi aux fins d'autoriser l'acte*».¹⁴⁰

Cette simplification a pour but et pour effet, d'une part, de désencombrer les institutions judiciaires, et d'autre part, d'assouplir, pour les parties devant contracter avec un mineur, les démarches judiciaires, ainsi que raccourcir les délais de réitération pour les actes autorisés en vertu de l'article 387-1 sauf décision contraire du juge des tutelles, tout en assurant la protection que le mineur est en droit d'attendre de notre société.

Mais la question que nous devons sans cesse nous poser est la suivante : l'intérêt supérieur de l'enfant est-il au centre de ces simplifications ? L'enfant bénéficie-t-il d'une protection correspondant à son jeune âge et à son manque de maturité ?

On est en droit d'en douter car le double objectif de l'ordonnance du 15 octobre 2015 est de désencombrer les institutions judiciaires et d'assouplir les démarches judiciaires pour ceux devant contracter avec un enfant mineur.

Certes on protège le mineur mais la vraie raison d'être de cette loi de simplification pourrait être la prise en considération et la préservation d'autres intérêts que celui de l'enfant mineur.

¹³⁶ Art. 387-2 C. civ. créé par l'ordonnance du 15 octobre 2015, déjà citée

¹³⁷ Art. 387-6 C. civ. également créé par l'ordonnance du 15 octobre 2015

¹³⁸ Art. 385 C. civ. modifié par l'ordonnance du 15 octobre 2015 sus-citée

¹³⁹ Art. 386 C. civ. issu de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016

¹⁴⁰ Art. 387 C. civ. modifié par l'ordonnance du 15 octobre 2015 sus-citée

Cette déjudiciarisation va à l'encontre de l'esprit des textes¹⁴¹ au vu desquels l'intérêt de l'enfant semble devoir primer tout autre intérêt.

Enfin, l'enfant peut également être placé sous tutelle en cas de cause grave, soit d'office, soit à la requête des parents ou alliés ou du ministère public. Si la tutelle est ouverte le juge des tutelles convoque le conseil de famille qui peut soit nommer l'administrateur comme tuteur, soit désigner un autre tuteur¹⁴².

Durant sa minorité, l'enfant est incapable de faire seul la plupart des actes juridiques, bien qu'il puisse faire tous les actes lorsque l'usage l'autorise.

L'usage est une notion qui varie selon les circonstances et l'âge de l'enfant mineur.

Selon Pythagore¹⁴³, sept ans représente l'âge de raison, quatorze ans celui de la puberté et vingt-et-un ans celui de la citoyenneté¹⁴⁴.

Qu'en est-il quand un enfant de sept, huit ans fait les commissions alors qu'il est frappé d'une incapacité d'exercice ?

Peut-on considérer que l'on est en présence d'une dérogation à la théorie générale des actes juridiques ? La réponse est évidemment négative.

En effet, dans ce cas l'enfant agit en qualité de mandataire de ses parents, et l'on sait, que le mandataire qui agit au nom et pour le compte du mandant, ne doit pas être nécessairement capable pour être mandataire¹⁴⁵.

Naturellement si le mandataire est mineur, le «*mandant n'aura d'action contre lui que d'après les règles générales relatives aux obligations de mineurs*»¹⁴⁶.

Cette disposition *a priori* dérogatoire au droit des incapacités ne l'est pas pour une double raison.

D'une part, l'incapacité du mineur n'empêche nullement celui-ci d'effectuer les actes que requiert son mandat, dans la mesure où il agit au nom et pour le compte de son mandataire capable¹⁴⁷. Dans l'ordre juridique, ce n'est pas le mineur qui effectue un acte

¹⁴¹ Art. 3-1 et 7-1 CIDE, articles 371-1 C. civ. (autorité parentale), 371-4 C. civ. (relations entre l'enfant mineur et un tiers parent ou pas), 377, 377-1 C. civ. (délégation de l'autorité parentale), 388-1 C. civ. (audition du mineur lorsque son intérêt le commande)

¹⁴² Art. 391 C. civ. modifié par l'ordonnance du 15 octobre 2015, ordonnance déjà précitée

¹⁴³ Pythagore, réformateur religieux, philosophe présocratique, mathématicien et scientifique, né aux environs de 580 avant J.C à Samos, Iles grecque, mort vers 495 avant J.C.

¹⁴⁴ Rappelé par J. Carbonnier, *Droit civil les personnes ?* éd. Thémis n° 107, P. 198

¹⁴⁵ Art. 1990 C. civ. (loi n° 65-570 du 13 juillet 1965)

¹⁴⁶ Art. 1990 C. civ.

¹⁴⁷ Art. 1152 et 1153 (Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016, art. 2), *Economica, coll. Etudes juridiques*, 2011, t. 37, a qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, LGDJ, 2007, Gaillard, la représentation et ses idéologies en droit privé français, *Droits* 1982, p. 91s. – Leduc, RTD civ. 1999.283. V. aussi article 1998 C. civ.

pour lui-même¹⁴⁸, il agit en tant que mandataire¹⁴⁹. Il est en quelque sorte transparent dans la relation mandataire-tiers contractant.

En effet, le contrat de mandat peut être aussi perçu comme faisant écran entre le mineur et son cocontractant qui n'a pas à connaître de l'incapacité personnelle de celui avec qui il traite.

D'autre part, la dernière partie de l'article 1990 du Code civil éclaire définitivement le sens et la portée de cette disposition puisqu'il y est précisé que les règles d'incapacité du mineur retrouvent leur empire dans les relations entre mandant et mandataire.

Cette précision finale confirme donc qu'à l'inverse, les règles d'incapacité ne s'appliquent pas dans les rapports du mandataire avec les tiers. Dès lors, tout recours du mandant à l'encontre de son représentant ne pourra s'exercer que dans les limites du droit des incapacités, ce qui en limite considérablement l'efficacité.

Par cette disposition originale, le législateur concilie les intérêts antinomiques du mandant, du mandataire et des tiers contractants. En effet, le mandant qui choisit un mineur pour le représenter dans l'accomplissement de certaines formalités agit souvent ainsi pour des raisons de confiance qui s'expriment le mieux au travers d'un lien familial et qui ne sont pas étrangères aux fondements mêmes du contrat de mandat.

De plus la règle contenue dans l'article 1990 du Code civil semble ne présenter que des avantages puisqu'elle concilie harmonieusement tous les intérêts en présence.

Enfin, elle constitue une technique que peuvent utiliser les parents pour associer leur enfant mineur à la gestion de ses biens.

L'ordonnance de 2016¹⁵⁰ qui a introduit dans le Code civil un nouveau droit commun de la représentation codifié sous les articles 1153 à 1161 s'est fortement inspiré du régime du mandat sans pour autant abroger les textes qui lui sont applicables.

Ladite ordonnance de 2016 a, notamment, consacré dans la loi (article 1156 alinéa 1^{er} Code civil) la théorie du mandat apparent qui avait été dégagée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 1962¹⁵¹.

En conséquence peut-on considérer que l'enfant mineur, qui fait les commissions pour ses parents, agit en qualité de «*représentant sans pouvoir*» alors que l'article 1160 du Code

¹⁴⁸ Civ. 1^{ère} 14 nov. 1978 n°77-12.183, Bull. civ. 1, n°346 et Civ. 3^{ème}, 21 mars 1919 n°17-28.021, v. aussi Civ. 2^{ème}, 21 janvier 1966 Bull. civ. II, n° 99.

¹⁴⁹ T.I Nîmes, 29 juin 1982 ; D. 1983. 13, note Pansier

¹⁵⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 déjà citée

¹⁵¹ Cass. Ass. plén. 13 déc. 1962, n° 57-11.569, Bull. ass. plén. N 2

civil énonce que «*les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité [...]*».

L'enfant mineur est frappé d'incapacité tant qu'il n'est pas majeur ou émancipé. Cette incapacité existe donc dès le commencement des pouvoirs de représentation. Aussi à la lecture de l'article 1160 du Code civil il faut sans doute considérer qu'ils sont mort-nés.

En conséquence il paraît plus approprié de faire application des dispositions légales applicables au mandat.

Chapitre II : Exceptions au principe

Tout principe souffre des exceptions, qui comme le dit l'adage, «*confirment la règle*».

Bien que l'enfant mineur soit incapable, la loi lui permet d'accomplir seul certains actes : les actes personnels (Section 1), et il bénéficie d'une multitude d'exceptions légales (Section 2).

Nous verrons si les actes conservatoires, d'administration et de disposition accomplis par l'enfant mineur (Section 3) sont ou non frappés de nullité ou de rescision (Section 4).

Section 1 - Actes personnels

Le mineur peut réaliser seul certains actes sans intervention ni autorisation de son représentant ou ses père et mère, notamment concernant le droit de la filiation ; dans ce cas, les Professeurs François Terré et Dominique Fenouillet parlent de «*pré-majorité pure et simple*»¹⁵².

Aussi l'enfant mineur peut accomplir seul les actes que l'on peut qualifier de strictement personnels, c'est-à-dire ceux pour lesquels il ne peut ni être assisté ni représenté.

Bien que la reconnaissance d'enfant soit non seulement un acte juridique mais également un acte personnel, le droit positif autorise l'enfant mineur à reconnaître son enfant, s'il est en état de comprendre la portée de son acte.

L'enfant mineur peut exercer l'action en recherche de paternité ou de maternité concernant son enfant mineur¹⁵³, intenter une action aux fins de subsides¹⁵⁴, déclencher la procédure d'assistance éducative (autorité parentale)¹⁵⁵ et faire les démarches en vue

¹⁵² François Terré et Dominique Fenouillet, La famille, Dalloz, coll. «Précis » 8^{ème} éd. 2011 p. 40

¹⁵³ Art. 328 alinéa 1^{er} C. civ

¹⁵⁴ Art.342 C. civ

¹⁵⁵ Art. 375 C. civ.

d'acquérir ou perdre une nationalité.

Le mineur peut également accomplir certains actes personnels (mariage, contrat de mariage, testament, donation consentie par contrat de mariage, contrat de travail, contrat d'apprentissage), à condition d'avoir obtenu les autorisations nécessaires, dans ce cas les actes sont conclus par le mineur avec l'autorisation notamment de ses parents et du procureur de la République.

Section 2 – La multiplication des exceptions légales

A la multiplication des exceptions légales au principe d'incapacité contractuelle du mineur s'ajoutent une multiplication des âges auxquels celui-ci est en droit de passer librement un acte. L'âge du mineur n'est donc pas indifférent.

Ainsi en vertu des dispositions de l'article 903 du Code civil, il est purement et simplement interdit à tout mineur âgé de moins de seize ans de disposer à titre gratuit, sauf dans le cadre du mariage.

Cette disposition générale est doublement intéressante. D'une part, elle dénie tout droit de disposer aux mineurs de moins de seize ans, ce qui équivaut à instituer **une véritable incapacité de jouissance puisque les mineurs désignés sont privés, non seulement, du droit même de disposer mais aussi de l'exercice de ce droit.** D'autre part, il est intéressant de relever que cette incapacité de jouissance n'est instituée que pour une catégorie déterminée de mineurs, ceux âgés de moins de seize ans.

Cette distinction opérée par l'article 903 du Code civil conduit à fissurer l'unité du régime des mineurs puisqu'ils ne sont pas tous traités de la même façon et ce, indépendamment de toutes considérations touchant à une éventuelle émancipation.

S'agissant de l'enfant mineur âgé de seize à dix-huit ans, ce dernier peut faire son testament mais il ne peut disposer que de la moitié des biens dont un majeur pourrait disposer¹⁵⁶ (c'est-à-dire de la moitié de la quotité disponible). La loi tout en lui reconnaissant une capacité limitée lui permet d'agir seul.

Toutefois en cas de disposition de dernière volonté, celui-ci est limité en ce qui concerne la quote-part dont il peut disposer.

D'après le Professeur Malaurie¹⁵⁷, *«la représentation du mineur, mécanisme de sa protection pour les actes juridiques est inconcevable pour les actes personnels»*, et

¹⁵⁶ Art. 904 C. civ.

¹⁵⁷ Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Droit des personnes, la protection de mineurs et des majeurs, 8^e éd, LGDJ, éd. Lextenso, 2016

«maintenir le mineur dans le régime habituel de son incapacité pour les actes personnels serait le frapper d'une incapacité de jouissance».

Cette volonté du législateur de coller au plus près à la conscience réelle qu'un enfant peut avoir de ses actes, a conduit à instituer plusieurs seuils, donnant ainsi une impression de confusion.

Mais ce n'est qu'une impression car dans l'intérêt de l'enfant, il faut le préparer à devenir un adulte responsable, en lui octroyant, en fonction de son âge, une certaine autonomie afin de pouvoir accomplir seul et/ou avec les autorisations nécessaires, certains actes.

La minorité n'étant par principe que temporaire, l'enfant doit être préparé à aborder sa future vie d'adulte et «être capable d'exercer les droits dont il a la jouissance»¹⁵⁸ quand il sera devenu majeur.

L'intérêt de l'enfant mineur ne justifie pas qu'il soit laissé dans un état de dépendance juridique total et permanent durant toute sa minorité, c'est pourquoi il est nécessaire d'adapter, en fonction de son âge, une certaine liberté juridique encadrée.

En effet, l'intérêt de l'enfant de trois ans n'est pas le même que celui d'un enfant de sept ans, onze ans, treize ans ou seize ans, ce qui justifie une législation qui se distille par dose homéopathique en considération de l'âge de l'enfant.

Pour le Doyen Cornu l'âge, qui peut être «réel ou par référence à la loi, [c'est-à-dire compris entre] un minimum et un maximum», est un élément permettant au juge d'apprécier «l'homme dans sa singularité, à recomposer son portrait dans les traits qui lui donne son âge»¹⁵⁹, et, la prise en considération de l'âge revêt alors les traits d'un «correctif à l'âge légal», nécessaire pour moduler le caractère «un peu grossier et inadéquat» de la présomption légale¹⁶⁰.

À l'image de l'émancipation, dont il sera parlé ci-après, les exceptions les plus anciennes ont, d'abord, retenu l'âge de seize ans, en matière de testament, pour octroyer une certaine autonomie à l'adolescent en passe de devenir un jeune adulte.

Puis le législateur se montra plus libéral, notamment pour les livrets de caisse d'épargne¹⁶¹ ou même les «livrets-jeunes», en retenant le palier d'âge de douze ans.

¹⁵⁸ Art. 414 C. civ

¹⁵⁹ G. Cornu « l'âge en droit civil » Mélanges en l'honneur de P. Roubier, Tome II, Droit privé, Dalloz Sirey, Paris 1961, p.24

¹⁶⁰ G. Cornu « l'âge en droit civil » déjà précité p. 26-27 ; ce correctif apporté à la présomption de l'âge légal se manifeste par l'appréciation de la vulnérabilité de l'être

¹⁶¹ Art. 13 du Code des Caisses d'épargne

Ainsi le mineur âgé de douze à seize ans peut effectuer des retraits avec l'autorisation de ses parents, prérogative qui devient, à partir de seize ans, un simple droit d'opposition ; l'enfant acquiert une certaine autonomie financière qui lui apprend d'ores et déjà à gérer son argent. Cet aspect financier est très important car dans sa vie d'adulte il devra savoir gérer seul son budget.

De même, sous l'impulsion de conventions internationales, l'âge de treize ans a été pris comme référence lorsqu'il s'agit de recueillir le consentement d'un enfant dans le cadre de la mise en place de soins médicaux, comme un traitement ou une intervention¹⁶².

Ainsi, le mineur peut faire seul les actes de la vie courante autorisés par l'usage et d'un faible montant (achat de bonbons, de croissanterie, de Compact Disques, *etc*)¹⁶³, ces derniers ont toujours été valables. L'ordonnance du 15 octobre 2015 a codifié cette pratique sous l'article 388-1-1 du Code civil.

La référence à *l'usage* souffre d'imprécision même s'il est vrai que le recours à des standards juridiques, volontairement non-définis, présente l'avantage de laisser entre les mains du juge un concept qui peut se modifier au gré des évolutions de la société.

Dès lors, l'absence de définition de la notion d'usage implique la question de sa pluralité : de quel usage s'agit-il ? Tous les usages peuvent-ils être valablement invoqués ? Il n'y a pas, bien sûr, de réponse unique, les rédacteurs de cette disposition renvoyant au juge la tâche de départager ce qui relève de l'usage et ce qui n'en relève pas et, parmi les usages, de distinguer ceux qui doivent être retenus comme pouvant justifier une exception à l'incapacité du mineur.

Cette autonomie reconnue au mineur par le législateur vise à prendre en considération l'intérêt de l'enfant, dont la définition recouvre une réalité que le droit positif ne peut ignorer.

Aujourd'hui, ce désir de liberté du mineur se fait plus pressant en matière patrimoniale, sous la pression de l'évolution des mœurs. L'augmentation du nombre d'enfants élevés au sein de familles «recomposées» ou, tout simplement, séparées à la suite d'un divorce, se traduit par la multiplication des «*actes de la vie courante*» qu'ils sont

¹⁶² Art. L1111-4 du code de la santé publique.

¹⁶³ Stofflet, Mél. Voirin, LGDJ. 1967, P. 782

amenés à réaliser seuls¹⁶⁴. S'y ajoute l'omniprésence de la publicité qui incite les enfants, de plus en plus jeunes, à se transformer en consommateurs¹⁶⁵.

Toutefois l'achat d'une automobile n'a pas été qualifié d'acte de la vie courante¹⁶⁶. Il faut cependant souligner que cet arrêt a été rendu avant l'entrée en vigueur de la loi de 1974 modifiant l'âge de la majorité de vingt-et-un à dix-huit ans.

L'enfant mineur est également autorisé à souscrire une promesse unilatérale de somme d'argent pour éteindre son obligation de réparer les conséquences de sa faute¹⁶⁷. En effet, le paiement d'une dette est considéré comme un acte d'administration.

Ainsi l'enfant mineur peut, durant sa minorité, accomplir seul les actes conservatoires. Si le mineur fait seul un acte d'administration, que le tuteur aurait pu accomplir sans autorisation du conseil de famille¹⁶⁸, il peut le faire annuler, s'il démontre avoir subi une lésion¹⁶⁹.

Bien que l'article 1149 du Code civil, semble élargir la capacité du mineur, en lui donnant pleine capacité pour les actes d'administration non lésionnaires, cela n'exclut pas que le mineur fasse rescinder les actes excessifs ou inopportuns qu'il a conclus sans y être autorisé même s'ils ont été conclus à un prix normal.

En conséquence, le mineur ne peut faire seul que des actes conservatoires ou dont l'intérêt est faible ; les actes d'administration et de disposition lui étant formellement interdits.

De plus, d'une façon générale la loi prévoit que *«les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité»*¹⁷⁰.

Le fait d'associer l'enfant aux décisions le concernant démontre que le législateur se préoccupe essentiellement de l'intérêt de l'enfant.

La loi¹⁷¹ reconnaît désormais la capacité de l'enfant mineur âgé de plus de seize ans révolus pour constituer librement une association ; toutefois il doit obtenir un accord écrit de son représentant légal pour accomplir tous les actes utiles à l'administration de ladite association à l'exception des actes de dispositions, actes sur lesquels nous reviendrons ci-

¹⁶⁴ J. Huet «détournement (bancaire) du mineur ?», *D.* 1987, chr. p. 215, (rappel des règles de capacité dans les contrats) ; M.-L. Fortuné, «L'enfant et l'argent», th. Toulouse 1997, n° 634 et s. ; F. Rizzo, «Les obligations bancaires du mineur non émancipé», *RJPF* 2000, 4/12.

¹⁶⁵ G. Raymond, «L'enfant cible : Contrats» conc. *Consum.* 2003, repère 8.

¹⁶⁶ Cass. Civ. 1^{ère} n°71-10.361 du 9 mai 1972, Bull. civ. I, n° 122, p. 110

¹⁶⁷ T.I. Montmorillon du 19 Mai 1982, JCP N 1983, II, 331, note Montanier.

¹⁶⁸ Art. 496 nouveau C. civ (ord. du 10 fév. 2016) ancien article 456 alinéa 1 C. civ.

¹⁶⁹ Art. 1149 nouveau C. civ (ord. du 10 fév. 2016), ancien article 1305 C. civ

¹⁷⁰ Art. 371-1 alinéa 3 C. civ. modifié par la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

¹⁷¹ Loi n°2017-86 du 27 fév. 2017 a modifié l'alinéa 2 bis de la loi du 1^{er} juil. 1901

après.

Voyons ici la distinction entre les actes conservatoires, d'administration et de disposition.

Section 3 - Actes conservatoires, d'administration et de disposition

La loi de 1964 a établi la distinction entre actes d'administration et de disposition, qu'elle précisait par des exemples sans pour autant prévoir les actes conservatoires.

Quant à la loi de 2007¹⁷², elle renvoie la distinction entre les actes d'administration et de disposition à un décret tout en posant le critère de principe suivant : *«les actes d'administration sont relatifs à la gestion courante du patrimoine, les actes de disposition l'engagent de manière substantielle et durable»*.

En conséquence, il apparaît que les actes d'administration peuvent être accomplis sans formalité spéciale, par le représentant du mineur agissant pour son compte.

De plus la loi de 2007 énonce également les actes conservatoires que le tuteur peut accomplir seul¹⁷³; aussi, par analogie de ces dispositions, il en découle que l'administrateur légal peut agir seul sans l'autorisation du juge des tutelles pour conclure les actes d'administration.

Pour trouver la liste des actes regardés comme des actes d'administration et des actes de gestion, il faut se référer au décret du 22 décembre 2008¹⁷⁴.

Pour les actes de disposition, après la réforme issue de l'ordonnance du 15 octobre 2015, il faut se reporter à ce qui est dit ci-avant.

1- Les actes conservatoires

Les actes **conservatoires** sont ceux qui permettent de conserver les biens dans le patrimoine de la personne protégée.

2- Les actes d'administration

Les actes d'**administration** sont ceux qui permettent la mise en valeur du patrimoine (perception des revenus, baux de moins de neuf ans, libéralités non grevées de charges, action

¹⁷² Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

¹⁷³ Art. 504 alinéa 1 nouveau C. civ.

¹⁷⁴ Décret n°2008-1484 du 22 déc. 2008 (C. civ 496 par renvoi C. civ 382-1 nouveau)

en justice relative à des droits patrimoniaux). Plus généralement il s'agit d'un acte de gestion normale courante du patrimoine.

3- Les actes de **disposition**

Les actes de **disposition**, sont les actes les plus graves qui ont pour objet ou pour effet le transfert d'un bien ou d'un droit du patrimoine de la personne protégée (baux de plus de neuf ans, résiliation d'un bail, acceptation d'une succession, donation, don manuel, emprunt, partage, vente de biens mobilier qui ont le qualificatif de précieux et qui constituent une part importante du patrimoine et biens immobiliers, vente de biens incorporels...). Ils modifient de façon permanente le patrimoine de l'incapable.

Le code napoléonien énumérait limitativement les nombreux actes que le tuteur ne pouvait faire sans formalité, et, la jurisprudence avait introduit le critère économique pour distinguer les actes d'administration de ceux de disposition, et admettait que le tuteur puisse faire des actes d'aliénation (qui lui étaient interdits) quand ils étaient économiquement des actes d'administration.

Cette jurisprudence qui avait fait apparaître le critère économique fit naître de nombreuses hésitations lorsque le régime des actes variait selon la nature de l'incapacité notamment quand il y avait un mineur.

Enfin, dans l'intérêt de l'enfant mineur, certains actes, dont la gravité est telle, ne peuvent être accomplis par l'administrateur légal¹⁷⁵ et ce, même avec l'autorisation du juge des tutelles ; ces actes sont notamment l'achat ou la prise en location des biens du mineur qu'il gère, ou l'accomplissement d'une libéralité au nom du mineur (le mineur dans ce cas est frappé d'une incapacité de jouissance article 903 du Code civil).

On ne peut nier que la sphère d'autonomie du mineur est délicate et qu'il existe un véritable risque pour les tiers qui contracteraient avec lui car il n'existe aucun contrôle *a priori* de l'acte préjudiciable de la personne protégée mais seulement *a postériori*.

Seul le notaire dispose d'une pièce essentielle afin de procéder à un contrôle *a priori* pour s'assurer de la capacité des personnes. Il s'agit de l'extrait d'acte de naissance, sur lequel figure des éléments d'une importance capitale, tels que : la date de naissance, la

¹⁷⁵ Art. 387-2 C. civ créé par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015.

filiation ainsi que certaines mentions : mariage, divorce, pacs, décès mais surtout **la mention dite « R.C »**.

Malheureusement la présence d'un notaire n'est pas exigée dans tous les domaines qui recouvrent les droits extra-patrimoniaux, et les contractants sont alors démunis car ils ne peuvent se fier qu'aux déclarations de leur cocontractant avant de s'engager ; on mesure alors l'insécurité qui existe pour eux.

Mais l'objectif du législateur de protéger l'enfant mineur dans son intérêt est bien respecté.

A présent nous allons voir ce qu'il advient de l'acte irrégulier ; peut-il être maintenu, voire confirmé ou purement et simplement annulé ?

En principe l'acte encourt la nullité mais il existe pour les actes non frappés de nullité de droit une autre sanction : la rescision pour cause de lésion.

Section 4 - La nullité ou la rescision

1- La nullité

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016, la nullité des actes passés par une personne incapable est contenue dans un seul article du Code civil (art. 1149 Code civil)¹⁷⁶.

Ainsi quand l'enfant mineur a passé des actes qui lui sont interdits, ceux-ci sont alors nuls.

Cette nullité relative¹⁷⁷ ne peut être invoquée que par l'incapable lui-même ou son représentant¹⁷⁸, et ce dans le délai de cinq ans à compter du moment où l'incapacité a cessé¹⁷⁹.

La nullité ne peut être prononcée que par le juge.

Mais il existe également une autre sanction pour les actes dont l'irrégularité n'est pas sanctionnée par la nullité de droit ; il s'agit de la rescision pour cause de lésion.

¹⁷⁶ Art. 1147 nouveau issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 ayant fait l'objet de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018 qui a conféré valeur législative aux dispositions de l'ordonnance et auxquelles elle a apporté quelques modifications ; V. Ph. Simler «commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations» à jour de la loi de ratification du 20 avril 2018, LexisNexis 2^{ème} éd. nov. 2018

¹⁷⁷ V. 169 supra

¹⁷⁸ Civ. 1^{ère}, 14 janvier 2009 n°07-16.451, Bull. 2009, I, N 6 : D. 2009 – AJ 371 – RLDC 2009/58 n°3349, obs. Pouliquen ; RTD civ. 2009.297 obs. Hauser

2-La rescision – nullité pour cause de lésion

La réforme du droit des contrats et des obligations de 2016, a réformé le régime de la lésion des actes passés par le mineur, qui se trouve à présent dans un seul article du Code civil (art. 1149 Code civil) ; on ne parle plus à proprement de lésion mais de nullité pour cause de lésion¹⁸⁰.

Pour la lésion, la loi prend en considération le résultat économique de l'acte afin de le maintenir ou de l'annuler selon qu'il a ou non conféré un profit à l'incapable, mais celle-ci n'est pas encourue lorsque la lésion résulte «*d'un évènement imprévisible*».

Même les «*actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion*»¹⁸¹ et «*la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation*».

L'ordonnance de 2016 a également légiféré sur un point essentiel : «*la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation*».

La rescision peut s'éteindre en cas de confirmation expresse ou tacite par l'incapable lorsque son incapacité a cessé.

3-les effets

La nullité ou la rescision des actes passés par un mineur ne produit pas les effets habituels.

En effet, la loi va atténuer les effets en faveur du mineur en prenant en considération l'avantage économique qu'a, en définitive, conservé celui frappé d'une incapacité. Le mineur est alors tenu à restitution «*à hauteur du profit qu'il a retiré de l'acte annulé*», s'il a tout dépensé il n'est tenu à aucune restitution¹⁸².

En conséquence, les tiers contractant avec un mineur ne sont pas à l'abri de voir prononcer la nullité du contrat notamment pour cause de lésion.

¹⁷⁹ Prescription quinquennale article 1152 nouveau C. civ. art. 1304 alinéa 3 ancien C. civ.

¹⁸⁰ Civ. 19 février 1856 ; DP 1856.I.86 (décision rendue sous l'empire de l'art. 1130 ancien qui disposait que le mineur n'est «point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit».

¹⁸¹ Art. 1149 C.civ issu de l'ordonnance de 2016, (1304 et s. ancien du C. civ)

Certains auteurs, notamment François Terré et Dominique Fenouillet¹⁸³, n'hésitent plus aujourd'hui, à qualifier «*l'incapacité du mineur plutôt comme une oppression et non comme une protection*».

On sait que le Code civil procède à une distinction entre la protection de la personne et celle de ses biens. Toutefois cette distinction est moindre pour les mineurs car il existe généralement une identité entre l'administration légale (régime des biens) et l'autorité parentale (régime des personnes).

Ce qui conduit tout naturellement à l'un des pendants de la protection des mineurs : l'autorité parentale (article 371 et suivants du Code civil) que nous aborderons lorsque nous évoquerons les droits de la personnalité. Tout comme nous aborderons plus en détail l'émancipation dans la Deuxième Partie sous le Titre II Section XI.

La vie humaine a toujours affecté le droit, tout comme le droit aujourd'hui interfère sur la vie humaine et reconnaît, sous certaines conditions que l'enfant est une **personne physique dotée de la personnalité juridique**.

Titre III/L'enfant et la personnalité juridique

Le droit ne peut ignorer une réalité : l'être humain mérite d'être protégé dans sa dignité et son intimité.

Pour bénéficier de cette protection l'enfant doit être doté de la personnalité juridique. Laquelle ne s'acquiert qu'à certaines conditions (Chapitre 1) ou en application de l'adage «*infans conceptus*» (Chapitre 2).

Mais entre l'acquisition de la personnalité juridique et sa perte (la mort), il existe deux situations tragiques : l'absence (Chapitre 3) et la disparition (Chapitre 4).

Nous aborderons également la situation particulière de l'enfant né handicapé (Chapitre 5) et la place de l'enfant au sein de la famille (Chapitre 6).

¹⁸² Art. 1352-4 nouveau C. civ issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 et de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018. Les modifications apportées par la loi de 2018 ont un caractère interprétatif. (1312 ancien C. civ)

¹⁸³ François Terré et Dominique Fenouillet, «La famille», Dalloz coll. « Précis », 8^{ème} éd. 2011, p. 40 déjà cité supra

Chapitre 1 – condition d’acquisition de la personnalité juridique

La personnalité juridique confère notamment à l’enfant un nom, un état, un domicile, une nationalité.

De plus la personnalité juridique confère également à l’enfant un patrimoine qui est l’ensemble des droits et des obligations ayant une valeur pécuniaire dont il est titulaire activement ou passivement.

Enfin la personnalité juridique confère à l’enfant l’aptitude à être un titulaire actif et passif de droits et, à être protégé comme sujet de droit.

Le droit positif considère que l’enfant est une personne à qui il est reconnu un statut juridique et corrélativement l’aptitude à être titulaire de droits.

Le droit s’intéresse tout particulièrement à la personnalité juridique de l’individu en tant que sujet de droit. La personnalité juridique comprend de nombreux éléments notamment : l’intégrité physique, le nom, l’image, l’honneur, la réputation, le respect de la vie privée¹⁸⁴, le droit au respect de son corps¹⁸⁵, le droit moral de l’auteur¹⁸⁶.

Au fil des années, le droit s’est intéressé au statut juridique de l’enfant, et plus précisément au statut de l’enfant conçu non encore né.

Bien que la seule condition de l’obtention de la personnalité juridique soit la vie humaine, on sait que tous les êtres humains ont, depuis l’abolition de l’esclavage, la personnalité juridique. Toutefois un problème se pose quant à la détermination de la date du début de la vie.

La CEDH, dans une décision du 8 juillet 2004¹⁸⁷, concernant le point de départ de la vie, a décidé que cette question relevait de l’appréciation des États souverains.

Le droit s’est interrogé sur l’embryon afin de savoir s’il fallait ou non lui reconnaître des droits. Le législateur dans les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 et du 6 août 2004 ainsi n’a pas donné de statut juridique à l’embryon. Nous aurions pu espérer que le projet de loi bioéthique qui devrait être adopté d’ici le début de l’année 2021 règle ce vide juridique. Or il n’en est rien ; l’embryon n’aura toujours pas de statut juridique.

¹⁸⁴ Art. 9 C. civ

¹⁸⁵ Art. 16-1 C. civ

¹⁸⁶ Art. L121-1 du Code de la propriété intellectuelle

L'article 16 du Code Civil énonce : *«la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garanti le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie»*.

Les termes *«commencement de la vie»* employés dans cet article ne donnent aucune précision sur ce que le droit considère comme étant le commencement de la vie ? Le fœtus ou l'embryon ne sont-ils pas les prémices du commencement de la vie d'un futur enfant ? Notre droit positif clos le débat en ne reconnaissant ni à l'embryon ni au fœtus la qualité de personne.

Bien que l'embryon et le fœtus n'aient pas de statut juridique, ils bénéficient tout de même d'un régime spécial. Tout d'abord l'article 16 du Code civil garantit le respect de l'être humain et ce dès le commencement de la vie. L'article 2-1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit à la vie en ces termes : *«Le droit à la vie est protégé par la loi»* ce qui implique que la France doit protéger la vie notamment en mettant en place une législation garantissant le respect de la vie ainsi que la protection de la vie et l'article 6-1 de la CIDE énonce : *«Les Etats parties reconnaissent que tout enfant a droit à la vie»*.

La CEDH, dans un arrêt du 8 juillet 2004 (Vo c/France), a indiqué l'appartenance de l'embryon et du fœtus à l'espèce humaine et a relevé qu'ils jouissaient à ce titre de la protection qui leur est due.

Le droit positif admettant, actuellement, pendant les douze premières semaines l'interruption volontaire de grossesse, porte atteinte à ces principes. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans une décision du 27 juillet 1994, et a estimé que le législateur n'a pas entendu, en posant le principe *«du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie»* l'appliquer à l'embryon et a contrario que ce respect s'applique au fœtus au-delà de la douzième semaine.

Ainsi au-delà de ce délai la protection du droit à la vie est rétabli car il est interdit de porter atteinte à l'embryon et au fœtus sauf dans le cas d'une IMG.

Nous reviendrons sur l'embryon et le fœtus lorsque nous aborderons l'interruption volontaire de grossesse dans la Deuxième Partie traitant des droits privés sous le Titre I, Section II.

¹⁸⁷ CEDH Vo c/France du 8 juil. 2004, Req. n° 53924/00

La jurisprudence qui a eu à connaître de procédures concernant le décès *in vitro* d'un fœtus à la suite d'un accident de la circulation ou d'un acte médical, a une position très tranchée sur la question.

Après une jurisprudence fluctuante, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 29 juin 2001¹⁸⁸, que l'interprétation stricte de la loi pénale s'opposait à ce que l'incrimination d'homicide par imprudence «soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus».

Cette décision a été confirmée par plusieurs autres arrêts et notamment par un arrêt de la chambre criminelle en date du 25 juin 2002¹⁸⁹.

En effet, la personnalité juridique s'acquiert à la naissance mais à la condition *sine qua non*, que l'enfant naisse «vivant et viable».

C'est donc à la naissance qu'un enfant acquiert la personnalité juridique. Ainsi «aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable»¹⁹⁰. Le Code civil énonce également que «Pour succéder il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession, ou, ayant déjà été conçu, naître viable»¹⁹¹.

De ces articles, a été dégagée en droit français, la notion de point de départ de la personnalité juridique.

Pour la fin de la personnalité juridique la solution est beaucoup plus simple ; elle cesse par la mort ou la déclaration d'absence. Cette dernière produit tous les effets que le décès établi de l'absent auraient eus¹⁹².

Au vu de ce qui est exposé ci-dessus, un enfant qui naît mort-né ou qui décède au cours de l'accouchement n'est pas considéré comme ayant eu la personnalité juridique.

Bien qu'il ait vécu dans le sein de sa mère cet enfant mort-né n'avait aucune existence, et des voix s'élevaient pour que «ces enfants» puissent être déclarés auprès de l'état civil. Par trois arrêts la Cour de cassation est intervenue le 6 février 2008 pour accéder à la requête d'une association qui demandait à ce que les enfants morts-nés puissent être déclarés au service de l'état civil et, ce, quel que soit leur poids¹⁹³.

¹⁸⁸ Assemblée plénière, 29 juin 2001, Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546

¹⁸⁹ Crim. n°00-81.359 du 25 juin 2002, Bull. crim. 2002 n°144 p. 531

¹⁹⁰ Art. 318 C. civ. (ancien article 311-4 C. civ.)

¹⁹¹ Art. 725 C. civ.

¹⁹² Art. 1238 C. civ.

¹⁹³ Civ. 1^{ère}, 6 fév. 2008, Bull. n° 41 pourvoi n° 06-16.498, Civ. 1^{ère}, 6 fév. 2008, Bull. n° 42 pourvoi n° 06-16.499, Civ. 1^{ère}, Bull. n° 43 pourvoi n° 06-16.500 déjà cités supra

En suite de la position de la Cour de cassation, deux décrets rendus par le ministère de la justice le 20 août 2008¹⁹⁴ sont venus combler ce vide juridique concernant les fœtus de seize à vingt-deux semaines morts *in utero* ou après une interruption médicale de grossesse.

Même inscrit sur le Registre de l'état civil le fœtus n'acquiert aucune existence juridique ; existence juridique de laquelle découlerait la personnalité juridique.

Enfin, l'acte de l'enfant sans vie dressé par l'officier d'Etat civil à la demande des parents, leur remettra un livret de famille.

Quant à la viabilité de l'enfant. Il s'agit de sa capacité à vivre, une maturité et d'une conformation qui relèvent de données biologiques et médicales ; c'est à la médecine qu'il échoit de dire si un enfant est viable.

Ainsi un enfant qui décède quelques heures après l'accouchement parce qu'il n'avait pas tous ses organes vitaux, n'a jamais eu la personnalité juridique car il ne pouvait être viable.

Par contre si l'enfant décède par accident, dans ce cas il a eu, au cours de sa très courte existence, la personnalité juridique.

L'intérêt de l'enfant d'avoir la personnalité juridique lui permet d'avoir une existence juridique de laquelle découlent des droits.

Dans l'intérêt de l'enfant né vivant et viable, le droit positif lui attribue rétroactivement la personnalité juridique.

Chapitre 2 - Adage «*infans conceptus*»

La personnalité de l'enfant né vivant et viable peut rétroagir dans son intérêt à la date de sa conception ; c'est la fameuse maxime de «*l'infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*» (l'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il y va de son intérêt).

Selon cet adage fort ancien, qui remonte à Rome, et dans l'intérêt de l'enfant à naître, il y a lieu de prendre en considération le moment de sa conception afin que cette fiction juridique de «*l'infans conceptus*» puisse lui profiter.

Ainsi l'enfant pourra recueillir une succession ouverte pendant sa conception¹⁹⁵ ou être bénéficiaire d'une donation ou d'un legs¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Décret n° 2008-800 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 C. civ. et décret n° 2008-798 relatif au livret de famille.

¹⁹⁵ Art. 725 alinéa 1 C. civ.

¹⁹⁶ Art. 906 C. civ.

Cependant cette maxime de «*l'infans conceptus*» ne signifie pas que l'embryon soit une personne car il ne peut agir, étant dépourvu de la personnalité juridique ; en effet, jusqu'à sa naissance l'enfant n'a pas une personnalité distincte de celle de sa mère. Il est, comme disaient les romains «*pars viscerum matris*» (un morceau des entrailles de sa mère).

L'attribution anticipée de la personnalité juridique à l'enfant, simplement conçu, est conditionnelle car elle ne deviendra effective que si l'enfant naît vivant et viable. Mais elle ne saurait en aucun cas lui nuire.

De plus, pour l'application de la règle de «*l'infans conceptus*» il faut prendre en considération la date de conception qui est celle retenue pour la filiation, et qui est contenue dans l'article 311 du Code civil¹⁹⁷.

La rétroactivité de la personnalité juridique ne peut intervenir que dans l'intérêt de l'enfant et, ne peut pas être invoquée contre lui notamment pour mettre à sa charge des obligations. Il faut cependant indiquer que cette règle ne s'applique pas en matière fiscale.

La haute Cour a eu à se prononcer de nombreuses fois sur la réparation du préjudice morale de l'enfant à naître. Dans un premier temps elle a refusé la réparation d'un préjudice par ricochet car la Cour a considéré qu'il n'existait pas de lien de causalité entre le fait générateur survenu avant la naissance de l'enfant et le préjudice allégué¹⁹⁸. Puis la haute juridiction a opéré un revirement ; dans un arrêt du 14 décembre 2017¹⁹⁹, les juges ont accepté d'indemniser un préjudice moral dont «*l'existence ne coïncide pas avec la date de l'accident (bien que l'enfant simplement conçu ne souffrait pas directement de l'absence de son père décédé)*» en considérant «*que le dommage de la victime principale (le père) était né au moment de son accident, et que c'est donc à cette date que son droit à réparation est entré dans son patrimoine ainsi que celui de la victime (son fils par ricochet)*».

Au vu de ce qui vient d'être dit sur la personnalité juridique il apparaît nettement que l'intérêt de l'enfant est la seule préoccupation du législateur.

Ainsi que nous l'avons vu la personnalité juridique s'acquiert à la naissance, à condition de naître vivant et viable, peut rétroagir dans l'intérêt de l'enfant, et s'éteint à la mort.

¹⁹⁷ Art. 311 C. civ. : «*La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions*»

¹⁹⁸ Civ. 2^{ème}, n°16-26.687, 4 nov. 2010, Bull. 2010, II, n° 177, F. Chénédy ibid 2006.1929., v. aussi cass. 2^{ème} n° 00-11.999, 24 fév. 2005 : D 2005.671, obs. F Chénédy ; ibid 2006.1929, obs. P. Brunet et P. Jourdain ; RTD Civ. 2005.404, obs. P. Jourdain

Toutefois, il existe entre la vie et la mort deux situations tragiques et lourdes de conséquences juridiques.

En effet, un enfant mineur peut disparaître sur le chemin de l'école, du collège ou du lycée, soit parce qu'il fugue, soit parce qu'il est enlevé, il peut se trouver à bord d'un avion victime d'un crash aérien, ou dans un pays où sévit un cyclone ou un tsunami.

Ces deux situations prévues par la loi sont l'absence et la disparition.

Chapitre 3 - L'absence

Dans le langage juridique²⁰⁰, l'absence se révèle être : *«l'état d'une personne dont on ne sait si elle est encore vivante ou déjà morte. C'est donc l'incertitude qui régit l'absence»*.

Le régime de l'absence, tel qu'il existait dans le Code civil de 1804, était soumis à une procédure lourde qui ne paraissait plus adaptée. C'est pourquoi la loi du 28 décembre 1977²⁰¹ a simplifié son régime en instaurant la présomption d'absence et la déclaration d'absence.

Section 1 - La présomption d'absence

La présomption d'absence est ainsi définie à l'article 112 du Code civil : *«Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut [...] constater qu'il y a présomption d'absence»*.

Ce qui caractérise la présomption d'absence, c'est que malgré les doutes, le présumé absent est considéré comme présumé vivant²⁰². Il y a donc lieu de veiller à ses intérêts patrimoniaux car bien qu'il ne donne plus signe de vie cela ne l'empêche pas de recueillir une succession²⁰³.

La constatation judiciaire de la présomption d'absence permet au juge des tutelles de désigner un ou plusieurs parents afin d'organiser la représentation du présumé absent et l'administration de ses biens calquée sur les règles de la tutelle des majeurs sans conseil de famille, ou à titre exceptionnel et sur décision expresse du juge, de soumettre la représentation

¹⁹⁹ Civ. 2^{ème} n° 16-26.687, 14 déc. 2017, Bull. 2017, II n° 235

²⁰⁰ **Étymologie** d'absence : du latin *sbsum*, *esse* = être éloigné de, être absent

²⁰¹ Biblio : A. Breton, « l'absence selon la loi du 28 Décembre 1977, Variations sur le thème de l'incertitude », D. 1978, chr. 241

²⁰² Cass. soc. n° 96-17.574 et n° 96-17.821, 19 fév. 1998, Bull. civ. V, n° 97 (le présumé absent est présumé vivant pour le versement des pensions de vieillesse et de la sécurité sociale); V. sens contraire Cass. soc. n°88-10.951, 9 juil. 1992, Bull. civ. V, n°464 ; *Defrénois* 1993.290, note J. Massip

²⁰³ Art. 725 alinéa 2 C. civ

du présumé absent aux règles de l'habilitation familiale prévue à l'article 494-1 du Code civil²⁰⁴.

On peut se demander quel est l'intérêt pour l'enfant mineur présumé absent que ses parents procèdent à l'ouverture de cette procédure alors qu'ils sont administrateurs légaux des biens de leur enfant mineur et donc soumis aux dispositions applicables à ce régime.

La réponse ne peut trouver un intérêt que dans l'existence du délai raccourci de vingt ans à dix ans pour la déclaration judiciaire d'absence prévue aux articles 122 et suivants du Code civil.

Si l'enfant mineur réapparaissait, il paraît évident que cette répartition n'aura aucune incidence sur son régime de protection car il demeurerait soumis, en sa qualité d'incapable mineur, sous l'administration légale de ses père et mère ou encore sous le régime de tutelle si celui-ci était en vigueur au jour de son absence.

Section 2 - La déclaration d'absence

Dans le cas où l'absence se prolonge, on peut supposer la mort probable de l'absent ; le tribunal peut alors prononcer la déclaration d'absence qui est lourde de conséquences.

Cette déclaration d'absence peut être prononcée au bout de dix ans dans le cas où il y a eu une constatation judiciaire de présomption d'absence. Le délai court à compter du jugement rendu.

Dans le cas contraire, il faut attendre le délai de vingt ans pour que la déclaration d'absence judiciaire soit rendue.

Cette déclaration d'absence rend probable le décès et en produit tous les effets juridiques²⁰⁵. Il y a donc lieu de procéder à l'ouverture et au règlement de la succession de l'enfant mineur.

Bien évidemment, si l'absent était marié, son mariage demeure dissous, et ce même s'il revient²⁰⁶.

²⁰⁴ Art. 113 C. civ. modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

²⁰⁵ Art. 128 C. civ. prévoit que le jugement déclaratif d'absence produit les mêmes effets qu'un acte de décès ; *a contrario* pas le jugement énonçant la présomption d'absence.

Chapitre 4 - La disparition

Dans le cas où une personne a disparu dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, sans que le corps n'ait été retrouvé²⁰⁷ (guerre, raz-de marée, naufrage, grand incendie), la loi assimile cette hypothèse à celle du décès.

Le tribunal fixe alors la date du décès sur des présomptions ; selon la Cour de cassation²⁰⁸ le juge apprécie souverainement *«les énonciations dont elle a pu déduire que ces circonstances étaient de nature à mettre sa vie en danger au sens de l'article 88 du Code civil»*. Le jugement déclaratif de décès produit effet au jour de la mort présumée.

Naturellement la succession s'ouvre et le mariage est dissous.

Il nous paraît ici essentiel et indispensable d'évoquer le cas de l'enfant né handicapé, qui souvenons-nous a généré une loi après la décision rendue par la Cour de cassation en 2001 dans l'affaire Perruche.

Chapitre 5 - Cas de l'enfant né handicapé

L'affaire Perruche donna lieu à une jurisprudence de la Cour de cassation (Section 1) qui affola le milieu médical et qui fut à l'origine de la loi du 4 mars 2002 (Section 2).

Section 1 - La position de la jurisprudence

On se souvient du fameux **arrêt Perruche** rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2001²⁰⁹ qui avait semé le trouble.

En effet, la Cour de cassation avait jugé que l'enfant né handicapé pouvait *«demander la réparation du préjudice résultant de son handicap, bien que les fautes du médecin et du laboratoire n'eussent été aucunement la cause de son handicap»*.

En l'espèce ni le laboratoire d'échographie ni le médecin n'avaient diagnostiqué l'anomalie de l'embryon, et l'enfant naquit handicapé.

²⁰⁶ Art. 132 C. civ.

²⁰⁷ Art. 88 alinéa 2 C. civ.

²⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère} n°92-21.226, 14 mars 1995, Bull. 1995, I N° 125, p. 89, n° 92-21.226 P : *Defrénois* 1995. 1374, obs. Massip ; RTD civ. 1995. 323, obs. Hauser

²⁰⁹ Cass. Ass. plén. n°99-13.702, 17 novembre 2001, Bull. A. P. n° 9 p 15, D 2001, 332 note Mazeaud ; *RDSS* 2001-1, note A. Terrasson de Fougères ; RTD civ. 2001, variété B. Markesinis ; *ibid* 103, obs. J. Hauser, Chron. 492 ; *ibid* 149, obs. P. Jourdain ; *ibid* 226 ; obs. R. Libchaber ; *ibid* 285, étude M Fabre-Magnan ; *ibid* 547 variété Jestaz ; V. aussi note Catherine Caillé «commentaire de cassation assemblée plénière du 17 novembre 2000» ; *RGDM* n° 5 2001, p. 69-75 ; V. aussi. Chron. 489 ; *Defrénois* 2001-263-Aynès, D 2001 ; *Defrénois* 2001.281, De Béchillon, Catelet, Thomas Le monde 21 décembre 2001

La position de la Cour de cassation permettait alors à chaque enfant né handicapé de demander réparation au vue de sa naissance, et ce même en l'absence de faute des praticiens. Ce qui avait pour conséquence de faire peser sur l'ensemble du corps médical une obligation de résultat.

On peut imaginer le chaos juridique qu'aurait pu engendrer la position de la Cour régulatrice. C'est pourquoi il fallait une réaction efficace de la loi pour ne pas remettre en cause ce qui avait toujours été appliqué dans ce cas : la solidarité nationale.

Section 2 - La loi du 4 mars 2002

La loi du 4 mars 2002²¹⁰, dite loi «Kouchner», est intervenue afin de mettre un coup d'arrêt à cette jurisprudence.

Ladite loi disposait dans son article 1^{er} : «*nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance*» et renvoyait donc la réparation du préjudice causé à la solidarité nationale.

En conséquence, si le handicap était dû à une faute médicale, la personne handicapée pouvait demander réparation de son préjudice, si l'acte fautif avait provoqué directement le handicap ou s'il l'avait aggravé sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil.

La loi du 11 février 2005²¹¹ a abrogé cet article 1^{er} et a créé l'article L114-5²¹² du Code de l'action sociale et des familles aux termes duquel : «*Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance*» et a ainsi transféré le nouveau régime de responsabilité civile «*pour les personnes nées avec un handicap dû à une faute médicale peuvent obtenir la réparation de leur préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer* »²¹³.

Les parents ne peuvent demander réparation uniquement au titre de leur préjudice, qui ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La réparation de ce dernier relevant alors de la **solidarité nationale**.

Cette loi fait-elle prévaloir l'intérêt de l'enfant mineur né handicapé ?

Seule une réponse positive en demi-teinte paraît être envisageable. En effet, il apparaît que la réparation du préjudice sans faute relève de la solidarité nationale, mais l'on sait que

²¹⁰ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

²¹¹ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées

²¹² Art. L114-5 du Code de l'action sociale et de la famille

²¹³ Art. 114-5 alinéa 2 du Code de l'action sociale et de la famille

celle-ci a des limites et prive ainsi l'enfant d'un gain financier nécessaire pour assumer les lourdes charges liées à son handicap.

Mais il était difficilement concevable de faire supporter une responsabilité sans faute sur les praticiens ; ce qui équivalait à faire peser sur ces derniers une obligation de résultat qui aurait eu pour conséquence de les obliger à augmenter le montant de leur police d'assurance responsabilité, dont le coût aurait été tellement élevé que cela aurait pu avoir de fâcheuses conséquences sur le système de santé.

Le statut de l'enfant n'a cessé d'évoluer et de s'étoffer depuis la fin du XIX^{ème} siècle. Cette constante évolution conduira le législateur à s'interroger sur la place de l'enfant au sein de notre société et à lui reconnaître peut-être un accroissement de ses droits en contre-partie de ses devoirs.

Le législateur devra également dans tous les textes concernant l'enfant intégrer l'élément le plus important « l'intérêt de l'enfant ».

L'enfant, c'est enfin, celui qui évolue au sein de la famille. C'est pourquoi, il y a lieu de s'intéresser à présent à la **famille** afin de tenter de la définir, de comprendre quelle est la place qu'occupe l'enfant au sein de celle-ci. Nous pourrions alors constater que la famille a une grande importance notamment entre ascendants et descendants.

Chapitre 6 - L'enfant et la famille

L'enfant mineur fait partie intégrante de la famille (Section 1) qui lui assure une protection (Section 2).

Section 1 - Définition de la famille

Le Professeur Bénabent écrit que « *la famille est un groupe de personnes liées entre elles par des liens fondés sur le mariage et la filiation* ». ²¹⁴

Cette définition est aujourd'hui bien loin de la conception du droit positif et de la préoccupation de chacun des français, car la famille c'est aussi et surtout une réalité sociologique, économique et juridique.

La famille *lato sensu* (*sens large*) est constituée de toutes les personnes descendant d'un auteur commun, donc unis par un lien de parenté issu du sang. Sont donc inclus dans la famille les collatéraux, les gendres et tous les alliés.

C'est le lignage de l'ancien droit. Mais la famille *stricto sensu*, se restreint aux parents à leurs enfants et petits-enfants ; c'est ce que l'on nomme la **famille nucléaire**.

Peu importe que les auteurs de cette famille soient unis ou non par les liens du mariage ou bien encore pacés. C'est la famille au sens le plus étroit qui a le plus de rapports juridiques.

Au cours du XX^{ème} et au début du XXI^{ème} siècle, la famille s'est recentrée sur les parents, leurs enfants et les petits enfants.

C'est donc la famille nucléaire qui a le vent en poupe, et de ce fait la place de l'enfant a une importance primordiale, essentielle et capitale.

Mais tout comme une société, la famille peut connaître des crises qui sont plus ou moins graves, qu'il faut pouvoir gérer et résoudre. C'est à ce moment précis qu'il est utile et nécessaire de faire appel à la législation en place pour y trouver aide et solution.

En effet, il ne faut pas perdre de vue qu'une famille peut rencontrer de nombreuses périodes de crise au cours de son existence ; ces crises provenant d'ailleurs des personnes physiques qui la composent. Malheureusement l'enfant se retrouve fréquemment au cœur de cette crise familiale ; chacun de ses parents réclamant de pouvoir exercer seul l'autorité parentale dans l'intérêt de son enfant²¹⁵.

Le juge aux affaires familiales doit alors prendre la décision la mieux adaptée à l'intérêt de l'enfant²¹⁶ et peut notamment décider que le droit de visite s'effectuera dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance²¹⁷.

L'enfant peut également être à l'origine de la crise familiale de par son comportement, sa violence, sa déscolarisation ou sa délinquance générant un danger pour sa sécurité. Ses parents n'arrivant plus à le gérer saisissent alors le juge des enfants pour obtenir de ce dernier

²¹⁴ Alain Bénabent, droit de la famille, LGDJ. Précis Domat, 3^{ème} éd. 2014 p. 1

²¹⁵ Art. 373-2-1 C. civ

²¹⁶ Art. 373-2-1 alinéa 3 C. civ modifié par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 et par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010

²¹⁷ V. droit de visite et d'hébergement : Gomy, JCP N 1999 - Juston, Dr. Fam. 2012, Etude 19 ; Kamden, Gaz. Pal. 1996. 2. Doctr. 886 ; Lacoste, RRJ 1997/3 ; Dr. Fam. 2012, Etude 18 ; ibid. 20 (espace de rencontre) ; V. sur les déplacements et les enlèvements internationaux d'enfants : AJ. Fam. 2002. 318 ; ibid. 2018. 499 ; Bodard-Hermant, Gaz. Pal. 2000. 1. Doctr. 1994 (Convention de la Haye ; Gaz. Pal. 2000. 2. Doctr. 2199 (droit de visite à l'épreuve des frontières) ; v. aussi Fulchiron (H.), les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque du Centre du droit de la famille, Lyon 20 et 21 novembre 2003, Broché 2 mars 2005

des mesures d'assistance éducatives²¹⁸.

L'intérêt de l'enfant doit, dans ces moments de crise, être l'objet de toute l'attention nécessaire afin que cette crise lui porte le moins atteinte possible et que les solutions apportées soient les mieux adaptées à son intérêt (bien-être, développement, santé, sécurité) et assurent sa protection dans les meilleures conditions.

De plus on ne peut nier les aspects pécuniaires et non pécuniaires (séparation de corps et de biens, divorce, garde des enfants, autorité parentale, attribution du logement, pension alimentaire, prestation compensatoire..) liés directement ou indirectement aux crises de la famille. C'est pourquoi le droit intervient abondamment et de façon minutieuse.

De nos jours, il apparaît aussi que les parents souhaitent associer le plus fréquemment possible leurs enfants à l'évolution de leur patrimoine notamment en faisant d'eux des associés dans les sociétés civiles immobilières. Ils souhaitent également les aider au cours de leur vie en leur consentant des donations voire des donations-partages.

Il peut arriver que l'enfant nécessite une protection plus spécifique liée soit à son jeune âge soit à son handicap.

Section 2 - La famille et la protection de l'enfant

Les parents souhaitent, dans l'intérêt de leurs enfants mineurs ou majeurs nécessitant une certaine protection, anticiper sur l'avenir et le devenir de leurs enfants en cas de décès notamment par la nomination d'un tuteur dans un testament. Mais la loi leur offre également la possibilité d'anticiper sur l'avenir de leurs enfants en leur proposant le choix entre : le mandat à effet posthume²¹⁹ ou le mandat de protection future²²⁰.

1- Le mandat à effet posthume

Ce mandat est fondé sur un intérêt sérieux et légitime déterminé en considération de la personne de l'héritier (ou des héritiers) - *ratione personae*, et/ou en considération de la consistance du patrimoine successoral - *ratione materiae*.²²¹

²¹⁸ Art. 375 C.civ. modifié par la loi n°2016-297 du 14 mars 2016

²¹⁹ Art. 812 et s. C. civ. issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006

²²⁰ Art. 477 à 494 C. civ. issus de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, modifiés par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015

²²¹ Art. 812-1-1 alinéa 1 C. civ issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006

Ce mandat à portée successorale, a pour objet et pour effet de retarder l'exercice des droits héréditaires car il entraîne la suspension de la saisine héréditaire de l'article 724 du Code civil.

Sa durée varie de deux à cinq ans en raison de l'inaptitude, de l'âge des héritiers ou de la nécessité de gérer les biens professionnels²²² et peut être prorogable par le juge.

Enfin il ne peut être reçu et accepté qu'en la forme authentique à la différence du mandat de protection future.²²³

2- Le mandat de protection future

Ce mandat longtemps souhaité par le notariat²²⁴ permet d'anticiper une éventuelle altération des facultés de l'enfant mineur ou majeur, et de prévoir, pour le moment venu où cet enfant ne pourra plus pourvoir seul à ses intérêts, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du Code civil, de donner pouvoir à un ou plusieurs tiers pour assurer sa représentation tant pour ses biens que pour sa personne.

Ce mandat peut être donné par la personne concernée, par les parents ou le dernier vivant des père et mère qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou qui assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur, mais en aucun cas, il ne peut porter sur les actes purement personnels²²⁵.

Ce mandat peut paraître être la solution adaptée lorsque les parents ont des enfants mineurs handicapés ou des enfants majeurs ayant besoin d'une protection sans pour autant être placé sous un régime légal de protection.

Ces deux mandats ont pour objet et pour effet de prévoir, dans l'intérêt de l'enfant, sa protection future la mieux adaptée tant à sa personne qu'à son patrimoine.

Enfin, le droit, comme toute science est, en permanence, contraint de s'adapter à l'évolution de la société ainsi qu'à ses profonds changements.

²²² Art. 812-1-1 alinéa 2 C. civ. issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 citée ci-dessus

²²³ Art. 812-1-1 alinéa C. civ.

²²⁴ 94^{ème} congrès de notaires de France, Lyon, 1998 ; 102^{ème}, Strasbourg 2006

²²⁵ J. Combret J. Casey, «le mandat de protection future», *RJPF* sept. 2007 ; M. C. Forgeard et N. Levillan, «mandat de protection future et pratique notariale», *Deffrénois* 2008.529s. et 540s ; A. Delfosse et N. Baillon-Wirtz, «le mandat de protection future», *JCP G* 2007.1.147 ; S. Hébert, «Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ?», *D.* 2008.307

Au vu de l'établissement du lien de la filiation de l'enfant, de la personnalité juridique qui lui est reconnue, de son état de minorité qui est une incapacité temporaire lui interdisant de faire seul la plupart des actes, l'enfant est concerné tant par les actes d'ordre patrimonial qu'extra-patrimonial, et c'est très précisément sur ce dernier point que portera l'objet de cette thèse.

Il est vrai que tout au long de la partie préliminaire, il a fallu définir l'enfant, sa personnalité juridique, sa capacité ainsi que sa place au sein de la famille afin de pouvoir évoquer plus précisément son intérêt.

Cette évocation, bien que nécessaire et passionnante, peut paraître longue, mais on ne peut nier que l'enfant intéresse le droit dans son ensemble, et qu'il est impossible d'évoquer l'enfant dans le droit positif sans l'avoir, au préalable, défini de façon générale.

Nous pouvons désormais aborder l'intérêt de l'enfant au regard des droits extra patrimoniaux, tout en sachant que les droits extra-patrimoniaux sont des droits subjectifs qui comprennent notamment les droits civiques et politiques ainsi que les droits professionnels, les droits familiaux et les droits de la personnalité.

PREMIERE PARTIE

DROIT PUBLIC -

DROIT DE L'HOMME –

INTERET DE L'ENFANT

Dans cette partie nous nous attacherons à traiter du rapport de l'homme avec l'Etat qui se traduit par l'affirmation des droits politiques (Titre I), de libertés (Titre II) et de droits sociaux (Titre III).

TITRE I

LES DROITS POLITIQUES

Les droits politiques concernent l'ensemble de la vie de notre pays et les droits consentis et reconnus aux citoyens. Aussi nous traiterons du rapport de l'homme avec l'Etat (Chapitre I), du droit de suffrage (Chapitre II) ainsi que du droit à l'égalité des chances (Chapitre III), lequel est un droit assez récent.

CHAPITRE I

RAPPORT DE L'HOMME AVEC L'ETAT

Le rapport de l'homme avec l'Etat est défini et déterminé notamment par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDH) de 1789²²⁶ (Section I), par la constitution de 1946²²⁷ (Section II) qui proclame notamment que tout être humain «*possède des droits inaliénables et sacrés*» tout en réaffirmant solennellement «*les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de l'homme de 1789*», par la Constitution de 1958²²⁸ ainsi que par l'enrichissement du préambule de la Constitution de 2005²²⁹, sans omettre l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme²³⁰ (Section III), de la Charte sociale européenne²³¹ (Section IV), de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs²³² (Section V), de la Charte des droits fondamentaux ou traité de Nice²³³ (Section VI), de la Déclaration universelle des droits de l'Homme²³⁴ (Section VII), de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)²³⁵ ou convention de New-York (Section VIII), de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant²³⁶ (Section IX) ainsi que d'autres conventions ((Section X).

²²⁶ DDH du 26 Août 1789, texte fondamental de la Révolution française qui énonce un ensemble de droits naturels et individuels faisant partie du bloc de constitutionnalité

²²⁷ Constitution du 27 octobre 1946

²²⁸ Constitution du 4 octobre 1958

²²⁹ Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1^{er} mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution pour une constitution européenne appelée aussi Traité de Rome II ou Traité de Rome 2004. Cette révision constitutionnelle a fait suite au référendum soumis au peuple français sur le projet de loi qui autorise la ratification du traité établissant une Constitution pour l'europe. Le peuple français ayant répondu majoritairement non avec 54,67 % et malgré l'opposition des français la France a approuvé cette Constitution pour l'europe

²³⁰ Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) du 4 novembre 1950

²³¹ Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 révisée le 3 mai 1996 à Strasbourg

²³² Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée à Strasbourg le 9 décembre 1989

²³³ Charte des droits fondamentaux de l'union européenne ou traité de Nice du 18 décembre 2000

²³⁴ Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948

²³⁵ Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) ou Convention de New-York du 20 novembre 1989

²³⁶ Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996

Nous évoquerons également l'ensemble des différents droits et libertés reconnus à l'Homme depuis la III^{ème} République à nos jours (Section X).

Commençons, dans un premier temps, par nous intéresser à la Déclaration des droits de l'Homme citoyen « le » texte emblématique à l'origine des droits de l'homme en France.

SECTION I

LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME

L'un des textes les plus importants qui a insufflé une nouvelle direction à la France et qui demeure le texte de référence par excellence est la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDH) du 26 août 1789²³⁷.

1. La DDH se veut :

- **Universelle** : car elle proclame des droits pour tous les hommes,
- **Abstraite** : car elle énonce des principes généraux sans prévoir leur mise en œuvre,
- **Et individuelle** : car elle ne prend en considération que l'individu en tant qu'homme. Elle n'a d'ailleurs qu'un seul but : *«la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme dans son article 2»*.

2. La DDH reconnaît notamment les droits suivants :

- La liberté définit de manière générale dans l'article 4 et qui *«consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui»*. Le texte retient une seule restriction *«les bornes déterminées par la loi»*,
- L'égalité énoncée de manière concrète car tous les citoyens *«sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents»*, le concours étant par excellence la modalité de mise en œuvre de ce principe.
- La propriété figurant au dernier article de la DDH comme étant *«un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité»*.

²³⁷V. François Furet, Ran Halévi «Orateurs de la Révolution française» Tome I, *Les constituants*, Bibliothèque de la Pléiade, Paris Gallimard, 1989 ; Marcel Gauchet, «La révolution des droits de l'homme», Bibliothèque de l'histoire, Paris Gallimard 1989 ; Jean Godechot, «Les constitutions de la France depuis 1789» Paris, Garnier-Flammarion 1979, P. 79-83 ; Claude-Albert Colliard, « la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Paris 1990, la documentation française (ISBN 978-2-7178-2483-4) ; Giorgio Del Vecchio, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la Révolution française, contribution à l'histoire de la civilisation européenne, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1968 ; Stéphane Rials «La déclaration des droits de l'homme et du citoyen» Hachette, Paris 1988, (ISBN 2-01-014671-9) ; Roger Chartier, «Les origines culturelles de la Révolution française» éd. du Seuil 1990

- La sûreté avec le principe de la légalité des incriminations : «*Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites*». L'article 8 la DDH affirme le principe de proportionnalité des peines aux infractions et de non-rétroactivité de la loi pénale défavorable. Puis dans son article 9 la DDH affirme le principe de la présomption d'innocence.

La DDH, étant universelle, intéresse chaque Homme sans distinction de sexe, d'âge ou de race. L'enfant mineur et plus particulièrement son intérêt sont d'ores et déjà protégés par ce texte de portée générale. Mais sa protection et la garantie de ses droits ne sont pas limitées par la DDH. Ainsi un autre texte, tout en s'inspirant directement de la DDH, consacre les droits économiques et sociaux et assure également les droits et libertés de l'enfant mineur.

SECTION II

LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946

Le préambule de la constitution de 1946²³⁸ consacre quant à lui des droits économiques et sociaux ce qui est nouveau. En effet c'est au vu de l'évolution de notre démocratie que ce préambule se veut novateur et respectueux des droits de chacun.

En effet, n'oublions pas que le droit de vote des femmes est tout récent²³⁹, il leur a été conféré par une ordonnance du 21 avril 1944 signée par le Général de Gaulle. De par cette ordonnance les femmes deviennent éligibles et électrices et le premier vote des femmes a lieu le 29 avril 1945.

Le préambule énonce²⁴⁰ :

- La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.

²³⁸ V. Gérard Teboul, «Le préambule de la constitution de 1946», histoire, analyse et commentaires Thèmes & commentaires, éd. Dalloz, 2001 ; Michel Verpeaux, Emmanuel Cartier «La constitution du 27 octobre 1946», nouveaux regards sur les mythes d'une constitution mal-aimée, 2d. Mare et Martin, Droit public, éd. 2018 ; Andrée Martin-Pannetier «Institutions et vie politique françaises de 1789 à nos jours», Paris, 1981, 2^{ème} éd. (1^{ère} édition 1971) 1, vol. II – 226-XXVIII p 20

²³⁹ V. Nicolas de Condorcet qui dès 1789 se prononçait pour le droit de vote des femmes «Euvres» de Condorcet, O'Connor et F. Ara go, Tome X, Paris, Firmin Didot frères, 1847

²⁴⁰ Au 2, 3, et 4 du préambule de la Constitution de 1946

- Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur le territoire de la République.

- Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.

- Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

Contrairement à la DDH, le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 se place du point de vue de la collectivité qui a des devoirs à l'égard des personnes.

Ainsi ledit préambule proclame :

-Que la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement,

- Elle (la Nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs,

- Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence,

- La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales,

- La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat.

Enfin le Préambule de 1946²⁴¹ consacre «*des principes fondamentaux reconnus par la République*».

L'intérêt de l'enfant, bien que non précisément énoncé dans le préambule de la Constitution de 1946, est toutefois l'élément sous jacent pris en considération car la Nation doit à l'enfant non seulement une protection de la santé mais aussi une sécurité matérielle assurée par le versement de prestations sociales. Lesquelles prestations sociales destinées à pourvoir à tous les besoins essentiels (aliments, habillement, loisirs...) de l'enfant mineur.

²⁴¹ V. Emmanuel Cartier, La transition constitutionnelle en France (1940-1945), préface de Michel Verpeaux, L.G.D.J, Collection thèses, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, n° 126, décembre 2005, 1^{ère} édition 1 vol XVI ; V. aussi Claire Marliac-Négrier, L'essentiel des droits politiques, économiques et sociaux, éd. Gualino, Collection «Carrés Rouge» 2003 ; V. Gérard COGNAC, Gérard Teboul, Xavier Prétot, Le préambule de la Constitution de 1946, Histoire analyse et commentaires, Thèses et Commentaires, éd. Dalloz-Sirey, fév. 2001

L'enfant a également droit au repos et aux loisirs mais surtout à l'instruction qui est dispensée obligatoirement à tous les enfants âgés de trois ans jusqu'à l'âge de seize ans ; l'enseignement étant public, laïque et gratuit.

Nous reviendrons sur le droit à l'éducation auquel nous consacrerons un chapitre entier dans le Titre III, Chapitre VI.

Notre pays étant un Etat partie de l'Union européenne, il est directement intéressé par la Convention européenne des droits de l'Homme. Laquelle assure et garantit des libertés fondamentales à tout Homme ressortissant ou se trouvant dans un Etat de l'Union européenne.

SECTION III

LA CONVENTION EUROPEENNE DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME (CESDH)

Un autre texte a toute son importance dans notre pays : la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), (cette abréviation est utilisée pour qu'il n'y ait pas de confusion avec la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)), signée à Rome le 4 novembre 1950 et qui lie les Etats du Conseil de l'Europe qui l'ont ratifiée.

Cette convention fut le premier instrument rendant contraignants certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Hommes²⁴². Bien que la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant ne soit pas expressément mentionnée dans la CESDH, la Cour européenne (CEDH) n'hésite pas à souvent l'utiliser sur le fondement de l'article 8²⁴³ car l'intérêt supérieur de l'enfant se trouve principalement dans les affaires concernant la vie privée et familiale dont le respect est protégé par cet article²⁴⁴.

²⁴² V. Jean-François Renucci, Droit européen des droits de l'Homme, L.G.D.J Traité, 2^e édition 2012, P 267 ; V aussi du même auteur Droit européen des droits de l'Homme, droits et libertés fondamentaux garantis par le CEDH, L.G.D.J, 8^{ème} édition 2019 ; V. Olivier Bigler, Luc Gonin, Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), édition LexisNexis 2018 ; V. Franck Moderne, La Convention européenne des droits de l'Homme, édition Dalloz, 4^{ème} édition 2019

²⁴³ Art. 8 CESDH : «*Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance*» ; CEDH Tysiac c/ Pologne 20 mars 2007

²⁴⁴ CEDH ass .plén. Marckx c/ Belgique du 13 Juin 1979, la cour a jugé que concernant la «*filiation maternelle naturelle*» la législation appliquée constituait une violation de l'article 8 pour les deux requérantes (la mère et la fille) ; CEDH Wagner J. M. W. L. c/Luxembourg 28 juin 2007

1. La CESDH énonce des droits et met en œuvre une procédure de protection de ces derniers. Les droits sont essentiellement des droits civils et politiques, et certains droits sont qualifiés de «droits intangibles» tels que :

- le droit de toute personne à la vie (article 2 sauf cas de décès «résultant d'actes licites de guerre»),
- le droit de ne pas être soumis à la torture, à des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3),
- le droit de ne pas être placé en esclavage, en servitude, de n'être pas astreint à accomplir un travail forcé pour obligatoire (article 4),
- le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale (article 7).

2. Outre les «droits intangibles» la CESDH garantit les droits suivants :

- Le droit à la liberté et à la sûreté (article 5),
- le droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi (article 6),
- le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8),
- le droit à la liberté de pensée, de conscience, et de religion (article 9),
- le droit à la liberté d'expression (qui comprend la liberté d'opinion et la liberté de concevoir ou de communiquer des informations ou des idées) (article 10),
- le droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association (article 11)
- le droit de se marier et de fonder une famille (article 12),
- le droit pour toute personne au respect de ses biens,
- le droit à l'instruction,
- le droit à des élections libres au scrutin secret,
- le droit de circuler librement et de choisir librement sa résidence, et le droit de quitter n'importe quel pays y compris le sien,
- le droit pour toute personne de ne pas être exclue du territoire de l'Etat dont elle est le ressortissant,

- le droit de ne pas être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont elle est le ressortissant.

Pendant longtemps la France a été réticente à la CESDH puis a fini par la ratifier le 31 décembre 1973. Elle fût publiée avec des réserves par le décret du 3 mai 1974. Par un décret du 9 octobre 1981 la France a accepté la compétence facultative de la Cour européenne des droits de l'homme et le recours individuel²⁴⁵.

Cette Convention, de portée générale, qui reconnaît des «droits intangibles» à tout Homme intéresse à ce titre l'enfant mineur. Ici encore l'intérêt de l'enfant n'y est jamais expressément indiqué mais la teneur même des droits et libertés y figurant trouvent leur cause en partie dans l'intérêt de l'enfant.

Ainsi le droit à la vie (article 2), la liberté (article 5), le droit à la vie privée et familiale (article 8), la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9) et d'expression (article 10), le droit à l'instruction (article 2 protocole additionnel, Paris 20.III.1952) ainsi que le droit à la libre circulation (article 2 protocole n° 4, Strasbourg 16.IX.1963) sont d'autant de droits qui bénéficient à l'enfant dans son intérêt.

La Convention européenne (CESDH) signée en novembre 1950 était incomplète s'agissant des droits sociaux. Aussi la Charte sociale européenne est venue compléter la Convention concernant les droits sociaux.

SECTION IV

LA CHARTE SOCIALE EUROPEENNE

La Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 a été révisée à Strasbourg le 3 mai 1996 afin de tenir compte des changements sociaux fondamentaux.

Cette Charte est venue compléter la CESDH signée à Rome le 4 novembre 1950, et, est axée sur les droits civiques.

Les droits fondamentaux énoncés dans la Charte sociale sont des droits sociaux tels que : le logement, la santé, l'éducation, l'emploi, le droit syndical²⁴⁶, le droit de grève²⁴⁷ le

²⁴⁵ Art. 25 et 26 de la CESDH

²⁴⁶ Art. 5 de la Charte sociale européenne

²⁴⁷ Art. 6 de la Charte sociale européenne

droit à une rémunération équitable²⁴⁸, le droit des enfants et des adolescents à la protection²⁴⁹ ainsi que les droits de personnes handicapées.

Le comité européen des droits sociaux (CEDS) composé de quinze membres élus par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe pour six ans, et renouvelable une fois, est chargé de déterminer si les législations et pratiques nationales sont conformes à la Charte.

Cette Charte venant compléter la CESDH, intéresse l'intérêt de l'enfant mineur tout comme la Convention elle-même ainsi qu'il a été dit ci-avant. De plus sa spécificité concernant le droit des enfants et des adolescents à la protection ainsi que le droit des personnes handicapées en fait une variante qui paraît plus axée à l'intérêt de l'enfant.

Puis un autre texte s'attache aux droits spécifiques d'une catégorie de personnes : les travailleurs. Il s'agit de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux.

SECTION V

LA CHARTE COMMUNAUTAIRE DES DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX DES TRAVAILLEURS

Monsieur Jacques Delors²⁵⁰ avait en 1989 pris l'engagement de mener à bien ce projet concernant les droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Le 9 décembre 1989²⁵¹ la Charte fut signée par les onze Etats membres.

Cette Charte élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe et destinée à compléter la charte sociale européenne de 1961, signée à Turin le 18 octobre 1961, entrée en vigueur le 26 février 1965, a été ratifiée par la France le 4 octobre 1974, révisée à Strasbourg, le 3 mai 1996. Au vu de cette Charte les Etats signataires s'engagent à *«faire en commun tous efforts en vue d'améliorer le niveau de vie et de promouvoir le bien-être de toutes les catégories de*

²⁴⁸ Art. 4 de la Charte sociale européenne

²⁴⁹ Art. 7 de la Charte sociale européenne

²⁵⁰ Jacques Delors, homme d'Etat français, ministre de l'économie des finances et du budget de 1981 à 1984, puis Président de la commission européenne de 1985 à

²⁵¹ V. Pierre Rodière, Droit social de l'union européenne, édition LGDJ, mars 2014 ; V. Jean-Michel Servais, Droit social de l'union européenne, édition Bruylant 2017

leurs populations, tant rurales qu'urbaines, au moyen d'institutions et de réalisations appropriées».

De plus cette Charte entend garantir les «droits sociaux» suivants :

- la libre circulation
- le droit du travail
- le droit à une rémunération équitable,
- le droit syndical,
- le droit de négociation collective,
- le droit de grève,
- le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale,
- le droit à la sécurité sociale et à l'assistance médicale,
- le droit à la formation professionnelle
- le droit à la protection de la famille.
- la protection des enfants et des adolescents.

S'agissant de la protection des enfants et des adolescents, il est indiqué :

«20.[...] l'âge minimal d'admission au travail ne doit pas être inférieur à l'âge auquel cesse la période de scolarité obligatoire ni, en tout cas, à 15 ans.

21. Tout jeune exerçant un emploi doit percevoir une rémunération équitable conformément aux pratiques nationales.

22. Les mesures nécessaires doivent être prises en vue d'aménager les règles de droit du travail applicables aux jeunes travailleurs afin qu'elles répondent aux exigences de leur développement et aux besoins de leur formation professionnelle et de leur accès à l'emploi.

La durée du travail des travailleurs de moins de 15 ans doit, notamment, être limitée - sans que cette limitation puisse être contournée par le recours à des heures supplémentaires - et le travail de nuit interdit, exception faite pour certains emplois déterminés par les législations ou les réglementations nationales.

23. Les jeunes doivent pouvoir bénéficier, à la fin de la scolarité obligatoire, d'une formation professionnelle initiale d'une durée suffisante pour leur permettre de s'adapter aux exigences de leur vie professionnelle future ; pour les jeunes travailleurs, une telle formation devrait avoir lieu pendant le temps de travail».

La scolarité de l'enfant mineur est obligatoire dès l'âge de trois ans, depuis la rentrée 2020, jusqu'à l'âge de seize ans révolus. Au-delà de seize ans l'enfant peut entrer dans le monde du travail. Mais le monde du travail est très différent du milieu scolaire dans lequel l'enfant avait l'habitude d'évoluer. De plus, son jeune âge le rendant plus vulnérable, il est essentiel et primordiale qu'il bénéficie, dans son intérêt, d'une protection beaucoup plus adaptée.

C'est pourquoi des textes spécifiques sont d'une importance capitale pour la protection des droits en considération de certaines catégories de personnes plus vulnérables que d'autres.

Abordons à présent la Charte des droits fondamentaux ou traité de Nice.

SECTION VI

LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX

Lors du sommet de Nice du 7 au 9 décembre 2000, les représentants des pays de l'Union ont adopté officiellement une Charte des droits fondamentaux de l'Union représentant les valeurs communes des membres actuels et à venir de celle-ci. Les dispositions de ladite Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

L'Union déclare se fonder «*sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit*».

Cette Charte, bien que faisant référence aux conventions déjà existantes, consacre des droits nouveaux tels que : la dignité de la personne humaine, l'intégrité de la personne humaine, la protection des données personnelles, la liberté de la recherche, le droit d'asile, la protection des étrangers en cas d'éloignement, et la protection des enfants.

Cette Charte a la même valeur juridique que les traités (art. 6 TUE), mais elle n'est pas la seule source des droits fondamentaux car le rôle de la CESDH reste prépondérant.

Ainsi cette Charte de portée générale qui fait référence aux conventions déjà existantes tout en reprenant des droits et libertés existants, consacre de nouveaux droits pour l'enfant mineur.

Ainsi parmi les nouveaux droits contenus dans cette Charte figure notamment à l'article 24 «*Droits des enfants*» des dispositions prenant en considération le seul intérêt de l'enfant.

Cet article 24 est ainsi rédigé :

«1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt».

Ici l'intérêt de l'enfant n'est pas sous-jacent ou intrinsèque, il est expressément stipulé.

Mais d'autres sources influencent notre droit positif : il s'agit de sources internationales.

SECTION VII

LA DECLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) est une suite de la Charte des Nations Unies dont l'un des buts est de «*développer et d'encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales*»²⁵² .

Dans son préambule la DUDH dont la parenté avec la DDH est perceptible, un grand juriste français René Cassin²⁵³, ayant d'ailleurs été l'un des principaux rédacteurs de ladite DUDH, affirme que «*la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde*».

²⁵² Art. 2 Déclarations des Droits de l'Homme (DUDH)

²⁵³ René Cassin né à Bayonne le 5 octobre 1887, décédé à Paris, le 20 février 1976, juriste, diplomate et homme politique français, il fut l'un des auteurs de la DUDH de 1948, il participa à l'élaboration de Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ainsi qu'à la Constitution de la Cour européenne des droits de l'homme dont il devint le premier Président de 1959 à 1968.

Proclamant que tous les êtres humains naissent «*libres et égaux en dignité et en droit sans aucune distinction*», la Déclaration universelle se place clairement dans le sillage de la DDH.

Puis la DUDH énonce différents droits, pouvant être classés en quatre catégories :

- 1- **les libertés physiques** : droit à la vie, à la liberté et à la sûreté des personnes, droit de ne pas être ni en esclavage ni en servitude, droit de ne pas être soumis à la torture, ni à des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants, égalité devant la loi et droit sans distinction, présomption d'innocence, non rétroactivité de la loi pénale défavorable, interdiction des immixtions arbitraires dans la vie privée, la famille et le domicile, *et caetera.....*, droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat, le droit de quitter tout pays y compris le sien et de revenir dans son pays,
- 2- **les droits civils** : droit à une nationalité, nul ne pouvant être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité, droit de se marier et de fonder une famille, l'homme et la femme ayant des droits égaux «au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution», droit à la propriété.
- 3- **les droits politiques et les libertés intellectuelles** : droit à la liberté de penser, de conscience et de religion, droit à la liberté d'expression, droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques, droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.
- 4- **les droits économiques et sociaux** : droit à la sécurité sociale, droit au travail (cela implique le *libre choix de son travail à des conditions équitables et satisfaisantes ainsi qu'à l'assurance chômage*), droit au repos et aux loisirs, droit à un niveau de vie *suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille (alimentation, habillement, logement, soins médicaux ainsi que les services sociaux nécessaires)*, droit à l'éducation (*celle-ci devant être gratuite pour l'enseignement élémentaire et fondamental, l'enseignement supérieur devant être ouvert en pleine égalité à tous en fonction de leur mérite*), enfin le droit de *prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.*

Bien que la Cour Internationale de Justice (CIJ) y fasse référence, en droit interne ce traité n'est pas applicable car bien qu'il ait été publié au Journal Officiel le 9 février 1949, il n'a pas été ratifié et n'a donc aucune force juridique²⁵⁴.

Aussi pour donner plus de force à la DUDH l'Organisation des Nations Unies²⁵⁵ a adopté le 16 décembre 1966 «deux pactes», l'un relatif «aux droits civils et politiques», l'autre relatif «aux droits économiques, sociaux et culturels». Ces deux pactes reprennent les droits de la DUDH et ont été ratifiés par la France, avec certaines réserves, par deux lois du 25 juin 1980 publiées au JO par décrets du 29 janvier 1981, et sont entrés en vigueur le 4 février 1981.

Les termes de cette Déclaration universelle sont ici cités car certains de ces droits sont repris dans la CESDH qu'elle a rendu contraignants.

Une Convention spécifique aux droits de l'enfant est particulièrement intéressante de par son influence sur notre droit positif et son applicabilité directe ; il s'agit de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) ou encore appelée Convention de New-York.

SECTION VIII

LA CONVENTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ENFANT (CIDE) OU CONVENTION DE NEW-YORK

La convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989, dite aussi convention de New York a été signée par la France le 26 janvier 1990. Le Parlement par une loi du 2 juillet 1990²⁵⁶ a autorisé la ratification de la CIDE.

Mais, dans un premier temps, la Cour de cassation, dans l'arrêt Lejeune²⁵⁷, n'a pas reconnu d'effet direct aux articles de cette Convention.

²⁵⁴ CE 18 avril 1951, *élections de Nolay*, Rec.189 Ass. 23 novembre 1984, *O. Roujansky*, Rec. 383 ; Ass., 21 décembre 1990 *Confédération nationale des familles catholiques et autres*, Rec. 389

²⁵⁵ Organisation des Nations Unies (ONU)

²⁵⁶ Loi n° 90-548 du 2 juill. 1990 publiée au JORF n° 0154 le 5 juill. 1990, page 7856

²⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *D* 1993. 361 ; cf. not. Rondeau-Rivier, «La convention des nations unies sur les droits des enfants devant la cour de cassation : un traité mis hors-jeu», *D*. 1993. Chron. 203 ; C Neirinck et P. Martin, «Un traité bien mal traité : à propos de l'arrêt Lejeune », *JCP* 1993. I. 3677 ; J. Massip commentaire de l'arrêt du 10 mars 1993, *D*. 1993.361, V. A-D. Olinga, «L'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant devant le juge français», *RTDH* 1995, p. 678

Le Conseil d'Etat eut une position plus nuancée en distinguant entre les différentes dispositions qui étaient d'application directe et celles qui ne l'étaient pas, sans rejeter en bloc la Convention.

Ainsi le Conseil d'Etat rejeta l'applicabilité directe des articles 9²⁵⁸, 12, 14²⁵⁹, 24-1, 26-1 et 27-1²⁶⁰ mais l'admis pour l'article 16 relatif à la vie privée²⁶¹ et pour l'article 3-1 concernant l'intérêt supérieur de l'enfant²⁶².

La position tranchée de la Cour de cassation fut très critiquée²⁶³. Par un arrêt du 18 mai 2005²⁶⁴ la haute juridiction admit l'applicabilité directe de la Convention relative aux droits de l'enfant (articles 3-1 et 12-2) alignant ainsi sa jurisprudence sur celle du Conseil d'Etat.

A présent la Cour de cassation veille à ce que les juges se réfèrent à la CIDE²⁶⁵.

Puis dans un arrêt du 6 janvier 2010²⁶⁶ la Cour a reconnu l'applicabilité directe de l'article 8 de la CIDE.

Dans la CIDE se trouvent le désormais très célèbre article 3-1 qui énonce :

*«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»*²⁶⁷ ainsi que de nombreux articles mentionnant l'intérêt supérieur de l'enfant : l'article 9 en cas de séparation de l'enfant et de sa famille, l'article 18 relatif à la responsabilité parentale, l'article 20 concernant l'adoption et l'article 37 traitant de la privation de liberté.

²⁵⁸ CE 29 juil. 1994, *Abdelmoula*, Req. n° 143866

²⁵⁹ CE 3 juil. 1996 *Paturel*, JCP 1996. I. 2279, obs. Ch. Rouault

²⁶⁰ CE 24 avr. 1997, *GISTI*, Req. n° 163043 concl. Abraham, D 1998. 15 et s.

²⁶¹ CE 10 mars 1995, *Dermirpence* D. 1995.617, concl. Abraham, note Y. Benhamou

²⁶² CE 22 sept. 1997 *Cinar*, JCP 1998. II. Fossier *Chron. Dr. fam.*, JCP 1998. I. 101

²⁶³F. Dekeuwer-Défossez, «La convention relative aux droits de l'enfant qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'est pas directement applicable en droit interne», note ss Civ. 1ère du 10 mars et 2 juin 1993, D. 1994. Somm. 34 ; J. Rubellin-Devichi, «La réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille », *chron. Dr. fam.*, JCP 1993. I. 3688 ; C. Chabert, «Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 Janvier 1990 relative aux droits de l'enfant», JCP 2003. I. 129 ; du même auteur, «l'intérêt de l'enfant et les conflits de lois», *PUAM* 2001, not. N° 690

²⁶⁴Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, JCP 2005.II.10081, not. F.Granet-Lambretchs et Y. Strickler ; *Dr. Fam.* 2005, comm. 156, obs. A. Gouttenoire ; JCP 2005. II. 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; D 2005. 1909, note V. Egéa ; *Defrénois* 2005, p. 1418 et 1493, obs. J Massip ; *RTD civ.* 2005. 583 et 585, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2005, n° 7-8, p. 274, note Th. Fossier ; *Dr. et patr.* sept., p. 101 et s., obs. Ph. Bonfils

²⁶⁵Civ. 1^{ère} 7 avr. 2006, n° 05-11285 arrêt *Benjamin*, la Cour de cassation a jugé que la décision des juges non conforme à l'article 7-1 de la CIDE

²⁶⁶ Civ. 1^{ère} du 6 janv. 2010, pourvoi n° 08-18-871, Bull. 2010. I. n°3 D 2010. Pan. 1904, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire

²⁶⁷ V. C.E. du 22 septembre 1997 n° 161364, qui a annulé, sur le fondement de l'intérêt de l'enfant de l'article 3-1 de la CIDE, une décision du préfet qui avait refusé le séjour à un enfant auprès de sa mère qui était titulaire d'un titre de séjour.

A l'inverse la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959²⁶⁸ qui met l'accent sur la protection de l'enfant aux termes des dix principes qu'elle contient, en insistant sur l'intérêt supérieur de l'enfant²⁶⁹, n'a pas de valeur déclaratoire et n'est pas directement applicable en droit interne.

Revenons sur l'article 3-1 contenu dans la CIDE qui est le texte de référence pour l'intérêt supérieur de l'enfant. A ce titre il est l'article que l'on ne cesse de citer, de retranscrire, d'interpréter et de relater quand il est question de l'intérêt de l'enfant mineur.

D'une manière plus générale la teneur de la CIDE est le texte des droits de l'enfant mineur qui sert de référence pour notre législation et pour les décisions rendues par la jurisprudence.

La haute juridiction veille régulièrement, comme nous le verrons, à ce que les juges s'y réfèrent lors du prononcé de leurs décisions.

Nous n'aborderons que très brièvement la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant ; texte ne créant pas de nouveaux droits pour les enfants mais destiné à faciliter l'accès de l'enfant à ses droits.

SECTION IX

CONVENTION EUROPEENNE SUR L'EXERCICE DES DROITS DE L'ENFANT DU 25 JANVIER 1996

Les Etats membres du Conseil de l'Europe au vu de la Recommandation 1121 (1990) de l'Assemblée parlementaire relative aux droits de l'enfant, et prenant en compte l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant qui exige que les Etats Parties prennent toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans ladite Convention, ont élaboré la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, à Strasbourg le 25 janvier 1996.

A l'inverse de la CIDE qui reconnaît de nouveaux droits à l'enfant, tels que : droit à la protection ou le droit d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant, la Convention

²⁶⁸ Déclaration des droits de l'enfant adoptée le 20 nov. 1959 par l'assemblée générale des nations Unies (résolution 1386-XIV)

²⁶⁹ Principe 2 de la déclaration des droits de l'enfant, cité supra

européenne sur l'exercice des droits des enfants est un texte de procédure qui vise uniquement à faciliter l'accès des enfants à leurs droits sans leur reconnaître de droits supplémentaires.

Enfin cette Convention a créée un Comité permanent dont la mission est de suivre les problèmes relatifs à la présente Convention, notamment «*examiner toute question pertinente relative à l'interprétation ou à la mise en œuvre de cette Convention*»²⁷⁰ et de promouvoir la coopération internationale entre les organes nationaux²⁷¹ n'est cependant pas habilité à exercer une véritable fonction de contrôle.

L'objectif de cette Convention est de veiller, dans l'intérêt de l'enfant à ce que ce dernier puisse accéder aux droits qui lui sont reconnus.

D'autres conventions influencent également notre droit positif.

SECTION X

AUTRES CONVENTIONS

D'autres catégories de personnes font également l'objet d'une protection particulière : les réfugiés et apatrides²⁷², les migrants²⁷³, les travailleurs²⁷⁴, les femmes²⁷⁵.

D'autres textes ont aussi une influence sur notre droit positif : l'acte d'Helsinki du 1^{er} août 1975 et la Charte de Paris signée lors de la Conférence sur la sécurité et la coopération européenne (CSCE), le 21 novembre 1990.

L'ensemble de ces conventions peuvent trouver à s'appliquer à l'enfant mineur.

L'enfant mineur peut être un migrant ou un réfugié, et, à ce titre se voir appliquer ces dispositions protectrices dans son seul intérêt.

²⁷⁰ Art. 16, 2a de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants

²⁷¹ Art 16, 2c de la Convention

²⁷² Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 entrée en vigueur le 22 avril 1954 et la Convention relative aux apatrides du 28 septembre 1954

²⁷³ Convention internationale sur la protection des droits des tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990

²⁷⁴ Conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT)

²⁷⁵ Convention de l'ONU du 20 décembre 1952 sur les droits politiques de la femme, Convention de l'ONU du 10 décembre sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, Convention de l'ONU du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

A présent envisageons de manière générale les droits et libertés acquis sous les différents régimes politiques, et plus particulièrement depuis la III^{ème} République.

SECTION XI

DE LA III^{ème} REPUBLIQUE A NOS JOURS

§1/ Les régimes politiques

1-De 1814 à 1848 nous n'avons pas eu de I^{ère} République mais une monarchie parlementaire qui a marqué ses limites.

2-La II^{ème} République de 1848 à 1852, suivi du second empire de 1852 à 1870, lequel fut plus favorable aux libertés.

3-De 1875 à 1940, la III^{ème} République²⁷⁶, établit durablement le régime républicain.

La III^{ème} République a été proclamée le 4 septembre 1870, deux jours après la défaite militaire de l'Empire à Sedan et s'installe dans des conditions difficiles car la France est en guerre contre l'Allemagne. Tout en établissant le régime républicain et en proclamant plusieurs libertés, la III^{ème} République porte malgré tout atteinte à certaines d'entre elles (les libertés).

Au printemps 1871, la III^{ème} République réprime l'insurrection de la Commune de Paris, mais c'est seulement à partir de 1879, qu'elle s'affirme et que ses institutions sont appelées à être durables.

Cette République a été marquée par plusieurs crises politiques majeures parmi lesquelles figure l'une des plus célèbres : l'affaire du capitaine Dreyfus²⁷⁷.

Les libertés proclamées durant la III^{ème} République sont : la liberté de réunion²⁷⁸, la liberté de presse²⁷⁹, la liberté syndicale²⁸⁰ et la liberté d'association²⁸¹.

²⁷⁶ V. Jean-Marie Mayeur, La vie politique sous la III^{ème} République, édition Poche, 1984 ; Joël Comette, Vincent Duclert, Henry Rousso, La République imaginée (1870-1914), édition Belin, 2014 ; Arnaud-Dominique Houte, La France contemporaine, Tome 4, le triomphe de la République 1870-1914, édition Points, 2018 ; Richard Galliano-Valliserra, La France et les français sous la III^{ème} République 1870-1940, édition Hachette supérieur, 2018

²⁷⁷ Le capitaine Dreyfus fut accusé d'avoir livré des documents à l'ennemi (l'Allemagne). Cette accusation donna lieu au fameux « J'accuse... » rédigé par Emile Zola publié dans le journal l'aurore le 13 Janvier 1898. Il fut reconnu coupable de trahison et condamné par jugement rendu par le Conseil de Guerre de Rennes, le 9 septembre 1899. Sa famille livra un combat afin de faire reconnaître l'innocence de ce capitaine. Par un arrêt de révision du 12 juillet 1906, la Cour de cassation annula le jugement de condamnation du 9 septembre 1899, et reconnu «*que c'est à tort et par erreur que cette condamnation a été prononcée*».

²⁷⁸ Loi du 30 juin 1881, Bull. des lois 12^e S, B 644, n. 10927,

²⁷⁹ Loi du 29 juillet 1881, Bull. des lois n° 637, p. 125

²⁸⁰ Loi du 21 mars 1884 dite loi Waldeck-Rousseau relative aux syndicats professionnels JORF du 22 mars 1884 p. 1

²⁸¹ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association

Mais cette République porte atteinte à la liberté d'expression et de communications des médias, et refuse la liberté d'expression et d'opinion des fonctionnaires. Enfin la III^{ème} République soumet encore les congrégations religieuses à un régime restrictif d'autorisation.

Pendant la deuxième guerre mondiale de 1940 à 1945, la France connut le régime de Vichy²⁸² dirigé par le Maréchal Pétain qui fut un gouvernement provisoire qualifié de «*dictature pluraliste*», régime qui prend des mesures d'exception visant à restreindre les libertés publiques, notamment avec le rétablissement des «*délits d'opinions et d'appartenances*».

La libération ne fut guère une période propice et favorable aux libertés puisque les autorités disposèrent de pouvoirs exceptionnels et étendus pour faire face aux suites de la guerre et à la crise qui s'en suivit.

4-De 1946 à 1958 la France connut la **IV^{ème} République** instaurée après la seconde guerre mondiale ; les français retrouvent les libertés.

5-Enfin depuis 1958 la France vit sous **la V^{ème} République**.

§2/La démocratie

La société française est une démocratie depuis 1948.

Le principe de toute démocratie qui se définit ainsi pour Abraham Lincoln²⁸³ comme étant : «*le gouvernement du peuple, pour le peuple, par le peuple*».

Il aura fallu, tout d'abord, que nous en passions par la révolution de 1789 et par de nombreuses périodes troubles pour que le mécanisme de la démocratie s'enclenche progressivement et aboutisse depuis 1958 à une stabilité politique du gouvernement grâce notamment à notre système bicamériste avec l'Assemblée nationale et le Sénat.

Mais ce système représente un coût financier que nos politiques doivent prendre en considération pour répondre aux attentes de Bruxelles dans le cadre de la réduction du déficit public, aussi nous devons nous attendre, dans les années à venir, à une réduction du nombre de nos sénateurs.

²⁸² V. Michèle Cointet, Nouvelle histoire de Vichy (1940-1945), Paris, édition Fayard 2011 ; V. aussi Marc-Olivier Baruch, Le régime de Vichy, édition Poche, 2017 ; François Broche, Jean-François Muracciole, «histoire de la collaboration 1940-1945, édition Tallandier, 2017

²⁸³ Abraham Lincoln, seizième Président des Etats-Unis qui exécuta deux mandats de Président en 1860 et en 1864, mort assassiné le 15 avril 1865 à Washington

La démocratie est le postulat des libertés publiques, du respect du citoyen et de la possibilité pour ces derniers d'exercer les libertés ; ce qui ne fut pas toujours le cas.

Désormais la démocratie ne se définit plus seulement comme un mode d'exercice du pouvoir mais comme un pouvoir qui se veut respectueux des citoyens, qui leur reconnaît des libertés et leur permet de les exercer. C'est pourquoi la démocratie prône l'égalité comme une liberté et se fixe comme objectif la réduction des inégalités.

Les textes en vigueur emploient soit le terme «*droits*» soit le terme «*libertés*». Ainsi le préambule de la Constitution de 1958 déclare que «*le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme [...] tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmés et complétés par le Préambule de la Constitution de 1946*».

Selon le Préambule de la Constitution de 1946, le peuple français proclame que tout être humain «*possède des droits inaliénables et sacrés*».

Malgré tout, cette distinction est loin d'être superfétatoire. En effet, l'évolution des droits est sensible aux évolutions de la société auxquelles ils s'adaptent. Ainsi aux «*droits de pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*» (DDH de 1789) se sont ajoutés des «*droits à*» ou encore qualifiés de droits-créances, qui eux appellent l'intervention active de la puissance publique pour se réaliser : droit à la santé, droit à la culture (doit d'aller au musée, possibilité de chacun de recevoir un enseignement artistique, de pouvoir apprendre à jouer d'un instrument de musique de son choix), droit à l'environnement sain, à une eau pure etc... Ces derniers ne sont en aucun cas des libertés mais des droits.

§3/ La liberté ou les libertés

1-La liberté : premier terme de la devise républicaine française et «Idéal» de l'Homme.

2-Les libertés : qui existent et s'exercent dans une société et qui concernent tant le pouvoir que les hommes. Ce sont : la liberté d'association, la liberté de culte, la liberté d'enseignement...ou plus communément appelées «les libertés publiques».

Mais le rapport entre la liberté et les libertés reste complexe.

Les libertés de nos jours sont facilitées. Ainsi la liberté d'aller et de venir n'a jamais autant été aussi aisée avec les moyens de transport (voiture, train, avion, etc...) ; la liberté de communication et d'expression par les nouveaux médias (pc, smartphone, et cætera) et les réseaux sociaux (facebook, instagram, linkedIn, etc) avec ses nombreuses dérives.

Bien que certaines libertés soient facilitées, nous ne pouvons nier que les libertés aujourd'hui se restreignent car elles sont très encadrées. L'intérêt général prévalant sur l'intérêt privé. Ainsi l'automobiliste est obligé de mettre sa ceinture de sécurité, les parents sont obligés de faire vacciner leurs enfants. Nos libertés sont plus que jamais rognées par les atteintes, et ce bien que la démocratie se veuille gardienne des droits fondamentaux et des libertés publiques. C'est pourquoi il existe le défenseur des droits, autorité indépendante comme nous allons le voir.

§4/Le défenseur des droits

Le défenseur des droits est une autorité indépendante et constitutionnelle qui aujourd'hui regroupe et remplace :

- Le médiateur de la République
- Le défenseur des enfants
- La Halde
- La commission nationale de déontologie et de sécurité.

Le défenseur des droits a été créé par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008²⁸⁴, puis deux lois²⁸⁵ ont organisé son rôle et sa compétence.

Cette institution indépendante de l'Etat, dirigée depuis le 17 juillet 2014 par Monsieur Jacques Toubon a pour mission :

- de défendre les personnes dont les droits ne sont pas respectés,
- de permettre l'égalité de tous et de toutes dans l'accès aux droits.

Le défenseur des droits est notamment chargé *«de défendre et de promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France»*²⁸⁶.

Le défenseur des droits peut être saisi *«par un enfant qui invoque la protection de ses droits ou une situation mettant en cause son intérêt, par ses représentants légaux, les membres de sa famille, les services médicaux ou sociaux ou toute association régulièrement*

²⁸⁴ Loi constitutionnelle N° 2008-724 du 23 juil. 2008 de modernisation des institutions de la Ve République qui a créée l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁸⁵ Loi organique n° 2011-333 du 20 mars 2011 et la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011.

²⁸⁶ Art 4, 2° loi n° 2011-333 du 29 mars 2011, V. décision du défenseur des droits n° 2018-197 du 24 juillet 2018 dans une affaire dans laquelle il s'est saisi d'office suite au décès d'une enfant de deux ans et demi décédée à l'hôpital des violences commises par ses parents alors que la mesure de placement judiciaire avait été levée auparavant. Le défenseur des droits a conclu à une atteinte des droits de cette enfant à être protégée du danger et a formulé des recommandations au Conseil départemental concerné ; V. aussi décision n° 2018-005 concernant le refus d'un maire d'inscrire des enfants roms dans la structure scolaire ;

déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et se proposant par ses statuts de défendre les droits de l'enfant»²⁸⁷.

Cette possibilité accordée aux enfants de saisir le Défenseur des droits est une grande avancée dans la reconnaissance de leurs droits à être protégés et dans la sauvegarde de leur intérêt.

Enfin le Défenseur des droits *«apprécie si les faits qui font l'objet d'une réclamation ou qui lui sont signalés appellent une intervention de sa part. Il indique les motifs pour lesquels il décide de ne pas donner suite à une saisine»*²⁸⁸.

La DDH, la Constitution, les Conventions européennes garantissent les droits de l'Homme de manière générale. D'autres Conventions ont, quant à elles, pour but de protéger une certaine catégorie de personnes jugées plus faibles (travailleurs, migrants, femmes, etc.) dont il faut garantir des droits plus spécifiques et particuliers, ainsi que prévoir une protection plus adaptée.

Bien que l'enfant mineur, en sa qualité d'Homme, ait des droits reconnus et protégés par l'ensemble des textes (DDH, Constitution, préambule de la Constitution, et Conventions), son état de faiblesse, son manque de maturité physique et intellectuelle nécessitant une «sur-protection» a donc fait l'objet d'un texte spécifique qui lui est strictement réservé ; il s'agit de la CIDE.

Cette Convention est le texte de référence concernant l'enfant mineur et influence en permanence notre droit positif. Aujourd'hui on ne saurait envisager l'enfant sans avoir à l'esprit son intérêt.

Si bien que l'enfant et son intérêt, qui formaient au départ un binôme, ont fusionné pour ne devenir qu'une seule et même entité.

Quant aux droits et libertés, bien que garantis et protégés, peuvent être mis à mal en cas de fléau nécessitant la mise en place d'un état d'urgence.

²⁸⁷ Art. 5, 2° loi n° 2011-333 du 29 mars 2011

²⁸⁸ Art. 24 loi n° 2011-333 du 29 mars 2011

Nous le vivons actuellement avec la pandémie de la Covid 19 qui a conduit la France à décréter l'état d'urgence sanitaire à deux reprises et dont la prolongation est envisagée encore pendant quelques mois. Cette situation particulière fait que nous nous rendons compte à quel point certains droits et libertés sont fragiles.

Ainsi ces droits et libertés dont nous revendiquons la garantie : la liberté d'aller et venir, le droit de travailler, le droit de grève, la liberté d'association, la liberté de réunion, sont actuellement restreints et ont même été partiellement supprimés pendant le confinement afin d'endiguer la contamination.

Aurons-nous pris conscience que ces droits et libertés indispensables aux citoyens peuvent être limités et restreints pour une durée qui s'étalera dans le temps tant que ce virus restera actif et que nous n'aurons pas trouvé la solution pour le combattre.

La démocratie c'est aussi et surtout le droit et le pouvoir pour le citoyen de participer à la vie politique et cela se fait notamment par le biais du suffrage.

CHAPITRE II

LE DROIT DE VOTE OU DE SUFFRAGE

Un des principes de la démocratie est le pouvoir et le droit de participer à la vie politique par le vote. Cependant pour exercer ce droit de vote plusieurs conditions sont requises notamment il faut être un citoyen français, c'est-à-dire d'après la définition du dictionnaire Larousse être : *«Une personne jouissant, dans l'Etat dont il relève, des droits civils et politiques et notamment du droit de vote»* ou un citoyen européen qui selon l'article 8 du traité de Maastricht²⁸⁹ : *«1. Il est institué une nationalité de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre. 2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité»* mais surtout il faut être majeur. L'enfant mineur même émancipé ne peut pas voter²⁹⁰.

Bien que l'enfant mineur, même émancipé, ne puisse être ni candidat ni électeur pour aucune des élections politiques, cela ne l'empêche pas d'avoir des idées et des opinions politiques qu'il pourra exprimer lorsqu'il sera devenu majeur²⁹¹ ; et pourquoi pas être candidat à certaines élections.

²⁸⁹ Traité de Maastricht, traité européen du 7 février 1992, est le traité fondateur de l'Union européenne qui structure l'Union européenne autour de trois piliers essentiels : les Communautés européennes, la politique étrangère et la sécurité commune (PESC) et la justice et les affaires intérieures (JAI)

²⁹⁰ Art. 2 du code électoral

²⁹¹ Art. 488 C. civ

L'intérêt de l'enfant n'est pas directement concerné par le choix politique des personnes majeures inscrites sur les listes électorales, bien que le choix des différents acteurs politiques ait un impact sur la vie des français et donc sur celui de l'enfant mineur.

Cependant nous ne pouvons ignorer l'importance pour un enfant de naître, de grandir et de se développer dans une démocratie qui garantit ses droits et ses libertés et dont la législation se veut protectrice de son intérêt.

Aussi il ne nous paraît pas utile de développer davantage le droit de vote et de suffrage.

A côté des élections politiques il existe notamment les élections professionnelles et les élections universitaires qui seront traitées dans les droits sociaux (Titre III).

La démocratie qui reconnaît, comme nous l'avons évoqué ci-avant des droits et des libertés pour tout Homme, reconnaît le droit à l'éducation fondé sur le droit à l'égalité des chances. Ce droit à l'égalité des chances dont chaque enfant peut jouir est consacré en tant que principe dans la loi du 11 février 2005 ainsi que nous le verrons ci-après dans le Chapitre III.

CHAPITRE III

LE DROIT A L'EGALITE DES CHANCES PAR L'EDUCATION ET LA CULTURE

Les enfants pérennisent la famille, le groupe, la nation voire l'humanité. C'est pourquoi nous devons, dans leur intérêt, leur offrir une éducation qui leur permettra de devenir des adultes pouvant s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, mais aussi exercer leur citoyenneté.

Monsieur Janusz Korczak²⁹² écrivait *«réformer le monde suppose de réformer les méthodes d'éducation de demain»*²⁹³ et *«que les enfants ne sont pas les personnes de demain, ils sont des personnes dès aujourd'hui»*.

1- La Déclaration des droits de l'enfant²⁹⁴ dispose que *«l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante dans l'adoption des lois»* et *«le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation»*²⁹⁵.

2- La CESDH²⁹⁶ dispose *«Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction»*

²⁹² Janusz Koczak de son vrai nom Henryk Goldszmit, médecin-pédiatre, éducateur et écrivain polonais, très engagé dans les Droits de l'enfant écrivit de nombreux ouvrages, notamment Comment aimer un enfant, édition Réponses Robert Lafont, il est considéré comme le père spirituel de la CIDE, il mourut en déportation au camp de Tréblinka le 5 août 1942

²⁹³ Janusz Korczak, Le droit de l'enfant au respect, édition du Conseil de l'europe 2009

²⁹⁴ Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959

²⁹⁵ Déclaration des droits de l'enfant cité supra Principes 2, 5 et 7

²⁹⁶ Art. 2 du protocole additionnel Paris, 20 mars 1952 à la CESDH

3- La CIDE²⁹⁷ consacre le droit à l'éducation du mineur comme un droit spécifique et indique :

«1- Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

a- ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous ;

b- ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin ;

c- ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés ;

d- ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles ;

e- ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

2- Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.

3- Les États parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes d'enseignement modernes. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement».

4- En droit positif, bien que l'intérêt de l'enfant ne fût pas encore une priorité, le droit à l'éducation connut une lente évolution. A commencer par la loi Daunou²⁹⁸ sur l'obligation scolaire, déjà prévue par la loi Bouquier²⁹⁹, pour les enfants de six à huit ans, mais qui refusait toutefois la gratuité de l'enseignement en instaurant une contribution payée par la famille.

²⁹⁷ Art. 28 de la CIDE

²⁹⁸ Loi Daunou du nom de son instigateur Pierre Claude Daunou homme politique, activiste et historien français, secrétaire de l'Académie des inscriptions et belles lettres décédé à Paris le 20 juin 1840

²⁹⁹ Loi Bouquier du 29 frimaire an II (19 décembre 1793)

Puis fut votée la loi Guizot³⁰⁰ qui organisa l'enseignement dans le primaire, pour les garçons uniquement, sans le rendre ni obligatoire ni gratuit sauf pour les enfants pauvres³⁰¹. Ce furent les lois «Ferry»³⁰² qui rendirent l'école publique, gratuite et laïque pour les enfants de deux sexes ainsi que l'instruction obligatoire de l'âge de six à treize ans.

De nos jours, le droit à l'éducation est bien acquis mais il est fondé sur le droit à l'égalité des chances³⁰³. Cette vision de l'égalité a pour objet et pour but de permettre à tous les individus d'avoir les mêmes chances, les mêmes opportunités de développement social quels que soient leur milieu social, leur ethnie, leur religion, leur handicap, leur moyen financier.

Cette «égalité» motivée sans aucun doute par «l'intérêt supérieur de l'enfant» permet ainsi à chaque enfant de jouir de la même éducation et d'avoir les mêmes chances que tous les autres enfants.

L'égalité des chances fut prononcée la première fois dans un discours de Monsieur Jean-Pierre Chevènement³⁰⁴, puis «l'égalité des chances» devint un principe notamment dans le domaine de l'éducation enfin consacré par une loi en 2005³⁰⁵.

Ainsi «*L'éducation est la première priorité nationale*»³⁰⁶. L'Etat met donc en œuvre les mesures nécessaires et adaptées pour que tout enfant puisse bénéficier de l'éducation à laquelle il a droit.

Tout enfant a donc droit à une formation scolaire qui concourt à son éducation³⁰⁷, favorise son épanouissement, lui permet d'acquérir une culture, le prépare à la vie professionnelle et à l'exercice de ses responsabilités d'homme ou de femme et de citoyen ou de citoyenne.

³⁰⁰ Loi Guizot du 28 juin 1883

³⁰¹ Art. 14 loi Guizot

³⁰² Lois Ferry de 1881 et du 28 mars 1882

³⁰³ Antigone Mouchtouris, « Mixité sociale et égalité des chances », édition Presses universitaires de Perpignan, 2008 ; Patrick Savidan « Repenser l'égalité des chances », édition Grasset, 2007 ; Aziz Jellab, « Société française et passions scolaires », L'égalité des chances, édition Presses universitaires du midi, 2016

³⁰⁴ Jean-Pierre Chevènement alors ministre de l'éducation nationale, discours du 7 février 1986

³⁰⁵ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ; art. L 111-2 alinéa 3 Code de l'éducation «*pour favoriser l'égalité des chances, des dispositions appropriées rendent possible l'accès à chacun, en fonction de ses aptitudes aux différents types ou niveaux de formation scolaire*».

³⁰⁶ Art. L111-1 du Code de l'éducation modifié par la loi organique n° 2019-791 du 26 juillet 2019

³⁰⁷ Art. L111-2 alinéas 1 et 2 du Code de l'éducation modifié par la loi organique n° 2019-791 du 26 juillet 2019

Pour favoriser l'égalité des chances des mesures appropriées sont mises en place afin de permettre à chacun d'accéder aux niveaux de formation scolaires en fonction de ses aptitudes et de ses besoins³⁰⁸.

L'acquisition d'une culture générale et d'une qualification reconnue est assurée à tous les jeunes quelle que soit leur origine sociale, culturelle et géographique³⁰⁹.

Ce droit à l'égalité est également contenu dans la loi d'orientation³¹⁰ relative à l'exclusion, qui stipule que *«l'égal accès de tous, tout au long de leur vie à la culture à la pratique sportive, aux vacances et aux loisirs constitue un objectif national. Il permet de garantir l'exercice effectif de la citoyenneté»*³¹¹.

Ainsi *«L'Etat, les collectivités territoriales les organismes de protection sociale, les entreprises et les associations contribuent à la réalisation de cet objectif»*³¹².

De plus *«au titre de leur service public, les établissements culturels financés par l'Etat s'engagent à lutter contre les exclusions»*³¹³.

La loi «Jospin»³¹⁴ est venue compléter les dispositions de la loi du 10 juillet 1989³¹⁵ d'orientation sur l'éducation, notamment en ce qui concerne la répartition des moyens du service public de l'éducation en tenant compte des différences en matière économique et sociale, afin de renforcer *«l'encadrement des élèves dans les écoles et les établissements en zone d'environnement social défavorisé et des zones d'habitat dispersé»* et de favoriser pendant le temps libre des élèves, l'accès aux pratiques culturelles et sportives ainsi qu'aux nouvelles technologies.

Bien que jamais «l'intérêt de l'enfant» ne soit expressément indiqué ni stipulé dans les diverses lois relatives à l'éducation, les mesures qu'elles contiennent s'en inspirent directement puisqu'elles prônent l'égalité des chances pour tous les enfants par l'éducation et la culture.

³⁰⁸ Art. L111-2 alinéa 3 du Code de l'éducation modifié par la loi organique n° 2019-791 du 26 juillet 2019.

³⁰⁹ Art. L 111-1 Code de l'éducation modifié par la loi du 26 juillet 2019 sus-mentionnée au 306, 307 et 308 dont les dispositions sont entrées en vigueur à la rentrée scolaire 2019.

³¹⁰ Art. 140 à 149 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre l'exclusion

³¹¹ Art. 140 alinéa 1^{er} loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 citée supra

³¹² Art. 140 alinéa 3 loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 citée supra

³¹³ Art. 140 alinéa 5 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 citée supra

³¹⁴ Art. 142 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 citée supra

³¹⁵ Loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 dite loi «Jospin»

La scolarité obligatoire pour tous les enfants dès l'âge de trois ans jusqu'à l'âge de seize ans³¹⁶, est le signe de l'intérêt que nous portons au développement des enfants par l'éducation.

Enfin, c'est surtout l'intérêt de l'enfant³¹⁷ qui prévaut et motive tous les textes visant à promouvoir l'égalité des chances pour offrir à l'enfant le droit de pouvoir bénéficier d'un enseignement durant son enfance et son adolescence, l'aidant ainsi à acquérir une culture générale favorisant son épanouissement et son intégration dans la société.

Ce droit à l'égalité des chances est récent mais semble trouver sa source dans la DDH qui se veut humaniste et universelle. Ne proclame-t-elle pas dans son article premier «*Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit*», et poursuit ainsi : «*Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité publique*». Ce droit à l'égalité des chances trouve également son fondement dans la devise républicaine : «Liberté, Egalité, Fraternité».

Le droit à l'instruction, la lutte contre l'exclusion et l'égalité des chances sont des valeurs démocratiques qui trouvent leur justification dans le seul intérêt de l'enfant.

En effet, on ne saurait envisager qu'un enfant mineur dont les parents sont pauvres ou peu cultivés, soit empêché d'exploiter ses capacités, ses talents ou ses dons. C'est donc à l'école de compenser les inégalités que la nature, la société ou même la culture ne cessent d'engendrer ou d'entretenir. L'égalité des chances revient à ne plus dépendre exclusivement de la chance ou de la malchance mais d'accorder à l'enfant le droit de réussir autant qu'il le peut et le mérite au même titre que tous les enfants.

A présent nous allons nous intéresser à l'ensemble des libertés dont est titulaire l'Homme et qui profite à l'intérêt de l'enfant mineur.

³¹⁶ Loi n°2019-791 du 26 juillet 2019 a abaissé l'âge du début de la scolarité obligatoire de l'âge de six ans à trois ans

³¹⁷ V. Déclaration des droits de l'enfant de 1959 principe 2 *in fine*

TITRE II

LES LIBERTES

Les libertés acquises sont aujourd'hui nombreuses et variées, et n'ont cessé de se développer. Ainsi nous allons aborder la liberté et sûreté (Chapitre I), la liberté d'aller et de venir (Chapitre II), la liberté d'expression (Chapitre III) et la liberté religieuse (Chapitre. IV).

Nous verrons que ces libertés ne cessent d'évoluer et de se transformer au gré de la prise de position du législateur qui doit faire face à une société qui se veut sans cesse réactive, mais tantôt permissive et tantôt restrictive.

CHAPITRE I

LA LIBERTE INDIVIDUELLE ET LA SURETE

(Article 2 DDH et articles 4 et 5 CESDH)

Nous allons nous intéresser à la liberté, principe fondamental, reconnue par la DDH (Section 1) à laquelle il peut cependant être porté atteinte ; on parle alors de privation de liberté (Section 2).

SECTION I

LA LIBERTE

Sur le plan national la sûreté est un droit fondamental qui figure dans l'article 2 de la DDH parmi les «*droits naturels et imprescriptibles de l'homme*».

L'article 7 de la DDH l'explique ainsi : «*Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites*».

S'ensuit l'article 8 de la DDH sur le principe de la non rétroactivité de la loi pénale et l'article 9 sur la présomption d'innocence.

Au niveau européen l'article 5 de la CESDH s'intitule ainsi «*droit à la liberté et à la sûreté*». Son premier paragraphe est ainsi rédigé : «*Toute personne a le droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf dans les cas suivants et selon les voies légales...*».

La liberté «sûreté», droit fondamental, a une importance capitale pour l'intérêt de l'enfant qui ne doit pas être privé de liberté sauf dans les cas où la loi le prévoit. Ainsi toute privation de liberté concernant l'enfant mineur doit être strictement encadrée, qu'il s'agisse de la retenue, de la garde à vue ou encore du prononcé d'une peine de prison.

C'est ce que nous allons aborder à présent.

SECTION II

LA PRIVATION DE LIBERTE

L'article 5 de la CESDH, après avoir posé le principe du droit à la liberté, contient une longue énumération des conditions dans lesquelles toute personne peut être détenue.

Une énumération nous intéresse tout particulièrement : *«d) S'il s'agit de la détention régulière d'un mineur décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière afin de le traduire devant l'autorité compétente ».*

Dans son deuxième paragraphe il est indiqué que *«Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle».*

Dans son troisième paragraphe figure : *«Toute personne arrêtée ou détenue dans les conditions prévues au paragraphe 1c du présent article doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience».*

Dans son quatrième paragraphe il est stipulé : *«Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale».*

Enfin le cinquième paragraphe est ainsi rédigé : *«Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation».*

Le non-respect des dispositions de cet article a donné lieu à une jurisprudence très abondante³¹⁸.

Le principe est donc la liberté et la détention l'exception qui ne peut exister que si elle est encadrée par la loi.

La détention d'un enfant mineur est possible car elle est légalement prévue.

L'article 37 de la CIDE énonce «*Les Etats parties veillent à ce que [...] : b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible ; c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles ; d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière*».

L'article 3 alinéa 1 du Code civil énonce «*Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire*».

Le principe étant la liberté c'est pourquoi :

1- **Les contrôles d'identité** ne peuvent être opérés que par les officiers de police judiciaire ou sur ordre et sur la responsabilité de ces derniers et par des agents de police judiciaire³¹⁹.

Depuis la loi du 15 avril 1999³²⁰ les agents de police municipale peuvent «*relever l'identité*» des contrevenants pour dresser des procès-verbaux.

2- **La retenue des mineurs**, mesure alternative à la garde à vue pour les mineurs âgés de dix à treize ans³²¹, bien que possible, doit l'être à titre exceptionnel. Pour cela, il faut qu'il existe «*des indices graves et concordants laissant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement pour l'un des motifs prévus à l'article 62-2 du code de procédure pénale, être retenu à la disposition d'un*

³¹⁸ CEDH Delbec c/France du 18 juin 2002 (non-respect de l'article 5-4 de la CESDH) ; CEDH Moulin c/France 23 novembre 2010 ; CEDH Baudouin c/France 18 novembre 2010 ; D.M. c/France 27 juin 2002

³¹⁹ Art. 78-1 à 78-7 Code de procédure pénale ; V. Cass. crim. 12 mai 1999, Bull. crim. 1999 n° 95 p. 256

³²⁰ Loi n° 99-291 du 15 avril 1999 relative aux polices municipales JORF n° 89 du 16 avril 1999 page 5607

³²¹ Art. 4.I Ordonnance du 2 février 1945 modifié par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 devenu l'art. L413-1 Code de la justice pénale des mineurs créé par l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 publiée au JO le 13 septembre 2019 qui est entrée en vigueur au mois d'octobre 2020)

officier de police judiciaire, avec l'accord préalable et sous le contrôle d'un magistrat du ministère public ou du juge d'instruction spécialisé dans la protection de l'enfance ou d'un juge pour enfants, pour une durée que ce magistrat détermine et qui ne peut excéder douze heures». De plus ce texte prévoit que la «retenue est strictement limitée au temps nécessaire à la déposition du mineur et à sa présentation au magistrat compétent»³²².

3- **La garde à vue** est prévue par l'article 62-2 du code de procédure pénale³²³ issu de la loi de 2011. Cette loi a été votée dans la précipitation par le législateur français après la condamnation de la France par la CEDH le 14 octobre 2010³²⁴.

En effet il était reproché à la France de ne pas suffisamment garantir les droits de la défense en l'absence d'un avocat.

Ainsi la garde en vue est très réglementée et encadrée pour les enfants mineurs et il est opérée une distinction en fonction de leur âge.

a) L'enfant mineur **de treize ans** ne peut pas être placé en la garde à vue³²⁵.

b) L'enfant mineur **de treize à seize ans** placé en garde à vue, doit, dès le début de sa garde à vue, être examiné par un médecin dans les conditions prévues par l'article 63-3 du Code de procédure pénale³²⁶, et être assisté d'un avocat ; il doit être immédiatement informé de ce droit³²⁷. Sa garde à vue ne peut être prolongée que si la peine encourue est égale ou supérieure à cinq ans d'emprisonnement³²⁸.

c) L'enfant mineur **de plus de seize ans**, placé en garde à vue, est soumis aux mêmes règles que l'enfant mineur âgé de treize à seize ans³²⁹. Mais le mineur âgé de plus de seize ans peut voir sa garde à vue prolongée deux fois si l'enquête ou l'instruction concernent l'une des infractions prévues sous l'article 706-73 du Code de procédure pénale³³⁰.

³²² Art. 4.I Ordonnance du 2 février 1945 devenu l'art. L413-1 alinéa 2 Code de la justice pénale des mineurs créé par n° 2019-950 du 11 septembre 2019 déjà citée sous 321

³²³ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011

³²⁴ CEDH Brusco c/France le 14 octobre 2010

³²⁵ Art. 4.I ordonnance de 1945 modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 devenu l'art. 413-6 Code de la justice pénale des mineurs créé par l'ordonnance du 11 septembre 2019 déjà citée ; V. crim 25 oct. 2000, Bull. crim. N° 316 il s'agit là d'une dérogation de la règle selon laquelle on se place au jour des faits pour envisager l'âge du mineur

³²⁶ Art. 4.III ordonnance du 2 février 1945 modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 devenu l'art. L413-8 Code de la justice pénale des mineurs créé par l'ordonnance du 11 septembre 2019

³²⁷ Art. 4-IV ordonnance du 2 février 1945 modifiée par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 devenu l'art. 413-9 Code de la justice pénale des mineurs créé par l'ordonnance du 11 septembre 2019

³²⁸ Art. 4-V ordonnance du 2 février 1945 modifié par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 devenu l'art.L413-8 et 413-10 Code de la justice pénale des mineurs créés par l'ordonnance du 11 septembre 2019 qui est entrée en vigueur au mois d'octobre 2020

³²⁹ Art. 4.III, IV et V ordonnance du 2 février 1945 modifiés par la loi du 23 mars 2019 devenu l'art. L413-8 et 413-10

Code de la justice pénale des mineurs créés par l'ordonnance du 11 septembre 2019

³³⁰ V. aussi Art. 706-88 Code de procédure pénale.

Les interrogatoires des mineurs placés en garde à vue font l'objet d'un enregistrement audiovisuel³³¹.

Enfin, rappelons que tout «gardé à vue» a le droit de garder le silence afin de ne pas s'incriminer³³².

4- La détention provisoire

La loi de 2002³³³ avait déjà durci le régime de la détention provisoire.

a) L'enfant mineur **de moins de treize ans** ne peut être placé en détention provisoire puisque le texte en vigueur ne concerne «*que les mineurs de treize à dix-huit ans*»³³⁴ et l'on sait qu'en matière pénale il existe le principe de l'interprétation stricte de la loi.

b) L'enfant mineur **de treize ans à dix-huit ans** mis en examen par le juge d'instruction ou le juge des enfants peut être placé en détention provisoire par le juge des libertés et de la détention à la «*condition que cette mesure soit indispensable ou qu'il soit impossible de prendre toute autre disposition et à la condition que les obligations du contrôle judiciaire prévues par l'article 10-2 et les obligations de l'assignation à résidence avec surveillance électronique soient insuffisantes*»³³⁵.

- L'enfant mineur âgé **de treize ans révolus et de moins de seize ans** peut être placé en détention provisoire que si cette mesure est indispensable et «*qu'il encourt une peine criminelle ou s'il s'est volontairement soustrait aux obligations d'un contrôle judiciaire prononcé conformément aux dispositions du III de l'article 10-2 ou à celles d'une assignation à résidence avec surveillance électronique*»³³⁶.

- L'enfant mineur âgé de **seize ans révolus** peut être placé en détention provisoire que si cette mesure est indispensable et «*qu'il encourt une peine criminelle, une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à trois ans ou qu'il s'est volontairement*

³³¹ Art. 4-VI ordonnance de 1945 modifié par la loi du 23 mars 2019 devenu l'art. L413-12 Code de la justice pénale des mineurs créé par l'ordonnance précitée supra

³³² CEDH Funke c/France du 25 février 1993

³³³ Ph. Bonfils, « La réforme du droit pénal des mineurs par la loi de 2002 », (2^{ème} partie), *RJPF* juill.août 2003, p.6

³³⁴ Art 11 ordonnance de février 1945 modifié par la loi du 23 mars 2019 devenu l'art. L334-1 Code de la justice pénale des mineurs créé par l'ordonnance du 11 septembre 2019

³³⁵ Art. 11 ordonnance de février 1945 modifié par la loi du 23 mars 2019 devenu l'art L334-1 Code de la justice pénale des mineurs créé par l'ordonnance du 11 septembre 2019 ; art. 137-1 Code procédure pénale modifié par la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 ; art. 137-2 Code de procédure pénale créé par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 ; art. 2019-222 du 2 mars 2019 ; art.144 Code de procédure pénale modifié par la loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 ; art. 145 Code de procédure pénale modifié par la loi n°2015933 du 17 août 2015

³³⁶ Art. 11, 11-1et 11-2 ordonnance de février 1945 modifié par la loi du 23 mars 2019 devenus les art. L334-2 et L334-4 Code de la justice pénale des mineurs créés par l'ordonnance du 11 septembre 2019)

soustrait aux obligations d'un contrôle judiciaire prononcé conformément aux dispositions III de l'article 10-2 ou à celles d'une résidence avec surveillance électronique»³³⁷.

La CEDH prévoit une réparation au profit des personnes détenues dans des conditions contraires à l'article 5 de la CESDH. La France a d'ailleurs été condamnée le 18 décembre 1986³³⁸.

L'ordonnance du 11 septembre 2019³³⁹ portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs a abrogé l'ordonnance du 2 février 1945, qui était le texte de référence pour la jeunesse délinquante.

Le Code de la justice pénale des mineurs est entré en vigueur au mois d'octobre 2020 et devient le nouveau texte de référence.

La réforme contenue dans la nouvelle codification opère une distinction entre le mineur de treize ans, le mineur de moins de seize ans et le mineur d'au moins seize ans, et durcit la garde à vue pour les mineurs âgé d'au moins treize ans ainsi que leur détention provisoire.

L'article 3-1 de la CIDE ainsi que l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux consacrent la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant *«dans tous les actes relatifs aux enfants qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées»³⁴⁰.*

L'intérêt de l'enfant, notion abstraite et subjective, suscite débats et controverses tant il est difficile à définir, interpréter et appliquer³⁴¹.

Naturellement l'intérêt de l'enfant doit toujours profiter au mineur afin de le protéger et de promouvoir ses droits.

Bien que le droit positif se veuille protecteur des plus faibles parmi lesquels se trouvent les enfants mineurs, nous ne pouvons placer l'intérêt de l'enfant au-dessus du respect des lois et de l'ordre public mais nous devons composer avec, afin que même, lorsqu'il y a atteinte à la liberté de l'enfant mineur, cette privation de liberté soit non seulement exceptionnelle mais également très encadrée.

C'est pourquoi de nombreuses alternatives existent et sont mises à la disposition du juge d'instruction ou du juge des enfants³⁴².

³³⁷ Art. 11 et 11-1 ordonnance de février 1945 modifié par la loi du 23 mars 2019 devenu l'art.L334-5 Code de la justice pénale des mineurs créé par l'ordonnance du 11 septembre 2019 ; art. 137-1 à 137-3 et 144 et 145 Code procédure pénale

³³⁸ CEDH Bozano c/France du 18 décembre 1986 requête n° 9990/82 sur le fondement de l'article 43 de la CESDH

³³⁹ Ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 publiée au JO le 13 septembre 2019

³⁴⁰ Art. 24 §2 d la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000

³⁴¹ V. Régina Jensdottir, « l'intérêt de l'enfant – un dialogue entre théorie et pratique, Conseil de l'Europe, 2017, P. 81 à 87

Partant du constat que l'ordre public prévaut toujours sur l'intérêt particulier ; l'intérêt de l'enfant ne peut primer sur l'ordre public.

On peut s'interroger sur l'intérêt de l'enfant à être gardé à vue ou placé en détention provisoire. Est-ce dans son intérêt d'être privé de liberté ? Bien que les textes du droit positif ne le disent pas expressément, les mesures pouvant être prises à l'encontre de l'enfant mineur prennent en considération l'intérêt de l'enfant afin de le protéger de lui-même mais aussi et surtout des autres.

Ainsi s'agissant de la garde à vue du mineur, son encadrement strict, démontre que le législateur a intrinsèquement pris en compte l'intérêt de l'enfant en mettant en place la visite d'un médecin et la présence d'un avocat.

Quant à la détention provisoire, son encadrement est encore plus strict, et cette ultime solution ne peut être prononcée que par le juge des libertés et de la détention³⁴³.

S'agissant de sa détention provisoire, elle ne peut être décidée que si d'autres mesures ne semblent pas mieux adaptées.

L'intérêt de l'enfant³⁴⁴, bien que toujours évalué et pris en considération, a une portée beaucoup plus limitée en matière pénale bien que la législation tente, depuis plusieurs années, d'établir une justice pour les enfants mineurs conforme à la CIDE, afin de respecter ses droits.

Ainsi l'enfant ne doit pas faire l'objet de discriminations³⁴⁵, il a le droit d'être informé «dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui»³⁴⁶, d'être entendu³⁴⁷ et «que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales»³⁴⁸. Sa dignité doit être respectée³⁴⁹ et son droit inhérent à la vie, sa survie et son développement doivent être pris en compte.

³⁴² Le contrôle judiciaire Art.10-2 ordonnance du 2 février 1945 modifié par la loi du 23 mars 2019 devenu les art. L332-1 à L332-4 créés par l'ordonnance du 11 septembre 2019, assignation à résidence Art.10-3 ordonnance du 2 février 1945 créé par la loi n°2011-939 du 10 août 2011 devenus les art. L331-1 et L331-2 créés par l'ordonnance du 11 septembre 2019

³⁴³ Art.11 ordonnance du 2 février 1945 modifié par la loi du 23 mars 2019 devenus les art. 334-1, 334-2, 334-4 et 334-5 créés par l'ordonnance du 11 septembre 2019

³⁴⁴ Art. 3-1 CIDE

³⁴⁵ Art. 2 CIDE

³⁴⁶ Art. 40 2b) ii) CIDE

³⁴⁷ Art. 12 CIDE

³⁴⁸ Art. 40 2b) iii) CIDE

³⁴⁹ Art. 40-1 CIDE

Une autre liberté est essentielle et primordiale dans une démocratie : la liberté d'aller et de venir.

CHAPITRE II

LA LIBERTE D'ALLER ET DE VENIR

An niveau national cette liberté d'aller et de venir, appelée aussi liberté de mouvement, qui permet d'aller où l'on veut, est exprimée par l'article 2 de la DDH mais elle n'est pas détaillée.

Au niveau européen le protocole additionnel numéro 4³⁵⁰ à la CESDH, est plus précis sur cette liberté. En effet cette liberté est ainsi définie : *« toute personne se trouvant sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. De plus toute personne est libre de quitter n'importe quel pays y compris le sien, que l'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles prévues par la loi constituant des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».*

L'article 8 A du Traité de Maastricht³⁵¹ indique : *« tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres sous réserve des limitations prévues par le traité lui-même ».*

Cette liberté de circulation est également proclamée par l'article 13-1 de la DUDH³⁵².

Cette *« liberté fondamentale n'est pas limitée au territoire national, mais comporte également le droit de le quitter »*³⁵³.

³⁵⁰ Art. 2 du protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la convention et dans le premier protocole additionnel à la convention, Strasbourg 16 IX 1963

³⁵¹ Traité de Maastricht du 7 Février 1992 entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993

³⁵² Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 V.supra Ch.I Section VI

³⁵³ Civ. 1^{ère} n°69-11.923, 23 mars 1971 Bull. civ. I n°100 ; D. 1971, som.159 ; Civ. 1^{ère} n°83-15.046, 28 nov. 1984, Bull. civ. I n°321 ; D.1985.513, n. Chr. Gavalda, JCP G 1986.II.20600 ; RFDA 1985.761, concl. Sadon ; RTD adm. 1985.143 ; T.conf. 9 juin 1986, D 1986.493, n. chr. Gavalda ; JCP G. 1987.II.20746 ; AJDA 1986.456 ; CE ass. 8 fév. 1987, JCP G 1987.II.20905 ; AJDA 1987.327. T.A Lyon, 6 avr. 2000, JCPG 2000.II.10349, n. H. Fulchiron

Cependant cette liberté n'est pas un droit absolu car les nécessités de la sécurité et de l'ordre public peuvent la limiter³⁵⁴ ; ainsi la détention provisoire ou une peine de prison portent atteinte à la jouissance de cette liberté d'aller et venir.

D'autres restrictions sont apportées notamment à la circulation des personnes condamnées pénalement avec une possibilité d'interdiction de séjour et d'expulsion³⁵⁵, à certains étrangers se trouvant sur le territoire français³⁵⁶, aux personnes exerçant une activité ambulante (marchands ambulants, forains)³⁵⁷, aux «caravaniers» et aux «nomades»³⁵⁸.

Cette liberté peut également être restreinte en cas de pandémie, ce qui fut le cas durant les mois de mars, avril et mai 2020 à cause de la Covid 19. La France a décrété l'état d'urgence sanitaire permettant ainsi de limiter cette liberté, et l'ensemble des pays européens ont également pris des mesures visant à restreindre cette liberté de circulation au sein de l'Union européenne.

La liberté d'aller et de venir bénéficie à tout citoyen ainsi qu'à l'enfant mineur.

Tout enfant jouit, comme tout citoyen, de la liberté d'aller et de venir ; il peut en effet se rendre à l'école, chez des amis, participer à des activités sportives ou culturelles, rejoindre des amis, *etc.*

Cependant dans l'intérêt de l'enfant sa liberté sur le territoire national est encadrée par ses parents qui jouissent de l'autorité parentale³⁵⁹. Ces derniers doivent veiller à sa sécurité aussi ils doivent être informés du lieu où se trouve l'enfant.

Etant sous la responsabilité de ses parents, l'enfant mineur, ne peut aller et venir comme bon lui semble.

³⁵⁴ Loi du 13 nov. 2014 sur le terrorisme ; Art. L224-1 Code de la sécurité intérieure interdisant à des français la sortie du territoire français lorsqu'il y a suspicion de terrorisme.

³⁵⁵ Art. L541-1 à L541-4 Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile, ou d'infractions visées sous l'art. L621-1 du même code (contracter mariage ou reconnaître un enfant dans le seul but d'obtenir un titre de séjour ou d'obtenir le bénéfice d'une protection contre l'éloignement (Art. L 623-2 Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile) ; Art. 130-30 et 130-30-1 Code pénal ; CEDH Beldjoudi c/France du 26 mars 1992, D.1993, som. 388, obs .crit. J-F. Renucci ; «Il incombe aux Etats contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux ; toutefois, leurs décisions [...] doivent [...] être justifiées par un besoin social impérieux et notamment, proportionné au but légitime poursuivi» (§74) et CEDH Djaid c/France du 9 mars 1999, JCP G 2001.II.10503, n. M. Levinet (la cour est sensible à la gravité des infractions ayant fondé l'expulsion)

³⁵⁶ Art. L5111-3-1 et L511-3-2 Code de l'entrée et de séjour des étrangers

³⁵⁷ Art. L123-29 (modifié par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017) et R123-208-1 à R123-208-6 Code de commerce

³⁵⁸ Loi n°2000-614 du 5 juillet 2000 modifié par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 puis par la loi n°2018-957 du 7 novembre 2018.

³⁵⁹ Art. 371-1 C. civ.

S'agissant de la libre circulation de l'enfant mineur en Europe³⁶⁰ ou dans le monde, s'il n'est pas accompagné par l'un de ses représentants légaux il doit être muni d'une autorisation de sortie du territoire dûment signé par l'un de ses représentants légaux.

Cependant dans l'intérêt de l'enfant, l'un des parents qui craint que l'autre parent ne quitte le territoire avec l'enfant, sans avoir l'intention de le ramener, peut s'opposer à sa sortie du territoire. Face à cette situation d'urgence le parent peut remplir le formulaire mis en ligne sur internet et le remettre soit à la préfecture, soit à la sous-préfecture ou encore au commissariat de police en cas de fermeture des autres services publics. Si le Préfet accède à l'opposition, l'enfant est alors inscrit sans délai au fichier des personnes recherchées (FPR)³⁶¹ et fait l'objet d'un signalement au système d'information Schengen (SIS). Cette opposition n'est valable que durant quinze jours.

Ensuite le préfet saisi le procureur de la République afin qu'il décide de la suite à donner à cette opposition notamment en saisissant le juge aux affaires familiales afin qu'une interdiction de sortie du territoire soit prononcée³⁶².

Sans qu'aucune opposition de sortie du territoire n'ait été formulée, le juge peut décider, «*en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts de l'enfant*», de prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents, en ordonnant l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents.

Cette interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents est inscrite au fichier des personnes recherchées par le procureur de la République. Il peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision³⁶³.

La liberté d'aller et de venir, n'a pas la même portée pour l'enfant mineur. Bien qu'elle lui profite comme à tout Homme, elle est dépendante de l'autorité parentale dont sont titulaires ses père et mère.

³⁶⁰ Règlement UE 2016/399 du 9 mars 2016 relatif au code frontière de Schengen ; Art. 371-6 C. civ. créé par la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 ; Décret n° 2016-1483 du 2 nov. 2016 relatif à l'autorisation de sortie du territoire d'un mineur non accompagné par un titulaire de l'autorité parentale ; Art. 1180-3 et 1180-4 Code de procédure civile

³⁶¹ Décret n° 2010-569 du 28 mai 2010 relatif au fichier des personnes recherchées

³⁶² Art. 373-2-6 C.civ modifié par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 ; Art. 1180-3 et 1180-4 Code de procédure civile ; Voir jurisprudence antérieure à l'article 373-26 C civ. ; Civ. 1^{ère}, 3 mars 2010 inédit (décision du juge de faire inscrire sur le passeport des parents l'interdiction de sortie du territoire français de l'enfant sans leur autorisation), *AJ. fam* 2010.326, obs. F. Mbala Mbala

En effet, les père et mère titulaires «*de droits et de devoirs*»³⁶⁴ dont «*la finalité est l'intérêt de l'enfant*»³⁶⁵, doivent notamment le «*protéger dans sa sécurité*»³⁶⁶. Aussi, l'enfant mineur peut sortir pour vaquer à ses occupations normales mais ne sauraient se trouver dans des lieux dangereux pour lui ou traîner dans les rues la nuit.

Cette liberté d'aller et venir s'exerce avec l'autorisation des parents, voire limitée pour éviter le risque d'enlèvement de l'enfant par l'un des parents.

Après avoir abordé cette liberté d'aller et de venir, nous allons à présent traiter d'une autre liberté reconnue au peuple dans une démocratie : la liberté d'expression.

³⁶³ Art. 373-2-6 alinéas 2, 3 et 4 C.civ.

³⁶⁴ Art. 371-1 alinéa 1^{er} C. civ.

³⁶⁵ Art. 371-1 alinéa 1^{er} C. civ. cité supra

³⁶⁶ Art. 371-1 alinéa 2 C. civ.

CHAPITRE III

LA LIBERTE D'EXPRESSION

La liberté d'expression n'a cessé d'évoluer et de s'adapter aux supports par lesquels elle peut se répandre jusqu'à devenir un vrai problème sociétal.

Bien qu'au premier abord elle n'apparaisse pas être en lien direct avec l'intérêt de l'enfant mineur, nous démontrerons, lors des développements qui vont suivre, qu'elle intéresse tout particulièrement l'enfant mineur.

La liberté d'expression a une valeur constitutionnelle (Section I), elle est reconnue tant au niveau européen qu'international (Section II) mais elle n'est pas un droit absolu (Section III) et elle profite au quotidien à l'enfant et sert son intérêt.

SECTION I

LA LIBERTE D'EXPRESSION - VALEUR CONSTITUTIONNELLE

§1 - Les sources nationales

Tout d'abord cette liberté figure ainsi sous l'article 10 de la DDH de 1789 et est ainsi formulée *«Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi»* et sous l'article 11 il est précisé que *«la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi»*.

Le préambule de la Constitution du 2 décembre 1958 renvoyant à la DDH de 1789, ces textes ont donc une valeur constitutionnelle.

Le Conseil constitutionnel³⁶⁷ a eu l'occasion de se prononcer en 2009 sur la liberté d'expression, et, a considéré que *«pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions»*, elle ne peut être supprimée par une autorité administrative, et ne peut être limitée que par la loi³⁶⁸.

Dans une ordonnance du 9 janvier 2014, le Conseil d'Etat³⁶⁹ a considéré *«que l'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés»*.

Malheureusement nous constatons que toute vérité n'est pas bonne à dire et que la liberté d'expression se réduit comme *la peau de chagrin* d'Honoré de Balzac³⁷⁰.

L'article 13-1 de la CIDE reconnaît la liberté d'expression à l'enfant mineur en ces termes : *«L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de*

³⁶⁷ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. Le Conseil constitutionnel saisi dans les conditions prévues à l'article 61 2^{ème} alinéa de la Constitution de 1958, sur la constitutionnalité de certains articles de la loi du 19 mai 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, publiée au JO le 13 Juin 2009, p 9675 n° 3, s'est prononcé sur la liberté d'expression.

³⁶⁸ Jurisprudence très souvent réitérée : ex. : Cass civ 1^{ère} n°10-12.177, 10 avr. 2013, Bull. 2013. I, N 67, D.2013.1001 : *«La liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi»*

³⁶⁹ Ordonnance en référé du 9 janvier 2014 ministre de l'intérieur c/Société les productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala. Le ministre de l'intérieur demandait l'annulation d'une ordonnance du 9 janvier 2014 du juge des référés du Tribunal administratif de Nantes suspendant l'exécution de l'arrêté du Préfet de Loire-Atlantique du 7 janvier 2014 portant interdiction du spectacle «le mur» prévu à Saint-Herblain le 9 janvier 2014.

³⁷⁰ Honoré de Balzac, *La peau de chagrin*, roman faisant partie de la Comédie humaine, publié en 1831

rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant».

Nous sommes en droit de nous interroger sur le mode d'exercice de cette liberté d'expression ; peut-on mettre par écrit toutes nos opinions quitte à froisser les idées établies comme vérité et à soulever un tollé général ? Est-on en droit d'avoir des pensées qui vont à l'encontre de ce que pense l'ensemble des gens ?

L'enfant a, durant sa minorité des idées, qui évoluent en considération de son environnement, de son entourage, de sa faculté de compréhension, de sa capacité de discernement, de sa maturité ainsi que de ses centres d'intérêt. Il veut s'exprimer, dire ce qu'il ressent, et ce en quoi il aspire.

Afin de lui permettre de faire part de ce qu'il désire, l'article 371-1 alinéa 3 du Code civil énonce : *«Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité»*, cependant *«il s'agit plus d'une affirmation symbolique qu'une d'une réelle obligation parentale. Ainsi alors que l'exigence d'associer l'enfant aux décisions est prévue expressément, la loi n'en fixe pas les modalités laissées au bon vouloir de ses parents»*.³⁷¹

Cette liberté est aussi celle qui pose, de nos jours, de nombreux problèmes notamment par le biais de l'utilisation abusive des réseaux sociaux³⁷². En effet, peut-on dire tout haut ce que l'on pense tout bas au risque de créer la polémique ?

Les moyens classiques par lesquels s'exprime la liberté d'expression sont la parole, l'écrit³⁷³ et l'imprimé. Mais, aujourd'hui, d'autres moyens plus modernes de télécommunications³⁷⁴ sont devenus le support de l'expression de cette liberté d'expression.

³⁷¹ Isabelle Corpart « La parole des enfants », Revue droit positif 2005/4, 1809-1819

³⁷² Facebook, instagram, etc. nous reviendrons sur ce point quand le sujet internet sera traité.

³⁷³ Au XVIIIème siècle Montesquieu dans son ouvrage L'esprit des lois qui fut dans un premier temps publié sans nom pour éviter la censure à Genève en 1849, critique ouvertement le pouvoir et propose la séparation des pouvoirs. Au XIXème siècle, Victor Hugo s'en prend ouvertement à Louis-Napoléon Bonaparte (Napoléon III) qu'il surnomme «Napoléon le petit» dans son recueil satyrique Les châtiments publié en 1853, puis dans les misérables Victor Hugo dénonce la misère sociale puis en 1829 il prend position contre la peine de mort dans Le dernier jour d'un condamné. Emile Zola en première page du quotidien parisien «L'Aurore» publie le 13 janvier 1898 «J'accuse ...» adressé à Felix Faure, Président de la République

³⁷⁴ CEDH du 18 décembre 2012 Ahmet Yildirim c/Turquie (requête n°3111/10 contre la décision du Tribunal pénal de Denizli du 24 juin 2009 de fermer le site web dont Monsieur Yildirim était propriétaire et utilisateur). La Cour a estimé que le blocage abusif d'un site viole la liberté d'expression de l'article 10 de la CESDH.

L'intérêt de l'enfant pour la liberté d'expression est également pris en considération dans le milieu scolaire ; elle est reconnue aux collégiens et lycéens³⁷⁵ et s'exerce dans les conditions définies par l'article 10 de la loi de 1989³⁷⁶.

De plus «*Le chef d'établissement et le Conseil d'administration veillent, en collaboration avec le Conseil des délégués pour la vie lycéenne, à ce que la liberté d'expression dont les élèves disposent individuellement ou collectivement s'exercent dans les conditions définies par l'article L 511-2*»³⁷⁷.

Pour l'exercice de cette liberté d'expression dans les lycées, le chef d'établissement doit veiller notamment à ce que des panneaux d'affiche soient mis à la disposition des élèves³⁷⁸.

Le chef d'établissement doit, si possible, mettre à disposition des délégués des élèves, du conseil des délégués pour la vie lycéenne et des associations, un local³⁷⁹.

Le législateur a également prévu que les publications rédigées par les lycéens puissent être librement diffusées dans l'établissement³⁸⁰, mais cette diffusion est toutefois encadrée : «*au cas où certains écrits présenteraient un caractère injurieux ou diffamatoire, ou en cas d'atteinte grave aux droits d'autrui ou à l'ordre public, le chef d'établissement peut suspendre ou interdire la diffusion de la publication dans l'établissement ; il en informe le conseil d'administration. Cette décision est notifiée aux élèves intéressés ou, à défaut, fait l'objet d'un affichage*»³⁸¹.

§2 - La liberté de la presse

Aujourd'hui on devrait plus parler de la liberté de communication, car elle comprend la presse, l'audiovisuel, internet et le cinéma.

L'article 34 de la Constitution fixe notamment les règles concernant «*la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias*».

Abordons dans un premier temps la presse écrite.

³⁷⁵ Décret n° 91-173 du 18 février 1991 relatif aux droits et obligations dans les établissements publics locaux d'enseignement du second degré

³⁷⁶ Loi n° 89-486 du 10 juill. 1989 dite loi Jospin art. 10 alinéa 2 : «*Dans les collèges et les lycées les élèves disposent dans le respect du pluralisme et de principe de neutralité, de la liberté d'information et de la liberté d'expression. L'exercice de ces libertés ne peut porter atteinte aux activités d'enseignement*» ; art. L511-2 C. de l'éducation

³⁷⁷ Art. R 511-6 C. de l'éducation créé par le décret n° 2009-553 du 15 mai 2009

³⁷⁸ Art. R 511-7 C. de l'éducation créé par le décret n° 2009-553 du 15 mai 2009

³⁷⁹ Art. R 511-7 C. de l'éducation créé par le décret n° 2009-553 du 15 mai 2009

³⁸⁰ Art. R 511-8 C. de l'éducation créé par le décret n° 2009-553 du 15 mai 2009

A/ La presse écrite

Sur le plan national, les sources de cette liberté sont contenues, ainsi qu'on l'a déjà vu, sous l'article 11 de la DDH³⁸² et dans la loi du 29 juillet 1881.

Sur le plan international et européen cette liberté fut plus tardive. En effet les sources se trouvent dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) de 1948 puis dans la Convention Européenne des droits de l'Homme (CESDH) de 1950 et enfin dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale de l'ONU en 1966 entré en vigueur dix ans plus tard.

L'article 19 de la DUDH déclare *«Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit»*.

L'article 10-1 de la CESDH énonce : *«Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières»*.

La liberté de la presse, au vu des dispositions de l'article 11 de la DDH, a une valeur constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel a, à plusieurs reprises, rappelé l'éminence de cette liberté : *«S'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précise que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif et de la concilier avec celui d'autres règles et principes de valeur constitutionnelle»*³⁸³.

Cependant la liberté de la presse n'intéresse pas les auteurs, les éditeurs et les lecteurs de la même manière.

La liberté des auteurs et des éditeurs est consacrée par la loi du 29 juillet 1881 alors que la liberté des lecteurs est directement visée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision de 1984³⁸⁴ qui affirme que *«le pluralisme de la presse est en lui-même un objectif de*

³⁸¹ Art. R 511-8 alinéa 2 du C. de l'éducation cité supra

³⁸² V. Supra les sources nationales

³⁸³ C.C. n°84-184 DC des 10 et 11 octobre 1984, GDCC

³⁸⁴ C.C.n°84-181 DC du 11 oct. 1984

valeur constitutionnelle", cela implique que le législateur doit intervenir pour garantir ce pluralisme permettant ainsi aux lecteurs d'exercer leur choix de façon libre et éclairée.

Dans sa décision du 11 janvier 1990 le Conseil Constitutionnel³⁸⁵ affirme que «*le pluralisme des courants d'idées et d'opinions [...] constitue le fondement de la démocratie*».

C'est pourquoi la presse jouit de la liberté de publier qui inclut la liberté d'informer et de commenter. La presse a la liberté de porter à la connaissance des lecteurs, des citoyens, les faits se rapportant à tout domaine de connaissance et de la vie, mais également de porter une appréciation et un jugement sur l'information délivrée.

Le journaliste relate et reporte des faits, et bénéficie de certaines protections³⁸⁶. Il met par écrit ses idées, ses opinions et son analyse, et utilise aujourd'hui un nouvel outil qui fait que l'information circule très vite : internet.

Le journaliste qui divulgue ou commente l'actualité, bénéficie du droit de ne pas révéler ses sources d'information, ce qui dispense les journalistes des obligations de témoignages conformément aux dispositions de la loi du 4 janvier 1993³⁸⁷.

Peut-on pour autant, affirmer que la presse jouit d'une liberté générale, globale sans aucune restriction ?

Constitutionnellement l'autorité législative peut limiter l'exercice de la liberté d'expression (art 2 et 4 DDH).

A cet effet, une protection spéciale existe au profit de la jeunesse qui est aussi un moyen d'étendre les limites de l'ordre public car l'enfance et la jeunesse constituent une population particulièrement vulnérable qui nécessite une protection spéciale en raison de son manque de maturité intellectuelle³⁸⁸.

C'est pourquoi la loi de 1949 modifiée par la loi de 2011³⁸⁹ impose certaines obligations afin que la surveillance des publications destinées à l'enfance ou à la jeunesse

³⁸⁵ C. Const. n° 89-271 DC du 11 juill. 1990

³⁸⁶ Art. 761-2 alinéas 1, 2 et 3 du code du travail

³⁸⁷ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale

³⁸⁸ Décret n°90-917 du 8 oct. 1990 portant publication de la Convention relative aux droits de l'enfant signée à New-York le 26 janvier 1990, JO du 12 nov. 1990, p. 12363

³⁸⁹ Loi n°49-956 du 16 juillet 1949 modifiée par la loi n°2010-769 du 9 Juillet 2010 et la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 sur les publications destinées à la jeunesse énonce dans son Art. 2 : «*Les publications mentionnées à l'article 1^{er} [les publications destinées aux enfants et adolescents] ne doivent comporter aucun contenu présentant un danger pour la jeunesse en raison de son caractère pornographique ou lorsqu'il est susceptible d'inciter à la discrimination ou à la haine d'une personne déterminée ou d'un groupe de personnes, aux atteintes à la dignité, à l'usage ou à la détention ou au trafic de stupéfiants ou de substances psychotropes, à la violence ou à tous actes qualifiés de crimes ou de délits ou de nature à nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral de l'enfance ou la jeunesse.*» ; V. aussi P. Braud, La notion de liberté publique et ses implications en droit français, Bibliothèque de droit public, Tome 76, LGDJ 1968, p.395, note Favoreu

puisse être assurée par une commission présidée par un conseiller d'Etat³⁹⁰ ainsi qu'un contrôle *a priori* des publications³⁹¹.

La prise en considération de l'enfant dans les publications tend à devenir «*un alibi*»³⁹² facilitant un système préventif de protection de l'ordre public.

En 2006, treize mesures d'interdiction ont été prises par le Ministre de l'intérieur, toutes fondées sur le caractère pornographique des revues en cause.³⁹³

L'Etat est ainsi «*tuteur car il protège contre les risques sans chercher à les supprimer ; il adapte le faible à un monde qui est dur*»³⁹⁴.

Dans l'intérêt de l'enfant, la libéralisation des mœurs opérée ces dernières années, ne doit pas être étendue aux mineurs car cela conduirait à compromettre la construction de leur personnalité et porter atteinte à leur fragilité ou leur innocence ; c'est pour cela que l'article 227-24³⁹⁵ du Code pénal représente le volet délictuel de l'exposition d'un mineur à des messages choquants.

Ainsi ont été sanctionnés des messages pornographiques figurant dans un journal³⁹⁶, sur une affiche, dans des magazines, des livres ou même dans un blog³⁹⁷, mais à condition qu'ils soient accessibles aux mineurs³⁹⁸.

³⁹⁰ Art 3 loi du 16 juillet 1949 modifiée par la loi du 17 mai 2011

³⁹¹ Art 4 loi du 16 juillet 1949 modifiée par la loi du 17 mai 2011

³⁹² E. Pisier-Houchner, «Protection de la jeunesse et contrôle des publications», *Rev. Int. du droit d'auteur* LXXXVI, avril 1973, p.55 et plus précisément p. 103 et s.

³⁹³ Les orientations de la politique de prévention de la délinquance en 2006, Rapport remis au parlement par le Comité interministériel de prévention de la délinquance, 2007, p.93

³⁹⁴ G. Burdeau *Traité de science politique, l'Etat libéral*, Tome 6, LGDJ 1987, p.236

³⁹⁵ Art. 227-24 C. pénal modifié par la loi n°2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

³⁹⁶ Paris 14 déc. 1994, Dr. pénal 1995, comm. n°90 1^{ère} esp., obs. M. Véron

³⁹⁷ Toulouse, 12 janv. 2010, Dr. pénal 2010, chron. 10, obs. A. Lepage

³⁹⁸ Crim. 29 mai 1995 2, somm. P. 457 ; la Cour de cassation qui se montre très attentive à ce que la condition d'accessibilité aux mineurs soit remplie, a considéré dans cet arrêt que cette condition n'était pas remplie car la diffusion se faisant par correspondance permettait d'en limiter la diffusion aux adultes ; V. sens contraire condition d'accessibilité aux mineurs remplie quand les mineurs ont accès à des textes d'un magazine dans les librairies et kiosques V. Paris 14 déc. 1994 supra 328 ; V. aussi décision crim 23 fév. 2000, Bull. crim. N° 85 ; Dr. pénal 2000, comm. n°85, obs. M. Véron ; RSC 2000 p. 611, obs. Y. Mayaud et p.639, obs. J. Francillon (pour CD Rom cryptés dont la clé permettait de le visionner et accessible sans aucun contrôle) ; V. aussi crim. 12 oct. 2005, Bull. crim. N°258, Dr. pénal 2006, comm. n°23, obs. M ; Véron, RDPD 2007, p.209, obs. A ; Gouttenoire (transfert de messages choquants - photographies pornographiques- sur le disque dur d'un ordinateur du collège dans un dossier non protégé par un mot de passe, susceptibles d'être vues par tous)

De nombreuses décisions sont intervenues afin de protéger l'enfant mineur contre des publications à caractère pornographique³⁹⁹ ou mettant en scène la violence ou des scènes d'un humour grivois⁴⁰⁰.

Pourtant certains livres pouvant contenir des passages pornographiques ou particulièrement violents sont aujourd'hui librement accessibles aux mineurs.⁴⁰¹

S'agissant des publications étrangères, leur encadrement était prévu par l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 ainsi que par le décret-loi du 6 mai 1939⁴⁰², et, le ministre de l'Intérieur était autorisé à prendre des mesures de saisie ou d'interdiction.

Mais les dispositions contenues dans le décret-loi de 1939 se heurtaient à l'article 10 de la CESDH qui précise que la liberté d'expression s'exerce «*sans qu'il puisse y avoir d'ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières*», la CEDH dans un arrêt du 17 juillet 2001⁴⁰³ les avaient déclarées incompatibles, ainsi que le Conseil d'Etat⁴⁰⁴. C'est pourquoi le décret du 4 octobre 2004⁴⁰⁵ a abrogé ce décret-loi ; la police des publications étrangères a donc été supprimée⁴⁰⁶.

Enfin le journalisme ne peut braver tous les interdits. En effet il ne peut violer le secret imposé par la loi : interdiction de rendre compte des délibérations des jurys des cours et tribunaux⁴⁰⁷ et interdiction de diffuser de fausses nouvelles aujourd'hui dénommées «*fake news* ».

³⁹⁹ T.A de Paris 16 oct. 2012 Société de conception et d'édition demandant l'annulation de la décision du 21 janv. 2011 de la commission paritaire de publication et agences de presse ayant refusé le certificat d'inscription pour la revue «*Entrevue*» car cette publication se résumait en des articles et photographies à caractère sexuel reflétant une image dégradante de la personne et était dépourvue de caractère général ainsi que la mise à disposition d'un DVD à caractère pornographique accessible aux mineurs ; rejet de la demande ;

⁴⁰⁰ T.A Paris du 16 oct. 2012 pour une demande d'annulation de la décision du 24 mai 2011 de la commission paritaire des publications et agence de presse refusant de délivrer un certificat d'inscription pour la revue «*Choc*» au motif que l'objectif n'était pas l'information au public mais la recherche de sensationnel en mettant en scène des faits morbides et difficilement soutenables ; rejet de la demande : V ; aussi arrêté du ministre de l'intérieur du 23 oct. 1997 publié au JO le 31 oct. 1997, p. 15825 pour interdire la vente aux mineurs de l'ouvrage «*Les meilleures histoires drôles de Carlos*» au motif «*du caractère particulièrement attentatoire à la dignité humaine de certains récits présentant comme nuisibles et dérisoires des scènes extrêmes de nature à choquer les mineurs*»

⁴⁰¹ Donatien Alphonse François de Sade, Le marquis de Sade ; Michel Houellebecq Les particules élémentaires

⁴⁰² Décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère, JORF du 7 mai 1939 page 5774

⁴⁰³ CEDH Ekin c/ France 17 juill. 2001 n° 39288/98

⁴⁰⁴ CE 7 fév. 2003 GISTI, req. n° 243634

⁴⁰⁵ Décret n° 2004-1044 du 4 oct. 2004

⁴⁰⁶ V. article du professeur Emmanuel Dreyer dans le JCP intitulé «*Restaurer le contrôle des publications étrangères*», JCP G 2006, doctrine p. 1829

⁴⁰⁷ Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision n°2017-693 QPC du 2 mars 2018, suite à sa saisie par le Conseil d'Etat sur une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 11 du code de procédure pénale dans sa rédaction résultant de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes et posant le principe du secret de l'enquête et de l'instruction, a précisé que «*le législateur a entendu protéger les personnes concernées par une enquête ou une instruction afin de garantir le respect de la vie privée et de la présomption d'innocence qui résultent de l'article 2 et 9 de la Déclaration de 1789* ». Le Conseil a jugé «*que l'atteinte limitée la liberté d'expression et de communication est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi*» et a conclu la conformité de ces dispositions à la Constitution.

La loi du 22 décembre 2018⁴⁰⁸ est venue sanctionner la diffusion de fausses informations pendant les périodes de campagne électorale en créant une nouvelle voie de référé.

L'enfant mineur jouissant de la liberté d'expression peut créer un blog (qui est un site internet) sur lequel il diffuse des informations diverses et variées sous forme de notes ou d'articles. Il se constitue un réseau et une communauté qui va suivre l'ensemble de ses publications et qui pourront communiquer avec lui.

Mais la liberté d'expression ne lui permet ni de diffamer ni d'injurier.

La diffamation

La diffamation est définie par l'article 29 al.1 de la loi de 1881 comme étant «*Toute allégation* ⁴⁰⁹*ou imputation d'un fait précis*⁴¹⁰ *qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération* ⁴¹¹*d'une personne nommément désignée*⁴¹²».

La présomption de mauvaise foi pesant sur le diffamateur il lui incombe de prouver sa bonne foi⁴¹³.

Cependant toute preuve contraire est interdite et ne peut faire disparaître l'infraction quand elle se réfère à la vie privée de la personne, à un fait remontant à plus de dix ans constituant une infraction amnistiée ou prescrite ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.

⁴⁰⁸ Loi n°2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

⁴⁰⁹ Cass. crim. 2 janv. 1980, Bull. crim. n°3 ; 1980.IV.103 ; V. cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2006, Israël-Palestine, Bull. civ. I. n°395 ; D 2007.1041, obs. J-Y. Dupeux : la cour a jugé qu'une critique n'était pas une diffamation sauf lorsqu'elle est abusive. Ainsi un article du journal Le Monde «*avait critiqué le comportement des juifs d'Israël à l'égard des palestiniens*», la Cour de Versailles y avait vu une diffamation cassation ; V. aussi CEDH 7 nov. 2006 Mamère c/ France, D. 2007.1704 n. approb. J.P Marguénaud : Monsieur Mamère avait été condamné car lors d'une émission il avait qualifié un fonctionnaire de «*sinistre personnage qui n'arrêtait pas de nous raconter que la France était tellement forte [...] que le nuage de Tchernobyl n'avait pas franchi nos frontières*». Monsieur Mamère avait été condamné pour diffamation par les juridictions françaises ; la CEDH (Mamère c/ France Req. 12697/03 du 7 nov. 2006) condamna la France en raison de «*l'extrême importance du débat d'intérêt général dans lequel les propos litigieux s'inscrivaient*»

⁴¹⁰ Cass. Ass. Plén., 25 juin 2010 n°08-86.891, JCP G2010.1258, n°1, obs. B. de Lamy, Légipresse 2010.240, n. B. Ader : des propos généraux ne sont pas diffamatoires mais peuvent être injurieux

⁴¹¹ TGI Paris, 13 oct. 2008, Légipresse 2008.150 ; dans cette affaire un journal affirmait que chaque époux trompait l'autre. Le tribunal a jugé que cette allégation d'infidélité ne portait pas nécessairement atteinte à l'honneur et à la considération de la personne.

⁴¹² Lyon, 9 mai 2011 légipresse 2011.332 ; dans cette affaire, un article de journal intitulé «*Scandales dans les cliniques privées de la région*» dénonçait des «*rackets de malade à qui on demandait des pots de vin en liquide de plusieurs milliers d'euros pour espérer être opérés dans les délais et par les meilleurs chirurgiens*» mais ne comportait aucun nom de cliniques et aucun chirurgien n'y était identifié ; le tribunal a jugé qu'il n'y avait pas diffamation ; V. en sens contraire Cass. crim. 27 oct. 2011, n°10-83.771 Bull. crim. n° 77, D. 2012.769, obs. E Dreyer ; la Cour a jugé qu'il y avait diffamation car la personne diffamée était clairement identifiable bien qu'elle n'était pas nommée.

⁴¹³ Cass. crim. 28 févr. 2012 légipresse 2012.310, n. Fl. Masure : «*En matière de diffamation si le prévenu peut démontrer sa bonne foi par l'existence de circonstances particulières, c'est à lui seul qu'appartient cette preuve, sans que le juge ait le pouvoir de provoquer, compléter ou parfaire l'établissement de celle-ci* ».

L'injure

Selon l'article 29 alinéa 2 de la loi de 1881 : «*Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure*⁴¹⁴».

La jurisprudence constante de la Cour de cassation rappelle que la diffamation et l'injure, l'une comme l'autre, supposent une intention de nuire⁴¹⁵.

La discrimination, la haine ou la violence

Selon l'article 24 alinéa 6 de la loi de 1881 modifié par la loi du 27 janvier 2017⁴¹⁶ : «*Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race*⁴¹⁷ *ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement*».

«*Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle*⁴¹⁸ *ou identité de genre ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal*».

⁴¹⁴ Versailles, 17 févr. 2009, Légipresse, avr. 2009.50 (dans un journal de sport, l'Equipe (pour le citer) figurait un article dans lequel il était écrit « [...] ces mecs-là non seulement ils sucent mais en plus ils avalent », le tribunal a jugé qu'il y avait injure sexuelle ; V. aussi TGI Paris, 17^e ch. 29 mars 2012, Légipresse 2012.314, n. J.M. Delas : Jean-paul Guerlain (le parfumeur) a dans une émission télévisée déclaré «*Je me suis mis à travailler comme un nègre. Je ne sais pas si les nègres ont toujours tellement travaillé, mais enfin...* », le tribunal a jugé que le parfumeur était coupable d'injure raciale.

⁴¹⁵ V. Civ. 1^{ère} n°04-20.719, 12 déc. 2006, Bull. civ. I, ° 551, JCP G2007.II.10010 n. appro. B. de Lamy ; V. Civ. 2^{ème}, 10 oct. 2002 aff. Professeur Jérôme Lejeune, Bull. civ. II, n°22 ; la famille du Professeur poursuivait le «Réseau Voltaire» pour diffamation suite à la note dudit réseau qui qualifiait le médecin d'antisémite, d'anti-maçonnique, d'homophobe et de révisionniste faisant aussi allusion à sa famille ; la Cour a estimé que rien dans l'article ne traduisait la volonté de nuire ; V. en sens contraire Affaire Grégory c/ le Point Cass. civ. 2^{ème}, 22 janv. 2004, Bull. civ., n°19 ; JCP G 2004.II.10104, n. E. Dreyer : «*l'intention de nuire [...] se déduit en l'occurrence de la conscience qu'avait nécessairement la sté SEBDO (Le Point) de causer un préjudice à la famille du défunt*»

⁴¹⁶ Loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté

⁴¹⁷ TGI Toulouse corr. 14 avr. 2011 Légipresse 2011.336 concernant un article sur le site internet d'un responsable politique régional intitulé «*La CGT Mulhouse un syndicat inutile*» accompagné du commentaire d'un internaute : «*La CGT est majoritaire car elle soutient les bamboulas les bronzés et autres technés*» ; le tribunal a jugé que ces expressions «*sont méprisantes et outrageantes à l'égard d'un groupe de personnes à la peau noire ou de nationalité étrangère et supposées inférieures*»

⁴¹⁸ Cass. crim. 15 nov. 2008, Chr. Vaneste, JCP G 2008, act. 687, obs. E. Dreyer, II.10206, n. crit. E. Derieux ; D.2009.1781, obs. Th. Massip ; la cour de Douai avait condamné un député pour avoir déclaré (hors de l'hémicycle parlementaire où il aurait bénéficié de l'immunité) que «*l'homosexualité*» était «*inférieur à l'hétérosexualité*» ; cassation car : «*les propos litigieux [...] ont pu heurter la sensibilité de certaines personnes homosexuelles, leur contenu ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression*»

Notons que l'action publique et civile se prescrivent par trois mois à compter de la publication⁴¹⁹. La loi de 1881 a instauré un droit de réponse et un droit de rectification ; le droit de réponse⁴²⁰ est ouvert tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales ainsi qu'aux associations pendant un an à compter de la publication de la mise en cause.

En cas de diffamation ou d'injures concernant un enfant mineur, ses représentants légaux doivent agir dans de très brefs délais afin que l'action civile ne soit pas prescrite. De plus, les parents de l'enfant mineur dotés de prérogatives dont la finalité est l'intérêt de l'enfant, ont l'obligation de veiller sur lui et de le protéger tant dans sa sécurité, sa santé que dans sa moralité⁴²¹. Aussi, dans l'intérêt de l'enfant, ils doivent être vigilants et réagir afin d'obtenir la condamnation adaptée pour faire cesser les propos diffamatoires, injurieux ou discriminatoires.

Dans le cas où l'enfant mineur est à l'origine de la diffamation, ses parents sont civilement responsables : *«Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux»*⁴²².

Lorsque l'enfant mineur est victime de discrimination, de haine ou de violence, ses père et mère doivent, sur le fondement des dispositions de la loi de 1881 et du Code pénal, intenter toute action judiciaire à l'encontre des auteurs afin de faire cesser les attaques dont leur enfant est la cible.

Dans le cas où l'enfant mineur est l'auteur de discrimination, de haine ou de violence, la responsabilité civile de ses parents sera engagée lorsque les conditions de l'article 1242 alinéa 4 du Code civil sont réunies, afin de réparer le dommage causé par leur enfant mineur.

⁴¹⁹ Crim. 1^{er} juill. 1953, D. 1953.74, rap. Patin *«D'après l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, la prescription des crimes et délits prévue par cette loi court du jour où les outrages provocations, diffamations ou injures ont été publiées»*. S'agissant des publications sur internet, Crim. 27 nov. 2001, Bull. crim. n° 211, D. 2002. Somm ; 2002, obs. Bigot ; JCP G 2002.II.10028, n. P. Blanchetier et A. Lepage : *«Lorsque des poursuites pour diffamation ou injures publiques sont engagées à raison de la diffusion sur le réseau internet d'un message figurant sur un site, le point de départ du délai de prescription de l'action publique prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 doit être fixé à la date du premier acte de publication ; cette date est celle à laquelle le message a été pour la première fois à la disposition des utilisateurs du réseau»*. Cette jurisprudence a depuis plusieurs fois réitérées.

⁴²⁰ Concernant une publication écrite : Crim., 28 avr. 1932, Vincent Auriol, DP 1932.I.68, n. M. Nast : le droit de réponse *«ne saurait subir aucune restriction [...], il doit s'appliquer [...] aux articles de presse, qu'il s'agisse d'information ou de critiques, aux publications de décisions de justice»*. Concernant une émission de télévision : Paris 5 mars 2003 aff. de la directrice de l'Ecole de danse de l'Opéra de Paris mise en cause dans une émission de France 2 qui disait qu'elle infligeait *«aux élèves des traitements humiliants et indignes»*, JCP G 2003.I.178, n°12, obs. S. Regourd maintenu par Civ. 1^{ère}, 29 nov. 2005, Bull. civ. I, n°459 ; JCP G 2006.II.10014, avis J. Sainte-Rose, D. 2007.1045, obs. Th. Massis.

⁴²¹ Art. 371-1 C. civ.

⁴²² Art 1242 alinéa 4 C. civ.

On peut tout à fait envisager qu'un enfant mineur de seize ans, émancipé ou non, puisse être journaliste s'il remplit les conditions énoncées par l'article 761-2 alinéa premier du Code du travail, et ce, sans avoir obtenu le précieux sésame (la carte d'identité professionnelle), bien qu'il manque peut-être de maturité et de recul pour traiter le flux d'informations, les analyser avant de les relater.

Le fait de prendre part à des événements et de les relater représente, pour l'enfant mineur, un intérêt intellectuel indéniable qui profitera à son développement personnel.

L'enfant mineur peut également être titulaire d'un blog par lequel il véhicule des informations. Il devra veiller à ne pas diffamer ni injurier ainsi que ne pas tenir des propos haineux, discriminatoires ou violents.

On ne saurait rappeler l'importance du rôle des parents dans la construction et le développement de leur enfant. Leur rôle d'adultes référents comporte en entre autre l'éducation tout autant que la surveillance ou la protection de leur enfant.

Après avoir parlé de la presse écrite par laquelle s'exprime la liberté d'expression et le statut du journaliste, abordons à présent un autre mode par lequel est véhiculé la liberté d'expression : l'audiovisuel.

B/L'audiovisuel

L'audiovisuel regroupe notamment le son et l'image.

Ce moyen de communication est assez récent car il a été inventé à la fin du XIX^{ème} siècle, et sa première émission en France en 1921 le fut par la radio.

La vraie révolution de l'audiovisuel a lieu en 1986 avec la loi du 30 septembre 1986⁴²³ qui affirme dans son article 1^{er} «*La communication audiovisuelle est libre*» : ce fut alors l'explosion des radios libres.

La loi du 21 juin 2004⁴²⁴ a ajouté «*La communication au public par voie électronique est libre*» «*et l'utilisation des moyens de cryptologie est libre*» sous réserve de la réglementation applicable.

⁴²³ La loi du 30 septembre 1986 a été modifiée à de nombreuses reprises et dont la dernière fois le 5 mars 2009

⁴²⁴ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

Bien que la liberté soit de mise la loi du 30 septembre 1986 a instauré un régime d'autorisation préalable pour les services de communication audiovisuelle diffusés par voie hertzienne (radiodiffusion et télévision) de même que pour les services de câble.

Ce moyen de communication a bien évolué depuis, et le moyen le plus utilisé aujourd'hui n'est plus la radio mais la télévision qui a envahi chaque foyer ; couramment dénommé «le petit écran», il est devenu une des sources d'information et de divertissement principale qui s'est progressivement substitué à la radio et aux journaux papier.

Les enfants qui ont accès, très tôt voire trop tôt, à cette source de communication sont devenus le public à cibler par la télévision qui leur réserve notamment des programmes spéciaux et qui diffuse à certaines heures des publicités qui leur sont exclusivement destinées.

L'enfant mineur peut librement écouter l'ensemble des radios de la plus culturelle à la plus musicale. Cependant certaines émissions tardives ne sont pas adaptées à un jeune public, d'où l'importance de la surveillance parentale, qui rappelons-le, est un excellent pare-feu de protection pour l'enfant mineur qui manque souvent de maturité et de libre-arbitre pour analyser toutes les informations entendues.

S'agissant de la télévision, depuis le 12 décembre 2012 certains pictogrammes existent afin d'informer et de mieux protéger le jeune public pour les programmes.

Il existe quatre pictogrammes (-10, -12, -16 et -18) qui sont affichés le temps de la diffusion complète des émissions télévisées et qui sont destinés à avertir que, dans l'intérêt de l'enfant, le programme n'est pas adapté au jeune public.

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) en charge de la protection du jeune public reçoit régulièrement les plaintes de téléspectateurs.

Dans l'intérêt de l'enfant, la vigilance des parents est un atout majeur pour sa protection.

En effet, titulaires de l'autorité parentale, ils ont pour obligation de le protéger «*dans sa sécurité, d'assurer son éducation et de permettre son développement dans le respect dû à sa personne*». L'autorité parentale, fonction d'ordre public⁴²⁵, dont la finalité est l'intérêt de l'enfant⁴²⁶ s'impose aux parents qui ont le devoir de respecter la mission qui leur incombe ; *«les droits de l'enfant exigent des parents des obligations positives telles que protéger, [...],*

⁴²⁵Il résulte de l'article 376 du C. civ., qu' «*Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous*». L'article 1388 du C. civ. dispose : «*Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration lé gale et de la tutelle*». Ce principe d'ordre public vaut pour les parents comme pour les tiers.

⁴²⁶ H. Fulchiron et A. Gouttenoire, v° «Autorité parentale», Rép. Civ. 2012

éduquer [...]. Plus qu'un pouvoir l'autorité parentale est un devoir de satisfaire les droits naturels de l'enfant»⁴²⁷.

Les parents doivent donc s'assurer que les programmes regardés ou écoutés par leur enfant sont adaptés à leur âge, et limiter voire interdire tous programmes qui porteraient atteinte à leur développement et/ou à sa sécurité.

Pour éviter certaines dérives, un organisme est chargé de contrôler l'audiovisuel ; il s'agit du Conseil Supérieur de l'audiovisuel (CSA), organisme chargé de contrôler l'audiovisuel.

Le CSA

Il a succédé à la Commission Nationale de la communication et des libertés (CNCL) qui avait elle-même remplacé la Haute Autorité ; cette autorité administrative indépendante composée de neuf membres nommés pour six ans (trois membres sont nommés par le président de la République, trois sont nommés par le président de l'Assemblée nationale et trois par la président du Sénat). Le président du CSA est choisi par le président de la République parmi les membres qu'il a nommés.

Le CSA est chargé pour le secteur privé de donner les autorisations d'utilisation des fréquences et d'exploitation en matière de communication audiovisuelle, de nommer les présidents des sociétés nationales de programme et peut infliger des sanctions.

Le CSA veille sur le pluralisme des services de communication audiovisuelle par voie hertzienne terrestre c'est-à-dire les radios ainsi que la télévision ; les chaînes de radio et de télévision par câble sont soumises à une double autorisation ; celle des collectivités locales et du CSA.

Un projet de loi portant réforme de l'audiovisuel devrait créer un super gendarme de l'audiovisuel et d'internet en fusionnant le CSA et Hadopi.

Nous allons à présent parler d'un autre support très récent et beaucoup utilisé par les enfants mineurs pour l'exercice de la liberté d'information : internet.

⁴²⁷ D. Youf, Penser les droits de l'enfant, coll. « Questions d'éthiques », PUF, 2002, p. 18

C/Internet

Internet a supplanté bon nombre de médias dans le domaine de la communication jusqu'à devenir le premier média des jeunes.

En plus d'être une source d'information, internet est un moyen d'exprimer ses pensées et ses opinions ainsi que l'a affirmé à plusieurs reprises le Conseil constitutionnel⁴²⁸.

Dans sa décision du 10 juin 2009⁴²⁹ le Conseil constitutionnel a précisé qu'«*en l'état actuel des moyens de communications et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation de la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, [la libre communication des pensées et des opinions] implique la liberté d'accéder à ces services*».

Le Conseil constitutionnel a réaffirmé dans sa décision du 10 juin 2009 que la liberté de communication s'exerce également en ligne et qu'elle consiste aussi à recevoir l'information de manière passive ainsi qu'il l'avait déjà affirmé dans ses précédentes décisions⁴³⁰ ainsi que la liberté de pouvoir exprimer les pensées et les opinions⁴³¹.

Pendant de nombreuses années internet a été une «zone de non droit». C'est pourquoi depuis une dizaine d'années pas moins de dix lois ont été votées pour encadrer le Web français et sanctionner certains comportements.

- **La loi du 1^{er} août 2000** portant réforme de l'audiovisuel est venue introduire dans la loi du 30 septembre 1986 quatre articles relatifs à internet.

- **La loi Perben II du 9 mars 2004** qui permet pour les affaires de délinquance organisée, de proxénétisme aggravé ou trafic de stupéfiant qui le nécessitent, que les

⁴²⁸ Décision n°94.345, DC 29 juillet 1994, le Conseil constitutionnel s'est prononcé lors de sa saisine sur la loi relative à l'utilisation à l'emploi de la langue française : JORF du 2 août 1994, p. 11240, AJDA 1994.731, note P. Wachsmann ; D.1995.295, obs. E. Oliva ; ibid 303, obs A. Roux ; et décision n°99-412 DC 15 juin 1999 : Charte européenne des langues régionales ou minoritaires déclarée (contraire à la Constitution) ; JORF du 18 juin 1999 p. 8964, AJDA 1999.627 ; ibid 573, note J.E. Schoettl ; D. 1999.598, note J.M. Larralde ; ibid 2000.198, obs F. Melin-Spoucramanien.

⁴²⁹ Décision n° 2009-580 du 10 juin 2009

⁴³⁰ Déc. n°2009-577, DC du 3 mars 2009 ; le Conseil constitutionnel s'est prononcé lors de sa saisine sur la loi n°2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public (non-conformité partielle) ; JORF du 7 mars 2009, p. 4336 ; AJDA 2009.617, Tribune p. Wachsmann ; D. 2009.884, point de vue A. Levade ; ibid 2010.1508, obs. V. Bernard et L. Gay ; RFDA 2009-580, Chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud, Constitution 2010-109, obs. A. Barilari, ibid 238, obs. M. Disant

⁴³¹ Déc. n° 94-345 DC 29 juill. 1994, loi relative à l'emploi de la langue française JORF 2 août 1994. 11240, AJDA 1994.731, note P. Wachsmann ; D. 1995.295, obs. E. Oliva ; ibid 303, obs. A. Roux

correspondances émises par voie de communication puissent être interceptées⁴³², enregistrées et retranscrites pour une durée maximum de quinze jours.

L'article 322-6-1 du Code pénal⁴³³ prévoit notamment que la diffusion «*par un réseau de télécommunication (Internet) de procédés permettant la fabrication d'engins de destruction*» est durement réprimée.

- **La loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004** sur le droit de l'Internet transpose la directive européenne 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et certaines dispositions de la directive du 12 juillet 2002 sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électronique.

- **La loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (loi DADVSI) du 1^{er} août 2006.**

Cette loi transpose notamment les dispositions de la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001. Cette loi a rendu illégal le téléchargement et la diffusion d'œuvres protégées en instaurant des sanctions sous forme d'amendes et légalise également les systèmes de protection et de contrôle mis en place par les sociétés pour protéger leurs œuvres (DRM).

- **La loi HADOPI 2 du 15 septembre 2009**

Après la censure de la loi HADOPI 1 par le Conseil Constitutionnel la loi HADOPI 2 a été adoptée le 15 septembre 2009 et vise à mettre fin au téléchargement illégal notamment par le peer-to-peer.

La sanction est une simple amende car le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision du 10 juin 2009⁴³⁴, décision qui constitue la pierre angulaire du droit constitutionnel numérique, que la coupure de la connexion sans passer par un juge était une entrave à la liberté de communication et d'expression.

⁴³² Bien avant l'entrée en vigueur de la loi Perben II, la CEDH avait sanctionné la France car le secret des correspondances ne peut être levé que par décision du juge d'instruction ainsi la CEDH a condamné le contrôle par le directeur d'une prison de la correspondance entre détenus ; CEDH, 12 juin 2007 Frérot c/ France, *JCP G* 2007.I.182 n°8, obs. Fr. Sudre *Droit civil illustré*, n°29 ; V. loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement et l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 qui ont modifié l'article L 801-1 C. de la sécurité intérieure permettant ainsi la possibilité de porter atteinte au principe de l'inviolabilité du secret des correspondances «*que dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi, dans les limites fixées par celle-ci et dans le respect du principe de proportionnalité*».

⁴³³ Art. 322-6-1 C. pénal modifié par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 ce simplification et d'amélioration de la qualité du droit

⁴³⁴ Déc. n° 2009-580 du 10 juin 2009 ; décision majeure dans laquelle le Conseil Constitutionnel affirme que l'accès d'un citoyen à internet constitue l'une des modalités d'exercice de l'article 11 DDH, c'est-à-dire un droit de valeur constitutionnelle mais aussi «*un des droits les plus précieux de l'homme : tout homme peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi*».

-La loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (Loppsi 2) du 14 mars 2011⁴³⁵.

Cette loi vise à lutter contre la cybercriminalité informatique et Internet.

Il sera notamment possible d'imposer aux fournisseurs d'accès à Internet le blocage de sites WEB publiant des contenus pédo-pronographiques⁴³⁶.

La police pourra, après avoir obtenu l'autorisation du juge des libertés, utiliser tout moyen pour s'introduire dans les ordinateurs et en extraire des données pour diverses affaires de crimes (pédophilie, meurtre, etc...), de trafic d'armes, de trafic de stupéfiants, de blanchiment d'argent, mais aussi en cas de délit «d'aide d'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée», et ce, sans le consentement des propriétaires des ordinateurs.

-La loi de programmation militaire (LPM) du 18 décembre 2013

Dans son article 13, il est prévu notamment au profit des services du renseignement intérieur de la police et de la gendarmerie un renforcement de l'accès aux données téléphoniques et informatiques en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée.

De plus les ministères de la Défense, de l'Economie et du Budget peuvent accéder à ces données et procéder à ladite collecte en temps réelle, après avoir obtenu l'autorisation du Premier ministre.

-La loi antiterroriste du 13 novembre 2014

Cette loi⁴³⁷ institue un plan d'action contre les filières djihadistes et permet un blocage administratif imposé aux fournisseurs d'accès à Internet, des sites faisant l'apologie du terrorisme afin de limiter l'auto-radicalisation des internautes.

Cette loi a été renforcée après les attentats de Paris qui ont eu lieu au mois de janvier 2015 par la loi du 24 juillet 2015⁴³⁸, la loi du 3 juin 2016⁴³⁹ et la loi du 30 octobre 2017⁴⁴⁰.

⁴³⁵ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2014

⁴³⁶ Loi n° Art. 227-23 C. pénal modifié par la loi n° 2°13-711 du 5 août 2013

⁴³⁷ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, publiée au JO n° 363 le 14 novembre 2014

⁴³⁸ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2014 relative au renseignement

⁴³⁹ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé

⁴⁴⁰ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme ; dans l'article 2229-5-I du code de la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, il est prévu la saisie de données contenues dans le système informatique ou l'équipement terminal, soit par copie ou saisie du support si la copie ne peut être réalisée ou achevée pendant le temps de la visite (perquisition).

-La loi n° 2014-873 du 4 août 2014

Cette loi lutte contre le cyber-harcèlement, le harcèlement en ligne ou la cyber intimidation.

Ainsi le harcèlement qui jusque-là faisait l'objet d'un vide juridique est devenu un délit pénal⁴⁴¹.

-La loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015

Cette loi relative au renseignement redéfinit les missions des services, les techniques de surveillance autorisées ainsi que les procédures de contrôle.

Ainsi au vu de la «prévention du terrorisme», de la «prévention de la criminalité et de la délinquance organisée», de la lutte «contre les violences collectives», de la protection «du territoire et de la défense nationale», les services de renseignements se voient reconnaître expressément le droit d'user de nouvelles méthodes de surveillance qui jusque-là n'étaient pas autorisées.

Ils pourront donc utiliser les écoutes téléphoniques, intercepter des courriels ou des sms, placer des caméras, micros et balises GPS ainsi que pirater des ordinateurs suspects en installant des logiciels-espions.

La loi de la lutte contre la haine sur internet, dite loi Avia, a été adoptée le 13 mai 2020. Cette loi modifie la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 et impose aux plateformes comme Facebook ou Youtube, aux moteurs de recherche ainsi qu'aux blogs et forums de supprimer tout contenu haineux «*manifestement illégal*» dans les vingt-quatre heures sous peine d'une amende pouvant atteindre 4% de leur chiffre d'affaires mondial. S'agissant des contenus terroristes ou pédo-pornographiques, ils devront être retirés en une heure.

La loi accorde de nouveaux pouvoirs au CSA et crée un parquet spécialisé dans le numérique.

L'intérêt de l'enfant mineur pour internet n'est plus à démontrer et avec cet intérêt son lot de dérives.

⁴⁴¹ Art. 222-33-2-2 C. pénal «*Le fait de harceler une personne par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende lorsque ces faits ont causé une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ont entraîné aucune incapacité de travail*»

C'est pourquoi, dans son intérêt, l'enfant doit pouvoir avoir accès à internet pour pouvoir exprimer ses idées et ses opinions ainsi que l'a affirmé le Conseil constitutionnel, pour communiquer avec ses amis, sa famille, ou rechercher des informations utiles pour son travail scolaire, pour sa culture générale.

Malheureusement internet représente un danger permanent pour l'enfant car il peut accéder à des sites qui ne sont pas adaptés à son âge et le premier rempart contre les dérives d'internet sont les parents de l'enfant qui doivent veiller à sa sécurité et peuvent ainsi soumettre certains sites à une autorisation parentale voir les bloquer.

L'enfant mineur, de plus en plus jeune est connecté via l'utilisation de réseaux sociaux (Facebook, twitter, Instagram, etc...) bien que la plupart desdits réseaux sociaux soient interdits aux enfants de moins de treize ans.

Malgré ces restrictions cela n'empêche certaines dérives car aucune vérification *a priori* n'a lieu lors de la création d'un compte et aucune autorisation des titulaires de l'autorité parentale n'est réclamée.

Ainsi une mère a pu créer un compte Facebook au nom de son enfant mineur âgé de 7 ans (alors que Facebook interdit la création d'un compte aux enfants mineurs de moins de treize ans), le père de l'enfant réclamait la fermeture de ce compte ; la cour d'appel d'Aix-en-Provence a accueilli la demande du père et a condamné la mère à clôturer le compte dans les dix jours de la signification de l'arrêt, et passé ce délai sous astreinte⁴⁴², quant à la cour d'appel d'Agen, elle a jugé que l'ouverture par une mère d'un compte Facebook pour sa fille âgée de dix ans était de nature à la mettre en danger⁴⁴³.

Mais rien de plus facile pour contourner cette interdiction : créer un faux profil en changeant sa date de naissance, bien que cela constitue une infraction aux conditions d'utilisation des réseaux sociaux.

Depuis quelques années on constate l'importance du harcèlement via les réseaux sociaux ce qui a conduit de nombreux adolescents au suicide.

Pendant longtemps les victimes de harcèlement se sont trouvées totalement démunies et impuissantes face à ce phénomène car le harcèlement n'était pas reconnu comme une infraction et les auteurs restaient impunis au vu du principe de la légalité des délits et des peines⁴⁴⁴.

⁴⁴² Aix-en-Provence du 2 sept. 2014 n° 132/19371, *Jurisdata* 2014-019786

⁴⁴³ Agen 16 mai 2013 n° 11/01886, *Jurisdata* n° 2013-009716

⁴⁴⁴ *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, principe développé dès le XVIIIème siècle par Cesare Beccaria.

Par une loi du 4 août 2014⁴⁴⁵, le législateur est intervenu afin de palier à ce vide juridique en érigeant le harcèlement moral au moyen d'un service de communication au public en ligne, en un délit⁴⁴⁶. Le support du cyber harcèlement peut être un téléphone portable, un forum, une messagerie instantanée, un chat, un jeu en ligne, un réseau social, un blog.

La sanction pénale prend en considération non seulement l'âge du harceleur mais également l'âge de la victime, notamment si celle-ci est âgée de moins de quinze ans. Les parents étant civilement responsables de leur enfant.

Le harcèlement peut consister en des propos (commentaires, vidéos, montage photos, messages) ou un comportement répété ayant pour but ou pour effet de dégrader les conditions de vie de la victime, ce qui se traduit par une dégradation de la santé physique ou mentale de la personne harcelée.

La loi du 27 février 2017⁴⁴⁷ est intervenue pour rallonger le délai de prescription de cette infraction de trois ans à six ans.

La loi du 3 août 2018⁴⁴⁸ est venue renforcer la répression en consacrant le cyber harcèlement de groupe ainsi que les raids numériques. Ainsi tous les participants à un acte de cyber harcèlement peuvent être poursuivis et condamnés même s'ils n'ont que tweeter ou rédiger quelques messages sur un forum ou sur Facebook.

Si l'enfant est victime de cyber harcèlement, les parents peuvent agir directement auprès des intermédiaires (le responsable d'un forum ou d'un réseau social) mais cela ne constitue pas une plainte officielle. Ils doivent porter plainte auprès des services de police. Afin d'apporter la preuve du cyber harcèlement dont est victime leur enfant les parents peuvent faire appel à un huissier de justice pour réaliser une capture d'écran.

Dans l'intérêt de l'enfant, l'action des parents est primordiale et essentielle non seulement pour le protéger du cyber harcèlement dont il est victime mais aussi pour faire condamner les auteurs.

⁴⁴⁵ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes

⁴⁴⁶ Art. 222-33-2-2 C. pénal modifié par la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

⁴⁴⁷ Loi n° 2017-242 du 27 février 2017

⁴⁴⁸ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 article 11 citée supra

Si l'enfant est coupable de cyber harcèlement, les parents engagent de plein droit⁴⁴⁹ leur responsabilité civile⁴⁵⁰ du fait dommageable de leur enfant mineur⁴⁵¹ à l'égard de la victime.

Les réseaux sociaux sont une véritable manne pour les terroristes qui via ces réseaux ne se contentent plus de faire l'apologie du terrorisme mais les utilisent pour recruter des personnes de plus en plus jeunes qui veulent se rendre en Syrie pour faire le Djihad.

Il est souvent compliqué de localiser les hébergeurs de sites utilisés par les terroristes car ils se trouvent pour la plupart à l'étranger et la loi française est impuissante. C'est pourquoi de nombreuses lois anti-terrorisme sont venues renforcer les mesures pour sanctionner l'apologie du terrorisme et la provocation directe au terrorisme⁴⁵².

Les sites faisant l'apologie ou de la provocation du terrorisme peuvent être signalés par les internautes aux forces de l'ordre via un télé-service dédié à cet effet.

Ces sites peuvent également faire l'objet d'une fermeture judiciaire⁴⁵³, d'un blocage judiciaire ou d'un blocage administratif⁴⁵⁴.

Ici encore rien ne saurait remplacer la vigilance et la surveillance des parents pour protéger leurs enfants. En effet le seul rempart dont bénéficient les enfants mineurs contre cet endoctrinement est la surveillance par les parents des sites visités par eux. C'est pourquoi il est primordial que les parents ne laissent pas à l'enfant une entière liberté pour surfer sur le web et installent des autorisations parentales.

Nous allons aborder à présent un autre outil qui véhicule la liberté d'expression doublée de la liberté de création et qui est très prisé par les enfants mineurs : le cinéma.

⁴⁴⁹ Art. 1242 alinéa 6 C. civ.

⁴⁵⁰ Art. 1242 alinéa 4 C. civ. (ancien Art. 1384 alinéa 4 C. civ.)

⁴⁵¹ Cass. Ass. Plén. du 9 mai 1984 (arrêt Fullenwarth rendu sur le fondement de l'ancien article 1384 alinéa 4 du Code civil) arrêt de principe dans lequel la Cour de cassation énonce : « Pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, la responsabilité des père et mère du mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime » ; la Cour précise également qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant soit capable de discernement pour engager cette responsabilité. La responsabilité civile du fait d'autrui à l'épreuve de la réforme de la protection de l'enfance, de Bertier-Lestrade, *LPA* 25 janv. 2005 ; V. aussi responsabilité des parents séparés – François, *D.* 2007. Chron. 2408 ; V. aussi Réforme de la responsabilité des parents, Vignon-Barrault, *RDLC* 2008/51, suppl., n°3081 (autorité et responsabilité)

⁴⁵² Art. 421-2-5 C. pénal

⁴⁵³ Art. 706-23 à 706-25-2 du Code de procédure pénale

⁴⁵⁴ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique pour le blocage judiciaire ou d'un blocage administratif ; Décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie (procédure administrative) ; circulaire du 12 janvier 2015 relative aux infractions commises suite aux attentats terroristes des 7, 8 et 9 janvier 2015.

D/Le cinéma

Bien avant internet, le cinéma a pris beaucoup de place dans la vie des enfants mineurs notamment avec des programmes qui leur sont destinés.

Afin de protéger la sensibilité des enfants mineurs et dans leur intérêt il existe la possibilité d'interdire la représentation d'une œuvre cinématographique à trois tranches d'âge : - 12 ans, - 16 ans, et - 18 ans.

Depuis la loi du 18 juin 2014⁴⁵⁵ l'exploitation des salles est soumise à l'obtention d'une autorisation préalable d'exploiter.

La projection d'un film sur le territoire français doit avoir obtenu l'autorisation préalable⁴⁵⁶. Laquelle consiste en un visa accordé par le ministre chargé de la culture qui jouit de pouvoirs de police spécial.

Pour les œuvres cinématographiques étrangères ou de coproductions de films pornographiques ou d'incitation à la violence des dispositions spéciales sont prévues.

Cependant faute de dispositions législatives précises définissant les conditions de la légalité des décisions dudit ministre, le juge a précisé *«que les seules restrictions aux pouvoirs du ministre sont celles résultant de la nécessité de concilier les intérêts généraux dont il a la charge avec le respect dû aux libertés publiques et notamment à la liberté d'expression»*⁴⁵⁷.

A présent les mesures restrictives sont devenues une exception. Mais le juge peut être amené à annuler un visa d'exploitation pour non-conformité aux textes existants⁴⁵⁸.

Bien que le film ait obtenu le visa cela ne lui garantit pas de pouvoir être projeté sur tout le territoire national. En effet, le maire peut, au titre de ses pouvoirs de police générale interdire la projection d'un film sur sa commune, mais le juge a précisé que le maire ne pouvait interdire la projection d'un film ayant obtenu le visa que si *«la projection est*

⁴⁵⁵ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux petites entreprises (dite loi PINEL)

⁴⁵⁶ Art. L 211-1 du Code du cinéma et de l'image animée créé par l'ordonnance n° 2009-901 du 24 juillet 2009 relative à la partie législative du code du cinéma et de l'image animée

⁴⁵⁷ C.E., 24 janvier 1975, Société Rome-Paris films, requête 72868 rec. P. 57, requête n° 72868 rec. P.57, recours du ministre de l'information contre le jugement du tribunal administratif du 22 mars 1967 annulant la décision du secrétaire d'Etat à l'information interdisant totalement en France, l'exploitation du film *«Suzanne Simonin, le religieuse de Diderot»*

⁴⁵⁸ C.E., Ass., 30 juin 2000, Association «Promouvoir», Mr et Mme Mazaudier à propos du film *«Baise-moi»* ; V. aussi arrêt CE du 4 février 2004, Association «Promouvoir», le Conseil d'Etat a considéré que le ministre n'avait pas commis d'erreur en refusant de classer le film *«Ken Park»* interdit au mineur, comme film pornographique.

susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être préjudiciable à l'ordre public»⁴⁵⁹. De nos jours ces interdictions de maire sont exceptionnelles.

L'intérêt de l'enfant pour le cinéma est indéniable. En effet, dès son plus jeune âge l'enfant peut assister à une séance de dessin animé puis en fonction de son âge il pourra aller voir certains films et documentaires.

Cependant tous les films projetés au cinéma ne sont pas destinés aux enfants ; les parents doivent, dans l'intérêt de l'enfant, s'assurer que le film est adapté à l'âge de leur enfant.

Ici encore le rôle des parents, détenteurs de l'autorité parentale dont il sera parlé ci-après, est primordial car ils sont chargés tant de l'éducation que de la sécurité de leur(s) enfant(s)⁴⁶⁰.

On peut se demander à quel égard le cinéma interagit avec l'intérêt de l'enfant.

Tout d'abord le cinéma véhicule non seulement la liberté d'expression mais également la liberté de création.

Ensuite, l'intérêt de l'enfant, notion à interprétation variable, peut consister notamment en l'épanouissement, aux loisirs, en la distraction, en l'instruction ainsi qu'au développement de l'enfant mineur.

Enfin, l'enfant mineur a «*le droit au repos et aux loisirs*», et «*de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge et de participer librement à la vie culturelle et artistique*»⁴⁶¹.

Et l'article 31-2 de la CIDE énonce : «*Les Etats parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles dans des conditions d'égalité*».

A ce titre le cinéma peut être un loisir, une activité récréative et/ou culturelle. A ce titre il est en adéquation avec l'intérêt de l'enfant.

Un enfant mineur peut être acteur, et ce, quel que soit son âge. Dans ce cas, l'enfant a alors un statut particulier. En effet, il signe des contrats afin d'être rémunéré en contrepartie du rôle qui lui sera attribué par la production. Pour les enfants de moins de seize ans il est nécessaire d'obtenir une autorisation auprès du Préfet du siège de l'entreprise conformément

⁴⁵⁹ C.E, 18 décembre 1959, société «les films Lutetia», Rec 693.

⁴⁶⁰ Art. 371-1 C. civ.

aux dispositions de l'article R 7124-1 du Code du travail. Ce contrat est soumis aux dispositions du droit du travail.

Nous aborderons plus précisément ce sujet lorsque nous traiterons des droits sociaux (Titre III) et notamment du droit à l'emploi (Chapitre VII).

La liberté d'expression comprend également la liberté de conscience ou liberté religieuse. Bien que la République soit laïque, elle a l'obligation de respecter «*toutes les croyances*»⁴⁶².

§3 - La liberté religieuse ou liberté de conscience

A/sources

Cette liberté religieuse est la pierre angulaire de la liberté de pensée et de la liberté d'expression.

Cette liberté aussi appelée liberté de l'esprit ou liberté intellectuelle permet à l'Homme d'avoir des idées et un libre arbitre. Cependant elle peut, pour le pouvoir en place, représenter un danger, et ce même dans les démocraties, qui cherchent souvent à les restreindre, et ce même en France.

Bien qu'elle ne soit pas énoncée par la Constitution, elle résulte de notre histoire, et est devenue un principe constitutionnel⁴⁶³ consacré par la Déclaration des droits de l'Homme⁴⁶⁴.

Cette liberté de culte est non seulement reconnue dans l'article 1er de la loi du 9 décembre 1905⁴⁶⁵ mais elle oblige aussi la République à en assurer la garantie ; cette loi est le prolongement de l'article 10 de la DDH du 26 août 1789⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ Art 31 CIDE

⁴⁶² Art 1^{er} de la Constitution du 4 oct. 1958

⁴⁶³ Cons. Const. 23 nov. 1977, Liberté d'enseignement, n° 77-87 DC, Grandes décisions Cons. Const., 16^{ème} éd. 2011, n° 27 : «*La liberté de conscience doit être regardée comme l'un des principes fondamentaux de la République*»

⁴⁶⁴ Art. 18 Déclaration Universel des droits de l'Homme : «*Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement de rites* ».

⁴⁶⁵ Art. 1 de la loi du 9 déc. 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat : «*La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes...*»

⁴⁶⁶ Art. 10 DDH «*Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses...*».

La liberté religieuse est également contenue dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁶⁷, dans la DUDH⁴⁶⁸ cela implique également la liberté de changer de religion ou de conviction⁴⁶⁹, dans l'article 9 de la CESDH⁴⁷⁰ ainsi que dans les articles 18-1, 18-2 et 18-3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴⁷¹.

S'agissant de la liberté religieuse de l'enfant, celle-ci est contenue dans l'article 14-1 de la CIDE⁴⁷² et, est aussi envisagée de manière collective au vue de son appartenance à un groupe familial ou communautaire voire dans certains cas à une minorité⁴⁷³.

B/La liberté de religion et l'ordre public

Bien que la République garantisse le libre exercice des cultes, cette garantie trouve ses limites et ses seules restrictions dans l'intérêt de l'ordre public.

Ainsi le législateur s'est attaché à poser des limites aux pratiques et aux revendications religieuses chaque fois que l'ordre public, dans ses diverses dimensions (sociales, sanitaires ou familiales), pouvait s'en trouver troublé c'est-à-dire lorsqu'elles portent atteinte à la sécurité, à la sûreté ainsi qu'à la santé publique, le Conseil d'Etat y a ajouté l'atteinte portée à la dignité humaine⁴⁷⁴.

⁴⁶⁷ Art. 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne

⁴⁶⁸ Art. 18 DUDH : «*Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion...*»

⁴⁶⁹ Art. 18 DUDH

⁴⁷⁰ Art. 9 - 1 CESDH : «*Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ...*»

⁴⁷¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté à New-York le 16 déc. 1966 article 18 «*1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. 2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix. 3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité de l'ordre public et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui*»

⁴⁷² Art. 14-1 CIDE : «*Les Etats parties respectent le droit des enfants à la liberté de pensée, de conscience et de religion*»

⁴⁷³ Art. 30 CIDE

⁴⁷⁴ C.E du 5 janvier 2007 arrêt Association la solidarité des français ; Le Conseil d'Etat a refusé de suspendre l'exécution de l'arrêté du Préfet de police de Paris interdisant la distribution d'une soupe au cochon par l'association «La solidarité française» au motif qu'il s'agissait là «d'une démonstration susceptible de porter atteinte la dignité des personnes privées du secours proposé et de causer ainsi des troubles à l'ordre public».

Cette liberté peut être restreinte notamment si elle va à l'encontre de l'ordre public⁴⁷⁵.

La liberté de culte, encadrée par la loi 1905, il en ressort que la gestion du culte est assurée par des associations appelées «associations cultuelles» qui ne doivent en aucun cas porter atteinte à l'ordre public⁴⁷⁶.

C/La liberté de religion et la laïcité

La constitution de 1958 déclare dans son article premier que la France est «*une République (...) laïque*» qui «*respecte toutes les croyances*». Cette particularité de la France n'est pas la norme dans la plupart des pays.

Cette séparation n'existe pas en Guyane, et dans les deux départements d'Alsace et de la Moselle pour des raisons historiques qui demeurent soumis au Concordat⁴⁷⁷, et où il existe un régime particulier pour le judaïsme et le protestantisme.

L'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 précise que «*La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte*».

En effet, c'est la loi du 9 décembre 1905 qui mit fin au concordat datant de 1801 et établit une séparation des Eglises et de l'Etat, ce qui implique que les ministres du culte sont nommés et rémunérés par leur Eglise.

Les églises mais aussi les mosquées et synagogues concurrencent le pouvoir politique en place, et ce, de deux manières : tout d'abord elles s'adressent aux hommes soumis au pouvoir politique et elles se réfèrent à des commandements ou des versets qui servent à guider la vie des fidèles. Ainsi ces religions monothéistes qui proclament

l'obéissance à Dieu doit l'emporter notamment sur la fidélité politique. Ce qui peut générer des conflits entre l'église et l'Etat.

La liberté de religion est selon la Cour européenne⁴⁷⁸ et le Conseil d'Etat⁴⁷⁹ liée à la laïcité⁴⁸⁰, que met actuellement en cause l'islam en France.

⁴⁷⁵ Art. 10 DDH «[...] *pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* » ; Art. 9-2 CEDH : « *Cette liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles, qui prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires [...] à la sécurité publique, [...] à la protection de l'ordre [...] à la protection des droits et libertés d'autrui* » ; Art 14-3 CIDE : «*La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui* »

⁴⁷⁶ CE 28 avril 2004 Association cultuelle du Vajra triomphant demandant l'annulation du jugement du Tribunal administratif du 9 juin 1998 afin de pouvoir recevoir des dons et des legs. Rejet pour cause d'atteinte à l'ordre public de deux des trois associations avec lesquelles elle partage les mêmes références statutaires et possède des dirigeants communs ; que cette communauté d'intérêts conduit à regarder ces trois associations comme consacrées de manière indissociable au culte de l'Aumisme.

⁴⁷⁷ Le Concordat : traité entre la France et le Saint siège sur la situation juridique de l'Eglise catholique en France signé le 15 août 1801

⁴⁷⁸ CEDH, Gde Ch. 13 fév. 2003 *Refah Partisi c/ Turquie*, JCP G 2003.I.160, n° 15, obs. Fr. Sudre, Grands arrêts CEDH ; 6^{ème} éd. , 2011, n° 57 : «*La laïcité étant assurément l'un des principes fondateurs de l'Etat qui cadrent avec la prééminence du droit et le respect*

Ce que la France vit actuellement avec l'islam est très représentatif de cette obéissance à Allah qui se heurte aux lois de la République et au principe de la séparation des pouvoirs entre l'Eglise et l'Etat. En effet, le Coran est un guide spirituel mais aussi le code civil et le code pénal des musulmans ce qui peut porter atteinte à l'ordre public.

Ce détail qui a été occulté pendant de nombreuses années pose aujourd'hui un problème car la séparation des pouvoirs en France a généré trois pouvoirs bien distincts : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, la religion étant totalement écartée de ces pouvoirs.

S'agissant des processions religieuses traditionnelles, elles sont présumées, sauf preuve contraire, non susceptibles de causer de désordre à l'ordre public car elles sont anciennes. Pour les autres processions le maire dispose d'un pouvoir plus étendu qu'il peut exercer en vue de prévenir des troubles à l'ordre public y compris pour «*la commodité du passage dans les rues*»⁴⁸¹ ou encore «*pour le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que [...] les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics*»⁴⁸².

L'article L 2212-2 du Code général des collectivités territoriales a mis un terme à la jurisprudence du Conseil d'Etat de 1909⁴⁸³ qui avait considéré que le maire ne pouvait user de son pouvoir pour interdire une procession afin d'éviter la gêne de la circulation⁴⁸⁴.

A l'extérieur des édifices de culte, la liberté de culte est plus restrictive et ce au regard de l'ordre public. Ainsi le maire a le pouvoir de réglementer les sonneries des cloches sous réserve d'après le juge, que l'exercice de liberté religieuse ne soit pas entravé⁴⁸⁵.

des droits de l'homme et de la démocratie» ; En l'espèce la Cour Européenne a justifié la dissolution par les autorités turques du parti de la prospérité (*Refah partisi*) parti turc islamiste qui voulait imposer la charia à la Turquie, régime qui «*se démarque nettement des valeurs de la Convention (EDH)*».

⁴⁷⁹ CE, Un siècle de laïcité, Rapport public, 2004, Doc. Fr. : «*La laïcité doit, à tout le moins, se décliner en trois principes : neutralité de l'Etat, de liberté religieuse et de respect du pluralisme*» ; V. Laïcité, neutralité par J-M. Woehring, Y. Gaudemet et S. Ferrari, in *Droit des religions*, CNRS, 2^e éd. 2013.

⁴⁸⁰ Cons. Const. 21 févr. 2013, n° 2012.297, QPC, JCP 2013.426, n. A Mayaka et M. Verpeaux : «*Le principe de la Laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ; il en résulte la neutralité de l'Etat ; il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; elle implique que celle-ci ne salue aucun culte*».

⁴⁸¹ Art. L 2212-2 1° du Code général des collectivités territoriales modifié par la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification des entreprises

⁴⁸² Art. L 2212-2 3° du Code général des collectivités territoriales cité supra

⁴⁸³ CE du 19 fév. 1909, Abbé Olivier, Rec. 180, concl. Chardenet

⁴⁸⁴ CE du 19 fév. 1909, Abbé Olivier, Rec. 180, concl. Chardenet

⁴⁸⁵ CE du 11 nov. 1910, req. n° 27355

Les autres manifestations religieuses (messes en plein air, défilés...) doivent être autorisées au cas par cas. L'interdiction par l'autorité de police est contrôlée par le juge qui apprécie le bien-fondé au regard des troubles susceptibles au regard de l'ordre public.

Les prières de rue liées à l'exercice du culte musulman avaient générées de vives réactions.

L'article 10 de la DDH de 1789 énonce : *«Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public, établi par la loi»*.

L'article 27 de la loi de 1905 énonce : *«Les cérémonies, processions et autres manifestations extérieures d'un culte sont réglées en conformité de l'article L 2212-2 du Code général des collectivités territoriales»*.

L'article L 2212-2 du Code général des collectivités territoriales⁴⁸⁶ énonce : *«La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment : 1° Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques [...]»*.

L'article 431-3 du Code pénal⁴⁸⁷ dispose : *«Constitue un attroupement tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public»*.

En conclusion les prières de rue peuvent, selon les autorités responsables, soit constituer une atteinte à l'ordre public, soit gêner la circulation dans les rues, et être interdites.

On se rappelle de la fameuse affaire du «foulard» porté par des élèves de confession musulmane qui a donné lieu à une jurisprudence abondante⁴⁸⁸.

Dans un premier temps le Conseil d'Etat, dans son avis du 27 novembre 1989⁴⁸⁹, a considéré que le port d'un signe religieux est lié à la liberté de conscience mais que certaines obligations de la vie scolaire peuvent entraîner des exceptions.

Puis le Conseil d'Etat a annulé au contentieux⁴⁹⁰ la disposition *«générale et absolue»* du règlement intérieur d'un établissement scolaire interdisant le *«port de tout signe distinctif,*

⁴⁸⁶ Art L 2212-2 CGCT modifié par la loi n° 2014-1545 du 20 déc. 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises

⁴⁸⁷ Art. 431-3 C. pénal modifié par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure

⁴⁸⁸ CE du 2 nov. 1992 requête n° 130934, «Mr Kerouaa et autres», Rec. p. 389 ; CE du 27 nov. 1996, requêtes n°170207 et n° 170208 «M. Mme Naderan», Rec., p. 463, CE 9 oct. 1996 «Ministre de l'éducation national c/Unal», Rec. p. 463 ;

⁴⁸⁹ CE, section de l'intérieur, req. n° 346893 du 27 nov. 1989

vestimentaire ou autre, d'ordre religieux, politique ou philosophique» alors que dans un même temps il admettait les restrictions apportées par le règlement intérieur d'un autre établissement, dès lors que ces restrictions n'avaient ni pour objet ni pour effet d'énoncer une interdiction générale et absolue⁴⁹¹.

Tout d'abord, le décret du 25 novembre 1999⁴⁹² imposa des photographies têtes nues pour les cartes nationales d'identité puis le décret du 26 février 2001⁴⁹³ imposa des photographies têtes nues pour les passeports.

Il fallut attendre la loi du 15 mars 2004⁴⁹⁴, qui dans son article unique dispose «*Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit*»⁴⁹⁵.

Un autre sujet agite, depuis quelques années, les esprits : les vêtements couvrant entièrement le visage, notamment la «burqua». Dans un premier temps cette situation a été réprimée au vu du décret, appelé familièrement le décret anti-cagoule⁴⁹⁶.

Le Conseil d'Etat saisi d'un recours contre ce texte, l'a rejeté car d'après lui, ce décret n'avait pas pour objet de régler la liberté de manifestation ou d'interdire de manifester mais d'interdire au cours d'une manifestation la «*dissimulation volontaire du visage afin d'échapper à l'identification en cas de risque de perturbation à l'ordre public*», de plus il a estimé que les restrictions apportées n'étaient pas disproportionnées par rapport à ce risque⁴⁹⁷.

Le législateur jugeant que ce décret n'était plus suffisant a par la loi du 11 octobre 2010⁴⁹⁸ interdit de manière générale la dissimulation du visage dans l'espace public «*nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage*», l'espace public étant défini par la loi comme les voies publiques, les lieux ouverts au public ou affectés à un service public. Le Conseil constitutionnel a considéré «*que le législateur a adopté des mesures qui assurent, entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie de droits*

⁴⁹⁰ CE 12 nov. 1989, Kheroua, Rec. 389

⁴⁹¹ CE 10 mars 1995, req. n° 159981, M. et Mme Aouikili, Rec. 122

⁴⁹² Décret n° 99-973 du 25 nov. 1999 modifiant le décret n° 55-1397 instituant la carte nationale d'identité

⁴⁹³ Décret n° 2001-185 du 26 fév. 2001 relatif aux conditions de délivrance et de renouvellement des passeports

⁴⁹⁴ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 article L 145-5-1 du Code de l'éducation

⁴⁹⁵ Circulaire d'application du 18 mai 2004 reconnue légale par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 8 août 2004 *Union française pour la cohésion sociale*

⁴⁹⁶ Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation du visage à l'occasion de manifestation sur la voie publique qui punissait, le fait pour une personne dissimulant volontairement son visage aux fins d'échapper à une identification faisant craindre des atteintes à l'ordre public, d'une amende de cinquième classe

⁴⁹⁷ CE 23 fév. 2011, syndicat national de l'enseignement du second degré, Req. n° 329477

⁴⁹⁸ Loi n°2010-1192 du 11 oct. 2010 et circulaire du Premier ministre du 2 mars 2011 JO 3 mars 2011 pour la mise en œuvre de la loi du 11 oct. 2010

constitutionnellement garanti, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée» et que «cette interdiction ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public»⁴⁹⁹.

Dans la pratique, tout croyant peut suivre certaines règles de vie et de conduite à condition que cela ne porte pas atteinte à la sécurité de l'Etat et à l'ordre public. Il peut également à tout moment se soustraire à ces règles.

Les enfants mineurs ne peuvent donc pas dans l'enceinte de l'école, du collège et du lycée publics porter un signe ou une tenue qui manifestent leur appartenance religieuse. Ce qui interdit à l'enfant mineur de confession catholique d'avoir avec lui un chapelet ou encore une croix sur une chaîne, à l'enfant mineur de confession musulmane un foulard et à l'enfant de confession juive une kippa.

En parallèle des religions, sont apparues, au vu de certaines croyances et de certaines règles de vie : les sectes dont les enfants sont les premières victimes.

Les sectes

Certaines d'entre elles ont fait la une de la presse : le temple solaire, la scientologie, les mormons, la secte Moon mais de nombreuses sectes sont inconnues et vivent dans l'ombre.

La définition de la secte est difficile et incertaine. En effet, les sectes bénéficient comme tout groupement des mêmes libertés, ainsi elles peuvent soit se constituer sous forme d'associations culturelles soit sous forme d'associations soumises à la loi de 1901. Les sectes peuvent organiser des célébrations culturelles et le conseil d'Etat a même jugé illégal un arrêté interdisant aux adeptes d'une secte de pratiquer le culte à leur domicile⁵⁰⁰.

Le juge administratif refuse facilement le statut d'association culturelle au motif que les buts poursuivis ne sont pas purement culturels⁵⁰¹ ou pour des raisons d'ordre public.

La loi du 12 juin 2001⁵⁰² est venue renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires notamment par la dissolution civile de certaines personnes morales

⁴⁹⁹ CC n° 2010-613, DC du 7 oct. 2010 ; V. aussi CEDH, Gde Ch. Affaire S.A.S c/France du 1^{er} Jul. 2014 ; V. aussi Crim. du 5 mars 2013 pourvoi contre jugement de proximité de Paris du 12 déc. 2011 qui a condamné une femme portant le voile intégral devant le Palais de l'Élysée en manifestation contre la loi du 11 oct. 2010, à un stage de citoyenneté d'une durée de quinze jours, cassation uniquement pour la peine prononcée toutes les autres dispositions étant expressément maintenues.

⁵⁰⁰ CE du 14 mai 1982, Req. n° 31102, Association internationale pour la conscience de Krishna, Rec. 179

ainsi que par l'extension de la responsabilité pénale de celles-ci en reconnaissant l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse mais non la manipulation mentale notion trop dangereuse.

Malheureusement les premières victimes des sectes sont les enfants mineurs qui se trouvent malgré eux enrôlés par leurs parents qui sont supposés les protéger.

Les enfants sont la cible de choix car vulnérables, malléables, sans défense et facilement endoctrinables, ils sont l'avenir de la secte et de la transmission des pratiques, des idées et des croyances qu'elle véhicule.

L'appartenance des parents à une secte entraîne très fréquemment la négation de l'existence des droits propres à l'enfant mineur qui se trouve alors totalement sous l'emprise des adultes.

Ainsi quand la dérive sectaire affecte le comportement d'un époux, le juge aux affaires familiales peut estimer que cela rend intolérable le maintien de la vie commune⁵⁰³.

Il est souvent difficile voire impossible pour le juge des enfants d'intervenir dans l'intérêt de ces enfants pour les soustraire à ces conditions de vie.

En effet, la plupart des sectes ont une existence secrète afin de ne pas éveiller les soupçons. C'est pourquoi en l'absence de preuves il est difficile au juge de pouvoir prendre une décision dans l'intérêt de l'enfant. De nombreuses sectes utilisent fréquemment la possibilité de l'instruction de l'enfant à domicile afin de le soustraire à la socialisation extérieure pour mieux l'enfermer et limiter l'enseignement prodigué, allant jusqu'à ouvrir des écoles internes à la communauté sans autorisation ni agrément. Pour éviter ces dérives sectaires ne devrions-nous pas, dans l'intérêt de l'enfant, mieux encadrer cette forme dérogatoire de scolarité, en la limitant notamment aux enfants malades et aux déplacements familiaux ?

Lorsque l'enfant est en danger et que sa sécurité, sa santé ou moralité sont menacées, le juge peut décider d'une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert (AEMO)⁵⁰⁴ ou du

⁵⁰¹ CE 21 janvier 1983, Req. 32350, *Association Fraternité des serveurs du monde nouveau*, Rec. 18

⁵⁰² Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 dite loi About-Picard, visant à renforcer la prévention et la répression des mouvements des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

⁵⁰³ Nancy 23 fév. 1996 ; V. aussi Montpellier 7 nov. 1994

⁵⁰⁴ Art. 375 alinéa 1 C. civ.

placement de l'enfant⁵⁰⁵. Le juge statue toujours «en considération de l'intérêt de l'enfant» en s'efforçant de rechercher l'adhésion de la famille à la mesure qu'il envisage.

La notion de danger n'étant pas précisée par les textes, la Cour de cassation estime qu'elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁵⁰⁶, et que le juge doit précisément motiver l'existence d'un danger⁵⁰⁷ qui doit être réel, certain et actuel⁵⁰⁸ et non hypothétique.

La Cour de cassation⁵⁰⁹ estime également «*qu'il y a lieu de prendre en considération les conditions de vie de tous les enfants d'une secte à laquelle les parents sont affiliés et qui pourraient être de nature à compromettre gravement l'évolution ou l'équilibre psychologique des enfants*» et que le juge doit se documenter sur les pratiques, idées et croyances du groupe qui peuvent justifier son intervention.

Certains enfants mineurs subissent de mauvais traitements, des privations de nourriture et de liberté, voire des violences sexuelles et ne peuvent pas entretenir de liens familiaux avec les autres membres de leur famille.

C'est pourquoi à côté du volet civil il existe un volet pénal afin de sanctionner les atteintes graves portées aux droits de l'enfant.

Cependant la vulnérabilité de l'enfant se trouve face à la liberté de religion, de pensée et de croyance. Il faut donc concilier ces deux impératifs : protéger l'enfant mineur sans toutefois violer la liberté religieuse, de pensée et de croyance. La Cour de cassation dans un arrêt du 22 février 2000⁵¹⁰ a confirmé la décision de la Cour d'appel de Versailles⁵¹¹ qui avait enjoint à la mère de ne pas mettre ses enfants en contact avec des membres du mouvement raëlien à l'exception d'elle-même et de son compagnon, tout en précisant que l'arrêt attaqué ne portait atteinte ni au droit au respect de la vie privée (art. 8 CESDH), ni à la liberté de religion (art. 9 CESDH), ni à la liberté d'expression (art. 10 CESDH) ni à la liberté de réunion (art. 11 CESDH) mais soumettait leur exercice à des conditions dictées par le seul intérêt de l'enfant.

⁵⁰⁵ Art. 375 alinéa 4 C. civ.

⁵⁰⁶ Jurisprudence constante depuis cass. civ. 1^{ère} 7 avril 1965, Bull. civ. 65 I n° 257

⁵⁰⁷ Ass. plén. 23 juin 1972, Bull. 72 Ass. Plén. n° 2

⁵⁰⁸ Civ. 1^{ère} 28 juin 1965, Bull. civ. I n° 244

⁵⁰⁹ Civ. 1^{ère} 28 mars 1995, Bull. civ. I n° 141

⁵¹⁰ Civ. 1^{ère} 22 fév. 2000 pourvoi n° 98-12.338, Bull. 2000 I N° 54 p. 37

⁵¹¹ Versailles 4 déc. 1997

Le procureur de la République peut poursuivre les parents pour violence sur enfant, privation de soins qui compromettent notamment la santé de l'enfant⁵¹² ou pour non présentation d'enfant⁵¹³ ou encore pour soustraction des parents à leurs obligations légales⁵¹⁴ au point de compromettre la sécurité, la moralité ou l'éducation de leur enfant⁵¹⁵. La Cour de cassation interprète restrictivement ce texte et estime que le dommage pour l'enfant doit être réalisé⁵¹⁶.

Pour la Haute juridiction⁵¹⁷, le fait d'envoyer un enfant de six ans dans une secte (Sahaja yoga) en Inde «*ne constitue pas pour les parents un délit de soustraction à leurs obligations*».

D/La liberté religieuse et l'intérêt de l'enfant

La situation spécifique de l'enfant au vue de la liberté religieuse est indissociable, d'une part de son statut d'enfant mineur, et d'autre part du rôle de ses parents dans son éducation. Les parents étant à la fois les garants et les déterminants de cette liberté religieuse de l'enfant.

Cependant la liberté religieuse de l'enfant rencontre des obstacles concrets et des limitations juridiques.

Dans la DUDH⁵¹⁸, la liberté religieuse de l'enfant n'y est abordée que sous l'angle de la liberté de choix des parents dans le domaine éducatif⁵¹⁹.

L'article 18-4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵²⁰ énonce que «*Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions*».

L'enfant mineur étant sous l'autorité parentale de ses père et mère⁵²¹, on peut s'interroger sur la combinaison de ce pouvoir de contrôle de cette autorité, et sur la liberté et

⁵¹² Art. 227-15 Code pénal

⁵¹³ Art. 227-7 et 227-8 Code pénal

⁵¹⁴ Crim. 17 oct. 2001, Bull. crim. 2001 N° 214 p. 683 ; la cour de cassation a confirmé l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier le 7 mars 2001 qui avait déjà estimé que la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant n'étaient pas menacées et que les conditions d'abandon n'étaient pas réunies et avait débouté le procureur de la République.

⁵¹⁵ Art. 227-17 Code pénal

⁵¹⁶ Crim. 11 juill. 1994, Bull. crim. n° 269

⁵¹⁷ Crim 17 oct. 2001, Bull. crim. 2001 N° 214 p. 683 cité supra

⁵¹⁸ Art 26-3 DUDH du 10 déc. 1948 : «*Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants*»

⁵¹⁹ Art 26-3 DUDH du 10 déc. 1948 : «*Les parents ont, par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation à donner à leurs enfants*»

⁵²⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté à New-York le 16 déc. 1966 déjà cité supra

⁵²¹ Art. 371-1 C. civ.

la reconnaissance par la CIDE des droits et de la liberté de «l'esprit» reconnus à l'enfant, au nombre desquels figurent notamment la liberté de pensée, de conscience et de religion⁵²².

L'alinéa 2 de l'article 14 de la CIDE fournit un élément de réponse en affirmant que *«Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents, ou le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit [de l'enfant à la liberté de pensée de conscience et de religion] d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités»*.

Ainsi est reconnue l'influence que les parents peuvent avoir de par l'exercice de l'autorité parentale. Mais qu'en est-il en cas de conflit entre le mineur qui souhaiterait exercer les libertés qui lui sont reconnues par la CIDE et ses parents qui s'opposeraient à la volonté de celui-ci au nom de son intérêt.

Ce conflit sera réglé par les prérogatives accordées par l'autorité parentale, laquelle s'exerce dans le respect de la personne de l'enfant et dans le respect de sa volonté dans la mesure du possible.

Dans le cas, où le juge serait saisi pour un conflit opposant les parents et l'enfant, il pourra tout à fait considérer qu'à juste titre les parents disposent du pouvoir de lui interdire un certain nombre de choses y compris lorsque ces interdictions aboutissent à nier ou à limiter l'exercice par le mineur de certaines de ses libertés ; lesquelles ne lui sont reconnues que sous réserve de l'autorisation au moins tacite des titulaires de l'autorité parentale⁵²³.

Il faut également prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3-1 CIDE) pour trouver un point d'équilibre entre les droits parentaux et la liberté religieuse de l'enfant.

Enfin la liberté religieuse de l'enfant peut être protégée au vu du for intérieur de l'enfant⁵²⁴, du droit au respect de l'identité de l'enfant⁵²⁵, de la liberté d'expression⁵²⁶ et du droit de l'enfant à l'information⁵²⁷.

L'enfant développe sa personnalité et affine ses idées, et bien qu'il soit mineur il peut vouloir changer de religion ou même être tout simplement athé.

Le développement de la personnalité de l'enfant pose la question de son autonomie réelle de décision dans le domaine de la religion, et par voie de conséquence, de sa liberté de

⁵²² Art. 14 CIDE

⁵²³ Art 371-1 C. civ. déjà précité supra

⁵²⁴ Art. 2 CIDE

⁵²⁵ Art. 8 CIDE

⁵²⁶ Art. 13 CIDE

changer de religion et celle de l'âge à partir duquel les aptitudes de l'enfant en matière religieuse se dessinent clairement.

Cela nous conduit à nous interroger sur la majorité religieuse de l'enfant⁵²⁸, contrairement à la France qui ne reconnaît pas de majorité religieuse, l'Allemagne fixe à dix ans, l'âge à partir duquel l'enfant doit être entendu avant tout changement de confession, et à douze ans, l'âge à partir duquel il ne peut être forcé à recevoir une instruction religieuse dans une autre confession que la sienne contre sa volonté.

Dans l'intérêt de l'enfant cette liberté religieuse présente aussi un aspect négatif car il doit être protégé contre l'endoctrinement.

Depuis quelques temps on assiste à l'impuissance de certains parents face à la conversion de jeunes gens mineurs, connectés via les réseaux sociaux, à l'islam et qui souhaitent rejoindre les rangs de DAESH. Nous entendons régulièrement des parents demander de l'aide aux autorités afin d'empêcher leurs enfants de rejoindre la Syrie afin de prêter allégeance à DAESH et devenir des combattants.

Les parents qui constatent un changement laissant supposer un endoctrinement de leur enfant, doivent réagir rapidement. Pour cela ils peuvent, d'une part remplir l'imprimé d'interdiction de sortie du territoire⁵²⁹ et le déposer auprès du commissariat, ainsi l'enfant mineur sera inscrit au fichier des personnes recherchées, et d'autre part saisir en référé le juge compétent (Juge aux affaires familiales ou juge des enfants) afin que celui-ci puisse prendre des mesures pour que l'enfant ne quitte pas le territoire.

La loi antiterrorisme du 14 novembre 2014⁵³⁰ permet également au ministre de l'intérieur d'interdire la sortie du territoire à de jeunes personnes soupçonnées de vouloir partir faire le djihad.

La liberté d'expression, ainsi que nous venons de le voir est très vaste et complexe car elle comprend notamment la liberté religieuse.

⁵²⁷ Art. 17 CIDE

⁵²⁸ V. J. Hauser, 2000, «Exercice religieux de l'enfant : divergence des parents et liberté individuelle» ; *RTD Civ.* 558 ; 2008, «religion de l'enfant : cacophonie chez les juges du fond» ; *RTD Civ.* 472 ; Au contraire J. Carbonnier a suggéré de faire de la religion de l'enfant un élément de l'état des personnes afin de garantir l'immutabilité pendant sa minorité. Cette idée a été rejetée par les juges du fond au motif que le principe de laïcité exclut qu'un effet juridique puisse être attaché à la religion CA Paris 31 janv. 1963, *JCP* 1963, II, 13236, note R.P. ; Cass Civ. 1^{ère} 7 avr. 1965, *D.* 1965, Jur. : 704-705, note J. Carbonnier (TGI Versailles, 1962)

⁵²⁹ T.A. Paris du 23 juin 2015 qui a rejeté la requête d'une mère qui demandait la condamnation de l'Etat pour ne pas avoir empêché son fils mineur âgé de seize ans de partir en Syrie alors qu'il avait été contrôlé par la police à l'aéroport de Nice mais qui ne faisait ni l'objet d'une interdiction de sortie du territoire et qui ne figurait pas sur le fichier des personnes recherchées

⁵³⁰ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 – Art. L224-1 du Code de la sécurité intérieure ; décision du ministre de l'intérieur d'interdiction de quitter le territoire

Cette liberté d'expression déjà fragilisée risquait d'être encore réduite par la loi Avia du 13 mai 2020⁵³¹. Or le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 juin 2020⁵³² a retoqué la plupart des textes contenus dans cette loi qui visaient à restreindre la liberté d'expression au motif que les atteintes à la liberté d'expression et de communication qu'elle contenait «*n'étaient ni adaptées ni nécessaires ni proportionnées*».

Très récemment la loi a reconnu comme étant une forme de liberté d'expression : la liberté artistique.

§ 4 - Liberté de création artistique (article 1^{er} loi du 7 juillet 2016)

Le principe de «*liberté de création*» est inscrit dans la loi ce qui en fait une liberté publique au même titre que la liberté d'expression ou la liberté de presse.

Cette autre facette de la liberté d'expression prévue par la loi de 2016⁵³³ comporte dans son titre Ier des dispositions relatives à la liberté de création et à la création artistique.

Dans son article 1, il est dit : «*La création artistique est libre*»; l'article 2, quant à lui dispose : «*La diffusion de la création artistique est libre. Elle s'exerce dans le respect des principes encadrant la liberté d'expression et conformément à la première partie du code de la propriété intellectuelle*». En conséquence l'article 431-1 du Code pénal est modifié par l'insertion après l'alinéa 1^{er} d'un deuxième alinéa ainsi rédigé : «*Le fait d'entraver d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté de création artistique ou de la liberté de la diffusion de la création artistique est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende*».

Cette disposition affirme et garantit la liberté de création et la modernisation de la protection du patrimoine.

Cette liberté étant une liberté publique, elle profite à toute personne et notamment à l'enfant mineur.

Prenons la citation de Rodrigue dans le Cid (1636) «*Je suis jeune, il est vrai, mais aux âmes bien nées, la valeur n'attend pas le nombre des années*». Pierre Corneille était bien inspiré. En effet quel que soit l'âge de l'enfant celui-ci peut se révéler être particulièrement doué dans de nombreux domaines car il est très inspiré par le monde dans lequel il évolue.

⁵³¹ Loi visant à lutter contre les contenus haineux

⁵³² CC Décision n° 2020-801 du 18 juin 2020

⁵³³ Loi n° 2016-925 du 7 juill. 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine

En matière de création artistique on voit ces dernières années des DJ très jeunes voire trop jeunes pour supporter la pression du show-business ainsi que les dérives du monde de la nuit, des acteurs, des comédiens, et même des écrivains.

En matière de création, de jeunes adolescents, encore collégiens ou lycéens, créent des applications pour mobile et se retrouvent à la tête de start-up alors qu'ils n'ont pas encore obtenu leur baccalauréat, ils sont pourtant déjà chef d'entreprise. Ces applications révolutionnaires intéressent des groupes comme google, Apple qui n'hésitent pas à les racheter pour une somme très conséquente.

Aussi dans son intérêt, la loi qui se veut protectrice des plus faibles, déploie tout un arsenal visant à protéger l'enfant mineur.

S'agissant du mineur non émancipé qui se trouve dans un état de minorité jusqu'à l'âge de dix-huit ans révolu⁵³⁴, la loi du 15 juin 2010 ainsi que l'ordonnance du 15 octobre 2015⁵³⁵ ont maintenu l'incapacité du mineur d'être commerçant ; dans son intérêt cette incapacité n'est pas une sanction mais une protection eu égard à son jeune âge.

Cependant la loi reconnaît un statut particulier à l'enfant mineur âgé de seize ans ; l'article 388-1-2⁵³⁶ du Code civil prévoit qu'un mineur âgé de «seize ans révolus peut être autorisé, par son ou ses administrateurs légaux, à accomplir seuls les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle». Les actes de disposition restent de la seule compétence des administrateurs légaux de l'enfant mineur.

Dans l'intérêt de l'enfant cette autorisation peut être donnée soit par acte sous seing privé soit par acte notarié⁵³⁷.

Le conseil de famille peut également «autoriser le mineur pour accomplir seuls les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle»⁵³⁸.

⁵³⁴ Art. 404 C. civ

⁵³⁵ Loi n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel qui a notamment créé un patrimoine d'affectation pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée Art. L 526-6 ; l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation de la famille

⁵³⁶ Art. 388-1-2 C. civ créé par l'ordonnance du 15 oct. 2015 (ex ; Art. 389-8 C. civ)

⁵³⁷ Art. 388-1-2 alinéa 2 C. civ.

⁵³⁸ Art. 401 C. civ modifié par la loi du 15 juin 2010 ; S'agissant de l'enfant placé sous tutelle Art. 408 alinéa 4 C. civ. : « [...]Le tuteur, après autorisation du conseil de famille, effectue les actes de disposition nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle»

S'agissant de l'enfant mineur émancipé

L'enfant âgé de seize ans peut être émancipé sur demande⁵³⁹ ou par mariage⁵⁴⁰.

Le mineur émancipé jouit alors de la même capacité que le majeur, et peut à ce titre accomplir tous les actes de la vie civile⁵⁴¹.

Ce statut lui permet depuis la loi du 15 juin 2010, qui a notamment créé un patrimoine d'affectation pour l'entrepreneur individuel⁵⁴², d'être commerçant⁵⁴³ *«sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal judiciaire s'il formule cette demande après avoir été émancipé »*.

Devenus chef d'entreprise ces jeunes adolescents sont très rapidement fort riches ce qui n'est pas sans conséquences sur leur vie quotidienne, notamment concernant la gestion de leur patrimoine.

Les père et mère étant titulaires de l'autorité parentale sont également administrateurs légaux, ce qui leur confère compétence pour la gestion du patrimoine de leur enfant mineur.

Il existe bien d'autres libertés font partie de la liberté d'expression telle que la liberté d'association, la liberté syndicale, la liberté de réunion, la liberté de culture et d'instruction mais nous avons décidé de les traiter lorsque nous traiterons des droits sociaux (Titre III).

Nous venons de voir que l'enfant mineur est titulaire, en sa qualité de sujet de droit, de la liberté d'expression avec les réserves et les limites y attachées.

Cette liberté d'expression ne jouit pas que d'une reconnaissance nationale mais a un rayonnement européen et international.

⁵³⁹ Art. 413-2 et 413-3 C. civ

⁵⁴⁰ Art 413-1 C. civ

⁵⁴¹ Art. 413-6 C. civ

⁵⁴² Art. L 526-6 et suivants C. comm.

⁵⁴³ Art. 413-8 C. civ modifié par la loi du 15 juin 2010 et Art. L 121-2 C. comm.

SECTION II

LA RECONNAISSANCE EUROPENNE ET INTERNATIONALE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

§1 - Les traités européens

L'article 10 de la CESDH⁵⁴⁴ réaffirme cette liberté d'expression *«Toute personne a droit à la liberté d'opinion. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière».*

Cette convention qui a une valeur supra législative prime les lois nationales ; cette valeur supra-législative lui est concédée par l'article 55 de la Constitution de 1958 : *«Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois».*

Cependant pour la CEDH *«des limites peuvent être apportées à la liberté d'expression à la condition d'être justifiées⁵⁴⁵ et prévisibles^{546,547}».*

Enfin l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne⁵⁴⁸ dispose : *«1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés».*

⁵⁴⁴ CEDH 7 déc.1976 Handyside c/Royaume-Uni, série A.n°24 ; Grands arrêts CEDH, 6^{ème} éd., 2011, n°7 : *«La liberté d'expression [...] vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur et considérées comme offensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une faction quelconque de la population».*

⁵⁴⁵ CEDH 26 avr. 1979, Sunday Times c/Royaume-Uni, Clunet 1980, 471 obs. P. Rolland : la Cour *«ne se trouve pas devant un choix entre deux principes antinomiques mais devant un principe - la liberté d'expression - assorti d'exceptions qui appellent une interprétation étroite»* ; V. aussi la liberté d'expression s'impose aussi dans les débats politiques CEDH 14 mars 2013, Eon c/France D. 2013.968, n. O Beaud ; JCP G 2013.656, n. C Pichenal, 853 n°15, obs. Fr. Sudre ; *Legipresse* 2013.87, obs. E. Dreyer ; La liberté d'expression dans les débats sur la justice pénale CEDH 14 fév. 2008 July et Sarl Libération c/France , JCP G 2008.II.10118, n. E. Dérioux ; I.209, n°2, obs. B. de Lamy ; CEDH Gde Ch. 23 avr. 2015 Morice c/France *Legipresse* 2015.485, n. B. Ader ;

⁵⁴⁶ CEDH 29 mars 2011, RTBF c/ Belgique, *Legipresse* 2011.511, obs. Chr. Bigot

⁵⁴⁷ Ph. Malaurie Laurent Aynès, «Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs» 8^{ème} éd. LGDJ, p. 150

⁵⁴⁸ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000, appelée aussi *Traité de Nice* déjà précité

§ 2 - Les sources internationales

La Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948 dispose que *«tout homme a droit à la liberté d'opinion et d'expression ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen que ce soit»*.

L'article 19-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵⁴⁹ énonce : *«Toute personne a droit à la liberté d'expression, ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir, et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix»*.

L'article 12-1 de la CIDE dispose *«Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité»*.

L'article 12 de la CIDE sus-énoncé reconnaît à l'enfant le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et de donner son opinion. Ce droit s'entend au sens large. Il peut donc, en fonction de son degré de maturité s'exprimer sur les décisions concernant son lieu de scolarité, sur le sport qu'il entend pratiquer, sur les études qu'il souhaite poursuivre, mais aussi sur son mode de vie et les parents doivent respecter le droit de l'enfant à s'exprimer ce qui aboutit à entendre et écouter l'enfant donner son avis sur les décisions qui le concernent.

L'article 13-1 de la CIDE énonce : *«L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant», mais «l'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires : a) au respect des droits ou de la réputation d'autrui, ou b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques»⁵⁵⁰.*

De plus *« les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée [...] »⁵⁵¹.*

⁵⁴⁹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966 précité supra

⁵⁵⁰ Art. 13-2 CIDE

⁵⁵¹ Art. 14-1 CIDE

Dans son rapport au Comité des droits de l'enfant aux Nations Unies⁵⁵², la Défenseuse des droits ne s'est pas attardée sur la mise en œuvre de l'article 12-1 de la CIDE mais a rappelé que ce droit est consacré depuis 2002 sous l'article 371-1 alinéa du Code civil.

La Convention européenne de l'exercice des droits de l'enfant⁵⁵³ ratifiée par la France « *vise à promouvoir, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, leurs droits, à leur accorder des droits procéduraux et en les faciliter 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*».

Que se passe-t-il si l'enfant est en désaccord avec ses parents (représentants légaux) sur une décision le concernant ? Ce désaccord doit être résolu au vu de la primauté de l'intérêt de l'enfant mais notre droit positif est réducteur car il est plus axé sur l'intérêt de l'enfant à être entendu dans les procédures le concernant⁵⁵⁴.

L'article 3-1 de la CIDE⁵⁵⁵ énonce notamment que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*» ; l'article 18-1 de ladite convention dispose « *[...] La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant*», le Code civil (art. 371-1 alinéa 3) donne le droit à l'enfant d'être associé à toute décision le concernant ; quant à l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux il retient que « *les enfants peuvent exprimer librement leur opinion*» et « *dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale*».

Les parents exercent leurs responsabilités dans l'intérêt supérieur de l'enfant aussi l'enfant doit pouvoir exprimer librement son opinion et être associé à toutes les décisions le concernant ; ce qui implique que les décisions prises par les parents doivent l'être dans son seul intérêt.

La naissance d'un conflit entre l'enfant et les parents est fréquente notamment au moment de l'adolescence. Il peut s'agir d'un conflit pouvant être résolu entre les différents antagonistes mais des conflits plus importants nécessitent l'intervention du juge des

⁵⁵² Rapport de la Défenseuse des droits au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, décembre 2008, «Le respect des opinions de l'enfant » p.26-30

⁵⁵³ Convention européenne de l'exercice des droits de l'enfant adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996 ; loi de ratification^o 2007-1155 du 1^{er} août 2007

⁵⁵⁴ Art. 388-1 C. civ.

⁵⁵⁵ Eugène Verhellen, La convention relative aux droits de l'enfant : contexte, motifs, stratégies, grandes lignes, édition Louvain : Garant 1999, 216 p.

tutelles⁵⁵⁶. Lorsque les intérêts de l'enfant mineur sont en conflits avec ceux de ses parents, le juge peut nommer un administrateur ad'hoc⁵⁵⁷. La Cour de cassation dans un arrêt du 5 janvier 1999⁵⁵⁸ a rappelé que les juges du fond apprécient souverainement au vu des éléments de fait s'il y a ou non opposition d'intérêt.

La «liberté sûreté», la liberté d'expression, la liberté de pensée, la liberté religieuse, la liberté de création artistique, la liberté d'aller et venir sont la pierre angulaire de toute démocratie et doivent profiter à tout individu sans considération d'âge ou de sexe.

L'enfant mineur, bien que frappé d'incapacité temporaire, bénéficie en sa qualité d'être humain de toutes les libertés accordées à tout homme.

Cependant toutes ces libertés peuvent subir des restrictions légales.

Ainsi la liberté sûreté peut être limitée voire temporairement supprimée par la rétention, la garde à vue et/ou la détention. L'intérêt de l'enfant mineur dont la primauté figure dans les textes et qui est l'élément essentiel devant toujours pris en considération cède devant l'ordre public.

La liberté d'aller et venir implique la libre circulation des personnes et des biens. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans un arrêt de 2014⁵⁵⁹ a rappelé *«que la libre circulation des personnes est un droit pour tous les citoyens de Etats membres de l'Union européenne ainsi que pour les membres de leur famille y compris pour les ressortissants des Etats tiers»*.

Cependant la liberté d'aller et venir de l'enfant mineur est encadrée tant sur le territoire national⁵⁶⁰ que sur le territoire européen⁵⁶¹ et dans le monde. En effet ses parents doivent être informés du lieu où leur enfant se trouve, il ne peut quitter le territoire national sans l'autorisation de l'un de ses représentants légaux. Dans l'intérêt de l'enfant et afin d'empêcher son éventuel enlèvement il est possible, ainsi que nous l'avons vu, que l'enfant soit inscrit au fichier des personnes recherchées (FPR)⁵⁶² et fasse également l'objet d'un signalement au système d'information Schengen (SIS).

⁵⁵⁶ Art 383 alinéa C. civ modifié par l'ordonnance 2015-1288 du 15 octobre 2015

⁵⁵⁷ Art. 383 C. civ. et 388-2 C. civ.

⁵⁵⁸ V. Civ. 1^{ère} 5 janv. 1999 n° 96-19.759 : Dr. fam. 1999 n° 58 note Fossier ; RTD civ. 1999.814, obs. Hauser ; la Cour a rappelé que les juges du fond déduisent souverainement des éléments de fait l'existence d'une opposition d'intérêt entre l'administrateur légal et le mineur

⁵⁵⁹ CJUE du 18 déc. 2014 Mc Carthy et autres/ Secretary of state for the home department aff. n° 202/13

⁵⁶⁰ Art. 371-1 C. civ

⁵⁶¹ Décret n° 2016-1483 du 2 novembre 2016 relatif à l'autorisation de sortie du territoire d'un mineur non accompagné par un titulaire de l'autorité parentale ; V. aussi Règlement UE 2016/399 du 9 mars 2016 du Parlement européen et du Conseil concernant un Code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)

⁵⁶² Décret n° 2010-569 du 28 mai 2010 relatif au fichier des personnes recherchées déjà cité supra

Le juge du tribunal judiciaire délégué aux affaires familiales chargé de «*veiller spécialement à la sauvegarde des intérêts de l'enfant*»⁵⁶³ peut, notamment «*ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. Cette interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents est inscrite au fichier des personnes recherchées par le procureur de la République*»⁵⁶⁴ et peut également «*d'office ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision*»⁵⁶⁵.

Quant à la liberté d'expression, valeur constitutionnelle, qui peut s'exercer de différentes manières et notamment par internet via les réseaux sociaux, ne doit ni porter atteinte au respect de la vie privée, ni constituer une injure, ni être diffamatoire, ni constituer une provocation à la haine ou à la violence.

L'enfant, grand amateur de réseaux sociaux peut être la cible de harcèlement ou peut devenir harceleur passif en reléguant des propos ou harceleur actif.

Cet outil de nouvelle génération est devenu un outil de dérives nécessitant une législation de plus en plus préventive et répressive allant jusqu'au muselement de la liberté d'expression.

Ainsi la loi de 2014⁵⁶⁶ fait du harcèlement un délit pénal.

La liberté religieuse ou liberté de l'esprit pour l'enfant mineur est plus délicate. Nous avons vu qu'il n'existe pas de majorité religieuse à l'instar de l'Allemagne. Ainsi l'enfant mineur, soumis à l'autorité parentale, voit ses choix orientés voir guidés par ses parents. Certains choix parentaux pouvant le conduire à entrer dans une secte contre sa volonté.

Cette liberté religieuse peut aussi conduire l'enfant mineur à l'endoctrinement comme nous l'avons évoqué concernant le raliement à DAESH. C'est pourquoi les parents sont le premier rempart contre de telles dérives.

La liberté d'expression est reconnue à tout homme tant par la DDH, la Constitution et plus particulièrement à l'enfant par la CIDE⁵⁶⁷.

La liberté d'expression et la liberté religieuse sont les deux libertés les plus redoutés du pouvoir politique car elles peuvent remettre en cause les principes républicains mais surtout véhiculer un mouvement de pensée différent de celui établi.

⁵⁶³ Art. 373-2-6 alinéa 1^{er} C. civ. modifié par l'ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019 prise en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

⁵⁶⁴ Art. 373-2-6 alinéa 3 C. civ. cité supra

⁵⁶⁵ Art 373-2-6 alinéa 4 C. civ. cité supra

⁵⁶⁶ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 a créé l'article 222-33-2-2 du Code pénal déjà citée supra

⁵⁶⁷ Art 13-1 CIDE

Malheureusement ces dernières années de nombreuses lois, dont la dernière en date est la loi Avia, ont un volet tellement repressif qu'elles restreignent cette liberté d'expression allant jusqu'à la vider de sa substance. On peut même se demander si la liberté d'expression, l'une des valeurs essentielles dans toute démocratie, ne va pas finir par devenir une exception tant elle est encadrée et sanctionnée.

A présent, nous allons, aborder les droits sociaux, aussi variés que différents, qui sont d'une importance capitale dans notre société. Ces droits qui forment la deuxième génération des droits de l'Homme sont aussi des libertés qui profitent à tout Homme.

TITRE III

LES DROITS SOCIAUX

On peut parler indifféremment de droits économiques et de droits sociaux. Ces droits forment la deuxième génération des droits de l'homme bien qu'ils aient été reconnus bien plus tardivement que les droits civils et politiques.

Cela s'explique par le fait que ces droits sont étroitement liés à l'engagement du gouvernement pour leur pleine réalisation notamment en utilisant le maximum de ressources nécessaires car ils visent à assurer un meilleur niveau de vie aux individus.

Les droits sociaux sont des droits fondamentaux garantis par la DDH de 1789, le préambule de la Constitution de 1946, le préambule de la Constitution de 1958, la CESDH et la Charte de l'environnement incluse dans la loi de révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005.

Les droits fondamentaux sont l'ensemble de droits subjectifs primordiaux de l'individu assurés par un Etat de droit⁵⁶⁸ et une démocratie.

Les droits fondamentaux comprennent les libertés publiques qui sont un ensemble de droits et libertés individuelles garantis par les textes et donc par l'Etat.

La liberté d'association, la liberté de réunion, la liberté de manifester, la liberté du travail qui comprend le droit de grève, le droit à la santé, la liberté d'enseignement et la liberté syndicale sont des libertés publiques au même titre que la liberté d'expression, la liberté d'aller et de venir, la liberté d'opinion et de pensée, la liberté de croyance qui ont déjà été traitées au Titre II : Les libertés.

⁵⁶⁸ V. Léon Duguit «Traité de droit constitutionnel», Ed 1923, Tome III, Chap. IV § 88 intitulé «L'Etat de droit» ; V aussi Maurice Hauriou «Principe de droit public à l'usage des étudiants en licence», Paris, Sirey 1916 p. 17, 27 et 31

Comment définir les droits sociaux ? Il n'existe pas de définition institutionnelle mais on peut les définir comme étant l'ensemble des droits dont bénéficie tout citoyen dans ses relations avec les autres individus, avec des groupes et l'Etat.

Ces droits sont nombreux et complexes car ils reflètent et représentent des droits liés à la liberté accordé à chacun afin de défendre des droits ou de les revendiquer.

Parmi les droits sociaux nous avons décidé de traiter la liberté d'association, la liberté syndicale et la liberté de réunion.

Ces droits sociaux sont très variés, et parmi eux figurent le droit de grève (Chapitre I), la liberté d'association (Chapitre II), la liberté syndicale (Chapitre III), la liberté de réunion (Chapitre IV), le droit à la culture (Chapitre V), le droit à l'instruction (Chapitre VI), le droit à l'emploi (Chapitre VII), le droit au logement (Chapitre VIII) et enfin le droit à la santé (Chapitre IX).

CHAPITRE I

DROIT DE GREVE

Bien que ce droit soit interdépendant du droit du travail, il n'en demeure pas moins un droit extra patrimonial car il est insaisissable, intransmissible et imprescriptible.

Ce droit qui profite à tout homme fut longtemps prohibé et sanctionné avant de se généraliser jusqu'à devenir l'un des chevaux de bataille des travailleurs pour faire reculer le pouvoir politique sur les réformes dont ils ne veulent pas.

Nous verrons tout d'abord comment ce droit a été reconnu et s'est imposé (Section I) et comment il profite et sert l'intérêt de l'enfant mineur (Section II).

SECTION I

EVOLUTION LEGISLATIVE

§ 1- Droit positif

Jusqu'au XIX^{ème} siècle la grève était interdite et constituait un délit donnant lieu à poursuite et condamnation.

Tous les pouvoirs que la France a connus ont été pendant très longtemps hostiles à la grève et tout particulièrement dans l'administration. Le Conseil d'Etat la considérait comme «*un acte illicite*» justifiant la révocation des agents ayant participé à la grève⁵⁶⁹.

Ce n'est que le 25 mai 1864⁵⁷⁰ qu'une loi mit fin à la pénalisation de la grève. Cependant cette loi considérait que la grève constituait une rupture du contrat de travail qui pouvait justifier un licenciement du salarié gréviste ou une intervention de la force armée avec heurts et victimes⁵⁷¹.

Malgré les risques encourus la grève a été très souvent utilisée tout au long de la III^{ème} République, et a joué un rôle majeur dans la vie politique et sociale.

Au mois de mai 1936, après la victoire du front populaire, eut lieu une grève générale avec l'occupation des usines. Ce sont les «accords de Matignon» signés le 7 juin 1936, qui prévoyaient une augmentation des salaires, qui va désamorcer la grève mais il faudra attendre la première quinzaine du mois de juillet 1936 pour que le mouvement de grève cesse définitivement.

Entre temps deux lois auront instauré les congés payés⁵⁷² et la semaine de quarante heures hebdomadaires⁵⁷³.

Le droit de grève a été pleinement reconnu dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁵⁷⁴ : «*Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent*».

Cependant le législateur n'est pas intervenu pour encadrer le droit de grève mais pour l'interdire à certaines catégories de personnels⁵⁷⁵.

⁵⁶⁹CE 7 août 1909, *Winkell*, Rec. 826, et CE 22 oct. 1937, *Delle Minaire* et autres, Rec. 843

⁵⁷⁰Loi Ollivier du 25 mai 1864

⁵⁷¹Fusillade des Fourmies en 1891 où il y eut des heurts sanglants et de nombreuses victimes.

⁵⁷²Loi du 17 juin 1936 promulguée le 20 juin 1936

⁵⁷³Loi du 18 juin 1936 promulguée le 21 juin 1936

⁵⁷⁴Art. 7 du préambule de la Constitution de 1946

L'interdiction peut aussi résulter de l'autorité administrative à l'égard des agents «*participants à l'action gouvernementale*»⁵⁷⁶ ou «*assumant des fonctions d'autorité*»⁵⁷⁷ ou encore «*des agents de sécurité*» notamment certains agents dans les services hospitaliers.

Le Conseil d'Etat a reconnu le droit de grève des fonctionnaires⁵⁷⁸ et a demandé à l'administration de réglementer les conditions de son exercice.

Le Conseil constitutionnel a affirmé : «*qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle*»⁵⁷⁹.

Mais c'est sous la V^{ème} République que le droit de grève a été totalement reconnu dans le préambule la Constitution de 1958 qui fait référence au texte constitutionnel de 1946.

Puis par la loi du 31 juillet 1963⁵⁸⁰, le législateur est intervenu pour encadrer ce droit en interdisant les «grèves tournantes» visant à paralyser toute action d'une entreprise, les «grèves surprises» ainsi que les «grèves du zèle» et impose dans la fonction publique aux syndicats souhaitant organiser une grève de déposer un préavis cinq jours francs au moins avant la cessation du travail.

Dans le service privé «*les arrêts de travail répétés et de courte durée*» perturbant gravement le fonctionnement d'une entreprise sont considérés par le juge comme des abus du droit de grève⁵⁸¹.

Dans certains secteurs du service du public un service minimum a été mis en place notamment dans le secteur du contrôle aérien⁵⁸².

Dans les transports, la loi de 2007⁵⁸³ oblige les grévistes à se déclarer quarante-huit heures à l'avance pour permettre un plan de transport minimum.

Enfin le recours à une entreprise de travail temporaire en cas de grève est interdit aux entreprises privées⁵⁸⁴.

⁵⁷⁵ Aux compagnies républicaines de sécurité, CRS, loi n° 47-2384 du 27 déc. 1947 ; aux personnels de police loi n° 48-1504 du 28 sept. 1948 ; aux services de transmission du ministère de l'intérieur loi n° 68-695 du 31 juillet 1968 ; aux militaires loi n° 72-662 du 13 juil. 1972 ; aux magistrats mais uniquement si la grève n'est pas «*de nature à arrêter ou entraver le fonctionnement des juridictions*» ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958

⁵⁷⁶ Concernant les emplois supérieurs de l'administration : CE 16 déc. 1966, *Syndicat national des fonctionnaires des Préfectures*, Rec. 662

⁵⁷⁷ CE 13 nov. 1992, Req. n° 83177 et n° 83702, *Syndicat national des ingénieurs de l'aviation civile*, Rec. 1063

⁵⁷⁸ CE Ass., Req. n° 01645 du 7 juil. 1950, *Dehaene*

⁵⁷⁹ CC. n° 79-105 DC, du 25 juil. 1979, *GDCC*

⁵⁸⁰ Art. L 521-2 et s. C. du travail

⁵⁸¹ Cass. Soc. n° 84-42.448, Bull. V n° 10, 7 janv. 1988, *Fleuret et autres*

⁵⁸² Loi n° 84-1286 du 31 décembre 1984 qui a rétabli le droit de grève qui avait été interdit aux contrôleurs - devenus ingénieurs - de la navigation aérienne par la loi n° 64-650 du 2 juil. 1964 ; décret n° 85-1332 du 17 déc. 1985

⁵⁸³ Loi n° 2007-1224 du 21 juil. 2007 sur la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs

⁵⁸⁴ Art. L 124-2 C. du travail

La grève est une interruption collective du travail en vue de soutenir une revendication⁵⁸⁵, si le travail est effectué dans des conditions différentes de celles que celles prévues dans les textes, la Cour de cassation⁵⁸⁶ a indiqué que cela ne constituait pas une grève.

La haute juridiction avait également eu l'occasion en 1972⁵⁸⁷ de préciser qu'il n'y avait pas grève en cas de ralentissement du rythme de travail.

§ 2- Le droit de grève et la Charte sociale européenne

La charte sociale européenne⁵⁸⁸ dans la Partie II sous l'article 6-4 énonce que les parties reconnaissent «*le droit des travailleurs et des employeurs à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur*».

§ 3- Le droit de grève et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) du 4 novembre 1950

L'article 11-1 de la CESDH énonce «*Toute personne a droit à la liberté de pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts*».

La CEDH a eu l'occasion de se prononcer sur l'atteinte au droit de grève sur le fondement de l'article 11 et sa violation⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Soc. 23 nov. 1978, Bull.soc. n° 790 p. 596 ; V. aussi Cass. soc.n° 13-19.858, 22 oct. 2014, Bull. Soc. V n° 246

⁵⁸⁶ Soc. 23 nov. 1978 voir supra sous 586

⁵⁸⁷ Soc. 6 nov. 1972, Bull N 1 p.1 ; V. aussi Soc 11 mai 1959, Bull. 1959 IV, N 553 p 450

⁵⁸⁸ La Charte sociale européenne élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe et destinée à compléter la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome, le 4 nov. 1950, a été signée à Turin le 18 octobre 1961, est entrée en vigueur le 26 fév. 1965 a été ratifiée par la France le 4 oct. 1974 et a été révisée le 3 mai 1996

⁵⁸⁹ CEDH du 26 avr. 1991, Ezelin c/France : Dans cette affaire le requérant (Maître Ezelin) alors vice-président des avocats de la Guadeloupe avait fait l'objet de sanctions disciplinaires pour avoir participé à une manifestation publique ; lors de laquelle des propos injurieux avaient été prononcés ; la Cour a jugé qu'il y avait violation de l'article 11 de la CESDH et que «*la liberté de participer à une réunion pacifique – en l'occurrence une manifestation non prohibée – revêt une telle importance qu'elle ne peut subir une quelconque limitation, même pour un avocat, dans la mesure où l'intéressé ne commet par lui-même, à cet occasion, aucun acte répréhensible*» ; V. aussi CEDH du 20 nov. 2018 Ognevenko c/Russie : dans cette affaire le requérant (Mr Ognevenko) conducteur de trains a été licencié en raison notamment de sa participation à une grève ; la Cour a considéré qu'il y avait eu violation de l'article 11 de la CESDH ; et toujours selon la Cour «*une telle sanction a inévitablement un effet dissuasif sur les autres personnes qui envisageaient de faire grève pour protéger leurs intérêts. Le licenciement du requérant a donc constitué une restriction disproportionnée de ses droits*» ; V. aussi CEDH du 30 juil. 2009 Danilenkov et autres c/Russie, la Cour reconnaît la violation de l'article 14 et de l'article 11 de la CESDH ; V. sens contraire CEDH du 8 avril 2014 National Union of Rail Maritime and Transport c/Royaume-Uni

Après avoir évoqué la reconnaissance du droit de grève nous allons voir comment il intéresse l'intérêt de l'enfant mineur.

SECTION II

LE DROIT DE GREVE ET L'INTERET DE L'ENFANT MINEUR

Bien que cela puisse paraître constituer une hypothèse d'école, il n'en est rien.

En effet, la scolarité étant obligatoire jusqu'à l'âge de seize ans⁵⁹⁰, l'enfant mineur âgé de seize ans non émancipé peut être salarié dans une entreprise du secteur privé ainsi que nous le verrons ci-après lorsque nous aborderons le droit à l'emploi (Chapitre VII).

Quel est l'intérêt de l'enfant mineur de cesser sa scolarité dès l'âge de seize ans pour entrer dans la vie active ?

L'intérêt de l'enfant bien que non défini par l'ensemble des textes et des conventions a connu ses dernières années une évolution exponentielle passant de l'intérêt pour les enfants à l'intérêt de l'enfant.

L'intérêt supérieur de l'enfant et sa primauté énoncés dans l'article 3-1 CIDE ne permettent pas de donner une définition objective de la notion même de l'intérêt de l'enfant. Aussi doit-on appréhender cette notion de manière abstraite qui est la même pour tous les enfants (droit inhérent à la vie⁵⁹¹, droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux⁵⁹², droit de ne pas être séparé de ses parents⁵⁹³, droit à liberté d'expression⁵⁹⁴) ou de manière concrète : l'enfant subissant des maltraitances doit-il dans son intérêt être séparé de ses parents ? Il apparaît que l'intérêt de l'enfant oscille entre le concret et l'abstrait.

La notion, empreinte de subjectivité, est aujourd'hui devenue indispensable dans le cadre de la protection des enfants, ainsi que dans la mise en œuvre de leurs droits.

A première vue l'arrêt prématuré de la scolarité de l'enfant mineur semble plus desservir son intérêt que le servir, mais si l'enfant a un vrai projet professionnel pour appréhender sa future vie d'adulte, son intérêt est alors préserver car il est corroboré par son développement personnel.

⁵⁹⁰ Ordonnance n° 59-45 du 6 janv. 1959

⁵⁹¹ Art. 6-1 CIDE

⁵⁹² Art. 7-1 CIDE

⁵⁹³ Art. 9-1 CIDE

⁵⁹⁴ Art. 13-1 CIDE

Le droit de grève⁵⁹⁵ a une valeur constitutionnelle, et est aussi reconnu par la charte sociale européenne ainsi que par la CESDH. Il profite à tout salarié y compris à l'enfant mineur âgé de seize ans ; ce droit lui permet de défendre ses droits sociaux (rémunération, de revendiquer de meilleures conditions de travail).

L'enfant dispose de la liberté d'opinion⁵⁹⁶, de la liberté d'expression⁵⁹⁷ ainsi que de la liberté de pensée⁵⁹⁸ qu'il peut exprimer lorsqu'il prend part à une grève et/ou lorsqu'il manifeste.

Ce droit de grève est également l'interface de la démocratie car il permet de manifester afin de protester contre certaines mesures ou décisions mais aussi pour soutenir une réforme, pour réclamer des mesures ou encore pour défendre des causes.

L'intérêt de l'enfant de participer à une grève peut être une preuve de son attachement à défendre certaines valeurs, certaines idées et à s'impliquer dans la défense des droits.

Après avoir abordé l'un des droits sociaux les plus importants : le droit de grève, nous allons à présent traiter de la liberté d'association qui existait déjà sous l'ancien régime mais sous une forme différente.

⁵⁹⁵ L 1132-1 à L 1132-3 C. Travail et L 2511-1 C. travail

⁵⁹⁶ Art. 12-1 CIDE

⁵⁹⁷ Art. 13-1 CIDE

⁵⁹⁸ Art. 14-1 CIDE

CHAPITRE II

LIBERTE D'ASSOCIATION

Cette liberté est fort ancienne car elle existait déjà sous l'ancien régime mais s'exerçait sous forme d'organismes d'entraide et d'encadrement. La Révolution voyait dans cette forme de liberté d'association une atteinte profonde à la liberté individuelle.

Cette liberté qui a valeur constitutionnelle (Section I), est reconnue par la CESDH (Section II) et présente un intérêt pour l'enfant mineur (Section III).

SECTION I

LIBERTE D'ASSOCIATION - VALEUR CONSTITUTIONNELLE

La liberté d'association est un principe fondamental reconnu par les lois de la République issu de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 définit ainsi l'association comme *«la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité, dans un but autre que de partager des bénéfices»*. L'association est donc un contrat soumis aux règles de droit commun ayant fait l'objet de la réforme de 2016⁵⁹⁹.

La liberté d'association est également reconnue aux élèves dans les établissements scolaires depuis le 15 mai 2009⁶⁰⁰.

Cette liberté est une liberté constitutionnelle. En effet, le Conseil constitutionnel saisi de la loi votée par l'Assemblée nationale qui modifiait la loi de 1901 en instaurant, dans certains cas un contrôle dévolu à l'autorité judiciaire *a priori* pour la constitution de l'association, a jugé dans une décision du 16 Juillet 1971⁶⁰¹, qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (faisant partie du bloc de constitutionnalité) il y avait lieu d'y ranger le principe de la liberté d'association.

D'après le Conseil constitutionnel *«En vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt de déclaration préalable»* et de préciser également qu'*«à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard des catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet*

⁵⁹⁹ Réforme du droit des contrats, du régime des obligations et de la preuve des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ayant fait l'objet de la loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018.

⁶⁰⁰ Art R 511-1 C. de l'éducation définit les modalités d'exercice notamment de la liberté de réunion créée par le décret n° 2009-553 du 15 mai 2009 ; art. R 511-9 et R 511-10 C. de l'éducation

⁶⁰¹ C.C. 16 juil. 1971, D. 1972.685 ; Grandes décisions cons. Const., 16^e éd., 2011, n° 6 : *«Au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution, il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ; en vertu de ce principe, les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques, sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable»* ; C. const. 1- juillet 1971, n° 71-44 DC, GDCC

illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire».

Chacun est libre de s'associer ou de ne pas le faire ; ainsi le contrat imposant l'adhésion obligatoire à une association est nul⁶⁰².

Cette liberté d'association dispose également d'une reconnaissance européenne et internationale.

SECTION II

LA RECONNAISSANCE EUROPEENNE ET INTERNATIONALE

Dans l'article 11-1 de la CESDH, la liberté d'association y figure ainsi : *«Toute personne a droit [...] à la liberté d'association...».*

La Cour européenne veille au respect de la liberté d'association par les Etats⁶⁰³ mais l'exercice de ce droit ne peut faire *«l'objet d'autres restrictions que celles, qui prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique à la sécurité nationale, à la sûreté de l'ordre public, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui»*⁶⁰⁴.

⁶⁰² Jurisprudence plusieurs fois réitérée ; ex. Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2010 n° 09-65.045, Bull. civ. I, n° 118 ; JCP G 2010.24, n. Fr. Plankeel : *«la clause d'un bail commercial faisant obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants et à maintenir son adhésion pendant toute la durée du bail est entachée d'une nullité absolue»*. Sont ainsi condamnées les associations forcées de commerçants très courantes dans les centres commerciaux ; V. aussi CEDH qui a condamné la France, car la loi Verdeille (L. 10 juill. 1964) avait obligé les petits propriétaires de certains terrains ruraux à être membres d'une association communale de chasse agréée, Gde Ch. 29 avr. 1999, Chassagnou c/ France, D. 1999.163 et 389 ; 2000.141, chr. E. Alfandari ; JCP G 1999 .II.10172 n. J. de Malafosse ; JCP G 2000.I.203, obs. Fr. Sudre ; Grands arrêts EDH, 6^e éd., 2011, n°69 ; elle consacrait ainsi la liberté de ne pas s'associer et un droit de non-chasse finalement reconnu mais encadré par la loi du 26 juillet 2000 (C. env. art. L 422-10 5°). Jugé que l'obligation d'adhérer à une association comportant le droit de non-chasse n'est pas contraire à la convention EDH : CEDH, 22 sept. 2011, D. 2011.2535

⁶⁰³ CEDH Chassagnou et autres c/France du 29 avr. 1999 requêtes n° 2588/94, 28331/95 et 28443/95. Dans ces affaires, la Cour a estimé *«que les requérants avaient été admis pour la forme dans les ACCA»* (associations communales de chasse agréées) *«du seul fait de leur qualité de propriétaires mais que cela n'enlevait rien au caractère contraignant de leur affiliation»*. La cour a également estimé que *«Contraindre de par la loi un individu à une adhésion profondément contraire à ses propres convictions et l'obliger, du fait de cette adhésion, à apporter le terrain dont il est propriétaire pour que l'association en question réalise des objectifs qu'il désapprouve va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer un juste équilibre entre des intérêts contradictoires et ne saurait être considéré comme proportionné au but poursuivi et qu'il y a donc violation de l'article 11»*.

⁶⁰⁴ Art. 11-2 CESDH ; V. CEDH Association de la protection des animaux sauvages (ASPAS) et Mme Lasgrecac c/France du 22 sept. 2011 n° 29953/08, les requérantes, dont les terrains ont été intégrés dans un domaine de chasse ont été obligées d'adhérer à l'ACCA (association de chasse communale agréée). Dans un premier temps la Cour a rappelé que l'obligation de faire adhérer à une association est une restriction dans l'exercice de leur droit à la liberté d'association «négative» était contraire à l'article 11 de la Convention, mais qu'étant prévue par la loi du 26 juill. 2000 l'obligation d'adhérer s'inscrivait dans le cadre de l'organisation et [de] la réglementation d'une activité de loisirs dans l'optique d'offrir au plus grand nombre l'accès aux loisirs cynergétiques et d'assurer la sécurité des biens et des personnes; et qu'il n'y avait pas méconnaissance de l'article 11 de la Convention

La liberté d'association est également contenue dans l'article 12-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : *«Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique...»*⁶⁰⁵.

Au plan international cette liberté est également reconnue par l'article 20 de la DUDH qui énonce : *«Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques»* et *«Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association»*⁶⁰⁶ et par le Pacte international des droits civils et politiques qui énonce dans son article 21 *«Le droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui»*⁶⁰⁷.

Dans son article 15-1, la CIDE reconnaît à l'enfant mineur *«la liberté d'association et de réunion pacifique»*.

La liberté d'association étant une liberté publique garantie par l'Etat profite à l'enfant mineur. Nous allons voir comment cette liberté a un impact sur l'intérêt de l'enfant mineur.

SECTION III

LA LIBERTÉ D'ASSOCIATION ET L'INTERET DE L'ENFANT MINEUR

L'enfant mineur, du fait de son incapacité temporaire due à son âge, est sous l'autorité parentale de ses père et mère⁶⁰⁸. Concernant la liberté d'association de l'enfant mineur, on peut s'interroger sur le pouvoir de contrôle conféré aux parents par l'autorité parentale et la reconnaissance par la CIDE des droits et de la liberté de «l'esprit» au nombre desquels figurent notamment la liberté d'association et la liberté de réunion pacifique⁶⁰⁹; point sur lequel nous reviendrons ci-après au chapitre IV sur la liberté de réunion.

⁶⁰⁵ Charte européenne des droits fondamentaux de l'union européenne du 18 déc. 2000

⁶⁰⁶ Art. 20-2 DUDH du 10 déc. 1948

⁶⁰⁷ Art. 21 du Pacte international des droits civils et politiques (ONU) du 16 déc. 1966

⁶⁰⁸ Art. 371-1 C. civ.

⁶⁰⁹ Art. 15-1 CIDE

L'alinéa 2 de l'article 14 de la CIDE fournissait un élément de réponse en affirmant : *«Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents, ou le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit (de l'enfant à la liberté de pensée de conscience et de religion) d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités».*

Mais depuis la loi du 27 janvier 2017⁶¹⁰ qui a modifié l'article 2 bis de la loi de 1901, il résulte que *«Tout enfant mineur peut librement devenir membre d'une association dans les conditions définie par la présente loi».*

Et cette loi va beaucoup plus loin car elle dispose à l'article 2 bis alinéa 2 : *«Tout mineur âgé de moins de seize ans, sous réserve d'un accord écrit préalable de son représentant légal, peut participer à la constitution d'une association et être chargé de son administration dans les conditions prévues à l'article 1990 du Code civil. Il peut également accomplir, sous réserve d'un accord écrit préalable de son représentant légal, tous actes utiles à l'administration de l'association, à l'exception des actes de disposition».*

A l'alinéa 3 de l'article 2 bis de la loi de 1901, il est précisé que *«Tout enfant mineur âgé de seize ans révolus peut librement participer à la constitution d'une association et être chargé de son administration dans les conditions prévues à l'article 1990 du Code civil. Les représentants légaux du mineur en sont informés sans délai par l'association, dans les conditions fixées par décret. Sauf opposition expresse du représentant légal, le mineur peut accomplir seul tous les actes utiles à l'administration de l'association à l'exception des actes de disposition».*

Aussi dans le cas où les représentants légaux refuseraient de donner leur accord à l'enfant mineur âgé de moins de seize ans pour la constitution d'une association ou si ceux-ci s'opposaient expressément à ce que l'enfant mineur âgé de seize ans révolus puisse accomplir seuls les actes utiles à l'administration de l'association, il faut s'interroger sur le règlement de ce conflit.

On peut espérer que ce conflit sera réglé par les prérogatives accordées à l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant ainsi que dans le respect de la personne de l'enfant.

N'oublions pas que le ou les titulaires de l'autorité parentale peuvent en vertu des dispositions de l'article 371-1 du Code civil interdire à l'enfant mineur un certain nombre de

⁶¹⁰ Loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et la citoyenneté a modifié l'article 2 bis qui avait été créé par la loi n° 2011-893 du 28 juill. 2011

choses même si ces interdictions aboutissent à nier ou limiter l'exercice de certaines libertés qui lui sont reconnues. Toutefois les droits et devoirs accordés aux parents doivent avoir pour finalité l'intérêt de l'enfant, et, en fonction de son âge et de sa maturité, l'enfant doit être associé par ses parents aux décisions qui le concernent.

Enfin, l'enfant mineur dispose également de la liberté d'association reconnue aux collégiens et lycéens⁶¹¹.

Cette liberté d'association est essentielle pour l'enfant qui pratique un sport ou une activité créative via une association ; il peut devenir un adhérent.

Cette liberté d'association, bien que reconnue à l'enfant mineur notamment au titre de la liberté de l'esprit, doit demeurer encadrée.

En effet, dans l'intérêt de l'enfant il est nécessaire de veiller à ce que l'adhésion de l'enfant à une association ne le conduise pas à devenir adepte d'une secte. En effet, ainsi que nous l'avons vu précédemment, de nombreuses sectes opèrent le recrutement de leurs adeptes via des associations.

C'est pourquoi les prérogatives de l'autorité parentale doivent ici entrer en lice afin de protéger l'enfant mineur vulnérable contre un engagement qui pourrait être contraire à son intérêt.

Un autre droit social est d'une importance essentielle : la liberté syndicale qui après avoir été prohibée a réussi à s'imposer et à être protégée.

⁶¹¹ Art.511-1, R 511-9 et R 511-10 C. de l'éducation ; décret n° 91-173 du 18 fév. 1991 relatif aux droits et obligations des élèves dans les établissements locaux publics d'enseignement du second degré ; décret n° 2010-99 du 27 janv. 2010 concernant l'organisation et le fonctionnement des EPLE

CHAPITRE III

LA LIBERTE SYNDICALE

Cette liberté très contestée et crainte par les gouvernements fut, dans un premier temps prohibée avant d'être pleinement reconnue en droit interne (Section I). Elle est également reconnue par le droit européen et international (Section II) et l'enfant mineur en bénéficie (Section III).

SECTION I

LA RECONNAISSANCE EN DROIT INTERNE

Dans un premier temps, la loi le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 avait prohibé tout groupement professionnel.

Puis, dans un second temps, la loi du 21 mars 1884⁶¹² reconnût expressément la liberté syndicale⁶¹³ tout en définissant les droits collectifs de l'organisation syndicale.

Cette liberté syndicale est pleinement reconnue et consacrée par l'article 6 du préambule de la Constitution de 1946 qui énonce : *«tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhère au syndicat de son choix»*.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 juillet 1971⁶¹⁴, a conféré à la liberté syndicale valeur constitutionnelle en l'intégrant dans le préambule du bloc de constitutionnalité ; lequel Conseil constitutionnel, dans une décision du 25 juillet 1989⁶¹⁵, a confirmé cette valeur constitutionnelle.

L'article L 2131-1 du Code du travail dispose : *«Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que les intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leur statut»*. Ainsi un syndicat ne peut pas avoir d'activités politiques ou commerciales.

Quant au droit d'adhérer à un syndicat il faut se référer aux dispositions de l'article L2141-1 du Code du travail : *«Tout salarié peut librement adhérer au syndicat professionnel de son choix»*.

Par analogie aux dispositions de l'article L2141-1 sus-énoncé, il découle que tout salarié est libre de ne pas adhérer à un syndicat.

Le salarié jouit également de la liberté de pouvoir se retirer du syndicat à tout moment, sans préavis ni sans pénalité financière⁶¹⁶.

⁶¹² Loi du 21 mars 1884 dite loi Waldeck Rousseau

⁶¹³ Loi du 21 mars 1884 codifiée dans le C. trav. sous les articles L 2131-1 et s.

⁶¹⁴ Décision n° 71-44 DC du 16 juill. 1971 déjà citée supra

⁶¹⁵ Décision n°89-257 DC du 25 juill. 1989 cité supra

⁶¹⁶ Art. L 2141-3 C. trav.

L'article L2141-5 du même code, envisage une protection élargie du salarié syndiqué en ces termes : *«Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition de travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux , de mesure de discipline et de rupture du contrat de travail».*

Ainsi cette liberté syndicale qui profite à tout salarié lui permet de choisir de se syndiquer ou pas, ainsi que de choisir le syndicat auquel il souhaite adhérer pour défendre ses droits et intérêts.

SECTION II

LA RECONNAISSANCE EN DROIT INTERNATIONAL ET EUROPEEN

La liberté syndicale fait également l'objet d'une protection internationale au niveau de l'Organisation Internationale du Travail (OIT).

La convention de l'OIT⁶¹⁷ de 1948 consacre la liberté syndicale tant au niveau qu'au niveau collectif.

Puis en 1951, l'OIT a institué un Comité de la liberté syndicale chargé d'examiner les plaintes déposées par les organisations syndicales contre un Etat membre.

Cette liberté syndicale est également protégée au niveau européen par l'article 11 alinéa 1 de la CESDH qui énonce : *«Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts».*

⁶¹⁷ OIT n°87 du 9 juillet 1948

La Cour européenne est fréquemment saisie sur le fondement de l'article 11 de la CESDH et ne manque de rappeler le droit à la liberté syndicale⁶¹⁸, qui comprend également le droit d'adhérer ou de ne pas adhérer à un syndicat⁶¹⁹.

Enfin, cette liberté est également posée par l'article 5 de la Charte sociale européenne⁶²⁰ du 18 octobre 1961 et par l'article 11 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989.

SECTION III

LIBERTE SYNDICALE ET INTERET DE L'ENFANT

Précédemment nous avons brièvement évoqué le fait que l'enfant mineur âgé de seize ans pouvait être salarié dans le privé et même passer, avec l'accord de ses parents, le concours pour certains postes dans la fonction publique territoriale. Nous reviendrons sur ces points plus longuement lorsque nous aborderons le droit au travail.

La question, ici, est de savoir si l'enfant mineur non émancipé peut ou non adhérer à un syndicat, et si cette éventuelle adhésion est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Nous devons résonner par analogie aux dispositions des articles L2141-1 du Code du travail et 371-1 du Code civil concernant l'autorité parentale.

Sachant que la scolarité est obligatoire jusqu'à l'âge de seize ans, et que l'enfant mineur non émancipé peut être salarié.

Que l'article L2141-1 du Code du travail dispose que *« tout salarié peut adhérer au syndicat professionnel de son choix »*, et, si l'on ajoute les dispositions de l'article 2 Bis de la loi de 1901 issues de la loi du 27 janvier 2017⁶²¹, l'enfant mineur peut adhérer librement à un syndicat.

⁶¹⁸ V. CEDH Ass. plén. Young, James et Webster c/Royaume-Uni du 13 août 1981 ; dans cette affaire la Cour rappelle la liberté d'adhérer ou non à un syndicat et reconnaît la violation de l'art. 11 de la CESDH ; V. aussi CEDH Sigurdur A. Sigurjossón c/Islande du 30 juin 1993 ; dans cette affaire le requérant, chauffeur de taxi s'est vu obligé de s'affilier à l'association des conducteurs de véhicules Frami au risque de perdre sa licence, la Cour a reconnu la violation de l'article 11 de la CESDH ; CEDH 25 avr. 1996 Gustafsson c/Suède, D. 1997.363, n. J.P. Marguénaud et J. Mouly : chacun *« a le droit e ne pas adhérer à un syndicat ou de s'en retirer [...] ; mais chaque Etat a le choix des moyens à employer à cette fin »* ; V. sens contraire CEDH syndicat national de la police belge c/Belgique du 27 oct. 1975 non violation de l'article 11 de la CESDH ; CEDH Gde Ch. Schmidt et Dahlström c/Suède du 6 fév. 1976 non violation de l'article 11 de la CESDH

⁶¹⁹ Art. L2141-1 C. du travail

⁶²⁰ Charte sociale européenne du 18 oct. 1961 révisée à Strasbourg le 3 mai 1996

⁶²¹ Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté qui a modifié l'art. 2 Bis de la loi du 1^{er} juil. 1901 : *« Tout mineur peut librement devenir membre d'une association [...] »* et le décret n° 2017-1057 du 9 mai 2017

D'ailleurs la loi de janvier 2017⁶²² a clarifié la capacité d'un enfant mineur d'adhérer à une association.

L'enfant est également titulaire des droits garantis par la CESDH dont les dispositions s'adressent «à toute personne» sans précision ni condition d'âge.

De plus au vu des prérogatives attachées à l'autorité parentale⁶²³ et reconnues aux représentants légaux de l'enfant mineur non émancipé, on peut concevoir que ceux-ci ne puissent pas s'opposer à l'adhésion de l'enfant dans la mesure où un syndicat défend les droits et les intérêts des salariés.

En effet, l'intérêt de l'enfant dont l'article 3-1 de la CIDE fait une primauté doit toujours être pris en considération dans tous les actes et les décisions intéressant l'enfant mineur. Ce principe est d'ailleurs repris par l'article 24-2⁶²⁴ de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, est devenu l'élément qui doit toujours primer sur toute autre considération.

L'intérêt de l'enfant, règle majeure du droit de l'enfant mineur, indice et effet de la place reconnue à l'enfant tant dans la famille que dans la société⁶²⁵ doit guider ceux ou celles qui doivent prendre des décisions concernant l'enfant.

Cet intérêt de l'enfant peut être éducatif, affectif, immédiat et/ou futur⁶²⁶, et l'objectif de la considération de cet intérêt «supérieur», est alors de rechercher, au regard des besoins concrets de l'enfant quel intérêt doit être privilégié.

Le non-respect de ce critère primordial peut justifier l'intervention de l'autorité publique en cas de conflit ou de défaillance parentale.

La protection des droits et des intérêts de l'enfant est la mission essentielle des syndicats, ce qui justifie que l'enfant puisse y adhérer librement. Pour cela il faut et il suffit que l'enfant mineur, émancipé ou non, soit convaincu par les idées défendues par un syndicat.

⁶²² Loi du 27 janvier 2017 déjà citée supra

⁶²³ Art. 371-1 C. civ.

⁶²⁴ Art. 24-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne : «*Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale*»

⁶²⁵ J. Théry, «La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés», «Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique», Revue Esprit, mars-avr. 1992

⁶²⁶ P. Robert, *Traité de droit des mineurs*, Cujas, 1969, p. 150 et s.

Il est vrai que compte tenu de son jeune âge et de sa jeune expérience professionnelle il lui sera sans doute difficile de prendre une telle décision dès le commencement de sa carrière professionnelle.

Le droit de grève défini et traité, la liberté syndicale expliquée il nous faut maintenant aborder un autre droit social : la liberté de réunion. Ces trois droits sont interdépendants car le droit de grève décidé par les syndicats entraîne des manifestations qui sont une réunion de travailleurs contestataires.

CHAPITRE IV

LA LIBERTE DE REUNION

La liberté d'expression et la liberté de réunion sont deux libertés distinctes et pourtant l'une est la condition *sine qua non* du libre exercice de l'autre.

La liberté de réunion peut revêtir une multitude de formes. Il peut s'agir d'une réunion de famille, d'une réunion professionnelle, d'une réunion entre amis, ou encore d'une réunion de parents-professeurs.

Cette liberté est un droit fondamental (Section I) également reconnue par le droit européen et international (Section II) qui intéresse tout particulièrement l'intérêt de l'enfant mineur (Section III).

SECTION I

DROIT FONDAMENTAL ET UNE LIBERTE PUBLIQUE

La liberté de réunion est un droit fondamental et une liberté publique en ce qu'elle est inhérente à la nature humaine car tous les hommes ont ce besoin irrépressible de se réunir pour exprimer la libre communication de leurs pensées. Elle est donc un fondement de tous les échanges entre les hommes.

Cette liberté a été reconnue à demi-mot par la révolution Française dans l'article 11 de la DDH⁶²⁷ qui énonce : *«la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi»*.

Il faudra attendre la III^{ème} République pour que la réunion soit pleinement consacrée par la loi du 30 juin 1881⁶²⁸ qui instaura un régime très libéral car aucune déclaration préalable à son exercice n'est nécessaire. Et c'est sur ce point que la liberté d'expression et de réunion se rejoignent car leur régime juridique identique exclut toute censure *a priori*.

La Constitution de 1791⁶²⁹ garantit *«la liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police »*.

Le conseil d'Etat, dans le célèbre arrêt Benjamin⁶³⁰ a rappelé que la liberté de réunion consacrée par les lois des 30 juin 1881 et 28 mars 1907⁶³¹, peut se voir entravée par des atteintes légales provenant de mesures de police (contrôle), notamment pour le maintien de l'ordre public. Il a rappelé *«que la liberté était la règle et la restriction de police l'exception »*.

La nature de ce contrôle a été précisée dans une décision du conseil d'Etat en 2011⁶³² qui a rappelé que les mesures de police doivent répondre au *«triple test de proportionnalité»*, c'est-à-dire qu'elles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées.

⁶²⁷ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDH) du 26 août 1789

⁶²⁸ Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion, Bulletin des lois 12^e S, B. 644 n° 10927

⁶²⁹ Constitution du 3 sept. 1791 qui inclut la DDH, Titre premier

⁶³⁰ CE du 19 mai 1933 Benjamin Rec. CE 1933 p 541

⁶³¹ Loi du 28 mars 1907 relative aux réunions publiques a supprimé la déclaration préalable à la tenue des réunions publiques quel que soit leur objet

⁶³² CE, ass. 26 déc. 2011 association pour la promotion de l'image et autres

Le Conseil constitutionnel⁶³³, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité le 18 janvier 2016 par le conseil d'Etat⁶³⁴, portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit à l'article 8 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence a rappelé, d'une part, que *«les mesures de fermeture provisoire et d'interdiction de réunions prévues par les dispositions contestées ne peuvent être prononcées que lorsque l'état d'urgence a été déclaré et uniquement pour des lieux situés dans la zone couverte par cet état d'urgence ou pour des réunions devant s'y tenir ; que l'état d'urgence ne peut être déclaré, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955, qu'en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public" ou "en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique" »*, d'autre part *« tant les mesures de fermeture provisoire des salles de spectacle, débits de boisson et lieux de réunion de toute nature que la durée de cette fermeture doivent être justifiées et proportionnées aux nécessités de la préservation de l'ordre public ayant motivé une telle fermeture ; que, d'autre part, les mesures d'interdiction de réunions doivent être justifiées par le fait que ces réunions sont "de nature à provoquer ou entretenir le désordre" et proportionnée aux raisons l'ayant motivé »*.

Enfin, la liberté de réunion est également reconnue aux collégiens⁶³⁵ et aux lycéens⁶³⁶.

SECTION II

RECONNAISSANCE EUROPEENNE ET INTERNATIONALE

Dans son article 11 la CESDH dispose : *«Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique.....»*

Au 2/ du même article 11 il est précisé que *«l'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, ou à la protection des droits et liberté d'autrui»*, et que *«Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient*

⁶³³ CC décision n° 2016-535 QCP du 18 janv. 2016

⁶³⁴ Décision n° 395091 du 15 janv. 2016

⁶³⁵ Circulaire n° 91-052 du 6 mars 1991

⁶³⁶ Décret n° 91-173 du 18 fév. 1991 ; Art. R 511-9 et R 511-10 C. de l'éducation nationale

imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat».

La France, qui a été longtemps réticente pour ratifier la CESDH, l'a finalement fait par la loi du 31 décembre 1973⁶³⁷.

La CEDH veille au respect de cette liberté de réunion pacifique par les Etats, et, est fréquemment amenée à se prononcer sur la violation de l'article 11-1 de la Convention⁶³⁸.

L'exercice de la liberté culturelle se fait sous le régime de la liberté de réunion tout comme celle des sectes, qui rappelons, sont pour la plupart des associations culturelles.

L'article 15-1 de la CIDE dispose : *«Les Etats reconnaissent les droits de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté pacifique »*, l'article 15-2 de la CIDE énonce : *«L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, ou de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui».*

Cette liberté de réunion est également consacrée par de nombreux textes internationaux. Ainsi l'article 20 de la DUDH énonce : *«Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques».*

L'article 21 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶³⁹ énonce : *«Le droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui.*

⁶³⁷ Loi n° 73-1227 du 31 déc. 1973 autorisant la ratification de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels n° 1, 3, 4 et 5

⁶³⁸ CEDH *Obote c/Russie* du 19 nov. 2019 requête n° 58954/09 : la Cour a considéré que les flashmobs pouvaient bénéficier de la protection de l'article 11 de la Convention ; V. aussi dans ce sens CEDH *Razvozhayev c/Russie et Ukraine et Udaltsov c/Russie* du 19 nov. 2019 requêtes n° 75734/12, n° 2695/15 et n° 55325/15 ; la Cour reconnaît pour l'un des requérants, Mr Udaltsov, la restriction de sa liberté de réunion pacifique ; V. enfin CEDH *Ezelin c/France* du 26 avr. 1981 requête n° 11800/85 ; dans cette affaire M. Ezelin se plaignait d'un blâme de l'ordre des avocats pour avoir assisté à une manifestation autorisée mais qui a dégénéré, à laquelle il a participé et a donc usé de sa liberté de réunion pacifique. La cour reconnaît la violation de l'article 11 de la convention ; V. sens contraire *Barraco c/France* du 5 mars 2009 ; M. Barraco, chauffeur routier a pris part à une « opération escargot » dans le cadre d'une journée d'action de revendication nationale et a été sanctionné pour délit d'entrave à la circulation publique. La cour qu'il n'y a pas eu d'ingérence des autorités publiques dans la liberté de réunion et qu'elles poursuivaient l'un des buts énoncés à l'article 11-2 de la Convention, à savoir la protection de l'ordre public et la protection des droits et libertés d'autrui.

⁶³⁹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966 entré en vigueur le 23 mars 1976

SECTION III

LA LIBERTE DE REUNION ET L'INTERET DE L'ENFANT

L'enfant mineur non émancipé peut sans nul doute assister à une réunion de famille, une réunion entre amis, une réunion culturelle ou une réunion «tupperware» organisée par sa mère

Il peut également participer à une réunion de l'association à laquelle il a adhéré⁶⁴⁰ car l'association est un contrat qui suppose le consentement des parties et elle peut être ouverte à toute personne payant sa cotisation⁶⁴¹.

L'article L 2141-1 du Code du travail, l'article 2 Bis de la loi de 1901 dont la rédaction a été modifiée par la loi du 27 janvier 2017⁶⁴² qui permet à tout mineur de devenir librement membre d'une association, et l'article 11-1 de la CESDH sur la liberté de réunion pacifique et d'association⁶⁴³ permettent à l'enfant mineur d'assister aux réunions.

L'article 15-1 de la CIDE dispose «*que les Etats reconnaissent les droits de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique*».

Ainsi l'enfant mineur peut assister à une réunion pacifique afin d'exprimer ses idées⁶⁴⁴ en prenant soin de ne pas tenir des propos qui pourraient constituer un délit pénal car il jouit de liberté de pensée et de conscience⁶⁴⁵.

La loi a évolué : tout d'abord en 1985⁶⁴⁶ un décret a organisé le droit pour les collégiens et les lycéens de participer au fonctionnement de l'établissement dans lequel ils se trouvent.

⁶⁴⁰ Dans le milieu scolaire art. R 511-1, R 511-9 et R 511-10 C. de l'éducation créés par le décret du 15 mai 2009

⁶⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, Bull. civ. I n° 171 D. 2002.2359, n. Y. Chartier : «*N'étant pas pour ailleurs soutenu, en l'absence de toute condition mise à l'adhésion que celle-ci était constitutive d'une fraude, la Cour d'appel a jugé que l'envoi effectué par M. Baldy, du bulletin d'inscription accompagné du montant de la cotisation avait conféré de plein droit à l'expéditeur la qualité de sociétaire*».

⁶⁴² Art. 2 Bis alinéa 1^{er} loi du 1^{er} juillet 1901 ; ledit article a été créé par la loi n° 2011-893 du 28 juill. 2011 et modifié par la loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 «*Tout mineur peut librement devenir membre d'une association dans les conditions définies par la présente loi*»

⁶⁴³ Art 11-1 CESDH Liberté d'association et de réunion : «*Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts*»

⁶⁴⁴ Art 13-1 CIDE : «*L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique ou par tout moyen du choix de l'enfant*»

⁶⁴⁵ Art. 14 CIDE : «*Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion*»

⁶⁴⁶ Décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement

Puis le décret du 15 mai 2009⁶⁴⁷ a reconnu aux collégiens et aux lycéens notamment la liberté d'expression⁶⁴⁸ et la liberté de réunion⁶⁴⁹.

La loi de 2017⁶⁵⁰ est allée plus loin en permettant notamment à *«Tout mineur âgé de moins de seize ans, sous réserve d'un accord écrit préalable de son représentant légal, peut participer à la constitution d'une association et être chargé de son administration dans les conditions prévues à l'article 1990 du Code civil»*. De plus *«Il peut également accomplir, sous réserve d'un accord écrit préalable de son représentant légal, tous les actes utiles à l'administration de l'association à l'exception des actes de disposition»*⁶⁵¹.

Enfin *«Tout mineur âgé de seize ans révolus peut librement participer à la constitution d'une association et être chargé de son administration dans les conditions prévues à l'article 1990 du Code civil. Les représentants légaux du mineur en sont informés sans délai par l'association, dans des conditions fixées par décret. Sauf opposition expresse du représentant légal, le mineur peut accomplir seul tous les actes utiles à l'administration de l'association, à l'exception des actes de disposition»*⁶⁵².

S'amorce ici, dans l'intérêt de l'enfant mineur, une pré-majorité assumée par le législateur.

Mais les parents, administrateurs légaux de l'enfant mineur pourraient, au vu des prérogatives qui leur sont conférées par l'autorité parentale⁶⁵³ et dans l'intérêt de l'enfant, lui interdire de participer à une réunion qui pourrait le mettre en danger ou l'exposer à des risques.

Cette interdiction parentale qui entrave la liberté de réunion, dont est bénéficiaire l'enfant mineur, est une prérogative reconnue aux parents et dont la finalité est l'intérêt de l'enfant.

Les droits fondamentaux que nous venons d'aborder : le droit de grève, la liberté syndicale et la liberté de réunion sont des droits par lesquels s'exprime la liberté d'expression et de pensée.

⁶⁴⁷ Décret n° 2009-553 du 15 mai 2009

⁶⁴⁸ Art. R 511-6, R 511-7 et R 511-8 C. de l'éducation

⁶⁴⁹ Art. 511-1 C. de l'éducation

⁶⁵⁰ Art 2 Bis alinéa 2 loi de 1901

⁶⁵¹ Art. 2 Bis alinéa 2 loi de 1901

⁶⁵² Art. 2 Bis alinéa 3 loi de 1901 modifié par la loi de 2017

⁶⁵³ Art 371-1 C. civ.

De par l'exercice du droit de grève et de la liberté syndicale, l'enfant mineur exprime ses revendications salariales afin de défendre son intérêt. Ces revendications sont généralement l'amélioration des conditions de travail et l'augmentation de salaire.

A présent, nous allons aborder un droit qui intéresse tout particulièrement l'enfant mineur : le droit à la culture. Nous verrons que ce droit à la culture comprend en outre le droit à l'enseignement.

CHAPITRE V

DROIT A LA CULTURE

Le droit à la culture est reconnu comme un droit de l'homme et comprend le droit à l'éducation ainsi que le droit de participer à la vie culturelle du pays.

La culture a une définition philosophique (Section I), bénéficie d'une reconnaissance en droit positif ainsi que par la Convention européenne et par la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) (Section II), et, est primordiale et essentielle pour l'enfant mineur (Section III).

SECTION I

LA CULTURE D'UN POINT DE VUE PHILOSOPHIQUE

Le mot « culture » vient du latin « *colere* » qui signifie « *mettre en valeur* ».

Depuis Platon et le mythe de Prométhée, celui qui dans la mythologie grecque est un Titan, et, est considéré comme le bienfaiteur de la race humaine, on admet que l'homme est un être de culture. En effet, Prométhée constatant que l'homme était moins bien pourvu que les autres animaux a dérobé aux Dieux le feu et l'art politique, symboles de la culture.

Kant⁶⁵⁴ disait de la culture que « *Produire dans un être raisonnable cette aptitude générale aux fins qui lui plaisent c'est la culture. Par conséquent la culture seule peut être la fin dernière qu'on peut avec raison attribuer à la nature par rapport à l'espèce humaine* ».

S'opposent « la nature », ce qui est donné à l'homme à la naissance et « la culture » que l'homme acquiert tout au long de son éducation qui est aussi synonyme de civilisation.

On parle aussi de « culture générale » qui désigne l'éducation morale et intellectuelle de l'individu. Rabelais⁶⁵⁵ ne disait-il pas « *Mieux vaut une tête bien faite qu'une tête bien pleine* ».

Jean-Jacques Rousseau⁶⁵⁶ nomme d'ailleurs « perfectibilité » la capacité de l'homme non pas de progresser mais d'évoluer sans cesse en bien comme en mal.

Aujourd'hui on élargit la culture aux droits culturels qui sont beaucoup plus vastes et englobent une multitude de notions, et sont contenus dans la Déclaration de Fribourg dont il sera parlé ci-après dans la Section II.

⁶⁵⁴ Emmanuel Kant, grand penseur, influencé notamment par Platon, Descartes, Spinoza et Rousseau

⁶⁵⁵ François Rabelais docteur en médecine, écrivain et humaniste français, connu aussi sous le pseudonyme Alcofrabas Nasier (anagramme de François Rabelais), auteur de Gargantua (le père) et Pantagruel (le fils), né à Chinon vers 1494 décédé à Paris le 9 avril 1553

⁶⁵⁶ Jean-Jacques Rousseau philosophe français du XVIII^{ème} siècle (1712 – 1778)

SECTION II

LA RECONNAISSANCE EN DROIT POSITIF, EN EUROPE ET A L'INTERNATIONAL

Les droits culturels sont des droits de l'homme à part entière, et désignent notamment le droit à l'éducation et le droit de participer à la vie culturelle⁶⁵⁷.

Le droit à la culture englobe notamment le droit à l'éducation, droit sur lequel nous reviendrons plus largement dans le Chapitre VI qui lui est entièrement consacré.

Contrairement à la France les Constitutions belges⁶⁵⁸ et portugaises⁶⁵⁹ sont les seules à reconnaître le droit à la culture tant en ce qui concerne l'accès à la culture que la participation à la culture. Le droit d'accès à la culture est, quant à lui, reconnu dans les Constitutions tchèque⁶⁶⁰, roumaine⁶⁶¹, slovaque⁶⁶² et polonaise⁶⁶³.

Le droit à la culture figure notamment dans l'article 27.1 de la DUDH qui énonce : *«1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent»*.

Dans l'article 22 de la même Déclaration universelle il est précisé que toute personne *«est fondée à obtenir satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité»*.

Lors de la conférence mondiale sur les politiques culturelles qui s'est tenue à Mexico en 1982⁶⁶⁴, il a été indiqué que : *«10 - La culture constitue une dimension fondamentale du processus de développement et contribue à renforcer l'indépendance, la souveraineté et l'identité des nations »*, *«18- [...]émane de la communauté tout entière et c'est à elle qu'elle doit retourner : ni sa production, ni ses bienfaits ne sauraient être l'apanage d'élites »*, et *«41- [...] est le fondement nécessaire de tout développement authentique. La société doit*

⁶⁵⁷ Art. 26 et 27 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 déc. 1948 ; art 13, 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels signé à New York le 16 déc. 1966 entré en vigueur le 3 janvier 1976 et ratifié par la France le 4 nov. 1980

⁶⁵⁸ Art. 23 5° *«Le droit à l'épanouissement culturel et social»* de la Constitution du 7 fév. 1831 et coordonnée le 12 fév. 1994

⁶⁵⁹ Art. 42 La liberté de la création culturelle Titre II, Droits, libertés et garanties fondamentales de la Constitution du 2 avril 1976 : *«1- La création intellectuelle, artistique et scientifique est libre. 2-Cette liberté recouvre le droit à l'invention, à la production, à la diffusion de l'œuvre artistique, littéraire ou artistique et elle comprend la protection légale des droits d'auteur»*

⁶⁶⁰ Art 34 et 35 (sur la question du patrimoine culturel)

⁶⁶¹ Art.33 de la Constitution du 8 décembre 1991 révisée par référendum national du 18 oct. 2003

⁶⁶² Art. 43 de la Constitution du 3 septembre 1992

⁶⁶³ Art. 6 §1 de la Constitution du 2 avril 1997

déployer des efforts importants en vue de planifier, d'administrer et de financer les activités culturelles».

L'article 31-1 de la CIDE reconnaît à l'enfant le droit *«de participer librement à la vie culturelle et artistique»* ainsi *«[...] que le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés et loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles, dans des conditions d'égalité»*⁶⁶⁵.

Et l'article 4 de la CIDE de préciser *«[...]] Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils (les Etats parties) prennent ces mesures (législatives, administratives ou autres) dans toutes les limites des ressources dont ils disposent, et s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale».*

Ainsi les droits culturels englobent les arts et les lettres, les langues, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les valeurs, les traditions et les croyances.

Puis en 2001⁶⁶⁶, la Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle fut notamment l'occasion pour les pays de réaffirmer leur conviction pour la défense de la protection de la diversité culturelle comme gage de paix afin d'éviter les conflits entre cultures et civilisations.

Le droit à la culture figure également dans le Déclaration de Fribourg⁶⁶⁷ dans son article 2 : *«a- le terme «culture» recouvre les valeurs, les croyances, les convictions les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à son développement».*

Bien que le droit à la culture ne soit pas expressément prévu dans la CESDH, la Cour européenne n'a pas manqué, sur le fondement de l'article 10 de la CESDH dans son arrêt *Akdaş c/Turquie*⁶⁶⁸, de développer sa jurisprudence à propos de l'équilibre nécessaire entre la liberté de l'expression artistique et la protection de la morale. L'affaire concernait la condamnation d'un éditeur à une lourde peine d'amende au titre de la publication en Turquie d'un roman érotique écrit par Guillaume Apollinaire (en 1907) ainsi qu'à la saisie de tous les exemplaires de l'ouvrage.

⁶⁶⁴ Déclaration sur les politiques culturelles, conférence mondiale sur les politiques culturelles du 26 juill. Au 6 août 1982 Mexico city

⁶⁶⁵ Art. 31-2 CIDE

⁶⁶⁶ Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle est une déclaration visant à protéger la diversité culturelle comme héritage humain avec la protection de la diversité de média de masse, le pluralisme et le multilinguisme adoptée le 2 nov. 2001

⁶⁶⁷ Déclaration de Fribourg sur les droits culturels du 7 mai 2007

Puis sur le fondement de l'article 14 de la CESDH, la CEDH, dans un arrêt de 2009⁶⁶⁹, s'est prononcée sur le droit à l'identité culturelle, et sur le fondement de l'article 11 de la CESDH, dans un arrêt de 2004⁶⁷⁰ la Cour a souligné l'importance qu'elle attache à la liberté d'association pour les personnes qui appartiennent à des minorités nationales et ethniques.

En France la reconnaissance des droits culturels a été introduite, par un amendement du Sénat à l'article 103 de la loi NOTRe⁶⁷¹.

Dans cet article 103 il est énoncé : *«Que la responsabilité en matière culturelle est exercée conjointement par les collectivités territoriales et l'Etat dans le respect des droits culturels énoncés par la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles du 20 octobre 2005 dans laquelle il apparaît l'expression «droits culturels».*

Ces droits figurent également dans l'article 3⁶⁷² de la loi de 2016 dite loi CAP déjà citée lors du développement sur la liberté de création artistique (Titre II - Les libertés - Chapitre III – Section I - §4).

Les collectivités territoriales et l'Etat sont donc les garants des droits culturels qui reconnaissent à chacun, la liberté tout au long de sa vie de choisir ses références culturelles, d'en changer et sont surtout la richesse de notre humanité.

Tout le monde s'accorde à dire que la reconnaissance légale des droits culturels est un vaste chantier pour leur mise en œuvre par les collectivités territoriales car assez vastes, nombreux et parfois complexes.

Ces droits légaux qui sont assez nouveaux dans les faits, ne le sont pas car ils sont une conséquence indubitable de l'enseignement qui mène à l'instruction et à la culture.

⁶⁶⁸ CEDH Akdas c/Turquie du 16 fév. 2000, req. n° 41056/04

⁶⁶⁹ CEDH Munoz Diaz c/Espagne, req. n°49151-07 du 8 déc. 2009 dans cette affaire la Cour a souligné *«l'importance des croyances que la requérante tire de son appartenance à la communauté Rom qui a ses propres valeurs établies et enracinées dans la société espagnole»* (§ 56) puis la Cour a estimé *«que la force des croyances collectives d'une communauté culturellement bien définie ne peut être ignorée»* (§59)

⁶⁷⁰ CEDH Garzelik c/ Pologne [GC], req. n°44158/98 § 92, 17 fév. 2004

⁶⁷¹ Loi n°2015-991 du 7 août 2015 portant sur la nouvelle organisation territoriale de la République dite loi NOTRe

⁶⁷² Loi n°2016-925 du 7 juill. 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine dite loi CAP

SECTION III

LES DROITS CULTURELS ET L'INTERET DE L'ENFANT

L'importance des droits culturels pour l'intérêt de l'enfant mineur n'est plus à démontrer.

Ce droit à la culture fait partie intégrante des droits de l'homme (DUDH) et doit profiter à chaque individu et plus spécialement à l'enfant mineur.

Ce droit à la culture, d'une importance essentielle voire capitale dans la construction de l'enfant mineur qui est, comme le disait Pascal «*un homme en devenir*», est spécialement reconnu à l'enfant dans l'article 30⁶⁷³ et l'article 31 de la CIDE⁶⁷⁴; ce droit doit, naturellement, être mis en œuvre dans l'intérêt supérieur de l'enfant contenu dans l'article 3-1 de ladite convention.

Ce droit à la culture pour l'enfant mineur comprend non seulement le droit à la culture du pays dans lequel il est né, le droit à la culture de son pays d'origine ainsi que le droit à la culture du pays dans lequel il vit, mais aussi la culture prise dans son terme général : l'art et les lettres, les langues, les modes de vie, les valeurs, les traditions et les croyances.

Ce droit à la culture récemment reconnu dans la loi NOTRe⁶⁷⁵ ainsi que dans la loi du 7 juillet 2016⁶⁷⁶, en tant que droit fondamental, doit bénéficier à l'enfant mineur et être mis en œuvre dans son seul intérêt.

L'enfant est très réceptif au monde dans lequel il vit, et la culture transmise à l'enfant mineur fera partie intégrante de sa construction personnelle et de son patrimoine culturel.

Ce droit à la culture, réalité juridique⁶⁷⁷, est aussi divers que varié. Certains parlent d'identité culturelle mais ce terme peut engendrer des polémiques, c'est pourquoi nous parlerons de diversité culturelle.

⁶⁷³ Art. 30 CIDE : «*Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe*»

⁶⁷⁴ Art. 31 CIDE : «*1- Les Etats parties reconnaissent à l'enfant le droit [...] et de participer librement à la vie culturelle et artistique. 2- Les Etats respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles dans les conditions d'égalité*»

⁶⁷⁵ Art 103 loi n° 2015-991 du 7 août 2015 cité supra

⁶⁷⁶ Loi n° 2016-925 du 7 juill. 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine citée supra sous 672

Mais ce droit à la culture est très vaste. Aussi il est difficile de le limiter car la culture en soi est illimitée. Tout peut être ou devenir culturel.

Ainsi chaque pays a sa propre culture (peintres, écrivains, langue, patois, valeurs, traditions, croyances, plats culinaires...) mais aussi des pratiques ancestrales diverses et variées qui font également partie de la culture.

La culture permet à l'enfant mineur de construire sa conception de la vie et lui permettra d'en changer lorsqu'il sera devenu adulte.

Enfin, le droit à la culture réside dans son importance pour l'égalité des chances. Ainsi chaque enfant mineur, dans son intérêt, a le droit comme tout enfant, de bénéficier, en fonction de ses capacités et de ses désirs, à ce droit.

Le droit à la culture, ainsi qu'on l'a déjà brièvement évoqué, comprend le droit à l'instruction. Droit qui fut pendant longtemps réservé à une minorité.

⁶⁷⁷ Cécile Romainville, *Le droit à la culture une réalité juridique*, Ed. Bruylant, mars 2014,

CHAPITRE VI

DROIT A L'INSTRUCTION

Ce droit à l'instruction qui fut pendant longtemps réservé à une minorité aisée vit se profiler en droit positif une évolution constitutionnelle et législative (section I) avant de se voir reconnaître une existence européenne et internationale (Section II) qui donne lieu à la liberté de l'enseignement public (Section III) et privé (Section IV).

De ce droit à l'instruction découlent des droits et des devoirs pour les enseignants et les parents mais aussi pour les élèves (Section V) et le droit pour les étudiants de prendre part à la vie universitaire (Section VI).

SECTION I

LA LENTE EVOLUTION CONSTITUTIONNELLE ET LEGISLATIVE EN DROIT POSITIF

Avant la révolution française l'enseignement était prodigué par le clergé dont seule une minorité aisée pouvait profiter.

La constitution de 1791⁶⁷⁸ déclarait : *«Il sera créé et organisé une instruction commune publique à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes»*.

En 1792 Condorcet⁶⁷⁹ affirmait, dans son *rapport sur l'instruction publique*, que tous les citoyens devaient avoir accès à l'instruction.

Dès 1833⁶⁸⁰ la loi Guizot obligeait les communes à ouvrir des écoles primaires publiques pour les garçons. En 1850⁶⁸¹ la loi Falloux établit l'ouverture d'écoles communales pour les filles.

Mais ce sont les lois Jules Ferry de 1881 et 1882 qui mettent en place l'enseignement primaire obligatoire, laïc et gratuit pour les filles et les garçons entre six et treize ans.

Bien que son importance ait toujours été une préoccupation, la valeur constitutionnelle de ce droit n'a été reconnue qu'en 1946 à l'article 13 du préambule de la Constitution de la IV^{ème} République.

La contrepartie de ce droit à l'enseignement est l'obligation scolaire. A l'origine cette obligation scolaire a été imposée afin d'éviter le travail des enfants et pour former des citoyens.

L'âge de cette obligation scolaire n'a cessé d'évoluer. En 1882 l'enfant était obligé d'aller à l'école jusqu'à l'âge de treize ans, puis jusqu'à l'âge de quatorze ans en 1936 et jusqu'à seize ans en 1959. Depuis la loi de juillet 2019⁶⁸² l'instruction est désormais

⁶⁷⁸ Constitution du 3 septembre 1791 qui comprend la DDH de 1789

⁶⁷⁹ Nicolas de Condorcet, mathématicien, philosophe, homme politique français, né le 17 septembre 1743 à Ribemont et décédé à Bourg de l'Egalité (aujourd'hui Bourg-la-Reine), le 29 mars 1794

⁶⁸⁰ Loi Guizot du nom du ministre de l'instruction publique du 28 juin 1833

⁶⁸¹ Loi du 15 mars 1850 élaborée par le Comte Frédéric Alfred Pierre de Falloux

⁶⁸² Loi n° 2019-791 du 26 juill. 2019 modifiant l'art. L 131-1 C de l'éducation

obligatoire dès l'âge de trois ans⁶⁸³ et s'applique à tout enfant résidant en France et, ce sous peine de poursuites pénales⁶⁸⁴ à l'encontre des parents.

De plus en cas de manque d'assiduité de l'enfant, le législateur a mis en place des dispositions afin de lutter contre l'absentéisme injustifié⁶⁸⁵.

Nous verrons que la scolarité de l'enfant peut se faire au sein d'un établissement scolaire public ou privé. La scolarité peut également se faire dans la famille de l'enfant soit par choix, soit par le fait de diverses causes (maladie, éloignement etc...), dans ce cas un contrôle par le Directeur académique des services départementaux de l'Education nationale (DASEN) a lieu afin de vérifier que l'enfant reçoit bien l'instruction et qu'il acquiert bien les connaissances.

Rappelons que la scolarité dans la famille n'est pas sans présenter un risque d'appartenance à une secte ainsi que nous l'avons déjà évoqué.

Depuis la loi de 2005⁶⁸⁶ l'éducation est une priorité nationale, et ce droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre *«de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté»*⁶⁸⁷.

De plus *«pour garantir ce droit (à l'éducation) dans le respect de l'égalité des chances des aides sont attribuées aux élèves et aux étudiants selon leurs ressources et leurs mérites»*⁶⁸⁸.

Cette loi dispose que les parents d'un enfant mineur non émancipé ne peuvent pas s'opposer à la poursuite de ses études au-delà de seize ans car l'enfant mineur dispose du droit de poursuivre sa scolarité⁶⁸⁹. Dans le cas où l'enfant se heurterait à l'opposition de ses parents pour la poursuite de sa scolarité, ce conflit sera réglé par le juge des enfants qui pourra même ordonner une mesure éducative dans les conditions prévues aux articles 375 et suivants du Code civil.

⁶⁸³ Art. L 131-1 à L 131-13 C. de l'éducation

⁶⁸⁴ Art. 227-17-1 et R 624-7 C. pénal

⁶⁸⁵ Art. L 131-8 et L 111-3 C. de l'éducation, art L 141-1 et L 141-2 C. de l'action sociale et des familles

⁶⁸⁶ Loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 dite loi Fillon d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, a renforcé le droit de l'enfant à l'éducation en modifiant l'art. L 111-1 C. de l'éducation ainsi : *«L'éducation est la priorité nationale [...]»* puis cet article a été modifié par la loi n° 2013-593 du 8 juill. 2013

⁶⁸⁷ Art. L 111-1 alinéa 4 C. de l'éducation modifié par la loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance

⁶⁸⁸ Art L 111-1 alinéa 5 C. de l'éducation cité supra

⁶⁸⁹ Art. L 122-2 C. de l'éducation modifié par la loi n° 2013-595 du 8 juill. 2013 modifié par l'ordonnance n°2019-861 du 21 août 2019 et par la loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019

La loi du 11 février 2005⁶⁹⁰ pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées affirme le droit pour chacun à une scolarisation en milieu ordinaire au plus près de son domicile et à un parcours scolaire continu et adapté.

Pourtant ce droit à l'instruction, priorité nationale, se heurte au système scolaire existant mal adapté voire inadapté pour les enfants handicapés.

C'est pourquoi l'article L 132-2 du Code de l'éducation prévoit désormais un service public de l'enseignement à distance organisé notamment pour : «[...] 3° Assurer l'instruction des enfants qui ne peuvent être scolarisés dans une école ou dans un établissement scolaire, notamment ceux à besoins éducatifs particuliers. Des supports numériques adaptés peuvent être fournis en fonction des besoins spécifiques de l'élève» faisant ainsi du droit à l'éducation, le droit de recevoir un savoir et non pas seulement celui d'aller à l'école.

Cette priorité nationale s'inscrit dans le droit de chacun à l'instruction dont il a besoin en considération de son âge et de son aptitude intellectuelle.

SECTION II

LA RECONNAISSANCE EUROPEENNE ET INTERNATIONALE DU DROIT A L'EDUCATION

Le droit à l'éducation est également contenu :

- dans l'article 26 DUDH : «1. Toute personne a droit à l'éducation. L'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire. [...] 2. L'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales...»,

- dans l'article 17 de la Charte sociale européenne : «[...] 2. à assurer aux enfants et aux adolescents un enseignement primaire et secondaire gratuit, ainsi qu'à favoriser la régularité de la fréquentation scolaire»,

⁶⁹⁰ Loi n° 2005-102 du 11 fév. 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées

- dans l'article 13 du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : *«I. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation. Ils conviennent que l'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et du sens de sa dignité et renforcer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales»*,

- dans l'article 14 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne : *«Toute personne a droit à l'éducation ainsi qu'à la formation professionnelle continue. Ce droit comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire»*.

Le droit à l'enseignement est également consacré à l'article 2 du protocole n° 1⁶⁹¹ adopté de la CESDH en 1952 qui énonce : *«Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction»*. De plus selon la CEDH, cette disposition confère un véritable droit d'accès aux établissements scolaires⁶⁹² et consacre un pluralisme éducatif⁶⁹³.

Dans son arrêt du 25 février 1982, la CEDH a également marqué la différence entre les notions d'éducation et d'enseignement en précisant que *«l'éducation des enfants [était] la somme des procédés par lesquels, dans toute société, les adultes [tentaient] d'inculquer aux plus jeunes leurs croyances, coutumes et autres valeurs, tandis que l'enseignement ou l'instruction [visaient] notamment la transmission des connaissances et la formation intellectuelle»*⁶⁹⁴.

Bien que la Cour admette que le droit à l'instruction ne soit pas absolu et puisse donner lieu à des limitations⁶⁹⁵, elle exige toutefois que ces limitations soient notamment légitimes⁶⁹⁶.

Enfin l'article 28 de la CIDE fait du droit à l'éducation un droit spécifique du droit du mineur en énonçant : *«Les Etats parties reconnaissent le droit à l'éducation, et en particulier*

⁶⁹¹ CEDH du 10 nov. 2005, Leyla Sahin c/Turquie ; V. aussi CEDH du 13 déc. 2005, Timichev c/Russie ; V aussi CEDH Velyo Velez c/Bulgarie du 27 mai 2014 devenu définitif le 27 août 2014. Pour la CEDH le droit à l'instruction est indispensable à la réalisation des droits de l'homme, occupe une place fondamentale et aucune interprétation restrictive de la première phrase ne correspond au but recherché

⁶⁹² CEDH du 23 juill. 1968 affaire linguistique belge. Dans cet arrêt (§5) la Cour indique également que le droit à l'instruction n'est pas absolu car il peut donner lieu à des limitations implicitement admises sachant *«qu'il (le droit à l'instruction) appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat»*

⁶⁹³ CEDH du 22 mars 1983 Campbell et Cosans c/Royaume-Uni, n°7611/76 et n°7743/76, note R. Pelloux «Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme en 1982», *AFDI* 1983, p. 246 et 265, à propos des châtiments corporels dans les écoles écossaises,

⁶⁹⁴ V CEDH du 22 mars 1983 Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni n° 7611/76 et n°7743/76 cité supra

⁶⁹⁵ CEDH du 23 juill. 1982 déjà cité supra. Dans cet arrêt (§5) la Cour indique également que le droit à l'instruction n'est pas absolu car il peut donner lieu à des limitations implicitement admises sachant *«qu'il (le droit à l'instruction) appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat»*

⁶⁹⁶ CEDH du 10 nov. 2005 Leyla Sahin c/Turquie déjà cité supra, pour la Cour la limitation du droit à l'instruction des Etats doit être prévisible pour le justiciable et tendre à un but légitime.

en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances : Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuits pour tous [...]» ; l'article 29 de la CIDE définit quant à lui les objectifs du droit à l'éducation : «1. Les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à : a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant, et au développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités ; b) Inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies».

L'intérêt de l'enfant est la source du droit à l'instruction. En effet, l'instruction conditionne le développement, l'épanouissement et la vie de l'enfant mineur et lui permettra de devenir un citoyen et un membre de la communauté.

L'instruction permet aussi à l'enfant mineur de développer sa personnalité, son identité, ses capacités intellectuelles ainsi que d'améliorer ses conditions de vie.

L'instruction c'est enfin l'outil essentiel pour le développement économique, social et culturel de l'enfant mineur.

L'instruction de l'enfant mineur, qui se fait par l'acquisition de connaissances parmi lesquelles se trouvent les droits dont il est titulaire, nécessite l'intervention de tiers (parents, enseignants).

Toutefois l'âge et la maturité de l'enfant mineur conditionnent l'aptitude à cet apprentissage pour la transmission des connaissances.

Nous avons évoqué ci-avant l'obligation scolaire et avons indiqué que les parents avaient la liberté de choisir entre l'enseignement dans une école publique ou dans une école privée.

SECTION III

LA LIBERTE D'ENSEIGNEMENT PUBLIC

L'enseignement public est commandé par trois principes, savoir :

*l'obligation scolaire

*la laïcité

*la gratuité.

Abordons ces trois principes essentiels de l'enseignement public.

A/L'obligation

Ce principe implique, depuis la loi de juillet 2019, que tous les enfants âgés de trois à seize ans doivent recevoir un enseignement⁶⁹⁷, et les parents ne peuvent pas décider d'arrêter l'enseignement d'un enfant avant l'âge de seize ans sauf dans le cas d'une formation professionnelle en parallèle à la formation scolaire.

De plus cette obligation devient un droit de poursuivre sa scolarité pour l'enfant âgé de plus de seize ans⁶⁹⁸.

Le non-respect de cette obligation de scolarité peut être sanctionné⁶⁹⁹.

B/La gratuité

La gratuité imposée, afin que l'école soit ouverte à tous, a été consacré pour l'enseignement primaire en 1881 et pour l'enseignement secondaire par diverses lois ultérieures.

La gratuité, valeur constitutionnelle, contenue dans le préambule de la constitution de 1946, implique l'absence de paiement de droits d'inscription et la fourniture aux élèves des livres et cahiers.

⁶⁹⁷ Art. L131-1 C. de l'éducation modifié par la loi n°2019-791 du 26 juill. 2019

⁶⁹⁸ Art. L122-2 C. de l'éducation cité supra

⁶⁹⁹ Art. 227-17-1 et R 624-7 C. Pénal déjà cités supra

Bien que la gratuité à *tous les degrés* soit énoncée dans le préambule de la Constitution de 1946 ce n'est pas le cas pour l'enseignement supérieur.

En effet, la loi autorise la perception de droits d'inscription et les étudiants assument l'achat de leurs livres, le coût des transports, le montant des loyers etc... Un système de bourses pallie partiellement cette absence de gratuité.

Dans l'enseignement secondaire les parents aussi sont sollicités pour participer de différentes manières au fonctionnement des établissements.

Le coût croissant de l'Education nationale est une réalité et il est très difficile de satisfaire à l'exigence de gratuité pour tous les degrés de l'enseignement.

C/La laïcité

Selon le Préambule de la Constitution de 1946 et la Constitution de 1958, la France est une République qui «*respecte toutes les croyances*» (article premier).

Le principe de laïcité découle directement de ces dispositions et implique que l'école soit un milieu neutre qui ne prenne pas parti en matière politique, religieuse ou philosophique et ce, bien que l'école doive former les hommes de demain et leur enseigner la clairvoyance, la connaissance, le libre arbitre et l'ouverture d'esprit.

Le principe de laïcité interdit notamment l'organisation de réunions politiques dans les locaux scolaires⁷⁰⁰ mais un groupement non politique peut organiser une réunion sur des thèmes politiques⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ CE 8 nov.1985 *Ministère de l'Education nationale c/Rudent* Rec 316

SECTION IV

LA LIBERTE D'ENSEIGNEMENT PRIVE

L'enseignement privé a pendant longtemps été interdit puis a donné lieu à de violents débats politiques. Cela peut s'expliquer par des oppositions politiques et religieuses mais surtout par le fait que l'enseignement est sous l'emprise de l'Etat.

La loi Guizot du 28 juin 1883 a rétabli la liberté dans l'enseignement primaire, puis la loi Falloux du 15 mars 1850 l'a, quant à elle, rétabli dans l'enseignement secondaire, et enfin la loi Dupanloup du 12 juillet 1875 l'a rétabli dans l'enseignement supérieur.

Mais les lois scolaires de la III^{ème} République sont venues restreindre cette liberté et ce fut alors «la guerre scolaire». Il faudra atteindre les lois *Marie et Barangé* de 1951⁷⁰² pour trouver un compromis, mais le problème n'était pas pour autant réglé. La loi *Debré* du 31 décembre 1959⁷⁰³ parut régler la question. Mais en 1984 le conflit fut de nouveau de rigueur. En effet le législateur avait comme projet de créer un «service public unifié» de l'enseignement mais le conflit engendré par ce projet justifia son retrait par le président de la République⁷⁰⁴.

On s'avança alors vers une reconnaissance constitutionnelle de l'enseignement privé. Le Conseil constitutionnel saisi de la loi *Guermeur* complétant la loi de 1959⁷⁰⁵, déclara que le principe de la liberté de l'enseignement rappelé par la loi du 31 mars 1931⁷⁰⁶ constitue «l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République», réaffirmés par le préambule de la Constitution 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle⁷⁰⁷.

⁷⁰¹ CE 1^{er} mars 1993, *Ministre de l'Education nationale c/Association des parents d'élèves de l'enseignement public*

⁷⁰² Loi «Marie» et loi «Barangé» votées les 21 et 28 sept. 1951

⁷⁰³ Loi n° 59-1557 du 31 déc. 1959 sur les rapports entre l'Etat et les établissements d'enseignement privés

⁷⁰⁴ Monsieur François Mitterrand était alors le président de la République.

⁷⁰⁵ Loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 citée supra

⁷⁰⁶ Art. 91 loi de finances du 31 mars 1931

⁷⁰⁷ CC, déc. n° 77-87 DC du 23 nov. 1977, GDCC, déjà cité supra

Le statut constitutionnel de cette liberté a été réaffirmé par le Conseil constitutionnel en 1984⁷⁰⁸.

Afin que cette liberté puisse exister, les établissements privés bénéficient de l'aide financière de l'Etat *«et toute diminution de cette aide pourrait être considérée comme une atteinte à cette liberté»*⁷⁰⁹. Dans ce cas l'établissement privé est sous contrat avec l'Etat. C'est la solution choisit par une grande majorité des établissements privés.

La loi *Debré* de 1959, sus-visée, a d'ailleurs prévu deux sortes de contrats : soit un contrat simple soit un contrat d'association, dans ce dernier cas l'Etat est l'employeur. Mais l'établissement privé peut vouloir fonctionner de manière autonome financièrement sans demander aucune aide aux collectivités locales.

S'il existe la liberté de l'enseignement, tous les protagonistes qui prodiguent l'enseignement ou qui le recoivent ont des droits et devoirs.

⁷⁰⁸ CC n° 84-184 du 29 déc. 1984 et CC n° 84-185 DC du 18 janv. 1985

SECTION V

LES DROITS ET LES DEVOIRS DES ENSEIGNANTS, DES PARENTS ET DES ELEVES

§ 1 - Droits et devoirs des enseignants

Tout d'abord les enseignants doivent respecter les opinions et convictions de leurs élèves et se garder de les blesser⁷¹⁰. Les devoirs des enseignants sont différents selon les cycles c'est-à-dire l'âge des enfants.

Il fut même un temps où les instituteurs devaient être un modèle pour les enfants, bien que l'exigence de moralité ait été supprimée dans les textes, dans les faits elle demeure et évolue selon les époques.

Depuis la loi de 2019⁷¹¹ *«l'engagement et l'exemplarité des personnels de l'éducation nationale confortent leur autorité dans la classe et l'établissement et contribuent au lien de confiance qui doit unir les élèves et leur famille au service public de l'éducation. Ce lien implique le respect des élèves et de leur famille à l'égard des professeurs, de l'ensemble des personnels et de l'institution»*.

L'enseignement supérieur est par excellence le domaine de la liberté d'expression. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs affirmé *«la libre expression et l'indépendance des personnels»*⁷¹² de l'enseignement supérieur.

§ 2 - Droits et devoirs des parents

Les parents ont l'obligation de donner une instruction à leur enfant ; et l'obligation scolaire à laquelle est soumis l'enfant mineur relève du droit à l'instruction.

En principe *«l'instruction est assurée prioritairement dans les établissements d'enseignement»*⁷¹³ mais les parents peuvent, ainsi que nous l'avons déjà évoqué, choisir de

⁷⁰⁹ L. Favoreu et L. Philip, GDCC, Dalloz, 8^{ème} éd. pp. 344-345

⁷¹⁰ TC 2 juin 1908 Girodet c/ Morizot Rec. 603

⁷¹¹ Art 111-3-1 C. de l'éducation créé par la loi n° 2019-791 du 26 juill. 2019 déjà citée

dispenser eux-mêmes l'enseignement à leurs enfants car cette prérogative est attachée à l'autorité parentale⁷¹⁴.

L'article 2 du protocole 1 de la CESDH, déjà cité, consacre non seulement le droit à l'instruction mais également le droit des parents au respect de leurs convictions religieuses et philosophiques, l'article 9 de la CESDH, quant à lui, consacre la liberté de pensée et de conscience, et enfin, l'article 14 alinéa 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques⁷¹⁵.

Aussi s'ils choisissent l'enseignement public pour leurs enfants, le choix de l'école leur sera imposé par la carte scolaire, ce qui n'est pas le cas dans le choix d'un établissement scolaire privé.

Le décret du 30 août 1985⁷¹⁶ a prévu une participation des parents d'élèves au sein du conseil d'administration pour les établissements publics d'enseignement (collèges et lycées). Ce droit permet ainsi aux parents d'élèves d'être informés tant du fonctionnement de l'établissement scolaire, que des projets et des dotations alloués.

§ 3 - Droits et devoirs des élèves et des étudiants

Tout d'abord les élèves doivent être présents à l'école, assister à l'enseignement prodigué, se plier aux règles de fonctionnement de leur établissement, respecter leurs enseignants et les biens de l'établissement

Les élèves doivent respecter les dispositions de la loi du 15 mars 2004⁷¹⁷ encadrant, au vu du principe de la laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

Bien que la liberté religieuse soit reconnue aux élèves dans les établissements publics, ils leur est cependant interdit de manifester «*ostensiblement une appartenance religieuse*» mais les signes «*discrets*» d'appartenance restent possibles.

⁷¹² CC. Déc. N° 83-165 DC du 20 janv. 1984

⁷¹³ Art. L 131-1-1 C. de l'éducation

⁷¹⁴ C. Neirinck, «*Les droits des parents d'enfant en âge scolaire*», *Dr. fam.* 2011, étude n° 18

⁷¹⁵ J. Pertek «art II-74» in L. Burgogne-Larsen, A. Levade et F. Picot (dir.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, commentaire article par article. Partie II, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruylant, 2005, P. 203 ; G. Braibant, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, coll. «points», Seuil 2003, p. 129

⁷¹⁶ Décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement

⁷¹⁷ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 sur la laïcité déjà citée

En effet «*le port de signes ou de tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit*»⁷¹⁸.

Le pouvoir réglementaire est aussi intervenu pour reconnaître le droit aux collégiens et aux lycéens de participer au fonctionnement de l'établissement dans lequel ils se trouvent⁷¹⁹.

Puis par décret du 18 février 1991⁷²⁰ modifiant celui de 1985, il est reconnu aux lycéens la liberté de presse et la liberté d'association ainsi que la liberté d'expression et la liberté de réunion aux collégiens et lycéens.

Les collégiens et lycéens peuvent donc pleinement s'impliquer dans le fonctionnement de l'établissement scolaire dans lequel ils sont scolarisés.

Pour l'intérêt de l'enfant mineur, cette implication est une opportunité tant sur le plan personnel qu'intellectuel. En effet, il pourra comprendre que le droit à l'instruction dont il jouit et qui s'opère par le biais des établissements scolaires est un effort de tous les jours qui génère un coût financier non négligeable.

§ 4 - Les élections universitaires

Les élections universitaires sont celles qui permettent aux étudiants d'élire leurs représentants au sein des organes gérant l'université.

Tout d'abord en 1945, le Décret Capitant⁷²¹ institua la participation des étudiants élus aux Conseils de faculté et d'université.

Puis le 25 avril 1946⁷²², les délégués des étudiants (UNEF⁷²³) de France votent la Charte de Grenoble⁷²⁴ dans laquelle l'étudiant est défini comme «*un jeune travailleur ayant des droits et des devoirs*» ; c'est la naissance du syndicalisme étudiant.

La loi Faure du 12 novembre 1968⁷²⁵ prévoit notamment le principe de participation des étudiants par leur élection de conseillers chargés d'administrer les Etablissements publics à caractère scientifique et culturel (EPSC), établissements nouveaux créés par Edgar Faure,

⁷¹⁸ Art. L141-5-1 C. de l'éducation issu de la loi du 15 mars 2004 sur la laïcité

⁷¹⁹ Décret n°85-924 du 30 août 1985

⁷²⁰ Décret n° 91-173 du 18 fév. 1991 relatif aux droits et obligations des élèves dans les établissements publics locaux d'enseignement du second degré.

⁷²¹ Décret n° 45-2075 du 31 août 1945 dit décret Capitant du nom du ministre de l'Education nationale (René Capitant)

⁷²² 35^{ème} congrès de l'UNEF qui s'est tenu à Grenoble le 25 avril 1946

⁷²³ Union Nationale des Etudiants de France (UNEF)

⁷²⁴ Art. 4 de la Charte de Grenoble : «*En tant que travailleur, l'étudiant a droit au travail et au repos dans les meilleures conditions et dans l'indépendance matérielle* »

⁷²⁵ Loi n° 68-978 du 12 nov. 1968 dite loi Edgar Faure loi d'orientation de l'enseignement supérieur

alors ministre de l'Éducation nationale et les Unités d'enseignement et de recherche (UER) qui remplacent les anciennes facultés.

Ces conseils sont composés par des enseignants, des chercheurs, des étudiants et par des membres du personnel non enseignant.

Cette loi d'orientation de 1968 a aussi créée de nouvelles instances consultatives dans lesquelles on trouve des étudiants : le Conseil national de l'enseignement supérieur et de recherche (CNESER) et les conseils régionaux de l'enseignement supérieur et de la recherche (CRESER) ces derniers étant restés sans portée pratique.

SECTION VI

LE DROIT A L'INSTRUCTION ET A L'EDUCATION DE L'ENFANT MINEUR

On parle indifféremment d'instruction ou d'éducation (art 2 protocole 1 CESDH) ; ces deux termes ont le même but et la même finalité notamment l'apprentissage et la transmission de connaissances à l'enfant mineur.

On peut affirmer que ce droit est par essence le droit de l'enfant mineur car l'obligation de scolarité de l'enfant dès l'âge de trois ans jusqu'à l'âge de seize ans lui permet de recevoir l'instruction nécessaire à son éveil.

Le droit à l'instruction pour l'enfant est reconnue par l'article 28 de la CIDE ; quant à l'article 29 de la CIDE, il précise son but et sa finalité ainsi que sa diversité : *« l'éducation de l'enfant doit viser à [...] a) favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités, b) inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies », mais aussi « [...] préparer l'enfant à assumer ses responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes... »*

L'instruction comprend notamment l'apprentissage de la lecture, de l'écriture ainsi que bien d'autres matières qui permettent à l'enfant d'acquérir des connaissances en fonction de son âge, et ce, afin de pouvoir progresser aux fins d'acquérir d'autres connaissances qui lui permettront à moyen et long terme d'avoir une ouverture d'esprit et le libre arbitre.

Ce droit à l'éducation⁷²⁶ se combine avec l'intérêt supérieur de l'enfant⁷²⁷, le droit de l'enfant au repos et aux loisirs⁷²⁸ qui consiste notamment à se livrer à des jeux et à des activités récréatives propres à son âge, mais aussi avec le droit de se livrer librement à la vie culturelle et artistique ainsi qu'il a été dit ci-avant.

Poussons plus loin l'analyse. L'intérêt de l'enfant et le droit à l'éducation interagissent : l'intérêt de l'enfant a besoin du droit à l'éducation pour croître, s'étoffer et s'enrichir en substance ; l'éducation pour se répandre, s'ancrer, se transmettre et perdurer a besoin de l'intérêt de l'enfant.

Ainsi le droit à l'éducation assurera pleinement son rôle : permettre l'épanouissement de la personnalité et le développement personnel de l'enfant mineur ainsi que le préparer à assumer ses responsabilités dans la société.

En fonction de son âge l'enfant mineur peut, selon le décret du 30 août 1985, participer au fonctionnement de son collège et de son lycée.

Le décret du 18 février 1991 modifiant le décret du 30 août 1985 reconnaît aux lycéens la liberté de presse et d'association ainsi que la liberté d'expression et de réunion aux collégiens et lycéens.

S'il a obtenu son baccalauréat l'enfant mineur peut également poursuivre des études supérieures et être étudiant soit dans une école soit dans une université, à ce titre *«L'Etat prévoit les moyens nécessaires, dans l'exercice de ses compétences, à la prolongation de la scolarité qui en découle [...]»*⁷²⁹ et plus généralement les *«Etats assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés »*⁷³⁰.

Devenu étudiant, il pourra participer aux élections universitaires.

L'intérêt de l'enfant motive et justifie ce droit à l'instruction. Ce droit est l'essence même de la construction et du développement de l'enfant mineur. En effet, l'instruction prodiguée à l'enfant mineur a pour objectif non seulement la transmission de connaissances générales mais aussi de connaissances plus spécifiques dans un domaine particulier qui doit lui permettre d'accéder au monde du travail et de trouver un emploi.

⁷²⁶ Art 2 protocole 1 CESDH, art. 28 et 29 CIDE et art. 17 de la Charte européenne

⁷²⁷ Art. 3 CIDE

⁷²⁸ Art. 31 CESDH

⁷²⁹ Art L 122-2 C. de l'éducation

⁷³⁰ Art 28-1 c) CIDE

Ce droit à l'instruction dont le but est de transmettre des connaissances et des compétences à l'enfant mineur, le conduira, à plus ou moins long terme, en entrant dans le monde du travail

C'est pourquoi ce droit à l'instruction ne peut se limiter à l'obligation scolaire prévue que pendant un laps de temps (de trois à seize ans)⁷³¹, mais doit se prolonger dans le temps afin de permettre à l'enfant d'acquérir toutes les connaissances et compétences dont il aura besoin pour l'exercice d'une activité professionnelle⁷³².

Ainsi l'alinéa 1^{er} de l'article L 122-2 du Code de l'éducation précise : *«Tout élève qui, à l'issue de la scolarité obligatoire, n'a pas atteint un niveau de formation sanctionné par un diplôme national ou un titre professionnel enregistré et classé au niveau 3 du répertoire national des certifications professionnelles doit pouvoir poursuivre des études afin d'acquérir ce diplôme ou ce titre»*. Et l'alinéa 2 du même article affirme : *«Tout jeune sortant du système éducatif sans diplôme bénéficie d'une durée complémentaire de formation qualifiante qu'il peut utiliser dans des conditions fixées par décret. Cette durée complémentaire de formation qualifiante peut consister en un droit au retour en formation initiale sous statut scolaire»*.

C'est une véritable avancée dans l'intérêt de l'enfant, car bien que le terme «l'intérêt de l'enfant» ne soit jamais employé dans les dispositions des articles L 131-1 et L 122-2 du Code de l'éducation, seul l'intérêt de l'enfant peut justifier que ce droit à l'instruction se poursuive jusqu'à l'obtention d'un diplôme ou d'un titre.

La formation qualifiante, dont peut bénéficier l'enfant même au-delà de seize ans, est pour lui l'opportunité d'avoir une seconde chance dans le but de lui permettre d'obtenir un emploi.

C'est pourquoi le droit à l'instruction ne cesse d'évoluer pour s'adapter à l'intérêt de l'enfant et les nouvelles technologies ne peuvent être ignorées par l'instruction prodiguée aux enfants mineurs.

Abordons à présent le droit directement en lien avec le droit de l'instruction puisque l'instruction doit y conduire : le droit au travail.

⁷³¹ Art. 131-1 alinéa 1^{er} C. de l'éducation déjà cité supra

⁷³² Art. 131-1 alinéa 2 C. de l'éducation : *«La présente disposition ne fait pas obstacle à l'application des prescriptions particulières imposant une scolarité plus longue»* et art. 122-2 alinéa 2 C. de l'éducation version en vigueur au 1^{er} septembre 2020 : *«Tout mineur dispose du droit de poursuivre sa scolarité au-delà de l'âge de seize ans»*

CHAPITRE VII

LE DROIT A L'EMPLOI

De tout temps l'homme a travaillé mais il a fallu attendre longtemps pour que cela devienne un droit ; le droit au travail participe à la dignité humaine. En effet, le travail procure des ressources qui doivent permettre à l'homme de vivre dignement.

Ce droit jouit d'une reconnaissance par la DDH (Section I), bénéficie à l'enfant (Section II) qui peut être titulaire d'un contrat de travail (Section III – IV et V) ou d'un contrat d'apprentissage (Section VI).

SECTION I

DE LA RECONNAISSANCE DU DROIT AU TRAVAIL

L'article 21 de la DDH de 1793 affirme *«Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler»*.

Ce droit au travail est également affirmé dans la Constitution du 24 juin 1793⁷³³.

Puis en 1848, sous le III^{ème} République, le droit au travail devint une priorité et furent créés à cet effet les Ateliers nationaux permettant de fournir aux chômeurs un travail.

Ce droit figure aussi dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui affirme : *«Chacun a le devoir de travailler et d'obtenir un travail»*, et, est repris dans la Constitution du 5 octobre 1958.

L'article 23 de la DUDH énonce *«Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage»*.

L'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966⁷³⁴ reconnaît le droit au travail ainsi que dans l'article 15-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne⁷³⁵.

Le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du mois de mai 1983⁷³⁶, affirmé qu'il appartient au législateur *«de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre d'intéressés»*.

Le droit au travail est donc un principe constitutionnel mais sa portée juridique est très limitée.

Le droit au travail se trouve codifié dans le Code du travail, dans lequel on trouve les droits et les devoirs des salariés ainsi que des employeurs. Ce code est récent car il date de 1911.

⁷³³ Art. 17 : *«Nul genre de travail, de culture, de commerce ne peut être interdit à l'industrie des citoyens»*

⁷³⁴ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 déc. 1966 cité supra

⁷³⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 déc. 2000

⁷³⁶ CC n° 83-156 du 28 mai 1983

Malheureusement ce droit est devenu moins effectif à cause des difficultés économiques qui pèsent sur la France depuis les années 1970.

Le droit au travail qui constitue également un droit de l'Homme a été modifié par plusieurs lois votées récemment ; lesdites lois ont également modifié les instances représentatives dans les entreprises. Pour information nous ne citerons ici que les lois qui ont apporté des modifications significatives au Code du travail car la matière est dense et mériterait à elle seule d'être un sujet de thèse.

Tout d'abord en 2016, le gouvernement de Monsieur Emmanuel Valls a eu recours à l'article 49-3 de la Constitution pour faire passer le texte de la loi du 8 août 2016⁷³⁷.

Cette loi a fait l'objet de vives critiques et a donné lieu à de nombreux articles dans la presse⁷³⁸ car elle a introduit une «inversion de la hiérarchie des normes» en prévoyant qu'un accord négocié au sein de l'entreprise puisse remplacer un accord de branche, et ce même s'il est défavorable aux salariés⁷³⁹.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 4 août 2016 a retoqué les modalités du référendum prévues par la loi El Khomri⁷⁴⁰.

Puis vinrent les cinq ordonnances du 22 septembre 2017⁷⁴¹ qui ont confirmé le principe de la primauté de l'accord d'entreprise instauré par la loi du 8 août 2016 sauf les thèmes contenus dans l'article L2253-1 du Code du travail qui ont ensuite fait l'objet d'une loi de ratification le 29 mars 2018⁷⁴².

Ces ordonnances conservent notamment les grands principes : salaires minimum (smic) durée du travail (trente cinq heures et lutte contre les discriminations), mais une grande place est accordée aux accords d'entreprise⁷⁴³, qui sont, en fait, des négociations, pour régler les relations entre employeurs et salariés ; l'accord de branche viendrait supplanter le manque

⁷³⁷ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 dite loi travail ou loi El Khomri

⁷³⁸ Alexandre Lemarié et Matthieu Goar « le projet de loi sur le droit du travail, l'opposition se méfie du report », Le Monde 26 fév. 2016 ; Catherine Gesté et Sébastien Lernoüld « Réforme du travail : les mesures phares du projet de loi El Khomri » Le Parisien 17 fév. 2016 ; Philippe Légé, Production et légitimation d'une réforme : Le « Projet de loi travail », éd. du Croquant, 2019, 158 p.

⁷³⁹ Ces dispositions figuraient initialement sous l'article 2 du projet de loi, et figurent sous l'article 8 de la loi El Khomri votée le 8 août 2016 (Art. L3121-6, L 3121-7, L 3121-12 et L 3121-19 C. du travail)

⁷⁴⁰ C. Const. Décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016

⁷⁴¹ L'ordonnance n°2017-1385 relative au renforcement de la négociation collective, l'ordonnance n° 2017-1386 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, l'ordonnance n° 2017-1387 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, l'ordonnance n° 2017-1388 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective, l'ordonnance n° 2017-1389 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention

⁷⁴² Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation

⁷⁴³ Art. L 3121-6, L 3121-7, L 3121-12 et L 3121-9 C. du travail

d'accord sauf dans certains domaines où l'accord de branche conserve sa primauté (salaires minima, égalité professionnelle hommes femmes, conditions et durée de renouvellement de la période d'essai).

Ces ordonnances prévoient également que dans les entreprises où il n'existe pas de syndicat, ce qui est le cas dans quatre-vingt-seize pour cent des petites et moyennes entreprises (PME), un salarié pourra conclure un accord d'entreprise même si celui-ci n'est pas syndiqué. Dans les entreprises de onze à cinquante salariés un accord pourra être négocié avec un délégué du personnel non-mandaté par un syndicat. Dans les entreprises de moins de vingt salariés n'ayant pas élu du personnel un référendum pourra être organisé auprès des salariés à l'initiative de l'employeur. L'accord sera alors validé à la majorité des deux tiers.

Enfin ces ordonnances instaurent une instance unique de représentation qui regroupera les attributions des délégués du personnel (DP), du comité d'entreprise (CE) et du Conseil d'hygiène et de sécurité des conditions de travail (CHSCT) et ce sans limite de plafond mais un accord d'entreprise pourrait toujours décider de maintenir les institutions existantes ou d'en instaurer d'autres.

Ce nouvel organe dénommé «Comité Social et Economique» (CSE) concentrera toutes les compétences des trois instances existantes aujourd'hui : DP, CE et CHSCT et pourra agir en justice.

Ce nouvel organe a été mis en place le 1^{er} janvier 2020 dans toutes les entreprises d'au moins onze salariés.

SECTION II

LE DROIT AU TRAVAIL ET L'INTERET DE L'ENFANT

Précédemment, nous avons vu au paragraphe consacré au droit à l'instruction et à l'éducation, que l'enfant mineur devait être obligatoirement scolarisé de l'âge de trois ans à l'âge de seize ans.

A l'âge de seize ans révolus l'enfant bien que mineur peut entrer dans le monde du travail.

La prohibition du travail pour les enfants soumis à l'obligation scolaire est contenue notamment dans l'article 10 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et

culturels, ainsi que dans la Déclaration de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) relative aux principes et droits fondamentaux au travail et également dans l'article 7-1 de la Charte sociale européenne⁷⁴⁴.

L'article 32 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷⁴⁵ intitulé *«Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail»* proclame dans un premier temps que *«Le travail des enfants est interdit. L'âge minimal d'admission au travail ne peut être inférieur à l'âge auquel cesse la période de scolarité obligatoire, sans préjudice des règles plus favorables aux jeunes et sauf dérogations limitées»* tout en reconnaissant que *«Les jeunes admis au travail doivent bénéficier de conditions de travail adaptées à leur âge et être protégés contre l'exploitation économique ou contre tout travail susceptible de nuire à leur sécurité, à leur santé, à leur développement physique, mental, moral ou social ou de compromettre leur éducation »*.

La Charte sociale européenne et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 15 mars 1989⁷⁴⁶ renforcent la protection des enfants en interdisant le travail des enfants de moins de quinze ans.

Lorsque les enfants sont en âge de travailler ils bénéficient alors d'une protection particulière.

Ainsi la Convention n° 182 adoptée en 1999 par l'OIT⁷⁴⁷ prohibe notamment *«les pires formes de travail des enfants»*.

L'article 7-4 de la Charte sociale européenne précise qu'en *«vue d'assurer l'exercice effectif du droit des enfants et des adolescents à la protection, les Parties s'engagent [...] 3- à interdire que les enfants encore soumis à l'instruction obligatoire soient employés à des travaux qui les privent du plein bénéfice de cette instruction»*.

Et l'article 32-2⁷⁴⁸ de la CIDE énonce que *«l'enfant doit être protégé contre l'exploitation économique et n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou*

⁷⁴⁴ Art. 7-1 Charte sociale européenne du 3 mai 1996 signé à Strasbourg : *«En vue d'assurer l'exercice effectif du droit des enfants et des adolescents à la protection les parties s'engagent : 1- à fixer à 15 ans l'âge minimum d'admission à l'emploi, des dérogations étant toutefois admises pour les enfants employés à des travaux légers déterminés qui ne risquent pas de porter atteinte à leur santé, à leur moralité ou à leur éducation. 2- à fixer à 18 ans l'âge minimum d'admission à l'emploi pour certaines occupations déterminées, considérées comme dangereuses ou insalubres»*

⁷⁴⁵ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 déc. 2000, déjà cité supra

⁷⁴⁶ Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989 *«Protection des enfants et des adolescents 20. Sans préjudice de règles plus favorables aux jeunes, notamment celles assurant par la formation leur insertion professionnelle et sauf dérogations limitées à certains travaux légers, l'âge minimal d'admission au travail ne doit pas être inférieur à l'âge auquel cesse la période de scolarité obligatoire ni, en tout cas, à 15 ans»*

⁷⁴⁷ Convention n° 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination conclue à Genève le 17 juin 1999

⁷⁴⁸ Art. 32-2 : *«[...]les Etats, en particulier : a- fixent un âge minimum ou des âges minimums ou des âges minimum d'admission à l'emploi, b- prévoient une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi»*

susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou son développement physique, mental, moral ou social» et de poursuivre que les conditions de travail doivent être adaptées à leur âge⁷⁴⁹ ; les dispositions de cet article doivent naturellement se combiner avec celles relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant contenues dans l'article 3-1 de la CIDE.

L'article 7-5 de la Charte sociale européenne reconnaît aux jeunes travailleurs et apprentis le droit à une rémunération équitable ou une allocation appropriée et à bénéficier d'au moins quatre semaines de congés payés. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs énonce : *«21- Tout jeune exerçant un emploi doit percevoir une rémunération équitable, conformément aux pratiques nationales»*.

Au niveau national l'article L4153-1 du Code du travail dispose : *«Il est interdit d'employer des travailleurs de moins de seize ans»*.

Ce même article prévoit également des exceptions concernant notamment les *«mineurs de quinze ans et plus titulaires d'un contrat d'apprentissage dans les conditions prévues à l'article L6222-1»* ou *«d'élèves qui suivent un enseignement alterné ou un enseignement professionnel durant les deux dernières années de leur scolarité obligatoire, lorsqu'ils accomplissent des stages d'initiation, d'application ou des périodes de formation en milieu professionnel selon les modalités déterminées par décret»*.

La France, après avoir essuyé les critiques du Comité européen des droits sociaux sur la législation n'interdisant pas, avant l'âge de dix-huit ans, les activités dangereuses, a par un décret du 11 octobre 2013⁷⁵⁰ interdit certains travaux et les a réglementés pour les jeunes âgés de moins de dix-huit ans. Ce décret a également actualisé la liste des travaux interdits ou réglementés pour les jeunes travailleurs et les jeunes en formation professionnelle âgés d'au moins quinze ans et de moins de dix-huit ans.

Puis pas un autre décret en octobre 2013⁷⁵¹ la France a modifié la procédure de dérogation aux travaux interdits pour les jeunes en formation professionnelle.

Malgré une législation très protectrice dans l'intérêt de l'enfant, cela n'empêche pas l'enfant mineur âgé de quinze ou seize ans de pouvoir occuper un travail pendant une durée limitée. La prohibition du travail des enfants de moins de seize ans souffre donc d'exceptions afin de permettre l'insertion professionnelle future du mineur.

⁷⁴⁹ Art. 32-2 b de la CIDE

⁷⁵⁰ Décret n° 2013-915 du 11 octobre 2013, JORF n° 0239, 13 oct. 2013 détermine les travaux interdits au moins de dix-huit ans

⁷⁵¹ Décret n° 2013-914 du 11 oct. 2013 relatif à la procédure de dérogation prévue à l'article L 4153-9 C. du travail pour les jeunes âgés de moins de dix-huit ans

Ainsi, l'article 1145 du Code maritime permet aux enfants mineurs de treize à quinze ans de prendre part aux activités à bord des bateaux de pêche côtière pendant leurs vacances.

Cette prohibition de travail avant l'âge de seize ans n'empêche nullement les enfants de moins de seize ans de travailler dans le mannequinat ou dans le spectacle⁷⁵². De plus l'enfant mineur peut exécuter des travaux légers ne portant pas atteinte à l'obligation scolaire, et qui ne nuisent pas à l'éducation de l'enfant dès lors qu'il est âgé de quatorze ans⁷⁵³.

Les travaux légers concernant les enfants âgés de quatorze à seize ans pendant les vacances scolaires⁷⁵⁴ sont définis par le décret de 2013⁷⁵⁵.

Enfin les enfants mineurs âgés de quatorze ans soumis à l'obligation scolaire peuvent travailler dans les entreprises familiales pour «*des travaux occasionnels ou de courte durée, ne pouvant présenter des risques pour leur santé ou leur sécurité*»⁷⁵⁶; cette dérogation n'intéresse que le domaine agricole.

L'intérêt de l'enfant ici se couple avec sa protection. On ne peut envisager qu'un enfant mineur, qui va évoluer dans le milieu artistique, ne bénéficie pas d'une protection adaptée à son jeune âge.

Sa protection ne saurait être sacrifiée au profit de son intérêt de faire une carrière artistique, tout comme son intérêt ne saurait être sacrifié au vue de sa seule protection.

Il faut donc que l'un et l'autre se fonde en une cause commune pour que l'enfant mineur puisse accomplir son développement artistique.

Cet intérêt et sa protection font d'ailleurs l'objet de la législation qui encadre le travail de l'enfant mineur ainsi que nous allons le voir lorsque nous aborderons le contrat de travail de l'enfant mineur.

L'enfant mineur pouvant travailler doit, dans son intérêt, toujours être titulaire d'un contrat de travail. Si l'enfant mineur exerce un métier avant l'âge de quatorze ans, sa protection est d'autant plus encadrée, c'est ce que nous verrons ci-après.

⁷⁵² Art. L 7124-1 modifié par la loi n°2016-1321 du 7 oct. 2016 et L 7123-2 C. travail

⁷⁵³ Art. L 4153-3 C. travail

⁷⁵⁴ Art. D 4253-1 à D 4153-7 C. travail

⁷⁵⁵ Décret n° 2013-915 du 11 oct. 2013 voir supra

⁷⁵⁶ Art. R 715-2 et R 715-4 C. rural

SECTION III

LE CONTRAT DE TRAVAIL DE L'ENFANT MINEUR AGE DE MOINS DE SEIZE ANS

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il nous faut qualifier le contrat de travail. Selon l'annexe 2 – III Actes relatifs à la vie professionnelle figurant au décret du 22 décembre 2008⁷⁵⁷, la conclusion ou la rupture d'un contrat de travail par le salarié ou l'employeur est un acte d'administration.

Abordons tout d'abord le contrat de travail des enfants mineurs artistes âgés de moins de seize ans.

§1 - Le contrat de travail de l'enfant mineur artiste âgé de moins de seize ans

De nombreux enfants mineurs âgés de moins de seize ans évoluent dans le milieu artistique, que ce soit dans le milieu de la mode, du cinéma, de la publicité, de la musique ou encore de la littérature.

Dans leur intérêt, et eu égard au jeune âge de ces enfants il existe une réglementation visant à les protéger. Cette réglementation consiste en une autorisation administrative et un encadrement des conditions de travail.

Ainsi l'article L7124-2 du Code du travail dispose : *«L'emploi d'un mineur de plus de treize ans, en vue d'exercer les activités définies à l'article L7124-1, est subordonné à son avis favorable écrit»*.

La méconnaissance par l'employeur de l'avis favorable, qui consiste en une autorisation administrative donnée par le préfet⁷⁵⁸, pour l'enfant mineur âgé de plus de treize ans, est sanctionnée pénalement⁷⁵⁹.

L'article L 7124-1 du Code du travail⁷⁶⁰ dispose : *«Un enfant de moins de seize ans ne peut, sans autorisation individuelle préalable, accordée par l'autorité administrative, être, à*

⁷⁵⁷ Décret n° 2008-1484 du 22 déc. 2008

⁷⁵⁸ Art. R 7124-23 et art. R. 7124-24 C. travail créés par le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 relatif au Code du travail (partie réglementaire) ; pour la demande d'autorisation V. Art R 7124-1 C. et art. R 7124-2 modifiés par le décret n° 2017-871 du 9 mai 2017 relatif à l'organisation des compétitions de jeux vidéo

⁷⁵⁹ Art. L 7124-22 C. travail puni d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 75 000 euros le défaut d'autorisation prévue par l'art. 7124-1 C. travail

⁷⁶⁰ Art. L7124-1 C. travail modifié par la loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 sur le numérique

quelque titre que ce soit, engagé ou produit dans une entreprise de spectacle sédentaire ou itinérante, une entreprise de cinéma, de radiophonie, de télévision ou d'enregistrements sonores, en vue d'exercer une activité de mannequin au sens de l'article L 7123-2 ou dans une entreprise ou association ayant pour objet la participation à des compétitions de jeux vidéo au sens de l'article L 321-8 du Code de la sécurité intérieure».

Mais l'autorisation administrative exigée ne suffit pas à elle-seule. En effet, l'autorisation des parents, administrateurs légaux de l'enfant mineur, est également indispensable car l'enfant mineur âgé de moins de seize ans est frappé d'incapacité d'exercice⁷⁶¹.

Les autorisations administrative et parentale obtenues, le consentement de l'enfant mineur âgé de plus de treize ans, indispensable, ayant également été obtenu, le contrat de travail concernant l'enfant mineur peut être établi.

L'article L 1221-1 du Code du travail dispose : *«Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter».*

L'article 1128 du Code civil⁷⁶² issu de la réforme du droit des contrats dispose : *«Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1°- Le consentement des parties, 2°- Leur capacité à contracter, 3°- Un contenu licite et certain».*

L'article 1145 du Code civil dispose : *«toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi».*

L'article 1146 du Code civil dispose : *«Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : 1°- Les mineurs non émancipés, 2°- Les majeurs protégés au sens de l'article 425».*

Et l'article 1147 du Code civil dispose : *«l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative».*

Aussi, les parents, administrateurs légaux de l'enfant mineur⁷⁶³ qui *«représentent le mineur dans tous les actes de la vie civile sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes»*⁷⁶⁴ doivent non seulement consentir au contrat de travail mais également le signer au nom de leur enfant mineur qu'ils représentent.

⁷⁶¹ Art. 388 C. civ

⁷⁶² Art. 1128 C. civil (ex art. 1108 C. civil) issu de la réforme du droit des contrats (ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 laquelle ordonnance a été ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018)

⁷⁶³ Art. 382 C. civil modifié par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille

⁷⁶⁴ Art 388-1-1 C. civil créé par l'ordonnance du 15 oct. 2015 cité supra

«En cas de désaccord entre les administrateurs légaux le juge des tutelles est saisi aux fins d'autorisation de l'acte»⁷⁶⁵.

Enfin si l'enfant mineur est placé sous tutelle, le tuteur peut conformément aux dispositions de l'article 504 du Code civil, signer le contrat de travail.

Mais tous les enfants mineurs qui travaillent ne sont pas tous des artistes ou des mannequins.

§2 - Le contrat de travail de l'enfant mineur âgé de moins de seize ans

L'article L4153-1 du Code du travail⁷⁶⁶ pose la règle de l'interdiction du travail des enfants mineurs de moins de seize ans en ces termes : *«Il est interdit d'employer des travailleurs de moins de seize ans»,* avant d'énoncer les exceptions : *«sauf : des mineurs de quinze ans et plus titulaires d'un contrat d'apprentissage dans les conditions prévues à l'article L6221-1 [...]. D'élèves qui suivent un enseignement alterné ou un enseignement professionnel durant les deux dernières années de leur scolarité, lorsqu'ils accomplissent des stages d'initiation, d'application ou des périodes de formation en milieu professionnel selon des modalités déterminées par décret».*

L'enfant mineur bénéficie d'une protection particulière due à son jeune âge. Ainsi l'article L 4153-4 du Code du travail prévoit que l'inspecteur du travail peut à tout moment par le biais de la demande d'un examen médical s'assurer que le travail effectué par l'enfant mineur âgé de moins de quinze ans n'excède pas ses forces.

D'après les dispositions de l'article L 4153-5 du Code du travail : *«les dispositions des articles L4153-1 à L4153-3 ne sont pas applicables dans les établissements où ne sont employés que les membres de la famille sous l'autorité soit du père, soit de la mère, soit du tuteur, sous réserve qu'il s'agisse de travaux occasionnels ou de courte durée, ne pouvant présenter des risques pour leur santé ou leur sécurité»* .

Puis les articles L3162-1 et L3162-3 du Code du travail réglementent quant à eux la durée du travail *«des jeunes travailleurs»* et les articles L3164-1 et L3164-2 du Code du travail réglementent le repos des *«jeunes travailleurs»*.

⁷⁶⁵ Art. 387 C. civil modifié par l'ordonnance du 15 oct. 2015 déjà cité supra

⁷⁶⁶ Art. L 4153-1 C. travail modifié par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel

Enfin l'article L1221-1 du Code du travail dispose que *«Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter »*.

L'article 1128 du Code civil⁷⁶⁷ issu de la réforme du droit des contrats contient les conditions de validité pour la formation du contrat.

L'article 1145 du Code civil dispose : *«toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi»*.

L'article 1146 du Code civil dispose : *«Sont incapables de contracter, dans la mesure définit par la loi : 1°- Les mineurs non émancipés, 2°- Les majeurs protégés au sens de l'article 425 »*.

L'article 1147 du Code civil dispose : *«l'incapacité de contracter est une cause de nullité relative»*.

En conséquence, pour que le contrat de travail soit valable, il faut que les parents, administrateurs légaux de l'enfant qui *«représentent le mineur dans tous les actes de la vie civile sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes»* non seulement consentent au contrat et le signent au nom de leur enfant mineur qu'ils représentent.

«En cas de désaccord entre les administrateurs légaux le juge des tutelles est saisi aux fins d'autorisation de l'acte».

Si l'enfant mineur est placé sous tutelle, le tuteur peut conformément aux dispositions de l'article 504 du Code civil, signer le contrat de travail, car nous sommes en présence d'un acte d'administration.

Après avoir vu le contrat de travail de l'enfant mineur âgé de moins de seize ans qui est assez rare, voir exceptionnel, abordons le contrat de travail de l'enfant mineur âgé de plus de seize ans.

⁷⁶⁷ Ex art. 1108 C. civ. dont il a déjà été parlé supra

SECTION IV

LE CONTRAT DE TRAVAIL DE L'ENFANT MINEUR AGE DE PLUS DE SEIZE ANS

Le contrat de travail de l'enfant mineur âgé de plus de seize ans est soumis aux dispositions de l'article L1221-1 du Code du travail qui le soumet aux règles de droit commun, de l'article 388-1-1 du Code civil qui prévoit la représentation du mineur dans tous les actes de la vie civile sauf quand la loi ou l'usage autorise le mineur à agir seul, de l'article 1128 du Code civil qui prévoit pour la formation du contrat notamment la capacité pour contracter, de l'article 1146 du Code civil qui définit comme étant incapables les mineurs non émancipés, de l'article 1147 du Code civil⁷⁶⁸ qui dispose : *«L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative»* et enfin de l'article 414 du Code civil qui fixe l'âge de la majorité à dix-huit ans.

L'article 1148 du Code civil⁷⁶⁹ quant à lui dispose que : *«Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales»*.

Malgré la réforme du droit des contrats intervenue avec l'ordonnance du 10 février 2016 ; laquelle a fait l'objet de la loi de ratification du 20 avril 2018, et la réforme de l'administration légale de l'enfant mineur intervenue par l'ordonnance du 15 octobre 2015, on peut penser, à défaut de précision, que le statut dérogatoire qui profitait auparavant au mineur de plus de seize ans, est toujours d'actualité.

La doctrine et la jurisprudence reconnaissent au mineur âgé de plus de seize ans une pré-majorité professionnelle.

Ainsi la Cour de cassation, depuis un arrêt du 10 février 1926⁷⁷⁰ a décidé que le mineur pouvait s'engager seul avec l'autorisation de ses représentants légaux et que cette autorisation peut être tacite ou expresse. L'absence d'autorisation ouvre alors la voie à la nullité relative.

Mais l'article 388-1-1 du Code civil exclut la représentation du mineur quand la loi ou l'usage autorise le mineur à agir seul.

⁷⁶⁸ Art. 1148 C. civil modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

⁷⁶⁹ Art. 1148 C. civil modifié par l'ordonnance du 10 fév. 2016 cité supra

⁷⁷⁰ Cass. Civ 10 fév. 1926, D. 1927.1.20

D'après certains auteurs⁷⁷¹ le contrat de travail serait un acte de la vie courante ce qui paraît contestable au vu des obligations qu'il fait naître pour l'enfant mineur qui renonce à poursuivre ses études.

Si, malgré tout, on considère que le contrat de travail de l'enfant mineur âgé de plus de seize ans est un acte courant alors les dispositions de l'article 1148 du Code civil permettent au mineur de signer seul le contrat de travail, à condition qu'il soit conclu à des conditions normales afin d'éviter l'action en nullité prévue à l'article 1147 du Code civil.

Dans le doute, on ne peut que conseiller à l'employeur que l'administrateur légal ou le tuteur signe le contrat de travail ainsi que l'enfant mineur.

On peut également par analogie des dispositions de l'article R 6222-2 du Code du travail relatif au contrat d'apprentissage déduire que le régime du contrat de travail est soumis aux mêmes conditions de formation pour sa validité : être signé par l'employeur, l'apprenti (et l'on peut étendre ici cette disposition au salarié), et le représentant légal ou le tuteur.

Il faudra attendre que la jurisprudence se prononce au vu des nouvelles dispositions résultant notamment des contrats issues de l'ordonnance du 10 février 2016.

S'agissant de la rupture du contrat de travail à l'initiative du mineur, le parallélisme des formes conduit à exiger que l'administrateur légal ou le tuteur l'autorise. Toutefois on peut s'interroger sur l'opportunité d'un tel principe.

En effet, le refus du représentant ou du tuteur du mineur conduirait non seulement à la poursuite du contrat contre la volonté de l'enfant mineur, mais aussi à ne pas prendre en considération son intérêt, qui est l'élément primordial et essentiel.

C'est d'ailleurs la position qu'a adopté le Conseil des Prud'hommes de Lyon, le 7 juin 2011 en annulant l'accord passé entre un employeur et un salarié mineur ayant pour objet de mettre fin au contrat de professionnalisation de ce dernier en renonçant à tout recours judiciaire. Le Conseil a condamné l'employeur pour licenciement abusif et a donc sanctionné le renoncement du mineur à un droit de poursuivre en justice.

En effet l'action en justice constitue, selon l'annexe 1 du décret du 22 décembre 2008 un acte de disposition, soumis à autorisation du juge des tutelles.

L'âge de l'enfant mineur conditionne les modalités de l'établissement du contrat de travail. En effet, dans l'intérêt de l'enfant, sa protection doit être d'autant plus importante

⁷⁷¹ Ph. Comte et J-C Montanier, «Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé» *JCP N* 1986.I.402

compte tenu de son jeune âge et du métier qu'il va exercer. C'est pourquoi dans certains cas une autorisation administrative est nécessaire et obligatoire en plus de celle des parents.

Plus l'enfant est jeune et plus sa protection doit être étendue.

Ainsi en considération du respect de la législation prohibant le travail de l'enfant âgé de moins de seize ans, il est essentiel que le contrat de travail signé soit autorisé et conforme à toutes les exigences légales.

Pour l'enfant âgé de seize ans, âge charnière pour lequel le législateur reconnaît parfois une pré-majorité, il lui est permis notamment de «*participer librement à la constitution d'une association*» ainsi «*qu'être chargé de son administration*»⁷⁷², d'«*accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et la gestion d'une société individuelle à responsabilité limitée ou une société unipersonnelle*»⁷⁷³ sous réserve de l'autorisation de son ou ses administrateurs légaux, d'adhérer librement à un syndicat⁷⁷⁴ et plus généralement de faire seul les actes «*que la loi ou l'usage autorise les mineurs agir eux-mêmes*»⁷⁷⁵.

C'est pourquoi dans l'intérêt de l'enfant mineur âgé de seize ans, les modalités d'établissement du contrat de travail sont beaucoup moins rigoureuses.

A présent abordons le contrat de travail de l'enfant mineur âgé de seize ans émancipé.

SECTION V

LE CONTRAT DE TRAVAIL DE L'ENFANT AGE DE SEIZE ANS EMANCIPE

Ainsi que nous l'avons déjà précisé lorsque nous avons traité le contrat de travail de l'enfant mineur âgé de moins de seize ans, l'article L1221-1 du Code du travail soumet le contrat du travail aux règles de droit commun.

L'article 413-6 du Code civil dans son alinéa premier dispose : «*Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile*».

⁷⁷² Art. 2 Bis de la loi de 1901

⁷⁷³ Art. 388-1-2 C. civil créé par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille

⁷⁷⁴ Art. L2141-1 C. du travail : «*Tout salarié peut adhérer à un syndicat professionnel de son choix*» et Art. 2 bis de la loi de 1901

⁷⁷⁵ Art. 388-1-1 C. civil créé par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015.

Bien que demeurant toujours un enfant malgré son émancipation, le mineur âgé de plus de seize ans émancipé peut non seulement signer seul son contrat de travail mais également le rompre seul.

Nous allons aborder maintenant un contrat spécifique dont le principal sujet est l'enfant mineur ; il s'agit du contrat d'apprentissage.

SECTION VI

LE CONTRAT D'APPRENTISSAGE

Le contrat d'apprentissage est un contrat très encadré et soumis à une législation très rigoureuse. Ce contrat a pour but d'apprendre un métier à un enfant mineur, et, est couronné par l'obtention d'un diplôme d'état : le certificat d'aptitude professionnel (CAP). L'enfant mineur ayant obtenu son CAP pourra, s'il le souhaite, poursuivre ses études et obtenir un bac professionnel.

L'article L6211-1 du Code du travail dispose : *«L'apprentissage concourt aux objectifs de la nation»* et *«a pour objet de donner à de jeunes travailleurs, ayant satisfait à l'obligation scolaire, une formation générale, théorique et pratique, en vue de l'obtention d'une qualification professionnelle sanctionnée par un diplôme ou un titre de finalité professionnelle...»*.

L'article L6211-2 du Code du travail quant à lui définit l'apprentissage qui est une forme d'éducation alternée associant une formation et des enseignements.

L'article 6222-1⁷⁷⁶ dispose : *«Nul ne peut être engagé en qualité d'apprenti s'il n'est âgé de seize ans au moins à vingt-cinq ans au début de l'apprentissage. Toutefois, les jeunes âgés d'au moins quinze ans peuvent souscrire un contrat d'apprentissage s'ils justifient avoir accompli la scolarité du premier cycle de l'enseignement secondaire. Les jeunes qui atteignent l'âge de quinze ans avant le terme de l'année civile peuvent être inscrits, sous statut scolaire, dans un lycée professionnel ou dans un centre de formation d'apprentis [...] dans les conditions fixées par décret»*.

⁷⁷⁶ Art. 6222-1 C. travail modifié par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale

Le contrat d'apprentissage est un contrat écrit qui doit comporter certaines clauses et mentions⁷⁷⁷ et doit être signé par les deux parties contractantes préalablement à l'emploi de l'apprenti⁷⁷⁸.

Ce contrat très réglementé, doit être établi en trois exemplaires originaux signés par l'employeur, l'apprenti et le représentant légal⁷⁷⁹ ou le tuteur si l'enfant est sous tutelle.

Ici l'écrit exigé comme condition de forme, est une condition *ad validitum* du contrat, à défaut le contrat est requalifié en contrat de travail⁷⁸⁰.

Enfin, ce contrat doit être enregistré et il peut être refusé dans le cas où il ne satisfait pas à toutes les conditions obligatoires⁷⁸¹.

Dans le cas où l'apprenti est *«employé par un ascendant le contrat d'apprentissage est remplacé par une déclaration souscrite par l'employeur»*; laquelle déclaration *«est assimilée dans tous ses effets à un contrat d'apprentissage »*⁷⁸².

Dans les deux premiers mois de l'apprentissage, ce contrat ne peut pas être rompu par l'une des parties⁷⁸³, passé ce délai il ne peut être rompu que sur accord signé des deux parties (cela inclus bien entendu l'accord du représentant légal ou du tuteur). La Cour de cassation dans un arrêt du 17 mars 1993⁷⁸⁴ a considéré qu'au vu des dispositions de l'article L6222-18 du Code du travail, l'employeur ne pouvait résilier unilatéralement le contrat d'apprentissage et ce quel que soit le bien fondé des motifs. La haute juridiction a confirmé sa jurisprudence dans un arrêt du 22 avril 1997⁷⁸⁵.

Bien que l'enfant mineur soit soumis à l'obligation scolaire jusqu'à l'âge de seize ans (article 131-1 Code l'éducation) et que le travail des enfants de moins de seize ans soit prohibé (article L 4153-1 Code du travail), prohibition corrélative de l'obligation scolaire, il n'en demeure pas moins de nombreuses exceptions : contrat d'apprentissage, travail de l'enfant âgé de quatorze ans dans l'entreprise familiale, travail de l'enfant âgé de quatorze à seize ans pendant les vacances scolaires, activités des enfants mineurs de treize à seize ans à

⁷⁷⁷ Art. L 6222-4 alinéa 1^{er} C. travail

⁷⁷⁸ Art. L 6222-4 alinéa 2 C. travail

⁷⁷⁹ Art. R 6222-2 C. travail

⁷⁸⁰ Soc. n° 93-41.139, 28 mars 1996, inédit

⁷⁸¹ Art. L 224-2 C. travail

⁷⁸² Art. L 6222-5 C. travail

⁷⁸³ Art. L 6222-18 C. travail

⁷⁸⁴ Soc. n° 89-43.512, 7 mars 1993, inédit

⁷⁸⁵ Soc. n° 94-40.431, 22 avril 1997, D 1998, Jur.91. Obs. J.P. Karaquilo

bord des bateaux de pêche côtière (article 145 Code maritime) ou encore le travail des enfants mineurs artistes (articles L7124-1 et L 7124-2 Code du travail).

C'est pourquoi le travail des enfants mineurs qui demeure une exception bénéficie d'une législation adaptée (durée⁷⁸⁶, repos⁷⁸⁷) et donne lieu également à surveillance.

Cette législation protectrice n'a pour but que l'intérêt de l'enfant mineur qui en fonction de son jeune âge mérite une adaptation particulière.

Cet intérêt de l'enfant mineur est d'autant plus important dans le monde du travail. En effet, on ne saurait accepter que l'enfant mineur se voit confier un travail risqué ou dangereux, manipule des substances dangereuses, porte des charges qui proteraient atteinte à sa sécurité ou sa santé.

Ainsi l'inspecteur du travail dispose du droit d'exercer un contrôle sur l'enfant mineur âgé de quinze ans afin de s'assurer que le travail dont il est en charge n'excède pas ses forces⁷⁸⁸.

La sécurité et le bien-être de l'enfant mineur sont des priorités qui doivent toujours être prises en considération dans l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt non défini par les textes doit présager tout ce dont l'enfant a besoin pour son développement personnel ainsi que son épanouissement, il n'a donc pas de limite si ce n'est celui de l'enfant.

C'est donc l'intérêt de l'enfant mineur qui est un élément déterminant pour le droit au logement, qui est comme nous allons le voir un droit fondamental.

⁷⁸⁶ Art. L3162-1 et L3162-3 C. du travail, cités supra

⁷⁸⁷ Art. L3164-1 et L3164-2 C. du travail, cités supra

⁷⁸⁸ Art. L4153-4 C. du travail cité supra

CHAPITRE VIII

LE DROIT AU LOGEMENT

Le droit au logement est le droit des individus à avoir accès à un logement. Ce droit au logement est un droit assez récent qui figure dans l'article 1^{er} et l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989 (Section I), jouit d'une reconnaissance européenne (Section II), est devenu un droit opposable (Section III) et se combine avec l'intérêt de l'enfant (Section IV).

SECTION I

LE DROIT AU LOGEMENT (articles 1^{er} et 6 de la loi du 6 juillet 1989)

Le droit au logement est un droit fondamental⁷⁸⁹ à valeur constitutionnelle qui découle du préambule de la constitution de 1946 : *«La Nation assure à l'individu et à sa famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs»*.

Le droit au logement est également reconnu comme un droit social par la DUDH de 1948.

Le droit au logement figurait déjà dans la loi Quillot⁷⁹⁰ de 1982 comme étant un droit fondamental, ainsi que dans la loi de 1989⁷⁹¹ et enfin dans la loi Besson de 1990⁷⁹².

L'article 1^{er} de la loi de juillet 1989⁷⁹³ réaffirme que : *«Le droit au logement est un droit fondamental»* et qu'*«il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent»*.

L'article 1^{er} énonce également : *«L'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habitation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales»*, et de poursuivre : *«Aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement pour un motif discriminatoire défini à l'article 225 du Code pénal»*.

⁷⁸⁹ Art. 10 et 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

⁷⁹⁰ Loi n° 85-526 du 22 juin 1982 dite loi Quillot relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs

⁷⁹¹ Art. 1 de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 déc. 1986

⁷⁹² Loi n°90-449 du 31 mai 1990 dite loi Besson visant à la mise en œuvre du droit au logement par la création des «plans départementaux d'action pour le logement des personnes défavorisées (PDALPD)»

⁷⁹³ Art. 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et l'urbanisme rénové

Le Défenseur des droits, dont nous avons déjà parlé, est souvent saisi en cas de discrimination directe⁷⁹⁴ ou indirecte⁷⁹⁵ et la Cour de cassation sanctionne également la discrimination⁷⁹⁶.

Bien avant que le législateur n'intervienne, le Conseil constitutionnel avait dès 1995⁷⁹⁷ reconnu le «droit au logement décent» en ces termes : «*La possibilité de disposer d'un logement décent est un objectif à valeur constitutionnelle*».

Par la loi SRU de décembre 2000⁷⁹⁸, relative à la solidarité et au renouvellement urbain, le législateur ajoute au droit au logement, le droit au logement décent.

Cette loi a notamment modifié l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989⁷⁹⁹ ainsi que l'article 1719 du Code civil, en mettant à la charge du bailleur l'obligation de délivrer un logement décent.

L'article 6 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi du 23 novembre 2018⁸⁰⁰ va plus loin en énonçant que le logement ne peut laisser paraître «*des risques manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé*» et le logement doit être «*doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation*».

Mais comment est défini un logement décent ? Aucune disposition législative ni réglementaire ne donnant une définition précise du «*logement décent*», la seule référence dont on disposait et à laquelle il fallait se référer était le décret du 30 janvier 2002⁸⁰¹ concernant les locaux à usage d'habitation.

⁷⁹⁴ Refus de l'agence immobilière de prendre en compte la candidature de personnes en raison de leur origine – délibération HALDE n° 2009-360 du 26 octobre 2009 ; V. aussi refus par une agence immobilière de louer à une personne retraitée pour de possibles difficultés de mettre fin au bail compte tenu de son âge et y compris en cas de non paiement de loyer – Défenseur des droits LCD- 2011-68, 8 décembre 2011 - TGI Versailles 2 janvier 2012 ; V. aussi refus d'une agence immobilière de louer un studio à une sexagénaire qui présentait de meilleures garanties que le jeune couple retenu : décision du Défenseur des droits MLD 2013-46 du 28 novembre 2013

⁷⁹⁵ Discrimination indirecte quand un critère ou une pratique apparemment neutre désavantage particulièrement des personnes aux caractéristiques protégées (sexe, âge, origine, handicap), sauf si cette règle ou cette pratique répond à un but légitime et à une exigence proportionnée. Exemple : une agence immobilière ne prend pas en compte les candidatures de personnes dont les ressources proviennent d'une allocation. Se prémunir contre les impayés de loyer est légitime mais une telle pratique constitue une exigence proportionnée car elle conduit à exclure systématiquement de la location certains candidats telles que les personnes handicapées bénéficiaires d'une allocation ou d'une pension accordée précisément en raison de leur handicap ; Décision MLD-2011-60 Défenseur des droits 12 novembre 2011

⁷⁹⁶ Crim. n° 96-85.670, 25 novembre 1997, Bull. crim. 1997, N 399 ; dans cet arrêt la haute juridiction sanctionne les garanties disproportionnées demandées parce que l'un des futurs locataires est atteint du sida

⁷⁹⁷ C.C. 18 janv. 1995, D. 1997, som. 137, obs. P. Gaïa : *Le droit au logement est « un objectif (il n'est donc pas un principe) à valeur constitutionnelle qui procède de la fois de ce que chacun a le droit de mener une vie familiale normale et du principe du respect de la dignité de la personne humaine »*, limité par C.C. 29 juill. 1998, D. 1999.269, n. crit. W. Sabete : «*s'il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin, d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit soient dénaturés*»

⁷⁹⁸ Loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain couramment appelée loi SRU

⁷⁹⁹ Loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986

⁸⁰⁰ Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 sur l'évolution du logement, de l'aménagement et du numérique

⁸⁰¹ Décret n° 2002-120 du 30 janv. 2002 relatif aux caractéristiques du logement décent pris par application de l'article 187 de la loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement ; Art 2.

A présent le décret du 9 mars 2017⁸⁰² contient l'ensemble des éléments nécessaires pour qu'un logement soit décent.

Au vu de la sévérité de la législation, les premières condamnations de ceux que l'on appelle «les marchands de sommeil» ont été prononcées⁸⁰³ dès 2010.

Dans le cas où le logement ne remplirait pas les conditions prévues au décret du 9 mars 2017, le locataire pourrait conformément à l'article 20-1⁸⁰⁴ de la loi du 6 juillet 1989, demander sa mise en conformité.

A défaut d'entente entre le bailleur et le locataire, ce dernier peut saisir le juge qui déterminera non seulement la nature des travaux à réaliser ainsi que leur délai d'exécution⁸⁰⁵.

Le locataire dispose également, lors de la saisine du juge, du droit d'obtenir non seulement une réduction du montant du loyer mais également la suspension du bail et du montant du loyer, et ce, jusqu'à l'exécution des travaux ordonnés. Avant la loi du 13 juillet 2006⁸⁰⁶ la réduction judiciaire des loyers ne pouvait intervenir qu'à défaut d'exécution des travaux prescrits⁸⁰⁷.

Le locataire pouvait également soulever l'absence de cause prévue à l'ancien article 1131 du Code civil et faire prévaloir l'exception d'inexécution. Dans un arrêt du 28 avril 2009⁸⁰⁸ la Cour de cassation avait retenu que l'obligation de paiement des loyers n'était pas causée tant que le logement était insalubre et impropre à sa destination.

La réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ayant fait l'objet d'une loi de ratification du 20 avril 2016 a supprimé la cause du contrat comme condition de formation du contrat qui était prévue dans l'ancien article 1108 du Code civil.

En effet le nouvel article 1128 du Code civil⁸⁰⁹ dispose : «*Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1°- Le consentement des parties ; 2°- Leur capacité à contracter ; 3°- Un contenu licite et certain*».

⁸⁰² Décret n° 2017-312 du 9 mars 2017 portant modification du décret du 30 janv. 2002 cité supra, est entré en vigueur le 1^{er} janv. 2018

⁸⁰³ T. correctionnel de Lille du 28 mai 2010 ; V aussi Paris du 7 fév. 2018 a rendu un arrêt très sévère contre le marchand de sommeil pour « mise à disposition d'hébergement contraire à la dignité humaine » alors qu'il avait été acquitté en 1^{ère} instance par le Tribunal Correctionnel de Paris.

⁸⁰⁴ Art. 20-1 de la loi du 6 juillet 1989 modifié par l'ordonnance n° 2019-770 du 17 juillet 2019 relative à la partie législative du Titre VIII du Code de la construction et de l'habitation

⁸⁰⁵ Lyon 8^{ème} ch. 30 juin 2009

⁸⁰⁶ Loi n° 2006-872 du 13 juill. 2006 relative à l'engagement national pour le logement

⁸⁰⁷ Civ. 3^{ème}, n°06-21.122, 20 fév. 2008, Bull. 2008.III, N°30

⁸⁰⁸ Civ 3^{ème}, n°08-11.749, 28 avr. 2009 inédit

⁸⁰⁹ Ancien art. 1108 C. civ abrogé

Quant à l'ancien article 1131 du Code civil sur le fondement duquel la Cour de cassation s'était prononcée pour fonder son décision; celui-ci ayant été abrogé et remplacé par le nouvel article 1162 du Code civil qui dispose : «*Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non de toutes les parties*», peut-on considérer qu'au vu du «but» du contrat stipulé dans l'article 1162 du Code civil la Cour de cassation rendrait aujourd'hui le même arrêt bien que la nouvelle législation, qui a supprimé la notion de cause, semble conserver son esprit⁸¹⁰ ?

Il faudra surveiller avec attention l'interprétation que donnera la jurisprudence du terme «but» contenu dans l'article 1162 du Code civil.

Précisons enfin que les baux à usage mixte sont également soumis aux dispositions de l'article 6 de la loi de 1989 sus-énoncé⁸¹¹.

Enfin la loi du 24 mars 2014⁸¹² contient des dispositions destinées à favoriser l'accès de tous à un logement digne. Puis la loi Elan⁸¹³ du 23 novembre 2018 qui comporte des dispositions visant à renforcer la lutte contre les marchands de sommeil et l'habitat indigne, a modifié à cet effet les dispositions contenues dans l'article 225-19 du Code pénal.

⁸¹⁰ Art. 1162, 1169, 1170 et 1186 nouveaux C. civ

⁸¹¹ Civ. 3^{ème}, n°09-13.281, 4 mai 2010, inédit

⁸¹² Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové publiée au JO 26 mars 2014

SECTION II

DROIT AU LOGEMENT – RECONNAISSANCE EUROPEENNE

Bien que le droit au logement ne soit pas explicitement inclus dans la CESDH, il est inscrit dans certaines normes concrètes figurant sous l'article 8 et sous l'article 1 protocole 1 relatif à la protection de la propriété, et la Cour européenne n'hésite pas à se prononcer sur la perte d'un logement, qui constitue selon elle une des atteintes les plus graves du droit au respect du domicile⁸¹⁴.

Le droit au logement est également consacré dans la Charte sociale européenne signée en 1961 et révisée en 1996, sous l'article 31⁸¹⁵ de la Partie I ainsi que sous l'article 31⁸¹⁶ de la Partie II. La charte va plus loin en exigeant que les Etats parties préviennent et réduisent le sans-abrisme en vue de son élimination⁸¹⁷.

Après la reconnaissance du droit au logement, puis du droit au logement décent la législation est allée plus loin en reconnaissant aux personnes mal logées le droit au logement opposable.

⁸¹³ Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 déjà citée supra

⁸¹⁴ CEDH *McCann c/Royaume-Uni*, req. n° 19009/04 du 13 mai 2008 § 50 : «Toute personne doit pouvoir faire examiner la proportionnalité de cette mesure par un tribunal indépendant à la lumière es principes de l'article 8 de la Convention, et ce même si son droit d'occuper les lieux aurait été éteint par application du droit interne»

⁸¹⁵ Art 31 Partie I : «Toute personne a droit au logement»

⁸¹⁶ Art 31 Partie II : «En vue d'assurer l'exercice du droit au logement les parties s'engagent à prendre des mesures destinées : 1- à favoriser l'accès au logement d'un niveau suffisant, [...], 3- à rendre le coût du logement accessible aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes»

⁸¹⁷ Art 31 Partie II : «[...] -2- à prévenir et à réduire l'état de sans-abri en vue de son élimination [...]»

SECTION III

LE DROIT AU LOGEMENT OPPOSABLE (DALO)

La loi du 5 mars 2007⁸¹⁸ permet aux personnes mal logées ou ayant attendu en vain un logement social pendant un délai anormalement long, de faire valoir leur droit à un logement décent ou à un hébergement si elles ne peuvent l'obtenir par leurs propres moyens.

Le droit au logement opposable permet au citoyen, dans un premier temps, d'exercer un recours devant une commission de médiation⁸¹⁹ qui existe dans chaque département.

Puis si la personne est reconnue prioritaire pour obtenir un logement urgemment⁸²⁰ mais qu'aucun logement ne lui est attribué par le préfet dans un délai de trois à six mois, celle-ci peut alors saisir le tribunal administratif.

Cette loi qui créé un nouveau droit fondamental au profit des personnes mal logées est difficile à mettre en œuvre.

C'est pourquoi la circulaire du 26 octobre 2012 prescrit de procéder au relogement des ménages déclarés prioritaires DALO et menacés d'expulsion avant toute mesure d'expulsion forcée.

De plus la loi du 24 mars 2014⁸²¹ dite loi Alur prévoit un certain nombre de dispositions nouvelles concernant les expulsions et la réforme de l'attribution de logements sociaux.

⁸¹⁸ Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 relative au droit au logement opposable et à la cohésion sociale sous art. 20-1 et 22-2 de la loi du 6 juill. 1989

⁸¹⁹ La Comed

⁸²⁰ Art. L441-2-3-1 CCH modifié par la loi n° 2017-86 du 27 nov. 2017

⁸²¹ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 relative à l'accès au logement et urbanisme rénové (ALUR)

SECTION IV

LE DROIT AU LOGEMENT ET L'INTERET DE L'ENFANT

L'enfant mineur compte tenu de son jeune âge et de son inexpérience est vulnérable, et la CEDH a rappelé que les articles 1^{er} et 3 de la CIDE «*exige une protection efficace notamment des enfants et autres personnes vulnérables*»⁸²² et que l'enfant est «*une catégorie particulière vulnérable, ce qui génère une protection particulière plus poussée*»⁸²³.

L'article 9 de la CIDE dispose «*que l'enfant ne doit pas être séparé de ses parents contre leur gré*».

L'article 371-3 du Code civil énonce : «*L'enfant ne peut, sans l'autorisation 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*».

Les parents de l'enfant mineur disposent également de prérogatives dans le cadre de l'autorité parentale et doivent notamment veiller à la sécurité et à la santé de leur enfant⁸²⁴.

Le droit au logement et plus particulièrement le droit au logement décent, droits fondamentaux et droits de l'Homme doivent profiter à l'enfant mineur comme à tout homme.

Cependant ce droit fondamental profite à l'enfant mineur mais de manière indirecte. En effet, l'enfant mineur frappé d'une incapacité d'exercice totale, et ce jusqu'à sa majorité⁸²⁵, ne peut pas être titulaire d'un contrat de bail. Aussi il occupe le logement de ses représentants légaux ou de son tuteur ainsi que nous le verrons en détail dans le Titre I de la Deuxième partie, Chapitre IV lorsqu'il sera traité du domicile de l'enfant mineur.

Pour sa sécurité, son bien-être, son développement personnel, et d'une manière plus générale dans son intérêt, il est essentiel et primordial que l'enfant mineur ait un domicile dans lequel il puisse s'épanouir.

⁸²² CEDH Dordevic c/Croatie du 24 juillet 2012 req. n° 41526/10, § 138.

⁸²³ B. Bonnet « L'utilisation de la CIDE par les juges européens in C. Gauthier, M. Gauthier et A. Gouttenoire (dir.) européen, *Mineurs et droit européen*, Pédone, 2012, p. 49

⁸²⁴ Art. 371-1 C. civ.

⁸²⁵ Art 388 C. civ.

Et le logement occupé par l'enfant mineur doit être un logement décent afin qu'il ne puisse pas contracter des maladies mais surtout afin qu'il puisse jouir de toutes les commodités (eau potable, sanitaires).

Etre bien logé garantit la dignité humaine⁸²⁶ et conditionne l'accès à d'autres droits fondamentaux tels que le droit à l'éducation, le droit au travail, le droit à l'insertion, à l'intimité de la vie privée ainsi qu'au droit à la santé.

Mais l'enfant mineur dont les parents n'ont pas de logement ou sont mal logés dispose-t-il d'un recours personnel en sa qualité de victime indirecte ?

En droit interne seuls les père et mère mal logés peuvent agir dans le cadre des dispositions de l'article 20-1 de la loi du 6 juillet 1989 en leur qualité de titulaires du contrat de bail.

Pendant la Cour européenne reconnaît sur le fondement de l'article 34 de la CESDH qu'une victime indirecte, qui s'entend comme *«toute personne qui a subi un préjudice en raison d'une violation des droits d'un tiers ou qui a un intérêt personnel valable à ce qu'il soit mis fin à la violation⁸²⁷»*, puisse, comme toute personne physique, saisir la Cour afin qu'elle vérifie le respect par l'un des Etats de ses obligations conventionnelles.

Titulaires des droits protégés par la Convention, les enfants peuvent ainsi introduire, devant la Cour européenne des droits de l'homme, des requêtes en leur nom propre sans avoir besoin d'être ni représentés ni autorisés par leurs parents⁸²⁸, la capacité juridique ne constituant pas une condition pour l'exercice d'une requête individuelle⁸²⁹.

Dans le préambule de la CIDE, il est fait appel à la Charte des Nations Unies dans laquelle *«les peuples ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'Homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine»*, et cette Convention atteste également son attachement à la DUDH de 1948.

D'après le sociologue Dominique Youf⁸³⁰ *«la Convention se veut l'application à l'enfant de la philosophie des droits de l'homme»*.

Pour le professeur Baptiste Bonnet⁸³¹ *«La lecture par la Cour européenne de la CIDE n'est pas une lecture désincarnée, c'est une lecture fondée sur une conception européenne des droits de l'homme appliquée aux droits de l'enfant»*.

⁸²⁶ Art 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946

⁸²⁷ F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, coll. « Droit fondamental », 12^{ème} éd., 2015 n° 203, p. 306.

⁸²⁸ CEDH A. c/ Royaume-Uni, 23 septembre 1998, req. n°25599/94 ; JCP G 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre

⁸²⁹ F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, préc. 2015 p. 664 et s.

Ce développement nous conduit à reconnaître à l'enfant mineur la possibilité de saisir la Cour européenne non seulement en qualité de victime indirecte mais également en sa qualité d'enfant mineur. En effet, Dominique Youf⁸³² affirme «*que l'enfant est un sujet de droits qui peut avoir des intérêts différents de ceux de ses parents*».

Malgré cette possibilité reconnue à l'enfant mineur de nombreuses requêtes introduites par des parents, alléguant la violation des droits de la Convention à leur encontre, sont présentées au nom des parents mais aussi au nom de leur enfant, car la violation des droits parentaux constituant, au moins indirectement, une violation des droits de l'enfant.

Enfin le logement décent implique qu'il doit avoir une surface minimale permettant aux parents et à l'enfant mineur de pouvoir y vivre, ne présenter aucun danger pour la santé ou la sécurité de l'enfant mineur ainsi que ne pas être infecté par des espèces nuisibles ou parasites (puces de lits, cafards...).

Le contrat de bail est, selon l'annexe 1 du décret du 22 décembre 2008⁸³³, un acte d'administration ce qui signifie que l'enfant mineur âgé de moins de seize ans ne peut en aucun cas le signer.

Ainsi l'enfant mineur âgé de plus de seize ans non émancipé qui travaille et souhaite prendre à bail un logement, ne pourra pas signer le contrat de bail ; lequel devra être signé par son représentant légal ou son tuteur⁸³⁴.

Quant à l'enfant mineur âgé de seize ans révolus émancipé, l'article 413-6 du Code civil dans son alinéa premier dispose : «*Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile*».

Ainsi l'enfant mineur âgé de plus de seize ans peut non seulement signer seul le contrat de bail mais également donner seul dédit.

⁸³⁰ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, 1^{ère} éd. Presses Universitaires de France, coll. Questions d'éthique, 2002, Paris, p. 21

⁸³¹ B. Bonnet «L'utilisation de la CIDE par les juges européens» in C. Gauthier, M. Gauthier et A. Gouttenoire (dir.), *Mineurs et droits européens*, Pédone 2012, p. 41

⁸³² Dominique Youf «La convention internationale des droits de l'enfant, ses raisons d'être» *LPA*, n° 2010, n° 200 p. 3

⁸³³ Décret n° 2008-1484 du 22 déc. 2008

⁸³⁴ Art 595 et 1718 C. civ.

Dans l'intérêt de l'enfant, les parents doivent, comme on vient de le voir, lui fournir un logement décent ou faire en sorte que l'enfant puisse vivre dans de meilleures conditions en utilisant les voies de recours dont ils disposent afin que l'enfant grandisse dans un environnement sain lui permettant de se développer normalement, d'aller à l'école, d'avoir des loisirs, d'avoir des amis et surtout d'être en bonne santé.

En effet, les parents doivent veiller à la santé⁸³⁵ de l'enfant mineur. Aussi ils doivent faire prodiguer à leur enfant mineur tous les soins utiles et nécessaires. Cette obligation de soins est en lien directe avec un droit fondamental reconnu à tout Homme et plus spécifiquement à l'enfant mineur ; il s'agit du droit à la santé.

Abordons à présent le droit à la santé.

⁸³⁵ Art 371-1 C. civ.

CHAPITRE IX

LE DROIT A LA SANTE

Le premier droit dont dispose une personne malade est de pouvoir accéder aux soins que son état de santé nécessite, et ce, quel que soit ses revenus.

Pour Montaigne⁸³⁶ : *«C'est une précieuse chose que la santé, et la seule qui mérite à la vérité qu'on y emploie, non le temps seulement, la sueur, les peines, les biens, mais encore la vie à sa poursuite».*

Ce droit fondamental est devenu une des priorités nationales (Section I), l'Europe veille notamment au respect de ce droit ainsi que les conventions internationales (Section II), et il est essentiel et primordial pour l'enfant mineur (Section III).

⁸³⁶ Michel Eyquem de Montaigne, Essais, II, 37,

SECTION I

LE DROIT A LA SANTE EN DROIT INTERNE

Le droit à la santé contenu dans l'article 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 constitue un droit fondamental, et la Cour de cassation reconnaît que le droit à la santé est au nombre des exigences constitutionnelles⁸³⁷.

De plus la loi du 4 mars 2002⁸³⁸ a inscrit le principe de l'égalité d'accès aux soins et au libre accès aux soins garanti par le système de protection sociale mis en place en 1945 et fondé sur la solidarité : la sécurité sociale, dans un chapitre préliminaire⁸³⁹ du Code de la santé publique.

Le Code de la santé publique impose aux établissements assurant le service public hospitalier d'être en mesure d'accueillir les patients jour et nuit, éventuellement en urgence.

Le Code de déontologie médicale⁸⁴⁰ indique : *«Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée»*.

Le Code de santé publique énonce : *«Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, faire courir (au malade) des risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté »*.

Puis figure dans le titre VII de la Charte du patient hospitalisé de 1995⁸⁴¹ le droit au respect de la personne et de sa dignité.

Ce droit à la dignité comprend notamment le traitement de la douleur⁸⁴² ainsi que le droit à une prise en charge de la douleur *«en toutes circonstances»*⁸⁴³.

Le Code de la santé publique conforte ce droit à la dignité⁸⁴⁴ auquel le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle dans sa décision du 27 juillet 1994⁸⁴⁵.

Et la personne malade a aussi droit au respect de sa vie privée⁸⁴⁶ ainsi qu'au secret médical⁸⁴⁷.

⁸³⁷ Soc. 29 janv. 2011 n° 09-71.107 p : D 2011.1830 ; V. aussi 31 janv. 2012 n° 10-19.807 p : D 2012. 445

⁸³⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades dite loi Kouchner

⁸³⁹ Art. L1110-1 partie préliminaire : droits de la personne du code de la santé publique

⁸⁴⁰ Code de déontologie médicale figurant sous les articles R 4127-1 à R 4127-112 du Code de la santé publique

⁸⁴¹ Charte du patient hospitalisé publiée en annexe de la circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995

⁸⁴² Art. L 1111-2 C. de la santé publique – circulaire 99/84 du 11 fév. 1999

⁸⁴³ Art L 1110-5 nouveau du code de la santé publique

⁸⁴⁴ Art. L1110-2 chapitre préliminaire droits de la personne du Code de la santé publique

⁸⁴⁵ C .C. du 27 juill. 1994 n° 94-343/344 DC

Ce secret médical issu d'une longue tradition⁸⁴⁸ s'applique également à l'enfant mineur⁸⁴⁹ qui peut exiger que le médecin ne dise rien de sa santé à ses parents ou taise un point particulier⁸⁵⁰, et ce même en cas de maladie grave ou d'addiction.

Ainsi le patient peut exiger que sa présence à l'hôpital ne soit pas divulguée en vertu du respect de sa vie privée⁸⁵¹ ; et rappelons que la chambre d'hôpital est assimilable à un domicile privé selon l'arrêt de la cour d'Appel de Paris du 17 mars 1986⁸⁵².

Bien qu'il existe l'obligation de soins pour le corps médical une personne malade peut refuser tout traitement car n'oublions pas que cela porte atteinte à son intégrité physique⁸⁵³.

La Cour européenne a reconnu que les traitements ou examens forcés sur des enfants portaient atteinte à la vie privée en violation de l'article 8 de la CESDH⁸⁵⁴.

Le malade peut également refuser de subir une opération ainsi qu'il résulte de l'article 16-3 du Code civil⁸⁵⁵ ou une transfusion sanguine⁸⁵⁶.

Et ce droit à la santé bénéficie également d'une reconnaissance par la DUDH et la CIDE. Nous verrons également que la CEDH reconnaît le droit à la santé par référence à l'article 8 de la CESDH dont elle fait une application large.

⁸⁴⁶ Le respect de la vie privée sur le fondement de l'article 9 du Code civil, de l'article 1140-4 du Code de la santé publique et de l'article 8-1 de la CESDH.

⁸⁴⁷ Art. R 4127 C. santé publ.

⁸⁴⁸ Cf. le serment d'Hippocrate : « *Admis dans l'intérieur des maisons, nos yeux ne verront pas ce qui s'y passe, ma langue taira secrets qui me sont confiés [...]. Les choses que je verrai ou que j'entendrai dire dans l'exercice de mon art ou lors de mes fonctions dans le commerce des hommes, et qui ne devront pas être divulguées, je les tairai, les gardant comme des secrets inviolables* »

⁸⁴⁹ Art. L 1110-4 C. de la santé publique modifié par la loi n° 2018-20 du 17 janv. 2018 ; V. Delmas-Marty « A propos du secret professionnel », *D.* 1982.267 ; V. aussi P.F. Godet « Fonctions du secret : aspects cliniques et règlementaires » Cahiers hospitaliers n° 179, mai 2002, p. 23 ; V. aussi P. Decheix « un droit de l'homme mis à mal : le secret professionnel », *D.* 1983.134 ; V. aussi M. Le Roy, « Le secret professionnel en matière médicale » *Gaz. Pal.* 1983, 2^{ème} sem. Doct. 339

⁸⁵⁰ Art. L 1111-5 C. de la santé publique modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016

⁸⁵¹ Art 9 C. civ., L 1140-4 C. santé publ et art 8-1 de la CESDH

⁸⁵² C.A de Paris du 17 mars 1986, dite jurisprudence Chantal Nobel. Dans cet arrêt la Cour d'appel de Paris a admis « *Une chambre d'hôpital occupée par un malade constitue pour lui au sens de l'article 184 du code pénal [remplacé par l'article 226-4 du code pénal actuel] un domicile protégé en tant que tel par la loi, qu'il occupe à titre temporaire mais certain et privatif et où, à partir du moment où cette chambre lui est affectée, il a le droit, sous la seule réserve des nécessités du service, de se dire chez lui et notamment d'être défendu de la curiosité publique* »

⁸⁵³ TGI Paris 4 oct. 1995 : D 1996. 28, note Gromb ; JCP 1996.II.22615, note Laude

⁸⁵⁴ Les médecins avaient administré à un enfant handicapé de la morphine en dépit de l'opposition constante de sa mère, représentante légitime CEDH Sect. II, 9 mars 2004, Glass c/Royaume-Uni, req. n°61827/00 ; V. aussi CEDH sect. IV, 23 mars 2010 M.A.K et R. K c/Royaume-Uni, req. n° 45901/05 et 40146/06 (examens non urgents réalisés sur un enfant sans attendre l'autorisation des parents)

⁸⁵⁵ Civ. 2^{ème} 19 mars 1997 n° 93-10.914. Bull. civ. II, N°86 : R, P 280 ; *RTD civ.* 1997.632, obs. Hauser, et 675, obs. Jourdain

⁸⁵⁶ La volonté du médecin ne saurait prévaloir de façon générale sur celle de respecter la volonté du malade V. en ce sens CE 26 oct. 2001, *D* 2001. IR.3253 ; *JCP* 2002.II.10025, note Moreau, *ibid* I.124, n° 14 s, obs. Viney ; *Gaz Pal.* 2002. 1451, note Frion,

SECTION II

LE DROIT A LA SANTE – RECONNAISSANCE EUROPEENNE ET INTERNATIONALE

La CIDE, texte de référence pour les droits de l'enfant, reconnaît expressément le droit à la santé de l'enfant dans son article 24-1 en ces termes : «*Les Etats reconnaissent le droit à l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducations. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services*».

La DUDH reconnaît également le droit à la santé dans son article 25-1 : «*Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille notamment [...] les soins médicaux [...]*» puis dans l'article 25-2, de la DUDH il est retenu : «*La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciale*».

L'article 35 «*protection de la santé*» de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que : «*Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux [...]*».

Mais le droit à la santé n'est pas prévu en tant que tel dans la CESDH. Cependant la Cour européenne définit de manière large le champ d'application de l'article 8, et ce, même lorsqu'un droit particulier n'y est pas expressément énoncé, la portée de cette disposition n'est toutefois pas illimitée.

Ainsi la CEDH dans l'arrêt *Lopez Ostra* du 9 décembre 1994⁸⁵⁷, a sur le fondement de l'article 8 de la Convention, considéré que «*les dommages causés à la santé humaine pouvaient constituer une violation de la vie privée et familiale*». Cette extension de la protection de l'article 8 à «*l'environnement sain*» sera notamment confirmée par l'arrêt *Guerra* du 19 février 1998⁸⁵⁸.

La reconnaissance du droit à la santé n'ayant pas été envisagée par le droit communautaire, cette reconnaissance est due à la jurisprudence de la Cour européenne, qui a élargi sa faible compétence initiale. Cette entreprise se fait de manière indirecte par le prisme

⁸⁵⁷ CEDH *Lopez Ostra* c/Espagne du 9 déc. 1994, req. 16798/90, GACEDH n° 3, concernant les émanations nauséabondes d'une station de traitement des déchets d'une tannerie

⁸⁵⁸ CEDH *Guerra* et autres c/Italie du 29 fév. 1998, req. n° 14967/89, GACEDH n° 46, sur l'absence d'informations de la population sur les risques encourus et les mesures à prendre en cas d'accident dans une usine chimique du voisinage

d'autres droits voisins tels que : droit à la vie⁸⁵⁹, interdiction de la torture⁸⁶⁰ ou encore droit à un environnement sain⁸⁶¹.

Puis l'article 2 de la Convention met à la charge de l'Etat une obligation positive ; ce qui l'oblige à dispenser des soins si l'état de la personne le nécessite⁸⁶², et ce même en garde à vue⁸⁶³. La Cour a aussi rappelé que l'Etat partie à la Convention doit prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé publique des personnes placées sous sa juridiction⁸⁶⁴.

La CEDH saisi en 2002 de l'affaire Papon⁸⁶⁵ a eu à se prononcer sur le fondement de l'article 3 de la Convention. Ainsi elle n'a pas exclu *«que le maintien en détention d'une personne âgée, sur une période prolongée, puisse poser problème, tout en considérant, en l'espèce que l'état de santé du requérant et ses conditions de détention ne permettaient pas à la situation d'atteindre le seuil de gravité actionnant l'article 3»*.

Le droit à la santé qui comprend la prévention ainsi que les soins doit profiter à toute personne dont l'état de santé le nécessite et plus particulièrement à l'enfant.

SECTION III

LE DROIT A LA SANTE ET L'INTERET DE L'ENFANT

Le représentant légal de l'enfant mineur titulaire de l'autorité parentale doit notamment veiller à la santé et la sécurité de l'enfant⁸⁶⁶. Il doit également prendre soin de l'enfant et lui faire prodiguer tous les soins médicaux nécessaires à son état de santé.

Ce sont donc les parents qui disposent de cet ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant⁸⁶⁷.

⁸⁵⁹ Art. 2 CESDH ; V. CEDH L. C. B. c /Royaume-Uni, req. n° 23413/94 du 9 juin 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III, p. 1403 § 36, non violation de l'article 2 et de l'article 3 de la Convention

⁸⁶⁰ Art. 3 CESDH ; V. CEDH L. C. B. c/Royaume-Uni du 9 juin 1998 cité supra 859

⁸⁶¹ Art. 8 CESDH ; V. CEDH Lopez Ostra c/Espagne du 9 déc. 1994 cité supra 857

⁸⁶² CEDH Berktaç c/Turquie, req. n°22493/93 du 1^{er} mars 2001, JCP G 2002, I-342, I, chron. F. Sudre, dans cette affaire la cour a reconnu la violation des articles 2 et 3 de la Convention

⁸⁶³ CEDH Anguelova c/Bulgarie, req. n°38361/97 du 13 juin 2002, la cour reconnaît la violation de l'article 2 et 3 de la Convention § 130

⁸⁶⁴ CEDH Calvelli et Ciglio c/Italie, req. n°32967/96 du 17 janvier 2002, JCP G 2002, I-157, I chron. F. sudre, la cour ne reconnaît pas la violation de l'article 2 de la Convention

⁸⁶⁵ CEDH Papon c/France, req. n°54210/00 du 25 juill. 2002

⁸⁶⁶ Art. 371-1 C. civ modifié par la loi n° 2019-721 du 10 juil. 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires

⁸⁶⁷ Art. 371-1 alinéa 1 C. civ cité supra

Cependant les parents doivent associer l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité⁸⁶⁸, et l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours primer dans les choix et les décisions le concernant⁸⁶⁹.

Mais certains actes médicaux sont imposés aux parents par la loi, et ce, sous peine de sanction : c'est le cas pour les vaccinations obligatoires⁸⁷⁰ sauf contre-indication médicale reconnue.

L'enfant mineur dispose du droit d'être informé de son état de santé⁸⁷¹. En effet, selon l'article L1111-2 du Code de la santé publique «[...] *les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelles*».

De plus, l'enfant mineur peut être associé aux décisions qui le concernent comme le rappelle l'article L1111-4 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*».

Et l'article L1111-5 du Code de la santé publique va plus loin en autorisant le mineur à garder le secret sur ses soins à l'égard de ses parents, et donc à y consentir seul : «*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*».

Cette disposition permet de renforcer l'accès aux soins des mineurs notamment lorsque la maladie est liée à la sexualité de l'enfant dont il ne veut pas informer ses parents.

L'acte médical en cause, est conforme à l'intérêt de l'enfant puisqu'il est nécessaire pour lui sauver la vie mais en même temps il porte atteinte à l'autorité parentale⁸⁷².

⁸⁶⁸ Art. 371-1 alinéa 4 C. civ. cité supra

⁸⁶⁹ Art. 3-1 CIDE

⁸⁷⁰ Art. L 3111-1 Code de la santé publique ; V aussi arrêt n° 06LY02156 Cour administrative d'appel de Lyon du 5 juin 2007, *Gaz. Pal.* 30 déc. 2008, n° 365, p.38, obs. A. Gabriel, qui confirme la solution des juges du Tribunal administratif qui avait donné droit au proviseur du lycée professionnel qui avait interdit l'accès à cet établissement à un mineur au motif que les parents n'avaient pas satisfait à l'obligation de vaccination

⁸⁷¹ Art. L 1111-2 C. santé publ. Modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé

⁸⁷² F. Dekeuwer-Défossez, «L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner», *Revue générale de droit médicale* 2004, n° 12 p.99 ; A. Kimmer-Alcover, «L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs : chronique d'un déclin annoncé», *RDSS* 2005, p.265

Rappelons que l'intérêt de l'enfant prime sur tout autre intérêt, et notamment sur celui de ses parents mais cède devant l'ordre public. La Cour européenne dans l'arrêt Johansen⁸⁷³ a souligné *«que bien qu'il faille ménager un juste équilibre entre l'intérêt de l'enfant et ceux de ses parents, la Cour attache une importance particulière à l'intérêt de l'enfant, qui selon sa nature et sa gravité peut l'emporter sur celui des parents [...]»*.

Puis dans l'arrêt Neulinger et Shuruk⁸⁷⁴ la Cour a affirmé *«qu'il existe un large consensus, y compris en droit international autour du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant»*.

L'article L1111-5 du Code de la santé publique poursuit ainsi : *«Toutefois, le médecin doit, dans un premier temps, s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix. Lorsqu'une personne mineure, dont les liens de famille sont rompus, bénéficie à titre personnel du remboursement des prestations en nature de l'assurance maladie et maternité et de la couverture complémentaire mise en place par la loi portant création d'une couverture maladie universelle, son seul consentement est requis»*.

L'enfant mineur doit *«jouir du meilleur état de santé possible et bénéficier de services médicaux et de rééducation»*⁸⁷⁵.

Informé de son état de santé⁸⁷⁶ *«bien que les droits des mineurs sont exercés par l'autorité parentale [...]». Les intéressés (mineurs ou majeurs sus tutelle) ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs [...]»*, il peut alors demander que les informations relatives à son état de santé ne soient pas divulguées à ses parents⁸⁷⁷. Et la loi va plus loin en reconnaissant à l'enfant mineur le droit de participer à la décision médicale le concernant en fonction de son âge et de son degré de discernement.

L'article L1111-4 du Code de la santé publique énonce : *«Toute personne prend seule, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé»* et poursuit *«Le médecin doit respecter la volonté de la personne*

⁸⁷³ CEDH Johansen c/Norvège, req. n° 17393/90 du 7 août 1996 ; JCP G 1997. I. 4000, obs. F. Sudre

⁸⁷⁴ CEDH Neulinger et Shuruk c/Suisse, req. n° 41615/07 § 102 du 6 juillet 2010 : JCP G 2010 n° 30, p. 1520, obs. B. Pastre-Belda ; RTD civ. 2010 n° 4, p. 735, obs. J.P. Marguénaud ; RTDE 2010 n° 4 p. 927 ; JCP G 2011 n° 4, p. 182, obs. F. Sudre ; D. 2011, n° 20, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke

⁸⁷⁵ Art. 24-1 CIDE

⁸⁷⁶ Art L 1111-2 Code de la santé publique modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

⁸⁷⁷ Art. L 1111-5 Code de la santé publique

après l'avoir informée des conséquences de ses choix» et de terminer ainsi : «Aucun acte 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 (...)».

Le médecin doit donc respecter la volonté du patient⁸⁷⁸ mais lorsque le patient est un enfant mineur quel est son droit de s'opposer à un acte ou un traitement sur le fondement de l'article L1111-4 du Code de la santé publique ?

Peut-on distinguer là où la loi n'opère aucune distinction ? Le terme généraliste utilisé par le législateur dans l'alinéa 1^{er} de l'article L1111-4 du Code de la santé publique *«toute personne»* ne laisse aucune possibilité d'interprétation. En effet l'enfant mineur est une personne au même titre que l'adulte majeur capable. Mais l'alinéa 7 dudit article L 1111-4 vient apporter un correctif en ces termes : *«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».*

Aussi le consentement de l'enfant mineur est donc un élément essentiel et déterminant pour la mise en place du traitement. Mais dans le cas où l'enfant mineur s'opposerait au traitement proposé ou plus généralement à tout traitement, que se passerait-il ?

Les parents bénéficiant de prérogatives dans le cadre de l'autorité parentale dont la finalité est l'intérêt de l'enfant⁸⁷⁹ doivent associer l'enfant mineur *«aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité»*⁸⁸⁰.

Ainsi la parole de l'enfant devient un élément que les parents et le médecin doivent entendre et écouter mais ils doivent aussi prendre en compte un autre élément qui a toute son importance : l'intérêt de l'enfant.

Ici l'enfant mineur, en fonction de son âge et de sa maturité, dispose alors d'une vraie pré-majorité.

Cette pré-majorité reconnue à l'enfant mineur doit servir son intérêt et seulement son intérêt qui prime tout autre intérêt en jeu. Ainsi les attentes et les souhaits de l'enfant mineurs doivent devenir une priorité et être entendus et pris en considération.

⁸⁷⁸ R. Nerson, Le respect par le médecin de la volonté du malade, In Mélanges Marty, Universités des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 870

⁸⁷⁹ Art. 371-1 alinéa 1^{er} C. civ

⁸⁸⁰ Art. 371-1 alinéa 4 C. civ.

Les droits ou libertés fondamentaux peuvent être définis comme l'ensemble des droits primordiaux à l'Homme qui lui sont assurés dans une démocratie.

Bien que les droits fondamentaux et les libertés fondamentales ne soient pas mentionnés par la Constitution de 1958, nombreux d'entre eux sont garantis par la DDH de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et enfin par la Charte de l'environnement adossée à la Constitution de 2005.

Ces droits et libertés profitent à tout homme et par conséquent à l'enfant mineur qui selon Pascal⁸⁸¹ est «*un homme en devenir*».

Mais ces droits et libertés n'interagissent pas de la même manière sur l'intérêt de l'enfant mineur tout comme ils n'intéressent pas l'enfant mineur de la même manière que l'adulte.

En effet, l'intérêt de l'enfant mineur, notion ambivalente qui ne figure pas toujours en tant que telle dans les droits fondamentaux, est malgré tout soit sous-entendu soit intrinsèquement contenu dans la rédaction même des textes, mais demeure toujours omniprésent dans l'ensemble de ces droits et libertés.

Cet aspect ambivalent attaché à la notion de l'intérêt de l'enfant est sans nul doute nécessaire et se justifie notamment par la disparité des situations dans lesquelles l'enfant mineur peut se trouver.

De plus chaque enfant mineur est une entité unique et son intérêt en totale adéquation avec lui ne peut jamais correspondre à une définition précise ni à une interprétation générale.

Tout droit ou liberté doit alors s'appliquer eu égard au statut particulier de l'enfant mineur et notamment en considération de sa vulnérabilité.

Cependant certains droits n'intéressent qu'indirectement l'intérêt de l'enfant. Ainsi le droit de vote, qui ne bénéficie pas à l'enfant durant sa minorité, a malgré tout un impact sur son intérêt.

En effet, les élections des différents représentants politiques qui seront amenés à mener certaines réformes concernant les droits de l'enfant auront à l'esprit la primauté de l'intérêt de l'enfant avant de faire adopter les lois ou de prendre des ordonnances.

Et cet intérêt devant être au centre de toutes les préoccupations et de tous les droits et libertés jusqu'à devenir l'élément primordial.

⁸⁸¹ Blaise Pascal déjà cité supra

Le droit au logement intéresse également l'intérêt de l'enfant de manière indirecte en sa qualité de membre de la famille.

D'autres droits et libertés intéressent directement l'intérêt de l'enfant à des degrés différents. En effet, certains droits et libertés présentent une importance essentielle voire primordiale pour l'intérêt de l'enfant et notamment pour sa construction et son développement. Il s'agit du droit à l'instruction dont on a démontré toute son importance pour le développement de l'enfant, de la liberté d'expression ou de pensée qui implique une réflexion de l'enfant mineur, de la liberté syndicale, de la liberté de réunion, de la liberté culturelle, de la liberté d'association, de la liberté syndicale, du droit de grève ou encore du droit à la santé.

L'ensemble de ces droits et libertés qui ont des buts différents concourent tous à l'intérêt de l'enfant notamment de par leur influence sur son développement intellectuel ou encore sur sa protection.

Enfin la CIDE, texte de référence, qui a consacré l'ensemble des droits et libertés fondamentaux applicables aux enfants mineurs contient le texte de référence concernant «*l'intérêt supérieur de l'enfant*» et son influence dans notre droit positif n'est plus à démontrer.

Aussi après avoir développé tous les aspects du droit public et des droits de l'Homme qui intéressent directement ou indirectement l'intérêt supérieur de l'enfant, nous allons maintenant aborder les droits privés qui constituent la grande partie substantielle de notre droit interne et qui intéressent tout particulièrement l'intérêt de l'enfant tant dans sa vie personnelle que dans son rapport avec les autres.

DEUXIEME PARTIE

LES DROITS PRIVES

ET L'INTERET DE L'ENFANT

Dans cette partie nous nous attacherons à traiter des droits de la personnalité (Titre I) et des droits familiaux (Titre II).

Mais avant d'entrer dans le vif du sujet essayons de définir le droit privé⁸⁸² que l'on oppose au droit public. De cette distinction classique et fondamentale, il en résulte deux droits indépendants soumis à leurs propres règles ainsi qu'à des juridictions différentes.

Le droit privé régit les rapports entre les personnes privées, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, alors que le droit public recouvre les relations avec l'Etat ou l'administration ainsi que les relations entre les institutions publiques.

Ainsi le droit public qui comprend le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit fiscal, le droit de l'urbanisme ainsi que le droit pénal, réunit les règles qui s'appliquent à l'Etat et aux autres personnes morales de droit public. Plus précisément le droit public régit leur création, leur organisation, leur fonctionnement interne ainsi que leur relation entre elles mais aussi avec les personnes privées.

Quant au droit privé, son origine remonte au droit romain et il constitue la plus grande partie du droit positif.

⁸⁸² Judith Rochfeld, Les grandes notions du droit privé, Thémis Droit, éd. Boché, 2011

A l'origine, le droit civil occupait quasiment toute la place du droit privé, mais progressivement certaines branches se sont détachées, tels que le droit de la consommation codifié en 2000 sous le Code de la consommation, le droit commercial, le droit rural ou encore le droit de la construction et de l'habitation. Le droit civil restant le droit commun.

Cependant ledit droit commun ne déroge pas aux règles spéciales (*generalia specialibus non derogant*).

Le droit privé se subdivise en de nombreuses disciplines :

1-le droit civil du latin «*civilis*» dérivé de «*civis*» qui signifie citoyen est le droit commun de la nation car il s'applique à tous les citoyens et garantit notamment l'état des personnes et la propriété. Il permet de régler les relations entre les citoyens. En ce sens Montesquieu⁸⁸³ définit le droit civil comme étant «*les lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux*».

Le droit civil, noyau du droit privé qui se trouve codifié dans le Code civil napoléonien de 1804 comprend : le droit des personnes, le droit de la famille, le droit des biens, le droit des contrats et le droit des régimes matrimoniaux.

Le droit des contrats a fait l'objet d'une réforme récente par l'ordonnance n° 2016-131 du 16 octobre 2016 ainsi que par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018.

2-le droit social⁸⁸⁴, nouvelle génération des droits de l'homme, régit les relations de travail et comporte des règles spéciales dérogeant au droit commun (licenciement, pourparlers). Le droit social présente la particularité d'être à la fois régi par le droit public et le droit privé, comprend le droit du travail et le droit de la sécurité sociale,

3-le droit des affaires⁸⁸⁵ comprend le droit des sociétés, le droit des procédures collectives, le droit commercial codifié depuis 1807 dans le Code de commerce, le droit de la consommation, droit de la propriété intellectuelle et le droit bancaire,

4-le droit rural⁸⁸⁶ applicable à l'activité agricole et à ceux qui la pratiquent. Ce droit comprend des règles spéciales qui dérogent au droit commun, notamment lorsqu'il est question de métayage ou de fermage.

⁸⁸³ Montesquieu, L'esprit des lois, Livre I, Ch. 3

⁸⁸⁴ Gérard Lyon-Caen et Jeanne Tihllet-Pretnar, Droit social, Paris LGDJ, coll. «*Manuel*» 1995, 5^e éd. 368 p ;V. aussi Dominique Grandguillot, Le droit social, Paris Gullino, coll. «*Les zooms*» 2013, 15^{ème} éd. 256 p.

⁸⁸⁵ Jean-Bernard Blaise, Richard Descorges, «*Droit des Affaires* », LGDJ, coll. «*Manuel*», 10^e éd. 2019, 624 p.

Après ce bref exposé, entrons dans le vif du sujet, en abordant dans un premier temps, l'un des aspects les plus importants du droit civil : le droit de la personnalité.

⁸⁸⁶ M.O. Gain, «Le droit rural, l'exploitant agricole et les terres», LexisNexis, Droit § professionnels, 4^e éd. 2017, 308 p. ; J. Audier, «Droit rural», Dalloz ménento 5^e éd. 2009, 138 p.

TITRE I

LES DROITS DE LA PERSONNALITE

Les droits de la personnalité⁸⁸⁷ sont des droits assez récents qui étaient ignorés par les rédacteurs⁸⁸⁸ du Code civil en 1804.

L'origine de ces droits est avant tout une création prétorienne. En effet, l'expression même «*des droits de la personnalité*» apparaît pour la première fois dans l'arrêt *Lecoq* de la Cour de cassation du 25 juin 1902⁸⁸⁹. Dans cet arrêt la haute juridiction a reconnu à l'auteur d'une œuvre de l'esprit «*la faculté inhérente à sa personnalité*».

Cet arrêt avait été précédé de quelques antécédents célèbres dont celui de l'affaire Rachel en 1858. Dans cette affaire, le Tribunal civil de la Seine⁸⁹⁰ admettait à l'occasion de la représentation de la tragédienne alors décédée que «*nul ne peut, sans le consentement formel de la famille, reproduire ou livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort, quelle qu'ait été la célébrité de cette personne, et le plus ou moins de publicité qui soit attachée aux actes de sa vie*», et les juges poursuivaient en ajoutant que : «*le droit de s'opposer à cette reproduction est absolu*».

Puis dans les années 1950, le juge ne cessera de consacrer de nouveaux droits de la personnalité tels que le droit au secret, le droit au nom, le droit à la voix, le droit à l'oubli....

⁸⁸⁷ A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits de la personne*, th. Paris, LGDJ, 1960, P. Kayser, «Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques», *RTD civ.* 1971,445 et s. ; B. Beignier, *Les droits de la personnalité*, PUF, Que sais-je ?, 1992

⁸⁸⁸ François Denis Tronchet, Felix Julien Jean Bigot de Prémeneu, Jean-Etienne-Marie Portalis et Jacques de Maleville, quatre grands juristes sous la direction de Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, juriste, homme d'Etat français

⁸⁸⁹ Civ. du 25 juin 1902, *DP* 1903 I.p, concl. Baudoin note Colin

⁸⁹⁰ Trib. civ. Seine, 16 juin 1858, *DP* 1858, Somm. 62 ; Ann. Propr. ind. 1858, P 250

L'expression «*droits de la personnalité*» se retrouvera enfin dans le rapport de la Cour de Cassation en 1968 à la veille de la première grande loi reconnaissant le droit au respect de la vie privée⁸⁹¹.

Force est de constater qu'aujourd'hui cette création se poursuit. Ainsi le Conseil Constitutionnel a rattaché le droit au respect de la vie privée à la liberté personnelle de l'article 2 de la DDH dans sa décision du 23 juillet 1999⁸⁹² puis l'a confirmé dans d'autres décisions⁸⁹³.

La notion même de «la personnalité» est difficile à cerner et, pour l'appréhender, il faut la distinguer des droits de la personne, car la personnalité est synonyme d'identité.

Les droits de la personnalité sont des droits fondamentaux inhérents à la personne humaine et se définissent comme les droits qui assurent à l'individu la protection des attributs de la personnalité que sont la voix, la vie privée, l'image et garantissent son intégrité.

Ils ont pu être définis par Toullier⁸⁹⁴ comme étant «*des droits de l'homme, dans l'état civil*».

Pour G. Cornu⁸⁹⁵, la personnalité se définit comme «*ce qui caractérise en particulier un individu (dans ses tendances et son tempérament), son individualité, son caractère*».

Pour Jean-Michel Bruguière et Berengère Gleize⁸⁹⁶ «*L'objet des droits de la personnalité est... la personnalité*».

Les droits de la personnalité, en constante extension, deviennent des droits fondamentaux de plus en plus nombreux⁸⁹⁷, et sont *a priori* des droits subjectifs et des droits extra-patrimoniaux ; de cette dernière caractéristique découle notamment leur indisponibilité entre vifs, leur intransmissibilité à cause de mort et leur imprescriptibilité.

Revenons ici sur l'indisponibilité des droits de la personnalité. L'individu est libre d'exercer son droit et d'interdire à tous l'utilisation d'un élément de la personnalité, mais il peut également ne pas l'exercer et autoriser à certains un tel emploi.

Ce renoncement peut parfaitement faire l'objet d'un aménagement contractuel sous la forme d'un contrat d'abstention à l'exercice d'un droit considéré. Il en résulte alors une certaine disponibilité du droit, qui dans son exercice, peut faire l'objet d'une convention

⁸⁹¹ Loi n° 70-643 du 17 juill. 1970 a modifié l'art. 9 C. civ.

⁸⁹² Décision n° 99-416 DC JO 28 juill. 1999

⁸⁹³ Décision n° 12-652 DC, 22 mars 2012, cons. 8 ; Décision n° 2013-679 DC, 4 déc. 2013, cons. 38 ; Décision n° 2013-367, QPC 14 fév. 2014

⁸⁹⁴ C. Toullier, Le code civil suivant l'ordre du code, Paris, Warée, vol. I, n° 211, p. 182

⁸⁹⁵ Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Quadrige PUF 2001, V. personnalité

⁸⁹⁶ J.M. Bruguière et Bérangère Gleize, Droits de la personnalité, éd. Ellipses 2015

visant à autoriser pour une personne particulière une utilisation spécifique d'un attribut lui-même déterminé.

Cependant cette disponibilité ne peut porter que sur l'exercice du droit et non sur sa jouissance. La jurisprudence qui s'est peu exprimée sur ce point a cependant rendu un arrêt très intéressant sur le sujet.

En effet, la Cour de cassation dans l'arrêt Bordas⁸⁹⁸ a jugé que *«le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom patronymique, qui empêche son titulaire d'en disposer librement pour identifier une autre personne physique ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial»*.

Ainsi le nom de famille (patronymique) n'est plus seulement l'institution de police civile décrite par Planiol⁸⁹⁹, il devient l'objet d'un contrat⁹⁰⁰.

Puis dans un arrêt du 4 novembre 2011⁹⁰¹, la haute juridiction a reconnu la nature contractuelle de l'accord relatif à l'exercice du droit à l'image, à propos de policiers qui avaient acceptés d'être filmés dans l'exercice de leur mission au cours d'un reportage et qui s'étaient plaints ensuite que leurs noms aient été divulgués à cette occasion sans leur autorisation. Dans cet arrêt la Cour de cassation, en se fondant sur l'ancien article 1134 du Code civil, a décidé que *«l'accord donné par une personne pour la diffusion de son image ne pouvait valoir accord sur la divulgation de son nom»*.

Ces droits sont indissociables de la personne qu'ils ont pour objet de protéger. Etant attachés à la personne, ils sont donc exclus des dispositions de l'article 1341-1 nouveau du Code civil sur l'action oblique⁹⁰².

⁸⁹⁷ E. Perreau, «Les droits de la personnalité», *RTD civ.* 1909.51

⁸⁹⁸ Comm. 12 mars 1985, *Bull. civ. IV.* N° 95, p. 84, *Jurisp.* p. 471, note J. Ghestin ; *JCP* 1985.II.20400, concl. M. Montanier, note G. Bonet ; *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 246, note Le Tallec, *Rev. Sociétés*, 1985, p. 607, note G. Parléani ; V. aussi *Civ. 2^{ème}* le 10 mars 2004, n° 02-16.354 ; *Bull. civ. II*, n° 118, *Dr & Patr.* 6/2004, p. 96, obs. G. Loiseau, retenant l'irrévocabilité de l'accord donné à la diffusion de l'image enregistrée au cours d'un reportage

⁸⁹⁹ Marcel Ferdinand Planiol juriconsulte et professeur de droit et d'histoire du droit à l'université de Rennes. Avec Raymond Saleilles et François Geny, il est l'un des trois rénovateurs du droit civil français.

⁹⁰⁰ G. Loiseau, *Le nom objet du contrat.*, LGDJ 1997, Préf. J. Ghestin

⁹⁰¹ *Civ. 1^{ère}* 4 nov. 2011 n° 10-24.761, *Bull. civ. I* n° 196 ; *JCP G* 2012, 71, note G. Loiseau ; *Comm. com. électr.* 3/2012, p. 37, obs. A. Lepage ; *RTD civ.* 2012, p. 90, obs. J. Hauser

⁹⁰² Ancien Art 1366 C. civ

Mais ces droits sont malmenés notamment par les nouvelles technologies (télé-surveillance, géolocalisation et diffusion sur internet), ainsi que par une forte patrimonialisation des droits de la personnalité. En effet, mannequins et sportifs font notamment profession des attributs de leur personnalité (voix, image, noms...).

Sont titulaires des droits de la personnalité la personne, l'être humain ou l'espèce humaine⁹⁰³. De plus le sujet des droits de la personnalité est la personne, prise ici dans son individualité et non dans son humanité, et cette personne est bien concrète.

Les droits de la personnalité ont également été développés dans la CESDH à laquelle les tribunaux nationaux se réfèrent de plus en plus⁹⁰⁴.

Bien que cela puisse paraître surprenant les personnes morales sont également titulaires de droits de la personnalité bien qu'elles n'aient qu'une existence juridique contrairement aux personnes physiques qui sont des êtres humains, sujet de dignité.

La Cour Européenne des droits de l'homme n'a pas hésité à consacrer le respect du domicile, de la correspondance ou de la réputation des personnes morales dans un arrêt du 6 avril 2002⁹⁰⁵.

Pour la cour d'appel d'Aix en Provence⁹⁰⁶, il n'y a aucun doute sur la titularité des personnes morales aux droits de la personnalité : *«Les personnes morales sont susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée dès lors qu'elles sont titulaires de droits de la personnalité tels que le droit au nom, le droit au secret de leur vie intérieure parallèlement à la vie publique qui justifie leur existence en raison de leur objet social, dès lors qu'une vie secrète peut se dérouler dans leurs locaux privés»*.

La Cour de cassation se montre plus modérée dans un arrêt du 17 mars 2016⁹⁰⁷ en décidant que *«seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du Code civil»*, mais dans la même décision la Cour indique

⁹⁰³ Art. 16 et 16-1 C. civ.

⁹⁰⁴ J.P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 2002 ; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 5^{ème} éd. 2001 ; A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, th. Paris II, Dalloz, 2002, préf. L. Leveneur ; critiques : Ph. Maluric, *«Grands arrêts, petits arrêts, mauvais arrêts de la CEDH»*, *Defrenois* 2007.348

⁹⁰⁵ CEDH du 16 avr. 2002, req. n° 37971/97, Sté Colas Est et autres c/France, D 2003, Somm. 1541, obs. A. Lepage

⁹⁰⁶ Aix en Provence, 10 mai 2001, D. 2002, Somm. P. 2299, obs. A. Lepage

⁹⁰⁷ Civ 1^{ère} du 17 mars 2016, n° 15-14.072, publié Comm. com. élect. 2016, comm. 43, note A. Lepage ; D 2016, p. 1116, note G. Loiseau

que *«les personnes morales disposent notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation»*.

La haute juridiction a donc expressément reconnu que les personnes morales ne jouissent pas forcément de tous les droits de la personnalité reconnues aux personnes humaines.

L'atteinte aux droits de la personnalité donne lieu à des actions spécifiques en référé ainsi que nous le verrons pour les atteintes de la vie privée.

Enfin, les droits de la personnalité ont pour finalité de garantir à chaque individu une sphère personnelle, en principe inviolable, qui lui permet de s'opposer aux actes invasifs ou attentatoires qui occasionneraient un trouble.

Nous nous attacherons ici à ne développer que les droits de la personnalité concernant les personnes physiques.

Rappelons enfin que pour avoir des droits l'enfant mineur doit avoir la personnalité juridique. Laquelle personnalité est exclusivement dépendante de la viabilité de l'enfant né vivant ainsi que nous l'avons longuement développé dans la PARTIE PRELIMINAIRE à laquelle nous nous reporterons.

Les droits de la personnalité humaine sont aussi divers que variés. Ils intéressent tout particulièrement l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi nous allons développer le droit à la vie (Chapitre I), le droit à l'intégrité physique et l'inviolabilité du corps humain (Chapitre II), le droit au respect de la vie privée (Chapitre III), le droit à l'image (Chapitre IV), le droit au prénom et au nom de famille (Chapitre V), le domicile (Chapitre VI) et enfin la nationalité (Chapitre VII).

Commençons par le droit à la vie, préalable essentiel et nécessaire à l'établissement de la personnalité juridique dont tout être humain est doté, sous la condition toutefois de naître vivant et viable comme nous l'avons déjà vu dans la PARTIE PRELIMINAIRE.

CHAPITRE I

LE DROIT A LA VIE

Le droit à la vie est reconnu comme une valeur fondamentale dans les sociétés démocratiques. C'est également un droit universellement reconnu pour tous les êtres humains et surtout un droit de l'Homme par excellence.

Ce droit à la vie a non seulement un rayonnement national, mais également européen et international (Section I) ; il peut être naturel ou nécessiter une assistance médicale (Section II) mais il n'est pas absolu (Section III).

SECTION I

RECONNAISSANCE DU DROIT A LA VIE

§1 - Reconnaissance européenne du droit à la vie

Le droit à la vie est garanti par l'article 2-1 de la CESDH qui énonce : «*Le droit à la vie est protégé par la loi*». Ainsi les Etats doivent protéger la vie de chacun en évitant les atteintes à ce droit, que celles-ci soient dues au fait des pouvoirs publics ou d'autres individus, en mettant en place une législation⁹⁰⁸ garantissant ce droit à la vie.

Aussi, en cas d'allégations sur la violation de l'article 2⁹⁰⁹, les Etats doivent mener une enquête effective tout comme ils doivent éviter de provoquer la mort de manière volontaire ainsi que prendre des mesures nécessaires à la vie des personnes⁹¹⁰.

La Cour rappelle fréquemment que l'article 2 figure parmi les articles primordiaux de la Convention et qu'aucune dérogation au titre de l'article 15 n'y est autorisée en temps de paix.

Ce droit à la vie comporte trois aspects : le droit au respect de la vie, le droit à la protection de la vie ainsi que le droit de ne pas être tué.

Ainsi l'article 2 de la CESDH prévoit que «*la mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi*».

Selon la Cour européenne, l'article 2 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques⁹¹¹, et les exceptions au «*droit à la vie*» contenues au deuxième paragraphe de l'article 2 ne violent pas ledit article lorsqu'*un recours à la force* est «*rendu absolument nécessaire [...]*»⁹¹².

⁹⁰⁸ CEDH Bosso et Gaggio c/Italie, req. n° 50490/99 du 5 sept. 2002

⁹⁰⁹ CEDH Armani Da Silva c/ Royaume-Uni n° 5878/08 du 30 mars 2016 § 229

⁹¹⁰ CEDH Centre des Ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c/Roumanie, req. n° 47848/08 du 17 juill. 2014

⁹¹¹ CEDH Andronicou et Constantinou c/Chypre, req. n° 25052/94 du 9 oct. 1997 §171, Recueil des Arrêts et décisions 19997.VI, CEDH Solomou et autres c/Turquie, req. n° 36832/97 § 63 du 24 juin 2008

⁹¹² CEDH Mc Cann et autres c/Royaume-Uni, req. n° 18984/91 du 27 sept. 1995, § 148, série A n° 324 ; CEDH Solomon et autres c/Turquie § 63 n° 36832/97, cité supra

La force utilisée doit alors être strictement proportionnée, et la Cour prend en considération, non seulement les actes des agents de police⁹¹³ mais également les circonstances de l'affaire, notamment la préparation et le contrôle des actes en question⁹¹⁴.

Toujours selon la Cour les circonstances de la privation de la vie doivent «être interprétées de façon stricte» car l'objet et le but de la Convention sont la protection des droits des individus de manière à rendre ses garanties concrètes et effectives⁹¹⁵.

Enfin la Cour a jugé que l'article 2 de la Convention imposait des obligations positives notamment dans le domaine de la santé⁹¹⁶, des services d'urgence ainsi que pour lutter contre les désastres industriels et écologiques⁹¹⁷.

Il faut également préciser que le protocole additionnel n° 13 rappelle que les Etats membres du Conseil de l'Europe souhaitent renforcer la protection du droit à la vie garanti par la CESDH signée à Rome le 4 novembre 1950 dite Convention.

Ce protocole additionnel rappelle également le Protocole n° 6 de la Convention concernant l'abolition de la peine de mort, signé à Strasbourg le 28 avril 1983, n'exclue pas la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre.

Enfin ledit protocole comporte l'abolition de la peine de mort en toute circonstance et n'autorise aucune dérogation.

Le droit à la vie figure également à l'article 2⁹¹⁸ de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dit Traité de Nice en ces termes : «1- Toute personne a droit à la vie. 2- Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté».

Ce droit à la vie s'apprécie aussi bien avant la naissance que tout au long de l'existence et ce jusqu'à la mort. Aussi la question du commencement de la vie se pose, et le point de départ de la vie relève de la marge d'appréciation des Etats.

Cependant nous verrons (Ch. I, Section III, §1) que le droit positif reconnaît une entorse à ce droit à la vie en autorisant l'interruption volontaire de grossesse jusqu'à la douzième semaine⁹¹⁹.

⁹¹³ CEDH Bubins c/Royaume-Uni, req. n° 50196/99 § 139 du 17 mars 2005, CEDH 2005.II ; s'agissant de l'ouverture du feu la Cour a estimé qu'elle doit être précédée, lorsqu'il est possible, de tirs d'avertissement, CEDH Kallis et Androulla Panayi c/Turquie n° 45388/99 § 62 du 27 oct. 2009 ; V. aussi principes n° 10 des Principes de l'ONU § 154

⁹¹⁴ CEDH Mc Cann c/Royaume-Uni précité ; V. aussi Avsar c/Turquie du 10 juill. 2001 n° 25657/94 § 391 CEDH 2001.VII ; CEDH Moussaïev et autres C/Russie n° 57941/00, n° 58699/00 et 60403/00 § 142 du 26 juill. 2007

⁹¹⁵ CEDH Solomou et autres c/Turquie précité

⁹¹⁶ CDEH Calvelli et Ciglio c/ talie n° 32967/96 du 17 janvier 2002 ; CEDH Vo c/France n° 53924/00 du 8 juill. 2004

⁹¹⁷ CEDH Boudaïeve et autres c/Russie du 20 mars 2008, req. n° 15339/02, n° 21166/02, n° 20058/02, n° 11673/02 et n° 15343/02 ; V. aussi CEDH Brincat et autres c/Malte du 24 juill. 2014 et CEDH Özel et autres c/Turquie du 17 nov. 2015

⁹¹⁸ Chapitre I – Dignité – Article 2 – Droit à la vie - Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 déc. 2000 appelé aussi traité de Nice

Nous avons longuement traité la question du commencement de la vie lorsque nous avons abordé l'enfant et la personnalité juridique dans la PARTIE PRELIMINAIRE, c'est pourquoi nous nous référerons à ce qui a déjà été dit.

Ce droit à la vie bénéficie également d'une reconnaissance internationale.

§2 - Reconnaissance internationale

La proclamation du droit à la vie est aussi reconnue dans les textes élaborés par l'ONU après la seconde guerre mondiale.

Tout d'abord l'article 3 de la DUDH énonce : *«tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne»*.

L'article 6 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)⁹²⁰ énonce : *«1. Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie»*.

S'agissant du droit à la vie de l'enfant mineur, l'article 6 de la CIDE énonce :

«1. Les Etats parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie. 2. Les Etats parties assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant».

Ce droit inhérent à la vie reconnu à l'enfant mineur par la CIDE n'est pas absolu. En effet, nous verrons que la loi nationale prévoit des exceptions à ce droit à la vie (suicide, avortement).

Enfin ce droit à la vie comporte un véritable droit à donner la vie. Ainsi toute personne dont le droit à la vie est protégé peut donner la vie.

⁹¹⁹ Art. L2212-1 Code de la santé publique modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016

⁹²⁰ Pacte International relatif aux droits civils et politiques signé à New-York le 23 mars 1976 entré en vigueur le 23 mars 1976

SECTION II

LE DROIT DE DONNER LA VIE

Le droit de donner la vie a connu, ces dernières années, un développement lié notamment aux progrès accomplis dans le domaine de l'assistance médicale à la procréation (procréation médicalement assistée couramment dénommée PMA).

La PMA est très encadrée, réglementée et soumise à certaines conditions, par la loi⁹²¹ du 29 juillet 1994⁹²² qui consacre les pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel.

L'alinéa 1^{er} de l'article L 2141-2 du code de la santé publique⁹²³, dont la nouvelle rédaction issue de la loi de 2019 est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2020, énonce : *«L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué»*.

L'alinéa 3 dudit article L 2141-2 dispose que : *«L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple⁹²⁴, l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que de la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation »*.

⁹²¹ CEDH Evans c/Royaume-Uni du 7 mars 2006, D. 2007.1108, obs. J.Chr. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *JCP G* 2006.I.164, n° 7, obs.Fr. Sudre maintenu par sa Grande chambre, 10 avr. 2007, *JCP G* 2007.II.10097, n. B. Mathieu ; *RTD civ* 2007.545, obs. J. Hauser ; V. CEDH Dikson c/Royaume-Uni [GC] du 4 déc. 2007, req. n° 44362/04 *JCP G* 2008.I.110, n° 8, obs. Fr. Sudre ; *RJPI* 2008, 5/13, obs. E. Putman

⁹²² Loi n° 94-653 du 29 juill. 1994 dite loi bioéthique relative au don et à l'utilisation des éléments du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic parental

⁹²³ Issu de la loi n° 94-653 du 29 juill. 1994 précité modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019

⁹²⁴ La Cour de cassation bien avant les lois sur la bioéthique avait déjà posé cette condition comme faisant obstacle au transfert d'embryons V. Civ. 1^{ère} du 9 janv. 1996, Bull. civ. I, n° 21 ; D. 1996.396, n. Fr. Greifuss-Netter ; *JCP G* 1996.II.22666, n. C. Neirinck ; *Gaz. Pal.* 1996.II.400 ; *RTD civ.* 1996.359, obs. J. Hauser. Dans cette affaire les juges ont refusé une implantation posthume après une insémination *in vitro* et l'échec de plusieurs implantations alors que le mari est décédé dans un accident de la circulation

L'article L 2141-10 du Code de la santé publique énonce également que : *«La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec des membres de l'équipe médicale « clinicobiologique » pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du Code de la famille et de l'aide sociale».*

L'alinéa 11 de l'article L 2141-10 du Code de la santé publique⁹²⁵ dispose enfin que : *«Les époux ou les concubins, qui pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le Code civil, leur consentement au notaire».*

Aujourd'hui la procréation par assistance médicale ne peut concerner qu'un couple marié ou un couple de concubins qui remplissent toutes les conditions énoncées sous les articles L 2141-2 et L 2141-10 du Code de la santé publique.

La loi du 24 juillet 1994 a été modifiée depuis par plusieurs lois⁹²⁶ et un projet de loi pour la PMA pour toutes a été présenté le 24 juillet 2019 par la ministre de la justice et la ministre des solidarités et de la santé, au conseil des ministres. La loi bioéthique votée en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 31 juillet 2020, mais qui doit revenir devant le Sénat d'ici le début de l'année 2021, envisage, d'une part de supprimer l'exigence d'une infertilité pathologique pour recourir à la PMA et élargit l'accès à la PMA aux couples de femmes et aux femmes célibataires, et d'autre part de réformer la filiation pour les couples de femmes qui devront établir devant notaire une reconnaissance conjointe préalable de l'enfant avant sa naissance.

Cette délicate réforme de la filiation n'est pas sans poser problème car ce concept guidé et motivé par une société qui se veut de plus en plus libérale remet en cause la filiation qui existait et qui correspondait, la plupart du temps à une réalité médicale. Le désir d'enfant est ici le seul élément qui justifie une telle réforme, l'intérêt de l'enfant ne naissant que lors de sa venue au monde.

Cette loi bioéthique entend également reconnaître aux enfants nés de PMA un nouveau droit d'accès aux origines. Ainsi les enfants conçus par PMA pourront à leur majorité accéder

⁹²⁵ Art. L 2141-10 C. de la santé publique modifiée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

à des informations non identifiantes du donneur (âge, caractères physiques...) ou à l'identité du donneur.

Pourtant dans ce projet d'enfant, seul l'intérêt du couple prévaut, et est pris en considération. A ce stade l'intérêt de l'enfant n'existe pas.

En effet, dans un premier temps, ce désir d'enfant est motivé par des considérations purement personnelles du couple pas si altruistes que cela.

Cette démarche égoïste du couple en mal d'enfants n'y intègre à ce stade nullement l'intérêt de l'enfant car seul leur désir les pousse à entreprendre un parcours médical.

Mais cette volonté égoïste du couple de vouloir à tout prix accueillir un enfant au sein de son foyer va les conduire à assumer des responsabilités qui auront pour but et pour finalité l'intérêt de l'enfant.

C'est pourquoi avant d'être autorisé à être bénéficiaire d'une PMA, le couple devra subir une batterie de tests ainsi que des entretiens avec l'équipe médicale, et enfin donner son consentement par devant notaire.

Différents procédés de procréation médicalement assisté existent, nous allons tous les aborder brièvement.

§1 - L'insémination artificielle

L'insémination artificielle⁹²⁷ de la femme est pratiquée soit à l'aide du sperme du conjoint ou du concubin soit à l'aide du sperme d'un donneur⁹²⁸.

Lorsque l'insémination artificielle est pratiquée à l'aide du sperme d'un donneur qui n'est ni le conjoint ni le concubin, se pose notamment le problème de la filiation de l'enfant né de cette insémination. Nous traiterons ce point quand nous aborderons la filiation de l'enfant mais indiquons, dès à présent, qu'aucune filiation ne sera établie à l'égard du tiers donneur.

Rappelons que non seulement le don est limité pour un même donneur mais qu'il est anonyme et gratuit.

⁹²⁶ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011

⁹²⁷ Art. L 214141 C. de la santé publique modifié par la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique

⁹²⁸ CEDH SH et autres c/Autriche, req. n° 57813/00 du 1^{er} avril 2010, *JCP* 2011 .1291, obs. Cath. Picheral, 2012.87 n° 15, obs. Fr. sudre ; *RTD civ.* 2010, obs. J.P. Marguénaud décide qu'est discriminatoire le refus d'organiser une AMP par un tiers donneur : « *des considérations de morale et d'acceptabilité sociale ne sont pas des raisons suffisantes pour justifier ce refus* »

Cependant cet anonymat est contesté⁹²⁹ car il est contraire à l'article 7 de la CIDE⁹³⁰ qui reconnaît à l'enfant «*le droit de connaître ses parents*» ainsi qu'à son intérêt⁹³¹ car l'enfant finira par apprendre les conditions particulières de sa conception. Cependant il existe des exceptions au secret au profit des médecins⁹³².

La position de la CEDH sur ce point est que les droits de l'homme n'imposent pas celui de connaître ses origines⁹³³.

Et le Conseil d'Etat⁹³⁴ croit au bien-fondé de cet anonymat qui opère un juste équilibre entre les intérêts en présence notamment de celui de la famille et du caractère social de la filiation.

Dans l'intérêt de l'enfant le projet de loi relatif à la bioéthique envisage dans son article 3 intitulé «**Droit des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur d'accéder à certaines données non identifiables et à l'identité du donneur à leur majorité**» de créer au bénéfice des personnes nées d'une AMP avec don de gamètes ou d'embryons, un droit d'accéder, à leur majorité, à certaines données dites non identifiantes et à l'identité de leur donneur, le consentement de celui-ci étant recueilli préalablement au don et de manière irrévocable.

Mais dans le cadre du respect de la vie privée, il est envisagé que le donneur soit consulté au moment de la demande de communication de son identité et puisse s'y opposer.

Par ailleurs, les missions relatives à l'exercice de ce droit d'accès seraient confiées au Conseil national de l'accès aux origines personnelles (CNAOP)⁹³⁵, plutôt que de créer une nouvelle structure. Enfin cet article ouvrirait la possibilité aux personnes déjà nées d'AMP avec tiers donneur de saisir le CNAOP régi par l'article L147-1 du Code de l'action sociale et des familles pour qu'il contacte et sollicite le consentement des donneurs concernés.

La loi bioéthique contenant ces dispositions a été votée en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 31 juillet 2020 mais doit revenir devant le Sénat d'ici le début de

⁹²⁹ V. Depadt-Sebag, «La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec donneur : un secret d'ordre public» *D.* 2010.330 ; A. Batteur «secret autour de la conception d'un enfant» in *Mélanges Ph. Malaurie*, éd. Defrénois 2005, p 34

⁹³⁰ Art. 7 CIDE : «*L'enfant a, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents...*

⁹³¹ Art. 3-1 CIDE

⁹³² Art. 16-8 alinéa 2 C. civ : «*En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci*»

⁹³³ CEDH Odièvre c/France du 13 fév. 2003 *JCP G* 2003.II.10049, n. Fr. Sudre et A. Gouttenoire-Cornut ; Ph. Malaurie, *JCP G* 2003.I.120 ; Bl. Mallet-Bricourt, *D* 2003.1240

⁹³⁴ C.C. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, avis, *JCP G* 2013.714 obs. crit. A. Mirkovic, 950, n° 1, obs. Ch. Bik ; Dr. fam. Sept. 2013, p.21, obs. J-R. Binet «*notamment la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes, ainsi que celui d'une remise en cause de l'éthique qui s'attache à toute démarche de don d'éléments ou de produits du corps*»

⁹³⁵ Créé par la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées ou pupilles de l'Etat

l'année 2021. Aussi il faudra attendre que cette loi soit définitivement adoptée pour connaître la position du législateur sur ce point.

Abordons maintenant un autre procédé de procréation médicalement assisté ; la fécondation *in vitro*.

§2 - La fécondation *in vitro*

Cette fécondation comme son nom l'indique, s'effectue hors de l'utérus de la femme avec transfert d'embryons d'où le nom de FIVETTE.

Cette technique pose le problème du statut juridique de l'embryon. En effet bien que le l'embryon soit «*une personne humaine potentielle*» d'après le Comité d'éthique, son éventuel droit à la vie va à l'encontre du droit d'avorter.

Le législateur a précisé, dans la loi du 29 juillet 1994, qu'un embryon ne peut être conçu *in vitro*⁹³⁶ que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation. De plus cet embryon ne peut être conçu qu'avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins de deux membres du couple.

Et le législateur d'interdire que l'embryon humain puisse être utilisé à des fins commerciales ou industrielles⁹³⁷ ou qu'il soit l'objet de clonage à des fins de recherches⁹³⁸.

Cependant la loi du 6 août 2013⁹³⁹ est venue partiellement mettre fin à cette interdiction en autorisant la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires sous certaines conditions cumulatives : pertinence de la recherche, finalité médicale, nécessité, en l'état des connaissances scientifiques, respect des principes éthiques relatifs à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

Sur ce point la loi bioéthique votée en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 31 juillet 2020 et qui doit revenir devant le Sénat au début de l'année 2021 entend assouplir les recherches sur les cellules souches embryonnaires en les soumettant à une simple déclaration préalable auprès de l'Agence de la biomédecine.

⁹³⁶ Art. L 2141-3 alinéa 1^{er} CSP

⁹³⁷ Art. L2151-3 CSP

⁹³⁸ Art. L2151-2 CSP

Abordons à présent la stimulation ovarienne.

§3 - La stimulation ovarienne

En cas d'infertilité liée à des troubles d'ovulation le médecin peut prescrire un antioestrogène, essentiellement le citrate de clomifène, afin de provoquer une stimulation ovarienne.

La stimulation ovarienne est le préalable à une insémination artificielle ou à une fécondation *in vitro*.

Cette pratique est soumise à la loi du 6 août 2004 qui préconise des «*recommandations de bonnes pratiques* ».

Ce droit de donner la vie selon les techniques de procréation médicalement assistée est non seulement soumis à une législation très encadrée mais également soumis à des limites.

En effet, cette procréation ne peut s'appliquer qu'à des personnes vivantes et ne peut répondre qu'à une demande parentale d'un couple, une personne seule ne peut faire une telle demande ni en bénéficier ; cette réserve devant être supprimée par la loi bioéthique qui devrait être votée au début de l'année 2021. De plus le couple demandeur ne peut être qu'un homme ou une femme mais avec la légalisation des couples homosexuels il apparaît une véritable demande de ces couples pour faire tomber cette exigence. La loi bioéthique qui devrait être définitivement adoptée d'ici le début de l'année 2021 devrait permettre aux couples de femmes de bénéficier de la PMA.

Enfin la procréation avec tiers donneur «*ne peut être pratiquée que comme ultime indication, lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir*». Ce point devrait également être réformé par la loi bioéthique qui devrait être définitivement adoptée au début de l'année 2021.

Le consentement du couple doit être éclairé et le délai pour pouvoir bénéficier d'une FIVETTE est de cinq ans minimum.

⁹³⁹ Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 modifiant la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011

Enfin, en cas d'abandon du projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres du couple ou le survivant d'eux, peuvent consentir à ce que les embryons soient accueillis sous certaines conditions par un autre couple ou à ce qu'ils fassent l'objet d'une recherche ou encore qu'il soit mis fin à leur conservation.

Mais ce droit de donner la vie a des limites, et ne peut justifier de faire appel à une mère porteuse.

§4 - Interdiction de la Gestation pour Autrui (GPA)

Le désir d'enfant est souvent tellement fort que certaines personnes n'hésitent pas à braver les interdits et à recourir à la gestation pour autrui dans certains pays étrangers.

Dans ce désir d'enfant très personnel, l'intérêt de l'enfant à naître et l'intérêt de l'enfant né par gestation pour autrui sont-ils pris en considération ?

En effet, quel est l'intérêt de l'enfant de naître d'une gestation pour autrui, sachant qu'il va être au centre des procédures judiciaires intentées par ses parents afin de faire établir son lien de filiation avec le «parent d'intention» avec lequel il n'a pas de liens de sang ?

Pour la construction personnelle et le développement de l'enfant mineur, on peut présumer qu'une telle situation n'est certainement pas facile à vivre pour lui.

C'est pourquoi nous verrons que la jurisprudence de la Cour de cassation a évolué afin de prendre en compte essentiellement l'intérêt de l'enfant né d'une GPA.

Les risques de grossesse et d'accouchement encourus par la mère «porteuse» sont-ils évalués ? Quant aux suites d'une grossesse ou d'un accouchement difficile par qui sont-elles assumées financièrement ? Quelle place est accordée à la mère «porteuse» dans la vie future de l'enfant ? Sur ce dernier point nous connaissons la réponse ; la mère porteuse respecte les obligations nées de la convention : porter l'enfant, le mettre au monde et le remettre au couple. Ensuite cet enfant quitte le pays dans lequel il est né et n'a plus aucun contact avec la mère porteuse.

En effet, chacune des parties ayant respecté les obligations réciproques nées du contrat : les parents versant une somme d'argent et assumant les charges financières, la mère porteuse mettant au monde l'enfant et le remettant aux parents.

Mais la question essentielle que l'on est en droit de se poser est la suivante : n'est-on pas tout simplement en présence d'un désir purement égoïste d'individus voulant à tout prix

fonder une famille. Et ce désir d'enfants ne peut-il pas ouvrir la voie à un «marché à l'enfant»? Allons plus loin dans le raisonnement. Des couples ne souhaitant pas subir les inconvénients d'une grossesse pour diverses raisons pourraient souhaiter faire appel à une mère porteuse.

C'est pourquoi la loi du 29 juillet 1994 déjà précitée a introduit dans le Code civil un article 16-7 qui dispose : «*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*».

C'est au vu de cette législation que la Cour de cassation, dans la non moins célèbre affaire *Mennesson*, a rejeté par deux arrêts⁹⁴⁰ la transcription à l'état civil des actes de naissance de deux jumelles nées à l'issue d'une gestation pour autrui en Californie. Lesdits actes de naissance indiquaient comme parents le couple à l'origine de la GPA : le père d'intention qui était aussi le père biologique et la mère d'intention qui était la mère légale.

La CEDH a condamné la France⁹⁴¹ pour violation du droit à la vie des enfants en se fondant sur l'impossibilité pour les enfants de faire reconnaître leur filiation avec leur père biologique sans pour autant statuer de manière claire sur la filiation avec la mère d'intention.

En suite de cette condamnation, la Cour de cassation a procédé à un revirement de sa jurisprudence en acceptant la transcription partielle de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA dès lors qu'il désigne le père biologique mais a refusé toute transcription de filiation à l'égard de la mère d'intention.

Ainsi par deux arrêts rendus en Assemblée plénière le 3 juillet 2015⁹⁴² la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence antérieure en jugeant «*que l'existence d'une convention de gestation pour autrui ne faisait pas en soi obstacle à la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger*». L'article 47 du Code civil étant ainsi interprété à la lumière de l'article 8 de la CESDH, la haute juridiction a déduit que l'acte de naissance concernant un français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays doit être transcrit sur les registres de l'état civil.

Cependant rappelons que les juges du fond apprécient souverainement la portée des actes de l'état civil faisant foi au sens de l'article 47⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Civ. 1^{ère} du 12 déc 2008 et Cass. civ 1^{ère} du 6 avril 2011 (Affaire Mennesson)

⁹⁴¹ CEDH *Mennesson c/France* du 26 juin 2014 : BTA 4/14 inf. 156

⁹⁴² Ass. Plén. 3 juill. 2015, pourvoi n° 14-21.323 PBRI et 1550.002 : BPAT 5/15 inf. 160, Civ. 5 juill. 2017 n° 15-28.597 FS-PRBI, Bull. 2017. I, n° 163, n° 16-16.901 et n° 16-50.025 FS-PRBI Bull. 2017.I, n° 164 et n° 16-16.455, Bull. 2017. I, n° 165

⁹⁴³ Soc.25 mars 2003 n° 01-20.608 P : LPA 9 juin 2004, note Jault ; *RTD civ.* 2003. 483, obs. Hauser

A la suite de ce revirement de jurisprudence, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé par quatre arrêts en date du 5 juillet 2017⁹⁴⁴, que viole l'article 47 précité et l'article 8 de la Convention, l'arrêt qui refuse la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne le père, alors qu'il résulte des données de fait, d'un acte ou d'un jugement étranger, que le patrimoine génétique du père d'intention a été utilisé et qu'en revanche, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité au sens de cet article 47, est la réalité de l'accouchement, et, qu'ainsi en fait une exacte application, sans porter une atteinte disproportionnée au droit et au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, la Cour d'appel qui refuse la transcription de la filiation maternelle d'intention⁹⁴⁵.

La Cour de cassation admet également que le conjoint du parent puisse adopter les enfants issus de GPA dans les conditions prévues par la loi française pour l'adoption dans le cadre d'un mariage⁹⁴⁶.

Ainsi la Cour de cassation retient l'interprétation des arrêts *Menesson* et *Labassée*, qui selon la Cour européenne, a imposé à la France de reconnaître le lien de filiation à l'égard du père biologique.

Plus récemment les époux *Menesson* ont obtenu le réexamen de leur pourvoi rejeté par la Cour de cassation⁹⁴⁷, le 16 février 2018⁹⁴⁸.

La Cour de cassation a décidé de trancher définitivement sur le statut de la mère d'intention, pour cela elle a choisi de surseoir à statuer et d'utiliser la nouvelle procédure permettant aux juridictions suprêmes d'interroger la CEDH sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et des libertés définis par la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁹⁴⁴ Civ. 1^{ère} arrêt n° 824 du 5 juill. 2017 dans cet arrêt la Cour rejette la maternité au motif que la mère déclarée n'a pas accouché en ces termes « *Le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger, d'une convention de gestation pour autrui, résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil* », dans l'arrêt n° 825 du même jour la haute juridiction déclare « *qu'il n'y a pas de disproportion entre le refus de reconnaître la filiation maternelle pour les enfants qui ont de certificat de nationalité française et sont traités comme les enfants du couple. La femme pouvant les adopter* » ; dans l'arrêt n° 826 rendu le même jour la Cour a précisé que « *le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même obstacle, au prononcé de l'adoption par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* » ; enfin dans l'arrêt n° 827 rendu également le 5 juill. 2017, la Cour de cassation a annulé l'acte de naissance d'une petite fille dressé par le Consulat français au motif que les preuves médicales de la grossesse de la mère avaient été falsifiées, sur le fondement de l'article 48 du Code civil.

⁹⁴⁵ Civ. 1^{ère} du 5 juill. 2017 précité supra

⁹⁴⁶ Civ. 1^{ère} du 5 juill. 2017 précité supra

⁹⁴⁷ Civ. 1^{ère} du 6 avril 2011 n° 10-19.053 BP-PBRI : BPAT 3/11 inf. 182

⁹⁴⁸ Cass. Cour de réexamen 16 fév. 2018 n° 17 RDH 001

La CEDH, en se basant sur l'article 8 de la Convention, a indiqué dans un avis du 10 avril 2019⁹⁴⁹, que le droit interne français actuel respecte le protocole n° 16 de la Convention européenne des droits de l'Homme entrée en vigueur le 1^{er} août 2018 concernant la mère d'intention, et que cette reconnaissance peut se faire par une autre voie que celle de la transcription sur les registres de l'état civil notamment par l'adoption.

En conséquence la transcription à l'état civil de la mère d'intention toujours refusée par la Cour de cassation se trouve confortée par la réponse de la CEDH dès lors que la France admet l'adoption par le conjoint.

Ainsi la Haute juridiction a mis fin à plus de quinze ans de contentieux dans un arrêt du 4 octobre 2019⁹⁵⁰ en admettant la transcription sur le registre de l'Etat civil des actes de naissance des deux filles *Menesson* nées de GPA.

A n'en pas douter le revirement de la Cour de cassation a été motivé par l'intérêt supérieur de l'enfant d'avoir une filiation établie à l'égard de ses deux parents.

Puis en 2019, la Cour d'appel de Rennes⁹⁵¹ par quatre arrêts a validé et ordonné la transcription complète des actes de naissance d'enfants nés de GPA.

Mais la vraie révolution vient de la position de Cour de cassation qui, par deux arrêts du 18 décembre 2019⁹⁵², semble mettre un terme définitif au refus de transcription des actes de naissance des enfants nés de GPA.

Saisie de deux affaires dans lesquelles deux couples d'hommes, l'un marié, l'autre pas, ont eu recours à une GPA en Californie et au Nevada, états dans lesquels la GPA est légalement autorisée. Les enfants sont nés en 2014, les actes de naissance ont été établis conformément au droit local et désignent le père biologique ainsi que le compagnon et l'époux comme «parents».

Mais le ministère public refuse la transcription de ces actes de naissance, puis le TGI de Nantes accepte la transcription intégrale desdits actes d'état civil ; décision remise en cause par la Cour d'appel qui n'accepte que la transcription partielle des actes de naissance en ce qu'ils désignent le père biologique mais refuse la transcription en ce qu'ils désignent le père d'intention.

⁹⁴⁹ CEDH avis consultatif n° P 16-2018-001 du 10 avril 2019

⁹⁵⁰ Ass. Plén. arrêt n° 648 du 4 oct. 2019

⁹⁵¹ Rennes arrêt n° 18/0440418 novembre 2019, Rennes arrêts n° 18/01155, n° 18/01497 et n° 18/01936 du 25 novembre 2019

⁹⁵² Civ. 1^{ère} 18 décembre 2019 n° 18-11.815, n° 18-12.327 et n° 18-14.751

La Cour de cassation après avoir rappelé que la GPA demeure interdite, reprend la solution déjà consacrée dans l'affaire *Menesson* : *«qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 § 1 CIDE) et pour ne pas porter une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée (art. 8 CESDH), une GPA réalisée à l'étranger ne peut à elle seule faire obstacle à la reconnaissance en France d'un lien de filiation avec la «mère d'intention», et étend cette solution en ordonnant la transcription «d'un acte de naissance désignant le père biologique et son époux ou son compagnon dès lors que celui-ci est probant au sens de l'article 47 du Code civil».*

La Haute juridiction considère qu'en présence d'une demande de transcription ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une GPA ni la circonstance que l'acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ou parent ne constituent des obstacles à la transcription, à la condition que l'acte étranger soit régulier, exempt de fraude et conforme au droit de l'état dans lequel il a été établi. Ainsi la régularité et la conformité de l'acte de naissance deviennent les éléments déterminants de la transcription de l'acte de naissance de l'enfant né de GPA à l'Etat civil.

Ainsi la Cour de cassation met fin à une longue période de résistance et de doute en admettant que les enfants nés de GPA aient droit à présent à l'établissement de leur filiation à l'égard du parent d'intention ; solution motivée dans le seul intérêt de l'enfant.

Enfin par deux arrêts⁹⁵³ du 4 novembre 2020, la Cour de cassation enfonce encore un peu plus le clou en confirmant que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint né d'une GPA est possible même si l'acte de naissance étranger ne contient aucune information relative à la mère biologique dès lors que les règles de droit étrangères ont été respectées.

Dans ces deux affaires aucune filiation mternelle n'était établie et l'époux du père demandait à adopter plénièrement l'enfant de son époux.

La loi bioéthique qui doit être définitivement adoptée d'ici le début de l'année 2021 maintient l'interdiction de la GPA ainsi que la limitation de la transcription d'un acte d'état civil au seul parent biologique, le second parent dit «parent d'intention» devant passer par une procédure d'adoption.

⁹⁵³ Civ 1^{ère} 4 novembre 2020 n° 19-15.739 et n° 19-50.042

Le législateur n'a pas souhaité que l'inscription à l'état civil du parent d'intention d'un enfant né de GPA devienne le principe d'établissement de sa filiation et a préféré maintenir la voie de l'adoption.

La position de la Cour de cassation n'a pas fait céder le législateur ce qui devrait générer de nombreux procès.

La procréation médicalement assistée dont nous avons parlé, est-elle uniquement réservée aux personnes majeures ou peut-elle bénéficier à l'enfant mineur.

§5 - Couple mineur et procréation médicalement assistée

Les dispositions de l'article L 2141-2 du Code de la santé publique précité, dispose : *«l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve qu'ils vivent ensemble au moins depuis deux ans»*.

Le terme généraliste : *«l'homme ou la femme»* semble s'appliquer à toute personne sans distinction d'âge. Ce qui nous conduit à penser que les dispositions de l'article L 2141-2 du Code de la santé publique s'appliquent à l'enfant mineur marié en âge de procréer.

Le couple d'enfants mineurs doit justifier d'une infertilité dont le caractère pathologique doit être constaté médicalement⁹⁵⁴, accepter les entretiens avec l'équipe médicale et donner son consentement par devant notaire⁹⁵⁵.

Ces dispositions devraient être modifiées par la loi bioéthique dont le texte final devrait être voté d'ici le début de l'année 2021 ainsi qu'il a été dit ci-avant.

Mais l'intérêt supérieur de l'enfant contenue dans la CIDE ainsi que dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹⁵⁶ doit être l'élément et le critère majeur devant primer sur tout autre intérêt. La Cour européenne a d'ailleurs rappelé la primauté de l'intérêt de l'enfant notamment dans les arrêts *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* et *Johansen c/ Norvège*⁹⁵⁷.

Aussi au vue de la position de la Cour il apparaît que l'intérêt de l'enfant devrait primer sur son intérêt de devenir parent.

Aussi l'intérêt de l'enfant doit être l'élément déterminant pour la mise en place du

⁹⁵⁴ Art. L 2141-2 CSP déjà cité supra

⁹⁵⁵ Art. L2141-10 CSP déjà cité supra

⁹⁵⁶ Art. 3-1 de la CIDE : *«Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées, l'intérêt supérieur de l'enfant out être une considération primordiale»* et art 24-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : *«Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par les autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale»*

⁹⁵⁷ CEDH *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* du 6 juillet 2010 et CEDH *Johansen c/Norvège* du 7 Août 1996, déjà cités supra

protocole dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation.

En effet, l'intérêt de l'enfant selon l'article 3 § 1 de la CIDE doit être la considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent, et la généralité de la formule contenue dans ledit article 3 § 1 permet de l'appliquer à toute décision dès lors qu'il s'agit d'une acte relatif à l'enfant mineur.

Aussi, l'équipe médicale chargée des entretiens devra veiller à faire une juste application de l'intérêt de l'enfant, ce qui pourrait conduire à conseiller au couple d'enfants mineurs d'attendre d'avoir atteint la majorité avant de bénéficier d'une PMA.

Dans le cas contraire, et compte tenu du délai de la mise en place de cette procédure, on peut prédire que lorsque le couple bénéficiera de la PMA les conjoints auront atteints l'âge de la majorité.

S'agissant d'un couple de concubins constitué d'enfants mineurs non émancipés se trouvant placés sous l'autorité parentale de leurs pères et mères⁹⁵⁸, bien que cette situation soit rare voire exceptionnelle, elle n'est pourtant pas une hypothèse d'école. Dans ce cas les enfants mineurs devant apporter, conformément aux dispositions du Code de la santé publique, la preuve de leur communauté de vie depuis au moins deux ans, on peut supposer que nous serons alors en présence non plus de mineurs mais de majeurs.

Abordons à présent le cas des enfants mineurs formant le couple placés sous un régime de protection.

§6 -Cas particulier de l'enfant mineur placé sous tutelle et procréation médicalement assistée

L'article 458 du Code civil dispose sous l'alinéa 1^{er} : *«Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée».*

L'alinéa 2 du même article dispose : *«Sont réputés strictement personnels, la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un*

⁹⁵⁸ Art. 371-1 C. civ.

enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant».

L'article 459 du Code civil énonce quant à lui : *«Hormis les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet».*

«Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué, peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'elle énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection».

Ainsi, soit l'état du mineur protégé lui permet de prendre seul la décision de bénéficier d'une procréation médicalement assistée et de donner son consentement soit près le juge soit dans un acte reçu par le notaire, soit son état ne lui permet pas de prendre seul cette décision, ce sera alors la personne chargée de sa protection qui l'assistera.

Cependant l'intérêt de l'enfant mineur, élément omniprésent et essentiel doit toujours être la seule préoccupation lors de la prise de décision concernant l'enfant mineur.

La tutelle peut être le régime de protection le plus adapté à l'état de santé de l'enfant mineur. Aussi dans son intérêt la procédure médicale de la procréation médicale assistée peut être inadaptée. C'est pourquoi le tuteur, le juge des tutelles ainsi que l'équipe médicale doivent être uniquement préoccupés par l'intérêt de l'enfant pour autoriser ou proscrire le protocole médical.

Bien que la procréation médicale assistée soit très encadrée, en présence d'enfants mineurs il y a lieu de prendre en considération, en plus des exigences légales, un autre élément essentiel et déterminant : l'intérêt de l'enfant mineur.

C'est seulement cet intérêt de l'enfant qui devra motiver la décision, peu importe qu'elle soit positive ou négative.

Après avoir évoqué la reconnaissance et la protection du droit à la vie. Nous allons voir que ce droit à la vie n'est pas un droit absolu car il existe des exceptions légales réglementées ainsi que la liberté dont dispose l'homme de choisir de ne plus vivre.

SECTION III

LE DROIT A LA VIE N'EST PAS UN DROIT ABSOLU

La première atteinte légale au droit à la vie est l'interruption volontaire de grossesse.

§1 - L'interruption Volontaire de Grossesse (IVG)

L'interruption volontaire de grossesse a été autorisée en France par la loi du 17 janvier 1975⁹⁵⁹ après de très vifs débats.

L'interruption de grossesse peut être volontaire ou médicale, dans ce dernier cas on parle alors d'interruption médicale de grossesse (IMG)⁹⁶⁰.

Concernant l'IMG la loi bioéthique contient sur ce point un amendement qui fait polémique : l'IMG pour «détresse psychosociale»; ce qui permettrait de pratiquer un IMG jusqu'à la fin de la grossesse dans le cas où l'enfant serait atteint d'une affection particulièrement grave ou incurable ou si la grossesse met en péril la santé de la femme enceinte.

Il semblerait que cette disposition fasse polémique. En effet, pourquoi attendre la fin de la grossesse pour pratiquer l'IMG alors que la médecine dispose aujourd'hui de moyens fiables pour évaluer non seulement la formation du fœtus ainsi que l'état de santé de la mère ? On peut se demander si par cette mesure le législateur ne vient pas se substituer à la sélection naturelle créant ainsi un eugénisme de droit dans la société ?

De plus où se situe le curseur de l'intérêt de l'enfant lors de la prise de cette décision ?

Cet intérêt semble, encore une fois, être sacrifié au profit de celui de la mère ou de la décision du corps médical et des futurs parents.

La loi fait de l'IVG⁹⁶¹ un droit pour la femme qui souhaite mettre un terme à sa grossesse.

En effet la loi 4 août 2014⁹⁶² a supprimé la condition qui était l'une des causes justificatives de l'IVG : la «*situation de détresse*». Puis la loi du 26 janvier 2016⁹⁶³ est venue supprimée le délai de réflexion de sept jours en le remplaçant par un délai de deux jours.

⁹⁵⁹ Loi n° 75-17 du 17 janv. 1975 dite loi Veil art. L 2212-1 et s. C.S.P

⁹⁶⁰ Art. L 2213-1 et s. C.S.P

⁹⁶¹ Art. L 2212-1 modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 et s. C.S.P

Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 janvier 2016⁹⁶⁴ a jugé que la suppression du délai de sept jours par la loi n° 2016-41 ne remettait pas en cause l'équilibre entre le principe de dignité de la personne humaine et la liberté de la femme.

L'IVG doit intervenir avant la douzième semaine depuis la loi du 4 juillet 2001 et être pratiqué par un médecin dans un établissement hospitalier.

Le médecin et le personnel hospitalier ont le droit par conviction de ne pas procéder ou participer à une IVG.

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, la naissance d'un enfant à la suite de l'échec de l'avortement ne peut donner lieu à réparation quand la naissance «*n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation*»⁹⁶⁵ sauf circonstances particulières des dommages subis par l'enfant lui-même⁹⁶⁶.

Puis la Cour de cassation dut se prononcer sur la demande des parents qui demandaient réparation au titre du préjudice de leur enfant né handicapé car ni le laboratoire d'échographie ni le médecin n'avaient diagnostiqué l'anomalie du fœtus.

Intervint le fameux arrêt Perruche qui reconnut la responsabilité sans faute des praticiens.

La position de la jurisprudence dans l'arrêt Perruche

On se rappelle du fameux **arrêt Perruche** rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2001 qui avait semé le trouble.

En effet, la Cour de cassation avait jugé que l'enfant né handicapé pouvait «*demander la réparation du préjudice résultant de son handicap, bien que les fautes du médecin et du laboratoire n'eussent été aucunement la cause de son handicap*».

En l'espèce ni le laboratoire d'échographie ni le médecin n'avaient diagnostiqué l'anomalie de l'embryon, et l'enfant naquit handicapé.

⁹⁶² Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes codifiée sous l'article L 2212-1 Code de la santé publique (C.S.P.)

⁹⁶³ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé codifiée sous l'article L 2212-5 C.SP.

⁹⁶⁴ DC n° 2015-727 du 21 janvier 2016

⁹⁶⁵ CE du 2 juill. 1982, Melle R., Rec. 266

⁹⁶⁶ CE du 27 sept. 1989, Mme Karl, Rec. 176

La position de la haute juridiction permettait alors à chaque enfant né handicapé de demander réparation au vue de sa naissance, et ce même en l'absence de faute des praticiens. La position de la Cour avait pour conséquence de faire peser sur l'ensemble du corps médical une obligation de résultat.

On peut imaginer le chaos juridique qu'aurait pu engendrer la position de la cour régulatrice. C'est pourquoi il fallait une réaction efficace de la loi pour ne pas remettre en cause ce qui avait toujours été appliqué dans ce cas : la solidarité nationale.

C'est dans ces conditions qu'intervint la loi du 4 mars 2002.

La loi du 4 mars 2002

La loi du 4 mars 2002⁹⁶⁷ est intervenue afin de mettre un coup d'arrêt à cette jurisprudence.

Dans son article 1^{er}, il est énoncé : *«nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance»*. La réparation du préjudice causé est donc renvoyée à la solidarité nationale.

En conséquence, si le handicap est dû à une faute médicale, la personne handicapée peut demander réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou s'il l'a aggravé.

Et les parents de l'enfant handicapé ne peuvent pas demander réparation uniquement au titre de leur préjudice, qui ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap ; la réparation de ce dernier relevant alors de la solidarité nationale.

L'interruption volontaire de grossesse d'une mineure

Une jeune fille mineure, non émancipée, enceinte peut ne pas souhaiter mettre au monde l'enfant qu'elle attend et vouloir avoir recours à une IVG.

En tant que mineure, elle se trouve sous l'autorité parentale de ses pères et mères et, comme tout enfant mineur est frappée d'incapacité d'exercice.

Aussi peut-elle décider seule, sans le consentement de ses parents, d'interrompre sa grossesse ?

⁹⁶⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 dite loi Kouchner

Selon l'article 2212-7 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique⁹⁶⁸, *«Si la femme est mineure non émancipée, le consentement de l'un des titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est recueilli. Ce consentement est joint à la demande qu'elle présente au médecin ou à la sage-femme en dehors de la présence de toute autre personne»*.

Dans l'alinéa 2 il est ajouté : *«Si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin ou la sage-femme doit s'efforcer, dans l'intérêt de celle-ci, d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale [...] soient consultés»*.

Enfin dans l'alinéa 3 il est indiqué : *«Si la mineure ne veut pas effectuer cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux et les soins qui lui sont liés peuvent être pratiqués à la demande de l'intéressée, présentée dans les conditions prévues au premier alinéa. Dans ce cas, la mineure se fait accompagner dans sa démarche par la personne majeure de son choix»*.

Sommes-nous ici en présence d'un acte ne nécessitant que le consentement strictement personnel de l'enfant mineur ?

Tout d'abord le refus du consentement des parents de l'enfant mineur aurait pour conséquence de lui imposer la poursuite d'une grossesse non désirée ainsi que la naissance d'un enfant pouvant mettre en danger sa vie ; refus allant à l'encontre de son intérêt.

L'intérêt de l'enfant mineur peut alors s'interpréter comme une incitation à choisir parmi plusieurs intérêts de l'enfant, celui qui favorise le mieux son épanouissement. Il peut s'agir de son intérêt éducatif, affectif, immédiat ou futur⁹⁶⁹.

C'est pourquoi, dans son intérêt, l'enfant mineur peut se faire avorter sans le consentement de ses parents en se faisant *«accompagner par une personne majeure de son choix»*.

S'agissant d'une mineure émancipée, la décision lui incombe pleinement puisqu'elle est *«capable, comme un majeur, pour tous les actes de la vie civile»*⁹⁷⁰.

Abordons maintenant la deuxième exception du droit à la vie qui constitue un acte volontaire de la part de l'homme : le suicide.

⁹⁶⁸ Art. L 2212-7 C.S.P. modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016

⁹⁶⁹ J. Carbonnier, Droit civil, T. 2 «La famille», coll. «Thémis», PUF, 16^e éd. 1993, n° 185

⁹⁷⁰ Art. 413-6 C. civ

§2 - Le suicide

Tout individu dispose du droit à la vie et corrolativement du droit de se donner la mort.

Ce droit très particulier résulte d'une volonté délibérée de mettre fin à sa vie en se donnant la mort. Lorsque le suicide n'aboutit pas à la finalité recherchée il y a alors une tentative de suicide.

La tentative de suicide n'est pas punissable par contre la complicité l'est, car elle est basée sur la qualification de non-assistance à personne en danger.

La parution d'un livre suicide mode d'emploi⁹⁷¹, dans lequel il était prodigué les recettes infaillibles pour se suicider avait, en son temps provoquer une véritable indignation. Mais aucun texte ne permettait de sanctionner les auteurs sur le plan pénal.

A présent l'incitation au suicide est pénalement sanctionnée par l'article 223-13 du Code pénal.

La CEDH en 2002⁹⁷² refusait catégoriquement de reconnaître un droit de mourir car elle jugeait que le droit à la vie contenu dans l'article 2 de la Convention garantissant ce droit, ne pouvait être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir le droit de mourir, et qu'il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qui donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie.

Puis en 2012⁹⁷³ la Cour Européenne s'est prononcée dans un sens résolument plus libéral en décidant que *«le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention»* ouvrant ainsi la voie à la reconnaissance du droit au suicide.

Abordons à présent un sujet très controversé : l'euthanasie.

⁹⁷¹ Claude Guillon Yves le Bonniec « suicide mode d'emploi, histoire, technique, actualité », éd. Alain Moreau 1982

⁹⁷² CEDH Diane Pretty c/Royaume-Uni du 29 avril 2002, Req. n° 2346/02 *Defrénois* 2002, p. 1131, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 2002, p. 858, note J.P. Marguénaud ; *Dr. & Patr.* 12/2002, p.83 ; obs. G. Loiseau ; *JCP G* 2003.II.10062, note C. Girault ; *AJDA* 2003, p. 1383, note B. le Baut-Ferrarese ; *Dr. fam.* 3/2003, p. 7, note E. Chvika ; *RDTH* 2003, p. 71, note O. de Schtter

⁹⁷³ CEDH Koch c/Allemagne du 19 juill. 2012, req. 497/09 ; *RTD civ.* 2012, p. 29, note J.P. Marguénaud ; *RJPF*/2012, p. 19, note E. Putmann ; *Dr. fam.* 10/2012, p. 29, note M. Bruggeman

§3 - L'euthanasie

Deux formes d'euthanasie existent : l'euthanasie passive et l'euthanasie active.

L'euthanasie passive résulte dans le refus de l'acharnement thérapeutique et à écarter la vie en administrant des sédatifs pour soulager le malade.

L'euthanasie active consiste en une démarche volontaire de donner la mort à un malade avec ou sans son accord.

Les Pays-Bas furent le premier pays au monde à légaliser, sous certaines conditions, l'euthanasie le 29 novembre 2000. En France l'euthanasie est interdite mais en pratique certains médecins y ont recours avec l'accord du malade ou de ses proches. Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a proposé, le 3 mars 2000 que la loi autorise une exception d'euthanasie soumise à l'autorité judiciaire pour les «cas extrêmes».

Mais l'euthanasie active demeure interdite, et son autorisation revient très fréquemment sur le devant de la scène relançant le débat tant dans l'opinion publique que dans la classe politique.

Une des premières affaires qui a fait la une des journaux fût l'affaire **Vincent Humbert**. Ce jeune homme pompier âgé de 19 ans, victime d'un accident de la route, après six mois de coma, se réveille paralysé des quatre membres, muet et presque aveugle mais avec toutes ses facultés intellectuelles. Il rédige alors une lettre à Monsieur Jacques Chirac, président de la République, qui commence ainsi : *«Monsieur le Président, je vous demande le droit de mourir»*, Jacques Chirac lui répond : *«Je ne peux vous apporter ce que vous attendez»*.

Sa mère Marie Humbert, trois ans jour pour jour après son accident lui injecte dans sa sonde gastrique une dose de barbituriques qui plonge son fils dans le coma, le soir même elle est placée en garde à vue pour tentative d'assassinat. Son fils meurt le 26 septembre 2003.

Le médecin de Vincent Humbert, le Docteur Chaussoy, assume immédiatement son geste, débranche l'appareil respiratoire du jeune homme et lui injecte une dose de chlorure de potassium.

Marie Humbert est poursuivie *«pour administration de substances toxiques commise avec préméditation et sur personne vulnérable»* et le Docteur Chaussoy pour *«empoisonnement avec préméditation»*. Ils bénéficieront tous deux d'un non-lieu.

Mais cette affaire a eu un tel retentissement dans l'opinion publique que les députés

ouvrent une information sur «*l'accompagnement de la fin de vie*» qui donnera la loi Léonetti.

La loi Léonetti

Cette loi qui vit le jour le 22 avril 2005⁹⁷⁴ proscrit «*l'obstination déraisonnable*» et «*la prolongation artificielle de la vie*»⁹⁷⁵.

Ainsi la décision de cesser l'administration d'un traitement lorsque le prolonger semble relever de «*l'obstination déraisonnable*» doit être collégiale et ne peut être prise qu'avec la «*personne de confiance*», la famille, ou à défaut l'un de ses proches et les «*directives anticipées*» du patient⁹⁷⁶.

Cette loi précise que la volonté du patient de limiter ou de cesser un traitement doit être respectée⁹⁷⁷.

Mais cette loi n'a pas introduit l'euthanasie.

Plus récemment, une autre affaire a régulièrement fait la une des journaux : **l'affaire Vincent Lambert**, jeune infirmier de 32 ans victime d'un accident de la route en septembre 2008 devenu tétraplégique.

D'une phase de coma profond son état est passé à un état de conscience minimal mais les médecins du CHU de Reims informent la famille dès 2011 que son état ne s'améliorera jamais. Avec l'accord de sa femme Rachel, les médecins décident l'arrêt de l'alimentation artificielle et le maintien d'une hydratation faible.

Mais les parents de Vincent Lambert ne l'entendent pas ainsi et s'opposent à la décision des médecins et la justice leur donne raison.

Puis les commissions d'experts se succèdent. Le Conseil d'Etat saisi préconise la fin de vie mais la Cour européenne annule sa décision. La famille continue de se déchirer pendant de nombreuses années.

La décision collégiale de l'arrêt des soins est prise par le CHU de Reims le 9 avril 2018.

Après des recours devant le tribunal administratif et l'établissement de diverses expertises, le tribunal administratif de Chalons en Champagne après avoir autorisé l'arrêt des

⁹⁷⁴ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative au droit des malades et à la fin de vie

⁹⁷⁵ Art L 1110-5 C.S.P.

⁹⁷⁶ Art. L 1111-4 C.S.P.

⁹⁷⁷ Art. L 1111-4, L 1111-10, L 1111-11, L 1111-12 et L 1111-13 C.S.P.

soins rend sa décision le 31 Janvier 2019 et rejette la demande des parents en décidant notamment : *«(...) que le maintien des soins et traitements constitue une obstination déraisonnable»* et *«que la volonté de Vincent Lambert de ne pas être maintenu en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans l'état qui est le sien depuis dix ans, est établie»*.

Les parents n'ont jamais cessé le combat pour autant et ont saisi le conseil d'Etat qui le 24 avril 2019 a confirmé le jugement du tribunal Administratif conduisant à l'euthanasie passive de Vincent Lambert.

Les parents ont à nouveau saisi la CEDH qui a rejeté leur requête.

Le 3 mai 2019 le Comité des personnes handicapées de l'ONU (CDHP) demande à la France de maintenir l'alimentation et l'hydratation de Vincent Lambert.

Mais la France décide de passer outre et la décision de l'arrêt des soins est fixé au 20 mai 2019.

Coup de théâtre, le 20 mai 2019 au soir, la cour d'appel de Paris exige la reprise des soins.

On en appelle alors au président de la République qui ne peut se prononcer.

Les parents de Vincent Lambert portent plainte contre le médecin qui dirige le service des soins palliatifs du CHU de Reims.

Quant à l'Etat, ce dernier saisit la Cour de cassation qui décide de confirmer l'arrêt des soins.

L'arrêt des traitements d'hydratation et d'alimentation cessent le 2 juillet 2019, suite à la décision de la Cour de cassation rendue le 28 juin 2019⁹⁷⁸, entraînant le décès de Vincent Lambert, le 11 juillet 2019.

Suite au décès de leur fils, les parents de Vincent Lambert ont porté plainte contre le docteur Vincent Sanchez, médecin du CHU de Reims, pour non-assistance à personne en danger. Ce dernier a comparu le 26 novembre 2019 devant le Tribunal correctionnel de Reims et a été relaxé.

Dans cette affaire sont apparues les limites de la loi Léonetti et notamment la procédure collégiale en cas de conflit qui est le reflet de la très délicate question de l'euthanasie.

Cette affaire a posé un véritable cas de conscience et certaines voix se sont élevées pour dénoncer l'euthanasie d'une personne handicapée qui n'est pas en fin de vie.

Après la loi Léonetti vint la loi du 2 février 2016⁹⁷⁹ qui instaura un «*droit à l'endormissement*» pour les patients atteints d'une affection grave et incurable.

Concrètement cela permet au patient désireux d'éviter toute souffrance et de ne pas prolonger inutilement sa vie, de bénéficier d'une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie et à l'arrêt de l'ensemble des traitements de maintien en vie⁹⁸⁰.

Quand le malade est dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, le médecin peut engager ce processus au titre du refus de l'obstination déraisonnable.

L'article L 1111-11 alinéas 1, 2 et 3 du Code de la santé publique permet à «*toute personne majeure de rédiger des directives*» relatives à sa fin de vie (poursuite, limitation, refus de traitement ou d'actes médicaux) «*pour le cas où elle serait un jour hors d'état de manifester sa volonté*». Les directives sont à «*tout moment révocables ou modifiables*» par tout moyen.

Enfin ces «*directives anticipées s'imposent au médecin ...*». Mais «*La décision de refus d'application des directives anticipées jugées manifestement inappropriées ou non conforme à la situation médicale du patient, est prise à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire, et est inscrite au dossier médical*».

Malgré cette petite avancée, l'euthanasie demeure toujours prohibée et les directives rédigées selon la volonté éclairée du patient peuvent ne pas être appliquées par le médecin s'il considère qu'elles sont inappropriées.

Un enfant mineur non émancipé peut-il bénéficier des dispositions contenues dans l'article L 1111-11 du Code de la santé publique et rédiger ses prérogatives anticipées ?

Tout d'abord cet article énonce : «*Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté [...]*».

Un enfant mineur non émancipé ne peut donc pas rédiger ses directives anticipées mais étant sous l'autorité parentale de ses parents, toutes les prérogatives dont ces derniers disposent pour prendre soin de l'enfant doivent avoir pour finalité l'intérêt de l'enfant. Les parents doivent également associer leur enfant dans toutes les décisions le concernant selon son âge et sa maturité⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ Cass. Ass. Plén. par l'arrêt n° 647 du 28 juin 2019 a cassé sans renvoi toutes les dispositions l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 20 mai 2019

⁹⁷⁹ Loi n° 2016-87 du 2 fév. 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie

⁹⁸⁰ Art. L 1110-5-2 C.S.P.

⁹⁸¹ Art 371-1 alinéa 4 C. civ.

La CIDE après avoir rappelé que «*les Etats assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant*»⁹⁸² et que «*l'enfant qui est capable de discernement*» a «*le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité*»⁹⁸³. La CIDE rappelle également «*que l'enfant doit bénéficier des services médicaux*»⁹⁸⁴ ainsi que «*de l'assistance médicale et des soins de santé nécessaires*»⁹⁸⁵ et que «*dans toutes les décisions le concernant [...] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*»⁹⁸⁶.

Aussi les décisions concernant la mise en place du protocole du traitement, le suivi et l'arrêt des soins incombent normalement aux parents et au corps médical mais l'enfant mineur doit y être associé en fonction de son âge et de son degré de maturité.

Mais qu'en est-il pour un enfant mineur émancipé qui jouit dans la vie civile de toutes les prérogatives d'un majeur ?

L'article L 1111-11 n'envisage que le cas de «*toute personne majeure*» ; sachant que le mineur émancipé se trouve être capable, comme un majeur pour tous les actes de la vie civile, peut-il rédiger ses directives ?

Les règles de droit commun sont applicables à défaut de règles spéciales dérogatoires. Le droit de la santé étant un droit spécial dérogeant au droit commun, les règles sont d'interprétation stricte.

En effet les textes spéciaux étant d'interprétation stricte (*exemptio est strictissimae interpretationis*), cela empêche non seulement un raisonnement par analogie, mais interdit également de distinguer là où la loi ne distingue pas (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere*).

En conséquence, seule une personne majeure peut rédiger des directives et le mineur émancipé ne le peut pas.

⁹⁸² Art. 6 § 2 CIDE

⁹⁸³ Art. 12 § 1 CIDE

⁹⁸⁴ Art. 24-1 CIDE

⁹⁸⁵ Art. 24-2 b) CIDE

⁹⁸⁶ Art. 3 § 1 CIDE

Le droit à la vie prérogative, dont tout être humain doit bénéficier, se trouve être les prémices de la personnalité juridique, à la condition de naître vivant et viable.

Ce droit bien que reconnu et protégé par la CESDH, la DUDH et plus particulièrement par la CIDE concernant l'enfant mineur peut se voir mis à mal de par les atteintes que sont l'IVG et le suicide.

Nous avons vu que du droit à la vie découle le droit de donner la vie. Ce droit de donner la vie peut nécessiter une assistance médicale mais ne doit pas être à l'origine de la transgression de la loi. En effet la GPA est, et demeure interdite ainsi que la Cour de cassation l'a rappelé dans deux arrêts du 18 décembre 2019. Cependant la haute juridiction depuis les arrêts du 18 décembre 2019 décide que désormais les actes de naissances dressés en conformité de la loi du pays où sont nés les enfants issus de GPA et s'ils sont probants, conformément aux dispositions de l'article 47 du Code civil, doivent être transcrits à l'état civil.

La Cour de cassation est allée au-delà de ce que la CEDH réclamait, mettant ainsi fin à des années de procédure dont l'enjeu est l'établissement du lien de filiation de l'enfant mineur envers le parent d'intention.

L'intérêt de l'enfant mineur, priorité pour la CEDH, devient également la priorité des juridictions françaises notamment pour la Cour de cassation qui veille au respect de l'article 3 § 1 de la CIDE dans toutes les décisions qui intéressent l'enfant mineur.

Mais ce droit à la vie demeure fragile durant les premières semaines de la vie du fœtus.

En effet, ce droit à la vie et l'intérêt de l'enfant ne sont pas étroitement liés dans les douze premières semaines de la vie de l'enfant car la mère peut souhaiter ne pas poursuivre sa grossesse et demander une IVG.

Au-delà de douze semaines le fœtus bénéficie alors du droit à la vie et ce droit est protégé, sauf en cas d'IMG.

L'intérêt de l'enfant, primauté parmi les primautés, mérite une interprétation en rapport direct avec ce que représente pour l'enfant le droit à la vie. Et l'interprétation *in concreto* ne doit pas dénaturer l'esprit de la notion de l'intérêt de l'enfant qui concerne avant tout la protection de l'enfant mineur.

A n'en pas douter ce droit à la vie est une condition préalable à la naissance de l'enfant. Puis ce droit se poursuit tout au long de la vie sauf si l'enfant décide d'intenter à sa vie.

Un autre droit de la personnalité en étroite corrélation avec le droit à la vie nécessite un développement particulier : il s'agit du droit à l'intégrité physique.

Ce droit vise tout particulièrement le respect du corps humain et s'exprime différemment selon que la personne est vivante ou décédée car toute personne possède un droit intangible sur son corps : *Noli me tangere*⁹⁸⁷.

⁹⁸⁷ *Noli me Tangere* (Ne me touche pas), Evangile selon Saint-Jean, 20,17 : le Christ ressuscité demande à Marie-Madeleine qui vient de le reconnaître de ne pas le toucher

CHAPITRE II

LE DROIT A L'INTEGRITE PHYSIQUE ET L'INVOLABILITE DU CORPS HUMAIN

Le droit à l'intégrité physique et l'inviolabilité du corps humain existe dès le commencement de la vie (Section I), se poursuit après la mort (Section II) et comporte des exceptions licites (Section III).

Ce droit sanctionne en conséquence les atteintes à vie humaine.

SECTION I

LE COMMENCEMENT DU DROIT A L'INTEGRITE PHYSIQUE (LE COMMENCEMENT DE LA VIE)

§1- Principe

Le respect du corps humain⁹⁸⁸ et à l'intégrité physique⁹⁸⁹ existent dès le commencement de la vie, tout au cours de la vie, et sont le pendant du droit à la vie développé ci-dessus au Chapitre I.

L'article 16 du Code civil énonce : «*La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie*».

Ce droit à l'intégrité physique a longtemps été étroitement lié au fait que le corps humain était hors commerce.

De l'indisponibilité du corps humain qui ne peut pas faire l'objet d'actes juridiques découle son inviolabilité ; l'on ne peut porter atteinte au corps humain sans le consentement de la personne qui a un droit quasi-absolu de s'opposer à tout acte matériel sur son corps, ne serait-ce que le prélèvement de salive ou de sang.

Les «*conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain ou à ses produits sont nulles*»⁹⁹⁰.

C'est d'ailleurs sur ce fondement que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'était prononcée en 1991⁹⁹¹ pour condamner les conventions de gestation pour autrui avant que la loi du 29 juillet 1994 ne vienne consacrer leur interdiction dans l'article 16-7 du Code civil.

Le corps humain et ses organes ne peuvent pas faire l'objet d'un contrat à titre onéreux⁹⁹², *a contrario* ils peuvent faire l'objet de contrats à titre gratuit.

⁹⁸⁸ Art 16-1 al. 1^{er} C. civ

⁹⁸⁹ Art. 16-1 alinéa 2 C. civ « *Le corps humain est inviolable* »

⁹⁹⁰ Art 16-5 C. civ

⁹⁹¹ Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105 ; Bull. civ. n° 4 ; JCP G 1991.II.21752, note F. Terré ; D 1991, p. 417, Rapp. Y. Chartier et note D. Thouvenin ; V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, n° 88-15.655, Bull. civ. I. n° 387 ; JCP 1990.II.21526, note A. Seriaux ; D. 1990, p. 273, Rapp. J Massip

⁹⁹² Art 16-1, al 3 : «*Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*»

Ainsi, le don d'organes⁹⁹³, de gamètes⁹⁹⁴, de sang⁹⁹⁵ ne peut être qu'anonyme et à titre gratuit.

De plus, il existe un principe légal de non-brevetabilité du corps humain à tous les différents stades de sa constitution et de son développement. Ce principe est doublé d'une non-brevetabilité des utilisations d'embryons humains à des fins commerciales et industrielles⁹⁹⁶.

Bien que le suicide constitue une atteinte à l'intégrité physique, il n'est pas réprimé par loi ; ainsi toute personne peut porter atteinte à sa propre vie alors que d'autres atteintes à l'intégrité du corps humain (crime, homicide, coups et blessures) sont punies par la loi pénale⁹⁹⁷.

La CEDH est très attentive au respect de l'intégrité physique sur le fondement de l'article 3 de la CESDH qui énonce : «*Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines et traitements inhumains ou dégradants*»⁹⁹⁸.

Ainsi la protection de l'être humain commence dès sa conception, même si celui-ci n'est pas, durant son existence anténatale, sujet de droit. Lorsque l'être humain est viable et vivant il acquiert alors, dès sa naissance, le statut de personne et les droits y attachés qui lui permettent de choisir les conditions de sa protection.

Bien que la protection soit la règle, des atteintes sont toutefois légalement autorisées.

Tout d'abord, fut reconnu la licéité des actes médicaux notamment chirurgicaux, et ce, sans qu'il n'existe aucun texte. Puis la loi du 6 août 2004 sur la bioéthique⁹⁹⁹ créa l'article 16-3 du Code civil qui énonce : «*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*

⁹⁹³ Legs de la cornée (legs des yeux) prévu par la loi du 7 juill. 1949, le don du sang art. L 1221-8 et s. issus de la loi 21 juill. 1952 plusieurs fois modifiées depuis ; la jurisprudence a décidé que le centre de transfusion sanguine devait garantir un sang sain qui ne transmettait ni la syphilis (Civ 2^{ème}, du 17 déc. 1954, D 1955.269, n. R. Rodière ; JCP G 1955.II.8490 n. R. Savatier) ni le sida (Civ. 1^{ère}, du 12 avr. 1995, Bull. civ. I, n° 79 : «*Vu l'article 1147 [...] les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices et ils ne peuvent s'exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée*»

⁹⁹⁴ Art L 1244-1 C.S.P. modifié par la loi du 6 août 2004 précité : «*Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation*»

⁹⁹⁵ Art. D 1221-1 C.S.P.

⁹⁹⁶ Art. L 611-18 C. de la propriété intellectuelle créé par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004

⁹⁹⁷ Art 221-1 et s. C. pénal (crime d'homicide) et art. 222-19 et s. C. pénal (délit de coups et blessures)

⁹⁹⁸ CEDH 11 juill. 2006 Jalloh c/Allemagne [GC], JCP G 2007.I.106, n°1, obs. crit. Fr. Sudre ; pour obtenir la preuve d'une infraction, les autorités allemandes avaient administré des substances vomitives à un trafiquant de drogue ayant avalé des sachets de cocaïne lors de son arrestation pour les dissimuler. La cour a condamné l'Allemagne pour «*traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 de la Convention*» ; V. aussi CEDH [GC] 4 juill. 2006 Ramirez Schez (l'un des plus dangereux terroriste de l'époque, surnommé *Carlos*) c/ France, JCP G 2006.I.106, n° 1 ; obs. Fr. Sudre ; la Cour a considéré que «*le prolongement de l'isolement d'un détenu ne constitue pas en soi un traitement inhumain, s'il est spécialement motivé, après un examen évolutif des circonstances et de la conduite du détenu*»

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».

En 1975 l'interruption volontaire de grossesse (IVG) fut autorisée et encadrée par la loi ainsi qu'il a été dit ci-avant lorsque nous avons abordé les atteintes au droit à la vie.

La loi de 2004 modifiée par celle de 2011¹⁰⁰⁰ a ajouté qu'il pouvait y avoir une atteinte légitime «à titre exceptionnel» à l'intégrité du corps humain dans «l'intérêt thérapeutique d'autrui» ce qui permet notamment les dons d'organes par des personnes vivantes.

Le 13 décembre 2011 la France a ratifié la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997¹⁰⁰¹ en vigueur depuis le 1^{er} avril 2012 qui contient notamment le principe de prélèvement d'organes et de tissus sur des donneurs vivants à des fins de transplantation dans l'intérêt thérapeutique du receveur¹⁰⁰².

Mais aucun prélèvement d'organe ou de tissu ne peut pas être effectué sur des personnes n'ayant pas la capacité de consentir¹⁰⁰³ sauf pour leur bénéfice direct¹⁰⁰⁴.

Ainsi «Lorsque, selon la loi, un mineur n'a pas la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi»¹⁰⁰⁵.

Cependant «l'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité»¹⁰⁰⁶.

La «dignité humaine» est, selon l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux¹⁰⁰⁷, «inviolable et doit être protégée» et «Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale»¹⁰⁰⁸.

⁹⁹⁹ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique publiée au JO n° 228 du 30 sep. 2004. Cette loi était très attendue suite aux lois bioéthiques de 1994. Cette loi précise la position du législateur français au regard de l'évolution des connaissances dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé et impose des limites législatives quant à l'utilisation future de ces connaissances.

¹⁰⁰⁰ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 précité supra, et loi n° 2011-814 du 11 juill. 2011 qui est l'aboutissement de la clause de révision inscrite dans la loi bioéthique de 2004 ; V ; aussi A. Cheynet De Beaupré « La révision de la loi relative à la bioéthique » ; D 2011.2217 ; J-R. Binet « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée de la bioéthique », *Dr. fam.* 2011, com. 211

¹⁰⁰¹ Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine

¹⁰⁰² Art 19 de la Convention d'Oviedo cité supra ; L 1231-2 C.S.P.

¹⁰⁰³ Art 20 de la Convention d'Oviedo cité supra

¹⁰⁰⁴ Art 6-1 de la Convention d'Oviedo cité supra

¹⁰⁰⁵ Art 6-2 de la Convention d'Oviedo cité supra

¹⁰⁰⁶ Art. 6-2 alinéa 2 de la Convention d'Oviedo cité supra

¹⁰⁰⁷ Titre I, art. 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000

¹⁰⁰⁸ Titre I, art. 3-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000

Le respect dû au corps humain est une continuité qui existe dès la naissance et se poursuit après la mort, le droit positif «*garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*».

Est-ce que le respect et la dignité dûs au corps humain s'appliquent également à l'embryon et au fœtus qui jouissent, comme nous allons le voir, d'un statut assez particulier ?

A-Le statut de l'embryon et du fœtus

Il existe une différence entre l'embryon et le fœtus ; l'embryon concerne les huit premières semaines à partir de la fécondation, au-delà de huit semaines il s'agit d'un fœtus, mais on ne peut parler ni d'enfant ou de mineur et encore moins de personne juridique.

Le droit positif organise à l'égard de l'embryon et du fœtus un statut protecteur mais ne lui garantit pas le droit à la vie car il autorise l'interruption volontaire de grossesse jusqu'à douze semaines.

Mais la CEDH, dans une décision du 8 juillet 2004¹⁰⁰⁹, a précisé l'appartenance de l'embryon et du fœtus à l'espèce humaine et relevé qu'ils jouissent de la protection qui leur est due.

Cette protection de l'embryon et du fœtus est effective quand ils sont perçus par le droit comme des enfants à naître, mais elle disparaît quand ils ne font que l'objet d'un projet parental.

C'est le cas des embryons conçus *in vitro* à partir de gamètes, sperme ou ovocyte, d'un tiers donneur. Dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, en pratique tous ne servent pas, et ceux dits surnuméraires sont susceptibles de faire l'objet de recherche sur les cellules souches¹⁰¹⁰ ou d'être détruits.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 juillet 1994¹⁰¹¹ a estimé que le législateur n'avait pas entendu, en posant le principe «*du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*», l'appliquer à l'embryon. Ce qui conduit, *a contrario*, à reconnaître le respect de l'être humain au profit du fœtus au-delà de douze semaines de gestation.

Aussi, il n'existe pas d'unité de la condition humaine. En effet, l'embryon *in utero* et l'embryon *in vitro* ne sont pas égaux devant la loi.

¹⁰⁰⁹ CEDH Vo c/France, req. n° 53924/00 cité supra ; *JCP G* 2004.II.10158, note M. Levinet ; *D* 2004, p. 2456, note J. Pradel, et somm. p. 2754 ; obs. G. Roujou de Boubée ; *RJPF* 9/2004, p. 25, note N. Fricero ; *RTD civ.* 2004, p. 799, obs. J.P. Marguénaud ; *Rev. Gen. dr. Médical* 2004, p. 197, note A. Bertrand-Mirkovic ; *JCP G* 2005.I.103, obs. Fr. Sudre

¹⁰¹⁰ Loi n° 2011-814 du 7 juil. 2011 relative à la bioéthique

1-L'embryon et le fœtus *in vitro*

Bien que l'être humain existe dès la conception il ne s'agit pas pour autant d'une personne au sens juridique¹⁰¹².

Ainsi, l'embryon peut ne jamais devenir un fœtus et le fœtus peut ne pas poursuivre son développement car l'interruption volontaire de grossesse peut être pratiquée jusqu'à douze semaines.

Lorsque nous avons abordé le droit de donner la vie, nous avons cité les lois bioéthiques de 1994, modifiées par celles de 2004 et de 2011 ainsi que la procréation médicalement assistée.

La loi sur la bioéthique fait actuellement l'objet d'une réforme ainsi qu'il a été dit ci-avant et la loi définitive devrait être votée d'ici le début de l'année 2021.

Nous n'aborderons que le statut de l'embryon *in vitro* avant son implantation qui intéresse les principales mesures du droit positif.

Rappelons, en tant que de besoin, l'exigence de la loi qui subordonne la conception à l'existence d'un projet parental¹⁰¹³, et qui encadre strictement la conception de ces embryons afin qu'il ne puisse pas être conçu à des fins commerciales ou industrielles¹⁰¹⁴.

«La conception in vitro d'embryon ou la constitution par clonage d'embryon humain à des fins de recherche est interdite et la création d'embryons transgéniques ou chimériques est interdite»¹⁰¹⁵.

Pendant longtemps, la loi a interdit les recherches sur l'embryon humain, mais la loi de 2013¹⁰¹⁶ a modifié l'article L 2151-5 I du Code de la santé publique qui permet les recherches

¹⁰¹¹ C. Const. décision n° 94-343-344 du 27 Juill. 1994 ; D.1995, p. 205, note B. Edelman, et p. 237, note B. Mathieu ; JCP G 1994.I.3796, étude G. Raymond ; RDP 1994, p. 1647 ; note F. Luchaire ; RFD const. 1994, p. 799, note L.Favoreu

¹⁰¹² V. F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes*, coll. « Précis » Dalloz, 8, n° 22 et s. éd. 2012

¹⁰¹³ Art. L2141-3 C. de la santé publique modifié par la loi n° 2011-814 du 7 juil. 2011

¹⁰¹⁴ Art. L 2141-8 C. de la santé publique modifié par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004

¹⁰¹⁵ Art. L 2151-2 C. de la santé publique modifié par la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011

¹⁰¹⁶ Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique, en autorisant sous certaines conditions les recherches sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires

sur l'embryon et les cellules souches. Cependant chaque protocole doit être autorisé par l'Agence de la biomédecine¹⁰¹⁷.

Enfin, la loi interdit toute constitution par clonage d'un embryon humain à des fins thérapeutiques¹⁰¹⁸.

Une fois conçu, l'embryon *in vitro* bénéficie d'une protection en considération de son humanité et du principe de dignité attachée au respect dû à tous les êtres humains.

Bien que la loi permette aux membres du couple dont le projet parental a disparu, d'autoriser l'accueil des embryons par un autre couple, qu'ils fassent l'objet de recherches ou qu'il soit mis fin à leur conservation ; cette autorisation n'est pas l'expression d'un pouvoir sur un objet dont ils sont maîtres mais seulement la manifestation de la disparition du projet parental. D'ailleurs la loi ne parle pas de don d'embryons à un autre couple, ce qui constituerait un acte de donation, mais de l'accueil des embryons.

La CEDH a, dans sa décision du 10 avril 2007¹⁰¹⁹, rejeté la prétention d'une femme à recevoir, après la séparation du couple, des embryons conçus *in vitro*, la privant ainsi de la possibilité de devenir mère parce que son ancien compagnon n'avait pas donné suite de son côté au projet parental.

2-L'embryon et le fœtus *in utero*

Le statut de l'embryon et du fœtus *in utero* est très fragile car non seulement pendant les douze premières semaines, l'embryon puis le fœtus ont une existence précaire ; la mère peut mettre un terme à sa grossesse en procédant à une interruption volontaire de grossesse, mais aussi lorsqu'il cesse de vivre dans le sein de sa mère ou encore lorsqu'il est meurt lors d'un accident de la circulation.

La jurisprudence refusant l'application au fœtus de l'incrimination d'homicide involontaire¹⁰²⁰, malgré une critique quasi-unanime de la doctrine¹⁰²¹.

¹⁰¹⁷ L. Lambert-Garrel et Fr. Vialla, «L'exception devenue principe», *D* 2013.1842. J.-R Binet «Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique», *JCP G*, 2013.905 J.-R Binet, « Un nouveau cadre réglementaire pour les recherches sur l'embryon ou menées en matière d'AMP », (D. 11 fév. 2015), *JCP G* 2015.212

¹⁰¹⁸ Art. L 2151-4 C.S.P.

¹⁰¹⁹ CEDH *Evans c/Royaume-Uni* du 10 avril 2007, req. n° 6339/05 ; *JCP G* 2007.II.10097 ; *D.* 2007, p. 1202, obs. C. Delaporte-Carré note B. Mathieu ; *RTD civ.* 2007 p. 295, obs J-P. Marguénaud et p. 545, obs. J. Hauser

¹⁰²⁰ Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, Bull. crim. n° 165 ; *RTD civ.* 2001. 5, obs. J. Hauser ; *JCP* 2001.II.10569, rapp. P. Sargos, concl. J. Sanite-Rose, note M.-L. Rassat ; *D.* 2001. 2917, note Y. Mayaud ; *D.* 2001.2907, note J. Pradel ; *Dr. et patr.* nov. 2001, p. 99 ; *Dr. pénal* obs. G. Loiseau ; *V. aussi* Crim. 25 juin 2002, Bull. n° 144 ; *Dr. pénal* 2002, comm. n° 93, obs. M. Véron. ; *JCP* 2002.II.10155, note M.-L. Rassat ; *D.* 2002. 2099, note J. Pradel ; *Dr. et patr.* oct. 2002 p. 97 obs. D. Houtcieff ; *RPDP* 2003, p. 2003, p. 362, obs. J.-Y Chevallier ; S.Tzitzis « Néantiser la vie, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2002 » ; *RPDP* 2003, p. 785 ; *V. aussi* pour une espèce sensiblement différente Crim. 4 mai 2004, Bull. n° 108

La haute juridiction a toutefois fait application de l'incrimination d'homicide involontaire dans le cas de l'enfant blessé irréversiblement in utero qui décède une heure après sa naissance¹⁰²².

Enfin l'article 16-1-1 du Code civil dispose : *«Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort»*.

§2 - Le respect du corps humain après la mort

Le Code civil de 1804 était silencieux sur ce point pour ne pas engager le droit sur ce terrain ; la mort faisait cesser la personne, sujet de droit. Cet oubli ou ce déni était sans doute dû au fait que les rédacteurs¹⁰²³ du Code civil ignoraient comment traiter juridiquement ce sujet, préférant clôturer ainsi.

Planiol disait d'ailleurs : *«Les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien»*¹⁰²⁴.

Avant la loi de 2008, en l'absence de définition légale du corps humain, la jurisprudence et la doctrine considéraient déjà la notion de *«corps humain»* comme devant être entendue au sens large (support biologique habité par une personne humaine) ou qui le sera (enfant simplement conçu) ou qui l'a été (statut de la dépouille).

Puis la loi du 19 décembre 2008¹⁰²⁵ est venue combler ce vide juridique en créant l'article 16-1-1 du Code civil qui dispose : *«Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort»*.

L'alinéa 2 dudit article 16-1-1 dispose également : *«Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traitées avec respect, dignité et décence»* ; ces dispositions sont un devoir de communauté, *erga omnes*.

¹⁰²¹ L'instauration d'une infraction d'interruption involontaire de grossesse a été proposée notamment par l'amendement Garraud adopté par l'Assemblée nationale le 19 mars 2003 qui prévoyait que lorsqu'une femme enceinte perdait son enfant à cause d'un chauffard celui-ci pouvait être poursuivi pour «avortement involontaire dû à un accident de la route» ; cet amendement a été rejeté par la commission des lois du Sénat le 29 avril 2003

¹⁰²² Crim. n° 03-82.344, 2 déc. 2003, Bull. crim. 2003, N° 230, RJP mars 2004, p. 23, note Ph. Bonfils

¹⁰²³ François Denis Tronchet, Félix Julien Jean Bigot de Préameneu, Jean-Etienne-Marie de Portalis et Jacques de Malleville

¹⁰²⁴ M. Planiol *« Traité élémentaire de droit civil »*, t.1, LGDJ 12^{ème} éd. 1935 n° 371, p. 152

¹⁰²⁵ Loi n° 2008-1350 du 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire

La mort met fin à la personnalité juridique et les dispositions de l'alinéa 2, sus-énoncé, n'entendent nullement prolonger après la mort le statut de personne, mais le droit prend en considération la condition *post-mortem* du corps de la personne.

Certains auteurs, notamment François Terré et Dominique Fenouillet voient dans ce droit au respect le caractère sacré du cadavre¹⁰²⁶.

Lorsque le mort laisse des héritiers, c'est à ces derniers qu'incombent le devoir de veiller à défendre les actes attentatoires à la mémoire ou à l'intégrité de son cadavre car ils sont les dépositaires d'un devoir de respect.

Le droit pénal incriminait déjà la violation de sépulture mais depuis la loi du 19 décembre 2008 toute atteinte au cadavre est désormais punie (atteinte à l'intégrité du cadavre¹⁰²⁷, de la violation de sépulture¹⁰²⁸, recel de cadavre¹⁰²⁹).

La loi de 2008 a surtout «civilisée» le respect du corps humain après la mort ainsi que les restes de la personne décédée en ce compris les cendres.

Et l'article 16-2 du Code civil donne compétence au juge pour «prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort».

Mais certains actes constituant des violations du cadavre peuvent avoir lieu avant son inhumation ou sa crémation : ainsi l'autopsie ayant pour objet de rechercher les causes du décès peut être pratiquée sans l'autorisation des proches, voire contre l'opposition du défunt lorsque celui-ci avait manifesté sa volonté à ce sujet¹⁰³⁰, et le don d'organes, à des fins de greffes, lorsque le défunt n'a pas fait part de son opposition avant son décès sur le registre national automatisé prévu à cet effet¹⁰³¹.

Nous sommes donc tous devenus des donneurs à défaut d'opposition bien que la loi du 26 janvier 2016 ait adouci quelque peu les dispositions antérieures, la finalité demeure la même ; ainsi le médecin, préalablement au prélèvement envisagé, informe les proches, de sa nature et de sa finalité.

Une autre atteinte peut être effectuée sur le cadavre bien que l'article L 1121-1 du Code de la santé publique en dispose autrement.

¹⁰²⁶ F. Terré et D. Fenouillet, Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz 7^{ème} éd. 2005, n° 32, P. 37

¹⁰²⁷ Art. 225-17 C. pénal (loi n° 2008-1350 du 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire)

¹⁰²⁸ Art. 225-17 alinéa 2 C. pénal

¹⁰²⁹ Art. 434-7 C. pénal

¹⁰³⁰ Crim. 6 janv. 2000, JCP G 2000.II.10396, note S. Prieur

On se rappelle de la célèbre affaire très médiatisée concernant Yves Montand dans laquelle la Cour d'appel, en novembre 1997¹⁰³², avait autorisé l'exhumation du corps afin d'effectuer un prélèvement ADN auquel Yves Montand, de son vivant s'était opposé, et ce pour déterminer si la jeune fille (Audrey Brossard) qui se prétendait être sa fille était bien sa fille.

Ici l'intérêt de l'enfant (Audrey Brossard) était d'obtenir une réponse sur sa filiation qui n'avait jusqu'alors jamais été établie ; et de cette filiation seraient nés des droits successoraux.

Cet intérêt étant la considération primordiale qui doit prévaloir sur toute autre, y compris le refus d'Yves Montand de se soumettre de son vivant à un test ADN, a donc donné lieu à l'exhumation du corps de ce dernier.

Bien que cela ait pu paraître choquant, l'intérêt de l'enfant a été l'élément déterminant qui a conduit le juge à prendre une telle décision.

En réaction à cette affaire, qui avait choqué l'opinion publique, une première loi a introduit en 2004¹⁰³³ comme condition déterminante l'autorisation expresse du vivant de l'intéressé pour qu'une telle recherche ait lieu¹⁰³⁴.

Le 6 juillet 2011 le Conseil constitutionnel¹⁰³⁵ a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) mettant en cause cette disposition. Selon les requérants *«l'interdiction de recourir à l'identification des empreintes génétiques sur une personne décédée, dans une procédure civile en matière de filiation, porterait atteinte au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale, et que la disposition contestée instaurerait entre les hommes et les femmes [...] une différence de traitement contraire au principe d'égalité devant la loi»*.

Le Conseil constitutionnel a rejeté cette argumentation et a déclaré l'article 16-11 alinéa 2, *in fine*, conforme à la Constitution.

¹⁰³¹ Art. L 1232-1 C.S.P. modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation du système de s

¹⁰³² Paris 7 nov. 1997

¹⁰³³ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004

¹⁰³⁴ Art. 16-11 C. civ.

¹⁰³⁵ C.C. 30 septembre 2011, n° 2011-173 QPC

Mais depuis, la Cour de cassation sous la pression de la Cour européenne a admis que l'expertise puisse être pratiquée *post-mortem* après exhumation du cadavre à la seule condition que les ayants-droit du défunt soient mis en cause¹⁰³⁶.

On peut présumer que les recherches ADN ont pour finalité l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, cette recherche a pour but d'établir un lien de filiation dans l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit à connaître ses origines¹⁰³⁷.

La Cour européenne, dans un arrêt de 2016¹⁰³⁸, est allée plus loin en considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant était de connaître la vérité sur ses origines, même si celui-ci ne le demandait pas, et, que les tribunaux français avaient eu raison de rectifier son état civil en mentionnant le père génétique.

En effet, la Cour européenne exige, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, que soit toujours reconnue sa filiation biologique.

Dans le cadre du respect dû au corps humain même après la mort, la Cour de cassation a eu à se prononcer dans une affaire, qui en 1995 a choqué les esprits : l'affaire «*our body*», nom d'un célèbre show anatomique.

L'affaire Our Body

Gunter von Hagens a organisé en 1995 une exposition anatomique dans laquelle des cadavres polymérisés étaient mis en scène dans différentes postures.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 16 septembre 2010¹⁰³⁹, a posé le principe de l'interdiction de ce genre de manifestation à visée commerciale.

Puis dans un arrêt du 29 octobre 2014¹⁰⁴⁰, la haute juridiction a eu à statuer sur le sort du contrat d'assurance qui couvrait le risque d'annulation de l'exposition «*our Body*». Pour

¹⁰³⁶ Civ. 1^{ère} 13 nov. 2014, n° 13-21.018, Bull. 2014, I, n° 188, publié, *D.* 2015, p. 1070, note H. Fulchiron ; *JCP G* 2015. 49, note M. Douchy-Oudot, *RJPF* 1/2015, p. 30, obs. Th. Garé ; *RTD civ.* 2011, p. 526, obs. J. Hauser

¹⁰³⁷ Art. 7-1 de la CIDE : «*L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance [...], et dans la mesure du possible le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux*»

¹⁰³⁸ CEDH Mandet c/France du 14 janv. 2016. Dans cette affaire les requérants (mère, époux de la mère et l'enfant mineur) ont demandé l'annulation de la reconnaissance de paternité ainsi que l'annulation de la légitimation de l'époux de la mère. Revenons sur les faits : un couple marié eut trois enfants puis divorça. La mère accoucha d'un quatrième enfant qui fut, dans un premier temps, déclaré sous son nom puis fut reconnu par l'ex-mari de la mère un an après sa naissance. Ils décidèrent de se remarier ce qui eut pour conséquence de légitimer ce quatrième enfant. Mais la paternité fut contestée par un tiers, père naturel de l'enfant. Le TGI de Nanterre le 10 février 2016 retint que l'enfant était né plus de 300 jours après la séparation du couple et que l'enfant n'avait jamais eu de possession d'état continue d'enfant légitime du couple divorcé. Il ordonna donc une expertise génétique à laquelle seul Monsieur Glouzman déféra. Le 16 mai 2008 le tribunal annula la reconnaissance de paternité ainsi que la légitimation subséquente et ordonna que l'enfant prenne le nom de la mère. Enfin ledit Monsieur Glouzman fut reconnu comme étant le père de l'enfant et il ordonna la transcription sur l'acte de naissance. La Cour d'Appel de Versailles confirma le jugement du TGI de Nanterre dans un arrêt du 8 avril 2010.

¹⁰³⁹ Civ. 1^{ère} du 16 sept. 2010 ; Bull.civ. 2010, I, n° 174 pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 avr. 2009

¹⁰⁴⁰ Civ. 1^{ère} 29 oct. 2014 n° 13-19.729, Bull. 2014, I, n° 178

retenir que la cause du contrat était illicite la Cour a écarté l'objection tirée de sa conclusion antérieurement à la loi du 19 décembre 2008 (qui a introduit dans le Code civil le principe du traitement respectueux et digne du cadavre et des restes humains), en estimant à ce sujet *«que le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil»*.

La Cour de cassation a, dégagé un principe d'ordre public, antérieur au texte de loi qui l'a introduit, ce qui peut se justifier par la reconnaissance d'un ordre public de valeur tenant à la considération de la dignité du genre humain qui préexiste à la formalisation par la loi de principes qui l'expriment.

L'inviolabilité du corps humain du vivant de la personne est le principe. Mais comme tout principe il souffre des exceptions.

SECTION II

LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'INVOLABILITE DU CORPS HUMAIN

La première exception au principe de l'inviolabilité du corps est la vaccination qui donne lieu à une vive opposition de la part d'associations qui réclament «la liberté thérapeutique» dans l'intérêt de l'enfant.

§1 - La vaccination

La vaccination est par nature une atteinte au principe d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain énoncés aux articles 16-1 et 16-3 du Code civil.

L'article 16-3 du Code civil énonce qu'*«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 [...]»*.

Depuis le 1^{er} janvier 2018¹⁰⁴¹ onze vaccins sont désormais obligatoires pour les enfants.

De nombreuses voix se sont élevées pour dénoncer cette obligation de vaccinations en mettant en avant les risques et les conséquences liés à la vaccination pour les enfants, notamment le vaccin contre l'hépatite B qui serait l'une des causes d'une maladie auto-immune ; la sclérose en plaques.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a été saisie afin de se prononcer sur le cas de M.W. qui s'est vu administré entre la fin de l'année 1998 et le milieu de l'année 1999 un vaccin contre l'hépatite B produit par le laboratoire Sanofi. Dès le mois d'août 1999, il a commencé à avoir divers troubles ayant conduit en novembre 2000, au diagnostic de la sclérose en plaques ; il est décédé en 2011.

Dès 2006 sa famille a introduit une action en justice contre Sanofi pasteur car M.W. était en parfaite santé avant l'injection dudit vaccin et avait «*d'excellents antécédents familiaux*». Le TGI de Nanterre le 4 septembre 2009 a reconnu le lien de causalité entre le vaccin et la maladie mais la Cour d'appel de Versailles¹⁰⁴² a considéré qu'il n'y avait pas de «*consensus médical*» en sa faveur, jugeant qu'un tel lien n'avait pas été démontré, et a rejeté l'appel. La Cour de cassation a annulé cet arrêt le 26 septembre 2012¹⁰⁴³.

La Haute juridiction est très hésitante concernant le vaccin contre l'hépatite B mais admet que la preuve du lien de causalité peut résulter de présomptions, pourvu «*qu'elles soient graves, précises et concordantes*»¹⁰⁴⁴ ; mais elle rend également des arrêts en sens contraire, en exigeant que la victime apporte au préalable «*la preuve de la participation du produit à la survenance du dommage*»¹⁰⁴⁵.

Dans l'affaire M.W, la Haute juridiction saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel a transmis l'affaire à la Cour de justice européenne. Cette dernière dans un arrêt du 21 juin 2017¹⁰⁴⁶ estime donc «*compatible avec la directive (de l'Union européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux) un régime probatoire qui autorise le juge en l'absence de preuves certaines et irréfutables, à conclure au défaut d'un vaccin et à*

¹⁰⁴¹ Loi n° 2017-1836 du 30 déc. 2017

¹⁰⁴² Versailles le 10 fév. 2011

¹⁰⁴³ Civ. 1^{ère} le 26 sept. 2012, n° 11-17.738, Bull. 2012, I, n° 187 ; D 2012, p. 2304, obs. I. Gallmeister, p. 2853, note J-S Borghetti ; RCA 2012, comm. 350, S. Hocquet-Berg ; V. aussi Civ 1^{ère}, 10 juill. 2013 (vaccin contre hépatite B et SEP), n° 12-21.314, Bull. 2013, I, n° 157 ; D 2013, p. 2315, note J-S. Borghetti

¹⁰⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-10.593 et n° 06-10.967, n° 06-14.962 et n° 06-18.848 ; JCP G 2008, II, 10131, note L Grynbaum ; V. aussi Civ. 1^{ère}. 9 juill. 2009, n° 08-11.073, Bull. 2009, I, n° 176 ; RCA oct. 2009, p. 7, note C. Radé

¹⁰⁴⁵ Civ. 1^{ère} 29 mai 2013, n° 12-20.903, Bull. 2013, I, n°188 ; D 2013, p. 1717, note J.S Borghetti et p. 1723, note P. Brun

l'existence d'un lien causal entre celui-ci et une maladie sur la base d'un faisceau d'indices graves précis et concordants».

La Cour a également considéré que la proximité temporelle entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie était notamment un indice à prendre en considération.

Les juridictions nationales pourront être amenées, dans l'intérêt de l'enfant mineur, à reconnaître la responsabilité des laboratoires au vue de la directive européenne, en considération *«d'indices graves, précis et concordants»*, lorsque la personne était en excellente santé, n'avait pas d'antécédents familiaux propices à ladite maladie et quand la proximité temporelle entre l'administration du vaccin et la déclaration de la maladie sera établie.

Revenons aux vaccinations obligatoires exigées pour que les enfants puissent être gardés par une assistante maternelle, être admis en crèche, à l'école, en centre de loisirs et colonie de vacances et qui sont imposées par la loi aux parents¹⁰⁴⁷ ; le refus des parents sans *«motif légitime»* est sanctionné¹⁰⁴⁸.

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt de 2001¹⁰⁴⁹ a considéré que les dispositions qui rendent obligatoires certaines vaccinations ou permettent à l'autorité administrative d'instituer par voie réglementaire de telles obligations qui *«ont pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain [...], sont mises en œuvre dans le but d'assurer la protection de la santé, qui est un principe garanti par le Préambule de la Constitution de 1958 et sont proportionnés à cet objectif »*.

C'est donc la protection de la santé publique qui fonde, en droit français, l'exception aux principes d'inviolabilité posés par les articles 16-1 et 16-3 du Code civil.

La CEDH¹⁰⁵⁰ a une position diamétralement opposée et considère qu'un traitement médical non volontaire, tel qu'une vaccination obligatoire, constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée dont la sphère recouvre, au sens de l'article 8¹⁰⁵¹ de la Convention, l'intégrité physique et morale d'une personne.

¹⁰⁴⁶ CJUE du 21 juin 2017, D. actualités, 28 juin 2017, obs. T. Coustet

¹⁰⁴⁷ Art L 3111-1 à L 3111-2 C..S.P.

¹⁰⁴⁸ Art 227-17 C. pénal

¹⁰⁴⁹ CE 26 nov. 2001 n° 222741

¹⁰⁵⁰ CEDH Salvetti c/Italie du 9 juill. 2002 Req. n° 42197/98

¹⁰⁵¹ Art 8 CESDH : *«Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...]*»

Enfin le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 20 mars 2015¹⁰⁵², a considéré que les articles L3111-1, L3111-2 et L3111-3 du Code de la santé publique étaient conformes à la Constitution. Il importe de préciser que le Conseil constitutionnel a justifié sa décision par le fait qu'il ne dispose pas du pouvoir d'apprécier les dispositions prises par le législateur s'agissant de l'objectif de santé publique : *«Considérant qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ; que toutefois il n'appartient pas au Conseil constitutionnel qui ne dispose que d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé».*

La vaccination obligatoire et l'intérêt de l'enfant mineur

La vaccination a pour but de protéger les enfants contre des maladies mortelles ; de nombreuses maladies ont été éradiquées mais il ne faut pas oublier que les vaccins peuvent présenter des risques.

Les parents titulaires de l'autorité parentale doivent respecter les textes du Code de la santé publique en vigueur et faire vacciner leur enfant cependant la vaccination peut ne pas être effectuée en cas de contre-indication d'ordre médical.

Pour les enfants nés avant le 1^{er} janvier 2018 seules trois vaccins demeurent obligatoires : ceux contre la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite.

Certains parents jugeant que les vaccins présentent un risque trop important pour leur enfant sans qu'il existe pour autant de contre-indication d'ordre médical, font le choix de ne pas les faire vacciner, dans ce cas l'enfant non vacciné ne peut être admis ni en crèche, ni être gardé par une assistante maternelle, ni être scolarisé.

L'ancien article L3116-4 du Code de la santé publique qui prévoyait une sanction au refus de se soumettre ou de soumettre ceux sur lesquels on exerce l'autorité parentale ou dont

¹⁰⁵² C.C. décision n° 2015-458 QCP du 20 mars 2015 ; *Dr. fam.* 5/2015, p. 3, obs. M. Lamarche ; *RJPF* 5/2015, p. 25, note A. Cheynet de Beaupré

on assure la tutelle, aux obligations de vaccination à une peine d'emprisonnement de six mois et à une amende de 3750 euros a été abrogé par la loi du 30 décembre 2017.

Mais les parents pourront être poursuivis sur le fondement de l'article 227-17 du Code pénal qui dispose : *«Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende. L'infraction prévue par le présent article est assimilée à un abandon de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du Code civil».*

§2 - Le refus de soins

Dans le Chapitre I, nous avons abordé le droit à la vie protégé par l'article 2 de la CESDH, l'article 2-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne dit «traité de Nice», l'article 3 de la DUDH et l'article 6 de la CIDE.

Nous avons également vu que ce droit n'est pas un droit absolu car le suicide ou l'interruption volontaire de grossesse sont, pour l'un légalisé, pour l'autre accepté.

Puis en 2005 la loi Léonetti a introduit la proscription de *«l'obstination déraisonnable»* du corps médical et de *«la prolongation artificielle de la vie»* du patient.

Enfin en 2016, la loi a modifié les dispositions de l'article L 1111-11 du Code de la santé publique qui permet à toute personne majeure de rédiger des directives limitant ou refusant le traitement ou les actes médicaux.

Mais la véritable avancée vient de la loi du 4 mars 2002¹⁰⁵³ qui a consacré les droits de la personne malade ainsi que son droit au refus de soins¹⁰⁵⁴.

Ainsi *«toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement»*¹⁰⁵⁵ et le *«médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informé des conséquences de ses choix et de leur gravité»*¹⁰⁵⁶.

«Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Elle peut faire appel à un

¹⁰⁵³ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé déjà cité

¹⁰⁵⁴ Art. L 1111-4 C.S.P. modifié par la loi n° 2016-87 du 2 fév. 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie

¹⁰⁵⁵ Art. L 1111-4 alinéa 2 C.S.P

¹⁰⁵⁶ Art. L 1111-4 alinéa 3 C.S.P

autre membre du corps médical. L'ensemble de la procédure est inscrite dans le dossier médical du patient»¹⁰⁵⁷.

De plus *«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»¹⁰⁵⁸.*

«Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L 1111-16 ou de la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté»¹⁰⁵⁹.

Avant la loi de 2002 le Conseil d'Etat avait eu à se prononcer sur une affaire¹⁰⁶⁰ dans laquelle était engagée la responsabilité du médecin qui avait, malgré le refus réitéré du patient témoin de Jéhovah, procédé à une transfusion sanguine alors que son pronostic vital était engagé.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2002 le tribunal administratif qui a eu à se prononcer¹⁰⁶¹ dans une affaire similaire, a reconnu que la transfusion sanguine non justifiée par un danger immédiat et en l'absence de respect de la volonté de la patiente était illégale.

Quant au Conseil d'Etat, il a maintenu en partie sa position¹⁰⁶² en indiquant *«que les soins devaient être indispensables et proportionnés à la survie du patient»* alors que le tribunal administratif¹⁰⁶³ avait ordonné l'interdiction de toute nouvelle transfusion sanguine en précisant que cette interdiction cesserait dans une situation médicale extrême mettant en jeu le pronostic vital.

S'agissant du *«consentement du mineur ou du majeur sous tutelle»* il *«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»¹⁰⁶⁴.*

Rappelons enfin que l'article 16-3 du Code civil énonce *«qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain»*; cela implique que toute personne peut s'opposer à

¹⁰⁵⁷ Art. L 1111-4 alinéa 3 C.S.P.

¹⁰⁵⁸ Art. L 1111-4 alinéa 4 C.S.P.

¹⁰⁵⁹ Art. L 1111-4 alinéa 5 C.S.P.

¹⁰⁶⁰ CE du 26 oct. 2001 demandant l'annulation de l'arrêt de la Cour administrative du 9 juin 1998 ayant débouté les ayant-droits de Monsieur X

¹⁰⁶¹ Tribunal adm. Lille le 25 août 2002 a considéré *«qu'en l'espèce, et alors qu'il n'est pas allégué par le défendeur que le refus de respecter la volonté de la patiente serait rendue nécessaire du fait d'un danger immédiat, l'absence de respect de la volonté de Madame Carole G, personne majeure, par le CHR de Valenciennes constitue une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales»*

¹⁰⁶² CE F. c/ CHU de Saint-Etienne du 16 août 2002

¹⁰⁶³ T. adm. de LYON du 9 août 2002

¹⁰⁶⁴ Art. L 1111-4 alinéa 7 C.S.P.

tout traitement et tout acte médical même si cela a pour conséquence de mettre sa vie en danger.

Le médecin doit toutefois l'informer des conséquences de ses choix et tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables mais la décision finale appartient au malade.

L'intérêt supérieur de l'enfant est étroitement dépendant de l'obligation de ses pères et mères de prendre soin de lui. En effet, titulaires de l'autorité parentale, ils doivent notamment protéger l'enfant dans sa santé dans le respect dû à sa personne tout en l'associant aux décisions qui le concernent selon son âge et sa maturité¹⁰⁶⁵.

Ils sont les garants de la santé de leur enfant. Ainsi en cas de refus obstiné de soins face à un enfant blessé ou malade, le médecin peut saisir le procureur de la République au titre de la protection de l'enfance en danger¹⁰⁶⁶.

Les parents doivent donc prodiguer et faire prodiguer tous les soins nécessaires à l'enfant mineur¹⁰⁶⁷.

«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»¹⁰⁶⁸.

Les médecins peuvent-ils, au titre des dispositions de la loi, ne pas faire usage de «l'obstination déraisonnable» et de «la prolongation artificielle de la vie» pour un patient mineur ?

«Les actes cités à l'article L 1110-5 du Code de la santé publique ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire»¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ Art. 371-1 C. civil

¹⁰⁶⁶ Art. 375 et s. C. civ ; V. aussi Civ. 1^{ère} n° 80-80.028 du 25 nov. 1981, JCP 1983. II. 19952 (2^{ème} espèce) note Boulanger, concernant un enfant atteint de surdité que la mère voulait emmener à l'étranger où il ne pourrait poursuivre le traitement de rééducation adapté à ses soins.

¹⁰⁶⁷ Art. 24-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Droits de l'enfant : «Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être»

¹⁰⁶⁸ Art. L 1111-4 C.S.P.

¹⁰⁶⁹ Art L 1110-5-1 C.S.P. modifié par la loi du 2 fév. 2016 déjà citée supra ; V. T. adm. n° 1702368 du 14 sept. 2017 et du 7 déc. 2017 Mme D...B et M. E...F c/ CHRU de Nancy ; CE n° 416689 du 5 janv. 2018 ; CEDH, req. n° 1828/18 Afiri et Biddari c./France du 25 janv. 2018, dans cette affaire concernant l'arrêt des soins d'une jeune mineure de 14 ans, le CE et la CEDH ont confirmé qu'il appartient au médecin, s'il estime que la poursuite d'un traitement traduit l'obstination déraisonnable, après avoir mis en œuvre la procédure

Les parents, peuvent-ils dans l'intérêt de l'enfant demander aux médecins à ce que cesse l'acharnement thérapeutique ?

L'avancée de la loi dans ce domaine permet notamment de ne pas s'obstiner déraisonnablement ce qui aboutit à proscrire l'acharnement thérapeutique. Aussi, *«Toute personne a le droit d'avoir une fin de vie digne et accompagnée du meilleur apaisement possible de la souffrance. Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour que ce droit soit respecté»*¹⁰⁷⁰.

Le texte est clair *«toute personne »* il n'y a donc pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. Cela inclut à n'en pas douter les personnes majeures et mineurs mais compte tenu de leur état de faiblesse toute décision découlera d'une vraie entente collégiale de la part du corps médical ainsi que de celui du patient et de ses proches.

L'enfant mineur doit être associé et entendu dans toutes les décisions le concernant¹⁰⁷¹ ; cette opportunité octroyée et reconnue au mineur doit être mise en place en considération de son intérêt supérieur.

L'article 6 de la Convention d'Oviedo énonce à propos des actes médicaux que *«l'avis du mineur [doit être] pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de sa maturité»*.

Le ton est donné ; l'avis de l'enfant mineur devient un élément déterminant dans la mise en place des soins, le suivi des soins et l'arrêt des soins.

On lui reconnaît, en fonction de son âge et de sa maturité, une véritable pré-majorité concernant les actes médicaux le concernant, le corps médical devra s'habituer à écouter l'enfant mineur et surtout à entendre son avis.

Les articles L 1111-1 à L 1111-7 du Code de la santé publique, en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant modifient ainsi les relations entre le patient mineur et le médecin en garantissant à ce dernier le droit au respect de sa volonté (droit au consentement ou au refus de soins).

L'article 42 du Code de déontologie médicale¹⁰⁷² dispose que l'avis du patient mineur peut être recueilli, et que le médecin doit en tenir compte *«dans la mesure du possible»*. Cette disposition

collégiale prévue par la loi, de prendre seul la décision de fin de vie concernant un enfant mineur inconscient même en cas de désaccord des parents.

¹⁰⁷⁰ Art. L 1110-5 C.SP. modifié par la loi du 2 fév. 2016 déjà citée supra

est reprise dans le manuel de l'Agence nationale d'accréditation et de l'évaluation en santé (aujourd'hui intégrée au sein de la Haute autorité de santé en ces termes «*le patient mineur donne son avis dont il est tenu compte dans la mesure du possible*»¹⁰⁷³ ; ainsi l'enfant mineur est devenu acteur de sa santé.

L'enfant mineur sera forcément associé et entendu sur le traitement qui doit être mis en place mais il ne pourra pas être le seul décisionnaire concernant le refus de traitement ou l'arrêt de son traitement.

La réponse se trouve dans l'article L 1111-4 du Code de la santé publique : «*Le consentement du mineur [...] doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision*».

Dans le cas où l'enfant mineur est totalement opposé au traitement préconisé mais que ses parents et le corps médical y sont favorables, comment la volonté de l'enfant peut-elle être entendue et prise en considération ?

L'enfant doit être protégé et son consentement doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision médicale qui le concerne. Rappelons que l'enfant mineur peut également demander le secret des soins¹⁰⁷⁴ ; ce droit au secret s'entend aussi au dossier constitué à l'occasion des soins dispensés sans l'accord des représentants légaux, l'enfant mineur pouvant s'opposer à ce que ceux-ci y aient accès.

Ce droit au respect de la volonté du mineur doit-il seulement être associé à la prise de décision ou constitue-t-il un droit autonome ?

Malheureusement il n'existe aucun caractère obligatoire à prendre sa volonté en considération bien que cela aille à l'encontre de la CIDE qui reconnaît à l'enfant mineur une autonomie.

Ainsi les juges opèrent-ils une distinction entre l'enfant qui jouit du discernement et celui qui n'en jouit pas. Les mineurs qui avancent dans l'âge acquièrent une certaine autonomie, et cette autonomie doit avoir pour finalité l'intérêt de l'enfant.

¹⁰⁷¹ Art 371-1 C. civ. ; Art. 3-1 de la CIDE : «*Dans toutes les décisions qui concernent les enfants [...] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*» et Art 6 de la convention d'Oviedo adoptée en 1996

¹⁰⁷² Art. R4127-1 à 4127-112 CSP

¹⁰⁷³ Juin 2003, *Référentiel Dip* «droits et information du patient», 5.d.

¹⁰⁷⁴ Art. L1111-5 C.S.P.

En droit de la santé, le malade est considéré comme autonome sauf à constater une inaptitude profonde à l'expression de sa volonté.

L'enfant mineur qui refuse les actes médicaux doit réitérer son refus et le médecin doit s'efforcer de le convaincre en lui apportant à nouveau toutes précisions nécessaires et s'assurer qu'elles sont bien comprises.

Dans certains cas l'enfant mineur sera contraint contre sa volonté de se soumettre à des soins notamment en cas de risque vital puisque dans ce cas le médecin peut passer outre le refus de consentement du mineur.

L'enfant mineur sera également contraint de se soumettre à des soins lorsqu'ils ont été décidés par le juge dans le cadre de l'assistance éducative¹⁰⁷⁵ ou dans le cas de troubles mentaux¹⁰⁷⁶.

Après avoir abordé l'indisponibilité du corps humain dont le principe est posé par l'article 16-1 alinéa 3 du Code civil, abordons la disponibilité réglementée du corps humain.

§3 - La disponibilité du corps humain réglementée

Cette disponibilité du corps humain, exception au principe de l'indisponibilité, concerne le corps vivant ainsi que le corps après la mort.

L'article 16-1 alinéa 3 du Code civil pose le principe de l'indisponibilité du corps humain en ces termes : «*Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*»¹⁰⁷⁷.

L'article 16-5 du Code civil quant à lui comporte le principe de l'interdiction des conventions qui ont pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain ou à ses éléments ou ses produits.

Mais le droit admet, organise et réglemente la circulation à titre gratuit des éléments et produits du corps humain en reconnaissant qu'ils sont susceptibles d'être données du vivant de la personne.

¹⁰⁷⁵ Art 375 C. civ

¹⁰⁷⁶ Art 3211-10 C.S.P.

¹⁰⁷⁷ Crim. 3 fév. 2010 n° 09-83.468, Bull. crim. 2010 n°18 : D 2010. 1653, note Leprieur, *AJ pénal* 2010. 250, obs Royer ; *RTD civ.* 2010. 354, obs. Revet. Dans cette affaire la Haute juridiction considéré que les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de

A/Disponibilité du corps humain du vivant de la personne

L'évolution des avancées de la science, a contraint le législateur à intervenir pour autoriser et encadrer notamment le don de la cornée en 1949, le don du sang en 1952 puis le don d'organes en 1976.

Les lois bioéthiques du 29 juillet 1994, ont établi un régime général pour l'ensemble des éléments et produits du corps humain en reconnaissant qu'ils peuvent faire l'objet d'une «cession»¹⁰⁷⁸.

La loi de 2011 a assoupli le don d'organes en permettant notamment les dons croisés d'organes entre deux couples receveurs, s'il existe au sein de chacun des couples «*un lien affectif, étroit stable et avéré*»¹⁰⁷⁹.

Si l'on devait qualifier ce contrat de «cession» au vu de la réforme du droit des contrats intervenue avec l'ordonnance du 10 février 2016¹⁰⁸⁰, il est très probable que la qualification lui convenant le mieux serait celle d'un contrat réel dont la formation est subordonnée à la remise d'une chose.

Cette «cession» est faite au profit de l'établissement de santé en vue de son utilisation à des fins thérapeutiques au profit d'un receveur¹⁰⁸¹.

S'agissant du prélèvement des organes sur une personne vivante, l'article L 1231-1 du Code de la santé publique qui prévoit notamment dans son alinéa 1^{er} qu'il : «*...ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur*».

Qu'il s'agisse du prélèvement d'éléments du corps humain ou de la collecte de ses produits, aucun ne peut être pratiqué sans le consentement préalable du donneur¹⁰⁸² ; consentement révocable à tout moment¹⁰⁸³.

La loi du 26 janvier 2016¹⁰⁸⁴ a instauré une présomption simple de consentement des donneurs, nous sommes tous devenus des donneurs potentiels, sauf à faire part de notre refus

recherches médico-légales, pour les recherches de l'enquête ne peuvent pas faire l'objet d'un droit patrimonial au sens de l'article 16-1 C. civ. et ne constituent pas des objets susceptibles de restitution aux termes de l'article 41-4 C. proc. pén.

¹⁰⁷⁸ Art L 1211-1 C.S.P.

¹⁰⁷⁹ Art. L 1231-1 alinéa 2 C.S.P. issu de la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011 : «*Toute personne ayant un lien affectif, étroit, stable et avéré avec le receveur*»

¹⁰⁸⁰ Le 21 avril 2018 est parue au JO la loi n° 2018-827 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016

¹⁰⁸¹ Fr. Dreifuss-Netter «Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité», D 2005. 1808

¹⁰⁸² Art. L 1211-2 C.S.P.

¹⁰⁸³ Art. L 1232-4-6 C.S.P. ; v. CAA de Nantes du 29 sept. 2017 confirmant le jugement du T. adm. du 23 sept. 2015 sur la responsabilité du CHU d'avoir procédé au prélèvement du rein gauche sur le patient malgré sa rétractation la veille de l'intervention ; rappelant que la rétractation peut intervenir à tout moment (Art. L 1231-1 C.S.P.)

sur le registre national prévu à cet effet. Le refus peut également être exprimé sur un écrit daté, signé et remis à un proche qui le transmettra à l'équipe médicale au moment voulu, il peut également avoir été exprimé oralement auprès des proches. Dans ce dernier cas, il sera alors communiqué à l'équipe médicale qui devra obtenir les circonstances dans lesquelles le refus a été exprimé et sera alors transcrit par écrit¹⁰⁸⁵.

La loi autorise également un autre acte de disposition concernant le corps humain, la participation à des recherches biomédicales¹⁰⁸⁶.

La recherche biomédicale ne peut être opérée sur une personne qu'avec son consentement libre et éclairé¹⁰⁸⁷ recueilli après que lui ait été délivrée une information précise sur l'expérimentation à laquelle elle se soumet.

La loi exige même que le consentement soit donné par écrit, ou en cas d'impossibilité, qu'il soit attesté par un tiers¹⁰⁸⁸.

Ce contrat qui organise l'expérimentation sur le corps humain est un contrat de prestation qui peut donner lieu non seulement au remboursement des frais exposés mais également au versement d'une indemnité en compensation des contraintes subies¹⁰⁸⁹ ; indemnité fixée par le ministre chargé de la santé¹⁰⁹⁰.

La CEDH, au vu de l'article 8 de la CESDH, a dégagé en 2002 un droit à l'autodétermination¹⁰⁹¹ qui peut être interprété comme la faculté de chaque individu de traiter son corps conformément à ses choix, y compris si cela peut conduire à porter atteinte à son intégrité physique ou psychique.

C'est donc la volonté personnelle de l'individu qui doit prévaloir et elle seule : vouloir c'est pouvoir.

La Cour européenne cautionne ainsi une évolution libertaire du droit de disposer de son corps, quel que soit le traitement appliqué à celui-ci ; en 2005 la CEDH a décidé que *«le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle»*, que *«la faculté pour chacun de mener sa*

¹⁰⁸⁴ Loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 portant réforme de notre système de santé publiée au JORF le 27 janv. 2016

¹⁰⁸⁵ Refus de prélèvement sous les art. R 1232-4-4 à 1232-4-7 C.S.P.

¹⁰⁸⁶ Art. L 1121-1 C.S.P.

¹⁰⁸⁷ Art. L 1122-2 C.S.P.

¹⁰⁸⁸ Art. L 1111-6 et L 1122-1-1 C.S.P.

¹⁰⁸⁹ Art. L 1121-11 C.S.P.

¹⁰⁹⁰ Arrêté du 25 avr. 2006 du Ministre de la santé et des solidarités publié au JORF n° 113 le 16 mai 2006

vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne» et que «le droit pénal ne peut en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus»¹⁰⁹².

B/L'enfant mineur et les actes de disposition sur les éléments et produits du corps humain

L'article 1241-2 du Code de la santé publique dispose : «Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale».

La protection des personnes vulnérables étant la priorité, le ton est donné : aucun prélèvement d'organes ne peut être effectué sur un enfant mineur.

Cependant l'article 1241-3 du Code de la santé publique prévoit une dérogation aux dispositions de l'article 1241-2 sus-visé en ces termes : «Par dérogation aux dispositions de l'article L.1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur».

L'alinéa 2 dispose : «Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solution thérapeutique appropriée, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel, être fait sur un mineur au bénéfice de son cousin germain ou de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce».

L'alinéa 3 énonce : «Dans tous les cas, ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur informés des risques encourus par le mineur et des conséquences éventuelles du prélèvement par le praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien de leur choix. Le consentement est exprimé devant le président du tribunal judiciaire ou le magistrat

¹⁰⁹¹ CEDH *Pretty c/Royaume-Uni* du 29 avr. 2002, Req. n° 2346/02, *Défrenois* 2002, p. 1131, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 2002, p. 858, note J-P. Marguénaud ; *Dr. & Patr.* 12/2002, p. 83, obs. G. Loiseau ; *JCP G* 2003. II. 10062, note C. Girault ; *AJDA* 2003, p. 1383, note B. Lebaut-Ferrarèse, *Dr. fam.* 3/2003 p. 7, note E. Chvika ; *RTDH* 2003, p. 71, note O. de Schutter

¹⁰⁹² CEDH *KA et A.D c/ Belgique* du 17 fév. 2005, Req. n° 42758/98, § 83 et n° 45558/99 ; *JCP G* 2005. I. 159, n° 12, obs F. Sudre ; *RTD civ.* 2005, p. 341, obs. J-P. Marguénaud ; *D.* 2005 chr., p. 2973, étude M. Fabre-Magnan ; V. aussi CEDH *Costa et Pavan c/Italie* du 28 août 2012, Req. n° 54270/10

désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment».

L'alinéa 4 dispose enfin : *«L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 qui s'assure au préalable que, notamment au regard des règles de bonnes pratiques mentionnées à l'article L.1245-6, les conditions de réalisation du prélèvement ne comportent aucun risque pour le mineur compte tenu de son âge ou de son développement, que tous les moyens ont été mis en œuvre pour trouver un donneur majeur suffisamment compatible pour le receveur et que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté s'il y est apte. En ce cas le refus du mineur fait obstacle au prélèvement».*

S'agissant des recherches biomédicales sur l'enfant mineur, l'article L 1121-7 du Code de la santé publique dispose : *«Les mineurs ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches mentionnées aux 1° ou 2° de l'article L.1121-1 que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures et dans les conditions suivantes :*

- soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ;*
- soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres mineurs. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal».*

L'enfant doit être protégé dans sa santé (art 371-1 C. civ), et son intérêt supérieur, qui est une considération primordiale et une norme générale doit primer toute autre considération (art. 3-1 CIDE et art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne), accepter que l'enfant mineur puisse faire l'objet de recherches biomédicales même si cela n'est admis que dans certaines conditions, est-ce que cela ne va pas à l'encontre de sa protection et de son intérêt ?

La réponse se trouve en partie dans l'article L 1121-7 du Code de la santé publique qui vise expressément *«l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru»* ; ce bénéfice escompté est donc l'élément essentiel en rapport avec l'intérêt de l'enfant car en son absence les recherches biomédicales sur l'enfant mineur sont à proscrire.

Enfin, l'enfant doit être associé dans toutes les décisions le concernant¹⁰⁹³ et «*le consentement du mineur [...] doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision*»¹⁰⁹⁴, en conséquence l'enfant mineur dispose du droit de s'opposer au don.

L'indisponibilité du corps humain contenue dans l'article 16-1 alinéa 3 du Code civil du vivant de la personne cesse-t-elle en cas de décès.

C/Disponibilité du corps humain *post-mortem*

La mort libère-t-elle de l'indisponibilité du corps humain ? La loi du 15 novembre 1887¹⁰⁹⁵ énonce : «*Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner, et le mode de sépulture*».

Cependant cette liberté accordée pour les funérailles n'implique pas que l'on puisse faire ce que l'on veut du corps humain ; le cadavre ne peut être qu'inhumé ou incinéré, d'autres modes telle que la cryogénéisation étant proscrits¹⁰⁹⁶.

L'article 16-1-1 du Code civil crée par la loi du 19 décembre 2008¹⁰⁹⁷ dispose dans son alinéa 2 : «*Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traitées avec respect, dignité et décence*»¹⁰⁹⁸.

De son vivant la personne peut prévoir l'organisation de ses obsèques, choisir de faire don de l'ensemble de ses organes ou de certains de ses organes, choisir de refuser tout prélèvement *post-mortem* d'organes, choisir de laisser pratiquer des recherches biomédicales sur son cadavre, choisir de léguer son corps à la science afin de permettre aux facultés de médecine de poursuivre leurs enseignements et recherches, notamment en anatomie¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹³ Art. 371-1 C. civ.

¹⁰⁹⁴ L 1111-4 C.S.P.

¹⁰⁹⁵ Loi du 15 nov 1887 sur la liberté des funérailles modifiée par la loi n° 96-142 du 24 fév. 1996

¹⁰⁹⁶ CAA Nantes du 27 juin 2003 Aff. «*Consorts Martinot* », Actualité juridiques. Droit administratif 2003, p. 1871, concl. Millet. L'arrêt confirme le jugement de première instance : TA Nantes, 3^{ème} Ch. 5 sept. 2002, Consorts Martinot, la *semaine juridique, édition générale*, 13, 2003, II, 10052, note Douai ; V. aussi CE 29 juill. 2002, «*Consorts Leroy*», req. n°222180

¹⁰⁹⁷ Loi n° 2008-1350 du 19 déc. 2008 relative à la législation funéraire

¹⁰⁹⁸ TGI Lille, 5 déc. 1996, D 1997.376, n. X. Labbé ; Dans cette affaire la pelleteuse de la Ville de Lille avait détruit la tombe et les restes humains avaient été mêlés à d'autres issus d'autres sépulture ; le tribunal a jugé que «*les débris formant le corps désagrégé sont respectables quand bien même ces débris n'abriteraient [sic] plus aucune personne ; il convient d'ordonner, dès lors, que les restes humains qui, au dire du requérant, composeraient le tumulus placé sur la tombe de Mme J. soient conservés, dans le respect dû aux morts et aux familles, dans une boîte à ossements conformément à la réglementation des exhumations*» ; TGI Lille, 26 nov. 1998, D. 1999.623 n. X. Labbé. De même constitue une voie de fait l'acte d'une municipalité recouvrant une sépulture d'un «*tas de gravats mélangé d'anciens ossements*» ; TGI Lille 20 nov. 2004, D 20045.930, n. X. Labbé : «*La dépouille mortelle [...] a un caractère sacrée*»

¹⁰⁹⁹ Art. R 2213-7 à R 2213-14 du Code général des collectivités territoriales

La volonté du défunt doit être respectée et dans le cas de l'existence d'un désaccord familial c'est le juge qui doit alors rechercher l'intime en qui le défunt avait le plus confiance et pour lequel il avait le plus d'affection pour le choix des funérailles¹¹⁰⁰.

Prenons le temps d'aborder l'affaire *Tim Steiner*. Cet homme s'est fait tatouer sur le dos une œuvre réalisée par l'artiste plasticien belge Wim Delvoye. Cette œuvre réalisée dans le cadre d'une exposition en 2006 a été vendue à un collectionneur allemand pour la somme de 150.000 euros, montant partagé entre l'artiste et la galerie.

Le contrat de vente de cette œuvre stipule que *Tim Steiner*, moyennant la somme de trente mille euros, s'engage à être à la disposition du collectionneur quatre semaines par an durant lesquelles il doit être exposé, immobile assis face à un mur. Il a été également prévu qu'à la mort de *Tim Steiner*, porteur dudit tatouage, le morceau de peau tatoué, propriété du collectionneur, serait prélevée sur le corps pour être tendu dans un cadre.

Cette convention heurte le droit à la dignité humaine car ce n'est pas l'œuvre en elle-même qui est discutable mais l'utilisation de l'homme sur lequel elle figure, car resté face à un mur pendant quatre semaines pour que le collectionneur admire son œuvre *quid* de sa dignité.

Nous avons vu précédemment que la CEDH reconnaît sur le fondement de l'article 8 de la CESDH le droit à l'autodétermination¹¹⁰¹ qui peut être interprété comme la faculté de chaque individu de traiter son corps conformément à ses choix, y compris si cela peut conduire à porter atteinte à son intégrité physique ou psychique.

La dignité n'a pas la même connotation en droit positif qu'en droit communautaire, l'un ayant un aspect plus restrictif et plus protecteur que l'autre.

A ce jour cette convention est en cours d'exécution sans que l'on sache ce qu'il adviendra au décès de *Tim Steiner*.

Il est fort probable que la position de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'autodétermination sera alors invoquée par le collectionneur afin de pouvoir demander l'exécution des engagements souscrits.

¹¹⁰⁰ CE 9 mai 2005, JCP G 2006.II.10131, n. D. Dutrieux : «Lorsque l'administration a connaissance d'un désaccord sur cette exhumation exprimé par un ou plusieurs parents venant au même degré que la pétitionnaire (elle doit) refuser l'exhumation, en attendant le cas échéant que l'autorité judiciaire se prononce»

¹¹⁰¹ CEDH *Pretty c/ Royaume-Uni* du 29 avr. 2002, req. 2346/02 déjà cité supra

D/L'enfant mineur et la disponibilité de son corps *post-mortem*

L'enfant mineur non émancipé peut-il choisir l'organisation de ses funérailles, accepter ou refuser le prélèvement d'organes *post-mortem* ?

La réponse se trouve dans la loi du 15 novembre 1887 qui précise : «*Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester peut régler les conditions de ses funérailles [...]*».

L'enfant mineur non émancipé ou n'ayant pas atteint l'âge de tester ne peut donc pas régler les conditions de ses funérailles, cette charge incombe aux détenteurs de l'autorité parentale.

Cependant l'enfant mineur ayant la capacité de discernement peut tout à fait indiquer ce qu'il souhaite à ses père et mère, qui prendront en considération le souhait de leur enfant.

La capacité de discernement consiste notamment à prendre en considération la maturité de l'enfant, son âge, son degré de compréhension, sa faculté personnelle à apprécier la situation, sa capacité à exprimer un avis réfléchi car la loi ne fixe pas d'âge pour la capacité de discernement.

Cette capacité de discernement est interdépendante de l'âge de l'enfant mineur ; ainsi un enfant âgé de six ou sept ans jouit de la capacité de discernement pour choisir ses activités sportives, ses cadeaux de Noël ou l'organisation de sa fête d'anniversaire, mais concernant l'organisation de ses futures funérailles, bien que cela relève des actes personnels que le mineur peut faire seul, on peut douter que celui-ci soit disposé à envisager ses futures funérailles compte tenu de son jeune âge.

S'agissant de la décision de l'enfant mineur pour le prélèvement de ses organes *post-mortem*, jouit-il de la pleine capacité pour prendre seul une telle décision ?

La loi du 26 janvier 2016¹¹⁰² a instauré une présomption simple du consentement des donneurs ; ainsi nous sommes tous devenus des donneurs potentiels, sauf à faire part de notre refus sur le registre national prévu à cet effet¹¹⁰³.

Le texte en vigueur est clair¹¹⁰⁴ : «*Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment*» puis le texte précise : «*[...] lorsque cette*

¹¹⁰² Loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé publiée au JORF le 27 janv. 2016 précitée supra

¹¹⁰³ Art. L 1232-4-4 à L 1232-4-7 CSP cités supra

¹¹⁰⁴ Art. L 1211-2 alinéa 1^{er} CSP

personne est mineur ou un majeur sous tutelle, l'opposition est exercée par les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur [...]»¹¹⁰⁵.

L'enfant mineur ne peut donc pas décider de faire don de ses organes *post-mortem*, et ce bien que nous soyons en présence d'un acte personnel, et que l'enfant doive être associé à toutes les décisions le concernant.

Nous sommes ici en présence d'une véritable exception au principe qui permet à l'enfant mineur de consentir à des actes personnels.

Cependant l'enfant âgé de treize ans peut s'opposer au prélèvement de ses organes en s'inscrivant sur le Registre national prévu à cet effet.

S'agissant de la décision qui sera prise par les parents de l'enfant mineur de faire don de ses organes où se place le cursus de son intérêt supérieur ?

Lorsque les organes sont prélevés sur le corps de l'enfant mineur *post-mortem* comment peut-on considérer que son intérêt supérieur est respecté et qu'il a été l'élément essentiel et déterminant de la prise de décision ?

Ou alors doit-on considérer que l'intérêt supérieur de l'enfant cesse après sa mort ?

Les textes qui traitent de l'intérêt supérieur de l'enfant, et notamment l'article 3 § 1 de la CIDE, semblent s'attacher à l'intérêt de l'enfant de son vivant et non lors de son décès.

Bien que les textes ne le précisent pas l'intérêt de l'enfant peut résulter de la rédaction du texte bien qu'il ne soit pas expressément stipulé. Mais cela signifie-t-il que nous devons étendre les dispositions de la l'article 3 § 1 à l'enfant mineur après sa mort ? Apparemment il semblerait que l'intérêt de l'enfant semble être un attribut attaché à la personne de l'enfant mineur vivant. A sa mort cet intérêt de l'enfant mineur se transforme en respect du corps humain ; lequel est protégé par le droit positif.

En conséquence, nous devons nous référer au droit positif tant en ce qui concerne les funérailles que le respect dû au corps de l'enfant mineur après sa mort.

Le respect dû au corps humain et de l'intégrité physique¹¹⁰⁶ existent dès le commencement de la vie.

Cependant en autorisant l'IVG jusqu'à la douzième semaine de grossesse, le droit positif ne protège pas le droit à la vie et ne semble pas assurer la primauté de l'embryon (jusqu'à la dixième

¹¹⁰⁵ Art. L 1211-2 alinéa 2 CSP

¹¹⁰⁶ Art. 16-1 aliéas 1 et 2 C. civ.

semaine d'aménorrhée) et du fœtus (au-delà de la dixième semaine d'aménorrhée), bien que le Conseil consultatif national d'éthique¹¹⁰⁷ ait considéré dès 1984 que l'embryon bénéficiait d'une protection juridique en sa qualité de «*personne potentielle*».

Sommes-nous en présence de deux principes fondamentaux en conflit en matière d'interruption volontaire de grossesse : la protection de l'embryon ou du fœtus et la liberté de la femme ?

La protection de l'embryon et du fœtus semble assurée par le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, au sens des articles 16 du Code civil et L. 2211-1 du Code de la santé publique, ainsi que par le principe de sauvegarde de la dignité humaine de valeur constitutionnelle (alinéa 1 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946). Quant à la liberté de la femme, elle est garantie par l'article 2 de la DDH.

Dans un premier temps, la liberté de la mère est privilégiée car la femme jouit du droit, pendant les douze premières semaines, de mettre fin à sa grossesse, ensuite le respect de l'être humain dès le commencement de la vie prime et le fœtus est alors protégé. L'interruption de grossesse au-delà de douze semaines si elle n'est justifiée par une cause médicale est considérée comme illicite et sanctionnée d'une peine d'emprisonnement et d'une amende¹¹⁰⁸.

Ainsi un juste équilibre entre ces deux droits semble avoir été trouvé.

S'agissant du commencement de la vie, la CEDH dans une décision du 8 juillet 2004¹¹⁰⁹ a décidé que le commencement relevait de l'appréciation souveraine des Etats membres.

C'est ainsi que l'Assemblée plénière dans un arrêt du 29 juin 2001¹¹¹⁰ après avoir rappelé que la loi pénale étant d'interprétation stricte a ajouté : «*que le régime juridique de l'enfant à naître relève des textes particuliers sur l'embryon et le fœtus*».

La question essentielle est donc de savoir si le fœtus ou l'embryon sont reconnus par le droit positif comme étant des personnes.

Le commencement de la vie ne trouve aucune réponse dans le droit positif aussi pour fixer le commencement de la vie il faut se placer au moment du départ de la personnalité juridique qui a lieu lors de la naissance de l'enfant à condition qu'il soit vivant et viable¹¹¹¹. Mais dans l'intérêt de

¹¹⁰⁷ Conseil Consultatif National d'Ethique (CCNE) du 23 mars 1984

¹¹⁰⁸ Art. L2212-2 C.S.P.

¹¹⁰⁹ CEDH Vo c/ France 8 juillet 2004, req. n° 53924/00 déjà précité

¹¹¹⁰ Ass. plén. 29 juin 2001 Bull. crim. 2001 n° 165 p. 546

¹¹¹¹ Art 318 et 725 alinéa 1 C. civ.

l'enfant on peut au vu de l'adage «*infans conceptus pro nato habetur*» faire remonter la personnalité de l'enfant dès sa conception.

Ainsi avant la naissance, l'embryon, qui devient ensuite fœtus, n'est donc pas une personne et n'a pas la personnalité juridique, mais en sa qualité de «*personne potentielle*», il est l'objet d'une protection constitutionnelle. En effet, le principe du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, le protégeant, s'intègre au principe de sauvegarde de la dignité humaine de valeur constitutionnelle.

Enfin, l'intérêt de l'enfant mineur n'est pas pris en compte de la même manière concernant l'intégrité physique et l'inviolabilité du corps humain.

En effet, le droit au respect du corps humain se poursuit durant toute la vie de l'enfant mineur ainsi qu'après sa mort (article 16-1-1 Code civil) bien que le droit positif admette certaines atteintes tels que l'autopsie et le prélèvement d'organes.

Du vivant de l'enfant certaines atteintes légales sont prévues contre le principe de l'inviolabilité du corps humain comme la vaccination, les soins, les traitements et les interventions chirurgicales...

L'enfant mineur ne pouvant bénéficier des dispositions de la loi Léonetti codifiées sous l'article L1111-11 du Code de la santé publique qui permettent aux personnes majeures de rédiger des directives limitant ou refusant le traitement, peut malgré tout participer à toute prise de décision et faire entendre sa volonté.

En effet, dans son intérêt, l'enfant mineur doit, non seulement, être associé à toutes les décisions le concernant, son «*consentement doit systématiquement être recherché s'il est apte à exprimer sa volonté*»¹¹¹² et «*l'avis du mineur doit être pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de sa maturité*»¹¹¹³.

De plus toutes les prérogatives dont disposent ses parents dans le cadre de l'autorité parentale ont pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Il est bien loi le temps où l'enfant mineur subissait les décisions prises pour lui par ses parents dans le cadre de la sacré sainte autorité parentale ou encore par le corps médical.

Bien qu'au quotidien il ne soit pas toujours facile pour l'enfant mineur d'exprimer ce qu'il désire et surtout d'être entendu par des adultes.

¹¹¹² Art. L 1111-4 alinéa 7 C.S.P.

¹¹¹³ Art. 6 Convention d'Oviedo déjà précitée

D'autres atteintes légales sont admises après la mort concernant l'enfant mineur mais elles sont très encadrées. S'agissant du don d'organes l'enfant mineur âgé de treize ans peut s'y opposer en en faisant part sur le fichier prévu à cet effet.

L'intérêt de l'enfant, élément essentiel et déterminant durant toute la vie de l'enfant qui guide chaque décision intéressant l'enfant mineur, semble ne pas survivre à sa mort.

Nous allons maintenant aborder un autre droit de la personnalité qui revêt, de nos jours, une importance essentielle, et qui représente la plus grande partie des actions civiles ; il s'agit du respect de la vie privée.

CHAPITRE III

LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

Ce droit récent a vu son développement s'accroître dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle.

Le droit au respect de la vie privée est devenu l'un des piliers des droits de la personnalité.

Dans un premier temps la définition de la vie privée qui fut donnée, relevait de l'opposition à la vie publique, mais cela généra alors un problème car aucune définition de la vie publique n'est donnée.

C'est donc la jurisprudence qui a été amenée à opérer une distinction entre la personne qui se trouve dans un lieu public à titre privé ou au titre de l'exercice de sa profession ou de son métier.

La vie privée qu'il nous faudra définir (Section I) revêt différents aspects (Section II) et donne lieu à une protection (Section III).

SECTION I

DEFINITION ET PRINCIPE

§1 - Comment définir la vie privée

Dans un premier temps une définition de la vie privée fut donnée par opposition à la vie publique¹¹¹⁴ mais se posa alors le problème de la définition de la vie publique. S'agissait-il de la vie qui se déroule dans l'espace public au vu et au su de tous ? S'agissait-il de la notoriété de la personne ?

Aucune définition juridique n'étant donnée de la vie publique, qui semble se définir par opposition à la vie privée, c'est au juge qu'incombe la tâche d'appréhender la notion de la vie publique en fonction des cas d'espèces qui lui sont soumis.

Cette insuffisance de critère «vie privée/vie publique» conduit à des contradictions. Ainsi pour la Cour d'appel de Paris¹¹¹⁵ *«la circonstance qu'une personne intéressant l'actualité se trouve dans un lieu public ne peut être interprétée comme une renonciation de ladite personne à se prévaloir du droit que, comme chacun, elle a sur son image et sur sa vie privée, ni entraîner une présomption d'autorisation»*.

La vie privée n'est pas non plus définie par la loi et la CEDH a tenté d'en donner une définition¹¹¹⁶ ; ainsi la Cour a indiqué que cette notion *«[...] comprenant le droit à l'autodétermination [sic], le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur»*.

Pour le professeur Beignier¹¹¹⁷ : *«La vie privée n'est pas ce qui reste quand la vie publique s'est retirée ; pas plus que la vie publique n'est ce que l'on accepte de révéler»*.

Pour le professeur Philippe Malaurie le respect de la vie privée repose sur le droit *«de chacun d'être laissé tranquille»*¹¹¹⁸ et pour le Doyen Carbonnier *«chacun a droit à sa sphère d'intimité»*¹¹¹⁹.

¹¹¹⁴ R. Badinter «Le droit au respect de la vie privée», *JCP* 1968. I. 2136, n° 12 et s. ; R. Lindon «La presse et la vie privée» *JCP* 1965. II. 1887

¹¹¹⁵ Paris 16 juin 1986, D 1987 somm.p.136

¹¹¹⁶ CEDH Evans c/Royaume-Uni du 7 mars 2006, *JCP G* 2006.I.164 n° 7, obs. Fr. Sudre et Gde ch. 10 Août 2007 (Evans c/Royaume-Uni) ; V. aussi CEDH Niemietz c/Allemagne du 16 déc. 1992, *AFDI* 1992, p. 692, obs. Coussirat-coustère

¹¹¹⁷ B. Beignier, «vie privée, vie publique» *Arch. Phil. Droit* 1997, p. 163 -180

¹¹¹⁸ Ph. Malaurie L. Aynès, *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, GDJ, 8^{ème} éd. p. 151

Le professeur Bernard Beignier¹¹²⁰ explique qu'un même évènement peut selon les circonstances être un évènement privé ou un évènement public ; *«ainsi le mariage d'une personnalité politique ou d'un artiste peut être qualifié soit de privé ou de public en fonction de la volonté de la personne»* ; et que *«la vie privée serait alors une sphère dans laquelle l'individu a le droit d'être à l'abri des regards ou du savoir d'autrui ; la vie privée est un « droit à la tranquillité»¹¹²¹.*

Les juges qualifiaient de fautive la violation du secret de la vie privée en l'absence d'autorisation expresse¹¹²². Ainsi les plaideurs avaient pris l'habitude de saisir le juge des référés afin qu'il prononce la saisie des publications attentatoires à la vie privée.

Cette possibilité avait été reconnue par la Cour de cassation en cas d'immixtion intolérable dans la vie privée¹¹²³. Dans cette affaire l'hebdomadaire France-dimanche avait publié un article intitulé *«le fils de Gérard Y transporté d'urgence à l'hôpital»* ; lequel article était notamment accompagné d'une photo de l'enfant de 9 ans sur son lit d'hôpital dont le visage était à demi-dissimulé.

La Cour d'appel de Paris, le 13 mars 1965 avait ordonné la saisie des magazines ce que confirma la Haute juridiction.

L'apparition de ce droit subjectif a été précédé, en matière de protection de la vie privée, du jeu de l'ancien article 1382 du Code civil devenu l'article 1240 du Code civil, sur la responsabilité civile, nécessitant une faute, un préjudice et un lien de causalité.

La vie privée revêt aujourd'hui une valeur sociale qui doit être protégée¹¹²⁴.

La jurisprudence a même considéré *«que le domaine de la vie privée d'un personnage était plus restreint que celui d'un citoyen anonyme»¹¹²⁵.*

Enfin pour la Cour européenne *«il serait trop restrictif de réduire la [vie privée] à un cercle intime où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une*

¹¹¹⁹ J. Carbonnier, Droit civil, les personnes, PUF 21^{ème} éd. 2000, n° 58, p. 105

¹¹²⁰ B. Beignier, «La protection de la vie privée» In libertés et droits fondamentaux, coll. «CRFPA Grand oral», Dalloz 2014, n° 340

¹¹²¹ B. Beignier, Vie privée et vie publique, Arch. Phil. Droit 1997, p. 163- 180, cité supra

¹¹²² Paris 16 mars 1955, D 1955, p. 295

¹¹²³ Civ 2^{ème}, le 12 juil. 1966, D 1967, 181 note P. Mimin, SARL France Editions et publications c/ Z.... Philippe.

¹¹²⁴ Greg. Loiseau, «Les métamorphoses de la protection de la vie privée à l'heure du numérique» *Légipresse* 2011.345 : la condamnation par la CNIL le 17 mars 2011 de la Sté Google dont les véhicules sillonnaient la France pour photographier les habitations et les bornes wifi des particuliers sans leur autorisation. V. aussi J. Flaus-Diem «Vie privée», in *Droit des religions*, CNRS, 2^{ème} éd. 2013.

¹¹²⁵ TGI Nanterre 9 déc. 1992, *Légipresse* n° 98-1-13

*certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables*¹¹²⁶ donnant ainsi une dimension sociale à la vie privée, et considérant la vie privée comme un concept étendu qui ne se prête pas à «*une définition exhaustive*»¹¹²⁷.

§2 - Principe et reconnaissance de la vie privée

Par la loi du 17 juillet 1970, le législateur a introduit dans le Code civil l'article 9 qui dispose : «*Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser toute atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé*», consacrant ainsi la position adoptée par de la Cour de cassation pour le référé.

L'enfant mineur comme toute personne a une vie privée et la Haute juridiction veille au respect de sa vie privée. Dans un arrêt du 18 mai 1972¹¹²⁸ la Cour a rappelé que la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur était soumise à autorisation de la personne qui a autorité sur lui, et la jurisprudence rappelle les modalités du consentement des parents¹¹²⁹.

Ici l'intérêt de l'enfant est assimilé à sa protection. En effet, protéger l'enfant mineur contre la divulgation d'éléments de sa vie privée vise directement son intérêt.

¹¹²⁶ CEDH Niemietz c/Allemagne 16 déc. 1992, voir supra

¹¹²⁷ CEDH Costello-Roberts c/Royaume-Uni 25 mars 1993 § 36

¹¹²⁸ Civ. 1^{ère} du 18 mai 1972 pourvoi n° 70-13.377 P : R 1971. 1972 p. 16 ; *JCP* 1972. II. 17209, concl. Lindon ; V. aussi CA Versailles 23 sept. 2009

¹¹²⁹ Versailles 16 fév. 2006 : *D* 2006. Pan. 2704, obs. Lepage V. aussi Paris 14 fév. 2002 : *D* 2002. 2004, note Ravanat ; *RTD* civ. 2002. 484 obs. Hauser ; V. enfin Civ. 2^{ème} du 3 juin 2004 requête n° 02-16.903, Bull. 2004, II, N° 274

L'article 8 de la CESDH¹¹³⁰ et les articles 16-1 et 16-2 de la CIDE attachent une importance au respect de la vie privée des mineurs, lequel est interdépendant de son intérêt supérieur¹¹³¹.

Ainsi l'article 8 de la CESDH consacre le droit au respect de la vie privée et organise un régime de restrictions : *«Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui»*.

Pour la CEDH, la conception de la vie privée est beaucoup plus large au vu des dispositions de l'article 8 de la CESDH que celle de l'article 9 du Code civil puisqu'elle inclut *«le droit pour une personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures»*¹¹³².

Cette construction européenne est fondée sur le principe de l'autodétermination qui suppose que chaque individu a la possibilité de se réaliser.

¹¹³⁰ CEDH Kahn c/Allemagne, req. n° 16313/10 du 17 mars 2016, Req. n° 16131/10 : dans cette affaire les requérants se plaignaient que les autorités allemandes avaient manqué à leurs obligations en ne sanctionnant pas suffisamment l'atteinte à la vie privée concernant la publication à plusieurs reprises des enfants d'un footballeur allemand dans deux magazines dont les visages n'étaient pas visibles ou pixellisés en dépit d'une interdiction générale de publication prononcée par un tribunal allemand en 2005. La Cour a conclu que les autorités allemandes n'avaient pas manqué à leurs obligations positives et leur avaient procuré une protection suffisante au regard de l'article 8 CESDH ; V. aussi CEDH Bogonosovy c/Russie, req. n° 38201/16 du 5 mars 2019 : dans cette affaire un grand-père reprochait aux juridictions internes de ne pas avoir veillé au maintien des liens avec sa petite-fille après son adoption. La Cour a considéré que l'application stricte de la loi par les juridictions internes constituait une violation de l'article 8 de la CESDH car cela conduisait à l'exclure complètement et automatiquement de la vie de sa petite-fille ; V. aussi CEDH Reklou et Davourlis c/Grèce, req. n° 1234/05 du 15 janv. 2009 : dans cette affaire les requérants prétendaient qu'il était porté atteinte à la vie privée de leur nouveau-né car celui-ci se trouvait dans un milieu stérile où seuls les médecins et infirmières avaient accès mais deux photographies de leur enfant avaient été prises. La Cour reconnaît la violation de l'article 8 de la CESDH.

¹¹³¹ CEDH Chbihi Loudoudi et autres c/Belgique, req. n° 52265/10 du 16 déc. 2014 : refus par les autorités belges de reconnaître la «Kafala» et refus de prononcer l'adoption de leur nièce. Les requérants reprochaient notamment aux autorités belges de ne pas avoir suffisamment pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 de la CESDH et que l'intérêt de l'enfant avait été pris en considération de la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants dans les adoptions internationales ; V. aussi CEDH V.D et autres c/Russie req. n° 72931/10 du 9 avr. 2019 : dans cette affaire un enfant avait été confié pendant neuf années à une mère d'accueil puis renvoyé auprès de ses parents biologiques sans qu'aucun droit de visite n'ait été établi au profit de la mère d'accueil. La Cour a considéré qu'il y avait violation de l'article 8 de la CESDH mais uniquement pour avoir privé la famille d'accueil d'un droit de visite ; V. aussi CEDH, req. n° 71776/12 N. Ts c/Géorgie du 2 fév. 2016 : dans cette affaire trois jeunes garçons avaient été confiés à la famille maternelle depuis le décès de leur mère. Les juridictions nationales ont décidé du retour des enfants chez leur père. Les requérants reprochaient aux autorités nationales de ne pas avoir pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour a reconnu la violation de l'article 8 de la CESDH au motif que les autorités nationales ont refusé d'entendre l'aîné des enfants et que la décision avait été prise au vu d'une appréciation inadéquate en négligeant leur état psychologique.

¹¹³² CEDH 29 avr. 2002, Pretty c/ Royaume-Uni § 61, JCP 2003. II. 10062, note C. Girault, déjà cité

Pour l'article 16 de la CIDE : «1-Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance [...] 2- L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes».

De l'article 12 de la DUDH de 1948, il résulte que «Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance [...]. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes».

L'article 7 du Pacte des nations unies de 1966 sur les droits civils et politiques a, quant à lui une formulation quasiment identique.

Bien que la jurisprudence française n'inclue pas totalement le concept extensif européen de la vie privée, son influence est tout de même perceptible notamment en ce qui concerne le transsexualisme¹¹³³.

Dans cet arrêt la Cour de cassation a considéré qu'en cas de transsexualisme médicalement avéré «le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence».

La vie privée bénéficie donc d'une super protection tant en droit positif qu'au niveau européen et international.

La vie privée recouvre plusieurs composants tels que la correspondance, le domicile, la vie sentimentale ainsi que la vie professionnelle.

¹¹³³ Ass. plén. du 11 déc. 1992, Bull. civ. 1992 AP, n° 13 ; JCP 1993, II, 21991, note G. Mémeteau ; RTD civ. 1993, p. 97, obs. J. Hauser

SECTION II

LES DIFFERENTS ASPECTS DE LA VIE PRIVÉE

L'un des aspects qui prédomine la vie privée est la vie sentimentale.

§1 - La vie privée et la vie sentimentale

L'intime est le cœur de la vie privée. Ainsi la **vie sentimentale** d'un individu présente un caractère strictement privé au vu des dispositions de l'article 9 du Code civil et n'a pas à être divulguée, qu'elle soit avérée ou non¹¹³⁴.

Il en est de même pour le **mariage**¹¹³⁵, le **concubinage**¹¹³⁶, la **mésentente conjugale**¹¹³⁷, la **sexualité**¹¹³⁸, la **vie familiale**¹¹³⁹, la **maladie**¹¹⁴⁰ ou encore la **santé mentale d'une personne**¹¹⁴¹.

¹¹³⁴ TGI Paris 2 juin 1976, *D.* 1997, 364, 2^{ème} esp., note R. Lindon ; V. aussi Civ. 2^{ème}, Bull. civ. 2^{ème}, 24 avril 2003 Bull. civ. II n° 114, *D.* 2003, IR 1411 ; V. aussi Civ. 2^{ème} 5 janv. 1983 aff. Isabelle Adjani, Bull. civ. II, n° 4 : le journal le Matin de Paris avait publié un article dans lequel il était dit : «*dimanche dernier, Melle Isabelle Adjani était assise à côté de nous ; elle attendrait un enfant que cela ne m'étonnerait pas*» la Cour a jugé qu'elle avait droit à réparation du préjudice éprouvé ; V. aussi Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002, Stéphanie de Monaco Bull. civ. I, n° 110 ; *D.* 2002.3164, n. appr. Chr. Bigot ; 2003.1543, obs. Chr. Caron, 1943, obs. A. Lepage ; *JCP G* 2003.I.126, n° 22, obs. E. Tricoire ; *LPA* 6 mai 2002, n. appr. E. Derieux ; *Légipresse*, oct. 2002, n° 195, n. appr. Grég. Loiseau : Dans cette affaire Mme Stéphanie Grimaldi reprochait à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir rejeté sa demande en réparation du préjudice subi du fait de la publication par l'hebdomadaire le Point de faits relevant de sa vie privée. La Cour d'appel a considéré «*que la rupture d'un couple constituait non plus une révélation sur la vie privée mais la relation de faits publics*» ; rejet du renvoi ; V. aussi Civ. 1^{ère}, 23 avr. 2003, Stéphanie de Monaco, *JCP G* 2003.II.10085, n. J. Ravanos ; *D.* 2003.1539, obs. A. Lepage ; n.p. B : Paris-Match avait publié un article relatant les infidélités de l'époux de Stéphanie de Monaco, Paris-Match a été condamné à des dommages-intérêts ; V. aussi Civ. 1^{ère}, du 27 fév. 2007 ; Prince Albert de Monaco Bull. civ. I, n° 85 ; *D.* 2007.2776, n. Chr. Bigot ; *RJPF* 2007-6/17, obs. R. Putmann ; *RTD.* Civ. 2007.309, obs. J. Hauser, *Légipresse* n° 241, mai 2007, n. L. Marino : Paris-Match avait révélé l'existence d'un enfant secret né hors mariage du Prince de Monaco ; V. aussi CEDH Van Hanover SAR la Princesse de Hanovre : Caroline de Monaco c/Allemagne du 24 juin 2004, n° 1, *D.* 2004.2358, n. J.Fr ; Renucci ; 2005.340, n. crit. J-L. Halpérin ; *JCP G* 2005.I.143 n° 10 ; obs. appr. L. Pech ; GACEDH, 6^{ème} éd., 2011, n° 43 : la Cour a considéré que «*Le public n'a pas un intérêt légitime de savoir où la requérante se trouve et comment elle se comporte dans la vie privée*»

¹¹³⁵ TGI Paris 3 juil. 1971, *JCP* 1971, II, 16653, note R. Lindon ; V. aussi Civ 2^{ème}, 7 janv. 1976, Bull. civ. II n° 3, V. aussi Civ. 2^{ème} 8 juil. 2004, n°02-17.458, Bull. civ. 2004, II, n° 388 ; *D.* 2004, p. 2694

¹¹³⁶ Civ. 1^{ère}, n° 96-13.600 du 6 oct. 1998, Bull. civ. 1998, I, n° 274 ; *D.* 1999, somm. p. 376, obs Lemouland ; *RTD* civ. 1999, p. 62, obs. Hauser

¹¹³⁷ Civ 1^{ère}, n° 88-11.786 du 16 oct. 1984, Bull. civ. 1984, I, n° 268 ;

¹¹³⁸ sur la divulgation de l'homosexualité d'une personne, Paris, 21 oct. 2004, *Comm. Com. Electr.* 2005, comm. 48

¹¹³⁹ sur l'état de grossesse Paris 27 fév. 1981, *D.* 1981, p. 457, note R Lindon, *RTD* civ 1983 p. 144 obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi ; V. aussi Civ. 2^{ème}, le 19 fév. 2004, *D.* 2004, 1633, obs. C. Caron, la maternité et la paternité d'un prince Civ. 1^{ère} 27 fév. 2007, Bull. civ I n° 85 *Comm. Com. Electr.* 2007, comm. 97 obs. A. Lepage

¹¹⁴⁰ Paris, 9 juill. 1980, *D.* 1981, 72, 2^{ème} esp. Note R. Lindon

¹¹⁴¹ Paris 5 déc. 1997, *D.* 1998, IR 32 ; V. aussi CEDH 29 juin 2006, req. n° 11901/02

§2 - La vie privée et la divulgation du patrimoine

S'agissant de la divulgation du patrimoine, dans un premier temps la Haute juridiction a considéré que cela portait atteinte à la vie privée¹¹⁴². Puis elle a affirmé que *«le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial ne comportant (...) aucune allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé»*¹¹⁴³.

La CEDH qui s'est prononcée sur ce point le 21 janvier 1999¹¹⁴⁴ a considéré que *«les questions patrimoniales concernant une personne menant une vie publique, tel un dirigeant d'une grande entreprise, ne relèvent pas du domaine de la vie privée»*.

La position commune adoptée par la Cour de cassation et de la CEDH semble clore le doute qui pouvait peut-être exister sur ce point.

§3 - La vie privée et la correspondance

Si l'on se réfère à l'article 8 de la CESDH, qui dispose : *«Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance»*, il s'avère que la correspondance jouit d'une protection au titre de la vie privée.

La CEDH dans un arrêt du 24 mai 2018¹¹⁴⁵ a rappelé que l'article 8 de la Convention protège la confidentialité des communications, quel que soit le contenu de la correspondance dont il est question et quelle que soit la forme qu'elle emprunte¹¹⁴⁶.

C'est donc la confidentialité de tous les échanges auxquels les individus peuvent se livrer à des fins de communication qui se trouve garantie par l'article 8 y compris lorsque l'expéditeur ou le destinataire est un détenu¹¹⁴⁷.

L'article 16-1 de la CIDE quant à lui énonce : *«Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, [...] ou sa correspondance»*.

¹¹⁴² Civ. 2^{ème}, n° 75-12.215 du 20 oct. 1976, Bull. civ. II, n° 279

¹¹⁴³ Civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, Bull. civ. I, n° 173, D 1992, p. 217, note P. Kayser

¹¹⁴⁴ CEDH Fressoz et Roire c/France, req. n° 29183/95, 21 janv. 1999, JCP 1999, II, 10120, note E. Derieux

¹¹⁴⁵ CEDH Laurent C/France, req. n° 28798/13 du 24 mai 2018 : dans cette affaire la Cour a considéré que la feuille de papier pliée en deux remise par l'avocat à ses deux clients devait être considérée comme une correspondance protégée au sens de l'article 8 de la Convention et, elle a estimé que constitue une ingérence dans le droit au respect de la correspondance, le fait qu'un policier intercepte les notes rédigées par le requérant et remises à ses clients, et ce même si elle est prévue par la loi. La Cour constate qu'il y avait eu violation de l'article 8.

¹¹⁴⁶ CEDH Michaud c/France et CEDH Frérot c/France tous deux précités

¹¹⁴⁷ CEDH Silver et autres c/Royaume-Uni du 25 mars 1983 § 84, série A n° 61 ; V. aussi en ce sens CEDH Mehmet Nuri Ozen et autres c/Turquie du 11 janv. 2011 requête n° 15672/08 § 41 ; V. aussi CEDH Yefimenko c/Russie du 12 fév. 2013, req. n° 152/04 § 144

Cet article devant s'interpréter au regard de l'article 3§1 de la CIDE qui est le texte de référence concernant l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi la correspondance de l'enfant mineur doit donc être protégée.

Le droit positif¹¹⁴⁸ a-t-il inclus dans la protection de la vie privée, la correspondance ?

On serait tenté de répondre de manière positive, mais alors est ce que toute correspondance peut être protégée au titre de la vie privée ?

Poussons un peu plus loin l'analyse ; est ce que toute correspondance adressée à une personne déterminée est privée ?

La chambre sociale de la Cour de cassation, dans l'arrêt Nikon¹¹⁴⁹, qui est l'arrêt fondateur concernant le secret dû à la messagerie électronique sur le fondement du respect de la vie privée, a décidé *«que l'employeur ne peut prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçu par lui grâce à un ordinateur mis à sa disposition pour son travail»*.

Le secret des correspondances électroniques est donc déduit au vu du droit au respect de la vie privée.

Puis la jurisprudence de la Cour de cassation s'est faite plus précise en 2012 en décidant que *«les courriers adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir, sauf s'ils sont identifiés comme personnels»*¹¹⁵⁰.

S'agissant de la protection des correspondances immatérielles sur les réseaux sociaux, est-ce que le fait de restreindre l'accès à un cercle limité de personnes en fonction du paramétrage effectué par l'utilisateur du compte permet de conférer un caractère privé aux propos tenus ?

S'agissant de Facebook, la jurisprudence a tendance à prendre en compte la configuration du compte de l'utilisateur pour déterminer si les propos sont tenus dans un espace public ou privé.

¹¹⁴⁸ Art. 9 C. civ.

¹¹⁴⁹ Soc. n° 2 oct. 2001, Bull. civ, V, n° 291, D 2001, 3148, note P. Y. Gauthier ; D 2002, Somm. 2296, obs. Caron ; JCP E 2001, 1918, note C. Puigelier

¹¹⁵⁰ Soc. 26 juin 2012, Bull. V, n° 196, D. 2012, p. 1829

Ainsi la Cour d'appel de Rouen¹¹⁵¹ a considéré que le réseau Facebook pouvait constituer *«soit un espace privé, soit un espace public, en fonction des paramétrages effectués par son utilisateur»*.

Puis la Cour d'appel de Besançon a jugé *«que ce réseau doit être nécessairement considéré, au regard de sa finalité et de son organisation, comme un espace public (...) il appartient en conséquence à celui qui souhaite conserver la confidentialité de ses propos tenus sur Facebook, soit d'adopter les fonctionnalités idoines offertes par ce site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son « mur»*¹¹⁵².

En matière d'injures la Cour de cassation a également pris en compte le paramétrage du compte. Les propos litigieux ne constituent pas des injures publiques lorsqu'ils ne sont accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint, ces derniers formant une communauté d'intérêt¹¹⁵³.

Puis la Cour d'appel de Versailles en 2018¹¹⁵⁴ retient l'obligation pour celui qui écrit sur son compte Facebook de vérifier que ces propos ne sont accessibles qu'à ses seuls amis peu importe que ces derniers aient ou non limités l'accès à leur «mur ».

Ainsi tous les messages diffusés sur un réseau social sans aucune précaution de confidentialité ou tous les messages diffusés sur un blog, un site ou un forum de discussion ne peuvent en aucun cas se voir appliquer le régime des correspondances privées lorsqu'ils sont librement accessibles au public¹¹⁵⁵.

Ces décisions jurisprudentielles sont en quelque sorte le baromètre des propos qui peuvent constituer des infractions, s'ils sont diffusés en mode public, pouvant donner lieu à poursuites. De plus la position de la Haute juridiction permet ainsi aux titulaires de l'autorité parentale de pouvoir prendre toutes les mesures nécessaires afin d'informer leurs enfants que les propos tenus sur les réseaux sociaux ne sont pas anodins et peuvent constituer des infractions.

En effet les réseaux sociaux sont aujourd'hui l'un des seuls moyens de communication utilisés par les adolescents.

Enfin la violation de la correspondance est également sanctionnée par les articles 226-15 et R 432-9 du Code pénal.

¹¹⁵¹ Rouen, 15 nov. 2011, Comm. com. électr. 2012, comm. 103, obs. E.A. Caprioli

¹¹⁵² Besançon, 15 nov. 2011 n° 10-02642 Comm. com. électr. 2012, com. 44 note E.A. Caprioli

¹¹⁵³ Civ. 1^{ère}, n° 11-19.530 du 10 avr. 2013, Bull. 2013, I, N° 70, Comm. com. électr. 2013, comm. 81, obs. A. Lepage

¹¹⁵⁴ CA Versailles 7 fév. 2018

¹¹⁵⁵ TGI Paris 5 juill. 2002, D 2003, Somm. 1536, obs. L. Marino

§4 - La vie privée et le domicile

Le Code civil¹¹⁵⁶ définit le domicile comme étant le lieu dans lequel une personne possède son principal établissement. On oppose le domicile à la résidence. En effet la résidence est le lieu où une personne habite lorsqu'elle se trouve notamment en villégiature ou quand elle loge provisoirement sur un chantier ou à l'hôtel.

La chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹⁵⁷ a estimé que le «*domicile ne désigne pas seulement le lieu où une personne a son principal établissement, mais encore le lieu, qu'elle y habite ou non, où elle a le droit de se dire chez elle, quel que soit le titre juridique dont elle dispose*».

De par l'existence du principe de l'unicité du domicile on ne peut avoir qu'un seul domicile¹¹⁵⁸ mais la jurisprudence reconnaît le domicile apparent¹¹⁵⁹.

Le domicile est donc la résidence et l'installation durable¹¹⁶⁰ et, est à ce titre protégé dans le cadre de la vie privée¹¹⁶¹.

La Haute juridiction se prononce également sur le respect du domicile sur le fondement de l'article 8 de la CESDH¹¹⁶².

¹¹⁵⁶ Art. 102 C. civ

¹¹⁵⁷ Crim 26 fév. 1963, Bull. crim. 1963, n° 92

¹¹⁵⁸ Req. 1^{er} fév. 1911 : D 1913. 1. 400.

¹¹⁵⁹ Civ 1^{ère} 31 janv. 1968 ; Bull. civ I, n° 41

¹¹⁶⁰ Req. 21 nov. 1905 : DP 1906.. I. 20 ; Civ. 1^{ère} 18 nov. 1969, n° 68-11.144, Bull. civ. N° 349 ; Civ. 1^{ère} 24 juill. 1973, Bull. Civ. I, n° 253

¹¹⁶¹ Art. 9 C. civ .v ; Civ. 2^{ème} du 5 juin 2003 pourvoi n° 02-12.853, Bull. civ. 2003, II, N° 72 : D. 2003. 2461, note Dreyer ; *Defrénois* 2003. 1577, obs. Aubert ; *Gaz. Pal.* 2004, Somm. 1387, obs. Vrazy ; *Dr et patr.* 10/2003. 83, obs. Loiseau *RJPF* 2003.11/13, note Putaman ; CCE 2003, n° 91, note Caron ; *LPA* 25-26 déc. 2003, note Derieux ; *RTD* civ. 2003. 681, obs. Hauser : la Cour a considéré que la publication dans la presse de la photographie de la résidence d'une personne, accompagné du nom du propriétaire et de la localisation précise, constitue une atteinte au respect de la vie privée ; V. en ce sens TGI Paris 2 juin 1976 : *D* 1977. 364 (3^{ème} espèce), note Lindon (divulgaration dans la presse de l'adresse du domicile d'une personne sans son consentement) ; V. encore Civ 3^{ème} 25 févr. 2004, n° 02-18. 081, Bull. civ. 2004, III, N° 41 : D 2004. Somm. 1631, obs. Caron ; *D* 2005, Pan. 753, obs. Damas ; *Defrénois* 2004. 1721, obs. Aubert ; *RJPF* 2004.5/12, note Garaud ; *AJDI* 2004. 482, obs. Hauser ; *ibid* 729, obs. Mestre et Fages ; *RDC* 2004.988, obs. Seube : la Cour a considéré que le fait pour le bailleur de faire visiter les locaux loués sans avertir son locataire constituait une atteinte à la vie privée, V. enfin Civ. 1^{ère} 7 nov. 2006 n° 05-12.788, Bull. civ. I, N°466 : D 2007. 700, note Bruguière ; *ibid* *Pan.* 2773, obs. Lepage ; *AJDI* 2007. 299, obs. de la Vaissière ; *RTD* civ. 2007. 87, note Hauser : la Cour rappelle que le droit de chacun au respect de sa vie privée s'étend à la présentation interne des locaux constituant le cadre de son habitat

¹¹⁶² Civ. 3^{ème} 4 juill. 2019 pourvoi n° 18-17.119, la Cour a considéré dans cette affaire que l'expulsion des occupants d'un immeuble sans titre ne violait pas l'article 8 de la CESDH ; V. aussi Civ. 3^{ème} 17 mai 2018 pourvoi n° 16-15.792 FP.P+B+R+I ; dans cette espèce, la Cour, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne a indiqué que «*pour apprécier la proportionnalité de la perte d'un logement qui est l'une des atteintes les plus graves au droit au respect du domicile, il faut tenir compte de l'ancienneté de l'occupation des lieux et de la situation particulière de la personne concernée, et que d'autre part l'ingérence (la démolition et l'expulsion du bien construit illégalement) dans le droit au respect du domicile était fondée sur l'article 554 du Code civil et sur l'article 555 du Code civil*» et «*que cette ingérence ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété*», rejet du pourvoi V. aussi Civ. 3^{ème} 28 nov. 2019 pourvoi n° 17-22.810 ; La cour, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne a jugé que «*l'ingérence fondée sur l'article 554 et sur l'article 555 du code civil ne saurait être disproportionnée à l'atteinte portée*» ; V. en sens contraire Civ. 3^{ème} 21 déc. 2017 pourvoi n° 16-25.469, Bull. 2017, III, n° 145

La Cour d'appel de Paris¹¹⁶³, dans l'affaire Chantal Nobel, a élargi le domaine du respect du domicile en reconnaissant que la chambre d'hôpital est considérée comme le domicile privé du patient pendant le temps où il y réside.

La CEDH veille également au respect du domicile¹¹⁶⁴ et considère que les atteintes au droit au respect du domicile ne visent pas seulement celles qui sont matérielles ou corporelles (entrer dans le domicile d'une personne sans y être autorisé) mais aussi celles qui sont immatérielles ou incorporelles¹¹⁶⁵.

§5 - La vie privée et la vie professionnelle

Au titre de l'article 9 du Code civil, tout salarié a droit au respect de sa vie privée dans le cadre professionnel ; les seules limites autorisées par la loi sont celles rendues nécessaires dans le cadre de la relation de travail¹¹⁶⁶.

Autrement dit, tout salarié a des droits, bien qu'ils soient forcément limités sur son lieu de travail et durant ses horaires de travail afin de ne pas nuire à sa vie professionnelle. Cependant, si l'employeur peut réduire les droits de chacun de ses salariés au titre de la bonne marche de l'entreprise, ces réductions ne peuvent exister que dans la limite où elles sont strictement nécessaires à la réussite de l'entreprise.

Au titre de ces restrictions les plus courantes se trouvent notamment la vidéosurveillance et la géolocalisation.

¹¹⁶³ CA Paris 17 mars 1986, Assistance publique de Paris c/X et autres

¹¹⁶⁴ CEDH sect. II, *Alkaya c/Turquie*, req. n° 42811/06 du 9 oct. 2012 : La requérante actrice de cinéma a été victime d'un cambriolage un quotidien national publia un article sur l'affaire et divulga son adresse précise ainsi que le quartier résidentiel dans laquelle elle résidait, le numéro de la rue et même le numéro de son appartement ; la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention ; V sens contraire CEDH *Friend et autres c/Royaume-Uni* du 24 nov. 2009, req. n° 16072/06 et n° 27809/08 ; la Cour a jugé que les terres sur lesquelles le propriétaire organise la chasse à courre n'entrent pas dans l'article 8 de la Convention et ne bénéficient pas de la protection dudit article.

¹¹⁶⁵ CEDH *Moreno Gomez c/Espagne* du 16 nov. 2004 req. n° 4143/02 §53 ; la Cour a considéré «*que les atteintes immatérielles ou incorporelles tels que les bruits, émissions, odeurs et autres ingérences, si elles sont graves peuvent priver une personne de son droit au respect du domicile parce qu'elles l'empêchent de jouir de son domicile, constituent une violation de l'article 8 de la Convention*» ; V. en ce sens CEDH arrêt de chambre *Hatton et autres c/Royaume-Uni* du 2 oct. 2001 req. n° 36022/97 ; V. aussi CEDH *Powell et Rayner c/Royaume-Uni* du 21 fév. 1990 Série A n° 172 § 40 ; dans cette espèce la Cour a déclaré que l'article 8 de la Convention était applicable parce que «*le bruit des avions de l'aéroport d'heathrow avait diminué la qualité de la vie privée et les agréments du foyer [de chacun] des requérants*» ; V. enfin CEDH *Lopez Ostra c/Espagne* du 9 déc. 1994 requête n° 16798/90 déjà cité

¹¹⁶⁶ Art. L 1121-1 C. du travail

A/S'agissant de la vidéosurveillance destinée à prévenir tout risque d'intrusion ou de vol, même doublé d'un système d'écoute, ce système ne peut être mis en place sans que les salariés en soient informés et prévenus¹¹⁶⁷, mais dans le cas où ce système est uniquement destiné à surveiller les salariés, l'employeur doit informer individuellement chacun de ses salariés ; à défaut il ne pourra pas utiliser les enregistrements contre eux¹¹⁶⁸.

B/S'agissant de la géolocalisation, ce système de traçage des salariés ne peut être installé par l'employeur sans en avertir au préalable ses salariés ni faire en sorte que les salariés puissent le désactiver dans le cadre de leur vie privée¹¹⁶⁹.

Pour la Cour de cassation¹¹⁷⁰ *«selon l'article L1121-1 du Code du travail nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; que l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail»*.

C/S'agissant de l'ordinateur ou du casier des salariés, un employeur peut-il les consulter ou les fouiller en leur absence ?

Tous les matériels et documents mis à la disposition du salarié durant ses heures et à son poste de travail sont considérés comme professionnels. A ce titre, ils sont parfaitement consultables à tout moment par le chef d'entreprise et/ou son représentant, et ce, même en l'absence de l'intéressé¹¹⁷¹. Toutefois, dès lors qu'un document ou un matériel (clef USB, ...) est clairement indiqué comme personnel, l'employeur ne pourra y accéder qu'en présence de ce dernier ou celui-ci étant dûment appelé¹¹⁷². Pour la Cour de cassation¹¹⁷³ *«lorsque la clé USB est connectée à l'outil informatique mis à la disposition du salarié pour l'exécution de son contrat de travail, l'employeur peut avoir accès aux fichiers non identifiés comme personnels hors la présence du salarié»*.

¹¹⁶⁷ CA Rouen 5 nov. 2013 n° 3/00599 ; Soc. 26 juin 2013 n° 12-16.564, inédit

¹¹⁶⁸ Art L 1222-4 C. du travail ; CA Dijon 29 nov. 2011

¹¹⁶⁹ CA Bordeaux 25 nov. 2008

¹¹⁷⁰ Soc. du 19 déc. 2018 n° 17-14.631 contre l'arrêt de la CA de Lyon du 13 janv. 2017, cassation et renvoi

¹¹⁷¹ Soc. 18 oct. 2006 n° 04-47.400, Bull. civ. 2006, V, n° 308, P : R., p. 304 ; D. 2007. Pan. 691, obs. F. Guiomard ; RTD 2006. 395, obs. Quenaudon ; CCE 2007. N° 61, note Lepager

¹¹⁷² Soc du 17 mai 2005 n° 03-40.017, Bull. civ. 2005, V, N°165, P : R., p. 277 ; D. 2005, Pan. 2649, obs. Marinbio ; D. 2006. Pan. 30, obs. Escande-Varniol ; JCP E 2005. 1880, note Reynaud ; CCE2005, n°121, note Lepage ; Dr. et Patr. 9/2005. 122 obs. Masquefa-Neau-Leduc

¹¹⁷³ Soc. 12 févr. 2013 n° 11-28.649, Bull. civ. 2013, V, n° 34, P : D. 2013. 1026, obs. Lokiec et Porta ; RTD 2013. 574, obs Hauser

Il en va de même pour les documents qui se révèlent être de **nature privée**, et ce, même en dehors de toute signalisation : l'employeur pourra en prendre connaissance mais ne pourra pas les utiliser contre le salarié. C'est ce qu'a jugé la Haute juridiction dans le cas de mails échangés entre un salarié et sa petite amie sur la messagerie professionnelle pendant les heures de bureau, quand bien même le salarié y faisait clairement affichage de sa volonté de démissionner, le Conseil de Prud'hommes a rappelé que l'employeur ne pouvait pas s'en servir au soutien de sa procédure¹¹⁷⁴.

Enfin les mails issus de la messagerie personnelle du salarié ne suffisent pas à déclarer la correspondance privée¹¹⁷⁵, la mention « *D:/données personnelles* » ne peut pas suffire à protéger comme privé tout un disque dur par ailleurs réputé propriété de l'entreprise.

Mais les nouvelles technologies conduisent à utiliser majoritairement la messagerie électronique et la consultation des sites sur internet.

D/S'agissant de la messagerie électronique

Les courriels intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à la disposition du salarié ne sont pas considérés comme personnels du seul fait qu'ils émanent de la messagerie électronique du salarié¹¹⁷⁶.

E/S'agissant de la consultation des sites internet sur son lieu de travail, justifie un licenciement pour faute du salarié qui visite des sites sans rapport avec son travail, télécharge et adresse pas moins de 178 mails contenant des vidéos, des textes et des images à des collègues, alors que le règlement intérieur l'interdisait par ailleurs¹¹⁷⁷.

Il en est de même pour le salarié qui a effectué 10000 connexions en 2 semaines sur des sites n'ayant aucun rapport avec ses missions¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁴ Soc.18 oct. 2011 n° 18-10.211, inédit pourvoi contre l'arrêt CA de Caen du 10 sept. 2010

¹¹⁷⁵ Soc. 19 juin 2013 n° 12-12.139, Bull. 2013, V, n° 158, pourvoi contre arrêt de la CA de Versailles du 1^{er} Déc. 2011, qui a considéré que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. La Cour a considéré qu'au vu de l'article 9 du Code civil et de l'article 9 du Code de procédure civile « *les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence* », Cassation

¹¹⁷⁶ Soc 19 mai 2013 n° 12-12.138, Bull. civ. V, n° 158, P : D. 2013. 1629 ; RTD 2013. 780 obs. Nord-Wagner

¹¹⁷⁷ Soc. 18 déc. 2013 n° 12-17.832, inédit, pourvoi contre arrêt de la CA de Besançon du 21 fév. 2012, la Cour a cassé l'arrêt sur le fondement que la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations

¹¹⁷⁸ Soc. 26 fév. 2013 n° 11-27.372, pourvoi contre l'arrêt de la CA de Douai du 30 sept. 2011 licenciement de la salariée pour faute grave sans que l'employeur fasse état du règlement intérieur, la Cour rejette le pourvoi

Enfin un clerc de notaire qui avait utilisé internet à titre privé pendant 8h36 en moins de 2 mois et, corrélativement, effectué des erreurs dans son travail a également été jugé fautif par les juges prud'hommaux¹¹⁷⁹.

F/S'agissant de la tenue vestimentaire du salarié, le salarié est libre de se vêtir comme il l'entend sans que cela entraîne une cause de licenciement¹¹⁸⁰, mais cette liberté n'est pas totale. En effet, le salarié ne peut porter de signes religieux dans le service public au regard du principe de la laïcité¹¹⁸¹, ni dans une crèche privée du fait de la neutralité qu'imposait le règlement intérieur¹¹⁸². La jurisprudence a jugé, que même en l'absence d'un règlement intérieur, le licenciement pouvait être justifié dans le cas du port d'une tenue inappropriée¹¹⁸³.

Ainsi la vie personnelle est plus vaste que la vie privée car elle englobe non seulement les éléments de la vie privée mais également des comportements publics qui n'ont aucun rapport avec l'exécution du contrat de travail ou de la vie de l'entreprise¹¹⁸⁴.

De plus, la vie privée, sphère personnelle inviolable, définie dans son terme juridique le plus vaste bénéficie d'une protection à la hauteur de son inviolabilité.

SECTION III

LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE

Le droit au respect de la vie privée permet de garantir à chaque individu une sphère personnelle en principe inviolable lui assurant notamment de s'opposer aux actes invasifs et attentatoires qui lui causent un trouble.

¹¹⁷⁹ CA Nîmes 2 avril 2013, n° 12-02146 ; V. sens contraire CA de Douai du 31 mai 2013 n° 12-02753 qui a refusé de valider le licenciement d'une assistante sur le fondement de l'utilisation d'internet pour son usage personnel ainsi que le téléphone alors qu'elle était dans l'entreprise depuis plus de quatorze ans et qu'elle n'avait jamais fait l'objet d'aucune sanction disciplinaire

¹¹⁸⁰ Art L 1132-1 C. du travail modifié par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019

¹¹⁸¹ Soc. 19 mars 2013 n° 12-11690, Bull. 2013, V, n° 76, pourvoi contre l'arrêt de la CA de Paris du 9 nov. 2011

¹¹⁸² Affaire baby-loup, CA de Paris du 27 nov. 2013 n° 13-02981

¹¹⁸³ CA de Caen 14 juin 2013 n° 11-02254 : dans cette affaire la Cour a confirmé le licenciement d'une serveuse d'un restaurant au motif que le port d'une tenue «*légère et décolleté, provocante et vulgaire aux dires de certains, en tout cas inadaptée au service au bar et en salle*» et que cela nuisait à la réputation de l'établissement ; V. sens contraire CA de Paris 5 fév. 2013 n° 10-00561 : dans cette affaire la Cour a refusé de valider le licenciement d'un salarié compte tenu de sa tenue jugée négligée à l'intérieur de l'entreprise (barbe de trois jours, jeans, chemisette, baskets,...) dans la mesure où ce dernier a pu prouver que, dans la mesure où il se changeait avant d'aller en clientèle, la tenue qui lui était reprochée ne pouvait pas nuire à l'image de l'entreprise.

¹¹⁸⁴ A. Lepage, «les droits de la personnalité», Rep civ. Dalloz 2009, n° 95

La Cour de cassation affirme que «*la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation*» sur le fondement de l'article 9 du Code civil¹¹⁸⁵, et ce indépendamment de l'existence d'une faute ou d'un préjudice.

Cet article 9 a connu un succès considérable qui a donné lieu depuis une quarantaine d'année à une jurisprudence très subtile et foisonnante, et, il est aussi devenu une sorte de «*matrice des droits de la personnalité*»¹¹⁸⁶.

Deux notions sont incluses dans cet article : «*la vie privée et l'intimité de la vie privée*».

Dans un premier temps il apparut que la notion d'intimité de la vie privée était une sphère étroite qui méritait une protection renforcée notamment par le recours au juge des référés¹¹⁸⁷. Puis dans un second temps la Cour de cassation a abandonné cette distinction et a décidé que «*la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ou à l'image par voie de presse caractérise l'urgence et ouvre droit à réparation*»¹¹⁸⁸.

Mais l'article 9 du Code civil n'est pas le seul à assumer la protection de la vie privée ; en effet les articles 226-1 à 226-4 du Code pénal sanctionnent également les atteintes à la vie privée.

Ainsi l'article 226-1 du Code pénal incrimine deux sortes d'atteinte à la vie privée : l'atteinte par les paroles ou l'image en cas de captation, d'enregistrement ou de transmission des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel sans l'accord de leur auteur, ou l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé.

Le nouvel article 226-2-1 du Code pénal¹¹⁸⁹ incrimine quant à lui l'atteinte à la vie privée par des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, prises dans un lieu public.

Dans une affaire de «*revenge-porn*» (qui est le fait de diffuser des photographies ou des vidéos à caractère sexuel avec l'intention de nuire à son ex-compagnon ou son ex-compagne), la Cour de cassation a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes, et a refusé de condamner la personne poursuivie au motif que «*n'est pas pénalement réprimé le fait de*

¹¹⁸⁵ Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, D 1997, p. 403 note S. Laulon ; D 1997, Somm. p. 289 obs P. Jourdain ; JCP 1997, II, 22805, note J. Ravanat ; JCP 1997, I, 4025, n° 1, obs. G. Viney ; V. aussi Civ. 1^{ère} 25 fév. 1997 ; JCP 1997, II, 22878, note J. Ravanat, V. aussi Cass. civ. 1^{ère} 12 déc. 2000, D 2001, p. 2434, note J.C. Saint-Pau et Somm. p. 1987, obs. C. Caron ; RTD civ. 2001, P. 329, obs. J. Hauser

¹¹⁸⁶ J.C. Saint-Pau «*l'article 9 du code civil : une matrice des droits de la personnalité*», D 1999, p. 541

¹¹⁸⁷ Art 9 alinéa 2 C ; civ. ; Civ. 1^{ère}, n° 87-19-658 du 4 oct. 1989, Bull. civ. I, n° 307

¹¹⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, D 2001.2434, note J-C Saint-Pau ; D 2000, obs. C. Caron ; Comm. Com. électr. 2001, Comm. 94, obs A. Lepage

¹¹⁸⁹ Art 226-2-1 C. pénal issu de la loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016

diffuser, sans son accord, l'image d'une personne réalisée dans un lieu privé avec son consentement»¹¹⁹⁰.

La Haute juridiction pour rendre son jugement a fait mention de l'article 111-4 du Code pénal qui énonce «*la loi pénale est d'interprétation stricte*» et de l'article 226-2 qui ne prévoit que la fixation de l'image et non la diffusion.

Déjà en 2009¹¹⁹¹, la condamnation par les juridictions du «*revenge porn*» sur le fondement des dispositions de l'article 226-2 du Code pénal avait provoqué la critique de la doctrine¹¹⁹².

De même il a été jugé que le fait de filmer ou de photographier un individu dans un lieu public n'était pas répréhensible¹¹⁹³.

La loi informatique et liberté du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 20 juin 2018¹¹⁹⁴ afin de mettre en conformité le droit national avec le cadre juridique européen, transpose en droit français le Règlement général sur la protection des données (RGPD) et la Directive «Police-Justice».

Cette nouvelle loi représente un progrès majeur pour la protection des données personnelles des citoyens et dote la CNIL (Commission nationale informatique et liberté), autorité chargée de veiller au respect de ce texte, de pouvoirs nécessaires à l'exercice de ses missions.

Cette loi combine deux niveaux : européen et national. En effet le RGPD s'applique directement en France et remplace la loi nationale notamment sur les droits des personnes, mais sur d'autres points («les marges de manœuvre nationales») la loi informatique et liberté reste en vigueur notamment pour la fixation à l'âge de quinze ans pour le consentement des mineurs aux services en ligne.

¹¹⁹⁰ Crim. 16 mars 2016 n° 15-82.676, D. 2016.935, note A. Serinet ; *ibid* 1597, chron. B. Laurent, L. Ascensi, E. Pichon et G. Guého ; *ibid* 2424, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garet, C. Ginesti, M.H. Gozzi, L. Miniato et S. Mirabail ; AJ pénal 2016.268, obs. J.B. Thierry ; Dalloz IP/IT 2016.321, obs. G. Desgens-Pasanau ; RSC 2016.96, obs. J. francillon ; Communi. Comm. électr. 2016, comm. 42, obs. A. Lepage ; Dr. pénal 2016, comm. 73, obs. Ph. Conte ; Gaz. Pal ; 2016 n° 27, p. 50, obs S. Detraz, JCP 2016.658 note Ch. Saint-Pau. Dans cette affaire M. X. avait, lorsqu'il était en couple avec Mme Y pris une photo de sa compagne nue et enceinte avec son consentement. Après leur rupture M. X a publié le cliché sur internet sans le consentement de son ex-compagne ; cette dernière a alors déposé plainte contre ce dernier. En première instance ainsi qu'en appel (arrêt CA de Nîmes du 26 mars 2015) M. X a été condamné, mais la Cour de cassation a infirmé la décision de la Cour d'appel.

¹¹⁹¹ CA Amiens, ch. Corr. Du 14 avril 2009

¹¹⁹² A. Lepage, Chron. 11, Droit pénal n° 12 déc 2009

¹¹⁹³ Crim. 25 oct. 2011, n° 11-80.266, Bull. crim. 2011 n° 214, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszjin ; AJ pénal 2011.595, RTD civ. 2012.89, obs. J. Hauser, pour un lieu de culte

¹¹⁹⁴ Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles JORF n° 0141 du 21 juin 2018

Le respect de la vie privée de l'enfant mineur non émancipé est protégé tant par les dispositions de l'article 9 du Code civil que par celles de l'article 8 de la CESDH et des dispositions de l'article 16-1 et 16-2 de la CIDE.

Seuls les parents titulaires de l'autorité parentale, qui rappelons-le en tant que de besoin, est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant¹¹⁹⁵, peuvent donner leur accord pour la publication d'articles relatifs à la vie privée de l'enfant¹¹⁹⁶ mais ils doivent également l'associer dans toutes les décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité¹¹⁹⁷. Aussi ils ne pourraient donner leur accord pour des publications de l'enfant mineur qui seraient contraires à son intérêt et nuiraient à sa protection.

Ils doivent également veiller au respect de la vie privée de leur enfant, et si besoin intenter toute procédure aux fins de faire condamner ceux et celles qui portent atteinte à la vie privée de leur enfant¹¹⁹⁸.

Enfin, toutes les décisions de justice doivent être rendues dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit être une considération primordiale¹¹⁹⁹.

En 2019, la Cour de cassation dans un avis¹²⁰⁰ a rappelé que *«l'intérêt supérieur de l'enfant est une norme supra-légale résultant de l'article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989, qui dispose 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»*. La Haute juridiction a également rappelé *«que ce texte est d'applicabilité directe devant les juridictions nationales»*¹²⁰¹.

L'enfant pourrait-il s'opposer aux divulgations d'éléments de sa vie privée par ses représentants légaux ou son tuteur ? Et le cas échéant comment peut-il faire valoir son opposition ?

¹¹⁹⁵ Art. 371 alinéa 1 C. civ. modifié par la loi n° 2019-721 du 10 juill. 2019

¹¹⁹⁶ Cass. civ. 18 mai 1972, R 1971-1972, p. 16 ; JCP 1972.II.17209, concl. Lindon ; sur les modalités du consentement des parents V. Versailles 16 fév. 2006 ; D. 2006, Pan. 2704, obs. Lepage ; V. aussi Paris 14 fév. 2002 ; D 2002. 2004 note Ravanans ; RTD civ. 2002. 487 obs. Hauser ; V. aussi CEDH , Sect. I, 15 janv. 2009, R et D c/Grèce ; RTD 2009.283 obs. Marguénaud, déjà cité supra

¹¹⁹⁷ Art. 371-1 alinéa 4 C. civ. cité supra

¹¹⁹⁸ CEDH Kurier Zeitungsverlag und Duceirei GmbH c/Autriche 19 juin 2012 et CEDH Krone Verlag GmbH c/Autriche 19 juin 2012, JCP G 2021.836, obs. M. Afroukh

¹¹⁹⁹ Art. 3-1 de la CIDE

¹²⁰⁰ Avis n° 15008 Civ 1^{ère} du 19 juin 2019

¹²⁰¹ Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20.613, Bull. 2005, I, n° 212 ; Cass. civ. 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16.336, Bull. 2005, I, n° 211

L'intérêt supérieur de l'enfant étant la considération primordiale, l'enfant pourrait saisir le juge aux affaires familiales qui remplit la fonction de juge des tutelles pour les enfants mineurs, afin qu'il nomme un mandataire ad hoc pour le représenter.

En effet, dans le cas où les intérêts de l'enfant mineur, dans une procédure, *«apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 383 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter»*¹²⁰².

La vie privée est l'intime que chaque personne ne souhaite pas divulguer ni voir divulguer d'autant plus si la personne dont il s'agit est un enfant mineur.

Aussi la réponse légale doit être adaptée afin que la personne victime puisse bénéficier d'une protection efficace.

L'article 9 du Code civil protège la vie privée de toute personne y compris celle de l'enfant mineur, l'article 16-2 de la CIDE énonce que *«l'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions (dans sa vie privée) ou de telles atteintes»*, et la CEDH a une conception beaucoup plus large de la vie privée en reconnaissant que *«toute personne est libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures»*¹²⁰³.

Ainsi pour la CEDH, la personne, sans distinction d'âge, jouit d'une grande liberté pour mener sa vie privée.

Aussi s'agissant de l'enfant mineur deux notions doivent être cumulativement considérées : l'intérêt de l'enfant et la vie privée.

L'intérêt de l'enfant, pour certain : une *«notion magique»*¹²⁰⁴ à *«contenu variable»*¹²⁰⁵, pour d'autres une notion *«insaisissable, fuyante, changeante»*¹²⁰⁶ ou encore *«une boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver»*¹²⁰⁷ est l'élément majeur et essentiel qui doit toujours être pris en considération concernant l'enfant mineur.

¹²⁰² Art 388-2 C. civ. modifié par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016

¹²⁰³ CEDH *Pretty c/ Royaume-Uni* du 29 avril 2002 déjà précité décision rendue sur le fondement de l'article 8 de la CESDH

¹²⁰⁴ Jean Carbonnier, note sous CA Paris du 30 avril 1959, D.1960.673, spéc. p. 675

¹²⁰⁵ Jean Carbonnier «Les notions à contenu variable dans le droit française de la famille» in C. Perelman et R. Vander Elst, les notions à contenu variables en droit, Bruxelles 1984, p. 99, spéc. p. 104

¹²⁰⁶ O. Bouguignon, J-L. Rallu, I. Théry, «du divorce et des enfants», INED, 1985, p. 34, par I. Théry

¹²⁰⁷ F. Dekeuwer-Défossez «Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», Revue trimestrielle du droit civil 1995, p. 249, spéc. p. 265

Aussi, dans l'intérêt de l'enfant mineur sa vie privée doit être d'autant plus protégée que toute divulgation peut avoir sur son développement personnel et sa vie au quotidien des effets néfastes.

En effet, l'enfant mineur dont la construction psychique est encore fragile ne doit pas avoir à subir des atteintes à sa vie privée qui pourraient se répercuter sur sa santé, son bien-être, sa joie

C'est pourquoi, quelle que soit l'atteinte à la vie privée de l'enfant mineur, ses parents, détenteurs de l'autorité parentale, ou son tuteur doivent agir rapidement afin de faire cesser le trouble dont est victime leur enfant mineur.

Nous allons à présent nous attacher à la particularité du droit à l'image qui a une réelle existence prétorienne lui garantissant une autonomie vis-à-vis du droit à la vie privée, et ce bien qu'il soit inclus dans le droit de la vie privée. Le droit à l'image est même devenu l'élément principal de l'atteinte à la vie privée car la reproduction de l'image d'une personne est, en elle-même, attentatoire à la vie privée.

C'est pourquoi il mérite que nous lui consacrons un chapitre.

CHAPITRE IV

DROIT A L'IMAGE

Le droit à l'image fut d'abord une pure création prétorienne (Section I) qui précéda le droit à l'image et dont l'atteinte est protégée (Section II).

SECTION I

UNE CREATION PRETORIENNE

Ce fut le tribunal civil de la Seine, qui admit en 1858¹²⁰⁸, s'agissant de la célèbre affaire de la tragédienne Rachel, que *«nul ne peut sans le consentement formel de la famille, reproduire ou livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort, quelle qu'ait été la célébrité de la personne, et le plus ou moins de publicité qui se soit attaché aux actes de sa vie»*, et ce tribunal a considéré que *«le droit de s'opposer à cette reproduction est absolu»*.

Cette décision jurisprudentielle est la première qui a fondé la construction du droit à l'image. Par la suite, la jurisprudence a eu à se prononcer sur des affaires dans lesquelles il était question de l'atteinte à l'image concernant des personnes anonymes.

Ainsi le tribunal civil de la Seine a rendu des décisions visant à protéger l'image d'une couturière¹²⁰⁹ ou encore celle d'une religieuse¹²¹⁰ en s'opposant soit à la reproduction¹²¹¹, soit en interdisant l'exposition d'un tableau¹²¹².

Au commencement de cette protection, la jurisprudence trouvait son fondement *«sur la propriété imprescriptible que toute personne a sur son image, sa figure, qui lui donne droit d'interdire l'exhibition de son portrait»*¹²¹³; mais ce fondement sur la propriété de l'article 544 du Code civil a très vite été critiqué par la doctrine.

En effet la personne humaine n'est pas dans le commerce et ne peut donc pas faire l'objet d'un droit réel c'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée le tribunal de paix le 4 mars 1905¹²¹⁴.

Puis la jurisprudence a rendu ses décisions sur le fondement de l'ex article 1382 du Code civil devenu l'article 1240 depuis l'ordonnance du 10 février 2016¹²¹⁵.

¹²⁰⁸ Trib. civ. de Seine, 16 juin 1858, *DP* 1858, *Somm.* 62 ; *Ann. Propr. ind.* 1858, p. 250

¹²⁰⁹ Trib. civ. de Seine 11 avr. 1859, *Ann. propr. ind.* 1860, p. 167

¹²¹⁰ Trib. civ. de Seine 20 juin 1884, *Gaz. Pal.* 1884, II, 83 ; *Ann. Propr. ind.* 1888, p. 280

¹²¹¹ Trib. civ. 16 juin 1858, *DP* 1858, *Somm.* 62, *Ann. propr. ind.* 1858 p. 250 cité supra

¹²¹² Trib. civ. 11 avril 1859, *Ann. propr. ind.* 1860, p. 167 cité supra

¹²¹³ Trib. civ. Seine le 10 fév. 1905, *DP* 1905, 389, *Ann. propr. ind.* 1905, p. 11

¹²¹⁴ Trib. civ. 4 mars 1905, *DP* 1905, p. 225 ; V. aussi Trib. civ. Yvetot, 2 mars 1932, *Gaz. Pal.* 1932, I, 855

Les juges ont, ensuite, fait entrer le droit à l'image dans le giron des droits de la personnalité¹²¹⁶.

Puis vint enfin l'article 9 du Code civil qui dispose dans son alinéa 1^{er} «*Chacun a droit au respect de sa vie privée*».

Mais aucun article spécifique ne fut créé pour le respect du droit à l'image ; celui-ci ne vit pas son avènement législatif ni sa reconnaissance en droit subjectif de la personnalité. Bien au contraire le droit à l'image s'est trouvé inclus dans le droit de la vie privée et il est même devenu l'élément principal de l'atteinte à la vie privée car la reproduction de l'image d'une personne est en elle-même attentatoire à la vie privée.

Monsieur Bernard Beignier¹²¹⁷ soutient d'ailleurs cette conception : «*L'examen attentif de la question démontre que dans tous les cas, l'image n'est qu'un moyen [...]. Ce n'est pas l'image qui est protégée* ».

Cependant le droit à l'image a une réelle existence prétorienne qui lui reconnaît une autonomie vis-à-vis du droit à la vie privée.

En effet les juges du fond considèrent que «*toute personne a sur son image un droit exclusif et personnel qui lui permet de s'opposer à sa diffusion sans son autorisation expresse*»¹²¹⁸ ou «*que toute personne dispose sur son image, partie intégrante de sa personnalité, d'un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à sa reproduction sans son autorisation expresse et spéciale, de sorte que chacun a la possibilité de déterminer l'usage qui peut en être fait en choisissant notamment le support qu'il estime adapté à son éventuelle diffusion*»¹²¹⁹.

Dans un arrêt du 12 décembre 2000¹²²⁰, la Haute juridiction a clairement reconnu l'autonomie du droit à l'image en indiquant que «*L'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun à son image constituent des sources de préjudices distinctes ouvrant droit à des réparations distinctes*».

¹²¹⁵ Trib. civ. 12 mai 1934, Gaz. Pal. 1934, II, p. 238 ; V. aussi Paris 1^{er} déc. 1965, *JCP* 1966, II, 14711, note R.L. ; V. aussi Civ, 1^{ère} 11 fév. 1970, *D* 1971, p. 409 ; V. aussi Paris 11 fév. 1987, *D* 1987, IR, p. 142

¹²¹⁶ TGI Seine, 2^{ème} esp., 18 mars 1966, p. 566, note CL, F-P. ; V. aussi TGI Seine, 23 et 25 juin 1966, *JCP* 1966, II, 14875, note R. Lindon ; V. aussi Paris 15 mai 1970, *D* 1970, p. 466, concl. Cabannes, note P.A. et H.M

¹²¹⁷ B. Beignier «droit de la personnalité» coll. « Que sais-je ? » n° 2703, PUF 1992, p. 61

¹²¹⁸ Aix-en-Provence 2 déc. 2003, Comm. Com. électr. 2004, comm. 49, obs. A. Lepage

¹²¹⁹ TGI Paris, 7 juill. 2003, *Légipresse* 2003, I, p. 135 déjà cité

¹²²⁰ Civ, 1^{ère}, n° 98-21.161 du 12 déc. 2000, *Bull.* 2000, I, n° 321, p. 208 déjà cité

Dans un arrêt du 9 juillet 2009¹²²¹, la Cour de cassation a déclaré que *«l'utilisation de l'image d'une personne pour en promouvoir les œuvres doit être autorisée par celle-ci [...] peu importe l'absence d'atteinte à la vie privée de l'intéressé»*, et la Haute juridiction a rattaché le droit à l'image à l'ancien article 1134 du Code civil devenu les nouveaux articles 1103 et 1104 du Code civil et non pas à l'article 9 du Code civil.

Pourquoi la Cour de cassation rattache-t-elle le droit à l'image à l'ancien article 1134 du Code civil devenu, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, les nouveaux articles 1103 et 1104 du Code civil ?

La réponse se trouve dans l'arrêt du 11 décembre 2008¹²²² dans lequel la Cour de cassation a justifié ainsi ce rattachement : *«Les dispositions de l'article 9 du Code civil, seules applicables en matière de cession de droit à l'image, à l'exclusion notamment du code de la propriété intellectuelle, relèvent de la liberté contractuelle»*.

Ainsi la Cour de cassation en reconnaissant la liberté contractuelle du droit à l'image ne peut se fonder que sur les dispositions de l'ancien article 1134 du Code civil car les droits de la personnalité sur le fondement de l'article 9 du Code civil se trouvent hors du commerce et ne sont pas concernés par la liberté contractuelle.

Cette distinction du droit à l'image est étroitement liée à sa patrimonialisation ce qui rend difficile son rattachement à l'article 9 du Code civil.

En 2003 une proposition de loi visant *«à donner un cadre juridique au droit à l'image et à concilier ce dernier avec la liberté d'expression»* et qui envisageait de créer un nouvel article 9-2 du Code civil selon lequel *«chacun a un droit à l'image sur sa personne»* n'a pas vu le jour.

Mais il existe des textes spéciaux qui viennent contrarier la liberté d'informer notamment par l'illustration de l'image, l'actualité judiciaire.

En effet, la loi du 15 juin 2000¹²²³ renforçant la présomption d'innocence contenue dans l'article 9-1 du Code civil, et les droits des victimes l'a introduit dans la loi du 29 juillet 1881 concernant la presse.

Ainsi selon l'article 35 ter I de cette loi *«Lorsqu'elle est réalisée sans l'accord de l'intéressé, la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support de l'image, d'une personne identifiée ou identifiable mise en cause à l'occasion d'une procédure*

¹²²¹ Civ. 1^{ère}, n° 07-19.758 du 9 juill. 2009, Bull. 2009, I, n° 175

¹²²² Civ. 1^{ère}, n° 07-19.494 du 11 déc. 2008, Bull. 2008, I, n° 282

¹²²³ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

pénale n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation et faisant apparaître, soit que cette personne porte des menottes ou entraves, soit qu'elle est placée en détention provisoire, est punie de 15.000 euros d'amende».

La Cour de cassation a eu à appliquer ce texte à propos de la photographie d'une personne mise en examen faisant sa promenade dans la cour d'une maison d'arrêt¹²²⁴.

Pour la CEDH, le droit à l'image est un droit de la personnalité qui implique la maîtrise de son image¹²²⁵.

Ainsi le droit à l'image bénéficie également d'une protection qui a pour objet de sanctionner son atteinte.

SECTION II

LA PROTECTION DU DROIT A L'IMAGE

Lorsque les tribunaux sont saisis pour atteinte au droit à l'image, qui est constitué par la divulgation, ils octroient des dommages-intérêts assortis parfois de la destruction des clichés. En fonction des décisions rendues le contrôle sur la reproduction de l'apparence prend des formes différentes.

Ainsi pour le TGI de Paris¹²²⁶ (devenu le tribunal judiciaire depuis le 1^{er} janvier 2020) le droit qu'a chacun sur sa propre image est absolu sauf si son titulaire y a renoncé¹²²⁷.

Les juges vont toujours apprécier une atteinte au droit au respect de l'image lorsque *«la publication de photographies représentant une personne pour illustrer des développements attentatoires à sa vie privée»*¹²²⁸.

¹²²⁴ Crim. n° 03-87.584 du 8 juin 2004, Bull. crim. N°156, Comm. com. électr. 123. Obs. A. Lepage

¹²²⁵ CEDH 27 mai 2014, req. 10764/09, De La Flor Cabrera c/Espagne, JCP G 2014.832, n° 32 obs. F. Sudre : le droit à l'image est une des composantes de l'épanouissement de la personne et implique la maîtrise par l'individu de son image.

¹²²⁶ TGI Paris, réf. 4 avr. 1970, Georges Pompidou, JCP G 1970.II.16328 : *«Toute personne a sur son image et sur l'utilisation qui en est faite un droit exclusif »*

¹²²⁷ Civ. 1^{ère}, n° 06-16.278 du 13 nov. 2008, Etre et avoir, Bull. civ. I n° 259 ; *Légipresse* 2009.12, obs. L. Marino ; *JCP G* 2008.IV.2984 ; en l'espèce un instituteur avait accepté de participer avec sa classe à un film documentaire relatant la vie quotidienne d'une classe dans une école (« Etre et Avoir ») il prétendit notamment avoir un droit sur son l'image mais il fut débouté au motif que *«par son comportement l'intéressé avait tacitement et sans équivoque consenti à la diffusion de son image sous quelque forme que ce soit»*

¹²²⁸ Civ 1^{ère}, 27 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 85, p. 73

Cela fut le cas lors de la diffusion de la photographie d'une jeune fille qui avait été présentée par erreur comme l'auteur d'agissements criminels portant ainsi une atteinte indéniable au respect de l'image de cette dernière¹²²⁹.

La divulgation des images de l'enfant mineur est subordonnée à l'accord parental au moyen d'une autorisation écrite, une simple autorisation orale ne suffit pas.

La jurisprudence est fréquemment amenée à rendre des décisions pour atteinte au droit à l'image de l'enfant¹²³⁰.

Les parents de l'enfant, en fonction de son âge, peuvent l'associer à la décision concernant la divulgation de clichés le concernant, tout comme empêcher leur enfant de divulguer ses clichés sur les réseaux sociaux. Ces prérogatives leur sont reconnues par les dispositions de l'article 371-1 du Code civil et sont attachées à l'autorité parentale.

Mais la divulgation ne doit en aucun cas être faite en contradiction avec l'intérêt de l'enfant qui est, rappelons-le, la considération primordiale, et l'enfant peut, dans le cas où ces parents diffusent des images le concernant, saisir le juge aux affaires familiales dans les mêmes conditions que dans le cadre de l'atteinte à sa vie privée.

Avec le développement des réseaux sociaux (Facebook, twitter, Instagram...) les juges sont très souvent sollicités pour faire cesser l'atteinte au droit à l'image de l'enfant mineur dans son intérêt¹²³¹ notamment lorsque les parents sont séparés et que l'un d'eux publie des photos de leur enfant commun sur Facebook sans l'accord de l'autre parent.

¹²²⁹ Civ. 2^{ème}, 11 fév. 1999, Repts. Civ. et assur. 1999, 123

¹²³⁰ Civ. 1^{ère}, n° 16-28.741 du 21 mars 2018, Bull. 2018, I, n° 56. Dans cette affaire Paris-Match avait publié des photos de M. Andréa Z et de Mme Tatania D ainsi que des photos du baptême de leur fils E dit F, la Cour a considéré qu'il y avait uniquement atteinte au droit à l'image de l'enfant mais pas d'atteinte à la vie privée ni au droit à l'image des parents. V. aussi Civ. 2^{ème}, n°02-11.122 du 19 fév. 2004, Bull. 2004, II, n° 72 p. 61

¹²³¹ CA Paris 9 fév. 2017 n° 15/13956. Une mère a saisi le juge afin que le père des enfants âgés de 6 et 9 ans retire les photos de son compte Facebook. Les juges ont donné droit à la mère au motif qu'il est «interdit à chacun des parents de diffuser des photographies des enfants sur tous supports sans l'accord de l'autre parent». La Cour a également précisé que l'interdiction s'imposait pour «le respect de l'exercice conjoint de l'autorité parentale qui nécessite l'accord de deux le site Facebook ne constituait pas un acte usuel mais nécessite l'accord des deux parents» ; V. aussi en ce sens CA Versailles 25 juin 2015 n°13/08349, *jurisdata* n° 2015-015861 ; CCE n° 9, sept. 2015, comm.71 ; dans cette affaire un père demandait à son ex-femme de cesser de publier des photos de leur fille âgée de 4 ans sur son compte Facebook et de supprimer les commentaires et photos déjà publiés ; la Cour a fait droit à sa demande et a retenu que «la publication des photographies de l'enfant et des commentaires relatifs à celui-ci ne constitue pas un acte usuel mais nécessite l'accord des deux parents» ; V. sens contraire pour une affaire strictement identique CA Bordeaux 4 janv. 2011 n° 09/00788, la Cour a jugé que «les photos de l'enfant s'inscrivent dans le cadre de la communication personnelle entre amis (...)

La CEDH, sanctionne l'atteinte au droit à l'image sur le fondement de l'article 8 de la Convention¹²³², mais parfois, la Cour, avant de se prononcer sur la violation du droit à l'image, apprécie d'une part le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10, et d'autre part, le droit à la protection de la réputation protégé par l'article 8. Pour ce faire, la Cour a énuméré les critères qu'elle prend en considération avant de se prononcer : la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de la publication, les circonstances de la prise des photos et la gravité de la sanction imposée¹²³³.

La loi pénale est venue accompagnée et complétée la loi civile dans la sanction de l'atteinte de la vie privée. Ainsi l'article 226-1 du Code pénal énonce : *«Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé»*. L'article 226-2-1¹²³⁴ alinéa 1^{er} du Code pénal quant à lui énonce : *«Lorsque les délits prévus aux articles 226-1 et 226-2 portent sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende »*.

Et l'article 226-8 du Code pénal stipule *«Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention. Lorsque le délit prévu par l'alinéa précédent est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois*

¹²³² CEDH Kahn c/Allemagne du 17 mars 2016, req. n° 16313/10 ; dans cette espèce deux enfants d'un ancien gardien de football de l'équipe nationale allemande dont des photos d'eux ont été publiées dans un magazine, photos pixélisées ou sur lesquelles leurs visages n'étaient pas visibles, la Cour a considéré que les autorités allemandes n'avaient pas manqué à leur obligation positive et avaient procuré une protection suffisante au regard de l'article 8 de la Convention et qu'il n'y avait pas violation de l'article 8.

¹²³³ CEDH Axel Springer AG c/Allemagne du 7 févr. 2012 req. n° 39954/08 : La requérante une société anonyme qui édite un quotidien à grand tirage Bild, dans lequel deux articles ont été publiés, sur un comédien de télévision connu qui interprétait un inspecteur de police dont l'un, publié le 14 juin 2003, et révélait que ce comédien avait été condamné pour détention illégale de stupéfiants, était assorti de photographies de celui-ci, et dont il se plaignait comme constituant un ingérence dans le droit à la protection de la personnalité, la société et la journaliste furent condamnées. Elles saisirent la Cour qui reconnut la violation de l'article 10 de la Convention

¹²³⁴ Art. 226-2-1 C. pénal créée par la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables».

D'autres publications d'images d'enfants mineurs tombent sous le coup de la pédopornographie et sont sanctionnées pénalement.

En effet, l'article 227-23 du Code pénal¹²³⁵ sanctionne le fait d'enregistrer, de transmettre, de diffuser l'image ou la représentation d'un mineur qui présente un caractère pornographique.

L'atteinte au droit à l'image a donc un volet civil et peut avoir un volet pénal.

S'agissant de l'enfant mineur dont les parents publieraient sur leur compte Facebook des photographies de ce dernier qui iraient à l'encontre de son intérêt ; l'enfant pourrait-il agir contre ses parents, titulaires de l'autorité parentale ?

En présence d'un conflit d'intérêt entre les représentants légaux et l'enfant mineur, seul un mandataire ad hoc peut alors représenter les intérêts de l'enfant mineur.

Partant du principe que seul l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération, l'enfant mineur capable de discernement peut alors saisir le juge des tutelles pour qu'il nomme un mandataire ad hoc¹²³⁶.

La législation permet en effet à l'enfant mineur de saisir le juge des tutelles à défaut de diligence des administrateurs légaux¹²³⁷.

Dans le cas où les *«intérêts d'un des deux administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur, le juge des tutelles peut autoriser l'autre administrateur légal à représenter l'enfant pour un ou plusieurs actes déterminés»*¹²³⁸.

Enfin dans certains cas l'image de l'enfant nécessite une protection plus importante notamment lorsqu'il a une carrière artistique qui l'expose plus qu'un autre enfant à la divulgation d'images le concernant ; à ce titre ses représentants légaux ou son tuteur pourront avoir recours soit aux dispositions de l'article 9 du Code civil afin de faire condamner ceux et

¹²³⁵ Art 227-23 C. pénal modifié par la loi n° 2013-711 d'août 2013 déjà citée supra ; V. Crim. n° 06-86.763 du 12 sept. 2007 pourvoi contre arrêt CA Douai, 9^{ème} ch. du 30 juin 2006 ; V. enfin Crim. n° 17-86.464 du 5 sept. 2018 pourvoi contre arrêt CA de Pau du 5 oct. 2017

¹²³⁶ Art 383 C. civ. modifié par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015

¹²³⁷ Art 383 alinéa 1 C. civ.

¹²³⁸ Art 383 alinéa 2 C. civ. précité supra

celles qui portent atteinte à sa vie privée, soit aux dispositions des articles 1103 et 1104 nouveaux du Code civil en cas de non-respect des obligations du contrat.

L'intérêt de l'enfant mineur est ici encore l'élément essentiel à sa protection contre les immixtions dans sa vie privée de par la divulgation des images le concernant.

Nous pouvons ici faire mention de ce qui a été dit précédemment pour le respect de la vie privée de l'enfant mineur car bien que le droit à l'image ait une existence prétorienne, il est et demeure l'élément principal de l'atteinte à la vie privée.

Mais depuis quelques années nous assistons au développement de la divulgation d'images d'enfants mineurs âgés de moins de quinze ans présentant un caractère pornographique. C'est pourquoi la loi pénale a apporté une réponse à cette dérive avec l'article 227-23 contenu dans le Code pénal.

En effet, l'article 227-23 du Code pénal sanctionne l'enregistrement, la transmission, la diffusion de l'image ou la représentation d'un mineur qui présente un caractère pronographique.

La Cour de cassation dans un arrêt du 18 octobre 2017¹²³⁹ a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles¹²⁴⁰ ayant prononcé la condamnation de M. X... pour détention de l'image d'un mineur à caractère pronographique à six mois de prison avec sursis, 7.000 euros d'amende et a ordonné son inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (Fijais). La Haute juridiction dans son attendu a considéré : *«qu'en l'état de ces énonciations desquelles il résulte que ces photographies de mineurs nus présentaient un caractère sexuel, l'exploitation de son matériel informatique ayant par ailleurs démontré des recherches nombreuses à partir des mots-clés ne laissant aucun doute sur le caractère pédopornographique des sites visités, et dès lors qu'était poursuivie la détention d'images à caractère pornographique prévue et réprimée par l'alinéa 4 de l'article 227-23 du Code pénal, la cour a justifié sa décision»*.

La diffusion d'images à caractère pornographique de l'enfant mineur pourra avoir de graves conséquences sur la construction et le développement personnel de l'enfant ainsi que sur sa santé psychique.

¹²³⁹ Crim 18 octobre 2017 n° 16-85.398 inédit

¹²⁴⁰ Versailles 7^{ème} chambre du 19 juillet 2016

Aussi dans l'intérêt de l'enfant mineur, il faut non seulement veiller à assurer sa protection dans les meilleures conditions mais aussi apporter une réponse sévère eu égard à l'atteinte portée à la vulnérabilité de l'enfant ainsi qu'à la gravité des faits commis.

Un autre droit de la personnalité permet notamment l'individualisation de l'enfant mineur ; il s'agit du nom de famille.

CHAPITRE V

LE NOM DE FAMILLE

Le prénom et le nom sont des éléments essentiels de l'état des personnes. Mais seul le droit au nom fait partie des droits de la personnalité à côté de la vie privée ou de l'image.

En effet, d'après la position la plus répandue le droit au nom est un droit de la personnalité¹²⁴¹, aussi nous retiendrons cette position pour traiter du droit au nom.

Le nom de famille ou patronymique permet une reconnaissance officielle de chaque individu tandis que le prénom permet d'affiner l'individualisation de la personne dans ses rapports avec autrui.¹²⁴²

Nous verrons que l'enfant a droit d'avoir un nom de famille ou patronymique (Section I), un prénom (section II), et que le nom de famille est protégé (Section III)

¹²⁴¹ V. G. Marty et P. Raynaud, droit civil, Les personnes, 3^e éd. Paris 1976 ; V. aussi P. Kayser «La défense du nom de la famille d'après la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative» *RTD civ* 1959.10 et s.

SECTION I

DROIT AU NOM DE FAMILLE

§1 - L'attribution du nom de famille

Le nom de famille a une double nature : institution de police civile¹²⁴³ et droit subjectif, qui reflète sa double fonction sociale et privée.

Mais l'attribution du nom de famille dépend de deux éléments : la filiation et le choix des parents.

Abordons dans un premier temps brièvement la filiation.

A/la filiation

Tout d'abord l'attribution du nom de famille dépend essentiellement de la filiation de l'enfant mineur.

Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005¹²⁴⁴ il existe quatre types de filiation :

-la filiation des enfants nés au cours du mariage¹²⁴⁵ (articles 311-25 et 312 du Code civil),

-la filiation des enfants nés hors mariage¹²⁴⁶ qui doivent faire l'objet d'une reconnaissance paternelle¹²⁴⁷,

-la filiation des enfants nés de par la procréation médicalement assistée¹²⁴⁸,

¹²⁴³ M. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, Pichon, 5^{ème} éd. 1908, n°398 : «*Le nom est une institution de police civile ; il est la forme obligatoire de la désignation des personnes ; mais il n'est pas plus un objet de propriété que ne le sont les numéros matricules ; il n'est pas aliénable : la loi ne le met pas à la disposition de celui qui le porte, et elle l'établit beaucoup moins dans son intérêt que dans l'intérêt général*»

¹²⁴⁴ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006

¹²⁴⁵ C'est désormais l'acte de naissance établi au vu du certificat médical qui lie juridiquement l'enfant à la mère mariée ; art. 311-25 C. civ. ; V. Civ. 1^{ère} 15 déc. 2010. n° 09-16.968, Bull. 2010, I, n° 264, P : D. 2011. Pan. 1585, obs. Granet-Lambrechts ; *AJ. Fam.* 2011. 107, obs. Ardeeff ; *Defrénois* 2011.831, obs. Massip ; *RLDC* 1011/79 n° 4139, obs. Gallois ; *RTD* civ. 2011. 114, obs. Hauser. S'agissant de la filiation paternelle ; elle s'établit par la présomption de paternité : «*L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père, le mari*» (art. 312 C. civ.). Mais pour les couples de même sexe la filiation ne peut être établie par présomption de l'article 312 du Code civil ; C.C.17 mai 2013 n° 2013-669 DC, JO 18 mai ; D. 2013. 1643, note Dieu ; *ibid* 2014. 689, obs. Douchy-Oudot ; *AJ. Fam.* 2013. 332, note Chénéde ; *RFDA* 2013. 923, note Devolvé ; *ibid* 936, note Drago ; *RDSS* 2013.908, note Brunet ; Constitution 2013.166, note Le Pourhiet ; *ibid* 381, note Le Pourhiet ; *ibid* 355, obs. Chénéde ; *RTD* civ. 2013. 579, obs. Hauser. La CEDH sect. V, dans l'affaire Boeckel et Gessner-Boeckel c/Allemagne du 7 mai 2013, req. n° 8017/11 a jugé qu'il n'y avait pas de discrimination dans le fait que la partenaire de même sexe que la mère ne puisse bénéficier de paternité prévue dans le cadre des mari car elle a pu bénéficier d'une adoption

¹²⁴⁶ Art 311-25 C. civ déjà précité

¹²⁴⁷ Art. 316 C. civ. modifié par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie. Cette reconnaissance de l'enfant doit être établie par acte authentique soit dès la naissance dans la déclaration faite auprès de l'officier d'état civil, soit plus tard, dans un acte spécial de reconnaissance.

¹²⁴⁸ La filiation est ici purement juridique sans considération de la réalité génétique et est fondée sur le consentement donné par devant notaire par ceux qui ont eu recours à ce mode de procréation (art 311-20 alinéa 1^{er} C. civ. modifié par la loi n° 201-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice), le législateur interdit toute action aux fins de contestation (art. 311-20 alinéa 2 C. civ) ou action en responsabilité contre le donneur (art. 311-19 alinéa 2 C. civ.)

- et la filiation des enfants par adoption¹²⁴⁹.

L'article 311-21 du Code civil modifié par la loi du 17 mai 2013¹²⁵⁰ énonce que *«lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux»*.

Le nom de famille de l'enfant mineur est donc dans la dépendance de la filiation qui est l'élément juridique qui permet le choix du nom de famille et du jeu de la volonté des parents.

La loi bioéthique qui doit être adoptée d'ici le début de l'année 2021 contenant la PMA pour toutes devrait réformer la filiation des enfants nés au sein d'un couple de femmes accueillant l'enfant de par la reconnaissance préalable des deux mères devant notaire.

B/ Le choix des parents

Les parents peuvent choisir soit le nom du père, soit le nom de la mère soit les deux noms accolés dans l'ordre qu'ils désirent. La seule limite du choix réside dans le fait qu'un seul nom de famille par parent peut être transmis¹²⁵¹.

Cette grande liberté laissée aux père et mère pour la transmission du nom de famille a été initialement instaurée par la loi du 4 mars 2002 et la loi du 18 juin 2003¹²⁵² dernièrement modifiées par la loi de 2013¹²⁵³.

¹²⁴⁹ Il existe deux formes d'adoption : l'adoption plénière dans laquelle l'enfant adopté entre dans sa famille adoptive tout comme un enfant né au cours du mariage (art. 345, 345-1, 355 à 359 C. civ) et l'adoption simple dans laquelle l'enfant adopté conserve des liens avec sa famille d'origine tout en entrant dans sa famille adoptive (art. 345, 363 à 370-2 C. civ). Les enfants bénéficient du droit d'accès à leurs origines *«dans la limite du possible»* selon l'article 7 de la CIDE entrée en vigueur en France le 6 sept. 1990 déjà précitée

¹²⁵⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe déjà cité supra et cité ci-après lorsque sera abordé le mariage

¹²⁵¹ Art. 322-21 alinéa 1^{er} C. civ

¹²⁵² Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille

¹²⁵³ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe

L'article 7 de la CIDE énonce «*L'enfant est enregistré sitôt sa naissance et a dès celle-ci droit à un nom [...]*», l'article 8-1 quant à lui énonce «*Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom [...]*» enfin l'article 8-2 dispose «*Si un enfant est illégalement privé d'un des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'eux, les Etats doivent lui accorder une assistance et une protection appropriée pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible*».

S'agissant du choix du nom de famille, les parents ont la possibilité d'établir une déclaration préalablement à la naissance de l'enfant. Cette déclaration conjointe prend la forme d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé¹²⁵⁴ ; elle comporte le(s) prénom(s), nom, date et lieu de naissance, domicile des père et mère, ainsi que l'indication du choix du nom de famille et être signé par les parents¹²⁵⁵.

Lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de naissance, la déclaration conjointe du choix de nom est remise simultanément par les parents, l'un d'entre eux ou l'une des personnes énumérées à l'article 56 du Code civil, à l'officier d'état civil chargé d'établir l'acte de naissance¹²⁵⁶.

En l'absence de déclaration conjointe mentionnant le choix du nom de famille à l'officier de l'état civil, l'enfant prend alors le nom de famille de celui de ses parents à l'égard duquel la filiation est établie en premier lieu, et le nom de famille de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre ; le nom de famille à l'égard du premier enfant s'étendra à tous leurs autres enfants à naître.

Depuis la loi du 17 mai 2013 c'est la règle égalitaire qui est promue, en cas de désaccord entre les parents lors de l'établissement de la filiation l'enfant se voit attribuer les deux noms accolés dans l'ordre alphabétique¹²⁵⁷.

Dans le cas où la filiation de l'enfant ne serait établie qu'à l'égard d'un de ses parents il prend alors le nom de celui-ci.

¹²⁵⁴ Art 1 alinéa 1^{er} décret n° 2004-1159 du 29 oct. 2004 portant application de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil

¹²⁵⁵ Art 1 alinéa 2 décret n° 2004-1159 du 29 oct. 2004 cité supra

¹²⁵⁶ Art 2 du décret n° n° 2004-1159 du 29 oct. 2004 cité supra ; V. Civ. 1^{ère}, 8 mars 2017 arrêt n° 297 (16-13.032) pourvoi contre l'arrêt de la CA d'Aix-en-provence du 3 nov. 2015, dans cette affaire des époux demandaient le changement de nom de leur fille Z.... reconnue par sa mère M Y..... en 2002 et par M. X.... son père en 2005 que le même jour ceux-ci ont choisi par déclaration conjointe reçue par l'officier d'état civil d'accoler leurs deux noms afin qu'elle se nomme Y...X....suite à leur mariage intervenu le 29 octobre 2009 afin qu'elle porte exclusivement le nom du père. La Cour rejette le pourvoi au motif «*qu'ayant par déclaration conjointe devant l'officier l'état civil choisi d'accoler leurs deux noms ils ne peuvent présenter une demande de changement de nom sur le fondement de l'article 311-23 alinéa 2 du code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005*»

Si sa filiation est établie plus tard à l'égard de l'autre parent, durant sa minorité il peut alors substituer au nom primitivement attribué celui de l'autre ou accoler le nom des deux parents, dans l'ordre choisi par eux, par simple déclaration conjointe devant l'officier d'état civil.

Ce droit au nom de l'enfant est en corrélation avec les dispositions de l'article 7 de la CIDE qui reconnaît à l'enfant mineur le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

Mais ce droit de connaître ses origines n'est toutefois pas absolu car notre droit positif reconnaît le droit de l'accouchement sous X ainsi que le don anonyme de sperme.

En effet, le législateur interdit que la filiation avec le tiers donneur soit établie¹²⁵⁸ ; le don étant anonyme ce qui ne peut aboutir à retrouver le donneur.

Le projet de loi relatif à la modification des lois bioéthiques, adopté par le Sénat le 4 février 2020 et l'assemblée nationale, en deuxième lecture le 31 juillet 2020, prévoit que l'enfant, à l'âge de la majorité, pourra accéder à ses origines grâce à des données non identifiables telles que l'âge du donneur, caractéristiques physiques, etc..., mais le donneur devra donner son accord sinon il ne pourra pas donner son sperme.

Cependant cette loi qui devrait être définitivement votée d'ici le début de l'année 2021 peut subir quelques «retouches» ; aussi nous devons donc attendre le vote de la loi pour connaître exactement ce que le législateur a prévu de réformer.

Le mariage n'a pas de répercussion juridique sur le nom de famille ; l'article 225-1 du Code civil créé par la loi de 2013¹²⁵⁹ énonce : «*Chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit*», ainsi le nom de famille demeure et ce même marié, la loi offrant la possibilité aux époux d'adjoindre ou de substituer le nom de leur conjoint sans jamais perdre le nom de famille sous lequel ils sont connus dans leur acte de naissance.

¹²⁵⁷ Art. 311-21 C. civ

¹²⁵⁸ Art. 311-19 C. civ.

¹²⁵⁹ Art 225-1 C. civ. créé par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe déjà citée supra

§2 - Le changement de nom de famille

Le principe de l'immutabilité du nom d'une personne devrait interdire la modification de ce nom tel qu'il est inscrit sur son acte de naissance, mais la loi du 8 janvier 1993¹²⁶⁰ a introduit dans le Code civil les articles 60 et suivants, autorisant le changement de nom en cas d'intérêt légitime.

L'article 61 du Code civil dispose : *«Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom. La demande de changement de nom peut avoir pour objet d'éviter l'extinction d'un nom porté par un ascendant ou un collatéral du demandeur jusqu'au quatrième degré. Le changement de nom est autorisé par décret»*.

Lorsque le changement de nom est autorisé et que le décret n'a pas fait l'objet d'une opposition devant le Conseil d'Etat, *«le changement de nom s'étend de plein droit aux enfants du bénéficiaire lorsqu'ils ont moins de treize ans»*¹²⁶¹.

L'intérêt légitime qui peut justifier le changement de nom s'apprécie *in concreto* et les juges sont amenés à élargir cette notion d'intérêt légitime¹²⁶².

Ainsi pour le changement de nom, le Conseil d'Etat a admis que *«les motifs d'ordre affectif peuvent dans certaines circonstances exceptionnelles caractérisés l'intérêt légitime requis par l'article 61 du Code civil pour déroger aux principes de dévolution et de fixité de nom établi par la loi»*¹²⁶³.

¹²⁶⁰ Loi n°93-33 du 8 janvier 1993 ; V. J. Rubellin-Devichi, «Une importante réforme en droit de la famille : la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993» *JCP* 1993 éd. G -I-3659 ; V. aussi J. Massip «Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993», *Rep. Def.* 1993, I, p. 609, art. 35559

¹²⁶¹ Art 61-2 C. civ.

¹²⁶² CE 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies du 16 oct. 2019 ; dans cette affaire Mme C... et Mr D avaient décidé que leur enfant porterait le nom de ses deux parents. Après un accouchement difficile. M. D... s'est rendu près de l'Officier d'état civil afin de déclarer son fils et a été dissuadé par ce dernier d'adjoindre les deux noms. Ce dernier a alors donné que son nom de famille à son fils. Les requérants se prévalaient d'un intérêt légitime et demandaient l'adjonction du nom de la mère au nom de l'enfant. Le conseil d'Etat a reconnu l'intérêt légitime au vu des circonstances exceptionnelles ; V Aussi CE du 5 mars 2014 n° 370168, dans cette affaire le Conseil d'Etat a considéré que la seule volonté de reprendre le nom maternel ne suffisait pas à caractériser un intérêt légitime. V. enfin Civ 1^{ère} n° 10-26.271 du 23 nov. 2011 inédit pourvoi contre l'arrêt de la CA de Draguignan du 4 déc. 2009, dans cette affaire Mme Y... et M. X..... ont eu une relation, et de cette relation est née une petite fille Clara née le 23 juillet 2004 reconnue par ses deux parents. Mais Mme Y..... a demandé à ce que son nom de famille soit substitué à celui de son père en invoquant un intérêt légitime. La Haute juridiction a rejeté le pourvoi en ne retenant pas l'intérêt légitime.

¹²⁶³ CE arrêt du 31 janv. 2014 n° 362444 ; V. aussi CE 16 mai 2018 n° 409656, T, p. 683 [RJ2] ; V. aussi CE du 12 déc. 2012, garde des sceaux c/ Melle n° 357865 T, p. 752 ; dans cette affaire le garde des sceaux demande au conseil d'état d'annuler l'arrêt n° 11PA02570 du 26 janvier 2012 par lequel la CAA de Paris a rejeté son recours contre le jugement n° 1005044/7.1 du 31 mars 2011 du T. adm. de Paris ayant annulé sa décision du 9 mars 2009 par laquelle il refusait le changement de nom sollicité par Melle C.... et M. B....pour leur fille mineure A...E.... ainsi que la déclaration du 12 janv. 2010 rejetant le recours gracieux formé par Melle C..... Le pourvoi du garde des sceaux est rejeté par le Conseil d'Etat au motif de *«l'existence de circonstances exceptionnelles et que le motif d'ordre affectif [Melle C.... souhaitant transmettre le nom de ses parents adoptifs] allégué caractérisait en l'espèce un intérêt légitime à changer de nom au sens de l'article 61 du Code civil et qu'ainsi la CAA a suffisamment motivé sa décision et n'a pas commis d'erreur de droit. Le garde des sceaux n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt»*

L'enfant âgé de plus de treize ans doit consentir personnellement au changement de nom sauf s'il résulte de l'établissement d'une filiation ou d'une modification du lien de filiation¹²⁶⁴.

Puis l'article 61-3-1 issu de la loi du 18 novembre 2016¹²⁶⁵ permet à : *«Toute personne qui justifie d'un nom inscrit sur le registre de l'état civil d'un autre Etat peut demander à l'Officier d'état civil dépositaire de son acte de naissance établi en France son changement de nom en vue de porter le nom acquis dans cet autre état. Lorsque cette personne est mineure, la déclaration est effectuée conjointement par les deux parents exerçant l'autorité parentale ou par le parent exerçant seul l'autorité parentale, avec son consentement si elle a plus de treize ans»*.

Pour la CEDH le changement de nom s'inscrit dans l'article 8 de la convention, et lorsqu'elle est saisie, la Cour veille au respect de la vie privée figurant dans cet article 8¹²⁶⁶.

§3 - Le nom d'usage

Le nom d'usage est notamment utilisé par les personnes mariées.

Vers le XIV^{ème} siècle la femme mariée adopta le nom marital, ce nom d'usage, devint pour elle le moyen de marquer son rattachement à son époux et surtout à ses enfants, qui étaient alors pourvus du seul nom du père.

Cette identité d'emprunt lié à l'adoption du nom d'usage, est aujourd'hui perçue comme un complément facultatif d'identité.

Avant la loi du 17 mai 2013, la femme mariée utilisait le nom d'usage de son époux par tradition mais elle pouvait également souhaiter n'être identifiée que par son nom de naissance, celui-là même qui figure dans son acte de naissance.

L'homme marié pouvait également utiliser le nom d'usage de son épouse et même le substituer à son nom ainsi que le permettait l'arrêté du 29 juillet 2011¹²⁶⁷.

Depuis la loi du 17 mai 2013¹²⁶⁸ *«Chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit»*.

¹²⁶⁴ Art. 61-3 C. civ.

¹²⁶⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle déjà citée supra

¹²⁶⁶ CEDH *Stjerna c/Finlande* du 25 nov. 1994 requête 18131/91 ; la Cour a jugé que le refus de changement de nom demandé par M. Stjerna par les autorités finlandaises ne constituait pas une violation de l'article 8 de la Convention

¹²⁶⁷ Arrêté du 29 juill. 2011 modifiant l'arrêté du 1^{er} juin 2006 fixant le modèle du livret de famille

Enfin la loi du 23 décembre 1985¹²⁶⁹ permet à celui auquel n'a été attribué, à sa naissance, que le nom de l'un de ses parents d'ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien. Mais ce nom d'usage n'est pas transmissible.

Le nom de famille de l'enfant ne suffit pas à lui seul à individualiser l'enfant mineur dans ses rapports avec les tiers. C'est le prénom qui va alors permettre cette individualisation.

SECTION II

DROIT AU PRENOM

§1 - Le choix du prénom de l'enfant mineur

Le législateur a choisi de confier cette tâche aux parents qui doivent déclarer leur enfant dans les cinq jours de l'accouchement auprès de l'Officier d'état civil¹²⁷⁰, à qui il est indiqué le ou les prénoms de l'enfant. La liberté du choix du prénom appartient aux parents¹²⁷¹ mais nous verrons que cette liberté est le résultat d'une longue évolution.

Cette obligation de déclaration de naissance s'impose à toute personne vivant en France¹²⁷².

A/Le principe : La liberté de choix du prénom

La liberté contrôlée qui résultait de la loi du XI Germinal An XI a été abrogée par la loi du 8 janvier 1993¹²⁷³.

La liberté de choix du prénom par les parents instaurée par la loi de 1993 n'est toutefois pas totale comme nous le verrons ci-après.

¹²⁶⁸ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 codifiée sous le nouvel article 225-1 C. civ. déjà citée supra

¹²⁶⁹ Loi n° 85-1372 du 23 déc. 1985 relative à l'égalité ds époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs

¹²⁷⁰ Art 55 alinéa 1^{er} C. civ.

¹²⁷¹ Art 57 C. civ.

¹²⁷² Paris, 24 fév.1977, *D.*1978. 16, note Massip ; V. aussi Paris 2 avr. 1998 ; *D.* 1998. IR 137 ; *Defrénois* 1998. 1014, obs. Massip ; *RTD* civ. 1998.651, obs. Hauser

Pour la CEDH, le choix du prénom entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention, bien qu'il ne contienne pas de disposition explicite, car le choix du prénom par les parents a un caractère intime et affectif qui fait partie de la vie privée¹²⁷⁴.

B/L'exception

Cette liberté n'est pas sans limites.

Tout d'abord les prénoms doivent être écrits avec l'alphabet utilisé pour écrire en français, ainsi le prénom «Marti» qui comporte un accent aigu dans la langue catalane ne peut pas être orthographié tel qu'il figure dans la langue catalane¹²⁷⁵, mais le prénom «*Fañch*» avec le tilde (~) a été admis car cela ne porte ni atteinte à la rédaction des actes publics en langue française ni à l'article 2 de la Constitution¹²⁷⁶.

Le ou les prénoms choisis ne doivent pas être contraires à l'intérêt de l'enfant, dans le cas contraire l'Officier d'état civil doit en aviser sans délai le procureur de la République qui peut alors saisir le juge aux affaires familiales¹²⁷⁷.

Mais que recouvre exactement l'intérêt de l'enfant ? Sur ce point, la loi n'est pas très loquace. On peut dire qu'il s'agit d'une notion assez extensive et qu'il n'y a pas une liste de critères définis qui pourrait limiter le champ d'interprétation, cela va un peu dépendre de la lecture que vont avoir les procureurs.

Ainsi les juges ont admis qu'un prénom original mais non ridicule pouvait être inscrit à l'état civil¹²⁷⁸ ainsi qu'un prénom qui n'est ni ridicule ni grossier¹²⁷⁹ ou encore un prénom choisi sans arrière-pensée par les parents¹²⁸⁰.

Les juges ont même accepté que le prénom d'un chanteur devenu criminel donné à un enfant soit inscrit à l'état civil¹²⁸¹ en motivant leur décision par le fait que la célébrité d'un chanteur n'est pas destinée à perdurer dans les esprits et que le prénom avait une consonance

¹²⁷³ Loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales

¹²⁷⁴ CEDH 24 oct. 1996 Guillot c/France, req. n° 155774/89 ; *RTD civ.* 1997. 551, obs. Marguénaud

¹²⁷⁵ Montpellier 26 nov. 2001 ; BICC15 nov. 2002, n°1175 ; *Dr. fam.* 2002. n° 120, note Murat.

¹²⁷⁶ Rennes 19 nov. 2018 ; D. actu 27 nov. 2018 obs. Gareille ; D 2018. 2305

¹²⁷⁷ Art. 57 alinéa 3 C. civ

¹²⁷⁸ Caen 30 avr. 1998, BICC 1er avr. 1999 n° 422 ; *RTD civ.* 1999. 813, obs Hauser, le prénom «*Tokalie*» tiré de la dénomination d'un monument religieux a été considéré par les juges comme n'ayant aucune consonance ridicule, ni péjorative ni complexe et qu'il pouvait être inscrit à l'état civil

¹²⁷⁹ Besançon 18 nov. 1999 ; D. 2001. 1133, note Philippe pour le prénom «*Zébulon*»

¹²⁸⁰ Rennes 4 mai 2000 ; JCP 2001. IV. 2655, dans cette affaire les parents dont le nom de famille était Renault avaient choisi comme prénom pour leur fille «*Mégane*»

latine.

A l'inverse, dans l'intérêt de l'enfant, les juges ont refusé le prénom «Titeuf»¹²⁸², «Nutella»¹²⁸³, «Fraise»¹²⁸⁴ ou encore pour l'étrangeté le prénom qui était le nom de famille de la compagne de la mère¹²⁸⁵.

Les juges ont également refusé les prénoms «Patriste» et «Joyeux»¹²⁸⁶ au vu de leur caractère fantaisiste et ridicule.

Saisi, le Juge aux affaires familiales peut, s'il estime le prénom non conforme à l'intérêt de l'enfant, en ordonner la suppression sur les registres de l'état civil, et attribuer lui-même à l'enfant un prénom qu'il choisit¹²⁸⁷.

S'agissant du ou des prénoms de l'enfant dont la femme a demandé le secret de son identité lors de son accouchement, ils peuvent être indiqués par elle¹²⁸⁸.

Enfin pour le choix du ou des prénoms de l'enfant dont les parents ne sont pas connus, l'officier d'Etat civil choisit alors trois prénoms, le dernier tenant lieu de nom de famille.

§2 - Le changement de prénom de l'enfant mineur.

Il existait en droit positif le principe de l'immutabilité du prénom (loi du 6 Fructidor an II).

Puis la loi du 12 novembre 1955¹²⁸⁹ modifiée en 1993¹²⁹⁰ permit la substitution ou l'adjonction de prénoms «*en cas d'intérêt légitime*».

Ainsi les juges admettaient que le transsexualisme constitue un intérêt légitime pour changer de prénom mais n'admettaient pas le changement d'état civil.

Après avoir été condamné par la CEDH¹²⁹¹, la Cour de cassation a opéré un revirement

¹²⁸¹ Bordeaux 22 oct. 2009 ; Dr ; fam. 2010, p. 3, obs. Lamarche, dans cette affaire le prénom choisi par les parents était « Canta »

¹²⁸² Versailles 7 oct. 2010, *AJ fam.* 2011. 53, obs. Chénéde pourvoi rejeté par Civ.15 fév. 2012 n° 10-27.512 et n° 11-19.963, Bull. I, N° 32 ; D 2012.552, *AJ fam.* 2012.231, obs Lambert ; *RTD civ.* 2012. 287, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2012.819, note Pierroux

¹²⁸³ TGI Valenciennes du 24 sept. 2014 ; les juges ont refusé le prénom «Nutella» au motif qu' «il correspond au nom commercial d'une pâte à tartiner ; et il est contraire à l'intérêt de l'enfant d'être affublé d'un tel prénom qui ne peut qu'entraîner des moqueries ou des réflexions désobligeantes», les juges ont choisi le prénom d'Ella pour remplacer celui de «Nutella»

¹²⁸⁴ TGI Valenciennes du 17 nov. 2015, les juges ont considéré que le prénom « Fraise » était contraire à l'intérêt de l'enfant car il sera «nécessairement à l'origine de moqueries et de l'expression «ramène ta fraise»

¹²⁸⁵ TGI Bordeaux 20 mars 2008 ; *Dr. fam.* avr. 2008 p. 3, obs. Lamarche ; *RTD civ.* 2008. 270, obs. Hauser

¹²⁸⁶ CA Montpellier ch. 1, Sect. C., 4 oct. 2006 s. c/ U.B ; *Jurisdata* n° 2006-323114

¹²⁸⁷ Art. 57 alinéa 4 C. civ.

¹²⁸⁸ Art. 57 alinéa 2 C. civ.

¹²⁸⁹ Loi n° 55-1465 du 12 nov. 1955 relative à l'adjonction de prénoms et modification de prénoms figurant dans l'acte de naissance

¹²⁹⁰ Loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 citée supra sous 1017

¹²⁹¹ CEDH B.C c/France 25 mars 1992 n° 13343/87, D 1993. 101, note J.P. Marguénaud ; *JCP G* 1992.II.21955, n. Th. Garé ; *Defrénois* 1992, art. 35334, 2^{ème} esp. ; la Cour a estimé que l'Etat français en refusant le changement d'état civil a porté atteinte au droit de la personne d'avoir une vie privée et a contredit ses engagements au regard de l'article 8 de la CESDH

de jurisprudence¹²⁹² ; jurisprudence réitérée à plusieurs reprises¹²⁹³ malgré la résistance des juges du fonds¹²⁹⁴.

D'après la Haute juridiction l'intérêt légitime s'apprécie *in concreto* au moment où les juges statuent au vu des éléments existants¹²⁹⁵, et qui peut évoluer avec le temps. Ainsi les convictions religieuses sont de nature à justifier, certes un intérêt réel mais aussi légitime¹²⁹⁶.

Avec la loi du 18 novembre 2016¹²⁹⁷ la procédure de changement de prénom a été déjudiciarisée, ainsi «*toute personne peut demander à l'Officier d'Etat civil de changer de prénom*»¹²⁹⁸, «*La demande est remise à l'officier de l'état civil du lieu de résidence ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé. S'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, la demande est remise par son représentant légal. L'adjonction, la suppression ou la modification de l'ordre des prénoms peut également être demandée*».

«*Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis*»¹²⁹⁹, et «*la décision de changement de prénom est inscrite sur le registre de l'état civil*»¹³⁰⁰.

Cependant, l'Officier d'état civil qui estime que la demande ne revêt pas un intérêt légitime ou si elle est contraire à l'intérêt de l'enfant, doit saisir sans délai le procureur de la République¹³⁰¹.

¹²⁹² Cass. Ass. Plén. 11 déc. 1992, deux arrêts n° 91-12.373 et 91-11.900, Bull. Civ. Ass. Plén. n° 13 ; *JCP G* 1993.II.21991, concl. Joël, n. J.P. Mémeteau ; *Gaz. Pal.* 15 avr. 1993 *Deffrénois* 1993 art. 35.505 ; *GAJ civ.* 13^{ème} éd. 2015 n° 26-27 : les juges ont indiqué que «*lorsque la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne [...] ne possède plus toutes les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'appartenance ; le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification* »

¹²⁹³ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012 deux arrêts n° 10-26.947 et 11-22.490, Bull. civ. I, n° 123 et 124 ; *D.* 2012.1648, n. Fr. Villia ; *AJ fam.* 2012.405 ; obs. B. de Boysson ; *RTD civ* 2012.512 ; obs. J. Hauser ; V. aussi Civ. 1^{ère} 13 fév. 2013 n° 11-14.515 et 12-11.949, Bull. civ. ; *JCP G* 2013.950, n° 2 obs. Chr. Byk ; *AJ Fam.* 2013.182, n. G. Vial

¹²⁹⁴ CA Nancy 3 janv. 2011 ; V. aussi CA Paris 27 janv. 2011, *JCP G* 2011.480 ; V. aussi TGI Brest 15 déc. 2011 ; *JCP G* 2012.100, n. J. Dubarry ; V. aussi TGI Limoges 20 mars 2012 ; V. enfin CA Versailles, 22 mars 2012 ; *JCP G* 2012 .697, obs. J. Dubarry

¹²⁹⁵ Civ. 1^{ère}, n° 88-15.150 du 6 mars 1990, M. Karabaghi né en 1918 en Algérie, de nationalité française et de confession musulmane à reçu à sa naissance le prénom de Mourad, mais par jugement du 23 juin 1976 l'autorise à substituer à son prénom de naissance le nouveau prénom de Marcel-Paul afin de lui permettre une meilleure intégration au sein de la communauté française. Cependant le 16 janvier 1987 M. Karabaghi présente une nouvelle requête pour l'autoriser à reprendre son prénom de naissance car le prénom chrétien qu'il a reçu est pour lui un obstacle à la pratique de sa religion, lui interdisant un pèlerinage à La Mecque.

¹²⁹⁶ Civ. 1^{ère}, n° 97-14.794 du 22 juin 1999, Bull. 1999.I n° 211 p. 137, dans cette affaire le requérant né au Maroc en 1962 sous le prénom de Hajjaj a épousé en 1987 une française puis a acquis la nationalité française ainsi que le changement de son prénom en celui de Julien. Après son divorce il a épousé en secondes noces Mme Aziza Y et a demandé en 1995 à reprendre son prénom d'origine en soutenant une perte d'identité dans ses rapports avec son pays d'origine et ses traditions religieuses ; V. aussi Civ. 1^{ère} 2 mars 1999, dans cette affaire le requérant souhaitait reprendre son prénom d'origine car il se sentait isolé au sein de la famille du fait de la constitution d'un foyer avec une femme de confession musulmane et dont les cinq enfants portaient tous des prénoms arabes ; V. aussi CA Paris du 17 janv. 2002, *D* 2002.69, dans cette affaire le requérant souhaitait substituer le prénom de Mohamed à celui de David car il était rejeté par sa famille, la Cour a jugé qu'il s'agissait d'un intérêt légitime ; V. aussi CA Paris 1^{ère} ch. du 26 sept. 1996, dans cette affaire la requérante Marie-Christine Angèle Bellec s'est convertie au judaïsme lors de son mariage avec M. Hussan en 1979 ; le TGI de Nanterre le 24 janvier 1980 a adjoint le prénom de Sarah à celui de Marie-Christine Angèle. Puis le 19 janvier 1996 le juge aux affaires familiales de Paris a rejeté une nouvelle demande de la requérante en vue de la suppression du prénom Marie-Christine du fait qu'elle est très impliquée dans la communauté juive et que ce prénom chrétien lui pose problème.

¹²⁹⁷ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 dite loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle

¹²⁹⁸ Art 60 alinéa 1^{er} C. civ.

¹²⁹⁹ Art. 60 alinéa 2 C. civ

¹³⁰⁰ Art 60 alinéa 3 C. civ

¹³⁰¹ Art 60 alinéa 4 C. civ

Si le procureur s'oppose à ce changement le demandeur ou son représentant légal peut saisir le juge aux affaires familiales.

Le droit au nom en sa qualité de droit de la personnalité bénéficie à ce titre d'une protection.

SECTION III

LA PROTECTION DU DROIT AU NOM

Le nom de famille qui permet l'identification de l'enfant mineur tant au sein de la famille qu'à l'égard des tiers bénéficie d'une protection contre l'usurpation et l'utilisation abusive.

Cette protection qui profite à toute personne portant légitimement le nom de famille¹³⁰² lui permet d'interdire aux tiers, d'utiliser indûment le nom de famille qui pourrait créer une confusion.

Cette usurpation du nom illicite ne peut donner lieu à contestation que si l'on porte légitimement et exactement le même nom que celui usurpé, conditions exigées par la jurisprudence¹³⁰³.

Le droit au nom appartient «collectivement à la famille», ce qui permet à chaque membre de la famille dont l'un des ancêtres a porté le nom objet du litige d'agir. Cela implique que même les membres de la famille qui ne portent pas le nom dont il s'agit puissent agir : les femmes mariées et les descendants de la femme mariée¹³⁰⁴.

L'existence de cette action repose sur la protection de la propriété du nom de famille. Aussi il faut et il suffit que la personne ait un intérêt à agir, peu importe qu'il y ait ou non une faute du défendeur et de l'existence d'un préjudice pour le demandeur.

¹³⁰² Le port du nom de famille est acquis lorsqu'il repose sur un titre ou une possession «constante, prolongée, loyale, continue et notoire», dans ce cas l'appréciation de cette possession dépend des circonstances de fait

¹³⁰³ Cf. Aff. *Arbellot de Rouffignac* qui a donné lieu à 20 ans de procès. En l'espèce le marquis Martial de Roffignac avait entendu interdire à la famille Abellot de se faire appeler Arbellot de Ruffignac ou de Rouffignac ou Rouffignac. Civ. 1^{ère} n° 73-13.793 du 7 janv. 1975, Bull. civ. I, n° 6 RTD civ. 1976.692, obs. R. Nerson ; Jacques-Marie Arbellot, fils de Jean-Jacques, réussit dans la tierce-opposition qu'il forme contre le dernier arrêt de la Cour d'appel de Poitiers : «*Si un intérêt moral justifie la défense d'un nom patronymique anciennement connu et porté au cours des siècles, encore faut-il que celui qui entend défendre ce nom le porte effectivement [...] ; tel n'est pas le cas pour de Rouffignac qui n'est identique au sien ni phonétiquement ni graphiquement*»

¹³⁰⁴ Civ. 1^{ère} 5 févr. 1968, aff. du prince du Luxembourg, Bull. civ. I n° 49 ; JCP 1968.II.15670 ; *Gaz. Pal.* 1968.I.264 : «*Le droit de contester le nom usurpé n'est pas restreint, dans la famille, aux personnes qui portent légitimement son nom ; tous ses membres ont un droit égal d'empêcher qu'un étranger puisse prétendre se rattacher à leur maison*». En l'espèce la comtesse de Dreux-Brézé, le comte de Bouillé et le comte de Durfort agissant en qualité de descendants du prince de Luxembourg décédé en 1878 sans postérité, ont interdit à un sieur Tandefeld de porter le nom de prince, comte ou baron de Ligny-Luxembourg

Cependant toute utilisation du nom de famille ne constitue pas une usurpation. Ainsi l'utilisation du nom de famille à titre commercial ou romanesque ne porte pas atteinte à l'honneur de la famille mais peut être à l'origine d'une confusion préjudiciable au détriment du titulaire du nom qui peut alors en interdire l'usage abusif.

Ainsi l'utilisation commerciale du nom de famille d'autrui sans autorisation est interdite pour les noms célèbres¹³⁰⁵ lorsqu'il y a risque de confusion.

Le nom de famille bien qu'étant un droit extrapatrimonial ainsi qu'un droit de la personnalité peut faire l'objet d'une patrimonialisation.

En effet, la jurisprudence qui a eu à se prononcer sur des affaires dans lesquelles le nom de famille du fondateur était la dénomination de la société ou du fonds de commerce qu'il avait créée et était devenu à ce titre une propriété incorporelle, a décidé qu'il pouvait faire l'objet d'une cession.

Dans un premier temps, la Cour de cassation dans l'arrêt Bordas du 12 mars 1985¹³⁰⁶ a indiqué que *«le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom patronymique qui empêche son titulaire d'en disposer librement pour identifier au même titre une autre personne physique ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial»*.

Puis dans l'affaire Ducasse, la Haute juridiction a considéré, dans un arrêt du 6 mai 2003¹³⁰⁷, qu'*«il n'était pas établi ni même allégué que M. Alain Ducasse aurait renoncé à ses droits de propriété incorporelle sur son patronyme»*.

Ainsi le nom de famille peut faire l'objet d'un accord sur son utilisation comme dénomination commerciale ou nom commercial à la condition que son titulaire y ait expressément consentie et ait renoncé à ces droits de propriété incorporelle sur son nom.

Le droit au nom est aussi protégé par l'article 8 de la CESDH. Ainsi, la CEDH a-t-elle

¹³⁰⁵ Paris 24 janv. 1942, Duc de Luynes, D. 1962.639, interdiction d'utiliser le nom de Luynes sans son accord pour faire commerce de rouge à lèvres ; V. sens contraire autorisation Com. 21 oct. 1997, de Choiseul Bull. civ. IV, n° 278 ; D.1991, IR, 249 ; JCP G 1998.II.10071, n. J. Casey ; RTD civ. 1998.-340 obs. J. Hauser ; RTD com. 1998.152, obs. Cl. Champaud et D. Danel ; «M. de Choiseul ne démontre pas que l'existence de la marque soit de nature à créer une confusion avec sa personne» : le titre de noblesse avait été attribué au duc de Praslin le nom porté était Choiseul

¹³⁰⁶ Com. 12 mars 1985 aff. Bordas, Bull. civ. IV n° 95 ; D. 1985.471 n. appr. J. Ghestin, JCP G 1985.II.20400, concl. Montanier, n. crit. G. Bonnet ; Gaz. Pal. 1985.I.245 n. G. Le Tallec, Gaj. Civ. 12^{ème} éd. 2007 n° 23, dans cette affaire M. Pierre Bordas, avait créée une société d'édition portant son nom de famille puis la majorité des actions ayant changé de mains M. Bordas demissionna de son poste de président-directeur général et voulu interdire la société dans laquelle il n'avait plus d'intérêts de porter son nom ; V sens contraire

¹³⁰⁷ Com. 6 mai 2003 aff. Alain Ducasse, Bull. civ. IV, n° 69 ; D. 2003.2228, n. Grég. Loiseau, som. 2629, obs. S. Durande ; AJ 1565, obs. J. Daleau ; 2004, som. 268, obs. J.-C. Hallouin. Dans cette affaire Alain Ducasse, chef cuisinier, dont le nom est devenu notoire dans la gastronomie, avait constitué avec d'autres associés la sté Alain Ducasse Diffusion (sté ADD) à laquelle il avait apporté son nom ; déposant par la suite son nom de famille en une marque de fabrique pour sa propre entreprise, il demanda alors la nullité du dépôt effectué par la sté ADD : cassation de l'arrêt qui l'avait débouté au motif qu'il n'était pas établi ni même allégué que M. Alain Ducasse aurait renoncé à ses droits de propriété incorporelle sur son patronyme»

affirmé en 2003¹³⁰⁸, qu'«*en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne concerne la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'État et la société aient intérêt à en réglementer l'usage n'y met pas obstacle, car ces aspects de droit public se concilient avec la vie privée conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial*».

Pour Philippe Malaurie¹³⁰⁹ «*il existe entre la filiation et le nom une interaction. La filiation transmet le nom et, inversement le nom peut contribuer à prouver la filiation car étant un élément de la possession d'état (nomen, tractatus et fama, art. 311-1)*».

De cette affirmation on peut en déduire l'importance pour l'enfant mineur de prendre le nom de son ou ses géniteurs, de son ou ses adoptants ou plus généralement de ses parents.

Le nom c'est l'appartenance à une famille, à une lignée, à un groupe. Depuis la loi de 2002 qui permet aux parents de choisir le nom de famille à donner à leur enfant, le pas à des modifications notables dans la transmission du nom été franchi.

Le nom interdépendant de la filiation est aussi la réponse à l'article 7 de la CIDE qui reconnaît à l'enfant mineur le droit au nom ainsi que le droit de connaître de ses parents et d'être élevé par eux.

Mais l'état civil de l'enfant ne serait pas complet sans l'attribution d'un ou de plusieurs prénoms. Le prénom est la finalité de l'individualisation de l'enfant mineur vis-à-vis des autres membres de la famille et des tiers.

Bien que les parents¹³¹⁰ jouissent de la liberté du choix du prénom ou des prénoms de l'enfant mineur, cette liberté n'est toutefois pas absolue : la limite est et demeure l'intérêt de l'enfant.

En effet, le ou les prénoms choisis par les parents ne doivent être contraires à l'intérêt de l'enfant ; intérêt dont l'interprétation *in concreto* par les juges dépendra de l'espèce.

«*Lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'Officier de l'état civil en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci*

¹³⁰⁸ CEDH Mustafa c/France du 17 juin 2003 Req. n° 63056/00 ; V. aussi CEDH, req. n° 16213/90 du 22 fév. 1994 Bughartz c/Suisse D 1995.5, n. J.P Marguénaud ; *JCP G* 1995.I.3823, n. 31, obs. Fr. Sudre : le nom «*en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille*» intéresse la vie privée et familiale de l'individu

¹³⁰⁹ Ph. Malaurie et L. Aynès, Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs, Droit civil, 7^e éd. LGDJ p.45

¹³¹⁰ Art. 57 C. civ. cité supra

peut saisir le juge aux affaires familiales». ¹³¹¹

Le Juge aux affaires familiales peut alors, s'il estime le prénom non conforme à l'intérêt de l'enfant ordonner sa suppression sur les registre de l'état civil et attribuer lui-même un prénom à l'enfant ¹³¹².

Quant à la jurisprudence qui veille à ce que l'intérêt de l'enfant soit l'élément primant tout autre intérêt lors du prononcé de sa décision, elle doit aussi veiller à ce que sa décision soit motivée.

En effet, l'intérêt de l'enfant présente un caractère subjectif c'est pourquoi les juges doivent motiver leur décision.

S'agissant de la protection du droit au nom de famille, la responsabilité à agir repose sur les parents titulaires des prérogatives nécessaires ¹³¹³ à la défense de l'intérêt de l'enfant. L'enfant mineur devant, dans son intérêt être entendu ¹³¹⁴ sur toute question l'intéressant.

Contrairement à une idée bien ancrée il n'est pas nécessaire d'être âgé de treize ans pour pouvoir être entendu par un juge : il suffit que le mineur soit capable de discernement.

L'article 388-1 du Code civil énonce à cet effet : *« Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande »* ¹³¹⁵.

Enfin, les parents doivent associer l'enfant mineur aux décisions qui le concernent ¹³¹⁶. Ainsi l'enfant informé de l'action en protection de nom pourra demander à être entendu par le juge, et sa demande est de droit.

L'intérêt de l'enfant est la seule condition nécessaire à son audition, tout comme cet intérêt est l'élément primordial dans chaque décision concernant l'enfant mineur.

Nous allons maintenant aborder le domicile bien qu'il ne soit pas une composante de l'état de la personne il n'en demeure pas moins attaché la personnalité, c'est pourquoi nous lui consacrons le chapitre V qui suit.

¹³¹¹ Art. 57 alinéa 3 C. civ. cité supra

¹³¹² Art. 57 alinéa 4 C. civ. cité supra

¹³¹³ Art. 371-1 C. civ. cité supra

¹³¹⁴ Art. 12 CIDE

¹³¹⁵ Art. 388 alinéas 1 et 2 C. civ.

¹³¹⁶ Art. 371-1 alinéa 4 C. civ.

CHAPITRE V

LE DOMICILE

Le droit positif donne une définition précise du domicile et prévoit le principe de l'unicité du domicile.

Toute personne jouit de la liberté de choisir son domicile (Section I) qui revêt un caractère spécifique et qui est protégé (Section II).

SECTION I

LA LIBERTE DE CHOIX DU DOMICILE

Toute personne n'a qu'un seul nom, qu'un seul patrimoine ainsi qu'un seul domicile ; le droit affirme l'unicité du domicile¹³¹⁷ mais la jurisprudence a reconnu l'existence d'un domicile apparent¹³¹⁸.

Toute personne peut changer de domicile et ce «*changement s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement*»¹³¹⁹.

Ainsi le précédent domicile se conserve si l'intention d'en adopter un nouveau n'est pas établie avec certitude¹³²⁰, et ce même si l'absence se prolonge¹³²¹.

Le domicile s'oppose à la résidence qui est une situation de fait où réside une personne lorsqu'elle est hors de son domicile.

L'article 102 alinéa 1^{er} du Code civil définit le domicile comme «*le lieu où la personne a son principal établissement*».

La détermination du domicile, comme l'a rappelé la Cour de cassation est une question de fait qui relève de l'appréciation des juges du fond¹³²² qui prennent en considération un certain nombre d'éléments qui servent à le caractériser : paiement des impôts, inscription sur les listes électorales, attaches familiales, réception de la correspondance¹³²³.

La loi donne une définition du domicile différente de celle contenue dans le Code civil, notamment en matière électorale¹³²⁴, fiscale¹³²⁵, ainsi que pour le domicile de secours¹³²⁶.

¹³¹⁷ Req. 1^{er} fév. 1911 ; *DP* 1913. 1. 400

¹³¹⁸ Civ. 1^{ère} 31 janv. 1968 ; Bull. civ. I n° 41 pour l'assignation devant le tribunal du domicile apparent

¹³¹⁹ Art. 103 C.civ.

¹³²⁰ Soc. 8 juin 1951 : D. 1951. 510 (1^{ère} esp.)

¹³²¹ Cass. civ. 1^{ère} 17 nov. 1981 n° 80-14.728, Bull. civ. I n° 341

¹³²² Civ. 1^{ère} 12 fév. 1980, n° 78-14.347, Bull. civ. I, n° 50 ; V. aussi Civ. 1^{ère} 22 nov. 1989 ; *ibid* I, n° 359 jurisprudence constante

¹³²³ Cass. civ. 1^{ère} 13 janv. 1919 : D. 1922. 150 ; V. aussi Civ. 1^{ère} 25 juin 1980 ; Bull. civ. I n° 1999 ; V. aussi Civ. 2^{ème} 19 avr. 1984 n° 84-60.160, Bull. 1984, II, n° 65

¹³²⁴ Art. L 11 C. électoral

¹³²⁵ Art. 4 B CGI

¹³²⁶ Art. L 122-2 et L 122-3 CASF ; V. CE 28 juill. 1989 ; *RDSS* 1990. 132, concl. Tuot ; V. aussi CE 9 avr. 1993 Dpt de Paris : D. 1993. IR 125 (au bénéfice d'un réfugié) ; V. encore CE 9 avr. 1993 Dpt de l'Allier : *Gaz. Pal.* 1994. 1. 97 (domicile de secours pour un enfant mineur) ; V. enfin CE 25 mars 1998 Dpt de la Cote-d'Or ; *RFDA* 1998. 663 (domicile de secours et admission dans un établissement sanitaire et social)

En droit pénal le domicile consiste en toute habitation même temporaire à condition qu'elle soit réelle¹³²⁷.

La Cour de cassation¹³²⁸ a rappelé en droit du travail que *«toute personne dispose de la liberté de choisir son domicile et que nulle personne ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché»*.

S'agissant du domicile de l'enfant mineur non émancipé, ce dernier n'a d'autres choix que d'être domicilié chez ses pères et mères¹³²⁹ ; les professeurs Malaurie et Aynès¹³³⁰ parlent pour l'enfant mineur *«du domicile d'emprunt»*.

L'enfant mineur *«ne peut, sans permission des pères et mères, quitter la maison familiale et il ne peut être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi»*¹³³¹.

Pour la CEDH *«pour un parent et son enfant être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale»*¹³³², mais l'obligation des autorités nationales de prendre des mesures facilitant la réunion d'un parent avec son enfant doit être examinée dans l'intérêt de l'enfant, et la Cour rappelle que cette obligation n'est pas absolue¹³³³.

Si ces pères et mères ont un domicile distinct, l'enfant mineur non émancipé est domicilié chez celui des parents avec lequel il réside à condition que cette résidence ne résulte pas *«d'une voie de fait»*¹³³⁴.

S'agissant de l'enfant mineur confié à l'aide sociale à l'enfance, son domicile reste celui de ses pères et mères tant que ces derniers conservent l'autorité parentale et c'est donc cette adresse qui doit figurer sur la carte nationale d'identité de l'enfant mineur ; il en va autrement lorsqu'ils sont privés de l'autorité parentale. Dans ce cas l'adresse devant figurer sur la carte nationale d'identité de l'enfant mineur placé est celle de l'organisme d'accueil¹³³⁵.

¹³²⁷ Art. 126-4 C. pén

¹³²⁸ Soc 28 févr. 2012, n° 10-18.308, Bull 2012, V, n° 78, Soc. 23 sept. 2009, n° 08-40.434, Bull. 2009, V, n° 190, BICC n° 717 du 1^{er} mars 2010, V ; enfin Soc. 12 juill. 2005 n° 04-13.342, Bull. 2005, V, n° 241

¹³²⁹ Art. 108-2 C. civ ; V. A. Gouttenoire *«Le logement de l'enfant»* AJ fam. 2008.371

¹³³⁰ P. Malaurie et L. Aynès *«Droit des personnes la protection des mineurs et des majeurs»*, 8^{ème} éd. LGDJ, Lextenso p.96

¹³³¹ Art 371-3 C. civ et art. 9 CIDE

¹³³² CEDH Olsson C/Suède 24 mars 1988, *JDI* 1989, obs. P. Tavernier ; RSC 1988, p. 573, obs. L-E. Pettiti § 59 ; V. aussi CEDH Elshotz c/Allemagne, req. n° 25735/94 du 13 juill 2000 : *JCP* 2001.1.291 n° 32, obs. Sudre ; V. aussi CEDH sect. IV 27 avr. 2000 L c/Finlande n° 25651/94 ; V. aussi CEDH Sect. II 13 mai 2003 Chandra c/Pays-Bas n° 53102/99

¹³³³ CEDH Sect. IV 23 sept. 2003 Hansen c/Turquie n° 36141/97

¹³³⁴ Civ. 1^{ère} 9 oct. 1991 n° 90-14.415, Bull. 1991, I, N° 257, *Défrénois* 1992. 312, obs. Massip

¹³³⁵ Art. 2 décret n° 2016-1460 du 28 oct. 2016

Toutefois, si le mineur réside chez un tiers, l'article 108-2 du Code civil étant inapplicable, il faut alors revenir à la référence du principal établissement¹³³⁶, et considérer que le mineur est domicilié chez la personne chez laquelle il réside habituellement.

S'agissant du mineur qui n'a plus de parents, son domicile est alors celui de son tuteur¹³³⁷ mais lorsqu'il devient capable, par émancipation ou à sa majorité, il a alors le choix de sa résidence, la Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt en 1981¹³³⁸.

Enfin le domicile est un lieu de stabilité pour l'enfant mineur qui peut alors s'épanouir dans de bonnes conditions, c'est pourquoi l'article 215 alinéa 3 du Code civil dispose «*Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni*».

Enfin le domicile est protégé, c'est ce que nous allons voir.

¹³³⁶ Art. 102 C. civ

¹³³⁷ Civ 1^{ère} n° 93-17.865 du 20 juin 1995 Bull. civ. I, n° 272, *Defrénois* 1996, art. 36272, n° 10 : «*Le mineur en tutelle est domicilié chez son tuteur* » et ce peu importe que l'enfant réside ailleurs

¹³³⁸ Civ 2^{ème} 28 janv. 1981, Bull. civ. II, n° 19. Dans cette espèce un père exigeait de «*subordonner sa contribution à l'entretien de ses enfants majeurs poursuivant des études à la condition qu'ils résident avec lui au domicile conjugal ce qui lui permettrait de surveiller leurs études*» alors que les enfants avaient décidé d'aller vivre chez leur mère à leur majorité ; leurs parents étaient en instance de divorce. La Cour a refusé la requête du père.

SECTION II

LE RESPECT DU DOMICILE

Le domicile est protégé tant par la loi pénale¹³³⁹, la Constitution¹³⁴⁰, que la CESDH¹³⁴¹ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³⁴².

La Cour européenne veille au respect du domicile tel qu'il est protégé par l'article 8 de la Convention mais elle ne reconnaît pas le droit au logement¹³⁴³, même si elle estime que la perte du logement constitue une violation du principe du respect du domicile.

Puis la CEDH a ensuite tempéré ce principe quand les intérêts en cause sont purement privés¹³⁴⁴.

Mais la CEDH va plus loin en se fondant sur l'article 8 de la CESDH en affirmant «*un droit au respect du domicile*» impliquant notamment le droit de vivre dans un environnement sain¹³⁴⁵.

De son côté la Cour de cassation veille également au respect du domicile¹³⁴⁶. Il en résulte non seulement l'inviolabilité du domicile mais également le respect de l'intimité et la vie privée¹³⁴⁷.

¹³³⁹ Art 226-4 C. pén.

¹³⁴⁰ C.C. 29 déc. 1983 Perquisitions fiscales, *JCP G* 1984.II.20160 ; Grandes décisions CC., 16^{ème} éd. 2011, n° 17 ; V. aussi C.C. 16 Juill. 1996, Perquisitions antiterroristes D 1997.69, n.B. Mercuzot ; 1998, som. 154, obs. Th. Renoux : «Les exigences de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile» sont des principes constitutionnels [...]

¹³⁴¹ CEDH 18 janv. 2001 Chapman c/Royaume-Uni, req. n° 27238/95, *JCP G* 2001.I.342, n° 20 ; obs. Fr. Sudre ; Grands Arrêts CEDH, 6^{ème} éd. 2011, N° 48 : «*l'article 8 de la Convention comporte le droit de toute personne au respect de son domicile actuel [...] ; il impose aux Etats contractants l'obligation positive de permettre aux Tsiganes suivre leur mode de vie*» §96

¹³⁴² Art 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 déc. 2000

¹³⁴³ CEDH 29 nov. 2018 F.J.M. c/Royaume-Uni, req. n° 76202/19 ; V. aussi CEDH 24 avr. 2012 req. n° 25446/06 Yordonova et autres c/Bulgarie, D 2012.1270 ; V. aussi 17 oct. 2013, req. n° 27013/07 Winterstein et autres c/France, *AJDA* 2013.2061, *ibid* 2014.147 chron. L. Bourgogne-Larsen, D 2013-2678, note J.P. Marguénaud et J. Mouly, *ibid* 2014-238, obs. J.F. Renucci, *ibid* 445, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. parrot, *AJDI* 2014.500, Etude F. Zitouni, *AJCT* 2014-165, obs. E. Péchillon

¹³⁴⁴ CEDH 12 juill. 2016 Vrzić c/ Croatie, req. n° 43777/3

¹³⁴⁵ CEDH 9 déc. 1994 Lopez Ostra c/Espagne, req. n° 16798/90, *JCP G* 1995.I.3823, n° 33, obs. Fr. Sudre ; *RTD* civ. 1996.507, obs. J.P. Marguénaud ; Grands arrêts CEDH 6^{ème} éd. 2011, n° 3, «*des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée*» § 51 ; V. aussi CEDH 16 nov.2004, req. n° 4143/02 Moreno Gomez, *JCP G* 2005.I.103 n° 12, obs. Fr. Sudre. Ces atteintes peuvent être «*immatérielles ou incorporelles, telles que les bruits, les émissions et autres ingérences*»

¹³⁴⁶ Civ.3^{ème} 17 déc. 2015 n° 14-22.095, Bull. 2016. 841 3^{ème} civ. n° 601 *AJDA* 2015.2467, D 2016.72, *ibid* 1028 chron. A-L Méano, V. Georget et A-L Collomb ; *AJDI* 2016-667, chron. F. Zitouni, *RDI* 2016.100, obs P. Soler-Couteaux, *AJCT* 2016.283, obs. E. Péchillon, *RTD* civ. 2016.398, obs. W-Dross, *ibid* 449, obs N. Cayrol ; V. aussi 17 mai 2018 n° 16- 15.792, D 2018.1071, *ibid* 1772, obs. L. Neyret et N. Reboul-Maupin ; *RDI* 2018-446, obs. J-L. Bergel ; *RTD* civ. 2018.708, obs. W. Dross

¹³⁴⁷ Civ 3^{ème} 25 fév. 2004, Bull. civ. III, n° 41

La Cour d'appel de Paris dans un arrêt de 1986 (affaire Chantal Nobel)¹³⁴⁸ a élargi le domaine du respect du domicile en reconnaissant la chambre d'hôpital comme le domicile privé du patient pendant le temps où il y réside.

La CIDE énonce «*que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident [...] que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant*»¹³⁴⁹, que «*Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile [...]*»¹³⁵⁰ et qu' «*il a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes*»¹³⁵¹.

L'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale et une norme générale qui doit primer toute autre considération (art. 3-1 CIDE et 9-1 CIDE, art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne), aussi quand son intérêt le justifie, il peut être placé dans un foyer afin d'être protégé contre les défaillances et mauvais traitements qui peuvent lui être infligés, il a donc un domicile autre que celui de ses parents.

L'enfant, dans son intérêt, doit avoir un nom, un prénom, une filiation, un domicile ainsi qu'une nationalité.

Nous allons aborder un autre aspect très important qui est en rapport étroit avec la filiation : la nationalité.

¹³⁴⁸ CA Paris 17 mars 1986 Assistance publique de Paris c/ X et autres cité supra p. 286

¹³⁴⁹ Art. 9-1 CIDE

¹³⁵⁰ Art 16-1 CIDE

¹³⁵¹ Art. 16-2 CIDE

CHAPITRE VI

LA NATIONALITE

La nationalité¹³⁵² qui constitue le rattachement d'un individu à un Etat avec lequel il crée un lien juridique et politique, est un droit de l'enfant également consacré par l'article 7-1 de la CIDE¹³⁵³.

Le rattachement d'un enfant mineur à un Etat a pour but de le faire bénéficier de toutes les garanties (liberté de pensée, liberté d'aller et venir, liberté d'expression, liberté religieuse, etc...), et de la protection (justice, éducation, sécurité sociale, soins, etc...) de cet Etat à l'égard de ses citoyens.

En droit interne la nationalité de l'enfant est la conséquence de la filiation établie avec ses parents, mais parfois la nationalité est fondée, comme nous le verrons, «sur le droit au sol».

L'acquisition de la nationalité française peut également résulter d'un «effet collectif»¹³⁵⁴, du mariage ou encore de la volonté de devenir français.

La nationalité s'acquiert par la filiation (Section I), par le droit au sol (Section II), par le mariage (Section III), par l'effet collectif (Section IV) et enfin par la volonté (Section V).

¹³⁵² J.P. Laborde «La nationalité de l'enfant», in *Le droit et les droits de l'enfant*, revue Champs libre (n°6), L'Harmattan, 2007

¹³⁵³ Art. 7-1 CIDE : «*L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance, et a dès celle-ci [...] le droit d'acquérir une nationalité [...]*»

¹³⁵⁴ P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, 2^{ème} éd. Précis Dalloz, p. 299 et p. 319 ; art. 22-1 alinéa 1 C. civ

SECTION I

NATIONALITE ET FILIATION OU *JUS SANGUINIS*

L'article 18 du Code civil dispose : *«est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français»*. Dans ce cas l'acquisition de la nationalité est automatique car elle résulte du lien de filiation qui figure dans l'acte de naissance, et ce, bien que l'enfant ne soit pas né sur le territoire français.

Le test génétique permettant de prouver la filiation en matière d'immigration, d'intégration ou d'asile¹³⁵⁵ ne peut pas être utilisé en matière de nationalité sauf s'il a été obtenu en exécution d'une décision judiciaire offrant *«des garanties équivalentes à celles de l'article 16-1 du Code civil»*¹³⁵⁶, et le Conseil d'Etat se déclare incompétent lorsqu'il s'agit de diligenter un test génétique dans ce cas¹³⁵⁷.

La CEDH¹³⁵⁸ a condamné la France pour ne pas avoir pris en compte des tests génétiques effectués au Canada à l'initiative de la mère des enfants dont la filiation était contestée.

S'agissant de la Cour de cassation¹³⁵⁹, dans un arrêt de 2015, elle a rappelé que *«l'analyse génétique ne pouvait en elle-même servir à établir la nationalité française et que la filiation n'a pas d'effet sur la nationalité»* et a confirmé que *«l'expertise génétique n'est de droit qu'en matière de filiation»*.

Dans le cas où *«l'un des parents est français, l'enfant qui n'est pas né en France aura la faculté dans les six mois précédents sa majorité ou dans les douze mois suivant sa majorité, de répudier la nationalité française»*¹³⁶⁰.

¹³⁵⁵ Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile modifiée par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie

¹³⁵⁶ CAA Nantes 27 fév. 2015 n° 14NT00812, la Cour a rappelé que les tests peuvent être admis s'ils ont été obtenus en exécution d'une décision judiciaire, dans ce cas le Tribunal de première instance ; V. dans le même sens CAA Nantes 5^{ème} ch. du 30 avr. 2014 n° 13NT00784 ; V. sens inverse CAA Nantes 5^{ème} ch. 27 fév. 2015 n° 14NT00474 mais doivent être écartés si le demandeur se les ai procuré sans qu'aucune décision judiciaire l'ait ordonné sur le fondement d'une loi locale *«permettant des garanties équivalentes à celles de l'article 16-1 du Code civil»*

¹³⁵⁷ CE 5 juill. 2004 n° 251773, *AJ fam.* 2005. 66, obs. F. Chénéde

¹³⁵⁸ CEDH 10 juill. 2014 Senigo Longue et autres c/ France Req. n° 19113/09

¹³⁵⁹ Civ 1^{ère} 23 sept. 2015 pourvoi n° 14-14.539 inédit

¹³⁶⁰ Art 18-1 C. civ

Pour déterminer la filiation de l'enfant il faut appliquer la loi que la règle ordinaire de conflit désigne¹³⁶¹.

L'acquisition de la nationalité française peut aussi être la conséquence d'une adoption plénière¹³⁶², dans ce cas la nationalité de l'adoptant s'apprécie au jour du dépôt de la requête en adoption plénière¹³⁶³.

S'agissant d'une adoption simple ou d'une adoption étrangère assimilée à une adoption simple¹³⁶⁴, l'acquisition de la nationalité française n'a pas lieu de plein droit¹³⁶⁵, elle devra être demandée par l'enfant adopté jusqu'à sa majorité pour cela il faut en principe qu'il soit domicilié, lors de sa demande, en France.

La loi offre également la possibilité «aux personnes ayant joui d'une façon constante, de la possession d'état de Français» d'obtenir la nationalité française à condition que cette possession d'état ait duré pendant dix ans avant la déclaration¹³⁶⁶.

Enfin l'adoption d'un enfant étranger n'est pas possible lorsque sa loi personnelle la prohibe ce qui concerne la plupart des enfants originaires du Magreb¹³⁶⁷. Aussi pour contourner cette prohibition la solution réside dans l'acquisition de la nationalité française par l'enfant qui a été recueilli et élevé par une personne de nationalité française depuis au moins cinq ans¹³⁶⁸. Cependant pour la Cour de cassation¹³⁶⁹ l'enfant ayant fait l'objet d'une *Kafala* ne suffit pas toujours pour remplir les conditions d'accueil exigées par les dispositions du Code civil pour l'acquisition de la nationalité française, et la Haute juridiction a indiqué les conditions dans lesquelles un enfant recueilli en *Kafala* pouvait faire l'objet d'une adoption après l'acquisition de la nationalité française¹³⁷⁰.

¹³⁶¹ Art. 311-14 C. civ

¹³⁶² Art. 20 alinéa 2 et 18 C. civ ; CE 17 juill. 2013 n° 366674

¹³⁶³ Civ 1^{ère} 13 Fév. 2019, n° 18-50.012 P : D 2019. 382, *AJ Fam.* 2019.153, obs. Salvage-Gerest

¹³⁶⁴ Paris 31 mai 1990 ; D. 1991. 248, note Lagarde (adoption vietnamienne)

¹³⁶⁵ Art 21-12 C. civ.

¹³⁶⁶ Art. 21-13 C. civ ; la possession d'état de Français consiste notamment dans le fait pour la personne de s'être considérée comme tel et d'avoir été traitée et regardée comme tel par les autorités françaises : Paris 4 nov. 1997 : D 1998. 279, note Guiho ; la possession d'état doit être de bonne foi : Paris 13 mai 1993 : D. 1993. 483, note Guiho ; la possession d'état ne se limite pas au seul port du nom mais suppose que l'intéressé soit considéré par le public comme ayant cette qualité et qu'il assume les obligations qui y sont attachées : Civ. 1^{ère} 11 juin 1991 n° 89-16.107, Bull. 1991, I, N° 197, P : Rev. Crit. DIP 1992. Somm. 745. ; V. aussi Civ. 1^{ère} 24 nov. 1993 n° 91-16.662, Bull. 1993, I, N° 340 P : rev. Crit. DIP 1994. 63, note P. Lagarde

¹³⁶⁷ D'après le Coran «Allah n'a pas mis à l'homme deux cœurs en son sein (...). De vos fils adoptifs, il n'a point fait vos fils» Sourate 33 4.

¹³⁶⁸ Art. 21-12 alinéa 3 C. civ

¹³⁶⁹ Civ 1^{ère} 14 avr. 2010, n° 08-21.312, D. 2010 1075, obs I. Gallemester ; *ibid* p. 1904, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ. Fam.* 2010. 273, obs. F. Chénéché

¹³⁷⁰ Civ 1^{ère} 4 déc. 2013 n° 12-26.161 ; «Chronique droit de la famille», JCP 2014, p. 43, obs. H. Bosse-Platière

L'enfant ayant acquis la nationalité française pourra ainsi être adopté en vertu de l'article 348-2 du Code civil¹³⁷¹.

Après avoir abordé l'acquisition de la nationalité *jus sanguinis*, nous allons aborder l'acquisition de la nationalité *jus soli*.

SECTION II

NATIONALITE ET « DROIT AU SOL » ou *JUS SOLI*

Les enfants nés sur le territoire français peuvent bénéficier de la nationalité française sous certaines conditions.

Tout d'abord l'enfant né en France de parents inconnus¹³⁷² aura la nationalité française mais si sa filiation est établie au cours de sa minorité à l'égard d'un étranger, il a alors, conformément à la loi nationale de son auteur, la nationalité de celui-ci.

L'enfant né en France de parents apatrides¹³⁷³ a la nationalité française, tout comme l'enfant né en France de parents étrangers¹³⁷⁴ et à qui il n'est attribué par les lois étrangères la nationalité d'aucun des deux parents.

Enfin, l'enfant né en France de parents étrangers qui a résidé en France au moins cinq ans depuis l'âge de onze ans, acquiert de plein droit à sa majorité la nationalité française à condition qu'il réside en France à cette date¹³⁷⁵.

Mais l'acquisition de la nationalité française peut découler du mariage à condition toutefois que le consentement au mariage soit réel et sérieux.

¹³⁷¹ CA et Paris du 15 févr. 2011 N° 10/12718, *AJ. Fam* 2011. 320, obs. M. Douris

¹³⁷² Art. 19 C. civ

¹³⁷³ Art 19-1 C. civ ; Paris 13 avr. 1972 : JDI. 1972.817, note Aymond ; Rev. Crit. DIP 1972. 605, note P. Lagarde et sur pourvoi ; Civ 1^{ère} 8 janv. 1974 n° 72-12.612, Bull. civ. 1, N° 10 ; JDI 1974

¹³⁷⁴ Civ 1^{ère} 18 juill. 2000 n° 98-15.265 P ; V. aussi Civ 1^{ère} 14 nov. 2000 n° 98-15.265, Bull. 2000, I, N° 215 ; RJPF 2001-2/13, obs Putman ; CA Paris 4 avr. 2002 : BICC 1^{er} fév. 2003, n° 119

¹³⁷⁵ Art. 21-7 C. civ ; la résidence en droit de la nationalité doit présenter un caractère stable et permanent et coïncide avec le centre des attaches familiales et des occupations professionnelles : Civ. 1^{ère} 29 juin 1983 ; rev. Crit. DIP 1984. 77, note Lagarde ; V. aussi Civ. 1^{ère} 6 déc. 1989 n° 87-15.888, Bull. civ. I. n° 381 ; Rev. Crit. DIP 1990.481 (2^{ème} esp), note lagarde ; *Gaz. Pal.* 1990. I. Pan. 75 ; V. aussi Civ. 1^{ère} 28 janv. 1992, n° 89-17.928, Bull. 1992, I, n° 32 ; V. enfin Civ. 1^{ère} 6 janv. 1994 n° 92-17.685, Bull. 1004, I, N° 143 ; Rev. crit. DIP 1995. 41 (2^{ème} arrêt), note A. David

SECTION III

NATIONALITE ET MARIAGE

Le consentement au mariage doit être réel et sérieux¹³⁷⁶, et, il est apprécié selon la loi nationale de chacun des époux¹³⁷⁷.

Afin de lutter contre la fraude aux «mariages blancs»¹³⁷⁸, dans lesquels les deux futurs époux sont complices de la fraude, lors de la publication des bans, le maire s'entretient avec les époux¹³⁷⁹ mais il ne peut pas refuser de célébrer le mariage¹³⁸⁰. Il doit alors saisir le procureur de la République.

Avant la loi de 2011¹³⁸¹ les mariages «gris», dans lesquels seul un des époux contracte le mariage en vue de commettre une fraude, n'étaient pas sanctionnés. A présent ces mariages sont sanctionnés sur le fondement des articles L 623-1 et 623-2 Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA)¹³⁸².

C'est pourquoi le mariage n'a pas d'effet immédiat sur la nationalité¹³⁸³.

Ainsi le mariage d'un étranger avec un français peut lui permettre d'acquérir la nationalité française après une durée de quatre années à compter de la célébration du mariage, à la double condition que la communauté de vie n'ait pas cessé à cette époque entre les époux et que le demandeur justifie d'une connaissance suffisante de la langue française¹³⁸⁴.

Il existe une spécificité juridique d'acquérir la nationalité française : l'effet collectif.

¹³⁷⁶ Art 146 C. civ

¹³⁷⁷ Civ 1^{ère} 11 fév. 2009 n° 08-10.387, P : D 2009, AJ 564, obs. Egéa ; *ibid.* Pan. 1557, obs. Courbe ; *ibid.* 2010. Pan. 728 ; obs. Lemouland et Vigneau ; *AJ. Fam.* 2009.129, obs. Brusorio-Aillaud ; *RDLC* 2009/59 n° 3393, obs. Pouliquen ; *RJPF* 2009-6/26, obs. Leborgne ; *Dr. fam.* 2009, n° 81 obs. Farge ; *Defrénois* 2009. 1851, obs. Massip ; *Rev. Crit. DIP* 2009. 492, obs. P. Lagarde ; V. aussi Civ. 1^{ère} 9 juill. 2008 n° 07-19.079 P : *Rev. Crit. DIP* 2009. 492, obs. P. Lagarde ; V. enfin Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 2011 n° 10-16.482 P : D 2011. 1618 obs. Gallmeister ; *ibid.* 2012. 1228, obs. Gaudemet-Tallon ; *AJ. Fam.* 2011. 380 ; D. actu. 15 juin 2011 obs. Burda ; *AJ. Fam.* 2011. 380 obs. Boiché ; *Gaz. Pal.* 2011. 2176, concl. Chevalier

¹³⁷⁸ Art. L 313-11-4 CESEDA ; exemple de fraude ; Civ 1^{ère} ; 17 nov. 1981 ; *Gaz. Pal.* 1982. 2. 567, note Massip ; D 1982.573, note Guiho ; D 1983. IR. 105, obs. Groslière ; *JCP* 1982. II. 19842, note Gobert ; *JDI* 1982. 448, note Audit ; *Rev. Crit. DIP* 1982. 669 note Foyer ; V. aussi Civ 1^{ère} 28 fév. 2006 n° 05-11.330, Bull. 2006, I, N° 124 ; V. enfin Civ 1^{ère} 22 juin 2016 n° 15-22.345 inédit

¹³⁷⁹ Art 63 et 171-2 C. civ

¹³⁸⁰ Poitiers 26 févr. 1992 ; *JDI* 1993.922, note Julien-Laferrière

¹³⁸¹ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 dite loi «Besson» relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité

¹³⁸² CA Rennes 7 déc. 2015 n° 1501/279

¹³⁸³ Art. 21-1 C. civ

SECTION IV

NATIONALITE ET EFFET COLLECTIF

Dans ce cas de figure «*l'enfant mineur dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ou s'il réside alternativement avec ce parent dans le cas de séparation ou de divorce*»¹³⁸⁵.

De ces dispositions, il résulte, d'une part que l'enfant doit avoir la même résidence que le parent qui est devenu français, doit résider en France¹³⁸⁶, et d'autre part que sa filiation soit établie préalablement à l'acquisition de la nationalité française.

La Haute juridiction rappelle fréquemment que pour que l'effet collectif de la déclaration de nationalité puisse jouer, il faut que la filiation soit établie préalablement à l'acquisition de la nationalité¹³⁸⁷.

L'effet collectif est également refusé à celui qui n'établit pas sa possession d'état d'enfant du bénéficiaire d'une déclaration de réintégration de la nationalité française¹³⁸⁸.

Enfin il faut que le nom de ou des enfants soit mentionné dans le décret de naturalisation¹³⁸⁹.

La nationalité française peut aussi être la conséquence de la volonté de vouloir devenir français.

¹³⁸⁴ Art 21-1 à 21-6 C. civ)

¹³⁸⁵ Art 22-1 C. civ

¹³⁸⁶ Combinaison des articles 22-1 et 21-16 C. civ ; CE 27 juill. 2005, AJDA 2005, p. 404, note Thiellay ; V. refus de l'effet collectif de la déclaration de nationalité du père faute de résidence des enfants avec Cass. civ 1^{ère} 11 juin 2008, RLDC 2008/52 n° 3117, obs. Marraud des Grottes ; V. dans le même sens CE 12 oct. 2011 ; AJ. Fam. 2011. 608, obs. Viganotti

¹³⁸⁷ Civ. 1^{ère} 18 janv. 2012 n° 10-30.910, Bull. 2012, I n° 6 ; V aussi Civ. 1^{ère} 30 janv. 2013 n° 11-27.179 inédit ; M. Rachid X... né le 7 mai 1974 à El Biar (Algérie) se prévalait de la nationalité française par effet collectif, car le père de sa mère avait par déclaration souscrite le 1^{er} fév. 1963 sur le fondement de l'art. 2 de l'ordonnance du 12 juillet 1962 déclaré conserver sa nationalité française, et il indiquait que sa mère n'avait jamais renoncé à la nationalité française. La cour a confirmé que l'effet collectif n'avait pas pu se produire à l'égard de sa mère car au temps de la souscription de la déclaration celle-ci était mariée en Algérie et qu'en conséquence il ne pouvait donc se prévaloir de l'effet collectif ; V. aussi dans ce sens Civ. 1^{ère} 5 fév. 2002 n° 00-14.052 inédit ; V. aussi Civ. 1^{ère} 13 avr. 2016 n° 15-50.016, Bull 2016 n° 849, I, n° 1218 ; la cour relève que la filiation du demandeur était établie avant l'acquisition par son père de la nationalité

¹³⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 25 avril 2007 n° 06-13.284 P : LPA 10 déc. 2007, obs. Bottiau

¹³⁸⁹ Art. 22-1 alinéa 2 C. civ ; CE 16 janv. 2004, *Juris-Data* n° 066816 ; Rennes 1^{er} mars 2005, *Juris-Data* n° 288206

SECTION V

NATIONALITE ET VOLONTE DE DEVENIR FRANÇAIS

Dans ce cas de figure le demandeur exprime sa volonté de devenir français.

L'enfant à partir de seize ans, dès lors qu'il est né en France de parents étrangers et qu'il a résidé en France au moins cinq ans depuis l'âge de onze ans peut réclamer par déclaration la nationalité française¹³⁹⁰.

Voici une illustration concrète de la reconnaissance par le législateur de l'autonomie de l'enfant mineur dans son choix de devenir français ; laquelle autonomie constitue une sorte de pré-majorité.

Les parents de l'enfant mineur peuvent également réclamer la nationalité française *«au nom de l'enfant mineur né en France de parents étrangers, à partir de l'âge de treize ans, la condition de résidence habituelle en France devant alors être remplie à partir de l'âge de huit ans»*¹³⁹¹.

Enfin le *«consentement du mineur est requis»*¹³⁹².

¹³⁹⁰ Art. 21-11 C. civ.

¹³⁹¹ Art 21-11 alinéa 2 C. civ.

¹³⁹² Art 21-11 alinéa 2 C. civ.

Les droits de la personnalité, droits fondamentaux qui profitent à tout être humain dès la naissance, à la condition *sine qua non* de naître vivant et viable, sont définis par Toulhier¹³⁹³ comme étant «*les droits de l'Homme dans l'état civil*».

De leur création prétorienne jusqu'à leur reconnaissance législative, leur évolution fut une vraie révolution dans la vie civile de chaque individu.

Ces droits en constante extension sont des droits subjectifs par excellence qui permettent à chaque enfant mineur d'avoir des droits et de les défendre.

Du droit à la vie jusqu'au droit de la nationalité beaucoup d'autres droits interfèrent entre eux.

Le droit à la vie reconnu à tout être humain n'est pourtant pas absolu pour l'enfant à naître. En effet, cet être humain potentiel qui bénéficie du droit à la vie n'est cependant pas protégé pendant les douze premières semaines de sa vie car le droit positif autorise l'IVG.

En autorisant l'IVG, l'intérêt de l'enfant mineur qui doit primer tout autre intérêt, cède durant les douze premières semaines, devant l'intérêt de la mère potentielle. Au-delà de douze semaines la primauté de l'intérêt l'enfant à naître semble être rétablie sauf en cas d'IMG.

L'IVG heurte également la primauté de la personne qui figure ainsi dans l'article 16 du Code civil : «*La loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie*». Cette primauté tout comme l'intérêt de l'enfant est supplantée temporairement par le droit de la mère de mettre un terme à sa grossesse.

Ces exceptions légales à deux droits fondamentaux essentiels pour la personne : le droit à la vie et la primauté de la personne humaine trouvent leur justification dans le seul intérêt de la mère.

Ce droit à la vie qui inclut le droit de donner la vie ne peut aucunement justifier le recours à une GPA. Bien que la Cour de cassation rappelle que la GPA reste interdite¹³⁹⁴, au vu de l'intérêt de l'enfant mineur qui doit être l'élément essentiel motivant la décision le concernant, la Cour a fini, non seulement, par accepter la transcription de l'acte de naissance des enfants nés de GPA concernant le parent avec lequel il existait le lien de sang, mais également la transcription intégrale de l'acte de naissance mentionnant le «parent d'intention»

¹³⁹³ C. Toulhier, *Le code civil suivant l'ordre du code*, Paris Warée, vol. I, n°211, p. 182, cité supra

¹³⁹⁴ Art. 16-7 et 16-9 C. civ. cité supra

à la condition que l'acte de naissance ait été établi dans les formes usitées du pays dans lequel l'enfant est né, et qu'il ne soit ni falsifié ni irrégulier¹³⁹⁵.

Ainsi la Cour de cassation dans trois arrêts de 2019¹³⁹⁶ est allée plus loin que ce que demandait la CEDH à la France, il s'agissait de transcrire ou non sur les registres d'état civil un acte de naissance étranger d'un enfant issu d'un couple dont au moins une personne est de nationalité française et ayant eu recours à un mode de filiation non admis sur le territoire français. Pour rendre sa décision la Cour de cassation a recentré le débat sur le contentieux relatif à la transcription d'un acte de naissance et non sur une action relative à la filiation.

La Cour de cassation replace ensuite l'article 47 du Code civil là où il doit être : il s'agit uniquement d'apprécier un mode de preuve de la filiation établie à l'étranger constituant une régularité purement formelle selon le droit local.

Enfin la Haute juridiction a indiqué que désormais le recours à la GPA ne fait plus à lui seul obstacle à la transcription au visa de l'article 3 de la Convention de New-York et de l'article 8 de la CESDH.

De la transcription de l'acte de naissance à l'état civil découlera indéniablement l'établissement de la filiation.

Le pan jurisprudentiel étant tombé ne peut-on pas envisager que la GPA finisse par connaître une légalisation bien encadrée ?

La loi bioéthique dont le vote devrait avoir lieu d'ici le début de l'année 2021 devrait maintenir l'interdiction de la GPA et n'apporter aucune modification sur la filiation du «parent d'intention»; celui-ci devra toujours passer par l'adoption de l'enfant pour voir sa filiation établie à son égard.

Quant au droit à l'indisponibilité du corps humain qui le met hors commerce, à l'inviolabilité du corps humain¹³⁹⁷, au droit à l'intégrité physique et au respect du corps humain; de nombreuses exceptions légales viennent fissurer ce colosse aux pieds d'argile. En effet les exceptions sont si nombreuses que l'on peut se demander si le principe ne se réduit pas comme une peau de chagrin.

¹³⁹⁵ Art. 47 C. civ. : «*Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité*»

¹³⁹⁶ Civ. 1^{ère} du 18 décembre 2019, n° 18-12327, n° 18-11815 et n° 18-14751

¹³⁹⁷ Art. 16-1 C. civ.

En effet, l'IVG, les vaccins obligatoires, les interventions chirurgicales, les traitements agressifs, le suicide, le prélèvement d'organes ou de tissus ou encore l'autopsie sont autant d'atteintes à ces droits fondamentaux.

C'est pourquoi toutes ces atteintes sont très réglementées voire interdites pour les enfants mineurs sauf cause exceptionnelle.

Ainsi les articles 1 et 3-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne disposent que la dignité humaine est «*inviolable et doit être protégée*», et que «*toute personne a droit à son intégrité physique et mentale*».

Les articles 6-1 et 20 de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, dite Convention d'Oviedo¹³⁹⁸ énoncent que le prélèvement d'organes ou de tissus ne peut être effectué sur des personnes n'ayant pas la capacité de consentir sauf pour leur bénéfice direct.

Le Code de la santé publique régit également le prélèvement d'organes de l'enfant mineur. Le principe est l'interdiction (art. L1241-2 CSP) mais l'article L 1241-3 prévoit des exceptions au bénéfice du frère ou de la sœur de l'enfant mineur. L'article L 1121-7 du Code de la santé publique contient l'interdiction de recherche biomédicale sur l'enfant mineur sauf «*si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur des personnes majeures et dans les conditions suivantes :*

-soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ;

-soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres mineurs.

Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal».

Enfin s'agissant du respect du corps humain¹³⁹⁹, la mort de la personne n'y met pas fin¹⁴⁰⁰.

Quoi qu'il en soit l'intérêt de l'enfant mineur est toujours la cause soit de l'interdiction soit de l'acceptation du don, du prélèvement ou de la recherche.

Cet intérêt de l'enfant qui est au centre des préoccupations de tous les droits fondamentaux est devenu l'élément clé de toutes les décisions concernant l'enfant mineur.

¹³⁹⁸ Convention signée à Oviedo le 4 avril 1997

¹³⁹⁹ Art. 16 et 16-3 C. civ.

Enfin s'agissant du droit au nom, son intérêt est double car le nom, conséquence de la filiation et/ou de la reconnaissance de l'enfant mineur, lui permet d'avoir des droits au sein de la famille (autorité parentale – protection de sa santé et de sa sécurité, etc.....) et d'acquérir des droits successoraux.

L'enfant mineur comme toute personne a une vie privée, et ce qui relève de l'intime doit rester intime ; cela concerne aussi bien sa vie sentimentale que sa correspondance, son image, sa santé ou encore son domicile. Un enfant mineur atteint d'une maladie ou ayant fait l'objet d'une adoption ne doit pas, dans son intérêt, voir ces informations révélées au grand jour. C'est pourquoi l'enfant peut demander au médecin de ne pas révéler son état de santé¹⁴⁰¹.

L'enfant mineur étant associé aux décisions le concernant¹⁴⁰² peut faire part de son refus de soin et le médecin doit prendre en considération la position de l'enfant mineur car son consentement doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté¹⁴⁰³.

Le respect de sa vie privée est protégé notamment par l'article 9 du Code civil et la seule constatation de l'atteinte à la vie privée donne lieu à réparation¹⁴⁰⁴.

Enfin le droit à la nationalité est pour l'enfant un droit essentiel. En effet, l'acquisition de la nationalité française par l'enfant mineur aura comme conséquence de le rattacher à la France et de pouvoir bénéficier de tous les droits et de la protection garantis à tous les enfants.

Après avoir traité des droits de la personnalité nous allons à présent aborder les droits familiaux qui sont très divers et étendus ainsi que nous allons le voir dans le TITRE II ci-après.

¹⁴⁰⁰ Art. 16-1-1 C. civ.

¹⁴⁰¹ Art. L1111-5 C.S.P.

¹⁴⁰² Art. 3-1CIDE, art. 371-1 C. civ.

¹⁴⁰³ Art. L1111-4 C.S.P.

¹⁴⁰⁴ A. Lepage «Les droits de la personnalité», Rep. Civ. Dalloz. 2009, n° 95 cité supra

TITRE II

LES DROITS FAMILIAUX

Les droits familiaux recouvrent un domaine du droit privé très étendu comprenant notamment le mariage, le divorce, le Pacte Civil de Solidarité (PACS), mais aussi l'autorité parentale qui est le pendant de la minorité de l'enfant.

Nous verrons que le mariage (chapitre I) est aujourd'hui concurrencé par le PACS (chapitre II), et que le divorce (Chapitre III) est la fin du mariage.

Puis nous évoquerons l'autorité parentale (Chapitre IV) qui est le «*régime de protection des enfants mineurs*» prérogative accordée aux parents et non un pouvoir, et enfin nous aborderons le respect dû à la vie familiale (Chapitre V).

CHAPITRE I

LE MARIAGE

Le mariage est un élément de l'état des personnes, et à ce titre, le législateur a compétence pour fixer toutes les qualités et les conditions pour le contracter¹⁴⁰⁵.

L'institution du mariage, qui resta figée pendant de très nombreuses années, a été profondément réformée.

Tout d'abord par l'introduction du PACS¹⁴⁰⁶ qui vint concurrencer le mariage de par la possibilité d'organiser non seulement le lien du couple¹⁴⁰⁷, mais aussi la vie commune du couple¹⁴⁰⁸, sans pour autant créer de lien familial entre les partenaires, puis par la loi du 4 avril 2006¹⁴⁰⁹ qui aligna l'âge du mariage pour les filles sur celui des garçons pour contracter mariage.

Ainsi le mariage ne peut être prononcé qu'entre personnes majeures : «*le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus*»¹⁴¹⁰ sauf dans le cas où des dérogations seraient accordées pour motifs graves¹⁴¹¹, et enfin par la loi du 17 mai 2013¹⁴¹² ouvrant le mariage aux

¹⁴⁰⁵ C.C. 17 mai 2013 n° 2013-669 DC : JO 18 mai 2013 ; D 2013.1643, note Dieu ; ibid 2014689, obs. Douchy-Oudot ; *AJ Fam.* 2013. 332, note Chénéde ; RFDA 2013. 923, note Delvolvé ; ibid 936, note Drago ; RDSS 2013. 908, note Brunet

¹⁴⁰⁶ Loi n° 99-944 du 16 nov. 1999 modifiée par la loi n° 2007-308 art. 13 du 7 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2009, modifiée par la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire, par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, par l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques, par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle

¹⁴⁰⁷ Le PACS est un contrat solennel conclu entre deux personnes majeures duquel découlent des obligations art. 515-4 C. civ. (notamment communauté de vie, charges du ménage) appelées aussi le «régime primaire», et des droits (dans certains cas l'attribution préférentielle du logement)

¹⁴⁰⁸ Art. 515-1 C. civ ; N. Molfessis, la réécrite de la loi relative au PACS par le Conseil Constitutionnel, JCP 2000. I. 210, spéc. ° 22 p. 405 V. J. Carbonnier, Droit civil, t. 2, la famille, l'enfant, le couple, 21^e éd. refondue, Paris, PUF. 2002, p. 735

¹⁴⁰⁹ Art. 144 C. civ issu de la 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 ; V. D. Viriot-barral «Commentaire de la 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» D. 2006. Chron. 2350

¹⁴¹⁰ Art. 144 C. civ dont la rédaction est issue de la loi du 17 mai 2013

¹⁴¹¹ Art 145 C. civ

couples de personnes de même sexe et qui a modifié la rédaction de l'article 143 du Code civil qui dispose désormais : *«Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe»*.

Le couple dont la première définition fut donnée en 1994 par les lois sur la bioéthique en matière de procréation assistée, s'est trouvée inadaptée au vu de la légalisation du mariage des personnes du même sexe¹⁴¹³.

Le trait déterminant du couple, qu'il soit uni par le mariage, par un PACS, ou un simple concubinage peut-il être fondé sur le critère de cohabitation ?

L'article 215 du Code civil ne déclare-t-il pas que *«les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie»* ?

L'article 108 alinéa 1^{er} du Code civil quant à lui énonce que *«Le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie»*.

Au vu de ces incertitudes il est plus exact d'affirmer qu'il n'y a pas de définition institutionnelle du couple mais seulement une définition individuelle qui peut être selon nous la suivante : le couple est constitué de deux personnes vivant ou non ensemble, partageant des intérêts communs et qui ont souscrit un engagement mutuel qui démontre leur intention d'être un couple.

Le couple serait alors étroitement lié à la volonté des personnes qui entendent former un couple.

Le mariage qui bénéficie d'une reconnaissance sur le plan national et européen répond à des exigences pour sa formation (Section I), et en cas de non respect encourt la nullité (Section II).

Le mariage répond à des règles spécifiques sur le plan international (Section III) et le régime matrimonial qui en découle présente un intérêt particulier pour l'enfant mineur (Section IV) pouvant conduire au changement initial du régime matrimonial (Section V) et qui intéresse le droit international privé (section VI).

¹⁴¹² Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013

¹⁴¹³ Art. 143 C. civ. dont la rédaction est issue de la loi du 17 mai 2013

SECTION I

PRINCIPE

§1 - Le mariage en droit interne

Le droit au mariage s'inscrit dans les droits naturels et imprescriptibles de l'homme parmi lesquels figure notamment la liberté¹⁴¹⁴ ; laquelle liberté «*consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi*»¹⁴¹⁵.

Le droit au mariage permet de choisir son conjoint¹⁴¹⁶ même s'il existe des limitations au mariage¹⁴¹⁷ parmi lesquelles figure notamment la minorité.

Ces limitations au mariage, qui constituent des ingérences dans la vie privée et familiale au vu de l'article 8 de la CESDH, sont reconnues comme légitimes lorsqu'elles ne sont pas disproportionnées au but légitime poursuivi et si elles visent à préserver les enfants¹⁴¹⁸. Ces restrictions relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁴¹⁹.

L'interface du droit au mariage est le droit de ne pas se marier¹⁴²⁰ ainsi que le droit de rester célibataire. Le professeur Terré écrit d'ailleurs que «*Chacun est libre de rester célibataire*»¹⁴²¹.

Jean-Etienne-Marie Portalis¹⁴²² en 1804 définissait le mariage comme étant «*la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des*

¹⁴¹⁴ Art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (DDH) ; C.C. 20 nov. 2003 n° 2003-484 DC : D 2004. 1405, note Lecucq

¹⁴¹⁵ Art. 4 DDH déjà citée supra

¹⁴¹⁶ CEDH 13 sept. 2005, D. 2006.1418, obs. Lemouland ; JCP 2006.I.109 n° 11, obs. Sudre ; RTD civ. 2005.735, obs. Marguénaud : la Cour a condamné la loi anglaise qui interdisait le mariage entre un beau-père et l'ex épouse de son fils

¹⁴¹⁷ Art. 161 C. civ « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne » ; art. 162 C. civ « le mariage est prohibé entre frères et sœurs » Voir sur le fondement de cet article CEDH 12 avr. 2012, RTD civ. 2012.285, obs. Marguénaud ; art 163 C. civ « Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce » Voir sur le fondement de l'art. 163 C. civ : CA Paris 3 avr. 2008 : D 2010, Pan 728, obs. Lemoulan et Vigneau, Aj. Fam 2008.256, obs. Chénédy ; *Gaz. Pal.* 2008.999, RJP 2008-7 /17, obs. Leborgne

¹⁴¹⁸ Civ 1^{ère} 8 déc. 2016 n° 15-27.201 P : D. 2016.2568, obs. Gallmeister, *ibid* 2017.470, obs. Douchy-Oudot ; *ibid* 656, note Fulchiron, *ibid* 953, note Chénédy ; *AJ. Fam.* 2017.71, obs. Houssier ; *RTD* 2017.102, obs. Hauser ; JCP 2017, n° 166, note Hauser, *Dr. fam.* 2017, n° 24, note Binet ; *ibid*, n° 25 avis Bernard de la Gatinais

¹⁴¹⁹ Cass. civ. 1^{ère} 8 déc. 2016 déjà cité supra

¹⁴²⁰ CA Paris 1^{er} juin 1990, D. 1904.1.299 (pour un congédiement motivé par le refus de l'employé d'épouser telle personne) V. sens inverse CA Poitiers 17 fév. 1998, *JCP* 1999.IV.2181 qui a reconnu licite un legs consenti sous condition de se marier en l'absence de toute discrimination quant au conjoint

¹⁴²¹ F. Terré « Les célibataires », Mélanges Flattet, Lausanne 1985, p. 111 et s.

secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée». Cette définition plus philosophique que juridique faisait de la perpétuation de l'espèce le but principal du mariage alors que le droit reconnaît non seulement le mariage des vieillards (aucun âge limite n'est prévu dans le Code civil), mais également le mariage in extremis¹⁴²³.

Pour le doyen Carbonnier¹⁴²⁴ le mariage est *«l'acte par lequel un homme et une femme, qui se sont mutuellement choisis, s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort»*.

François Terré et Dominique Fenouillet proposaient dès avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013¹⁴²⁵ de définir *«le mariage»* comme *«un acte juridique solennel dans lequel un homme et une femme établissent entre eux une union dont la loi civile règle impérativement les conditions et la dissolution»*.

La loi du 17 mai 2013 a instauré le mariage pour les couples homosexuels¹⁴²⁶ mais il *«ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus»*¹⁴²⁷. *«Néanmoins il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage, d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves»*¹⁴²⁸.

Mais le mariage ne bénéficie toujours d'aucune définition dans le Code civil ; Madame Dekeuwer-Défossez¹⁴²⁹, écrit d'ailleurs que cette notion sensible est plus facile à régler qu'à définir.

On sait que l'intérêt supérieur de l'enfant est l'élément qui doit guider toutes les décisions l'intéressant. A cet effet l'article 3-1 de la CIDE, concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, parle de *«la considération primordiale»*¹⁴³⁰ ; aussi la dispense accordée *«pour des motifs graves»* par le procureur de la République en vue de permettre la célébration du mariage devra être motivée uniquement par l'intérêt de l'enfant.

Cet intérêt non défini doit être appréhendé en considération de la seule personne de l'enfant et de sa situation.

¹⁴²² Jean-Etienne-Marie Portalis, avocat, homme d'état, juriconsulte surtout connu pour avoir été l'un des rédacteurs du Code civil en 1804

¹⁴²³ Art. 75 alinéa 2 C. civ ; V. en ce sens Civ 1^{ère} 22 janv. 1968 n° 68-12.308 P ; JCP 1968. II. 15442 note R. L. ; V. aussi Civ 1^{ère} 31 janv. 2006, n° 02-19.398, Bull. 2006, I, N 47 p 48 ; D 2006 Pan. 1416 obs. Lemouland et Vigneau ; AJ. Fam 2006. 112, obs. Chénédy ; AJ. Fam 2006 n° 79 note Larribau-Teyrner ; RTD civ 2006. 283, obs. Hauser

¹⁴²⁴ J. Carbonnier op. cit. t. I, n° 522

¹⁴²⁵ F. Terré et D. Fenouillet, Les personnes, la famille, les incapacités, Droit civil, 6^{ème} éd. Coll. Précis Dalloz. Droit privé, Paris Dalloz 1170 p

¹⁴²⁶ Art. 143 C. civ

¹⁴²⁷ Art 144 C. civ

¹⁴²⁸ Art. 145 C. civ

¹⁴²⁹ F. Dekeuwer-Défossez «Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) publié dans la Revue le Seuil, catégorie « pouvoirs » avril 2003, n° 107, p. 37 à 53.

C'est ainsi que l'intérêt de l'enfant est aussi divers et varié que chaque enfant est un être unique dont les besoins ne sont pas les mêmes mais dont la protection doit être assurée et garantie.

Le régime dérogatoire du mariage des enfants mineurs qui sera traité au paragraphe 4, est prévu aux articles 148 à 160 du Code civil.

Enfin, il ne peut y avoir de mariage sans le consentement des personnes concernées¹⁴³¹. Ce consentement qui doit être réel et sérieux, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁴³². Ainsi dans le cas où l'un des époux ne peut parler il appartient au juge de relever et d'interpréter les signes¹⁴³³.

Ainsi un mariage contracté sans le consentement libre des époux ou de l'un d'entre eux, peut désormais être attaqué par le ministère public et non plus seulement par les époux, ou par celui des deux époux dont le consentement n'a pas été libre¹⁴³⁴.

Afin de lutter contre les mariages «blancs», «gris» dont nous avons parlé lors dans le Chapitre VI – Section III nationalité et mariage - ou forcés, les futurs époux doivent se rendre à un entretien avec l'Officier d'état civil¹⁴³⁵.

La Cour de cassation¹⁴³⁶ a considéré que la non-obtention d'un visa constituait une impossibilité de procéder à l'audition commune des futurs époux prévue par l'article 63-2° du Code civil.

Lorsque le futur époux est mineur «*l'audition du futur conjoint mineur se fait hors la présence de ses père et mère ou de son représentant légal et de son futur époux*»¹⁴³⁷.

¹⁴³⁰ Art. 3-1 CIDE

¹⁴³¹ Art. 146 C. civ. ; le consentement s'apprécie selon la loi nationale des époux Civ 1^{ère} 11 fév 2009 n° 08-10.387 P cité supra Chapitre VI – Section III – nationalité et mariage

¹⁴³² Civ 1^{ère} 29 janv. 1975 ; D 1975. 668, note Hauser ; V. en ce sens Civ 1^{ère} 19 déc. 2012, D 2013. 85, note Gallmeister ; *ibid* 798, obs. Douchy-Oudot ; *ibid* 1117, note Naudin ; *AJ. Fam* 2013.137, obs. de Boysson ; *RTD civ.* 2013. 353, obs. J. Hauser ; *JCP* 2013 n° 337, obs. Boulanger ; V. aussi Civ. 28 mai 1980 *JCP* 1981.II.19552 ; note Raymond (pas de consentement quand l'un des époux est atteint de démence sénile qui le rend irresponsable de ses actes)

¹⁴³³ Cass. civ 1^{ère} 22 janv. 1968 cité supra

¹⁴³⁴ Art. 180 C. civ. ; V. aussi C.C. 22 juin 2012 n° 2012-261 QPC ; *AJ. Fam* 2012. 466 obs. Chénéde ; *RTD civ.* 2012. 510, obs. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, n° 132, note Larribau-Terneyre : le Conseil Constitutionnel a jugé les dispositions de l'article 180 du Code civil ne méconnaissent pas le principe du droit au mariage et qu'elles étaient conformes à la Constitution

¹⁴³⁵ Art 63 C. civ

¹⁴³⁶ Civ 1^{ère} 9 janv. 2007 ; D 2007 ; *AJ. Fam.* 449, obs. Delporte-Carré ; *ibid.* Pan. 1563, obs. Lemouland et Vigneau ; *AJ. Fam.* 2007. 146, obs. Chénéde ; *Dr. fam.* 2007 n° 53, note Larribau-Terneyre ; *LPA* 13 juill. 2007, note Massip ; *RTD civ* 2007.313, obs. Hauser

¹⁴³⁷ Art. 63-2° C. civ.

§2- La consécration européenne du droit au mariage

Selon l'article 12 «*Droit au mariage*» de la CESDH «*A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit*».

Ce droit au mariage donne lieu à une abondante jurisprudence de la Cour européenne qui veille au respect de l'article 12 de la Convention, et qui rappelle que «*les limitations imposées au droit d'un homme et d'une femme de se marier et de fonder une famille ne doivent pas être d'une sévérité telle que ce droit s'en trouverait atteint dans sa substance*»¹⁴³⁸.

La CEDH a précisé¹⁴³⁹ que «*si l'article 12 de la Convention vise à la fois le droit de se marier et de fonder une famille ; l'incapacité d'un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait le priver du droit de se marier, et qu'il existait donc une certaine autonomie entre le droit de se marier et le droit de fonder une famille*».

Enfin la CEDH confirme l'absence d'un droit au mariage homosexuel¹⁴⁴⁰ tant du point de vue du respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 8 de la Convention, qu'à celui de se marier et de fonder une famille prévu à l'article 12 de la Convention.

La CEDH avait déjà rappelé sur le fondement de l'article 12 de la Convention «*que la question du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats contractants*»¹⁴⁴¹ et qu'il «*consacrait le concept traditionnel du mariage savoir l'union d'un homme et d'une femme*» et «*n'imposait pas au gouvernement défendeur d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel*»¹⁴⁴², et enfin qu'il «*ne pouvait être compris comme imposant pareille obligation*

¹⁴³⁸ CEDH B et L c/Royaume-Uni 13 sept. 2005 n° 36536/02 : deux ressortissants britanniques, un ex beau-père et son ex belle-fille souhaitaient contracter mariage mais la loi britannique n'autorise le mariage que dans le cas où leurs ex-époux réciproques seraient décédés. La Cour a jugé que l'empêchement au mariage lié à la survivance de du décès de leurs ex-époux respectifs ne supprimait pas l'atteinte à la substance du droit au mariage contenue dans l'article 12 de la Convention et qu'il y avait violation dudit article ; V. dans le même sens CEDH O'Donoghue et autres C/Royaume-Uni 14 déc. 2010 : la cour a reconnu que le régime des certificats d'approbation et l'application qui en est faite porte atteinte au droit de se marier et de fonder une famille contenu à l'article 12 de la Convention ; V. sens contraire CEDH Delecolle c/France 25 oct. 2018 n° 37646/13 : M. Delecolle placé sous curatelle renforcée n'a pu obtenir l'autorisation de se marier ni de sa curatrice, ni du juge des tutelles (24 juin 2010), et ce refus a été confirmé tant par la Cour d'appel de Paris le 6 septembre 2021 et par la Cour de Cassation qui saisit d'une QPC sur la constitutionnalité de l'article 460 du Code civil, saisie à son tour le Conseil Constitutionnel, qui par décision du 29 juin 2012 (2012-260 QPC) déclara que les dispositions de l'article 460 du Code civil qui restreignaient la liberté de mariage (autorisation du curateur) mais n'y portaient pas une atteinte disproportionnée, qui rendit un arrêt confirmatif le 5 décembre 2012. Entretemps M. Delecolle est décédé et c'est sa compagne M.S qui se substitue à M. Delecolle pour le recours. La CEDH a jugé qu'il n'y avait pas de violation à l'article 12 de la Convention.

¹⁴³⁹ CEDH Goodwin c/Royaume-Uni du 11 juil. 2002

¹⁴⁴⁰ CEDH Chapin et Charpentier c/France n° 40183/07 du 9 juin 2016 (mariage de Bègles)

¹⁴⁴¹ CEDH Schalok et Kopf c/Autriche n° 30141/04 du 24 juin 2010 § 36

¹⁴⁴² CEDH Gas et Dubois c/France n° 25951/07 du 15 mars 2012 § 66

[d'ouvrir le mariage] aux Etats contractants»¹⁴⁴³.

L'article 13 de la même Convention énonce *«Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles»*.

§3 - La consécration internationale du droit au mariage

Le droit au mariage est également consacré par le droit international.

Tout d'abord par l'article 16-1 de la DUDH qui énonce *«A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution»*.

Et par l'article 23-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁴⁴⁴ qui énonce *«Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile»*.

§4 - Le mariage de l'enfant mineur

A/principe

La loi du 4 avril 2006 mit fin à une différence qui existait depuis 1804 entre les hommes et les femmes face au mariage, en portant l'âge minimal légal du mariage pour les femmes de quinze à dix-huit ans, comme c'était déjà le cas pour les hommes.

Cet alignement de l'âge légal du mariage pour les filles sur celui de la majorité civile, comme pour les garçons, n'a pas pour seul but de rétablir l'égalité entre les sexes devant le mariage, mais il a pour objectif de lutter plus efficacement contre les mariages forcés d'enfants mineurs.

Les enfants mineurs ne peuvent donc pas contracter mariage¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴³ CEDH [GC] Hämäläinen c/Finlande n° 37359/05 du 16 juill. 2014

¹⁴⁴⁴ Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966 entré en vigueur le 23 mars 1976

¹⁴⁴⁵ Art. 144 C. civ cité supra ; V. TGI Nantes 6 mai 2010 n° 08/00898 ; AJ. Fam. 2010. 441, obs.X. Labbé : annulation du mariage d'une mineure célébrée à l'étranger sans dispense d'âge ;

B/exception

Le mariage est un engagement lourd de conséquences car il en découle des charges familiales et pécuniaires. C'est pourquoi le législateur encadre strictement le mariage des enfants mineurs qui ne peut être célébré qu'à la condition d'avoir obtenu, notamment une dispense du procureur de la République ; cette dispense n'est accordée que «*pour motifs graves*»¹⁴⁴⁶.

Dans toutes les décisions le concernant, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être «la» considération primordiale¹⁴⁴⁷, c'est pourquoi le procureur de la République n'accorde qu'exceptionnellement des dispenses.

Cet intérêt de l'enfant s'appreciant *in concreto*, c'est pourquoi le procureur de la République se devra de veiller à ce que la décision qu'il prendra ait été guidée, éclairée et motivée par cet élément primordial et essentiel.

Au-delà de la cérémonie et des noces, le mariage est un véritable engagement duquel découlent de nombreuses charges et responsabilités aussi l'intérêt supérieur de l'enfant devra être considéré et évalué eu égard à la personne de l'enfant mineur sur lequel pèseront toutes les charges et responsabilités. Aussi, il est difficile *in concreto* de trouver un intérêt pour l'enfant d'assumer de telles obligations si ce n'est peut-être de s'émanciper¹⁴⁴⁸ ou d'assumer son rôle de parent. *In abstracto* on peut envisager le mariage comme étant, pour l'enfant, le moyen de prendre possession de sa vie ou de s'engager dans une relation durable. Bien que d'autres solutions existent pour que l'enfant prenne possession de sa vie sans s'engager dans les liens du mariage notamment en poursuivant ses études, en cherchant un emploi ou en faisant partie d'associations.

Cette seule dispense ne suffit pas pour que le mariage puisse être célébré car l'enfant mineur, frappé d'incapacité, doit également obtenir le consentement de ses pères et mères¹⁴⁴⁹ et «*en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement*»¹⁴⁵⁰.

Le motif du refus de consentement par les parents n'a pas à être connu¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁶ Art. 145 C. civ.

¹⁴⁴⁷ Art 3-1 CIDE

¹⁴⁴⁸ Art. 413-1 C. civ. créé par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 : «*Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage*»

¹⁴⁴⁹ Art 148 et s. C. civ

¹⁴⁵⁰ Art. 148 C ; civ.

Dans le cas où les père et mère seraient décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il faut alors le consentement des aïeuls et aïeules, et le dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne ou de deux lignes, emporte consentement¹⁴⁵².

Ainsi, le parent voulant s'opposer au mariage de son enfant mineur n'a aucun moyen de l'empêcher si le procureur de la République a délivré une dispense d'âge et si l'autre parent y consent. Il ne dispose alors que du droit de faire opposition au mariage jusqu'à sa célébration¹⁴⁵³ ; opposition qui devient caduque en l'absence de renouvellement après une année¹⁴⁵⁴.

Pour l'enfant mineur ayant fait l'objet d'une adoption plénière, le consentement doit être donné par ses père et mère¹⁴⁵⁵.

Pour l'enfant adopté simple, bien qu'étant resté dans sa famille d'origine, le droit de consentir au mariage appartient aux parents adoptifs¹⁴⁵⁶ ; la famille d'origine devant être consultée uniquement dans le cas où l'enfant a été adopté par le conjoint de son père ou de sa mère ; le consentement des deux parents de la famille d'origine et adoptante est alors requis.

C/l'enfant mineur placé sous tutelle

La tutelle, qui a fait l'objet d'une réforme en 2007¹⁴⁵⁷ vient de voir son régime simplifié par la loi de 2019¹⁴⁵⁸ mais sans avoir d'impact sur la tutelle des mineurs, peut être le régime de protection choisi pour un enfant mineur afin d'assurer au mieux la défense de ses intérêts et sa représentation¹⁴⁵⁹.

La loi de 1964¹⁴⁶⁰ la définissait ainsi : «*La tutelle protection due à l'enfant est une charge publique*», mais le nouvel article 394 du Code civil issu de la loi de 2007¹⁴⁶¹ énonce à présent que «*la tutelle est un devoir des familles et de la collectivité publique*». Ainsi la loi associe la famille et la collectivité publique dans le régime de la tutelle de l'enfant mineur.

¹⁴⁵¹ CA Rouen 26 juill. 1949 ; D 1949.532, note Lebrun ; V. aussi Lyon 23 mars 1983 *RTD civ* 1985. 135

¹⁴⁵² Art 150 C. civ.

¹⁴⁵³ Art 173 C. civ

¹⁴⁵⁴ Civ. 1^{ère} du 11 juill. 2019 n° 15-17.718 sur le fondement de l'article 176 du code civil

¹⁴⁵⁵ Art. 148 et s. C. civ ;

¹⁴⁵⁶ Art. 365 alinéa 1 C. civ. modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle

¹⁴⁵⁷ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance

¹⁴⁵⁸ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice

¹⁴⁵⁹ Art. 390 alinéa 1^{er} C. civ : «*La tutelle s'ouvre lorsque les père et mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'autorité parentale* » alinéa 2 «*[...] à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie*»

¹⁴⁶⁰ Loi n° 64-1230 du 14 déc. 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation

La mise en œuvre de la tutelle, dans son fondement le plus complexe comporte un conseil de famille et le juge des tutelles ; ledit conseil de famille nomme, le cas échéant un subrogé tuteur et un tuteur.

La tutelle s'ouvre également quand les parents de l'enfant mineur sont eux-même placés sous tutelle¹⁴⁶², mais dans ce cas elle peut être limitée aux seuls biens.

Dans l'intérêt de l'enfant ainsi que dans le but de palier à la défaillance de l'administrateur légal concernant la gestion de ses biens¹⁴⁶³, le juge des tutelles ouvre une tutelle sous couvert des dispositions de l'article 391 du Code civil, qui est sans effet sur l'autorité parentale¹⁴⁶⁴,

Le tuteur «*doit prendre soin de la personne du mineur*»¹⁴⁶⁵, ce qui implique qu'en plus de la gestion de ses biens, il doit veiller sur lui et le protéger.

La tutelle confère aux organes qui la composent, les pouvoirs sur la personne de l'enfant mineur, notamment consentir à son mariage, à son adoption ou encore demander son émancipation.

C'est donc au conseil de famille que revient le droit de consentir au mariage du mineur à défaut d'ascendants¹⁴⁶⁶.

Toutefois, la plupart des tutelles fonctionnent dans la forme la plus simple, c'est-à-dire uniquement avec un tuteur et le juge des tutelles. Dans ce cas l'autorisation doit être donnée par le juge des tutelles.

Le droit au mariage ne peut être, ni devenir, une obligation au mariage. En effet, toute personne ne peut être contrainte de se marier, disposant du droit de rester célibataire, de vivre en union libre ou de se pacser.

Le mariage, engagement tant personnel que juridique ne peut être obtenu par la contrainte ; le législateur exigeant non seulement un consentement libre et éclairé mais également des dispenses et des autorisations pour les enfants mineurs.

¹⁴⁶¹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance

¹⁴⁶² TI Saint-Omer 3 mai 1989 ; *JCP* 1990. II. 21514, note Fossier

¹⁴⁶³ Cass. avis 24 mars 2014 ; *AJ. Fam.* 2014. 372, obs. Mornet

¹⁴⁶⁴ Civ. 1^{ère} 13 déc. 1994, Defrénois 1995. 325, obs. Massip ; *RTD civ.* 1995.599, obs. Hauser ; V. aussi Civ. 1^{ère} 8 nov. 1982, *Gaz. Pal.* 1983. 2. 517, note Massip

¹⁴⁶⁵ Art. 408 alinéa 1^{er} C. civ.

¹⁴⁶⁶ Art. 159 C. civ.

Dans l'intérêt de l'enfant mineur, la législation ne cesse d'évoluer afin de lui garantir une protection à la hauteur de sa vulnérabilité.

C'est pourquoi, le mariage qui scelle l'engagement de deux personnes bien qu'il ait été célébré peut être entaché de nullité.

SECTION II

LA NULLITE DU MARIAGE

La nullité du mariage est non seulement la sanction des vices du consentement mais aussi de la transgression des règles d'ordre public.

§1- A la demande des époux

Il ne peut y avoir de mariage sans consentement réel et sérieux¹⁴⁶⁷, à défaut de consentement le mariage est entaché de nullité¹⁴⁶⁸ même si les époux se sont présentés à la cérémonie du mariage dans un objectif purement successoral¹⁴⁶⁹.

Le consentement doit marquer, de la part des époux, une vraie intention d'avoir une vie conjugale et d'en assumer toutes les conséquences personnelles et patrimoniales ; le consentement est un acte d'adhésion au statut légal des gens mariés. A défaut de consentement le mariage est entaché de nullité absolue¹⁴⁷⁰.

L'article 180 du Code civil permet également aux époux de demander la nullité du mariage s'il y a erreur sur la personne¹⁴⁷¹ mais il faut qu'elle ait été déterminante dans le consentement de l'époux¹⁴⁷² ou sur des qualités essentielles de la personne¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁷ Art. 146 C. civ.

¹⁴⁶⁸ Art. 180 C. civ.

¹⁴⁶⁹ Civ 1^{ère} 6 janv. 2010 ; D 2011. Pan. 1040, obs. Lemouland et Vigneau ; *RJPF 2010-4/19*, obs. Leborgne ; RTD civ 2010. 304, obs. Hauser

¹⁴⁷⁰ Art. 180 C. civ.

¹⁴⁷¹ Civ. 1^{ère} 4 juill 1995 ; D 1995. 233, note F. Boulanger ; *RTD civ.* 1996.866 obs. Hauser ; *Defrénois* 1996. 321 obs. Massip, *ibid* 407, obs. Champenois, *JCP* 1996. I. 3903, n° 1, obs. Rubellin-Devichi ; la demande en nullité relative erreur sur la personne ou sur les qualités essentielles ne peut être intentée que par l'époux dont le consentement a été vicié

¹⁴⁷² Civ 1^{ère} 19 fév. 1975 n° 73-13.761 a rejeté le pourvoi ; V. sens inverse

¹⁴⁷³ Civ 1^{ère} 2 déc. 1997, RTD civ 1998. 659, note Hauser : un époux ignorait lors de la célébration du mariage que son conjoint avait la qualité de divorcé, la Cour a reconnu qu'il s'agissait d'une qualité essentielle ; V. dans le même sens TGI Paris 13 fév. 2001, BICC 1^{er} août 2001 n° 844 : l'époux s'était trompé sur l'aptitude de son épouse à avoir des relations sexuelles, la Cour a reconnu qu'il s'agissait

L'époux qui conteste la validité du mariage doit, à ce titre, prouver¹⁴⁷⁴ que l'erreur a été déterminante et l'appréciation par la Haute juridiction se fait *in abstracto* afin d'éviter les abus.

Dans un souci de cohérence, le délai de recevabilité de l'action en nullité contre le mariage d'un mineur conclu sans l'accord d'un parent, prévu par l'article 182 du Code civil est porté de un an à cinq ans¹⁴⁷⁵.

Aussi il est dans l'intérêt de l'enfant mineur de demander la nullité du mariage lorsque son consentement n'a pas été libre ou en cas d'erreur sur la personne afin de ne pas rester engagé dans un mariage contre sa volonté avec une personne qui n'est pas celle qu'il croyait épouser.

Cependant comme la demande en nullité ne peut être intentée que pendant cinq ans, l'enfant mineur sera très probablement devenu majeur lors de la demande en nullité et jouira alors de tous ses droits sans restriction.

Enfin, si l'époux n'a fait aucune réclamation durant les cinq années alors qu'il a atteint l'âge lui permettant de consentir lui-même au mariage, il ne pourra plus être intenté une action en nullité¹⁴⁷⁶.

d'une qualité essentielle ; V. Aussi TGI Rennes 9 nov. 1976, *D* 1997. 539, note Cosnard, la Cour a reconnu que la santé mentale ignorée de l'époux était une qualité essentielle ; V. aussi TGI Dinan 4 avr. 2006 n° 05-00135, dans cette affaire le conjoint avait appris plusieurs mois après son mariage que son épouse était infectée par le VIH et qu'elle ne pourrait pas avoir d'enfant ; V. aussi TGI Paris 1^{ère} ch. 13 fév. 2001, *Juris-Data* n° 2001-151265 ; CA Nîmes 2^{ème} ch. 8 fév. 2012 RG n° 10/05679 ; V. enfin TGI Le Mans 7 déc. 1985 *JCP* 1986. II. 20573, note Lemouland : erreur admise lorsque le conjoint était dans l'ignorance de la liaison de son conjoint qui n'a nullement l'intention de rompre ; V. sens inverse Cass. chambres réunies 24 avr. 1862 (affaire Berthon), Bull. arrêts Cour de cassation chambres réunies N 57 p. 99, pour la cour l'erreur ne s'entendant pas comme étant «*de simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne*» ; Cass. civ 1^{ère} 13 fév. 2005 n° 02-21.259, l'infidélité de l'épouse antérieure à la célébration du mariage n'a pas été retenue comme étant une qualité essentielle ; V. aussi TGI Lille 1^{er} avr. 2008 n° 07-08458 qui avait retenue que la virginité de l'épouse était une qualité essentielle pour l'époux ; jugement infirmé par la CA de Douai le 17 nov. 2008 n° 08/03786

¹⁴⁷⁴ Civ. 1^{ère} 2 déc. 1992 ; *D* 1993. 409, note F. Boulanger ; *Défrénois* 1993. 725, obs. Massip ; V. aussi CA Douai 24 fév. 1997 : LPA 26 janv. 1999, note Archer

¹⁴⁷⁵ Art. 183 C. civ.

¹⁴⁷⁶ Art. 183 C. civ.

§2 - A la demande du procureur de la République

Le procureur de la République peut demander la nullité du mariage notamment en cas de bigamie¹⁴⁷⁷, de mariage homosexuel¹⁴⁷⁸ (avant l'entrée en vigueur de la loi de 2013), de minorité¹⁴⁷⁹, dans le cas d'incompétence de l'Officier d'état civil¹⁴⁸⁰ mais cette nullité facultative est laissée à l'appréciation des juges.

La nullité du mariage peut également être demandée en cas de non présence d'un époux lors de la célébration du mariage¹⁴⁸¹ et ce, même si le mariage est contracté à l'étranger.

La nullité a un effet rétroactif ; le mariage est censé n'avoir jamais existé.

Cependant afin de protéger le conjoint de bonne foi¹⁴⁸² ainsi que les enfants on admet le mariage putatif¹⁴⁸³ ; l'erreur de droit ou de fait n'a alors aucune incidence sur la reconnaissance du mariage putatif¹⁴⁸⁴.

La reconnaissance légale de la possibilité offerte aux époux de demander la nullité du mariage démontre que le législateur est attaché au droit au mariage ; lequel ne peut être contracté que si le consentement des époux est libre et éclairé. Et le législateur va plus loin en acceptant que l'erreur sur la personne puisse constituer une cause de nullité à condition qu'elle ait été déterminante.

¹⁴⁷⁷ Art 189 C. civ. ; V. Civ 1^{ère} 22 juin 2016 n° 15-22.345 inédit ; V. aussi Civ. 1^{ère} 11 avr. 2018 n° 17-17.530 ; V. aussi Civ. 1^{ère} 11 avr. 2018 n° 17-17.530 : La cour rappelle sa position de juger préalablement à toute procédure la demande en nullité du premier mariage ; V. en ce sens Civ. 1^{ère} 26 oct. 2011 n° 10-25.285, Bull. 2011, I, n° 184

¹⁴⁷⁸ Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, D 2007. 1389, rapp. G. Pluyette ; *ibid* 935, obs. I. Gallmeister, *ibid* 1375, point de vue H. Fulchiron, *ibid* 1395, note E. Agostini, *ibid* 1561, obs. J.J Lemouland et D. Vigneau, *AJ. Fam.* 2007. 227, obs. F. Chénédedé, *RTD civ.* 2007-287, obs. J.P. Marguénaud, *ibid* 315, obs. J. Hauser, *ibid* 2008. 438, obs. P. Deumier, *JCP* 2007. I. 170. n° 1 ; obs. J. Rebbelin-Devichi, *Dr. Fam.* 2007 n° 67, note M. Azavan, *LPA* 17 juill. 2007.19, note J. Massip

¹⁴⁷⁹ V. TGI Nantes 6 mai 2010 n° 08/00898 ; *AJ. Fam.* 2010. 441, obs. X. Labbé : annulation du mariage d'une mineure célébrée à l'étranger sans dispense d'âge déjà précité

¹⁴⁸⁰ Civ. 1^{ère} 7 août 1883 : *DP* 1884. I. 5 (affaire des mariages de Montrouge) ; V. aussi TGI Paris 10 nov. 1992 : D. 1993. 467, note Beignier : officier d'état civil d'un arrondissement de Paris officiant dans un autre arrondissement) pas de nullité car absence de fraude ; V. aussi TGI Paris 24 fév. 1975 D. 1975 : D 1975. 379, concl. Paire, note J. Massip ; V. enfin CA Versailles 27 mai 199, D 1999. Somm. 374, obs. Lemouland ; *RTD civ.* 1999. 604, obs. Hauser

¹⁴⁸¹ Art. 146-1 C. civil ; Civ. 1^{ère} 15 juill. 1999 n° 99-10.269 P : R p. 305 ; 2000 somm. 414, obs Lemouland ; *Defrénois* 2000.103, obs Massip ; *Rev. Crit. DIP* 2000. 207, note Ganngé, la Cour a considéré « qu'aux termes du premier de ces textes, intégré par la loi du 24 août 1993 dans le chapitre premier du titre cinquième dudit Code intitulé " des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage", le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence" et qu'il s'agit, désormais, d'une condition de fond du mariage régie par la loi personnelle » ; V aussi en ce sens Civ. 1^{ère} 28 mars 2006 n° 03-10.072 P 2007 Pan. 1564, obs Lemouland et Vigneau ; *Defrénois* 2006. 1317, obs. Massip ; déjà en ce sens TGI Paris 28 nov. 1995 ; *JCP* 1996. I. 3946, n°1 s, obs. Farge ; *RTD civ.* 1996. 365, obsd. Hauser ; Paris 18 oct. 2001 ; *Dr fam* 2002 n° 124, note Farge ; V. aussi Paris 15 mai 2003 : *Dr. et patr.* 11/2003. 97, obs. F. Monéger

¹⁴⁸² La bonne foi se présume Civ. 1^{ère} 5 nov. 1913 : *GAJC*, 12^{ème} éd. n° 35 ; *DP* 1914. I. 281, note Binet ; S. 1920.1. 370 ; V. aussi Civ. 1^{ère} 15 janv. 1980 n° 78-15.084, Bull. civ. 1, N 70

¹⁴⁸³ Art. 201 C. civ.

¹⁴⁸⁴ Civ 1^{ère} 30 juill. 1900 : *GAJC*, 11^{ème} éd. n° 11-12 (I) ; *DP* 1901. 1.317 ; Req. 14 mars 1933 : *DH* 1933.219 ; V. aussi Civ. 1^{ère} 14 déc. 1971 n° 70-12.339 Bull. civ. 1, N 320 : R. 1971-1972 p. 11 ; D 1972. 179 ; V. aussi Civ 1^{ère} 28 mai 1991, D. 1992. 121, note Massip ; V. enfin CA Dijon 24 mai 1994 : *Gaz. Pal.* 1996. 2 Somm. 350 ; *RTD civ.* 1995. 330, obs. Hauser

Le mariage ne peut être considéré comme un engagement dénué de conséquences juridiques, c'est pourquoi la Haute juridiction apprécie *in abstracto* si l'erreur sur la personne a été déterminante dans le consentement de l'époux.

S'agissant des pouvoirs reconnus au procureur de la République pour intenter une action en nullité du mariage, le législateur lui confie ici des compétences au vue de la protection de l'ordre public.

Le mariage ne jouit pas que de la seule reconnaissance légale en droit positif mais aussi d'une reconnaissance internationale. Ainsi des français peuvent se marier à l'étranger.

L'enjeu ici est de savoir, d'une part si la validité de ces mariages est reconnue en France et d'autre part les effets attachés audit mariage.

SECTION III

DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET MARIAGE

Il existe une interaction entre l'évolution de la société et le droit. La liberté de circulation au sein de l'espace Shenghen des européens ainsi que la migration des populations a pour effet que des couples se forment entre des habitants de différents continents ou de différents pays qui font partie ou non de l'Europe.

Peut alors se poser le problème de la validité du mariage contracté à l'étranger et les conditions dans lesquelles il pourra produire ses effets en France.

§1 - Principe pour la validité du mariage célébré à l'étranger

Si les français peuvent se marier devant un Officier de l'état civil étranger, ils doivent toutefois respecter les conditions de fond prévues par la loi française.

Ces dernières années le législateur français a décidé de lutter notamment contre les mariages forcés, en alignant l'âge du mariage pour les filles sur l'âge de celui des garçons¹⁴⁸⁵, ainsi que contre les mariages «blancs et gris».

Cette lutte a pour but avéré l'intérêt de l'enfant qui est «la primauté» parmi les primautés, «la norme» parmi les normes.

¹⁴⁸⁵ Art 144 C. civ modifié par la 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

L'intérêt «supérieur» de l'enfant comme le relève le Professeur Fulchiron¹⁴⁸⁶ «*est en effet marqué par la relativité et par la subjectivité. Relativité dans l'espace et dans le temps, car la notion se nourrit des données propres à chaque époque et à chaque société ; elle est liée à une culture, à des savoirs, à une conception de la personne, de l'enfant et de la famille. Subjectivité individuelle, celle des père et mère, de l'enfant et du juge ; subjectivité collective, celle d'une société, de l'image que se fait cette société de l'enfant et, à travers cette image, qu'elle se fait d'elle-même*».

Le Professeur Rubellin-Devichi¹⁴⁸⁷ écrivait que «*donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit de ne pas appliquer le droit*».

Cet intérêt de l'enfant qui se révèle non seulement un outil très utile mais également une référence normative, doit guider la décision des magistrats et doit primer sur toute autre considération.

Principe incontournable, l'intérêt de l'enfant vient bouleverser le droit positif quand il conduit les magistrats à écarter une disposition légale ; la hiérarchie des normes est respectée car la CIDE, norme internationale, a une valeur supra nationale¹⁴⁸⁸ et son article 3-1 a été reconnu d'application directe dans un premier temps par le Conseil d'Etat¹⁴⁸⁹ et huit ans plus tard par la Haute juridiction¹⁴⁹⁰.

L'absence de définition objective de l'intérêt de l'enfant conduit les juges à une appréciation *in concreto* : autant de réponses que de magistrats qui sont amenés à se prononcer.

Ainsi la dispense accordée par le procureur de la République pour permettre la célébration du mariage d'un enfant mineur devant les autorités consulaires ou diplomatiques ne peut être motivée que par l'intérêt de l'enfant.

¹⁴⁸⁶ H. Fulchiron «Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant», *Gaz. Pal.*, 8 déc. 2009, n° 342, p. 15

¹⁴⁸⁷ J. Rubellin-Devichi citée par A. Cornec dans « Il faut NOMMER l'intérêt supérieur de l'enfant : la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt de l'enfant », p. 1 ; document présenté le 20 nov. 2010 au Palais Bourbon lors de la journée d'étude organisée par DEI-France et consultable en ligne sur le site <http://www.dei-france.org>

¹⁴⁸⁸ Art. 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés, ont, dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », JORF n° 0238 du 5 oct. 1958, p. 9151

¹⁴⁸⁹ CE 22 sept. 1997, JCP 1998.II.10051, obs. A. Gouttenoire

¹⁴⁹⁰ Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, pourvoi n° 02-206.613, D. 2005, note V. Egéa

Dans le cadre d'un mariage devant être célébré par une autorité étrangère le certificat de capacité nécessaire¹⁴⁹¹ ne pourra pas être délivré sans la dispense du procureur de la République.

En cas de doute sur la validité du mariage, le ministère public, saisi par l'autorité diplomatique ou consulaire, qui peut s'y opposer par une décision motivée rendue dans le délai de deux mois à compter de sa saisine¹⁴⁹². Si cette opposition ne peut empêcher l'autorité étrangère de célébrer le mariage, elle fait obstacle à sa transcription sur les registres de l'état civil français. Or, cette transcription conditionne l'opposabilité du mariage aux tiers ; à défaut, il ne produit d'effets qu'entre les époux et à l'égard de leurs enfants¹⁴⁹³. Il revient désormais aux époux de saisir, sans condition de délai, le tribunal judiciaire (ex TGI) pour obtenir la mainlevée de l'opposition du parquet¹⁴⁹⁴.

Le mariage célébré à l'étranger doit être transcrit sur les registres de l'état civil¹⁴⁹⁵ mais il n'existe aucune exigence de délai¹⁴⁹⁶. L'officier d'état civil peut refuser de transcrire le mariage ; il s'agit d'une opposition à transcription, ou surseoir à transcription lorsqu'il juge qu'il existe une cause de nullité du mariage ; il saisit alors le procureur de la République.

En vertu du Règlement dit «Bruxelles II»¹⁴⁹⁷ (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, l'annulation de mariages dans les Etats de l'union européenne doit être mentionnée en marge des actes de l'état civil français sans contrôle préalable du parquet.

§2 - Le rattachement des conditions de forme du mariage

Le rattachement des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration est aujourd'hui inscrit à l'article 202-2 du Code civil. Il constitue une consécration législative de la bilatéralisation prétorienne de l'article 171-1 du Code civil (il s'agissait à l'époque de l'article 170 alinéa 1^{er} du Code civil) par l'arrêt Sommaripa du 10 août 1919 selon lequel «*les actes de toute nature passés en pays étranger entre des Français et des étrangers doivent être faits suivant les lois du pays où ces actes ont lieu*». La jurisprudence a ainsi assimilé la célébration d'un mariage par une autorité publique à la forme

¹⁴⁹¹ Art 171-1 alinéa 1^{er} C. civ

¹⁴⁹² Art 171-4 C. civ

¹⁴⁹³ Art 171-5 C. civ

¹⁴⁹⁴ Art. 171-6 C. civ

¹⁴⁹⁵ Art. 171-5 C. civ ; Rappelons qu'il n'existe aucune exigence de délai pour la transcription

¹⁴⁹⁶ Civ 1^{ère} 7 déc. 2016 n° 15-22.996

d'un acte purement privé¹⁴⁹⁸ pour y appliquer le principe *locus regit actum*¹⁴⁹⁹ selon lequel la loi applicable à la forme des actes est la loi du lieu de leur conclusion. Elle a ainsi consacré la compétence de la *lex loci celebrationis* pour régir les conditions de forme du mariage¹⁵⁰⁰.

Le rattachement des conditions de forme du mariage à la *lex loci celebrationis* est donc davantage justifié par l'application de la loi du lieu de conclusion de l'acte que par la compétence exclusive de l'Officier de l'état civil pour le dresser.

Lorsque le mariage d'un français doit être célébré par «une autorité étrangère» il «doit être précédé de la délivrance d'un certificat de capacité à mariage établi après l'accomplissement, auprès de l'autorité diplomatique ou consulaire compétente au regard du lieu de célébration du mariage, des prescriptions prévues à l'article 63»¹⁵⁰¹.

De plus «sous réserve des dispenses prévues à l'article 169, la publication prévue à l'article 63 est également faite auprès de l'Officier de l'état civil ou de l'autorité diplomatique ou consulaire du lieu où le futur époux français a son domicile ou sa résidence».

En droit positif le mariage est un acte quasi-public qui nécessite l'intervention d'une autorité publique, l'Officier d'état civil, en vue de développer son effet constitutif de l'état des personnes.

Le système mixte prévu par le droit international privé français actuel impose de distinguer ce qui relève des conditions de fond et ce qui relève des conditions de forme du mariage, mais cette opération a soulevé de sérieux problèmes, notamment en matière de mariages religieux.

¹⁴⁹⁷ Règlement dit « Bruxelles II » (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) n°1347/2000

¹⁴⁹⁸ G. Geouffre de la Pradelle et M.L. Noboyet, Droit international privé LGDJ, 5^{ème} éd 2015, n° 51, p. 56

¹⁴⁹⁹ R. Genin-Méric, La maxime Locus regit actum nature et fondement, LGDJ 1976

¹⁵⁰⁰ Civ. 1^{ère} 13 fév. 1961, Bull n° 97 la Cour a reconnu la validité d'un mariage célébré entre une française et un roumain en Espagne, et ce même en l'absence de publication car il n'y avait aucune intention de fraude à la loi ; V. aussi Civ 1^{ère} 10 janv. 2018 n° 16-26.001 ; dans cette affaire une première épouse dont le mariage avait été célébré en 1949 en Algérie revendiquait le versement de la pension de reversion alors qu'il existait une seconde épouse. La Cour a confirmé que le mariage célébré selon les formes usitées dans le pays de célébration en l'occurrence en Algérie qui était alors française lors de la célébration était valable et qu'il devait produire ses effets et a débouté la seconde épouse ; V. enfin Civ. 1^{ère} 7 déc. 2016 n° 15-22.996 P : AJDA 2017.151 ; D. 2016. 2518, AJ. Fam 2016.146, obs. Boiché ; RTD civ. 2017. 93, obs. Hauser ; bid 102, obs. Hauser, Dr. fam. 2017. 145, note Ka ; dans cette affaire l'un des époux réclamait le transfert du bail à usage locatif souscrit par son époux conformément aux dispositions de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 ; la Cour devait se prononcer sur la validité du mariage de deux personnes de même sexe célébré en Espagne le 23 mai 2011. La Haute juridiction a indiqué «que le mariage contracté en pays étranger entre un français et un étranger est valable s'il a été célébré selon les formes usitées dans le pays de célébration et que la transcription prescrite n'est soumise à aucune exigence de délai ; la qualité de conjoint est opposable aux tiers depuis la date du mariage

¹⁵⁰¹ Art 171-2 alinéa 1^{er} C. civ créé par la loi n° 2016-1376 du 14 novembre 2016 relative au contrôle de la validité du mariage

Ainsi la Cour de cassation a dégagé, dans l'affaire *Caralasnis*¹⁵⁰², le principe de la qualification *lege fori* en admettant la validité d'un mariage civil entre un grec orthodoxe et une française en France malgré le caractère religieux imposé par la loi grecque, en considérant ce dernier comme une condition de forme du mariage selon les conceptions du droit français.

Par la loi du 17 mai 2013¹⁵⁰³ le législateur français a ouvert le mariage aux couples de même sexe¹⁵⁰⁴.

Le législateur en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, a été soucieux d'assurer un rayonnement international à sa réforme, en introduisant, une fois n'est pas coutume, des dispositions de droit international privé à l'article 202-2 du Code civil qui prévoit que *«le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu»*.

Cet article confirme le rattachement des conditions de forme du mariage à la loi du lieu de célébration dégagé par la jurisprudence sur le fondement de l'article 171 du Code civil.

Quant à l'article 202-1 du Code civil qui énonce *«les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle»*, confirme son rattachement classique des conditions de fond du mariage à la loi applicable au statut personnel, soit la loi nationale en droit international privé français, et rappelle le principe d'application distributive des lois nationales en présence.

Pour le Professeur Fulchiron¹⁵⁰⁵ *«cette façon de mettre le vin nouveau dans de vieilles outres [...] fait du mariage entre personnes de même sexe une exception au jeu normal des règles de conflit alors que l'on prétend en faire un mariage comme les autres»*.

De nombreux pays ne reconnaissent pas le mariage de deux personnes de même sexe ; aussi il est préférable d'opter pour la célébration du mariage en France car, même si la loi personnelle de l'époux étranger ne reconnaît pas le mariage entre deux personnes de même sexe, il suffit pour que le mariage soit célébré en France, que pour au moins l'une d'elles

¹⁵⁰² Civ. 1^{ère} 22 juin 1955, *Caralasnis*, *Gadip* n° 27 note H. Batiffol, *JCP* 1955. II. 8928, note G. Chavrier, *RCDIP* 1955, p. 723 et s. Selon la Cour *«la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond devait être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme»*

¹⁵⁰³ J.P. Laborde *«Quelques brèves observations sur les dispositions de droit international privé de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples du même sexe»*, Bulletin du CERFAP n° 15 novembre 2013

¹⁵⁰⁴ Art. 143 C. civ.

¹⁵⁰⁵ H. Fulchiron *«Le mariage entre personne de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du mariage pour tous» JDI*, n° 4, 2013, doct. 9

«soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence» le permette¹⁵⁰⁶.

Cependant l'époux étranger ne doit pas être un ressortissant d'un état¹⁵⁰⁷ lié à la France par une convention bilatérale prévoyant l'application de la loi nationale aux questions relevant du statut personnel, ceci a pour conséquence qu'il ne peut se marier en France, bien que la Cour de cassation le 28 janvier 2015¹⁵⁰⁸ ait affirmé *«que le mariage entre personnes de même sexe est une liberté fondamentale à laquelle une convention passée entre la France et le Maroc ne peut faire obstacle si le futur époux marocain a un lien de rattachement avec la France, tel que son domicile»*.

Le mariage célébré à l'étranger devant les autorités consulaires ou diplomatiques ou devant l'Officier d'état civil étranger, pourra produire tous ses effets en France à condition que les conditions de fond (âge, absence de fraude – mariage «blanc» mariage «gris», dispense du procureur de la République et certificat de capacité) et de forme contenues à l'article 202-2 du Code civil soient respectées.

Une fois les dispenses et autorisations obtenues et le mariage célébré, l'enfant mineur est émancipé de plein droit¹⁵⁰⁹. Le mariage a été transcrit sur les registres de l'état civil. Les époux sont donc soumis à un régime matrimonial qui va régir les rapports patrimoniaux entre les époux. C'est pourquoi nous n'aborderons que très brièvement le régime matrimonial.

¹⁵⁰⁶ Art 202-1 alinéa 2 C. civ

¹⁵⁰⁷ Ces pays sont en Europe : la Pologne, la Bosnie Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo et la Slovénie ; en Asie : le Laos et le Cambodge ; et en Afrique : la Tunisie, le Maroc et l'Algérie

¹⁵⁰⁸ Civ. 1^{ère} 28 janv. 2015, n° 15-50.059, Bull. civ. 2015, I, n° 20

¹⁵⁰⁹ Art 413-1 C. civ

SECTION IV

L'INTERET DE L'ENFANT ET LE REGIME MATRIMONIAL

Dans leur ouvrage¹⁵¹⁰ Pierre Voirin et Gilles Goubeaux définissent le régime matrimonial comme étant «*le statut qui règle les intérêts pécuniaires des époux dans leurs rapports et avec les tiers*».

§1 - régime primaire

Bien qu'il existe en matière de régimes matrimoniaux le principe de l'autonomie des volontés, le Code civil impose à tout un chacun des règles qui échappent à la volonté des époux.

Ces règles constituent le régime légal sur le plan patrimonial, appelé dans le jargon judiciaire «régime primaire» ou «régime de base» ou encore «*le statut matrimonial impératif*»¹⁵¹¹ contenu dans les articles 212 à 226 du Code civil, et qui va régir l'union entre les mineurs tout comme il s'applique à l'ensemble des unions.

Ce régime, dont les règles sont générales et d'ordre public, ne peut être écarté par les époux, et ce même par une clause de leur contrat de mariage.

Ces règles instaurent notamment le principe de solidarité¹⁵¹² des époux pour les dettes ménagères et l'éducation des enfants (loyers, aliments, chauffage, éclairage, soins médicaux¹⁵¹³, salaires d'assistantes au foyer¹⁵¹⁴, charges de copropriété¹⁵¹⁵) mais elle cesse dans le cas de dépenses excessives dont le montant est apprécié selon le train de vie du ménage¹⁵¹⁶ ainsi que pour les achats à tempéramment sans l'accord des deux époux¹⁵¹⁷, et ce même pour une faible valeur¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁰ Pierre Voirin et Gilles Goubeaux, LGDJ, droit civil, Tome 2 régimes matrimoniaux, successions, libéralités, éd. août 2018

¹⁵¹¹ Alain Bénabent, Droit de la famille, Domat droit privé LGDJ 3^{ème} éd. p. 117

¹⁵¹² Civ. 1^{ère} 13 oct. 1992, Bull. civ. I, n° 251 ; JCP 1993.II.2204, note Hauser ; V. aussi Civ. 1^{ère} 10 mars 1998, Bull. civ. I, n° 101 (l'appréciation de l'intérêt du ménage peut être modifiée par la séparation de fait entre les époux) ; V. aussi Civ. 1^{ère} 15 nov. 1994, RTD. Civ. 1995.421, obs. Vareille (concernant un abonnement téléphonique souscrit par un seul des époux séparé) ; V. encore Civ. 2^{ème} 24 nov. 1999, Bull. civ. II, n° 173 (concernant le loyer d'un logement pris à titre individuel) ; V. enfin Civ. 1^{ère} 29 juin 2011, n° 10.16925, JCP 2011.1017, note Zelcevic (pour des cotisations sociales)

¹⁵¹³ Civ. 2^{ème} 10 juil. 1996, Bull. civ. II, n° 204 ; V. ; aussi Cass. civ. 1^{ère} 10 mai 2006, Bull. civ. I, n° 235

¹⁵¹⁴ Soc. 8 juin 2005, Bull. civ. V, n° 197 ; D 2005.2509, note Mouly

¹⁵¹⁵ Civ. 3^{ème} 1^{er} déc. 1999, JCP 2000.I.245, n° 7, note Viederkerher

¹⁵¹⁶ CA Paris 5 juil. 1996 Dr. fam. 1997, n° 50

¹⁵¹⁷ Civ. 1^{ère} 27 nov. 2001, Bull. civ. I, n° 294

¹⁵¹⁸ Civ. 1^{ère} 12 juil. 1994 Bull. civ. I, n° 252, D 1996.117, note Dorsman

Les époux mineurs qui s'unissent sans avoir préalablement signé un contrat de mariage se trouvent soumis d'une part au régime de base ainsi qu'au régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts régi par les articles 1400 et suivants du Code civil.

§2 - Le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts

Ce régime dit «légal» qui s'applique aux couples mariés sans contrat distingue trois masses de biens : la masse des biens propres à chacun des époux composée de biens appartenant à chacun des époux avant leur mariage¹⁵¹⁹ et gérée par chacun des époux, et la masse des biens communs composée de tous les biens acquis au cours du mariage¹⁵²⁰.

Rappelons à bon escient que le revenu des biens propres tombe dans la communauté¹⁵²¹ et que la communauté doit en conséquence supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens¹⁵²².

Dans le cadre de la liquidation de ce régime légal est apparu la distinction entre le titre et la finance.

La première fois que la jurisprudence a fait émerger cette distinction c'était dans le cadre d'une concession d'un parc à huitres pour laquelle seule la valeur patrimoniale était tombée dans la communauté mais non la cession¹⁵²³, puis pour une exploitation ostréicole commune¹⁵²⁴ ainsi que pour une licence de taxi pour laquelle la Haute juridiction a jugé que la valeur patrimoniale de la licence est comprise dans la communauté¹⁵²⁵.

¹⁵¹⁹ Art. 1403, 1404 et 1405 et 1406 C. civ.

¹⁵²⁰ Art. 1401 et s. C. civ.

¹⁵²¹ Art. 1401 C. civ. ; Civ. 1^{ère} 20 fév. 2007 n° 05-18.066 P : D. 2007.1578, note Nicoud ; *ibid* Pan. 2126. Obs. Revel ; JCP 2007. I.208 n° 11, obs. Simler ; Defrénois 2008. 307, obs. Champenois ; AJ. Fam. 2007. 230, obs. Hilt ; Dr. fam. 2007, n° 88, note Beignier ; *RTD* civ. 2007.618, obs. Vareille

¹⁵²² Civ. 1^{ère} 31 mars 1992 n° 90-17.212P : GAJC, 11^{ème} éd., n° 91 ; JCP 1993.II.22003, note Pillebout ; *ibid*. 22041, note Tisserand ; Defrénois 1992. 1121, note Champenois ; *ibid*. 1993. 545étude Morin ; *RTD* civ. 1993. 401, obs. Lucet et Vareille ;

¹⁵²³ Civ. 8 déc. 1987, Bull. civ. I, n° 333 ; R ; p. 143 ; D. 1989. 61 note Malaurie, *JCP* 1989.II.21336, note Simler ; *Defrénois* 1988.533, obs. Champenois

¹⁵²⁴ Civ. 1^{ère} 14 mars 2006 ; n° 03-19.728 P : D 2006. IR 1329 ; *JCP* 2006. I. 193 n° 8, obs. Simler ; *AJ. Fam* 2006.382, obs. Hilt (absence de caractère propre des accessoires de l'exploitation agricole)

¹⁵²⁵ Civ. 1^{ère} 16 avr. 2008, Bull. civ. I, n° 121 ; D. 2008. 2264, obs. Douville ; *RDLC* 2008/50, n° 3036, obs. Jeanne ; *RTD* civ. 2009. 352, note Vareille

La Cour de cassation s'est également prononcée sur les parts sociales non négociables où là encore la distinction entre le titre et la finance a été opérée¹⁵²⁶.

Mais les futurs époux bien que mineurs, préalablement conseillés, peuvent souhaiter aménager leur régime matrimonial de par l'établissement d'un contrat de mariage dont les modalités pourront être adaptées aux besoins des futurs époux.

§3 - le contrat de mariage préalable à l'union de l'enfant mineur

Les futurs époux, de par l'établissement d'un contrat de mariage, souhaitent aménager, dans la mesure légale admise, leur régime matrimonial.

L'incapacité qui frappe les enfants mineurs a notamment pour but de les protéger dans le cadre de l'établissement d'un tel acte.

Le contrat de mariage **est un contrat solennel** : *«Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires »*¹⁵²⁷.

Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiala (qui peut se marier peut consentir à un contrat de mariage). La capacité pour conclure un contrat de mariage est la même que celle que pour contracter mariage.

Le mineur ne peut se marier, même s'il est émancipé, sans avoir obtenu la dispense prévue à l'article 145 du Code civil ainsi que le consentement de ses parents¹⁵²⁸.

Dès lors qu'il a obtenu la dispense et le consentement de ses parents *«le mineur capable de contracter mariage est capable de consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage»*¹⁵²⁹.

¹⁵²⁶ Civ. 1^{ère} 9 juillet 1991 n° 90-12.503 P : *Defrénois* 1991.1333, obs. Le Cannu (l'indivision suite au décès de l'épouse du mari fondateur d'un groupement agricole d'exploitation en commun, qui avait seul la qualité d'associé, ne porte pas sur les parts sociales mais uniquement sur la valeur de celle-ci car seule la fincance de ces parts sociales est entrée en communauté) ; V. aussi Civ. 1^{ère} 28 mars 2018 n° 17-16.198 P ; D. 2018. 2056, obs. Lamazerolles et Rabreau ; *AJ. Fam.* 2018. 304, obs. Hilt ; *RTD civ.* 2018.472, obs. Nicod ; ibid 710, obs. Dross (les parts sociales d'un groupe de sociétés acquises au cours du mariage sont portées à l'actif de communauté pour leur valeur au jour du partage mais la qualité d'associé s'y attachant ne relève pas de l'indivision post-communautaire) ; V. enfin Civ. 1^{ère} 4 juill. 2012 n° 11-13.384 P : D 2012. 2493, note Barabé-Bouchard ; *AJ. Fam.* 2012. 508, obs. Hilt ; Rev. Société, note Dauriac ; *Dr. fam.* 2012, n° 158, obs Paisant ; *RDLC* 2012/98, note Dondero (L'époux souscripteur de parts sociales acquises pendant la durée du mariage a seul la qualité d'associé de la SARL, lesdites parts sociales ne sont entrées en communauté que pour leur valeur patrimoniale et qu'elles ne pouvaient être attribuées qu'au titulaire des droits sociaux lors du partage)

¹⁵²⁷ Art. 1394 alinéa 1^{er} C. civ.

¹⁵²⁸ Art. 148 C. civ.

¹⁵²⁹ Art. 1398 alinéa 1^{er} C. civ.

Le devoir de conseil du notaire sera essentiel et déterminant afin de guider au mieux les futurs époux dans leur choix entre les régimes conventionnels suivants :

A-la communauté conventionnelle (article 1497 et suivants du Code civil)

La communauté conventionnelle¹⁵³⁰ qui permet de «*modifier la communauté légale par toutes espèces de conventions qui ne son pas contraires aux articles 1387, 1388 et 1389*»¹⁵³¹, afin que l'un des époux ait un préciput¹⁵³², ou des parts inégales¹⁵³³, ou le droit de prélever certains biens moyennant indemnité¹⁵³⁴, ou encore la communauté universelle¹⁵³⁵.

Ces avantages matrimoniaux ne sont pas considérés comme des donations¹⁵³⁶ et ne sont pas soumis aux droits de mutation.

Cependant dans le cas où «*il existerait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1 au titre des donations entre vifs et des testaments sera sans effet pour l'excédent*»¹⁵³⁷.

Cette action en retranchement n'est pas ouverte à l'enfant né d'une précédente union et adopté par le conjoint¹⁵³⁸.

Toutefois l'alinéa 3 de l'article 1527 du Code civil permet aux enfants non issus des époux de renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial, et ce dans les formes de l'article 929 à 930-1 du Code civil.

¹⁵³⁰ Civ. 1^{ère} 28 juin 1983, Bull. civ. I, n° 190 ; R. p. 43 ; D 1984. 254, note G. Morin ; JCP 1985. II. 20330 note Pillebout ; le contrat de mariage peut écarter les dispositions de l'article 1469 sur le calcul des récompenses

¹⁵³¹ Art. 1497 alinéa 1^{er} C. civ.

¹⁵³² Art. 1497 4° C. civ.

¹⁵³³ Art. 1497 5° C. civ.

¹⁵³⁴ Art. 1497 3° C. civ.

¹⁵³⁵ Art. 1497 6° C. civ.

¹⁵³⁶ Art. 1527 alinéa 2 C. civ. ; Civ. 1^{ère} 6 mai 1997 n° 95-13.804 P ; R. p. 192 ; D 1998. 303, note Denoissy ; JCP N 1997. 939, étude J. Piédelièvre et 1533, note Pelletier et Appremont ; JCP 1997. I. 4047 n° 20, obs. Tisserand ; JCP 1998. I. 33, n° 10 obs. Le Guidec ; Defrénois 1997. 1086, obs. Champenois et 1194, note Chappert ; RTD civ. 1998. 179, obs. Vareille

¹⁵³⁷ Art. 1527 alinéa 2 C. civ. et art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Civ. 1^{ère} 29 janv. 2002 n° 99-21.134 P : D 2002. 1938, note Devers ; JCP 2002. I. 167 n° 12 obs. Tisserand ; ibid 178 ° 8, obs. Le Guidec ; Defrénois 2002. 692 obs. Massip ; ibid 1330 obs. Champenois, AJ. Fam 2002. 110 et les obs. ; DR ; fam. 2002, n° 45, obs. Beignier ; RJPF 2002.5124, note Casey ; LPA 11 juill. 2002, note Cicile-Delfosse ; ibid. 26 juill. 2002, note Chassagnard ; RTD. civ. 200. 278 obs. Hauser ; ibid 347, obs. Vareille ; ibid 865 obs. Marguénaud ;

¹⁵³⁸ Civ 1^{ère} 7 juin 2006 n° 03-14.884 P : D. 2006. IR. 1770 ; JCP 2007. I. 142 n° 25, obs. Tisserand-Martin ; Defrénois 2006.1578, note Vareille, et 1614, obs. Champenois ; Dr. fam. 2007 n° 44, note Murat ; RTD civ. 2006. 749, obs. Hauser, et 810, obs. Grimaldi (enfants nés du premier mariage du père adoptés par la seconde épouse de celui-ci) V. aussi 11 fév. 2009 n° 07-21.421 P ; JCP 2009. I. 140, n° 14, obs. Tisserand-Martin ; AJ. Fam. 2009. 179, obs. Bicheron ; Dr. fam. 2009 n° 44, obs. Bascugnana ; RJPF 2009-5/17, note Vauvillé ; RLDC 2009/59 n° 3398, obs. Pouliquen ; ibid 2009/60 n° 3433, note Omarjee ; Defrénois 2009. 1611, obs. Vareille ; RTD civ. 2009. 5190, obs. Hauser ; V. en ce sens Orléans 29 avr.2002 ; JCP 2002. I. 111, n° 16, obs. Tisserand ; Dr. fam. 2002n° 147, note B. B.

B-la communauté universelle (article 1526 du Code civil)

Dans ce régime tous les biens, présents et à venir, possédés par les époux sont mis en commun, quelle que soit la date d'acquisition (avant ou après le mariage), leur origine (achat, donation, etc.) et leur mode de financement. Les biens propres par nature définis par l'article 1404 du Code civil¹⁵³⁹ restent la propriété personnelle de l'époux concerné sauf les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux quand ils sont l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté¹⁵⁴⁰.

Afin de se prémunir contre les effets néfastes d'un divorce il est nécessaire d'inclure dans le contrat de mariage une clause de «reprise en nature». En effet «*si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté*»¹⁵⁴¹.

Grâce à cette clause chacun des époux reprendra les biens qu'il a personnellement apportés à la communauté et recevra la moitié des biens communs acquis au cours du mariage.

C-la séparation de biens (article 1536 et suivants du Code civil)

Ce régime matrimonial est axé sur la séparation des patrimoines entre les deux époux et assure l'indépendance totale de chacun des époux. Ainsi chacun des époux reste propriétaire des biens dont ils étaient propriétaires avant mariage et de ceux qu'ils acquièrent au cours du mariage¹⁵⁴².

D'un point de vue purement patrimonial tout se passe comme s'il n'y avait pas de mariage mais les époux doivent consacrer une partie de leurs ressources personnelles aux charges du mariage (articles 212 à 226 Code civil). Si les époux n'ont pas réglé leur contribution respective concernant les charges du mariage ils doivent y contribuer conformément à l'article 214 alinéa 1^{er} du Code civil.

Il est de pratique courante que les époux adjoignent une société d'acquêts et choisissent librement les biens qui en feront partie lors de la rédaction du contrat de mariage.

Ce régime matrimonial «à la carte» permettra aux futurs époux de composer librement cette société d'acquêts¹⁵⁴³ ; ainsi la société d'acquêts pourra se composer de biens propres appartenant à

¹⁵³⁹ Art 1404 C. civ. : «*Forment des propres par leur nature, quand même ils auraient été acquis pendant le mariage, les vêtements et linges à l'usage personnel de l'un des époux, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral, les créances et pensions incessibles, et, plus généralement, tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne.*»

¹⁵⁴⁰ Art. 1404 alinéa 2 C. civil : «*Forment aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté.*»

¹⁵⁴¹ Art 265 alinéa 3 C. civ. issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités

¹⁵⁴² Civ. 19 mars 2014 n° 13-14.989, Bull. 2014, I n° 46

¹⁵⁴³ Civ 1^{ère} 25 nov. 2003 n° 02-12.942 P : D. 2004 somm. 35 ; JCP 2004. I. 129, n° 20, obs. Storck ; *Defrénois* 2004.1467, obs. Champenois ; *AJ. Fam.* 2004. 28, obs ; S. D. B. ; *Dr fam* 2004, n° 8, note Beignier ; *RJPF* 2004-3/29 obs. Vauvillé ; *RTD civ.* 2004. 335 note Vareille

l'un des époux, de biens professionnels exploités par les deux époux, ou bien se limiter au logement de la famille et des meubles le garnissant ou encore comprendre tous les immeubles acquis au cours du mariage, il pourra être inséré dans le contrat de mariage une clause de partage inégal ou une clause d'attribution intégrale des biens au profit du conjoint survivant.

La gestion des biens composant la société d'acquêts est soumise aux règles de gestion applicables au régime de la communauté légale¹⁵⁴⁴ sauf clause contraire.

Ce régime n'étant pas organisé par la loi mais étant issu de la pratique notariale, c'est pourquoi il appartiendra aux époux de tout prévoir, notamment les règles relatives à la gestion du ou des biens se trouvant en société ainsi que le sort du ou des biens à la dissolution du mariage.

D-la participation aux acquêts (article 1569 et suivants du Code civil)

Ce régime inspiré du droit allemand n'a pas eu le succès escompté car les professionnels sont peu rodés à sa liquidation.

Ce régime suit les règles de la séparation de biens¹⁵⁴⁵. Pour les règles de preuves, lorsque la propriété exclusive n'est pas rapportée les biens sont réputés appartenir indivisément aux deux «époux par moitié, sous réserve des présomptions contenues dans le contrat de mariage»¹⁵⁴⁶.

Dès lors que l'enfant mineur a obtenu les dispenses et autorisations nécessaires à son mariage, il apparaît qu'il n'existe aucune restriction pour le choix du régime matrimonial quand le consentement de toutes les personnes qui doivent le donner l'ont librement donné.

Mais l'intérêt de l'enfant mineur doit prévaloir pour le choix du régime matrimonial car c'est la sauvegarde de ses intérêts qui conditionnera le choix de son régime matrimonial.

L'intérêt de l'enfant mineur doit toujours primer sur d'autres intérêts qui viendraient nuire à celui de l'enfant, aussi le notaire qui doit rédiger le contrat de mariage et établir le certificat qu'il doit remettre à la Mairie, après avoir donné l'ensemble des renseignements, indiquera les conséquences et risques de chaque régime matrimonial, et en fonction de la situation des futurs époux pourra leur indiquer le régime matrimonial qui paraît le mieux adapté.

De toute évidence, le notaire, dans l'intérêt de l'enfant, déconseillera le choix de la communauté universelle dans le cadre d'une première union au vue des conséquences

¹⁵⁴⁴ Civ. 1^{er} 14 mai 1974 ; JCP 1975. II. 17910, note Ponsard

¹⁵⁴⁵ Art. 1569 C. civ.

¹⁵⁴⁶ Art. 1538 C. civ.

patrimoniales.

Si l'enfant mineur est placé sous un régime de protection juridique le choix du régime matrimonial sera conditionné par l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles.

Dans ce cas, il est fort probable que la dérogation nécessaire à la célébration du mariage, du procureur de la République ne sera pas obtenue, et ce, afin de protéger l'enfant mineur dont l'intérêt doit être le seul élément qui doit être pris en considération dans toutes les décisions le concernant¹⁵⁴⁷.

Enfin «*Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'au jour de cette célébration*». ¹⁵⁴⁸

Si le mariage n'est pas célébré, les conventions matrimoniales ne prenant pas effet sont donc caduques.

Les époux mariés sous le régime légal de la communauté peuvent souhaiter au cours de leur union pour des raisons personnelles et/ou patrimoniales changer de régime matrimonial.

En effet, le régime matrimonial régissant les rapports entre les conjoints peut se trouver totalement inadapté eu égard à l'évolution de la famille fondée par lesdits conjoints ainsi qu'au vu de leur situation patrimoniale.

SECTION V

CHANGEMENT DE REGIME MATRIMONIAL AU COURS DU MARIAGE

Dans un premier temps existait le principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, puis la loi du 13 juillet 1965¹⁵⁴⁹ créa l'article 1397 du Code civil qui autorisa une mutabilité contrôlée consistant à autoriser le changement de régime sous certaines conditions : «*intérêt de la famille*», accord commun des époux et l'homologation judiciaire de l'acte notarié portant changement de régime matrimonial, ainsi qu'une condition de délai : les époux devaient être mariés depuis deux ans.

Le changement de régime matrimonial prenant effet entre les époux à la date du

¹⁵⁴⁷ Art. 3-1 CIDE

¹⁵⁴⁸ Art. 1395 C. civ.

¹⁵⁴⁹ Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réformes des régimes matrimoniaux

jugement d'homologation¹⁵⁵⁰, c'est-à-dire du jugement définitif en cas de litige.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 juillet 2001¹⁵⁵¹, a précisé qu'il résulte de ce texte *«qu'en cas de décès de l'un des époux avant le jugement, la dissolution du régime matrimonial rend sans objet la demande d'homologation»* de sorte *«que la Cour d'appel, qui a constaté que la communauté avait été dissoute par le décès du mari avant le jugement d'homologation, a exactement décidé que le changement de régime matrimonial ne pouvait plus être homologué»*.

La loi du 23 mars 2006¹⁵⁵² a modifié, de manière substantielle, l'article 1397 du Code civil en instaurant la déjudiciarisation partielle ; l'acte notarié incluant un acte liquidatif du régime précédent n'a plus à être homologué en l'absence d'enfant mineur sauf en cas d'opposition des enfants¹⁵⁵³.

Puis la loi du 23 mars 2019¹⁵⁵⁴ vint profondément modifier l'article 1397 en supprimant notamment le délai de deux ans qui était nécessaire pour changer de régime matrimonial.

Toutefois on ne peut résumer l'importance apportée en matière de changement de régime matrimonial à la simple «déjudiciarisation» qui a été opérée par la loi du 23 juin 2006 et à la suppression du délai de deux ans par la loi du 23 mars 2019.

En effet, la loi de 2019 permet au notaire de saisir le juge des tutelles lorsque l'un des époux a un enfant mineur, en tant que *«tiers ayant connaissance d'actes ou d'omissions qui compromettent manifestement ou substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter préjudice grave à ceux-ci»* selon les dispositions de l'article 387-3 du Code civil auquel le nouvel article 1397 alinéa 5 du Code civil renvoie.

Il faut noter que cette faculté laissée à la seule appréciation du notaire, qualifié de «tiers», n'est assortie d'aucune sanction ; il est fort probable que le législateur n'a pas jugé utile et nécessaire d'attacher à ce défaut d'information une sanction en sachant que cette profession réglementée aura, au vu de son statut particulier (officier ministériel) à cœur d'informer, en cas de besoin, le juge des tutelles.

En présence d'enfant mineur sous tutelle l'information du changement de régime

¹⁵⁵⁰ Ancien art. 1397 alinéa 3 C. civi

¹⁵⁵¹ Civ. 1^{ère} du 12 juill. 2001 n° 99-14.082, Bull 2001, I, N° 223 p. 140

¹⁵⁵² Loi n° 2006-728 du 23 mars 2006 portant réforme des successions et des libéralités

¹⁵⁵³ Art. 1397 alinéa 4 C. civ.

¹⁵⁵⁴ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice déjà citée

matrimonial doit être faite à son représentant qui pourra alors former opposition audit changement et ce, sans autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles.

L'homologation obligatoire en présence d'enfant mineur est également supprimée par la loi du 23 mars 2019.

Ainsi la liberté offerte aux époux transforme cet acte en une véritable opération de «gestion de patrimoine» touchant l'ensemble de la famille.

De par la réforme opérée, le législateur a attribué au changement de régime matrimonial la nature de pacte de famille en maintenant la condition du changement qui est, aujourd'hui comme hier, «l'intérêt de la famille».

L'intérêt de la famille, concept délicat du fait de son caractère abstrait et de la carence légale relève de l'interprétation des juges.

Cet intérêt de la famille qui repose entièrement sur la notion de la famille en perpétuelle évolution devient alors encore plus abstrait.

Enfin le contrôle du changement de régime matrimonial a notablement évolué ; initialement confié exclusivement au juge, il est désormais, essentiellement confié au notaire.

En effet, le notaire, *officier public*, est désormais en charge de procéder à cette vérification, laquelle demeure comme par le passé d'une grande souplesse. Il convient ici de rappeler que si le juge exerce la *juridiction gracieuse*, le notaire lui exerce, ce que les arrêts du XIXe siècle dénommaient avec une parfaite qualification, la *juridiction volontaire*.

À ce titre, on peut considérer que, d'une certaine manière, le notaire est mieux qu'un auxiliaire de justice, un suppléant de justice.

S'agissant du choix par les époux mineurs de changer de régime matrimonial ici l'intérêt de la famille va se trouver en concurrence avec l'intérêt de l'enfant car l'émancipation de l'enfant mineur par le mariage¹⁵⁵⁵ a mis fin à son incapacité mais ne l'a pas pour autant rendu majeur ; il demeure un enfant mais un enfant capable «*comme un majeur de tous les actes de la vie civile*»¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵⁵ Art 43-1 C. civ.

¹⁵⁵⁶ Art 413-6 C. civ.

En tant qu'enfant il demeure protégé dans le cadre de son intérêt, et la primauté de l'intérêt de l'enfant telle qu'elle figure dans l'article 3-1 de la CIDE, doit primer toute autre considération.

Cet intérêt de l'enfant, notion vague et imprécise est le fil conducteur qui doit guider le choix ou la décision dans toutes les situations concernant l'enfant, et qui a le mérite de le placer dans un système de «super protection» en laissant libre cours à l'interprétation à lui donner.

La CEDH ne prend parfois pas la peine de définir l'intérêt supérieur de l'enfant *in concreto* et se contente de considérer que l'intérêt supérieur de l'enfant a été suffisamment pris en compte, ou ne l'a pas été. Mais elle peut aussi recourir à des formules du type «l'intérêt supérieur de l'enfant, entendu comme (...)»¹⁵⁵⁷.

Thomas Dumortier, lui, parle d'une «*notion aussi insaisissable qu'auréolée du prestige associé à la protection de l'enfance*»¹⁵⁵⁸.

Jean Zermatten, ancien Président du Comité des droits de l'enfant de l'ONU¹⁵⁵⁹, a tenté de définir la notion de l'intérêt de l'enfant ainsi¹⁵⁶⁰: «*la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence*».

La définition de Jean Zermatten peut être prise comme référence par l'ensemble des juridictions car l'intérêt de l'enfant mineur est un véritable instrument juridique qui doit motiver toutes les décisions concernant l'enfant mineur.

Enfin, le principe de l'autonomie des volontés permet à chaque individu de changer, s'il le souhaite de régime matrimonial.

L'enfant mineur bénéficie d'une double protection qui trouve sa source dans son statut

¹⁵⁵⁷ CEDH Gnahoré c/France, 19 sept. 2000 ; V. aussi CEDH, Maumousseau et Washington c/France, 6 déc. 2007 ; V. enfin CEDH, Neulinger et Shuruk c/Suisse, 6 juill. 2010

¹⁵⁵⁸ T. Dumortier «L'intérêt supérieur de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », un séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, in La Revue des Droits de l'Homme, n° 3, juin 2013

¹⁵⁵⁹ J. Zermatten, Juriste suisse, Président du comité des droits de l'enfant de l'ONU de 2011 à 2013, auteurs de « Le cadre des droits de l'enfant » dans les Cahiers dynamiques 2016/3 (N° 69) ; du même auteur « intérêt supérieur de l'enfant ou intérêt sécuritaire ? » droit de l'enfant dans les Cahiers dynamiques 2009/1 (N° 43)

d'enfant mineur et dans son intérêt supérieur.

Malgré cette double protection l'enfant mineur «*capable de contracter mariage est capable de consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible*»¹⁵⁶¹.

Le changement de régime matrimonial repose notamment sur l'intérêt de la famille¹⁵⁶². Aujourd'hui cet intérêt se voit relayer à la seule volonté des époux aidés du notaire car l'homologation est devenue l'exception.

Le recul du rôle du juge et par conséquent de l'appréciation de l'intérêt de la famille par ce dernier, a pour effet de transférer cette responsabilité au notaire qui doit aussi veiller à ce que la volonté de chacun des époux soit réelle, que leur consentement est libre et éclairé et que la convention préserve suffisamment l'intérêt de l'enfant (époux) ainsi que l'intérêt du ou des enfants mineurs.

Tous les intérêts en jeu doivent être pris en considération afin de préserver la protection de l'enfant marié émancipé, l'unité de la famille, et la protection de ou des enfants mineurs issus du mariage.

L'enfant mineur émancipé par mariage peut décider de changer de régime matrimonial. S'agissant de la signature de l'acte authentique notarié comportant changement de régime matrimonial de ou des époux émancipés, ils peuvent seuls réitérer cet acte car ils sont devenus juridiquement capables.

Si le mineur est placé sous un régime de protection, le changement de régime matrimonial devra être autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille (article 1397 alinéa 6 du Code civil).

Enfin le changement de régime matrimonial doit faire l'objet d'une publicité dans un journal d'annonces légales et figurer en marge de l'acte de mariage des époux.

¹⁵⁶⁰ J. Zermatten, Cours sur l'intérêt supérieur de l'enfant, Paris VIII, mars – mai 2005

¹⁵⁶¹ Art 1398 alinéa 1^{er} C. civ.

¹⁵⁶² Civ. 1^{ère} 25 mai 1982, Bull. civ I, n° 192 ; R. p 47 : les époux doivent établir l'existence de l'intérêt de la famille ; Civ. 1^{ère} 6 janv. 1976 ; *GAJC* 12^{ème} éd. n° 90 ; D 1976. 253, note Ponsard ; JCP 1976. II. 8461, note Patarin ; *RTD* civ. 1978. 123, obs. Nerson (l'existence et la légitimité de l'intérêt de la famille doivent faire l'objet d'une vue d'ensemble) ; V. en ce sens Civ. 1^{ère} 17 juin 1986 ; *JCP N* 1986. II. 250, note Simler ; *JCP* 1987. II. 20809, note Henry ; V. aussi Paris 30 janv. 1991 ; *Deffrénois* 1991.492, obs. *Champenois* (refus de changement de régime matrimonial en faveur de la communauté universelle car l'intérêt de la famille visé à l'article 1397 du Code civil n'était justifié que pour le mari et la mesure était défavorable pour l'épouse) ; V. aussi en ce sens Paris 18 nov. 1997 ; *Deffrénois* 1998. 1222, note Plazy ; V. enfin Civ. 1^{ère} 21 sept. 2016 n° 15-20.319, inédit. Ces décisions ont été rendues avant la réforme intervenue en 2019.

Il prend effet entre les époux à compter de la date de signature de l'acte ou du jugement d'homologation¹⁵⁶³, qui est devenu obligatoire uniquement en cas d'opposition, et est opposable aux tiers trois mois après mention en marge de l'acte de mariage.

Mais la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 29 mai 2013¹⁵⁶⁴ qu'en « *l'absence même de cette mention, le changement de régime n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial* ».

Le changement de régime matrimonial qui répond à une demande et une préoccupation des époux a subi une véritable refonte avec la loi du 23 mars 2019. La suppression du délai de deux ans, la déjudiciarisation ainsi que le rôle du notaire sont devenus le nouveau modèle du changement de régime matrimonial bien que l'intérêt de la famille ait résisté à la réforme.

La préoccupation du législateur d'alléger la charge des tribunaux est sans doute allée à l'encontre de l'intérêt de l'enfant mineur car l'homologation en présence d'enfant mineur a disparu. Désormais il appartient au notaire de saisir le juge dès lors que les intérêts de l'enfant mineur doivent être sauvegardés.

La mission et le rôle confiés au notaire deviennent primordiaux dans la sauvegarde des intérêts de l'enfant mineur.

Le droit international privé interagit non seulement sur le mariage, comme nous l'avons déjà abordé, mais également sur le régime matrimonial des époux ainsi que nous allons le voir.

¹⁵⁶³ C.C. 8 sept. 2016 ° 2016. -560 QCP D. 2016. 1756 ; *AJ Fam* 2016.548, obs Hilt Constitutions 2016. 535 : le Conseil constitutionnel a indiqué que les « *mots entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit* » et « *figurant dans la première phrase du sixième al. De l'article 1397 du code civil dans sa rédaction résultant de la L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs sont conformes à la Constitution* »

¹⁵⁶⁴ Civ. 1^{ère} 29 mai 2013, Bull. civ.2013, I n° 115

SECTION VI

DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET REGIME MATRIMONIAL

Durant le mariage, les époux ne se préoccupent que très peu de la loi applicable à leur union et ne se questionnent pas non plus sur la loi applicable à leur régime matrimonial.

Le conflit de lois intervient lors de la rupture du mariage par divorce ou décès ; la difficulté consiste alors à connaître la loi applicable au régime matrimonial dissout ; loi qui souvent sera contestée par les époux eux-mêmes car ils ne comprendront pas pourquoi il sera appliqué une certaine loi alors qu'ils ne l'auront pas eux-mêmes choisi ni voulu.

Pour savoir quelle est la loi applicable au régime matrimonial il faut opérer une distinction entre trois périodes.

La première période concerne les règles applicables aux époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992 et n'ayant pas modifié leur régime matrimonial postérieurement au 29 janvier 2019 (§1), la seconde période concerne les règles applicables aux époux mariés après le 1^{er} septembre 1992 et avant le 29 janvier 2019 et n'ayant pas modifié leur régime matrimonial postérieurement au 29 janvier 2019 (§2), et enfin, la troisième période concerne les règles applicables aux époux mariés à compter du 29 janvier 2019 ou qui ont changé de régime matrimonial à compter du 29 janvier 2019 (§3).

§1 - Les règles applicables aux époux mariés avant le 1er septembre 1992

Pour les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992 et n'ayant pas changé de régime matrimonial après le 29 janvier 2019, il y a lieu d'appliquer les règles françaises de conflit de lois pour la détermination du régime matrimonial. Ces règles retiennent le principe de l'autonomie de la volonté dans la détermination de la loi applicable au régime matrimonial, c'est-à-dire la loi que les époux ont implicitement choisie¹⁵⁶⁵.

En l'absence de choix effectué par les époux pour leur régime matrimonial et de la loi qui lui est applicable, la jurisprudence a élaboré une présomption : **celle du premier domicile matrimonial**.

Ainsi «*La détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, doit être faite en considération, principalement, de la fixation de leur premier domicile matrimonial*».

Cette formule pourrait laisser croire que le droit français consacre, en l'absence d'un choix exprès, un rattachement objectif qui se rapprocherait de la Convention de La Haye de 1978 s'agissant du régime matrimonial légal qui met en place des rattachements objectifs dépourvus de tout contenu volontaire.

En réalité, il n'en est rien, car le système jurisprudentiel français reste fidèle à une approche subjectiviste. Il appartient donc au juge du fond de rechercher la volonté présumée des époux et la considération de leur premier domicile matrimonial (le lieu où les époux entendent fixer et fixe effectivement de manière stable le siège de leurs intérêts pécuniaires après le mariage) qui est un indice prépondérant pour la découverte de cette volonté.

¹⁵⁶⁵ Civ. 1^{ère} 3 oct. 2019 inédit ; la Cour est de nouveau saisie contre l'arrêt rendu par la CA de Versailles le 17 juill. 2018 sur renvoi après cassation (1^{ère} Civ., 13 décembre 2017, pourvoi n° 16-27.216, Bull. 2017, I, n° 248) ; dans cette espèce les époux mariés en Algérie en 1982 sans contrat puis se sont installés en France en 1995 et qu'ils se sont opposés après le prononcé de leur divorce à la détermination de la loi applicable à leur régime matrimonial. La cour a rappelé que «*mariés sans contrat, avant l'entrée en vigueur en France, le 1er septembre 1992, de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, doit être faite en considération, principalement, de la fixation de leur premier domicile matrimonial ; que cette règle ne constituant qu'une présomption, qui peut être détruite par tout autre élément de preuve pertinent, les juges du fond peuvent prendre en considération des circonstances postérieures au mariage si elles éclairent la volonté des époux quant à la localisation de leurs intérêts pécuniaires au moment de leur union ; que le rattachement du régime matrimonial légal ou conventionnel à la loi choisie par les époux à la date de leur union est permanent*» et que «*les circonstances étaient impropres à révéler que les époux avaient eu la volonté, au moment de leur mariage, de soumettre leur régime matrimonial à une autre loi que celle de l'Algérie, pays dans lequel ils avaient fixé le premier domicile matrimonial, stable et durable*», casse et annule seulement en ce qu'il dit que le régime matrimonial des époux est le régime français de la communauté réduite aux acquêts

A défaut de domicile commun, il convient alors de rechercher, d'après les faits et les circonstances, le statut que les époux avaient la volonté commune d'adopter.

Il est important de souligner que le régime matrimonial s'applique une fois pour toute, et ce pendant toute la durée du mariage. Ainsi, la loi qui régit le régime matrimonial des époux s'applique à l'ensemble de leurs biens indépendamment du lieu de leur situation.

La loi applicable est fixée pour toute la durée du mariage et le changement de domicile matrimonial ou de nationalité n'a pas d'incidence sur le régime matrimonial.

Le droit international privé français et la jurisprudence considèrent que cette volonté se traduit par le choix du premier domicile matrimonial des époux¹⁵⁶⁶.

§2- Les règles applicables aux époux mariés après le 1er septembre 1992

La Convention de la Haye du 14 mars 1978 applicable aux régimes matrimoniaux, édicte de nouvelles règles de conflit de loi en permettant aux époux de choisir avant le mariage¹⁵⁶⁷ la loi applicable à leur régime matrimonial ce qui n'était pas autorisé auparavant.

«Les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable» et *«désigner l'une des lois suivantes : 1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ; 2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation»*¹⁵⁶⁸.

La Convention permet également aux époux de choisir en ce *«qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés, et peuvent*

¹⁵⁶⁶ Civ. 1^{ère} 22 mai 2007 n° 05-20.953 Bull. 2007, I, n° 198 ; la Cour a confirmé *«que la détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, doit être faite en considération, principalement, de la fixation de leur premier domicile matrimonial ; qu'ayant retenu que le mariage au consulat du Maroc des époux alors de nationalité marocaine, selon les préceptes musulmans imposant une dot au mari, ne constitue pas à lui seul, une option expresse des époux pour le régime matrimonial marocain, et relevé que les époux qui étaient déjà résidents réguliers en France dès avant leur mariage s'y étaient installés définitivement dès le commencement de leur vie maritale et y avaient investi leurs intérêts pécuniaires et professionnels, la Cour d'appel en a souverainement déduit qu'ils avaient manifesté leur volonté de soumettre leur régime matrimonial au régime légal français de la communauté et a légalement justifié sa décision »* ; V. aussi Civ 1^{ère} 4 oct. 1967 Bull. N 277 ;

¹⁵⁶⁷ Art. 3 Convention de la Haye du 14 mars 1978

¹⁵⁶⁸ Art. 6 Convention de la Haye du 14 mars 1978 ; V. Civ. 1^{ère} 13 déc. 2017 n° 16-27.216 ; la Cour a rappelé que conformément à la Convention de la Haye, les époux peuvent soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable mais cette désignation doit faire l'objet d'une stipulation expresse des époux, et que *«cette déclaration, mentionnée dans des actes notariés poursuivant un autre objet, ne traduisait pas la volonté non équivoque des époux de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle le régissant jusqu'alors et ne pouvait constituer une stipulation expresse portant désignation de la loi applicable»*

également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation»¹⁵⁶⁹.

Cette Convention a un caractère universel, et à ce titre ses règles s'appliquent non seulement entre les Etats qui l'ont ratifiée mais aussi dans leurs rapports avec les Etats tiers.

Dans le cas où les époux n'auraient pas désigné la loi applicable dans leur contrat de mariage, la recherche d'une volonté présumée des époux est exclue et les rattachements objectifs prévus à l'article 4 de la Convention sont applicables, parmi eux figurent notamment la première résidence des époux et la loi nationale commune.

La Convention de La Haye prévoit la mutabilité automatique lorsque *«les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'Etat où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis»¹⁵⁷⁰.*

Ce changement de régime matrimonial intervient sans la moindre volonté des époux et sans l'établissement d'un acte ou d'un contrôle judiciaire, et ce même en présence d'enfants mineurs.

Jusqu'au 29 janvier 2019 il n'existait que deux périodes concernant le conflit de lois applicable aux époux.

§3 - Les règles applicables aux époux mariés à partir du 29 janvier 2019

Le 29 janvier 2019 est entré en vigueur le Règlement (UE) n° 2016-1103 du Conseil du 24 juin 2016¹⁵⁷¹, et les règles qu'il contient ne s'appliquent qu'aux époux mariés à partir du 29 janvier 2019 ainsi qu'aux époux ayant changé de régime matrimonial à compter du 29 janvier 2019.

Un des objectifs du Règlement «RM» est de simplifier et d'harmoniser la liquidation des régimes matrimoniaux qui présentent un caractère d'extranéité, que cette liquidation ait lieu à l'occasion d'une succession ou d'un divorce. A cette fin, il prévoit que les lois et les juridictions d'un même Etat puissent régir et examiner les différentes problématiques patrimoniales qui sont liées et de supprimer la mutabilité automatique qui s'opérait antérieurement.

¹⁵⁶⁹ Art. 3 Convention de la Haye citée supra

¹⁵⁷⁰ Art. 7 Convention de la Haye citée supra

Ce Règlement «RM» dont le champ d'application couvre à la fois les droits de chacun des époux dans l'administration de leur patrimoine, mais aussi la liquidation de leur régime matrimonial en cas de décès ou de divorce ne s'intéresse ni aux questions fiscales, ni aux règles de capacité des époux ou de validité du mariage, ni aux obligations alimentaires¹⁵⁷².

Le régime matrimonial envisagé dans le Règlement «RM» est entendu de façon plus large qu'en droit interne (Code civil) car il inclut certaines règles du régime «primaire» et permet aux époux de choisir la loi applicable mais de manière limitée¹⁵⁷³, savoir :

«- soit la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'un au moins des époux au moment du choix ;

- soit de la loi de l'Etat de la nationalité de l'un au moins des époux au moment du choix. Le choix peut intervenir à tout moment (avant ou après la célébration du mariage) mais il ne produit ses effets que pour l'avenir, sauf convention contraire. Si les époux décident de donner à ce changement de loi un caractère rétroactif, cette rétroactivité ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers».

Pour la France, ce choix de loi était déjà possible pendant le mariage pour les époux mariés depuis le 1^{er} septembre 1992 et placés dans un contexte international mais ce changement était en principe rétroactif¹⁵⁷⁴.

Dans le cas où les époux n'auraient pas désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, le Règlement «RM» prévoit le principe d'une loi unique qui régit l'ensemble du patrimoine des époux sans distinguer que les biens sont des meubles ou des immeubles, ni selon la localisation des biens dans un Etat «membre» ou dans un Etat «tiers»¹⁵⁷⁵. La loi applicable sera déterminée selon trois critères hiérarchisés¹⁵⁷⁶.

Ces critères sont :

«- la loi de l'Etat de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ;

¹⁵⁷¹ Règlement (UE) du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

¹⁵⁷² Art. 1^{er} et 27 Règlement (UE) du 24 juin 2016 précité

¹⁵⁷³ Art. 22 Règlement (UE) 24 juin 2016 précité

¹⁵⁷⁴ Art. 6 Convention de la Haye du 14 mars 1978 applicable aux régimes matrimoniaux

¹⁵⁷⁵ Art. 21 Règlement (UE) 24 juin 2016 précité

¹⁵⁷⁶ Art 26 Règlement (UE) du 24 juin 2016 précité

- la loi de l'Etat de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage (ce critère ne s'applique pas si les époux ont plus d'une nationalité commune lors de la célébration du mariage) ;

- la loi de l'Etat avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage».

Le Règlement (UE) «RM» permet au juge d'accéder à la demande d'un des époux et sous certaines conditions, en appliquant la loi de la dernière résidence commune des époux au régime matrimonial.

Enfin le Règlement «RM» a supprimé la mutation automatique du régime matrimonial que prévoit la Convention de la Haye ainsi que la possibilité de soumettre les immeubles à la loi du lieu de situation.

Le mariage dont aucune définition ne figure dans le Code civil est cependant défini dans le dictionnaire Larousse comme étant *«un acte solennel par lequel un homme et une femme ou deux personnes de même sexe établissent entre eux une union dont les conditions, les effets et la dissolution sont régis par le Code civil»*.

Bien que le Code civil ne définisse pas le mariage, il définit le concubinage¹⁵⁷⁷ comme étant : *«une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple»*.

Au vue de la définition du concubinage donnée par le Code civil, il apparaît que le mariage est une union de droit par opposition au concubinage qui est une «union de fait».

Selon Marie Lamarche et Jean-Jacques Lemouland¹⁵⁷⁸, *«le mariage a trois caractéristiques : un caractère solennel, un caractère personnel et un caractère civil»*, et il se définit comme étant un *«acte juridique solennel par lequel deux personnes s'unissent selon les règles de la loi civile»*.

La solennité du mariage relève de l'intervention de l'Officier d'état civil qui prononce l'union entre les époux ; cette intervention constitue une condition de validité du mariage.

Une autre interrogation se pose s'agissant du mariage. Le mariage est-il contrat ou une institution ?

¹⁵⁷⁷ Art. 515-8 C. civ.

¹⁵⁷⁸ Marie Lamarche, Jean-Jacques Lemouland, «Mariage, 1°Généralités, 2°Conditions de formation, 3°Sanctions, 4° Effets». Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil, 2014

Il semblerait que le mariage soit à la fois un contrat et une institution.

Le contrat est essentiellement régi par l'idée de liberté sur le fondement de l'article 1101 Code civil duquel il résulte que le «*contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*».

L'institution semble sacrée ce qui la rend intangible et contraignante.

Les époux disposent d'une grande latitude quant aux modalités de leur engagement dès lors qu'il n'est ni contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public.

Selon Alain Sériaux¹⁵⁷⁹ le mariage est un contrat car il crée une relation entre les époux, et une institution si l'on se penche sur la situation qu'il crée vis-à-vis des tiers et de la société.

De ces observations il ressort que le mariage semble être un contrat car l'admission du divorce par consentement mutuel est une manifestation du caractère contractuel du mariage. De plus, il n'est pas possible d'ignorer l'aspect institutionnel du mariage puisque le seul échange de consentement ne suffit pas à former le mariage ; le mariage n'est valable que si l'Officier d'état civil le prononce au nom de la loi.

C'est pourquoi le mariage est aussi encadré tant en ce qui concerne sa formation que son prononcé ou encore sa nullité.

Le Code civil¹⁵⁸⁰ est très clair : «*Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement*» et ce «*Quelle que soit la loi personnelle applicable le mariage requiert le consentement des époux*».

Le législateur qui se veut garant de l'ordre public et protecteur à l'égard des plus faibles, a non seulement aligné l'âge du mariage pour les filles sur celui des garçons, mais a également pris des dispositions afin de lutter contre les mariages dans lesquels le consentement des époux n'est pas libre et éclairé.

L'enfant mineur ne doit jamais être l'objet d'accord entre des familles pour sceller une union qui ne lui est nullement profitable ni bénéfique. Seul son intérêt doit être pris en considération. Le législateur en réformant les conditions d'âge¹⁵⁸¹ pour se marier a ainsi légalement mis fin aux mariages d'enfants mineurs.

¹⁵⁷⁹ Alain Sériaux, Recueil Dalloz 2005, p. 1966

¹⁵⁸⁰ Art. 146 C. civ. et art. 202-1 C. civ.

¹⁵⁸¹ Art. 144 C. civ.

Cette réforme dont l'objet était de lutter contre les mariages forcés se trouve renforcée par l'obligation d'obtenir des dispenses¹⁵⁸² et autorisations¹⁵⁸³ par l'enfant mineur afin de pouvoir se marier.

La dispense du procureur de la République ne peut être délivrée que «*pour motifs graves*» mais elle est surtout motivée par l'intérêt de l'enfant mineur, car de par la célébration du mariage, l'enfant mineur souscrit un contrat qui ne pourra être délié que par le divorce ou la mort.

Enfin, dès lors que l'enfant mineur sera marié il sera automatiquement émancipé¹⁵⁸⁴.

Le rôle du procureur de la République trouve ici toute sa justification car il est le garant des intérêts de la société et du respect de l'ordre public.

Le mariage forcé se trouve également proscrit par l'article 16-2 de la DUDH qui énonce : «*le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux*».

Une fois engagé dans le mariage, l'enfant mineur peut obtenir la nullité à condition de prouver que son consentement n'était ni libre ni éclairé ou que l'erreur sur la personne était déterminante de son consentement.

Mais le législateur encadre également le mariage des enfants mineurs qui pourrait être célébré dans un pays étranger de façon à ce qu'ils ne subissent pas un mariage forcé guidé uniquement par le seul intérêt de leur famille. Non seulement la dispense et les autorisations sont de rigueur mais s'ajoute également, en cas de célébration devant l'Officier d'état civil étranger, la délivrance d'un certificat de capacité ; lequel ne peut être délivré que si la dispense du procureur de la République a été obtenue.

Lorsque le mariage est valable, il se trouve soumis à un régime matrimonial, lequel peut être légal ou contractuel ainsi que nous l'avons vu.

Quel que soit le régime matrimonial choisi certaines règles d'ordre public sont directement attachées au mariage et l'enfant mineur ne peut y déroger, et ce malgré la primauté de son intérêt.

Enfin, sans condition de délai, l'enfant mineur pourra changer de régime matrimonial dans l'intérêt de la famille tout en sachant que dans le même temps son intérêt d'enfant mineur doit primer tout autre intérêt.

¹⁵⁸² Art. 145 C. civ.

¹⁵⁸³ Art. 148 C. civ.

¹⁵⁸⁴ Art. 413-1 C. civ.

La déjudiciarisation opérée par le législateur fera peser sur le notaire un rôle prépondérant qu'il devra assumer afin de garantir à l'enfant mineur la protection nécessaire et adaptée à son intérêt.

Après avoir abordé le mariage et le régime matrimonial des époux, nous allons aborder très brièvement le Pacte Social de Solidarité (PACS)¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸⁵ Art 515-1 à 515-7-1 C. civ

CHAPITRE II

LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITE

Le PACS instauré en 1999¹⁵⁸⁶ a été, dans un premier temps, la réponse législative au mariage des homosexuels, désireux de trouver dans le droit positif une structure d'accueil, autre que celle du concubinage qui ne leur apportait aucune existence juridique ni même fiscale, et de par là même ne leur reconnaissait aucun droit ni devoir au sein de leur couple. Mais depuis le 17 mai 2013¹⁵⁸⁷, date à laquelle le législateur a instauré la possibilité pour les personnes de même sexe de s'unir, le PACS est devenu l'alternative pour tous ceux qui sont farouchement opposés au mariage.

Après quelques années d'existence il est apparu que le PACS présentait de nombreuses insuffisances, aussi la loi du 23 juin 2006¹⁵⁸⁸ est venue réaménager le PACS de manière efficace en permettant aux partenaires d'avoir des biens propres et/ou indivis, ce qui a mis fin à la présomption d'indivision qui avait été introduite par la loi de 1999.

Enfin le PACS doit être enregistré soit à la mairie du lieu de résidence commune des partenaires soit chez un notaire¹⁵⁸⁹.

Il est regrettable que le législateur n'ait pas, comme pour le mariage des enfants mineurs, envisagé un système de dispense et d'autorisation pour la souscription d'un PACS qui offre une plus grande souplesse et une plus grande liberté aux partenaires que le mariage.

L'article 515-1 du Code civil énonce «*le pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe pour organiser leur vie commune*» ; et reconnaît une **véritable incapacité de jouissance du**

¹⁵⁸⁶ Loi n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité ; V. commentaires sur cette loi : Rubbelin-Devichi, *JCP* 1999, n° 43 Actualités ; Charbonneau et Pansier, *Gaz. Pal.* 1999, Doctr. 1999

¹⁵⁸⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

¹⁵⁸⁸ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités

¹⁵⁸⁹ Décret n° 2012-966 du 20 août 2012 relatif à l'enregistrement de la déclaration, de la modification, de la dissolution du pacte civil de solidarité reçu par notaire

mineur qui ne peut pas conclure lui-même un pacs ni le faire conclure par son représentant.

Le Conseil constitutionnel a rappelé que ces dispositions sont d'ordre public et que les parties ne peuvent y déroger¹⁵⁹⁰.

Nous n'aborderons ici que très succinctement le Règlement (UE) n° 2016-1104 du Conseil du 24 juin 2016¹⁵⁹¹ entré en vigueur le 29 janvier 2019.

Ce Règlement dit Règlement «PE» comporte de nombreuses règles communes à celles du Règlement «RM» dont il a été parlé à la Section VI traitant du «Droit international privé et régime matrimonial», qui retient notamment le principe de la loi unique et l'absence de mutabilité automatique.

Le Règlement «PE»¹⁵⁹² prévoit aussi la possibilité pour les partenaires, à tout moment, de choisir la loi applicable parmi : la loi de l'Etat dans lequel l'un au moins des partenaires a sa résidence au moment de la conclusion de la convention (et non celle du moment d'enregistrement du partenariat) ; la loi de l'Etat de la nationalité de l'un au moins des partenaires au moment de la convention ; ou encore la loi de l'Etat selon le droit au vu duquel a été enregistré le partenariat.

Les effets de ce choix ont lieu uniquement pour l'avenir sauf convention contraire des partenaires.

Enfin le Règlement «PE» donne pour la première fois un corps complet de règles pour déterminer la loi applicable et les juridictions compétentes concernant les effets patrimoniaux des partenaires placés dans un contexte international.

Jusqu'alors, le droit international privé (DIP) français ne comportait que la seule règle contenue à l'article 515-7-1 du Code civil en matière de PACS qui dispose que la loi applicable est celle de l'Etat qui a procédé à l'enregistrement du partenariat.

Le Règlement «PE» s'applique aux personnes ayant conclu un partenariat enregistré après le 29 janvier 2019, ou à celles qui désigneront la loi applicable à leur partenariat après cette date. Pour les autres partenaires, la loi applicable est celle de l'Etat qui a procédé à l'enregistrement du partenariat¹⁵⁹³.

¹⁵⁹⁰ C.C. 9 nov. 1999, n° 99-419, DC ; JO 16 nov. ; D. 2000 somm. 424 obs. Garneri ; *JCP* 2000. I. 261 ° 15, 16, 17, 19 obs. Mathieu et Verpeaux ; *LPA* 1^{er} déc. 1999, note Schoettl ; *ibid* 26 juill. 2000, obs Mathieu et Verpeaux

¹⁵⁹¹ Règlement (UE) n° 2016-1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

¹⁵⁹² Art. 22 Règlement (UE) n° 2016-1104 du Conseil du 24 juin 2016

¹⁵⁹³ Art 515-7-1 C. civ.

Cette disposition restera également utile pour déterminer la loi applicable aux questions qui sont hors du champ du Règlement «PE» sur les effets personnels du partenariat c'est-à-dire ses effets «non patrimoniaux», sur la validité ou l'existence d'un partenariat.

En l'absence de choix, la loi applicable aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré est celle de l'Etat selon lequel le partenariat enregistré a été créé, ce qui devrait correspondre à la règle de l'article 515-7-1 du Code civil jusqu'alors applicable¹⁵⁹⁴.

A titre exceptionnel et sous des conditions strictes, un partenaire peut faire une demande judiciaire afin que la loi de l'Etat de la dernière résidence habituelle se substitue à la loi désignée par le Règlement «PE»¹⁵⁹⁵.

L'interdiction de souscrire un PACS s'étend de l'enfant mineur frappé d'une incapacité d'exercice à l'enfant mineur émancipé.

Est-ce un oubli du législateur ou plutôt une volonté de restreindre la possibilité pour les enfants mineurs de s'engager dans le PACS ?

On peut envisager que l'intérêt de l'enfant mineur a du être l'enjeu qui a abouti à l'interdiction pour les enfants mineurs non émancipés ainsi que pour les enfants mineurs émancipés de s'engager dans un tel pacte.

Cet intérêt de l'enfant mineur qui aujourd'hui est le centre névralgique de toutes les décisions qui le concernent ou qui devraient le concerner, est aussi la pierre angulaire de la protection qui est due à l'enfant mineur.

C'est pourquoi dans la hiérarchie des normes se trouve aujourd'hui l'intérêt de l'enfant mineur qui prime toute autre considération, et le législateur en est le garant.

Le mariage au fil des années peut devenir un mirage pour les époux, un sanctuaire dont ils n'ont qu'une envie de s'échapper. Les engagements pris réciproquement¹⁵⁹⁶ ne représentent à leurs yeux que contraintes.

Aussi pour pouvoir échapper à cette union dont ils ne veulent plus la loi leur permet de divorcer.

¹⁵⁹⁴ Art ; 26-1 Règlement (UE) n° 2016-1104 du Conseil du 24 juin 2016

¹⁵⁹⁵ Art. 26-2 Règlement (UE) n° 2016-1104 cité supra

¹⁵⁹⁶ Art 212 à 215 C. civ

CHAPITRE III

LE DIVORCE

Aujourd'hui le divorce est pleinement rentré dans les mœurs, ce ne fut pas toujours le cas.

Ainsi après soixante-huit ans d'interdiction le divorce fut rétabli sous la III^{ème} République par la loi Naquet¹⁵⁹⁷ mais il était conçu comme une sanction à une faute commise par l'un des époux.

Bien qu'exceptionnellement autorisé le divorce ne l'était que pour faute grave (adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès, sévices et injures graves)¹⁵⁹⁸. La procédure était longue et pénible (les époux devaient apporter la preuve de leurs allégations à l'encontre de l'autre, ce qui se faisait notamment par des témoignages).

L'une des réformes les plus importantes qui a profondément fait entrer le divorce dans une ère nouvelle est celle de 1975 (Section I), le divorce entraîne la rupture des liens du mariage ainsi que les droits et devoirs réciproques des époux (Section II) et a des conséquences sur la vie de l'enfant mineur (Section III).

Abordons l'ère nouvelle du divorce générée notamment par la loi de 1975, par la loi du 26 mai 2004, par la loi du 18 novembre 2016 et enfin par la loi du 23 mars 2019.

¹⁵⁹⁷ Loi Alfred Naquet du nom du ministre du 27 juill. 1884

¹⁵⁹⁸ Art. 229 à 232 anciens du Code civil : art. 229 : «*Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme*» ; art. 230 : «*La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari*» ; art. 231 : «*Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un envers l'autre*» ; art. 231 : «*La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre une cause de divorce*»

SECTION I

L'ERE NOUVELLE DU DIVORCE AU XXe et au XXIe SIECLE

Il fallut attendre la loi du 11 juillet 1975¹⁵⁹⁹ pour que le divorce sanction fasse place au divorce amiable et que la volonté de divorcer unilatéralement de l'époux non fautif soit reconnue.

Cette loi de 1975 fut l'une des réformes les plus importantes qui instaura le divorce par consentement mutuel permettant ainsi aux époux de mettre fin d'un commun accord à leur mariage.

Depuis d'autres réformes sont intervenues.

Tout d'abord il y eut la loi du 26 mai 2004¹⁶⁰⁰ entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, qui a défini quatre types de divorce¹⁶⁰¹ : le divorce par consentement mutuel, le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage, le divorce par altération définitive du lien conjugal¹⁶⁰² et enfin le divorce pour faute¹⁶⁰³.

Puis la loi du 18 novembre 2016¹⁶⁰⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017, a de nouveau modifié l'article 229 du Code civil, concernant l'instauration d'un divorce par consentement mutuel sans juge, cet article est ainsi rédigé : *«Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.»*

¹⁵⁹⁹ Loi n° 75-619 du 11 juill. 1975 portant réforme du divorce

¹⁶⁰⁰ Loi n° 2004-439 du 26 mars 2004 relative au divorce

¹⁶⁰¹ Art 229 C. civ.

¹⁶⁰² Art 237 C. civ. ; Civ. 1^{ère} 15 avr. 2015 n° 13-27.898 P : D. 2015.921, obs. Méssa ; *AJ. Fam.* 2015. 404, obs. Ferré-André ; *RTD civ.* 2015. 591, obs. Hauser : la cour a rappelé «*que le prononcé du divorce pour altération définitive du lien conjugal, qui implique une cessation de la communauté de vie entre des époux depuis plus de deux ans lors de l'assignation en divorce ne peut être contraire aux dispositions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*» ; V. aussi sous l'empire de l'ancien art. 237 C. civ. ; Civ. 2^{ème} 25 mars 1987 n° 85-12.262 P, Bull. 1987, II n° 76, p. 42

¹⁶⁰³ Art. 242 C. civ. ; V. Civ. 2^{ème} 27 janv. 1983, JCP 1984. II. 20199, note Lindon ; *RTD. civ.* 1984. 151, obs. Normand : le juge ne peut relever d'office une faute commise par l'un des époux envers l'autre pour prononcer le divorce aux torts exclusifs de ce dernier ; V. Paris 17 nov. 2016, n° 14/14483 : *Dr. fam.* 2017, n° 2, note Binet : l'obligation de fidélité perdure au-delà de la séparation des époux, le fait d'entretenir une relation adultère constitue une cause de divorce même si l'autre n'y attache aucune importance. L'état mental ; appréciation souveraine des juges du fond ne constitue pas une faute ; V. Civ. 2^{ème} 12 mars 1980 : D 1981. IR. 76, obs. Breton ; V. aussi Civ. 1^{ère} 12 nov. 2009 : D. 2010. Pan1243, obs. Williatte-Péllitteri ; *Dr. fam.* 2010 n° 8, note Maria ; *Ibid* n° 38, note Larribau-Terneyre ; *RLDC.* 2010/67. n° 3685, obs. Pouliquen ; *RTD. civ.* 2010. 86, obs Hauser ; V. aussi Bordeaux 18 nov. 2008, D. 2010 Pan1243, obs Williatte-Péllitteri

L'avocat est donc au centre du divorce sans juge et son rôle est prépondérant même s'il n'est pas le seul à intervenir.

La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel s'opère en confiant au notaire l'enregistrement de la convention sous seing privé rédigée par les avocats des futurs ex-époux ; ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire¹⁶⁰⁵.

Cependant le notaire ne doit vérifier que la régularité des mentions prévues à l'article 229-3 du Code civil et s'assurer du respect du délai de réflexion mais n'a pas à contrôler le contenu de la convention ni son équilibre tout comme il ne reçoit ni les parties ni leurs avocats¹⁶⁰⁶. Les époux n'ont donc plus à passer devant le juge.

On notera l'avancée pour les époux d'une telle réforme mais qu'en est-il lorsque les époux ont des enfants mineurs ?

Auparavant le juge aux affaires familiales était chargé de veiller à l'intérêt de l'enfant avant de prononcer l'homologation de la convention de divorce¹⁶⁰⁷, d'organiser les modalités d'exercice de l'autorité parentale, de fixer le montant de la pension alimentaire, d'organiser le droit de visite et d'hébergement.

L'article 229-2 du Code civil nous apporte une réponse, bien que partielle, mais une réponse quand même : *«Les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privé contresigné par avocats lorsque :*

1° Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge ;

2° L'un des époux se trouve placé sous l'un des régime de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre».

Dans ce cas le divorce par consentement judiciaire est maintenu, et, est soumis aux dispositions des articles 230 et suivants du Code civil.

Le décret du 28 décembre 2016¹⁶⁰⁸ fixe le modèle d'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par les avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire.

¹⁶⁰⁴ Loi n° 2016-1546 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice

¹⁶⁰⁵ Art. 229-1 C. civ. créé par la loi n° 2016-1546 du 18 nov. 2016 citée supra 1363

¹⁶⁰⁶ Circulaire du 26 janv. 2017

¹⁶⁰⁷ Civ 2^{ème} 27 mai 1998, n° 96-18.620 P : RTD civ. 1998. 661, obs. Hauser ; Dr. fam. 1998 n° 170, obs. Lécuyer ; V. dans le même sens Civ. 2^{ème} 24 févr. 2000, n° 98-19.177 P : D 2000. IR 83, Defrénois 2000.1050, obs Massip ; Dr. fam. 2000 n° 57, obs. Lécuyer

Et l'article 1144 du Code de procédure civile donne les indications concernant l'information devant être donnée aux enfants mineurs prévue au 1° de l'article 229-2 du Code civil.

Lorsque l'enfant demande à être entendu, le juge doit accéder à sa demande car «*l'enfant qui est capable de discernement*» a «*le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant doivent être prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité*»¹⁶⁰⁹.

Et «*on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale*»¹⁶¹⁰.

De plus l'intérêt de l'enfant contenue dans la CIDE¹⁶¹¹ est une considération primordiale, essentielle et déterminante dans toutes les décisions intéressant l'enfant, qu'elles émanent des institutions publiques ou privées ou des tribunaux.

Lorsque l'enfant ne demande pas à être entendu ou lorsqu'il est trop jeune pour être capable de discernement, les époux peuvent alors recourir au divorce par consentement mutuel par acte sous signature privé contresigné par les avocats.

Dans ce cas qui veille à l'intérêt de l'enfant ? Cet intérêt qui est omniprésent et qui est déterminant ne relève plus de la compétence du juge aux affaires familiales.

On peut regretter que l'intervention du juge aux affaires familiales n'ait pas été maintenue en présence d'enfants mineurs car ce juge, qui est un spécialiste du droit de la famille et plus précisément des droits de l'enfant mineur, était le garant de l'intérêt de l'enfant mineur en cas de divorce.

A quel moment de la procédure l'intérêt de l'enfant est pris en compte car avec la déjudiciarisation le juge aux affaires familiales n'intervient plus ni dans les pourparlers ni dans l'établissement de la convention. Ce sont donc les parents aidés de leurs avocats qui doivent régler toutes les questions intéressant l'enfant mineur. On ne peut qu'espérer que les avocats aient pris le relais du juge afin de protéger l'enfant et veiller à son intérêt dans la convention de divorce.

¹⁶⁰⁸ Décret n° 2016-1907 du 28 déc. 2016

¹⁶⁰⁹ Art. 12-1 CIDE du 20 nov. 1989 ; V. aussi art. 338-1 à 338-12 Code de procédure civile

¹⁶¹⁰ Art. 12-2 CIDE du 20 nov. 1989

On peut penser qu'il est regrettable que l'intérêt de l'enfant mineur dans la procédure de divorce ait été sacrifié pour des soucis pécuniaires, mais nous verrons que les parents peuvent établir une convention «parentale» concernant notamment les modalités d'exercice de l'autorité parentale¹⁶¹² et la soumettre au juge aux affaires familiales pour son homologation.

L'intérêt de l'enfant qui doit dans tous les cas primer tout autre intérêt semble aujourd'hui malheureusement dépendre de la seule volonté de ses parents et de leurs avocats sauf s'il demande à être entendu par le juge.

Enfin la loi du 23 mars 2019¹⁶¹³ qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2020 a, quant à elle, non seulement élargi les cas de divorce sans juge et mais a également modifié la procédure applicable aux divorces judiciaires ; ainsi la conciliation est supprimée, et le tronc commun procédural instauré par la loi du 26 mai 2004 disparaît.

Le nouvel article 233¹⁶¹⁴ du Code civil permet aux époux d'accepter le principe de la rupture du mariage par acte sous signature privée contresigné par avocats dès lors qu'ils sont chacun assistés d'un avocat. Le juge n'étant saisi que des conséquences du divorce, l'acceptation des époux est définitivement acquise.

Cependant cette déjudiciarisation n'est pas obligatoire et les époux peuvent tout à fait soumettre leur demande de divorce au juge et accepter la rupture devant lui, sous réserve qu'ils ne peuvent saisir le juge que conjointement et non plus séparément. Le nouveau texte prévoit également que l'acceptation peut être faite à tout moment de la procédure.

Le délai pour demander le divorce pour altération définitive du lien conjugal est ramené à un an au lieu de deux ans. Dans le cas où le demandeur a introduit une instance sans préciser le motif de sa demande l'écoulement du délai est apprécié au jour du prononcé du divorce. Si le divorce est demandé pour altération du lien conjugal en même temps qu'une demande sur un autre fondement, le délai d'un an n'a pas à être respecté.

Cependant dans le cas où le divorce est demandé pour faute et pour altération définitive du lien conjugal, le juge doit d'abord examiner la demande pour faute¹⁶¹⁵.

¹⁶¹¹ Art. 3-1 CIDE du 20 nov. 1989

¹⁶¹² Art. 373-2-7 C. civ. créé par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale

¹⁶¹³ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice

¹⁶¹⁴ Art 233 alinéa 1^{er} C. civ. : «*Le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci* »

¹⁶¹⁵ Art 246 C. civ.

Bien que la phase de conciliation disparaisse ainsi que l'ordonnance de non-conciliation, le juge pourra toujours prendre des mesures provisoires¹⁶¹⁶. En effet le nouvel article 254 du Code civil prévoit, que sauf renonciation des parties, *«le juge tient, dès le début de la procédure, une audience à l'issue de laquelle il prend les mesures nécessaires pour organiser la vie des époux et de leurs enfants pendant l'instance de divorce»*. Il s'agira donc d'une procédure écrite de droit commun relevant de la mise en état et non plus d'une procédure orale.

Depuis le 25 mars 2019¹⁶¹⁷, les époux et leurs avocats peuvent signer électroniquement la convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée¹⁶¹⁸.

Autre nouveauté de la loi du 23 mars 2019, la déjudiciarisation de la séparation de corps par consentement mutuel qui avait été oubliée dans la loi du 18 novembre 2016.

La séparation de corps par consentement mutuel se fait par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire. Cette possibilité est exclue lorsqu'un époux est placé sous un régime de protection ou lorsqu'un enfant mineur demande à être auditionné.

La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, pour rupture du mariage ou de la séparation de corps n'est pas sans risque. Auparavant le jugement passé en force de la chose jugée était définitif et ne pouvait pas être remis en cause.

A présent l'accord des époux contenu dans cet acte sous signature privée revêt la forme d'un contrat, et à ce titre, est soumis au droit des contrats et des obligations réformé par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁶¹⁹ ayant fait l'objet de la loi de ratification du 20 avril 2018¹⁶²⁰.

Ainsi les vices du consentement lui sont applicables ainsi que l'exécution et les causes de nullité.

Malheureusement cette réforme est très récente et nous n'avons pas suffisamment de recul mais il est fort envisageable que les tribunaux seront saisis par des époux qui pourront invoquer un vice du consentement pour échapper à des engagements qu'ils jugeront devenus trop lourds.

Le mariage autorisé de l'enfant mineur a eu pour effet de l'émanciper¹⁶²¹ et donc de le rendre capable pour tous les actes de la vie civile ; il se trouve dans la même situation qu'une

¹⁶¹⁶ Art. 254 C. civ.

¹⁶¹⁷ Date d'entrée en vigueur de l'art. 1175-1°

¹⁶¹⁸ Art 1175-1° C. civ. issu de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019

¹⁶¹⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des Obligations

¹⁶²⁰ Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 citée supra 1375

¹⁶²¹ Art. 413-1 C. civ.

personne majeure¹⁶²² et peut donc demander le divorce.

Toutefois lorsque l'enfant mineur est atteint d'altération de ses facultés mentales et placé sous un régime de protection prévu aux articles 390 à 393 du Code civil, aucune demande en divorce par consentement mutuel et pour acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut être présentée¹⁶²³.

S'agissant d'un mineur placé sous tutelle, la *«demande doit être formée au nom du mineur par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille, s'il a été institué, ou du juge des tutelles. Elle est formée après avis, et dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé, selon le cas, par le conseil de famille ou du juge»*¹⁶²⁴, et *«est exercée contre le tuteur»*¹⁶²⁵.

Enfin, dans le cas où le tuteur se trouverait être le conjoint du mineur sous tutelle, un tuteur spécial doit être nommé¹⁶²⁶.

Le divorce met un terme au mariage et consacre la rupture du lien matrimonial entre les époux.

La procédure de divorce, depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1975 n'avait subi qu'une réforme en 2004 ; laquelle avait déjà profondément revisité le divorce tout en restant dans la lignée de la loi de 1975.

La véritable révolution est venue avec la loi du 18 novembre 2016 instaurant le divorce sans juge et l'établissement d'un acte sous signature privée contresigné par les avocats déposé au rang des minutes d'un notaire.

Cette première étape de la déjudiciarisation du divorce avait pour objectif de désencombrer les tribunaux en facilitant la procédure du divorce par consentement mutuel. Mais cette déjudiciarisation n'est pas sans conséquence car elle fait naître une insécurité juridique en conférant à la convention de divorce une nature contractuelle, soumise aux vices du consentement ainsi qu'à la nullité.

On peut se demander si le législateur a mesuré le risque qui pesait sur l'ensemble des conventions de divorce établies sous signature privée contresignée par les avocats.

¹⁶²² Art. 413-6 C. civ.

¹⁶²³ Art. 249-4 C. civ.

¹⁶²⁴ Art. 249 alinéa 1^{er} C. civ.

¹⁶²⁵ Art. 249-1 C. civ.

¹⁶²⁶ Art. 249-2 C. civ.

En effet, la convention sous signature privée contresignée par les avocats n'acquiert jamais force de la chose jugée qui lui était auparavant conférée lors de l'homologation par le juge. Aussi ce désencombrement des tribunaux tant souhaité peut n'être que temporaire car les époux pourront intenter une action en nullité pour vice de consentement ; laquelle aura lieu devant le tribunal judiciaire.

Le législateur a parachevé la réforme du divorce avec la loi du 23 mars 2019 en élargissant les cas de divorce sans juge, en supprimant la conciliation, le tronc commun procédural instauré par la loi de 2004 et en calquant le régime de la séparation de corps sur celui du divorce par consentement mutuel «sans juge» tout en permettant aux époux d'opter pour le divorce par devant le juge aux affaires familiales.

Le regret que nous pouvons exprimer concernant ces dernières réformes est que l'intérêt de l'enfant mineur qui doit être aujourd'hui au centre de toutes les décisions qui le concernent n'ait pas été suffisamment pris en considération.

Bien souvent l'enfant mineur se trouve malgré lui être l'enjeu du déchirement de ses parents lors de la procédure de divorce. Cette situation très mal vécue par l'enfant mineur ne favorisera pas sa démarche afin d'être entendu par le juge.

Le législateur en faisant une stricte application de l'article 12-1 de la CIDE et de l'article 388-1 du Code civil, fait peser sur l'enfant mineur une très lourde responsabilité car sa demande d'audition s'oppose à la possibilité du divorce sans juge envisagé par ses parents.

Il semblerait que le législateur, ait dans le cadre de la réforme du divorce, fait prévaloir les enjeux économiques au détriment de l'intérêt de l'enfant mineur ce qui ne peut être que regrettable.

Le divorce entraîne la rupture des liens du mariage et met fin aux droits et devoirs réciproques des époux.

SECTION II

LA RUPTURE DES LIENS DU MARIAGE ET LA FIN DES DROITS ET DEVOIRS RECIPROQUES DES EPOUX

§1 - Les effets du divorce entre les époux

Le mariage qui soumet les époux à des droits et des obligations réciproques¹⁶²⁷, tels que le devoir de secours entre époux, la fidélité, l'obligation de communauté de vie¹⁶²⁸ qui ne pouvaient être que volontaire¹⁶²⁹, prennent fin avec le divorce.

Le divorce met fin notamment au devoir de secours et d'assistance¹⁶³⁰ et plus particulièrement au devoir de secours de l'article 212 du Code civil, mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation compensatoire ; laquelle est destinée à compenser la disparité créée par le divorce dans les conditions de vie.

Le divorce entraîne surtout la rupture de la famille telle qu'elle existait au temps du mariage. Ainsi la communauté de vie qui impliquait le devoir conjugal prend fin avec le divorce.

Le domicile de la famille, tel que défini dans l'article 215 du Code civil n'existe plus ; les ex-époux auront chacun une résidence distincte.

Dans les rapports entre époux, le mariage est dissous soit à la date à laquelle la convention conclue sous signature privée contresignée par les avocats acquiert force exécutoire, soit dès que la décision prononçant le divorce a acquis force de la chose jugée¹⁶³¹.

Le mariage est dissout ce qui entraîne la liquidation du régime matrimonial.

¹⁶²⁷ Art 212 et s. C. civ.

¹⁶²⁸ Art. 215 C. civ.

¹⁶²⁹ TGI Paris 18 oct. 1977, Gaz. Pal. 1978. 1. 24, note J.-G. M. ; JCP 1978. II. 18820, note Lindon ; V. en ce sens TGI Brest 9 juill. 1974 : D. 1975. 418, note Prévault ; V. enfin Aix-en-Provence, 22 juin 1978 : D. 1979. 192, note Prévault : le recours à des mesures de coercition, de même que le prononcé d'une astéinte sont impossibles.

¹⁶³⁰ Art 270 alinéa 1 C. civ.

¹⁶³¹ Art. 260 C. civ. modifié par la loi du 18 nov. 2016

Chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint¹⁶³², mais *«l'un des époux peut conserver l'usage du nom de l'autre époux soit avec l'accord de celui-ci¹⁶³³ soit avec l'autorisation du juge s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants»¹⁶³⁴.*

La Cour de cassation dans un arrêt du 26 mars 1980¹⁶³⁵ a, dans un attendu, indiqué *«qu'il appartenait à la Cour d'appel d'apprécier souverainement l'intérêt particulier qui s'attachait, en l'espèce, pour les enfants, à ce que dame V... conservat l'usage du nom de son ancien mari ; que pour cette appréciation, et contrairement aux prétentions du moyen il ne lui était pas interdit de comparer, notamment, la situation des enfants R... à celle des autres enfants de parents divorcés ; qu'il s'ensuit que l'arrêt attaqué se trouve légalement justifié».*

S'agissant de l'intérêt particulier de l'épouse, la jurisprudence a autorisé une femme violoniste connue sous le seul nom du mari, qu'elle n'a jamais cessé de porter après le divorce et son remariage, à conserver l'usage du nom de son ex-époux¹⁶³⁶, tout comme elle a jugé que l'intérêt de la femme consistait dans la durée du mariage¹⁶³⁷.

Cette jurisprudence étant antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 2013 autorisant le mariage entre des personnes de même sexe, il est fort probable que l'interprétation souveraine des juges du fond concernant l'intérêt de l'époux se fera de la même manière que pour l'épouse.

Le divorce n'est pas sans incidence sur les avantages matrimoniaux et les donations que les époux se sont consentis ; cependant une distinction s'opère entre les donations de biens présents et les donations de biens futurs.

Ainsi *«le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme»¹⁶³⁸.*

Cependant dans le cadre d'une communauté universelle il est possible d'insérer dans le contrat de mariage une clause dite «clause alsacienne» qui permet à l'époux apporteur de reprendre le bien apporté, en cas de dissolution du mariage par divorce.

¹⁶³² Art. 264 C. civ.

¹⁶³³ Paris 9 mars 1979 D. 1979. 471, note Massip ; V. aussi en ce sens Saint-Denis de la Réunion 7 juin 2011, *Dr. Fam.* 2011 n° 166 obs. Larribau-Terneyre ; dans ces deux espèces il a été jugé que l'époux ne peut révoquer son consentement que si la femme fait un usage abusif de l'autorisation donnée. Cette jurisprudence est fondée sur l'ancien article 264 qui réservait l'autorisation relative au nom au seul mari.

¹⁶³⁴ Art. 264 alinéa 2 C. civ.

¹⁶³⁵ Cass. civ. 1^{ère} 26 mars 1980, Bull. civ. I n° 104

¹⁶³⁶ TGI Paris 3 sept. 1996 ; BICC 15 déc. 1996 n° 1334

¹⁶³⁷ Paris 10 nov. 2004 : *AJ. Fam.* 2005, obs. S. David

¹⁶³⁸ Art. 265 alinéa 1 C. civ.

Cette clause, née de la pratique des notaires alsaciens, d'où elle tient son nom, a fait l'objet d'intenses débats doctrinaux jusqu'à sa validation par la loi du 23 juin 2006¹⁶³⁹.

L'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2010¹⁶⁴⁰ se situe dans la droite ligne de cette évolution législative en reconnaissant l'efficacité de la clause dans un divorce soumis à une législation antérieure. La Haute Cour considère que la clause alsacienne ne constitue pas un avantage matrimonial ayant vocation à être maintenu en cas de divorce. On ajoutera qu'elle joue en sens inverse puisqu'elle permet de priver d'effet l'avantage matrimonial que constitue l'attribution de la communauté universelle au conjoint survivant.

S'agissant des donations et des avantages matrimoniaux de biens présents ne prenant pas effet pendant le mariage, ils sont librement révocables¹⁶⁴¹. Cette révocation peut cependant être écartée par les époux ; *«cette volonté est constatée dans la convention signée par les époux et contresignée par les avocats ou par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocable l'avantage ou la disposition maintenus»*¹⁶⁴².

La donation de biens à venir entre époux, plus communément dénommée «institution contractuelle» consentie par contrat de mariage¹⁶⁴³, est irrévocable dans la mesure où le donateur ne peut plus disposer des biens donnés à titre gratuit¹⁶⁴⁴. A *contrario* le donateur reste propriétaire des biens donnés et peut donc en disposer à titre onéreux.

Si l'un des époux venait à décéder pendant le délai d'appel ou le pourvoi en cassation, le mariage serait alors dissous par décès, et le divorce deviendrait caduc, il en irait de même s'il l'un des époux venait à décéder avant que la convention sous signature privée contresignée par les avocats ne soit déposée au rang des minutes du notaire, car *«ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire»*¹⁶⁴⁵.

§ 2- Les effets du divorce à l'égard des tiers

Dans les rapports avec les tiers, l'article 262 du Code civil dispose *«la convention ou le jugement de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies»*.

¹⁶³⁹ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités art 265 alinéa 3 c. civ.

¹⁶⁴⁰ Civ. 1^{ère} 17 nov. 2010 n° 09-68.292, Bull. I n° 235

¹⁶⁴¹ Art. 265 allinéa 2 C. civ.

¹⁶⁴² Art. 265 alinéa 2 C. civ. issu de la loi du 18 novembre 2016

¹⁶⁴³ Art. 1082 C. civ.

¹⁶⁴⁴ Art. 1083 C. civ.

¹⁶⁴⁵ Art. 229 C. civ.

Cependant quand l'un des époux est commerçant un problème se pose en l'absence de publication de la décision de divorce au Registre du Commerce et des Sociétés.

En effet, cette absence de publication implique que le jugement de divorce ne peut être opposable aux tiers : le conjoint du commerçant n'est alors pas protégé, et s'expose à certains risques eu égard au statut de commerçant de son ex époux. Mais le conjoint du commerçant bénéficie tout de même d'une protection indirecte.

Le fait de faire remonter les effets du divorce dans le temps, peut assurer au conjoint du commerçant une protection souvent fragile mais réelle.

De plus, l'article 262-2 du Code civil sanctionne de nullité les actes accomplis par un conjoint postérieurement à la requête initiale, et ce, en fraude de son conjoint. Cette sanction est de nature à affecter la situation des tiers alors complices du conjoint commerçant.

En conséquence, si le tiers contractant n'est pas complice de la fraude, l'acte est régulier à son égard, et est inopposable au conjoint victime de la fraude.

Même si le divorce produit des effets tant à l'égard des époux que des tiers, c'est à l'égard des enfants mineurs que le divorce a le plus d'impact notamment dans leur vie quotidienne.

SECTION III

LES CONSEQUENCES DU DIVORCE SUR L'ENFANT MINEUR

C'est à l'égard de l'enfant que le divorce a le plus de conséquences car les personnes les plus impactées par le divorce sont les enfants mineurs.

En effet la dissolution du mariage de leurs parents a et aura des conséquences sur l'ensemble de leur vie quotidienne future.

Ainsi ils devront partager leur vie et leurs loisirs avec l'un et l'autre de leurs parents. Ils vivront chez l'un et/ou chez l'autre de leur parent.

Mais ce qui posera le plus souvent problème pour l'enfant mineur c'est qu'il sera au cœur d'un conflit entre ses parents concernant la décision qui attribuera sa garde ainsi que les décisions prises par ses père et mère en vue de l'exercice de l'autorité parentale.

La première décision qui va avoir une conséquence directe pour l'enfant mineur concerne l'attribution du logement «de la famille».

§1 - L'attribution du logement de la famille

Le droit positif se veut protecteur du logement de la famille.

Ainsi le logement de la famille ne perd pas sa qualification en cours de procédure de divorce ou de séparation de corps, lorsque la jouissance a été attribuée à titre provisoire à l'un des époux pendant l'instance en divorce¹⁶⁴⁶ ; la jouissance peut également porter sur un bien propre à l'un des époux¹⁶⁴⁷ lorsque la jouissance est consentie à titre gratuit, elle remplit alors la fonction de devoir de secours.

En effet, ainsi qu'il résulte des dispositions de l'article 215 alinéa 3 du Code civil «*les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte*».

Les termes de cet article sont généraux et s'appliquent au **logement de la famille** sans tenir compte ni de l'origine du bien (propre ou commun) ni de l'époux qui en est propriétaire.

La loi du 23 mars 2019¹⁶⁴⁸ a créé le nouvel article 373-2-9-1 du Code civil qui permet au juge aux affaires familiales «*Lorsqu'il est saisi d'une requête relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale*» d'«*attribuer provisoirement la jouissance du logement de la famille à l'un des deux parents, le cas échéant en constatant l'accord des parties sur le montant d'une indemnité d'occupation*». Mais cette attribution provisoire n'est que de six mois en principe.

A/Dans le cas où le logement fait l'objet d'un bail à usage d'habitation ou si le logement a la qualité de biens indivis entre les époux, il peut être procédé à une licitation dudit droit au bail ; cependant il conviendra de prendre en considération l'attribution préférentielle prévue aux articles 831 et suivants ainsi que 1476 alinéa 2 du Code civil, qui peut être appliquée.

¹⁶⁴⁶ Civ. 1^{ère} 26 janv. 2011 n° 09-13.138 P : D . 2011. Pan. 2624, obs. Revel ; ibid 2012. 971, obs. Lemouland et Vigneau ; JCP 2011, n° 503, obs. Wiederkehr ; AJ. Fam. 2011. 261, obs. S. David RTD civ. 2011. 333, obs. Hauser ; Dr. fam. 2011, n° 52, obs. Larribau-Terneyre ; RDLC 2011/80 n° 4183, obs. Gallois

¹⁶⁴⁷ Civ. 1^{ère} 19 déc. 2012 n° 11-19.771 inédit ; V. aussi Civ. 1^{ère} 19 nov. 2014, n° 13-24.584 inédit

¹⁶⁴⁸ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

Concernant l'attribution préférentielle d'un bien commun, la Cour de cassation dans un arrêt du 23 mai 2006¹⁶⁴⁹ a indiqué que *«Selon l'article 831-2 du Code civil, il est possible pour un époux de demander la propriété d'un immeuble s'il y habite effectivement et qu'il y a eu sa résidence au jour de l'introduction de l'instance, précision faite que selon l'article 1476 du Code civil, dans le cadre d'un divorce, l'attribution n'est pas de droit»*. Dans ce même arrêt la Cour a rappelé *«que les juges ne peuvent ajouter à la loi une condition qu'elle ne comporte pas»*.

De plus, l'article 1751 alinéa 1^{er} du Code civil dispose : *«le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux est, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire, et même si le bail a été conclu avant le mariage, réputé appartenir à l'un ou à l'autre des époux»*.

*«Ce droit au bail pourra être attribué en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande de divorce ou en séparation de corps, à l'un des époux sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre»*¹⁶⁵⁰.

S'agissant de l'attribution préférentielle du droit au bail la Haute juridiction¹⁶⁵¹ rappelle que *«la transcription du jugement de divorce ayant attribué le droit au bail à l'un des époux met fin à la cotitularité du bail tant légale que conventionnelle ; et que le jugement de divorce des époux Y... ayant attribué le droit au bail à Mme Y... avait été transcrit au registre de l'état civil le 7 décembre 1998, il en résultait que M. Y... n'était plus titulaire du bail depuis cette date, et ce même s'il n'avait pas donné congé»* et qu'elle peut également porter sur un bail emphytéotique du local, en l'occurrence une villa, qui sert de logement de la famille¹⁶⁵².

Cette solution est à transposer au divorce par consentement mutuel par acte sous signatures privées par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire.

¹⁶⁴⁹ Civ. 1^{ère} du 23 mai 2006 pourvoi n° 05-17.856 inédit ; dans cette espèce la cour d'Appel de Versailles 7ème chambre civile du 26 mai 2005 *«a débouté M. X de sa demande d'attribution préférentielle d'un immeuble commun situé à Meudon, qu'il indiquait occuper depuis 1979, date de la séparation de fait des époux ; la Cour de cassation a rappelé que l'attribution préférentielle ne pouvait être prononcée au motif qu'il n'existait plus de domicile conjugal»* ; la Cour de cassation casse et annule l'arrêt car *«en ajoutant à la loi une condition qu'elle ne comporte pas la Cour d'appel a violé les textes sus-visés (art 832 alinéa 6 et 1476 du code civil) »*

¹⁶⁵⁰ Art. 1751 alinéa 2 C. civ.

¹⁶⁵¹ Civ. 3^{ème} 22 oct 2015 n° 14-23.726, Bull. 2016 n° 838, 3^e Civ., n° 349

¹⁶⁵² Civ. 1^{ère} 12 juin 2013, n° 12-11.724, Bull. 2013, I, n° 127 ; sur le fondement de l'article 831-2 1° et 1476 C. civ.

Les époux peuvent faire des demandes concurrentes pour l'attribution préférentielle¹⁶⁵³ et la Cour de cassation¹⁶⁵⁴ rappelle que la juridiction saisie apprécie souverainement les circonstances permettant de choisir l'attributaire.

En conséquence, le jugement qui prononce le divorce ou la séparation de corps pourra et devra se prononcer sur le sort du droit au bail du local dans lequel est assuré le logement de la famille ainsi que sur l'attribution préférentielle de l'immeuble constituant le logement de la famille¹⁶⁵⁵.

Enfin dans le cas où le droit au bail constitue un propre à un seul des époux, l'autre ne pourrait alors y prétendre lors de la dissolution du mariage.

B/lorsque le logement de la famille est fixé dans un immeuble appartenant en propre à l'un des époux, la loi prévoit un mécanisme de contrainte judiciaire, en offrant la possibilité au juge de concéder l'immeuble à bail au conjoint qui exerce, seul ou en commun, l'autorité parentale sur un ou plusieurs des enfants communs, lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement, et quand l'intérêt le commande¹⁶⁵⁶.

La Cour de cassation rappelle que les juges du fond apprécient souverainement si le local sert de logement de la famille¹⁶⁵⁷ et s'il est la résidence effective au moment du prononcé du divorce¹⁶⁵⁸.

Dans le cas où le juge concède un bail, *«il fixe la durée du bail, et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants»*¹⁶⁵⁹, *«Et le juge peut également résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient»*¹⁶⁶⁰.

Ainsi l'époux propriétaire de l'immeuble peut se voir imposer le consentement d'un bail à usage d'habitation à son ex-époux. Cette contrainte porte, non seulement, atteinte à la liberté de contracter mais également au droit de propriété de l'époux.

¹⁶⁵³ Civ ; 1^{ère} 10 mars 1971, Bulletin des arrêts Cour de cassation Chambre civile 1 N 78 P. 66 ; D. 1971 Somm. 163

¹⁶⁵⁴ Civ 1^{ère} 10 déc. 1962, Bull. civ. I n° 258

¹⁶⁵⁵ Civ. 16 mars 2016 inédit n° 15-14.822 sur l'arrêt rendu par la C. Appel de Versailles le 4 déc. 2014, sur renvoi après cassation (1^{ère} civ. 25 sept. 2013 pourvoi n° 12-22.972), Bull. information 2016 n° 846, I, n° 1033 ; dans cette espèce la Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur l'attribution préférentielle au profit de Mme Y *«en l'absence de nouvelle estimation de l'un des biens immobiliers, dans un contexte de crise financière ayant une incidence directe sur les prix du marché, la Cour d'appel ne dispose pas d'informations suffisantes pour l'accueillir ; qu'en statuant ainsi, alors que l'évaluation de l'immeuble est sans incidence sur le principe même de l'attribution préférentielle, la Cour d'appel a violé le texte sus-visé (article 267 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015)»*, cassation

¹⁶⁵⁶ Art. 285-1 alinéa 1 C. civ.

¹⁶⁵⁷ Civ 1^{ère} 8 juill. 1981 ; Bull. civ., II, n° 149

¹⁶⁵⁸ Paris 4 mai 1979 ; D. 1980. IR. 437, obs. Bénabent

¹⁶⁵⁹ Art. 285-1 alinéa 2 C. civ.

¹⁶⁶⁰ Art. 285-1 alinéa 3 C. civ.

Il n'est pas exclu que les époux conviennent d'attribuer le logement de la famille à l'époux bénéficiaire de la prestation compensatoire ou encore de dommages intérêts ; laquelle attribution peut avoir lieu en usufruit ou en pleine propriété¹⁶⁶¹.

Le divorce pour l'enfant mineur placé sous l'autorité parentale va générer un véritable séisme dans sa vie quotidienne car il sera partagé entre ses père et mère en vue de sa garde. Le séisme sera d'autant plus important à défaut d'entente entre ses parents sur l'autorité parentale et sur sa résidence car le juge sera contraint d'intervenir pour prendre une décision, qui sera toujours motivée par l'intérêt de l'enfant.

§2 - Le divorce, la résidence de l'enfant, le partage de l'autorité parentale et la protection de son intérêt

A/Lorsque les parents s'entendent sur la résidence de l'enfant et qu'ils s'accordent parfaitement pour l'exercice de l'autorité parentale, l'intérêt de l'enfant mineur, notion vague et non définie¹⁶⁶² mais qui consiste en son bien-être, son développement personnel, sa qualité de vie, son cadre de vie, sa santé et sa sécurité, est préservé.

Les difficultés surviennent en cas de discorde entre les parents de l'enfant mineur ; le juge doit alors intervenir afin de régler le litige. Pour ce faire, le juge prendra en compte l'équilibre et le bon développement de l'enfant, dans un milieu stable, harmonieux et si possible dans son milieu naturel. Ses habitudes, son mode de vie, seront aussi pris en considération ; le juge tiendra également compte de l'aptitude de chacun des parents à assumer ses obligations tout en respectant l'intérêt de l'enfant.

Partant du constat que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant¹⁶⁶³ ainsi que *«dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou privées»*¹⁶⁶⁴, que *«tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents...»*¹⁶⁶⁵, que *«les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette*

¹⁶⁶¹ Art. 274 C. civ.

¹⁶⁶² Art. 3-1 CIDE du 20 nov. 1989

¹⁶⁶³ Art. 3-1 CIDE

¹⁶⁶⁴ Art. 24-2 Charte des droits fondamentaux de l'union européenne (2000/C 364/01) du 18 déc. 2000

¹⁶⁶⁵ Art. 24-3 Charte des droits fondamentaux de l'union européenne (2000/C 364/01) du 18 déc. 2000

séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁶⁶⁶, que «[...] l'enfant qui est capable de discernement» a «le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et son degré de maturité»¹⁶⁶⁷, que «l'enfant a le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure nationale»¹⁶⁶⁸, que l'enfant doit être «associé aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité»¹⁶⁶⁹, que «dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet», que «cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande»¹⁶⁷⁰ ; et enfin que «le juge du tribunal judiciaire délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineur »¹⁶⁷¹ ; en conséquence de quoi, le juge après avoir entendu l'enfant, bien que ce dernier puisse refuser d'être entendu¹⁶⁷², prendra la décision que seul l'intérêt de l'enfant aura justifié ainsi «que les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents»¹⁶⁷³.

Ainsi un enfant, dont la garde a été attribuée à la mère, par le jugement de divorce, est fondée à obtenir que l'enfant, confié à une nourrice, lui soit rendu. Cependant, dans l'intérêt de l'enfant, cette remise peut être non seulement différée mais les juges peuvent inviter les parties à se mettre d'accord sur les conditions dans lesquelles elle interviendra¹⁶⁷⁴.

Bien avant la loi du 4 mars 2002 (article 373-3-9 du Code civil) les juges du fond fixaient la résidence alternée pour l'intérêt de l'enfant mineur¹⁶⁷⁵ alors que la Haute juridiction condamnait la résidence alternée¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁶⁶ Art. 9-1 CIDE

¹⁶⁶⁷ Art. 12-1 CIDE

¹⁶⁶⁸ Art 12-2 CIDE

¹⁶⁶⁹ Art. 371-1 C. civ.

¹⁶⁷⁰ Art. 388-1 alinéa 1 C. civ. modifié par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance

¹⁶⁷¹ Art 373-2-6 C. civ modifié par la loi n° 2019-964 du 18 nov. 2019 prise en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

¹⁶⁷² Art. 388-1 alinéa 2 C. civ.

¹⁶⁷³ Art. 2-6 alinéa 2 C. civ. modifié par la loi n° 2019-964 du 18 nov. 2019 citée supra

¹⁶⁷⁴ Civ. 1^{ère} 11 mai 1976, D. 1976. 521, note Hovasse.

¹⁶⁷⁵ CA Lyon 5 oct. 1993 ; JCP 1994. II. 22231, note H. Fulchiron ; V. en ce sens Paris 10 févr. 1999 ; JCP 1999. II. 10170, note T. Garé

¹⁶⁷⁶ Cass. civ. 2^{ème} 2 mai 1984 ; RTD civ. 1984. 691, obs. J. Rubellin-Devichi

De plus «*la résidence alternée n'est conçue et n'est concevable qu'à l'aune de l'intérêt de l'enfant et suppose une bonne entente entre les parents, le respect de l'autre, une collaboration et une disponibilité réelle à l'enfant*»¹⁶⁷⁷.

Mais résidence alternée ne signifie pas une stricte égalité entre les parents. La Cour de cassation dans un arrêt du 13 mars 2007¹⁶⁷⁸ a indiqué «*que l'article 373-2-9 du Code civil n'impose pas, pour que la résidence d'un enfant soit fixée en alternance au domicile de chacun des parents, que le temps passé par l'enfant auprès de son père et de sa mère soit de même durée ; que les juges du fond peuvent, si l'intérêt de l'enfant le commande, compte tenu des circonstances de la cause, décider d'une alternance aboutissant à un partage inégal du temps de présence de l'enfant auprès de chacun de ses parents ; qu'ayant relevé, d'une part, que M. M. avait un emploi stable qui présentait la particularité de s'effectuer par rotations de cinq semaines de travail à l'étranger, en Arabie saoudite, suivies de cinq semaines de repos en France, d'autre part, que compte tenu notamment de l'âge des enfants, la durée du séjour de cinq semaines consécutives chez chacun des parents, ordonnée au titre des mesures provisoires, était beaucoup trop longue, avait connu des dysfonctionnements et occasionnée aux enfants des troubles réactionnels attestés par un certificat établi par une psychologue ; enfin, que s'il apparaissait logique de tenir compte de la particularité de l'emploi du père, ce qui devait primer avant tout était l'intérêt des enfants à qui il convenait de procurer des repères que ne permettait pas l'alternance de cinq semaines ou plus, les juges du fond ont, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, sans se contredire et par une décision motivée, décidé de fixer la résidence des enfants une semaine sur deux chez chacun des parents, ce qui, compte tenu des contraintes professionnelles de M. M., aboutissait à ce que le temps de présence des enfants chez leur mère soit plus important, ce que n'interdisent pas les dispositions du texte précité*».

Le juge peut, dans l'intérêt de l'enfant, fixer la résidence de l'enfant chez l'un des parents qui en aura la garde exclusive¹⁶⁷⁹ ; cette garde exclusive peut être prononcée après une

¹⁶⁷⁷ S. Hébrard «loi du 4 mars 2002 : regard d'un juge aux affaires familiales», *AJ. Fam.* 2003.296

¹⁶⁷⁸ Civ. 1^{ère} 25 avril 2007 n° 06-16.886 ; D. 2007. 1428, *Juris-Data* n° 2007-03892

¹⁶⁷⁹ Civ. 1^{ère} 21 sept. 2016 n° 15-25.252 inédit ; dans cette espèce le père contestait la décision du juge aux affaires familiales d'avoir, lors du prononcé du divorce, fixé la résidence des enfants chez leur mère, la Cour a rappelé que «*l'appréciation souveraine des juges du fond qui, prenant en compte l'intérêt supérieur des enfants, ont fixé la résidence de ces derniers chez leur mère, et que le moyen ne pouvait être accueilli*»

garde alternée, et ce dans l'intérêt de l'enfant considéré comme primordial¹⁶⁸⁰.

La CEDH qui veille également au droit au respect de la vie privée¹⁶⁸¹ auquel le droit de garde a été rattaché, a rappelé dans un arrêt du 2 novembre 2010¹⁶⁸² concernant la garde d'un enfant dont les parents étaient divorcés que si «*l'ingérence dans l'exercice de son droit au respect de la vie familiale garanti par le paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention était prévue par la loi, à savoir le Code de la famille, et poursuivait à l'évidence un but légitime au sens du paragraphe 2 de l'article 8, à savoir la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant*» et que «*que les tribunaux internes ont fondé leurs décisions sur des motifs pertinents et suffisants aux fins de l'article 8 §2 de la Convention et n'ont pas excédé leur marge d'appréciation. Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 § 3 et 4 de la Convention*».

Le parent chez qui la résidence n'est pas fixée bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement¹⁶⁸³, ou seulement d'un droit de visite dans un centre de rencontres dont la périodicité et la durée relève de la décision du juge¹⁶⁸⁴ ; mais le juge peut le supprimer lorsque l'intérêt de l'enfant le commande¹⁶⁸⁵, et, est redevable d'une pension alimentaire¹⁶⁸⁶. Ce droit aux aliments est un droit qui s'impose aux pères et mères qui ne peuvent y renoncer¹⁶⁸⁷, pour la CEDH¹⁶⁸⁸ la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention englobe aussi les éléments matériels comme les obligations alimentaires.

¹⁶⁸⁰ Civ. 1^{ère} 19 nov. 2009 n° 09-68.179 inédit, D. 2010, Pan. 1904, obs. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils, *Dr. fam.* 2010, n° 24, obs. Murat ; dans cette espèce, le jugement de divorce a fixé la résidence des deux enfants en alternance chez chacun des parents. Mme X. la mère s'est remariée, a eu un autre enfant et souhaite partir avec son époux et ses trois enfants vivre en Floride, et a assigné en référé son ex-époux M. Y. aux fins que la résidence des enfants soit fixée en son domicile. La Cour d'appel de versailles le 16 juillet 2009 fixa la résidence des deux enfants chez le père. La cour de cassation a considéré que «*que la Cour d'appel a ainsi souverainement estimé qu'il était de l'intérêt supérieur des enfants de rester en France avec celui-ci*» ; V ; en ce sens CA Montpellier 25 janv. 2011, RG n° 10/00669

¹⁶⁸¹ Art. 8 § 1 de la Convention européenne

¹⁶⁸² CEDH Nistor c/Roumanie 2 nov. 2010, requête n° 14565/05

¹⁶⁸³ Art. 373-2-1 C. civ.

¹⁶⁸⁴ Civ. 1^{ère} 4 mai 2017 n° 16-16.709 P : *AJ. Fam.* 2017. 351, obs. Saulier ; RTD civ. 2017. 625 Hauser ; V. aussi Civ. 1^{ère} 10 juin 2015 n° 14-12.592 P : *AJ. Fam.* 2015. 398 ; obs. Thouret ; RTD civ. 2015. 600, obs. Hauser ; *Dr. fam.* 2015 n° 164, obs. Neirinck ; dans cette espèce la cour rappelle qu'il incombe au juge (art. 1180-5 C. pr. Civ. de fixer a périodicité du droit de visite

¹⁶⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère} 15 avr. 2015 pourvoi n° 14-15.369 inédit ; dans cette espèce le jugement de divorce a fixé la résidence de deux filles chez leur mère et a fixé un droit de visite et d'hébergement au profit du père, la mère sollicitait sa suppression dans l'intérêt de ses filles ; la Cour d'appel de Limoges dans un arrêt du 10 février 2014 souverainement estimé que l'intérêt des enfants commandait la suppression du droit de visite et d'hébergement de M. X, le père. La haute juridiction confirme l'arrêt ; V. en ce sens Civ 1^{ère} 4 juil. 2018 n° 17-14.955 inédit

¹⁶⁸⁶ Art. 203 et 373-2 C. civ

¹⁶⁸⁷ Civ 1^{ère} 14 oct. 2009 ; *Rev. Crit. DIP* 2010. 361, note Joubert

B/S'agissant de l'autorité parentale en cas de divorce

Le divorce est sans effet sur l'autorité parentale ; il n'en modifie que les modalités d'exercice du fait qu'il y a rupture de la vie commune des parents de l'enfant mineur.

En effet, *«la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des pères et mères doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent»*¹⁶⁸⁹, et *«l'exercice en commun de l'autorité parentale des parents séparés est le principe ; l'exercice unilatéral est l'exception»*¹⁶⁹⁰ qui ne peut résulter que *«de l'existence de motifs graves»* qui s'opposent à l'intérêt de l'enfant et qui s'opposent à cette exercice en commun.

Cet exercice en commun de l'autorité parentale *«est la traduction juridique de l'intérêt pour les enfants d'être élevés par leurs deux parents»*¹⁶⁹¹.

La Cour de cassation rappelle que dans toutes décisions concernant l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. Ainsi dans un arrêt du 8 novembre 2005¹⁶⁹², la Haute juridiction a considéré que *«Prive sa décision de base légale au regard des articles 3-1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant et 371-1 du Code civil, la Cour d'appel qui, pour décider que des enfants ayant la double nationalité française et luxembourgeoise et résidant avec leur mère au Luxembourg, devront poursuivre leur scolarité dans une école francophone, se détermine en considération de l'intérêt du père, de nationalité française, sans rechercher quel est l'intérêt supérieur des enfants»*.

Le juge¹⁶⁹³ doit toujours statuer selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant en cas de désaccord des parents lorsque le changement de résidence de l'un d'eux modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

¹⁶⁸⁸ CEDH sect. V. Hofmann c/Allemagne 23 févr. 2010 n° 1289/09

¹⁶⁸⁹ Art. 373-2 C. civ. modifié par la l'art. 31 de la loi du 23 mars 2019

¹⁶⁹⁰ Civ. 1^{ère} 20 févr. 2007 pourvoi n° 6-14.643, Bull. 2007, I N° 63 p. 57 ; *AJ. Fam.* 2007. 189, obs. F.C. ; *Dr. fam.* 2007 n° 103, note Murat ; *RJPF* 2007-6/38, note Mulon

¹⁶⁹¹ Paris 18 juin 2015 n° 15/00864 : *Dr. fam.* 2015 n° 216, obs. Binet

¹⁶⁹² Civ. 1^{ère} 8 janv. 2005 n° 02-18.360, Bull. 2005, I, n° 404 p. 338

¹⁶⁹³ Civ. 1^{ère} 13 mars 2007 n° 06-17.869, Bull. 2007, I, n°103 ; dans cette espèce la Cour a indiqué que *«pour fixer la résidence de l'enfant, Laëtitia, chez sa mère et autoriser cette dernière à quitter, avec sa fille, le territoire français pour résider au Canada, l'arrêt énonce que M. X..., qui s'est investi tardivement dans sa paternité, après avoir consenti au départ de sa fille, s'y est opposé pour des raisons peu claires, semblant vouloir punir la mère qui, ayant favorisé les liens affectifs du père avec sa fille, ne pouvait être soupçonnée de vouloir faire obstacle à leurs relations»*, et pour rendre sa décision s'est basée *«sur des motifs sans rapport avec l'intérêt de l'enfant considéré comme primordial»* cassation

Le divorce est souvent une épreuve pouvant créer un traumatisme parfois difficilement surmontable qui engage tous les membres de la famille : époux, enfants, grands-parents, collatéraux, amis et transforme les liens sociaux à l'extérieur de la cellule familiale.

Le divorce qui sonne la fin du mariage entre les époux, est le signe d'une nouvelle vie : nouveau domicile, nouveaux amis, nouvelle organisation, mais il est aussi un échec affectif pour les époux qui n'ont pas réussi le mariage dans lequel ils s'étaient engagés.

La famille que les époux ont fondée va perdre son aura pour se transformer jusqu'à devenir bien souvent une famille recomposée dans laquelle co-existent une partie de la famille de l'ex-époux (enfants) ainsi que les membres de la nouvelle famille fondée (conjoint et enfants issus de la nouvelle union).

Mais les plus impactés par le divorce sont les enfants mineurs qui subissent non seulement la séparation de leurs parents et qui vont devoir s'adapter à une nouvelle organisation ainsi qu'à un milieu social différent.

La résidence alternée¹⁶⁹⁴, qui sur le papier semble être la solution la plus adaptée, est pourtant pour l'enfant mineur un véritable bouleversement dans sa vie quotidienne ; l'enfant change de lieu de résidence ce qui implique qu'il change aussi ses habitudes chez l'un et chez l'autre de ses parents. C'est pourquoi seul l'intérêt de l'enfant mineur doit être pris en considération pour les modalités de la fixation de sa résidence dans la convention de divorce.

Le Code civil¹⁶⁹⁵ prévoit que *«Les dispositions contenues dans la convention homologuée ou dans la convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non»*.

La résidence alternée respecte les dispositions de l'article 7-1 de la CIDE qui dispose que *«L'enfant a [...], dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux»* ainsi que l'article 9-1 de la CIDE qui énonce que *«Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré»* ; ces dispositions doivent

¹⁶⁹⁴ Art.373-2-9 C. civ.

¹⁶⁹⁵ Art. 373-2-13 C. civ.

s'articuler avec l'article 3-1 de la CIDE qui fait de l'intérêt supérieur de l'enfant mineur la «*considération primordiale*».

La déjudiciarisation de la procédure de divorce permettant aux parents de ne plus avoir recours au juge leur impose de régler, avec leurs avocats, toutes les modalités relatives à l'organisation de la vie de l'enfant mineur (résidence, pension alimentaire...) en faisant prévaloir son intérêt.

Cependant si l'enfant mineur demande à être entendu par le juge, les époux ne peuvent plus avoir recours au divorce sans juge de par l'établissement d'un acte sous signature privée contresigné par avocats et doivent soumettre leur divorce à la procédure judiciaire dans laquelle le juge aux affaires familiales avant d'homologuer la convention vérifie que l'intérêt de l'enfant mineur est préservé, puis prononce le divorce.

Le Code civil¹⁶⁹⁶ rappelle que les parents peuvent, à l'occasion de la séparation, saisir le juge aux affaires familiales aux fins de faire homologuer leur convention parentale organisant les mesures concernant tant la résidence de l'enfant que l'organisation de l'exercice de l'autorité parentale, dont il sera parlé ci-après au Chapitre IV, ou encore le droit de visite ou d'hébergement ainsi que la pension alimentaire.

Bien que l'intérêt de l'enfant mineur doive toujours prévaloir sur tout autre intérêt, le divorce est avant tout une rupture entre les parents dont l'enfant mineur devient le principal dommage collatéral.

Pour préserver l'intérêt de l'enfant mineur, la CIDE (article 12-2) et le Code civil (article 388-1) prévoient que dans toute procédure le concernant l'enfant mineur «*capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet*» et «*que cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande*»¹⁶⁹⁷.

Ici la notion de discernement devient le critère essentiel et primordial de l'audition de l'enfant mineur.

¹⁶⁹⁶ Art. 373-2-7 C. civ.

¹⁶⁹⁷ Art. 388-1 alinéa 2 C. civ.

Nous avons déjà eu l'occasion d'aborder la notion de discernement non défini par le Code civil, qui s'entend comme étant la faculté du mineur d'apprécier avec justesse la situation.

Selon le défenseur des enfants¹⁶⁹⁸ *«cette notion recouvre la capacité pour l'enfant de comprendre ce qui se passe, d'appréhender la situation qu'il vit, de pouvoir exprimer ses sentiments à ce propos»*.

Nous avons survolé l'autorité parentale lors du prononcé du divorce. Or, l'autorité parentale, prérogative accordée aux parents, dépend essentiellement de l'état de minorité de l'enfant.

C'est pourquoi nous allons approfondir l'autorité parentale dans le chapitre IV ci-après.

CHAPITRE IV

L'AUTORITE PARENTALE

L'autorité parentale est fondée sur le principe du maintien du lien de l'enfant avec ses deux parents, et constitue la protection naturelle de l'enfant mineur ; elle confère des prérogatives aux père et mère de l'enfant.

Ces prérogatives, constituées de droits et de devoirs, accordées aux parents qui ont pour finalité l'intérêt de l'enfant sont d'ordre public ; elles s'imposent aux parents qui ne peuvent y renoncer.

L'autorité parentale revêt un aspect extrapatrimonial contenu sous l'article 371-1 du Code civil qui a été modifié par la loi de 2019¹⁶⁹⁹ ainsi qu'un aspect patrimonial codifié sous les articles 382 à 387-2 du Code civil.

Nous ne nous attacherons qu'à l'aspect extrapatrimonial de l'autorité parentale.

L'autorité parentale dépend exclusivement de la minorité de l'enfant (Section I), permet aux parents de prendre des mesures de protection pour l'avenir de leur enfant (Section II), nécessite parfois l'intervention du juge aux affaires familiales ou du juge des enfants (Section III) et finit par ne plus avoir de fondement (Section IV).

¹⁶⁹⁸ Défenseur des enfants rapport annuel 2008, page 191. Le défenseur des enfants autorité supprimée dont la mission a été reprise, depuis le 1^{er} mai 2011 par le Défenseur des droits

¹⁶⁹⁹ Loi n° 2019-721 du 10 juill. 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires

SECTION I

L'ETAT DE MINORITE

§1 - Minorité et incapacité

L'état de minorité de l'enfant que nous avons abordé lors des différents développements, a pour conséquence de le frapper d'une **incapacité totale** de principe : **l'incapacité d'exercice**.

On dit aussi que l'incapacité du mineur est **générale et uniforme, car elle est la même quels que soient les âges de la jeunesse à laquelle on raccroche la minorité** ; le mineur est titulaire de droits mais la loi met des restrictions quant à l'exercice desdits droits par l'enfant mineur.

Cette incapacité générale d'exercice bien que temporaire, empêche le mineur de consentir à un acte juridique¹⁷⁰⁰ et impose l'intervention de son représentant (administrateur légal ou tuteur)¹⁷⁰¹, à défaut l'acte n'est pas valable¹⁷⁰².

Cette incapacité d'exercice n'est pas sans poser de problèmes notamment pour les actes purement personnels tels que le mariage, la reconnaissance d'enfant nés hors mariage, le testament ou encore le contrat de travail qui ne peuvent être confiés à des tiers compte tenu de leur aspect purement *«personnel»*.

Bien que placé sous l'autorité parentale et frappé d'une incapacité d'exercice, le mineur peut réaliser seul certains actes sans intervention et/ou autorisation de ses père et mère ou tuteur, notamment les actes ayant trait au droit de la filiation ; les professeurs François Terré et Dominique Fenouillet parlent de *«pré-majorité pure et simple»*.

Ainsi le mineur peut accomplir seul les actes personnels suivants :

- reconnaître ses enfants naturels, s'il est en état de comprendre la portée de son acte
- exercer l'action en recherche de paternité ou de maternité concernant son enfant

¹⁷⁰⁰ Art. 1146 C. civ. (ex art. 1124 C. civ.)

¹⁷⁰¹ Art. 408 alinéa 1 nouveau du code civil issu de la loi de 2007, 389-3 et 450 alinéa 1 ancien du code civil loi de 1964)

¹⁷⁰² Art. 1128 C. civ. (ex art. 1108 C. civ.)

mineur¹⁷⁰³,

- agir seul pour intenter une action aux fins de subsides¹⁷⁰⁴,
- déclencher la procédure d'assistance éducative¹⁷⁰⁵,
- et faire les démarches en vue d'acquérir ou perdre une nationalité.

S'agissant de la reconnaissance par l'enfant mineur de son enfant né hors mariage, nous sommes ici en présence non seulement d'un acte juridique mais également d'un acte authentique.

Cette reconnaissance est justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant de connaître ses parents et le droit d'être élevé par eux¹⁷⁰⁶.

Le mineur peut également accomplir certains actes personnels après avoir obtenu les autorisations et/ou dispenses nécessaires, tels que se marier, signer un contrat de mariage, rédiger son testament, consentir une donation par contrat de mariage, signer son contrat de travail ou encore son contrat d'apprentissage.

La volonté du législateur de coller au plus près à la conscience réelle qu'un enfant mineur peut avoir de ses actes conduit à instituer plusieurs seuils, donnant ainsi une impression de confusion.

Ainsi en vertu des dispositions de l'article 903 du Code civil, il lui est purement et simplement interdit, s'il est âgé de moins de seize ans, de disposer à titre gratuit, sauf dans le cadre du mariage

Cette disposition générale est doublement intéressante car d'une part, elle dénie tout droit de disposer aux mineurs de moins de seize ans ; ce qui équivaut à instituer **une véritable incapacité de jouissance puisque les mineurs désignés sont privés du droit même de disposer et non seulement de l'exercice de ce droit**, et d'autre part, il est intéressant de relever que cette incapacité de jouissance n'est instituée que pour une catégorie déterminée de mineurs : ceux âgés de moins de seize ans.

¹⁷⁰³ Art. 328 alinéa 1 C. civ.

¹⁷⁰⁴ Art. 342 à 342-8 C. civ.

¹⁷⁰⁵ Art. 375 C. civ. modifié par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant

¹⁷⁰⁶ Art 7 CIDE

S'agissant de l'enfant mineur entre seize et dix-huit ans, ce dernier peut faire son testament mais il ne peut disposer que de la moitié des biens dont un majeur pourrait disposer¹⁷⁰⁷, c'est-à-dire de la moitié de la quotité disponible, bien que la loi lui reconnaisse une capacité limitée, le mineur agit seul.

Toutefois en cas de disposition de dernière volonté, celui-ci est limité en ce qui concerne la quote-part dont il peut disposer.

D'après le professeur Philippe Malaurie¹⁷⁰⁸, la représentation du mineur, mécanisme de sa protection pour les actes juridiques est inconcevable pour les actes personnels car ce serait *«maintenir le mineur dans le régime habituel de son incapacité pour les actes personnels serait le frapper d'une incapacité de jouissance»*.

L'enfant mineur peut aussi faire seul les actes de la vie courante¹⁷⁰⁹ autorisés par l'usage et d'un faible montant¹⁷¹⁰, et peut également accomplir seul les actes conservatoires.

S'agissant des actes d'administration que le mineur fait seul et que le tuteur aurait pu accomplir sans autorisation du conseil de famille¹⁷¹¹ il pourra les faire annuler, s'il démontre avoir subi une lésion¹⁷¹².

L'incapacité vise également les actes juridiques par lesquels se réalise la gestion volontaire du patrimoine.

Bien que l'article 1149 du Code civil issu de la réforme de 2016¹⁷¹³, semble élargir la capacité du mineur, en lui donnant pleine capacité pour les actes d'administration non lésionnaires, cela n'exclut pas que le mineur fasse rescinder les actes excessifs ou inopportuns qu'il a conclus sans y être autorisé même s'ils ont été conclus à un prix normal.

En conséquence, il apparaît que le mineur ne peut faire seul que des actes conservatoires ou dont l'intérêt est faible ; les actes d'administration et de disposition lui étant formellement interdits.

C'est pourquoi l'enfant se trouve placé sous l'autorité parentale de ses père et mère, dans ce cas on dit alors que l'enfant est sous l'administration légale.

¹⁷⁰⁷ Art. 904 C. civ.

¹⁷⁰⁸ Ph. Malaurie et Laurent Aynès «Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs» Droit civil, LGDJ, 7^{ème} éd. janvier 2014

¹⁷⁰⁹ Stoufflet, Mél. Voirin, LGDJ 1967, p. 782

¹⁷¹⁰ Art 388-1-1 C. civ créé par l'ordonnance du 15 octobre 2015

¹⁷¹¹ Art. 496 C. civ. (ex art.456 alinéa 1^{er} C. civ.)

¹⁷¹² Art. 1149 C. civ. (ex art. 1305 C. civ.)

¹⁷¹³ Art 1149 C. civ. issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations

§ 2- L'exercice de l'autorité parentale

L'enfant mineur lui-même parent peut exercer l'autorité parentale sur son enfant et faute d'opposition d'intérêts il n'y a pas lieu de désigner un administrateur ad'hoc¹⁷¹⁴.

L'autorité parentale, qui est l'un des pendants essentiel de la minorité visant à garantir la protection des mineurs¹⁷¹⁵ a été substituée à la puissance paternelle et concerne tous les enfants qu'ils soient nés au cours du mariage ou hors mariage, dès lors qu'ils sont reconnus par un de leurs géniteurs ou leurs deux géniteurs¹⁷¹⁶.

Cette autorité parentale *«ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant»* doit *«s'exercer sans violences physiques ou psychologiques»*¹⁷¹⁷ *«appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé, sa moralité et à assumer son éducation et à permettre son développement dans le respect dû à sa personne»*¹⁷¹⁸.

S'agissant du cas particulier du ou des parents placés sous tutelle ayant un ou des enfants mineurs, le rattachement des actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant, à un acte strictement personnel du majeur¹⁷¹⁹, a suscité des débats au sein de la doctrine.

Ainsi pour Madame le professeur Salvage-Gerest¹⁷²⁰ *«le législateur aurait-il oublié, en édictant la règle selon laquelle les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne de l'enfant sont strictement personnels, que le parent qui exerce l'autorité sur la personne l'exerce aussi automatiquement sur les biens en tant qu'administrateur légal ? A-t-il voulu prévoir que, si d'aventure un enfant a son seul parent, ou ses deux parents eux-mêmes en tutelle, seule une tutelle aux biens peut être ouverte pour lui, ce qui serait en contradiction avec les dispositions de l'article 373 ? Là encore nul ne saurait le dire. Ce qui est certain, c'est que tant que cette tutelle n'a pas été ouverte, le ou les parents restent tout autant administrateurs légaux des biens de leur enfant que maîtres des décisions qui concernent sa personne - ce qui n'a certainement pas été voulu».*

On peut trouver une réponse dans le jugement rendu par le Tribunal d'Instance de Saint-Omer du 3 mai 1989, dans lequel les juges ont retenu *«que lorsque les deux parents ont*

¹⁷¹⁴ Dijon 4 juill. 2012, D. 2013. 2073, obs. Bonfils et A. Gouttenoire ; RTD civ. 2013. 818, obs. Hauser

¹⁷¹⁵ Art. 371-1 C. civ.

¹⁷¹⁶ Art. 372 C. civ.

¹⁷¹⁷ Art. 371-1 alinéa 3 C. civ. issu de la loi du 10 juill. 2019 citée supra

¹⁷¹⁸ Art. 371-1 alinéa 2 C. civ.

¹⁷¹⁹ Art. 458 C. civ.

été placés sous tutelle, ils ne peuvent pas être administrateurs légaux et il y a lieu d'ouvrir la tutelle de leur enfant, mais uniquement la tutelle aux biens doit être organisée, sans que les parents perdent automatiquement les prérogatives liées à leurs droits d'autorité parentale quant à la personne de l'enfant».

Voyons comment s'organise l'autorité parentale dont sont titulaires les parents de l'enfant mineur.

A/exercice en commun de l'autorité parentale

En principe, elle est exercée en commun par les deux parents à la condition que l'enfant mineur ait été reconnu avant l'âge de un an, *«Toutefois si la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance de l'enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant»*¹⁷²¹.

A défaut *«l'autorité parentale peut encore être exercée en commun si une déclaration conjointe des père et mère adressée au directeur des services de greffe judiciaires du Tribunal de Grande Instance ou sur décision du juge aux Affaires Familiales»*¹⁷²².

Investis de l'autorité parentale, les parents doivent, en principe, prendre les décisions ensemble, c'est-à-dire avec l'accord de l'un et de l'autre pour les actes qui engagent l'avenir de l'enfant et/ou qui rompent avec le passé, et qui ne peuvent être qualifiés d'actes usuels.

Ainsi l'accord des deux parents est exigé pour la circoncision à des fins purement rituelles sans nécessité médicale¹⁷²³, pour l'inscription de l'enfant dans un établissement scolaire privé à caractère religieux¹⁷²⁴, pour le changement de religion de l'enfant¹⁷²⁵, pour le baptême de l'enfant¹⁷²⁶, pour l'adjonction du nom de la mère à celui du père porté par les

¹⁷²⁰ P. Salvage-Gerest, «Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence», *droit de la famille*, mars 2009, n° 3, étude 17, spéc. n° 17

¹⁷²¹ Art. 372 alinéa 2 C. civ. modifié par la loi 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle

¹⁷²² Art. 372 alinéa 3 C. civ.

¹⁷²³ Paris 29 septembre 2000, D. 2001. 585, note Duvert ; dans cette espèce la cour a reconnu la responsabilité du père qui, profitant de son droit de visite et d'hébergement, a fait procéder, à des fins rituelles, à la circoncision de l'enfant sans nécessité médicale et sans l'accord de la mère

¹⁷²⁴ CA Paris 9 juill. 2015 n° 15/00320

¹⁷²⁵ CA Paris 17 juin 2004 n° 2003/09005

¹⁷²⁶ Civ. 1^{ère} 23 sept. 2015 n° 14-23.724, Bull. 2015, I, N 212 p. 206 ; V. aussi en ce sens Civ. 1^{ère} 11 juin 1991 n° 89-20.878, Bull 1991, I, N° 196

enfants¹⁷²⁷, pour le retrait d'une somme importante sur le compte de l'enfant mineur¹⁷²⁸, pour le franchissement d'une frontière¹⁷²⁹ et pour le passage de l'enfant à la télévision dans un documentaire sur les familles de divorcés¹⁷³⁰.

A la lumière de l'article 372-2 du Code civil s'est dégagée la notion «*d'actes usuels*» pour lesquels chacun des parents est réputé agir, à l'égard des tiers de bonne foi, avec l'accord de l'autre quand il fait seul un acte concernant l'enfant mineur.

Cependant un parent peut s'opposer à un acte usuel en informant les tiers (école, administration, médecin...)

Dans le cadre d'un conflit entre les parents concernant l'acte passé par l'un d'eux, les tribunaux sont fréquemment sollicités afin de se prononcer sur la qualification de l'acte en question. Ainsi sont considérés comme des actes usuels, la circoncision justifiée par une nécessité médicale¹⁷³¹, la demande d'inscription par la mère seule de ses enfants mineurs sur son passeport¹⁷³², ou le changement d'établissement scolaire¹⁷³³.

Mais le juge, saisi d'un conflit parental concernant l'exercice de l'autorité parentale recherchera toujours si l'intérêt de l'enfant prime sur tout autre intérêt.

Les parents, titulaires de l'autorité parentale doivent contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants en fonction de leur âge ou de leurs habitudes de vie¹⁷³⁴, obligation légale à laquelle les parents ne peuvent se soustraire, sauf à démontrer qu'ils sont dans l'impossibilité matérielle d'y faire face¹⁷³⁵, et ce dans l'intérêt de l'enfant.

De plus «*les père et mère 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*»¹⁷³⁶.

¹⁷²⁷ CA Chambéry 20 oct. 2015 n° 14/02343

¹⁷²⁸ CA Aix-en-Provence 20 févr. 2014 n° 12/06092

¹⁷²⁹ CA Nancy 19 sept. 2014 n° 13/01936

¹⁷³⁰ CA Versailles 11 sept. 2003 ; *AJ. Fam.* 2003.383, obs. F. B. ; *RJPF* 2003. 12/30, note Eudier

¹⁷³¹ TGI Paris 6 nov. 1973, *Gaz. Pal.* 1974. I. 299, note Barbier, V. en ce sens CA Versailles 1^{er} déc. 2016 n° 15/08970

¹⁷³² CE 8 févr. 1999, D. 2000. Somm. 161, obs. Vauvillé ; *Dr. fam.* 1999, n° 40, note Murat ; Defrénois 1999. 944, obs. Massip ; *RTD civ.* 1999. 360, obs. Hauser ; V. aussi CE réf. 4 déc. 2002 ; Defrénois 2003. 620, obs. Massip ; *AJ. Fam.* 2003. 103, obs. F.B. ; *Dr. fam.* 2003 n° 12, note Murat ; *RTD civ.* 2003. 59, obs. Hauser ;

¹⁷³³ CE 13 avr. 2018, n° 392949 P : *AJ. Fam.* 2018. 347, obs. Avena-Robardet ; *RTD civ.* 2018. 633, obs. Leroyer

¹⁷³⁴ Civ. 1^{ère} 22 mars 2005, *Bull.* 2005, I N 140 p. 121, D. 2005. IR. 1112

¹⁷³⁵ Civ. 2^{ème} 17 oct. 1985 pourvoi n° 84-15.135 P : R., p. 82, *Bull.* 1985, II N° 157 p. 103 ; V. aussi Civ. 2^{ème} 4 mars 1987 n° 86-10. 453 P, *Bull.* 1987, II N° 60 p. 34 ; V. aussi Civ. 2^{ème} 18 mars 1992 n° 91-10.077 inédit ; V. enfin Civ. 1^{ère} 21 nov. 2018 n° 17-27.054 P : D. 2018. 230⁶ ; *AJ. Fam.* 2019.35 obs. Saulier

¹⁷³⁶ Art. 375-7 C. civ. modifié par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; V. Civ. 1^{ère} 18 nov. 1986 n° 85-11.360 P : R., p. 129 ; *Gaz. Pal.* 1987. 1. 228, note J. M. ; dans cette espèce la cour a rappelé que «*dans une action en responsabilité dirigée contre un mineur placé chez un tiers, les père et mère ne peuvent être mis hors de cause, alors qu'ils ont seuls la qualité pour représenter leur fils* »

Cependant «sans préjudice de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale, le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure»¹⁷³⁷.

Les parents doivent s'informer réciproquement sur l'organisation de la vie de l'enfant et permettre les échanges avec l'autre¹⁷³⁸.

De plus «les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité»¹⁷³⁹, en cas de désaccord c'est le juge aux affaires familiales qui tranchera.

Enfin l'enfant mineur «capable de discernement» peut «être entendu dans toute procédure l'intéressant»¹⁷⁴⁰, et son audition n'est pas une mesure d'instruction¹⁷⁴¹.

La Cour de cassation veille au respect du droit de l'enfant à être entendu¹⁷⁴².

Quand l'intérêt de l'enfant le commande le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents¹⁷⁴³ et la CEDH¹⁷⁴⁴ rappelle que l'intérêt de l'enfant doit être constamment interprété de manière cohérente.

B/autorité parentale exercée exclusivement par l'un des parents

L'autorité parentale, qui a pour finalité l'intérêt de l'enfant, peut justifier l'intervention du juge afin de transférer l'autorité parentale, même lorsqu'elle était auparavant exercée en commun par les deux parents, au profit d'un seul parent¹⁷⁴⁵.

¹⁷³⁷ Art. 375-7 alinéa 2 C. civ.

¹⁷³⁸ CA Grenoble 17 juill. 2013 n° 12/04277

¹⁷³⁹ Art. 371-1 alinéa 4 C. civ.

¹⁷⁴⁰ Art. 388-1 C. civ. ; Art 12-2 CIDE et art. 3-1 CIDE (intérêt de l'enfant)

¹⁷⁴¹ Civ. 1^{ère} 28 sep. 2011 ; *AJ. Fam.* 2011. 546, obs. Briand ; *RTD civ.* 2011. 757, obs. Hauser

¹⁷⁴² Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, R. p. 415 ; D 2005. 1909, note Egéa ; *JCP* 2005. II. 10081, note Granet-Lambrechts et Strickler ; *ibid* 10115, concl. C. Petit, note Chabert ; *ibid* 199 n° 7s, obs. Rubellin-Devichi, *Gaz. Pal* 2005. 2664, note Coudrier-Cuisinier Defrénois 2005. 1418, note Massip ; *AJ. Fam.* 2005. 274, obs. Fossier ; *Dr. fam.* 2005 n° 156, note Gouttenoire *RJPF* 2005-9/31, note Eudier, *Dr. et Patr.* 9/2005. 101, obs. Bonfils ; *RDSS* 2005. 814, note Neirinck ; *RTD civ.* 2005. 585, obs. Hauser et 627 obs. Théry ; *Rev. Crit. DIP* 2005.679, note Bureau

¹⁷⁴³ Art 373-2-1 C. civ

¹⁷⁴⁴ CEDH sect III 6 déc 2007 Maumousseau et Washington c/France req. n° 39388/05

¹⁷⁴⁵ Civ. 1^{ère} 17 janv. 2006 pourvoi n° 03-14.421 P ; *JCP* 2006. II. 10177, note Boulanger ; V. aussi Civ. 1^{ère} 4 nov 2010, inédit ; dans cette espèce la cour a estimé que «l'envoi à la mère de quelques mandats cash étaient insuffisants pour établir l'investissement affectif du père à l'égard de son fils et surtout la prise de conscience effective qu'implique la fonction parentale paternelle et la nécessité de la continuité de celle-ci dans le temps pour le bien être et le devenir de l'enfant, la cour d'appel, prenant ainsi en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, a souverainement estimé, sans inverser la charge de la preuve, que cet intérêt commandait que l'exercice de

L'appréciation de l'intérêt de l'enfant relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁷⁴⁶, et la Cour de cassation¹⁷⁴⁷ veille à ce que seul l'intérêt de l'enfant soit pris en compte lors de la décision relative à l'attribution exclusive de l'autorité parentale au profit d'un des deux parents qui ne doit pas être utilisée à titre de sanction par un parent à l'égard de l'autre.

La Cour d'appel de Lyon dans un arrêt de 2012¹⁷⁴⁸ a rappelé que «*dans la famille unie comme dans la famille désunie, le principe est celui de l'exercice en commun de l'autorité parentale. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale est réservé aux cas les plus graves et notamment lorsqu'un parent constitue une menace pour les enfants*» et a ainsi infirmé le jugement rendu en première instance qui avait attribué l'exercice exclusif de l'autorité parentale à la mère.

La Cour de cassation dans un jugement de 2017¹⁷⁴⁹ a considéré que la Cour d'appel d'Aix-en-provence¹⁷⁵⁰ n'avait «*pas de manière concrète caractérisé, en quoi l'intérêt des enfants commandait l'exercice unilatéral de l'autorité parentale par la mère*» et a cassé l'arrêt de ladite Cour d'appel.

La CEDH¹⁷⁵¹ saisie d'un refus d'attribution exclusive de l'autorité parentale a reconnue la violation de l'article 8 de la Convention au seul motif que le père était homosexuel.

Enfin le juge peut retirer l'autorité parentale aux deux parents.

C/retrait total de l'autorité parentale

Le retrait totale de l'autorité parentale demeure une exception et n'est justifié que par l'intérêt de l'enfant lorsque ses deux parents présentent une menace pour lui.

l'autorité parentale soit confié à la mère ; qu'elle a légalement justifié sa décision » ; V. en ce sens CA Dijon 2 févr. 2017 n° 15/01874 ; refus de la cour d'accorder l'autorité parentale conjointe à un père incarcéré qui est en conflit avec la mère des enfants . V. aussi Lyon 19 déc. 2011 ; AJ. Fam. 2012. 144, obs Mbala Mbala ; la cour infirme le jugement rendu en première instance et attribue l'exercice exclusif de l'autorité parentale à la mère ; V. aussi Civ. 26 juin 2013 pourvoi n° 12-12.275 P ; Dr. fam. 2013 n° 188, avis Petit et note Neirinck ; la cour relève que «*la permanence d'une difficulté du père à prendre en considération des impératifs légitimes autres que les siens, la cour d'appel en a souverainement déduit qu'un exercice conjoint de l'autorité parentale n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant, justifiant ainsi légalement sa décision*» ; V. aussi Rouen 6 avr. 2017 n° 15/01747 ; Dr. fam. 2017 n° 161 JurisData n° 2017-008329 ; V. enfin CA Douai chambre 7 section 2, 20 janv. 2011 n° 10/04488

¹⁷⁴⁶ CA Douai 16 juill. 2015 n° 14/06791 ; dans cette espèce la cour a considéré que le fait que la mère assume seule le quotidien de son enfant et la charge financière du fait de l'insolvabilité du père ne peut se prévaloir de l'autorité parentale exclusive

¹⁷⁴⁷ Civ. 1^{ère} 13 sept 2017 pourvoi n° 16-18.277 inédit

¹⁷⁴⁸ CA Lyon 27 févr. 2012 n° 10/08072

¹⁷⁴⁹ Civ. 1^{ère} 13 sept. 2017 n° 16-18.277 inédit

¹⁷⁵⁰ CA Aix-en-provence 1^{er} déc. 2015

¹⁷⁵¹ CEDH Salgueiro da Silva c/Portugal 21 déc. 1999 req. n° 33290/96, Dr. fam. 2000 n° 45, note Gouttenoire-Cornut ; RTD civ. 2000. 313, obs. Hauser ; ibid 433, obs. Marguénaud

Le retrait peut avoir lieu dans le jugement pénal prononçant *«la condamnation des père et mère soit comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit¹⁷⁵² commis sur la personne de leur enfant, soit comme co-auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis par leur enfant soit comme auteurs co-auteurs d'un crime sur la personne de l'autre parent»*¹⁷⁵³.

Le retrait de l'autorité parentale, prévue par l'article 378 du Code civil modifié par la loi du 28 décembre 2019 est une mesure purement civile qui ne constitue pas une peine accessoire pour les personnes condamnées mais une mesure de protection pour l'enfant mineur¹⁷⁵⁴.

Le retrait de l'autorité parentale peut être demandé à la juridiction pénale par le représentant légal de l'enfant mineur victime d'un délit ou d'un crime commis par son père ou sa mère, au titre de l'action civile¹⁷⁵⁵ ou être prononcé par les juridictions civiles lorsque les juridictions pénales n'ont pas usées de cette faculté¹⁷⁵⁶, et ne peut être prononcé que contre un condamné dont les enfants sont mineurs¹⁷⁵⁷.

La CEDH¹⁷⁵⁸ n'a pas jugé conforme à l'article 8 de la Convention le prononcé automatique du retrait de l'autorité parentale sans contrôle du type d'infraction et sans avoir apprécié l'intérêt de l'enfant mineur.

Enfin le retrait peut être décidé *«en dehors de toute condamnation pénale»* lorsque *«les père et mère, soit par leurs mauvais traitements¹⁷⁵⁹»* ou par *«leur consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants [...]»* ou *«notamment lorsque l'enfant est témoin de pressions ou de violences à caractère physique ou psychologique exercée par l'un de ses parents sur la personne de l'autre [...] mettent en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant »*¹⁷⁶⁰.

¹⁷⁵² Le délit d'abandon de famille ne constitue pas une infraction commise sur la personne de l'enfant V. Crim. 11 déc. 1984 n° 83-91.042 P ; Gaz. Pal 1985. 2. 654, note Doucet

¹⁷⁵³ Art. 378 C. civ. modifié par la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille ; V. Crim. 28 juin 2017 pourvoi n° 16-85.904 P

¹⁷⁵⁴ Crim. 4 janv. 1985 ; Gaz. Pal. 1986. 1. 19

¹⁷⁵⁵ Crim. 23 sept. 2008 ; D 2008 ; AJ. 2724 ; RJPJ 2008-12/29, obs. Eudier

¹⁷⁵⁶ Civ. 1^{ère} 16 févr. 1988 pourvoi n° 86-14.183 P : R., p.154 ; D 1988. 373, note Massip

¹⁷⁵⁷ Crim. 30 sept. 1998 pourvoi n° 97-83.021 P : RTD civ. 1999. 76, obs. Hauser

¹⁷⁵⁸ CEDH sect. III 14 oct 2008 Iordache c/Roumanie requête n° 6817/02 ; V. aussi dans le même sens CEDH sect. IV 17 juill. 2012 M. D. et a. c/Malte requête n° 64791/10 ; V. sens contraire CEDH sect. I 28 oct. 2010 Aune c/Norvège req. n° 52502/07 ; la cour n'a pas reconnu la violation de l'article 8 pour une échéance suivie d'une adoption dans le but de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁷⁵⁹ Civ. 1^{ère} 23 sept. 2015 n° 14-16.425 et n° 14-24.267 ; dans cette espèce l'autorité parentale a été retirée aux deux parents qui sont incarcérés pour avoir été condamnés pour mauvais traitements sur leur fille qui a été admise en qualité de pupille de l'Etat. La grand-mère maternelle réclamait la délégation de l'autorité parentale ainsi que le droit d'hébergement ; la cour a jugé que la demande de la grand-mère n'était pas dans l'intérêt de l'enfant

¹⁷⁶⁰ Art. 378-1 C. civ

Les juges rappellent que le retrait de l'autorité parentale n'est pas une sanction mais une mesure de protection de l'enfant mineur dans son intérêt¹⁷⁶¹, que le seul risque d'une éventuelle mise en danger de l'enfant ne permet pas de prononcer le retrait (la déchéance) de l'autorité parentale¹⁷⁶² ni la fragilité mentale de la mère dont le comportement ou son état ne mettent manifestement pas en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant¹⁷⁶³.

Lorsque le juge statue sur le retrait de l'autorité parentale il doit se placer pour apprécier le danger au jour où il statue. La Cour de cassation dans un arrêt du 27 mai 2010¹⁷⁶⁴ a toutefois confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 octobre 2008 dans lequel elle avait prononcé le retrait totale de l'autorité parentale sur leurs trois enfants par cet attendu : *«Mais attendu que la cour d'appel a relevé que chacun des parents était dans le déni des infractions pour lesquelles ils avaient été condamnés, qu'ils avaient mis en échec pendant des années toute action éducative concernant leurs enfants placés, contribuant à les déstabiliser encore plus, que ce positionnement persistant et sans évolution constituait une maltraitance psychologique continue à l'égard de leurs trois enfants, et qu'il apparaissait manifestement de l'intérêt de ces derniers de les préserver à l'avenir, compte tenu de leur grande fragilité psychologique, de toute intervention parentale ; que, par ces motifs, elle a, en se plaçant au moment où elle statuait, caractérisé les conditions d'application de l'article 378-1 du Code civil et légalement justifié sa décision»*.

L'article 378 alinéa 2 du Code civil prévoit également le retrait de l'autorité parentale aux ascendants autre que les père et mère qui peut leur revenir sur leurs descendants.

Cette action en retrait total de l'autorité parentale est portée devant le Tribunal judiciaire (ex TGI) à la requête du ministère public, soit d'un membre de la famille ou du tuteur de l'enfant soit encore par le service départemental de l'aide sociale à l'enfance auquel est confié l'enfant¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶¹ Civ. 1^{ère}, 14 avr. 1982 ; D 1983. 294, note J.M. ; V aussi en ce sens 1^{er} juin 2017 n° 15-29.272 inédit ; dans cette espèce le procureur de la République réclamait sur le fondement de l'article 378-1 du Code civil le retrait de l'autorité parentale exercée par la mère qui souffrait de troubles psychiatriques, la cour a jugé *«qu'il résultait de l'intérêt de l'enfant le maintien de l'autorité parentale et que la cour d'appel de Lyon dans son arrêt du 27 octobre 2015 avait parfaitement justifiée sa décision au regard de l'article 3-1 de la Convention de New-York du 20 novembre 1989»*

¹⁷⁶² Civ. 1^{ère} 6 juill. 1999 ; Dr. fam. 2000, n° 4, note Murat

¹⁷⁶³ Civ. 14 juin 1988 n° 87-05.027 P : R., p. 154 ; *Gaz. Pal.* 1988.2.797, note J. M.

¹⁷⁶⁴ Civ. 1^{ère} 27 mai 2010 n° 09-65.208, Bull. 2010, I, N° 120

¹⁷⁶⁵ Art. 378-1 alinéa 3 C. civ.

En principe le retrait de l'autorité parentale qui est général, porte de plein droit, sur tous les attributs tant personnels que patrimoniaux se rattachant à ladite autorité¹⁷⁶⁶, mais le jugement peut se borner à prononcer un retrait partiel de l'autorité parentale, et/ou que le retrait partiel ou total n'aura d'effet qu'à l'égard de certains enfants déjà nés¹⁷⁶⁷.

Toutefois ce retrait revêt un caractère provisoire. En effet, l'article 381 du Code civil prévoit qu'elle pourra être restituée aux parents.

A côté du retrait total ou partiel de l'autorité parentale, de par une volonté des parents corroborée par une décision de justice, l'autorité parentale peut être totalement ou partiellement déléguée.

D/délégation de l'autorité parentale

Selon l'article 376 du Code civil : «*Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale ne peut avoir d'effet si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminées ci-dessous*».

Les père et mère, ensemble ou séparément peuvent demander au juge aux affaires familiales à ce que leur autorité parentale soit déléguée au profit d'un tiers, membre de la famille ou non, un proche de confiance ou un établissement agréé pour le recueil des enfants ou au profit de l'aide sociale à l'enfance¹⁷⁶⁸.

La délégation volontaire peut être totale ou partielle ; la Cour de cassation a rappelé que le prononcé d'une délégation partielle sans précision des droits délégués n'équivaut pas à une délégation totale¹⁷⁶⁹.

La délégation partage de l'autorité parentale a pour effet de permettre au beau-parent d'avoir un statut au sein de la famille recomposée et d'exercer les prérogatives de l'autorité parentale sur l'enfant mineur, et ce, jusqu'à sa majorité.

Il peut également s'agir d'une délégation transfert de l'autorité parentale¹⁷⁷⁰.

¹⁷⁶⁶ Art. 379 C. civ.

¹⁷⁶⁷ Art. 379-1 C. civ.

¹⁷⁶⁸ Art. 377 C. civ.

¹⁷⁶⁹ Civ. 1^{ère} 24 fév. 2006 n° 04-17.090 P : D. 2008. , AJ. 1410, obs. Luxembourg ; ibid 2009 Pan, 773 obs. Granet-Lambrechts ; JCP 2009. I. 102, n° 9 obs. Gouttenoire ; AJ. Fam. 2008. 261, note Chénéde ; RJP 2008. 6/39, note Corpart ; Defrénois 2008.1846, obs. Massip ; RTD. civ. 2008. 470, obs. Hauser

¹⁷⁷⁰ TGI Paris 22 févr. 2013 AJ. Fam. 2013. 232, obs. Gallmeister ; dans cette espèce le tribunal a accepté la délégation totale de l'autorité parentale au bénéfice de la compagne de la mère et a accueilli la demande des deux parents de l'enfant, fruit d'un projet

La délégation de l'autorité parentale peut être forcée *«lorsque les parents se désintéressent manifestement de leur enfant ou lorsqu'ils sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale»*¹⁷⁷¹, la demande peut être à l'initiative du parquet, de la personne qui a recueilli l'enfant ou d'un membre de la famille et elle peut être déléguée à un tiers, organisme ou personne physique.

Que la demande soit volontaire ou forcée, le juge apprécie le bien-fondé de la demande de la délégation de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant¹⁷⁷²; la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 février 2006¹⁷⁷³, jurisprudence antérieure à la loi de 2013, a considéré que *«l'organisation d'une délégation de l'autorité parentale, indépendamment de toute adoption, est admise lorsqu'elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, et que l'article 377 alinéa 1 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 qui elle vit en union stable et continue [...] dès lors que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant»*, mais refuse la délégation parentale quand ni les circonstances ni l'intérêt de l'enfant mineur ne l'exigent, en faisant toujours prévaloir l'intérêt de l'enfant¹⁷⁷⁴, qui doit toujours primer d'autres intérêts.

La délégation n'est jamais définitive, et peut *«prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles»*¹⁷⁷⁵.

Le délégataire de l'autorité parentale peut intenter une action sollicitant la révocation de la délégation prononcée à son profit, s'il ne souhaite plus assumer la charge de l'enfant¹⁷⁷⁶.

Enfin la délégation peut être révoquée quand le projet parental sur lequel elle reposait n'existe plus¹⁷⁷⁷.

parental à trois et vivant avec sa mère et la compagne de celle-ci, le père voyant son fils un week-end sur deux et pendant les vacances scolaires

¹⁷⁷¹ Art. 377 alinéa 2 C. civ.

¹⁷⁷² Art 3-1 CIDE

¹⁷⁷³ Civ. 1^{ère} 24 fév. 2006, n° 04-17.090 P : R., p. 243 ; GAJC, 12^{ème} éd. n° 53-55(I) ; D. 2006. 897, note Vigneau ; *ibid* Pan. 1148, obs. Granet-Lambrechts et 1421, obs. Lemouland et Vigneau ; *ibid*. IR 670, obs. Gallmeister ; *ibid* point du vue par Fulchiron ; JCP 2006. I. 199, n° 16, obs. Rebourg ; Defrénois 2006. 1067, obs. Massip ; *AJ. Fam.* 2006. 159 obs. Chénéde ; Dr. fam. 2006 n° 89, note Murat ; RJP 2006-4/32 obs. Mulon ; RDLC 2006/27 n° 2056, note Bourgault-Coudevyille ; RDSS. 2006. 578, note Neirinck ; RTD civ. 2006. 297, obs. Hauser

¹⁷⁷⁴ TI Saint-Denis 20 mars 2007 : LPA 3 juin 2009, note Pomart-Nomdédéo ; V. aussi Civ. 1^{ère} 8 juill. 2010, n° 09-12.623 P : D. actu. 27 juill. 2010, obs. Gallmeister ; D. 2011 Pan. 1585, obs. Granet-Lambrechts ; JCP 2010, n° 994, obs. Gouttenoire ; *AJ. Fam.* 2010. 394, obs. Chénéde ; Defrénois 2010. 2028, obs. Massip ; RLDC 2010/75 n° 3975, obs. Serre ; RJP 2010/11/29 obs. Eudier ; RTD. civ. 2010. 547 obs. Hauser ; décision confirmée par la CEDH 6 févr. 2018 req. n° 6190/11 ; Dr. fam. 2018 n° 132 note Fulchiron ; V. aussi dans le même sens Paris 5 mai 2006 *AJ. Fam.* 2006. 333 (infirmité le jugement du TGI Paris 2 avr. 2004 ; *AJ. Fam.* 2004. 453, obs. Chénéde ; V. aussi TGI Agen 17 févr. 2006, RJP 2006-11/43, obs. Eudier ; TGI Lille 11 déc. 2007 : D. 2008 AJ 292 *AJ. Fam.* 2008. 119, obs. Chénéde ; JCP 2009. I. 202 n° 8, obs. Gouttenoire ; TGI Paris 28 mars 2008 *AJ. Fam.* 2008. 260, obs. Chénéde ; TGI Paris 2 juill. 2004 *AJ. Fam.* 2004. 361, obs. Chénéde ; Dr. fam. 2005 n° 4, note Murat ; RTD civ. 2005.116, obs. Hauser

¹⁷⁷⁵ Art. 377-2 C. civ.

¹⁷⁷⁶ Versailles 25 juin 1998 ; BICC 1^{er} mars 1999 n° 266

Les parents titulaires de toutes les prérogatives attachées à l'autorité parentale ont le devoir de prendre soin de l'enfant handicapé dans le présent mais peuvent souhaiter anticiper sa prise en charge pour l'avenir en prenant des dispositions le concernant.

SECTION II

LE MANDAT VISANT A PROTEGER L'ENFANT MINEUR : LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE

Le législateur permet aux parents d'enfants mineurs de prendre différentes dispositions visant à les protéger en cas d'incapacité ou de décès.

Deux mandats sont ainsi envisageables ; l'un essentiellement axé sur la gestion du patrimoine de l'enfant : le mandat à effet posthume issu de la loi du 23 juin 2006 ; l'autre essentiellement axé sur la personne de l'enfant mineur : le mandat de protection future.

Seul le mandat de protection future pour autrui nous intéresse car il permet d'organiser la protection future de l'enfant mineur dans son intérêt.

Nous avons vu que la représentation de l'enfant mineur se produit par l'effet de la loi, et que les parents représentent légalement et défendent les intérêts de leur enfant mineur en agissant au nom et pour son compte ; la représentation est parfaite.

Dans ce cadre (mécanisme de la représentation légale) les parents peuvent conclure un mandat de protection future pour leur enfant mineur, nouvelle alternative dans le régime de protection.

¹⁷⁷⁷ Caen 10 mars 2016 n° 15/01208 ; RTD civ. 2016. 603, obs. Hauser ; Dr. fam. 2016. 108, obs. Fulchiron

Le mandat de protection future

Il fallut attendre la loi du 5 mars 2007¹⁷⁷⁸ pour que le législateur introduise le mandat de protection future pour lequel le notariat a joué un rôle essentiel. En effet, dès son 80^{ème} Congrès, le notariat¹⁷⁷⁹ voyait déjà l'intérêt du mandat de protection future comme une alternative spécifique de protection de la personne vulnérable.

Le mandat de protection future¹⁷⁸⁰ est pour le professeur Malaurie une «réforme phare»¹⁷⁸¹ et «un pont jeté dans le futur» pour le professeur Beignier¹⁷⁸².

Ce mandat qui permet d'organiser une protection sur-mesure sans juge de la personne vulnérable et de son patrimoine¹⁷⁸³ se matérialise par la conclusion d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique.

Ainsi «toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle ou d'une habilitation familiale peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une et l'autre des causes prévues à l'article 425 du Code civil, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts»¹⁷⁸⁴.

Et selon l'article 477 alinéa 3 du Code civil¹⁷⁸⁵ les «parents ou le dernier vivant des père et mère ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle, de tutelle ou d'habilitation familiale, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur (...) pour le cas où cet enfant ne pourrait pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé», dans ce cas le mandat doit être conclu par acte notarié¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁷⁸ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance ; décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code (JORF n° 0285 du 7 décembre 2008, p. 18646, texte n° 7) : il est inscrit dans le Code de procédure civile les dispositions propres au mandat de protection future et nécessaires à sa mise en œuvre, aux articles 1258 à 1260 du Code de procédure civile ; et décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 (JORF n°0299 du 26 décembre 2009, p. 22311, texte n°14) qui prévoit un nouveau modèle de mandat de protection future ; V. aussi Y. Buffelan-Lanore, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, Coll. Université, 19^{ème} éd., 2015, spéc. n° 1209, p. 514.

¹⁷⁷⁹ V. 80^{ème} congrès des notaires de France «Le notariat et les personnes protégées», Versailles 1984, 3^{ème} commission, spéc. n°160 et s ; 94^{ème} Congrès des notaires de France, «Le contrat, Lyon 1998», 2^{ème} commission, proposition n°4 ; 95^{ème} Congrès des notaires de France, «Demain la famille», Marseille 1999, 2^{ème} commission, spéc. n° 2149 et s ; 102^{ème} Congrès des notaires de France, «Les personnes vulnérables», Strasbourg 2006, 3^{ème} commission, spéc. n° 3094 et s. p. 518

¹⁷⁸⁰ D. Fenouillet, «Le mandat de protection future ou la double illusion», Defrénois, 30 janvier 2009, n° 2, p. 142, spéc. n° 2 ; V. aussi J. Massip, «Le mandat de protection future», Les Petites Affiches, 27 juin 2008, n°129, p.11, spéc. n°2

¹⁷⁸¹ Ph. Malaurie, «La réforme de la protection juridique des majeurs», Les Petites Affiches, 28 mars 2007, n° 63

¹⁷⁸² B. Beignier, J.-R. Binet, Droit des personnes et de la famille, LGDJ, Lextenso éditions, Coll. Cours, 2014, spéc. n° 626, p. 190

¹⁷⁸³ V. sur le mandat de protection future ; thèse de Sophie Coll de Carrera « e mandat de protection future », droit université Montpellier du 24 novembre 2016

¹⁷⁸⁴ Art ; 477 alinéa 1^{er} C. civ.

¹⁷⁸⁵ Art 477 alinéa 3 C. civ. modifié par l'ordonnance du 15 oct. 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille ; V. aussi Dictionnaire du vocabulaire juridique 2017, sous la direction de Rémy Cabrillac, LexisNexis, 8^{ème} éd. V. Mandat de protection future : «contrat par lequel une personne capable charge une autre personne de la représenter pour le cas où une altération de ses facultés surviendrait et l'empêcherait d'exprimer sa volonté»

¹⁷⁸⁶ Art. 477 alinéa 4 C. civ.

Le mandat de protection peut donc être établi à l'initiative d'un majeur ou d'un enfant mineur émancipé mais jamais à l'initiative d'un enfant mineur non émancipé.

Un mineur émancipé, dans son intérêt, pourra prendre, dans le mandat de protection future toutes dispositions touchant tant à sa personne qu'à son patrimoine ; tout comme il lui est loisible de faire établir un mandat de protection futur dans l'intérêt d'un tiers : son enfant mineur.

L'intérêt de l'enfant mineur est le cœur même de l'existence du mandat de protection future dans l'intérêt d'un tiers.

Tout parent ayant un enfant mineur atteint de handicap peut souhaiter envisager le devenir de son enfant pour le jour où il ne sera plus là pour l'assumer.

De par l'établissement de ce mandat, les parents jouissent d'une grande liberté pour choisir un mandataire qui sera chargé des intérêts extra-patrimoniaux de la personne de l'enfant, et un mandataire qui sera chargé de ses intérêts patrimoniaux.

Ainsi, le mandat de protection future permet, notamment de prévoir la protection de la personne, d'être limité aux actes décrits à l'article 457-1 à 459-2¹⁷⁸⁷ du Code civil dont les dispositions s'imposent au mandataire, et le mandant peut être élargi aux actes habituellement confiés à une personne de confiance (article L 1111-6 CSP¹⁷⁸⁸ et articles D311-0-4¹⁷⁸⁹ et L311-5-1 du CASF et annexe 4-10¹⁷⁹⁰).

¹⁷⁸⁷ Art. 457-1 à 459-2 C. civ. figurant dans le livre 1^{er} : Des personnes, Titre XI : De la majorité et des majeurs protégés par la loi, Chapitre II : Des mesures de protection juridique des majeurs, Section IV : De la curatelle et de la tutelle, Sous-section IV : Des effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne ; **art 457-1 C. civ.** : « La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que les tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part » ; **art. 458 C. civ.** : « Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant » ; **art. 459 C. civ.** modifié par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 : « Hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. Lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après le prononcé d'une habilitation familiale ou l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser la personne chargée de cette habilitation ou de cette mesure à représenter l'intéressé, y compris pour les actes ayant pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle. Sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision, à leur demande ou d'office. Toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intimité de la vie privée de la personne protégée. La personne chargée de la protection du majeur peut prendre à l'égard de celui-ci les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que son propre comportement ferait courir à l'intéressé. Elle en informe sans délai le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué » ; **art. 459-1 C. civ.** : « L'application de la présente sous-section ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention d'un représentant légal. Toutefois, lorsque la mesure a été confiée à une personne ou un service préposé d'un établissement de santé ou d'un établissement social ou médico-social dans les conditions prévues à l'article 451, et que cette personne ou ce service doit soit prendre une décision nécessitant l'autorisation du juge ou du conseil de famille en application du troisième alinéa de l'article 459, soit accomplir au bénéfice de la personne protégée une diligence ou un acte pour lequel le code de la santé publique prévoit l'intervention du juge, ce dernier peut décider, s'il estime qu'il existe un conflit d'intérêts, d'en confier la charge au subrogé curateur ou au subrogé tuteur, s'il a été nommé, et à défaut à un curateur ou à un tuteur ad hoc » ; **art 459-2 C. civ.** : « La personne protégée choisit le lieu de sa résidence. Elle entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci. En cas de difficulté, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué statue. »

¹⁷⁸⁸ Art 1111-6 CSP modifié par la l'ordonnance n° 2018-20 du 17 janvier 2018 relative au service de santé des armées et de l'institution nationale des invalides : « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Elle rend compte de la volonté de la personne. Son témoignage prévaut sur tout autre témoignage. Cette désignation est faite par écrit et cosignée par la personne désignée. Elle est révisable et révoquée à tout moment. Si le patient le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, ou dans un hôpital des armées ou à l'institution nationale des invalides, il est proposé au patient de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues au présent article. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation, à moins que le patient en dispose autrement. Dans le cadre du suivi de son patient, le médecin traitant s'assure que celui-ci est informé de la possibilité de désigner une personne de confiance et, le cas échéant, l'invite à procéder à une telle désignation.

Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de tutelle, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil, elle peut désigner une personne de confiance avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Dans l'hypothèse où la personne de confiance a été désignée antérieurement à la mesure de tutelle, le conseil de famille, le cas échéant, ou le juge peut confirmer la désignation de cette personne ou la révoquer »

¹⁷⁸⁹ D 311-0-4 CASF

¹⁷⁹⁰ Annexe 4-10 CASF créé par le décret n° 2016-1395 du 28 octobre 2016 fixant les conditions dans lesquelles est donnée l'information sur le droit de désigner la personne de confiance mentionnée à l'article L 311-5-1 CASF

La personne protégée doit recevoir de la personne chargée de sa protection *«toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part»*¹⁷⁹¹.

Que le mandataire détienne ses pouvoirs d'un mandat conclut par acte authentique ou sous la forme sous seing privée, ceux-ci sont les mêmes, et *«sont définis par les articles 457-1 à 459-2 du Code civil ; toute stipulation contraire est nulle»*¹⁷⁹², ce qui limite fortement la liberté laissée au mandant pour fixer l'étendue de la représentation en matière personnelle.

Bien que ce mandat puisse être rédigé lors de la minorité de l'enfant et dans son intérêt, il n'a cependant pas d'effet tant que l'enfant est mineur.

En effet, ce mandat conclut dans l'intérêt d'un tiers, l'enfant mineur handicapé, ne prendra effet que lorsque les parents seront devenus inaptes pour assumer leur enfant ou s'ils sont décédés, et ce, à condition que l'enfant **devenu majeur** remplisse les conditions de l'article 425 du Code civil.

Enfin, rappelons ici, en tant que de besoin, que la personne protégée peut accomplir les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel *«Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant»*¹⁷⁹³.

La CEDH veille scrupuleusement au respect par les Etats à ce que les actes personnels puissent être accomplis par les personnes frappées d'incapacité, sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Ainsi la Cour a reconnu la violation de l'article 8 cité ci-dessus pour une personne privée de capacité pour faire établir sa filiation¹⁷⁹⁴.

Il semble que le mandant ne puisse pas préalablement attribuer un pouvoir au mandataire concernant les actes de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant mineur car nous sommes en présence d'un acte strictement personnel. Si les parents venaient à décéder durant la minorité de l'enfant, le mandant de protection futur ne pourrait pas être mis en œuvre.

¹⁷⁹¹ Art. 457-1 C. civ.

¹⁷⁹² Art. 479 C. civ.

¹⁷⁹³ Art. 458 C. civ.

En effet, lorsque les parents décèdent lors de la minorité de l'enfant, s'ouvre alors une tutelle conformément aux dispositions de l'article 390 du Code civil. Nous aborderons la tutelle de l'enfant mineur lorsque nous traiterons de la fin de l'autorité parentale (Section III).

Enfin le mandat de protection future est également «*soumis aux dispositions des articles 1984 à 2010 du Code civil qui ne sont pas incompatibles avec celles du mandat de protection future*»¹⁷⁹⁵.

«*Le mandataire doit durant toute l'exécution du mandat jouir de la capacité civile et remplir les conditions prévues pour les charges tutélaires par l'article 395 du Code civil*». Il ne peut être déchargé de ses fonctions, pendant son exécution, qu'avec l'autorisation du juge des tutelles¹⁷⁹⁶.

Le mandat est révocable par le mandant et par le mandataire à tout moment tant qu'il n'a pas été mis à exécution ; le principe de la révocabilité ad nutum est respecté.

La loi du 28 décembre 2015¹⁷⁹⁷ prévoit que le mandat de protection future doit faire l'objet d'une publicité sur un registre spécial.

Si le mandat de protection future a été établi par acte notarié, les conditions de modification ou de révocation sont contenues sous l'article 489 du Code civil duquel il résulte que la modification est soumise au parallélisme des formes mais qui précise que «*la révocation est faite par notification au mandataire et au notaire, et le mandataire peut y renoncer en notifiant sa renonciation au mandant et au notaire* ».

Pour le professeur Massip¹⁷⁹⁸ la forme de la notification devrait être simple et pouvoir résulter d'une notification par lettre recommandée avec accusé de réception.

S'agissant de la révocation du mandat de protection future par acte sous seing privé ou contresigné par un avocat, le mandant peut le révoquer dans les mêmes formes¹⁷⁹⁹. S'agissant enfin de la révocation par le mandataire, celle-ci se fait par notification au mandant.

Cette nouvelle voie juridique offerte aux parents d'un enfant mineur handicapé de pouvoir choisir de leur vivant, le ou les mandataires, personnes de confiance, chargés de la

¹⁷⁹⁴ CEDH, sect. I, 21 juin 2011 *Kruskovic c/Croatie* req. n° 46185/08

¹⁷⁹⁵ Art. 478 C. civ.

¹⁷⁹⁶ Art. 480 alinéas 2 et 3 C. civ.

¹⁷⁹⁷ Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement art. 477-1 C. civ.

¹⁷⁹⁸ Jacques Massip passé près de 20 ans au service de la législation du ministère de la Justice et a collaboré à ce titre aux réformes alors intervenues en matière de droit des personnes et de la famille. Il est conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation et a rédigé de nombreux ouvrages de droit civil. Il tient, depuis 1980, la chronique de jurisprudence civile générale (Personnes, Famille, Incapacités) au Répertoire du notariat Defrénois.

¹⁷⁹⁹ Art. 492 alinéa 2 C. civ.

protection de la personne de l'enfant est motivée par le seul intérêt de cet enfant qui va devenir un adulte dépendant.

Leur choix, en parfaite adéquation avec l'intérêt de leur enfant mineur les conduira, à choisir le mandataire le plus apte pour gérer le patrimoine de leur enfant ainsi que le mandataire la plus apte pour s'occuper de la personne de l'enfant ; cette dichotomie entre la personne et le patrimoine aura pour conséquence de décharger une seule et même personne de toutes les responsabilités et d'opérer un partage pour le bien-être de l'enfant mineur.

Le mandat de protection future, véritable innovation dans le domaine de la protection des personnes vulnérables, reconnaît au profit de l'enfant mineur émancipé la pleine capacité pour prendre toutes les dispositions pour sa vie future ou celle de son enfant mineur.

L'autorité parentale, prérogative accordée aux parents de l'enfant qui leur permet de prendre toutes les mesures et les décisions qui ont pour seul but l'intérêt de l'enfant mineur, n'est pas destinée à durer *ad vitam aeternam*.

Elle prend fin normalement lorsque l'enfant atteint l'âge de la majorité ou lorsque l'enfant handicapé est placé sous un régime de tutelle ou est bénéficiaire d'un mandat de protection future.

L'autorité parentale prend également fin lorsque l'enfant mineur demande et obtient son émancipation.

Enfin, dans les cas les plus graves, le juge interviendra pour mettre fin à l'autorité parentale dont sont titulaires les parents afin de protéger l'enfant mineur dans le but de préserver son intérêt.

SECTION III

LA FIN DE L'AUTORITE PARENTALE

L'autorité parentale, prérogative accordée aux parents dans le seul intérêt de l'enfant prend fin lorsque l'enfant atteint l'âge de dix-huit ans¹⁸⁰⁰ «à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance».

Cette autorité parentale, rempart promordial et essentiel pour la protection de l'enfant mineur peut malheureusement faire l'objet d'abus ou de négligence des parents aboutissant à son retrait partiel ou total.

En effet, l'autorité parentale peut prendre fin durant la minorité de l'enfant suite à son retrait ; sujet que nous avons déjà abordé (Section I – Etat de minorité, §2- l'exercice de l'autorité parentale, 3- retrait total de l'autorité parentale), c'est pourquoi nous nous reporterons à l'ensemble de ce qui a été dit précédemment.

Lorsque le juge prononce le retrait total de l'autorité parentale durant la minorité de l'enfant, il y a lieu de mettre en place un autre système de protection : la tutelle.

§1 - Tutelle de l'enfant mineur

La tutelle de l'enfant mineur est l'exception à la règle qu'est l'autorité parentale.

En effet, la tutelle n'est mise en place que dans certains cas : «*La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. Elle s'ouvre aussi à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie*»¹⁸⁰¹.

Le tribunal d'Instance de Saint-Omer¹⁸⁰² a rappelé que lorsque les deux parents de l'enfant mineur sont placés sous tutelle, ils ne peuvent pas être administrateurs légaux et il y a lieu d'ouvrir la tutelle de l'enfant, mais celle-ci est limitée seulement aux biens.

¹⁸⁰⁰ Art. 414 C. civ.

¹⁸⁰¹ Art. 390 C. civ.

¹⁸⁰² TI Saint-Omer 3 mai 1989 : JCP 1990. II. 21154, note Fossier

Lorsque la tutelle est mise en place en considération des dispositions de l'article 391 du Code civil¹⁸⁰³, la décision est, en principe, sans effet sur l'autorité parentale car elle a uniquement pour effet de palier la carence de l'administrateur légal dans la gestion des biens des mineurs¹⁸⁰⁴.

Lorsque le parent ou les parents, titulaires de l'autorité parentale, n'ont plus de contact avec l'enfant et qu'ils s'en désintéressent, la tutelle de l'enfant mineur confiée à l'aide sociale à l'enfance porte alors tant sur la personne du mineur que sur l'administration de ses biens¹⁸⁰⁵.

Il est loisible à l'enfant mineur capable de discernement de consulter le dossier d'ouverture de tutelle¹⁸⁰⁶ ; cette consultation est également permise aux père et mère mais la Cour de cassation refuse cet accès aux grands-parents¹⁸⁰⁷.

La notion de discernement, non définie par la loi s'entend de la faculté du mineur d'apprécier avec justesse les situations. Selon le Défenseur des Droits¹⁸⁰⁸ *«cette notion recouvre la capacité pour l'enfant de comprendre ce qui se passe, d'appréhender la situation qu'il vit, de pouvoir exprimer ses sentiments à ce propos»*.

Pour le juge, la capacité de discernement relève de différents éléments, tels que l'âge, la maturité et le degré de compréhension de l'enfant.

Pour Madame le professeur Dekeuwer-Défossez¹⁸⁰⁹ *«le discernement de l'enfant est considéré en théorie comme déterminant la possibilité de tenir compte de sa volonté que ce soit pour effectuer des choix, donner son opinion sur les questions qui le concernent, ou pour assumer des responsabilités»*, puis elle ajoute que *«l'importance donnée à la notion de discernement aussi bien pour les adultes que pour les enfants résulte de la place centrale que notre système juridique accorde à la volonté individuelle»*.

¹⁸⁰³ Art. 391 C. civ. modifié par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille *«En cas d'administration légale, le juge des tutelles peut, à tout moment et pour cause grave, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal. Celui-ci ne peut faire aucun acte de disposition à partir de la demande et jusqu'au jugement définitif sauf en cas d'urgence»*

¹⁸⁰⁴ Civ. 1^{ère} 13 juin 1994, Defrénois 1996. 325, obs. Massip ; RTD civ. 1995. 599, obs. Hauser ; V. aussi Cass. avis 24 mars ; AJ. Fam. 2014. 372, obs. Mornet ; V. aussi Civ. 1^{ère} 8 nov. 1982 ; Gaz ; Pal. 1983. 2. 517, note Massip ; dans cette espèce le père incarcéré est déchu de l'administration légale ; la tutelle ouverte n'est limitée à la gestion des biens du mineur qu'à la condition de préciser si malgré son détention il est en état d'exercer l'autorité parentale.

¹⁸⁰⁵ Civ. 1^{ère} 3 nov. 2004 n° 03-05.056 P : JCP 2005. I. 116, n° 7, obs. Fossier ; JCP 2006. II. 10008 note Geoffroy et Nissabouri ; AJ. Fam. 2005. 20, obs. Chénéde ; Dr. fam. 2005 n° 122, note Salvage-Gerest ; RJP 2005-3/37, note Eudier ; RTD civ. 2005. 100, obs. Hauser ; RDSS 2005. 304, note F. Monéger

¹⁸⁰⁶ Art. 1222-2 et 1187 C. pr. civ.

¹⁸⁰⁷ Civ. 1^{ère} 7 nov. 2012 n° 11-18.529 P : D. 2013. 798 obs. Douchy- Oudot ibid. Pan 2073, obs. Bonfils et Gouttenoire ; AJ. Fam. 2012. 621, obs. Hauser ; Dr. fam. 2013, n° 13, obs. Bruggeman

¹⁸⁰⁸ Rapp. ann. 2008 p.191 déjà cité

¹⁸⁰⁹ Françoise Dekeuwer-Défossez « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant » dans Recherches familiales 2012/1 n°9, p. 163 à 171

Il est indéniable que le discernement de l'enfant mineur doit être couplé avec son intérêt ; car de l'un dépend l'autre. Sans discernement l'enfant mineur ne peut exprimer sa volonté et faire part de ce qui, pour lui, relèverait de son intérêt.

L'article 394 du Code civil précise que *«la tutelle, protection due à l'enfant est une charge publique. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique»*.

Il faut ici préciser que la réforme de la protection des majeurs issue de la loi du 5 mars 2007¹⁸¹⁰ a créé un corps de règles communes à tous les incapables afin d'éviter que les erreurs et les divergences d'interprétation auxquelles avaient donné lieu le renvoi de l'article 495 du Code civil relatif à la tutelle des majeurs vers la tutelles des mineurs ne se reproduisent.

Dans l'intérêt de l'enfant, le tuteur peut d'ailleurs avoir été choisi *«par le dernier mourant des père et mère»*, à condition qu'il soit titulaire de l'autorité parentale¹⁸¹¹ ; et désigné aux termes d'un testament peu importe que le testament soit antérieur à la naissance de l'enfant¹⁸¹² à condition qu'il soit valable, et ce choix *«s'impose au conseil de famille à moins que l'intérêt du mineur commande de l'écarter»*¹⁸¹³.

Cependant la désignation d'un tuteur dans un écrit qui ne constitue pas un testament n'est pas valable¹⁸¹⁴.

A défaut la nomination du tuteur relève de la compétence du conseil de famille qui a aura été désigné par le juge des tutelles¹⁸¹⁵ composé de quatre membres (branche maternelle et paternelle ; aucune branche ne devant être laissée, dans la mesure du possible, sans représentation¹⁸¹⁶), et dont le choix est fait *«en considération de l'intérêt de l'enfant»*¹⁸¹⁷.

L'article 408 alinéa 1^{er} nouveau du Code civil précise que *«le tuteur doit prendre soin de la personne du mineur»*, ce qui implique qu'en plus de la gestion de ses biens il doit prendre soin de la personne de l'enfant mineur en assumant son entretien et son éducation.

La composition de ce conseil de famille qui est constituée, eu vu et au su de l'intérêt de l'enfant, est d'une importance primordiale car il demeurera le même durant toute la durée de la tutelle.

¹⁸¹⁰ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs

¹⁸¹¹ Art. 403 alinéas 1 et 2 C. civ.

¹⁸¹² Civ. 1^{ère} 9 févr. 1988, Bull. civ. I, n° 37 ; Defrénois 1988, art. 34255, n° 50, p. 736, obs. J. Massip ; Gaz. Pal. 1988. 2. 854, note Massip ; JCP N 1988. II. 317 note Fossier ; il s'agit dans ce cas d'une tutelle testamentaire pré-natale.

¹⁸¹³ Art. 403 alinéa 3 C. civ.

¹⁸¹⁴ Civ. 1^{ère} 24 oct. 1995, Bull. civ. I, n° 373 ; D. 1996, som. 235, obs. Vauvillé ; Defrénois 1996, art. 999, obs. J. Massip ; RTD. civ. 1996. 131, obs. J. Hauser ; une mère mourante à l'hôpital avait fait rédiger, par un tiers une lettre qu'elle a avait signée, dans laquelle elle désignait un tuteur testamentaire, la cour a rappelé que *«le testament écrit et daté par un tiers n'est pas valable et, en conséquence M.Y n'a pas été valablement désigné »*

¹⁸¹⁵ Art. 399 alinéa 1^{er} C. civ.

¹⁸¹⁶ Art. 399 alinéa 5 C. civ.

La tutelle mise en place dans l'intérêt de l'enfant prend naturellement fin à l'émancipation de l'enfant ou à sa majorité¹⁸¹⁸.

Lors de la mise en place d'une tutelle pour l'enfant mineur, le juge aux affaires familiales qui exerce la fonction de juge des tutelles pour les mineurs joue un rôle prépondérant car non seulement il nomme le conseil de famille mais il le préside.

Nous allons profiter du développement de la tutelle pour aborder le rôle du juge des tutelles qui joue un rôle essentiel dans la vie de l'enfant mineur et qui intervient afin de le protéger dans son intérêt.

Cela nous conduira à nous intéresser à un autre juge qui a une compétence exclusive et dont la seule mission est la protection de l'enfant mineur : le juge des enfants.

Tout d'abord intéressons-nous au juge aux affaires familiales.

Le juge aux affaires familiales

Le juge des tutelles créé par la loi de 1964 officiait auparavant pour gérer la tutelle des mineurs et des majeurs. Depuis la réforme de 23 mars 2019¹⁸¹⁹ le juge des tutelles en tant que tel n'existe plus ; il est devenu pour les majeurs le juge du contentieux et de la protection¹⁸²⁰ et remplace le juge d'instance.

S'agissant de la tutelle des mineurs ; celle-ci relève à présent de la compétence du juge aux affaires familiales¹⁸²¹ siégeant près le tribunal judiciaire (ex TGI).

En effet la loi du 12 mai 2009¹⁸²² qui a transféré pour les enfants mineurs les compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales a pour objectif de confier au même juge l'administration légale et l'autorité parentale.

¹⁸¹⁷ Art. 399 alinéa 4 C. civ.

¹⁸¹⁸ Art. 393 C. civ.

¹⁸¹⁹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

¹⁸²⁰ Art. L 213-1 Code de l'organisation judiciaire, art. L 2132-4-1, L 231-4-2, L 213-4-3 créés par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019

¹⁸²¹ Art L 213-3-1 C. organisation de la justice modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit

¹⁸²² Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures cité supra

Ainsi « *Le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs.*

Il connaît :

1° De l'émancipation ;

2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ;

3° De la tutelle des pupilles de la nation»¹⁸²³.

Depuis l'ordonnance du 15 octobre 2015 qui a modifié le régime de l'administration légale de l'enfant mineur, le juge des tutelles n'a plus à intervenir de manière systématique et la nomination d'un mandataire ad'hoc n'est plus automatique. Le juge n'intervient que lorsque «*les intérêts des administrateurs légaux sont en opposition avec ceux du mineur*»¹⁸²⁴ et à la condition que «*la demande doit émaner de l'administrateur légal. A défaut, le juge est saisi par le ministère public ou par le mineur. Il peut se saisir d'office*»¹⁸²⁵.

Le juge des tutelles assume plusieurs fonctions. Tout d'abord il exerce une fonction juridictionnelle : il autorise l'acte en cas de désaccord entre les administrateurs légaux¹⁸²⁶, puis une fonction administrative : «*il convoque l'administrateur qui doit lui fournir toute information requise*», à défaut il peut prononcer à son encontre des injonctions et amendes civiles¹⁸²⁷, «*il peut également demander à l'administrateur légal de soumettre au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance (devenu le Tribunal judiciaire) un compte de gestion annuel accompagné des pièces justificatives, en vue de sa vérification*»¹⁸²⁸, ainsi qu'une fonction de gestion : il donne les autorisations nécessaires aux fins de passer les actes de disposition¹⁸²⁹ et enfin une fonction quasi familiale : il préside le conseil de famille¹⁸³⁰.

Toutes les décisions rendues par le juge aux affaires familiales agissant en tant que juge des tutelles de l'enfant mineur doivent être motivées par l'intérêt de l'enfant, considération primordiale et essentielle¹⁸³¹ qui doit primer toute autre intérêt.

¹⁸²³ Art. L 213-3-1 C. de l'organisation judiciaire cité supra

¹⁸²⁴ Civ. 1^{ère} 5 janv. 1999 pourvoi n° 96-19.759 ; Dr. fam. 1999 n° 58, note Fossier ; RTD. civ. 1999. 814, obs. Hauser la cour a rappelé que «*les juges du fonds déduisent souverainement des éléments de fait l'existence d'une opposition entre l'administrateur légal et le mineur*»

¹⁸²⁵ Art. 383 C. civ.

¹⁸²⁶ Art. 387 C. civ. modifié par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015

¹⁸²⁷ Art. 387-6 C. civ. créé par l'ordonnance du 15 oct. 2015 précitée

¹⁸²⁸ Art. 387-5 C. civ. modifié par la loi n° 2019-964 du 18 septembre 2019 prise en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

¹⁸²⁹ Art. 387-1 C. civ. créé par l'ordonnance du 15 oct. 2015 déjà précitée

¹⁸³⁰ Art. 400 C. civ.

¹⁸³¹ Art. 3-1 CIDE

Toute faute du juge des tutelles dans l'organisation ou le fonctionnement de la protection des mineurs¹⁸³², engage la responsabilité de l'état qui dispose d'une action récursoire.

Enfin le juge des tutelles n'est pas le seul à intervenir pour protéger l'enfant et veiller au respect de son intérêt. En effet l'enfant mineur en danger nécessite la mise en place de mesures d'assistance éducative alors même que les père et mère ou l'un d'eux sont titulaires de l'autorité parentale. Dans ce cas seul le juge des enfants est compétent.

La Cour de cassation dans un arrêt du 9 juin 2010¹⁸³³ a rappelé le domaine de compétence entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants. Ainsi la Haute juridiction rappelle que *«le juge des enfants est compétent pour accorder à la famille élargie un droit de visite lorsqu'il ordonne le placement d'un mineur, si ses parents donnent leur accord à de telles rencontres ; qu'en revanche, en cas d'opposition des parents comme c'est le cas en l'espèce puisque Monsieur Y... s'y oppose, il appartient aux ascendants de saisir le juge aux affaires familiales qui statuera dans l'intérêt de l'enfant ; que Monsieur et Madame Richard X... seront donc déclarés irrecevables en leur demande présentée devant la chambre spéciale des mineurs ; alors que le juge des enfants étant compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative, il peut prendre, à ce titre, des mesures qui aboutissent à fixer un droit de visite et d'hébergement de la famille élargie dès lors qu'un enfant est en danger ou que ses conditions d'éducation sont gravement compromises ; qu'en déclarant la demande de Monsieur et Madame Richard X... tendant à la fixation d'un droit de visite irrecevable, tout en ordonnant le maintien du placement de Nicolas Y, la Cour d'appel a violé l'article 375-1 du Code civil»*

La Cour de cassation¹⁸³⁴ avait déjà eu l'occasion de rappeler les compétences du juge aux affaires familiales et du juge des enfants aux termes d'un attendu : *«que la compétence du juge des enfants est limitée, en matière civile, aux mesures d'assistance éducative ; que le juge aux affaires familiales est seul compétent pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant»*.

Après avoir parlé de la compétence du juge aux affaires familiales, nous allons à présent voir la compétence du juge des enfants.

¹⁸³² Art. 412 alinéa 2 C. civ. modifié par la loi n° 2019-964 du 18 sept. 2019

¹⁸³³ Civ. 1^{ère} du 9 juin 2010 n° 09-13.390, Bull. civ. 2010, I, n° 130

¹⁸³⁴ Civ. 1^{ère} 14 nov. 2007 n° 06-18.104, Bull. civ. 2007, I, N° 358

Le juge des enfants

Le juge des enfants, juge spécialisé dont la profession est de définir et de défendre l'intérêt de l'enfant, intervient en conformité des dispositions de l'article 375¹⁸³⁵ 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. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil départemental, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L 226-4 du Code de l'action sociale et des familles. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel»*.

Les mesures d'assistance éducatives décidées par le juge des enfants visant à palier certaines défaillances des père et mère dans leurs prérogatives de l'autorité parentale, sont destinées à les aider et les accompagner temporairement dans leur rôle de parents.

Les parents de l'enfant mineur qui conservent l'autorité parentale doivent assumer les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui fait l'objet d'une assistance éducative ; cette obligation peut également peser sur les ascendants sauf si le juge les décharge partiellement ou totalement de cette obligation¹⁸³⁶ (article 375-8 du Code civil).

L'assistance éducative peut aller de la simple intervention d'un éducateur au sein de la famille : on parle alors de mesure éducative en milieu ouvert, jusqu'au placement de l'enfant. Cette protection nécessite l'intervention de l'Etat afin de soustraire l'enfant mineur à sa famille au vu du danger qui le menace.

L'intérêt de l'enfant, depuis la loi du 2 janvier 2004¹⁸³⁷ est le critère qui doit guider la décision du juge des enfants concernant les mesures d'assistance éducative.

La Cour de cassation¹⁸³⁸ a rappelé dans un attendu *«qu'il résulte des textes que la protection de l'enfance a pour but, notamment, de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge ; que si la santé, la sécurité ou la moralité d'un*

¹⁸³⁵ Art. 375 C. civ. modifié par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant

¹⁸³⁶ Art. 375-8 C. civ.

¹⁸³⁷ Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et la protection de l'enfance

¹⁸³⁸ Civ. 1^{ère} 16 nov. 2017 n° 17-24.072 P : D.2018. 313, obs. Joubert ; *AJ. Fam.* 2018. 172, obs. Pedron ; *RDSS* 2018. 155, note Monéger ; *Rev. Crit. DIP* 2018. 810, note Jault-Seseke

mineur sont en danger, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par le juge des enfants ; que, lorsque celui-ci est saisi de la situation d'un mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille, il prend sa décision en stricte considération de l'intérêt de l'enfant».

Toute mesure d'assistance éducative qui consiste en une aide imposée¹⁸³⁹ aux parents défaillants, sans pour autant remettre en cause l'exercice de l'autorité parentale, constitue une intrusion dans la vie familiale et porte ainsi atteinte au droit à la vie familiale proclamé par l'article 8 de la CESDH.

La CEDH¹⁸⁴⁰ qui a eu à se prononcer sur ce point a rappelé *«que, par essence, le lien entre les requérants et leur fille mineur H. relève d'une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention».*

La Cour a également rappelé *«que pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale¹⁸⁴¹[...]. Il n'est donc pas douteux que le placement de H. et les restrictions de contact entre elle et les requérants s'analysent en une «ingérence» dans l'exercice du droit de ces derniers au respect de leur vie familiale».*

Enfin dans le même arrêt la Cour a indiqué *«qu'en l'espèce, les mesures litigieuses se fondent sur les articles 375 et suivants du Code civil, relatifs à l'assistance éducative ; elles se trouvent donc «prévues[s] par la loi», et qu'elles visent en outre expressément la préservation de la santé, de la sécurité et de la moralité de l'enfant H., but légitime au regard du paragraphe 2 de l'article 8 et qu'il n'y avait pas de violation de l'article 8».*

Selon la jurisprudence constante de la CEDH *«le placement de l'enfant [...] ne met pas fin aux relations familiales naturelles»¹⁸⁴²* et, la Cour considère que les restrictions des droits parentaux subis suite au placement de l'enfant, bien que constituant une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale sont justifiées seulement *«si elles s'inspirent d'une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant»¹⁸⁴³*, à défaut elles *«constituent une atteinte disproportionnée au respect de la vie familiale»¹⁸⁴⁴.*

¹⁸³⁹ Art. 375-1 C. civ.

¹⁸⁴⁰ CEDH Rudy et Nathalie Bertrand c/France req. n° 57376/00 du 19 févr. 2002 ; V. aussi CEDH Keegan c/Irlande 26 mai 1994 série A. n° 290, p. 17-18 § 44

¹⁸⁴¹ CEDH W., B. et R. c/Royaume-Uni 8 juill. 1987, série A n° 121, respectivement, p. 27, § 59, p. 71, § 60 et p. 117, § 64 ; V. aussi CEDH Eriksson c/Suède 22 juin 1989, série A n° 156, p. 24, § 58 ; V. aussi CEDH Gnahoré c/France, 19 sept. 2000, n° 40031/98, § 50, ECHR 2000-IX, V. enfin CEDH et K. et T. c/Finlande 12 juill. 2001, [GC], n° 25702/94, § 151, cités supra

¹⁸⁴² CEDH Eriksson c/Suède 22 Juin 1989

¹⁸⁴³ CEDH Johansen c/Norvège 7 Août 1996 ; JCP 1997. I. 4000, obs. Sudre

¹⁸⁴⁴ CEDH Andersson c/Suède 25 févr. 1992, A. 226-A

Cette atteinte au droit de l'enfant de ne pas être «*séparé de ses parents contre son gré*» proclamée par l'article 9 de la CIDE est justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant qui court un danger.

La notion de danger relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, et la Cour de cassation¹⁸⁴⁵ a rappelé dans un attendu «*que les juges du fond, saisis en vertu des articles 375 et suivants du Code civil, apprécient souverainement si la santé, la sécurité, la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises*».

La Haute juridiction veille scrupuleusement au respect par le juge des enfants de la caractérisation de l'existence de l'état de danger¹⁸⁴⁶ et rappelle que «*selon l'article 375-3-1° du Code civil, si la protection de l'enfant l'exige le juge des enfants peut décider de le confier à l'autre parent et la circonstance que ce parent réside à l'étranger ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre de cette mesure*»¹⁸⁴⁷.

La Cour européenne a approuvé les juges français d'avoir placé une enfant dont les parents faisaient partie d'une secte, dès lors qu'ils avaient constaté que «*plusieurs indices démontraient que celle-ci était embrigadée, soumise à un régime d'enfermement, coupée du monde extérieur et subissait des atteintes à son intégrité physique*»¹⁸⁴⁸.

La Haute juridiction avait déjà, dans un arrêt du 10 février 1998¹⁸⁴⁹, décidé que le fait pour des parents de refuser, à leur fille souffrant de handicap tout suivi scolaire sérieux, contrevenait au développement intellectuel de l'enfant.

Puis dans un arrêt du 12 Juin 2001¹⁸⁵⁰, la Cour de cassation a considéré que le placement des enfants pouvait être justifié par «*la réalité d'un climat familial pathogène entravant le développement des mineurs et mettant en danger notamment leur santé mentale*».

Fait exceptionnel l'alinéa 1^{er} de l'article 375 du Code civil permet au juge de se saisir d'office «*à titre exceptionnel*» pour ordonner des mesures d'assistance éducative.

¹⁸⁴⁵ Civ. 1^{ère} 7 nov. 1973 n° 72-80.019, Bull. civ. 1, N° 297, p. 264 ; V. aussi Civ. 1^{ère} 23 nov. 1976 n° 75-80.011, Bull. civ. 1 N 357 p. 281

¹⁸⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1985, Bull. civ. I, 1985, n° 247 ; Defrenois 1986, art. 33960, n° 2 ; V. aussi Civ. 1^{ère}, 14 fév. 1990, Defrénois 1990, art. 34791, n° 48, obs. Massip

¹⁸⁴⁷ Civ. 1^{ère} 14 sept. 2017 n° 17-12.518

¹⁸⁴⁸ CEDH Schmitd c/France 26 juill. 2007, RTD, civ 2007, p. 765, obs. J.Hauser ; JCP 2008 .I. 102, obs. A. Gouttenoire

¹⁸⁴⁹ Civ. 1^{ère} 10 févr. 1998 n° 97-05.042 inédit

¹⁸⁵⁰ Civ. 1^{ère} 12 juin 2001 n° 99-05.076 inédit

L'enfant mineur peut lui-même, dans son intérêt, saisir le juge des enfants¹⁸⁵¹ afin de faire ordonner des mesures d'assistance éducative, et il peut également interjeter appel des décisions rendues par ce juge¹⁸⁵² : il incombe, dans ce cas, au juge de vérifier que l'enfant mineur possède un discernement suffisant pour exercer ces prérogatives.

Bien entendu ces mesures doivent être limitées dans le temps car elles doivent permettre aux parents de surmonter leurs difficultés afin de palier à leurs défaillances ; c'est pourquoi l'alinéa 3 de l'article 375 du Code civil dispose que la durée ne saurait excéder deux ans tout en prévoyant que celle-ci puisse être renouvelée par une décision motivée.

Chaque fois que cela est possible l'enfant mineur doit être maintenu dans son milieu actuel tout en subordonnant ce maintien à des obligations¹⁸⁵³, le juge désigne alors une personne qualifiée ou un service d'observation, d'éducation ou de rééducation chargé de donner les conseils appropriés et d'apporter l'aide nécessaire à la famille en difficulté. L'enfant mineur ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution¹⁸⁵⁴.

Dans la mesure du possible l'enfant mineur ne doit pas être retiré de son milieu actuel sauf dans les cas limitativement prévus par l'article 375 du Code civil, notamment lorsque les conditions de l'éducation de l'enfant sont «*gravement compromises*», et le juge doit motiver sa décision¹⁸⁵⁵.

Cette obligation de motivation¹⁸⁵⁶ à valeur constitutionnelle¹⁸⁵⁷ est aussi reconnue implicitement par l'article 6 de la CESDH¹⁸⁵⁸ ; le juge doit, avant de rendre sa décision, analyser tous les éléments de preuves produits¹⁸⁵⁹ tout en pouvant en écarter certains sans être tenu de s'expliquer¹⁸⁶⁰ : il ne peut donc pas statuer au vu de conditions générales¹⁸⁶¹.

Dans le cas où la protection de l'enfant l'exige le juge peut décider de confier l'enfant mineur à l'autre parent¹⁸⁶², voire à un autre membre de la famille ou à un service

¹⁸⁵¹ Art 375 alinéa 1 C. civ. modifié par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant

¹⁸⁵² Civ. 1^{ère} 21 nov. 1995 n° 94-05.102, Bull 1995, I N° 418 p. 292, D. 1996.420, note Gouttenoire ; RTD. civ. 1996. 140, obs. Hauser

¹⁸⁵³ Art. 375-2 C. civ.

¹⁸⁵⁴ Art. 375-5 C. civ.

¹⁸⁵⁵ Civ 1^{ère}, 16 févr. 1977 n° 75-80.020, Bull. civ. I, n° 90 ; V. aussi Civ. 1^{ère} 8 oct. 1986 n° 84-80.007 P : R., p. 129 ; Gaz. Pal. 1987. 2. 385, note J. M. Bull. civ. I N° 236 p. 225

¹⁸⁵⁶ Art. 455 CPC en vertu duquel «le jugement doit être motivé» et dont la violation est sanctionnée par la nullité (art. 458 CPC) ; Art 6 CESDH

¹⁸⁵⁷ C.C.. 3 nov. 1977, n° 77-101 L

¹⁸⁵⁸ CEDH 30 nov. 1987 H. c/Belgique req. n° 8950/80 ; V. aussi Civ. 1^{ère} 28 mars 2018 n° 16-28.010, Bull. 2018, I n° 60

¹⁸⁵⁹ Civ. 3^{ème}, 20 déc. 1995, n° 94-12.594 ; Com. 29 juin 2010, n° 09-68.115

¹⁸⁶⁰ Civ. 1^{ère} 3 juin 1998 n° 96-15.833, Bull. 1998, I N° 196 p. 134 com. 9 févr. 2010 n° 08-18.067

¹⁸⁶¹ Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2004 n° 02-10.755 ; Bull. 2004, I N° 50 p. 40

¹⁸⁶² Civ. 1^{ère} 14 sept. 2017 n° 17-12.518, Bull. civ. 2017, I, N° 191, p. 250

départemental de l'aide sociale à l'enfance¹⁸⁶³.

Les décisions prises en matière d'assistance éducative ne sont pas figées et peuvent à tout moment *«être modifiées ou rapportées par le juge qui les a rendues soit d'office, soit 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»*¹⁸⁶⁴.

La Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 8 octobre 1986¹⁸⁶⁵ *«que lorsque le danger disparaît, le juge doit mettre fin à la mesure d'assistance éducative. En l'espèce, la Cour d'appel avait rejeté la demande d'une mère tendant à ce que ses enfants lui soient rendus, considérant que sans sous estimer la valeur des efforts accomplis par la mère pour surmonter ses difficultés, il apparaît nécessaire de tenir compte du fait que les mineurs vivent depuis plusieurs années dans une situation à laquelle ils se sont habitués et de favoriser une adaptation mutuelle et progressive, afin que le changement dans les conditions d'existence de ces enfants puisse s'opérer sans dommage»*.

La Cour de cassation a censuré cette motivation usuelle et stéréotypée, en cassant l'arrêt de la Cour d'appel¹⁸⁶⁶ au motif que cette dernière avait privé sa décision de base légale en s'abstenant d'indiquer en quoi la santé, la sécurité ou la moralité des enfants étaient en danger auprès de leur mère ou les conditions de leur éducation gravement compromises .

Cette décision est conforme à l'intérêt de l'enfant mineur qui est de favoriser son retour dans sa famille naturelle et qui permet d'enrayer le processus d'inadaptation du mineur.

Lorsque la mesure d'assistance éducative prise n'a pas eu l'effet escompté, le juge peut soit la proroger soit alors décider de procéder au retrait de l'autorité parentale et placer l'enfant sous tutelle.

L'autorité parentale tout comme la mesure d'assistance éducative cesse de par l'émancipation de l'enfant mineur.

¹⁸⁶³ Art. 375-3 C. civ.

¹⁸⁶⁴ Art 375-6 C. civ. ; V. Civ 1^{ère} 14 juin 2019 n° 19-12.052 inédit

¹⁸⁶⁵ Civ. 1^{ère} 8 oct. 1986, Bull 1986, I, N° 236, p. 225

¹⁸⁶⁶ CA Paris 23 nov. 1983

§2 - L'émancipation

L'émancipation s'est inspirée de la *venia aetatis* (ou remise de l'âge) du droit romain qui permettait à un mineur d'obtenir de l'empereur une certaine capacité, à l'exception de l'aliénation ou de l'hypothèque de ses immeubles ou de consentir une donation, avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans en démontrant qu'il était apte à gérer ses biens.

La *venia aetatis* resta d'ailleurs en vigueur dans l'ancien droit, car le roi pouvait accorder au mineur la demi-capacité par une lettre de bénéfice d'âge.

Mais celle-ci co-existait avec l'émancipation du mineur qui résultait du mariage.

La loi du 14 décembre 1964¹⁸⁶⁷ prévoit que l'émancipation met fin par anticipation à l'incapacité du mineur et opte pour une capacité complète du mineur émancipé sans pour autant le rendre majeur.

Ainsi le mineur est capable des actes de la vie civile et cesse d'être sous l'autorité parentale de ses père et mère¹⁸⁶⁸ mais il reste un mineur ; un mineur émancipé.

Toutefois l'émancipation ne permet pas à un mineur émancipé d'être électeur ni éligible, de se marier ou de se faire adopter sans autorisation mais il peut devenir commerçant ; pour cela il doit avoir obtenu l'autorisation du juge des tutelles au moment de son émancipation et du président du tribunal judiciaire s'il formule sa demande après son émancipation¹⁸⁶⁹.

La loi du 5 juillet 1974¹⁸⁷⁰ qui abaissa l'âge de la majorité civile à dix-huit ans au lieu de vingt-et-un ans fit perdre beaucoup d'intérêt à l'émancipation compte tenu de l'âge de la majorité et supprima l'émancipation de plein droit par l'accomplissement du service national qui avait été instauré par la loi du 3 juin 1971¹⁸⁷¹.

Malgré les nombreuses réformes intervenues le législateur n'a pas ouvert une troisième voie d'émancipation pour l'enfant mineur devenu parent.

On peut se questionner sur ce vide juridique. Est-ce un oubli volontaire ou un simple oubli ?

Il serait prétentieux de prétendre avoir la réponse. Nous pouvons seulement nous interroger sur le fait que le mariage émancipe l'enfant mineur mais que le fait de devenir parent n'a aucune incidence sur la minorité de l'enfant.

¹⁸⁶⁷ Loi n° 1964-1230 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation

¹⁸⁶⁸ Art. 413-6 et 413-7 C. civ.

¹⁸⁶⁹ Art. 413-8 C. civ. créé par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée modifié par la loi n° 2019-664 du 18 septembre 2019 déjà citée

¹⁸⁷⁰ Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité

Pour essayer de justifier cette différence de traitement nous pouvons nous baser sur les textes. En effet le mariage de l'enfant mineur est soumis à une sorte de contrôle *a priori* de par la dispense que seul le procureur de la République peut accorder pour « motifs graves », cette dispense devant être couplée avec l'accord de ses père et mère ou de l'un d'eux ; alors que lorsque l'enfant mineur devient parent aucune intervention légale n'a été prévue par le législateur.

Enfin nous ne pouvons pas affirmer que la paternité ou la maternité de l'enfant mineur soit une condition *sine qua non* d'une maturité suffisante pour être soustrait à toute autorité ou protection.

Pourtant il aurait pu être judicieux d'aménager une voie à mi-chemin entre l'émancipation et la majorité afin de permettre à un enfant mineur de pouvoir assumer son rôle de parent sans être encore sous l'autorité parentale de ses père et mère ; ainsi le législateur aurait pu alors transférer l'autorité parentale au juge des tutelles et qu'elle devienne une « autorité judiciaire destinée au seul intérêt de l'enfant mineur devenu parent ».

Cette autorité judiciaire pouvant ainsi se décliner en une véritable collaboration entre le juge et l'enfant mineur devenu parent pour prendre les décisions essentielles dans l'intérêt de l'enfant né d'un parent lui-même enfant mineur.

Le Doyen J. Carbonnier¹⁸⁷² s'étonnait déjà de ce vide juridique.

Le droit positif ne connaît donc que deux causes d'émancipation : la première cause tient au mariage de l'enfant mineur et, est prévue par l'article 413-1 du Code civil, l'autre cause provient d'une décision de justice (articles 413-2, 413-3 413-4 du Code civil).

A/L'émancipation par mariage de l'enfant mineur

Nous avons vu que l'intérêt de l'enfant contenu dans l'article 3-1 de la CIDE est la considération primordiale qui doit inspirer les Etats à prendre toutes les mesures afin que celui-ci soit mis en œuvre et respecté.

A n'en pas douter l'entrée en vigueur de la loi du 4 avril 2006¹⁸⁷³ qui a réformé l'âge du mariage pour les filles en l'alignant sur l'âge des garçons a été motivée par l'intérêt supérieur de l'enfant afin de le protéger notamment contre un mariage puber forcé.

¹⁸⁷¹ Loi n° 71-407 du 3 juin 1971 (D. 1971. 229)

¹⁸⁷² J. Carbonnier, Les personnes, Presses Universitaires de la Cité Janvier 2000 n° 438

Aussi l'article 144 du Code civil énonce : «*le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus*».

Le TGI de Nantes (devenu depuis le 1^{er} Janvier 2020 le tribunal judiciaire) au vu des dispositions de l'ancien article 144 du Code civil, le 6 Mai 2010¹⁸⁷⁴ a annulé le mariage d'une mineure célébré à l'étranger, sans dispense d'âge ; la nullité ayant été demandée à l'occasion de la demande de transcription sur le registre consulaire français.

Nous avons également vu lorsque nous avons abordé le mariage que seul le procureur de la République peut accorder des dispenses pour des motifs graves¹⁸⁷⁵ et que l'enfant mineur ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère¹⁸⁷⁶.

Lorsque les dispense et autorisation nécessaires ont été obtenues et accordées, le mariage légalement célébré emporte émancipation automatique de l'enfant mineur¹⁸⁷⁷.

Si la célébration du mariage est entachée de nullité, l'enfant mineur, époux de bonne foi pourra toutefois conserver son émancipation par le jeu du mariage putatif¹⁸⁷⁸.

Enfin le divorce de l'enfant mineur émancipé ne met fin ni à sa capacité ni à son émancipation.

¹⁸⁷³ 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, déjà citée

¹⁸⁷⁴ TGI Nantes 6 mai 2010, n° 08/00898 : *Aj. Fam.* 2010.441, obs. Labbé

¹⁸⁷⁵ Art 145 C. civ.

¹⁸⁷⁶ Art. 148 C. civ.

¹⁸⁷⁷ Art. 413-6 C. civ.

¹⁸⁷⁸ P. Salavage-Gerest, v° « Emancipation » *J. Cl.* Civ. art. 476 à 487

B/L'émancipation judiciaire de l'enfant mineur

L'émancipation judiciaire de l'enfant mineur ne peut avoir lieu que s'il est âgé de seize ans révolus¹⁸⁷⁹ pour «justes motifs»¹⁸⁸⁰, dont l'appréciation souveraine relève du juge aux affaires familiales¹⁸⁸¹ qui vérifie, que la demande émanant des père et mère¹⁸⁸², de l'un d'eux¹⁸⁸³ ou du conseil de famille¹⁸⁸⁴ est conforme à l'intérêt de l'enfant, intérêt qui doit primer sur les «justes motifs», et qui ne constitue pas un moyen pour ses parents de pouvoir se décharger de l'éducation de leur enfant mineur difficile.

L'émancipation est destinée à permettre à l'enfant mineur d'anticiper sa majorité à condition qu'il ait la capacité nécessaire¹⁸⁸⁵.

L'enfant mineur étant une personne titulaire d'un droit de participation, il doit pouvoir l'utiliser en fonction de son développement et de l'évolution de ses capacités, c'est pourquoi il doit être entendu dans toutes les décisions l'intéressant¹⁸⁸⁶.

Avant de statuer le juge doit obligatoirement entendre l'enfant mineur¹⁸⁸⁷ bien qu'il ne puisse s'opposer à son émancipation car son avis est pris en compte.

L'audition des parents n'est pas obligatoire sauf si la demande émane seulement de l'un d'eux alors le juge doit entendre l'autre parent¹⁸⁸⁸.

Il existe un corolaire entre l'âge de la fin de la scolarité obligatoire et l'âge auquel un enfant mineur peut être émancipé. L'âge de seize ans c'est aussi l'âge auquel l'enfant mineur peut entrer dans la vie active, signer un contrat de travail, percevoir une rémunération, adhérer à un syndicat professionnel, faire un testament portant sur la moitié de ses biens.

¹⁸⁷⁹ Art. 413-2 C. civ.

¹⁸⁸⁰ Art. 413-2 alinéa 2 ; V. Fort de France 26 nov. 2010 n° 10/539 ; Dr. fam. 2011 n° 97, obs. Nierinck ; dans cette affaire le juge a considéré que la possibilité de suivre une formation à l'étranger, dans un pays qui exige que tout mineur ait un représentant légal sur place, est un juste motif d'émancipation ; V. aussi V. CA Pau 8 mars 2011 n° 11/00154 et n° 11/00105 ; dans ces deux affaires les parents contestaient en appel le refus d'émancipation de leur fils (n°11/00154) et de leur fille (n° 11/00105) par le juge des tutelles de Dax ; décisions du 6 décembre 2011, l'émancipation avait pour but de permettre à leurs deux enfants de passer le Brevet National de Sécurité et de Sauvetage Aquatique (BNSSA) à Hauguetmau pour devenir maître nageur saveuteur, tradition familiale que le fils aîné avait déjà suivie. La cour, dans les deux affaires, a infirmé les décisions du juge des tutelles de Dax car «*la cour constate que le mineur a été en capacité d'élaborer un projet dont le côté altruiste doit être relevé et d'avoir la constance de le poursuivre en s'imposant un entraînement et des formations contraignantes. Il fait la démonstration de volonté et de détermination en menant son projet avec sérieux, constance en consacrant plusieurs heures de nage, par semaine, à un entraînement difficile, en plus de ses études. Ces éléments au cas particulier ainsi que la finalité de la démarche entreprise, passer un examen pour contribuer à sauver des vies humaines, confirment la maturité de ce mineur, malgré son jeune âge, et justifient qu'il soit fait droit à la demande d'émancipation présentée par les parents de leur fils ... infirmant la décision du juge des tutelles de Dax*»

¹⁸⁸¹ Art. L 213-3-1 COJ

¹⁸⁸² Art. 413-2 alinéa 2 C. civ.

¹⁸⁸³ Art. 413-2 alinéa 3 C. civ.

¹⁸⁸⁴ Art. 413-3 C. civ.

¹⁸⁸⁵ Ph. Malaurie, Les personnes, les incapacités, Defrénois, 6^e éd., 2012, n° 642

¹⁸⁸⁶ Art. 3-1 et 12 CIDE

¹⁸⁸⁷ Art. 413-2 alinéa 2 C. civ. et art.12-2 CIDE

¹⁸⁸⁸ Art. 413-2 alinéa 3 C. civ.

Enfin le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère (article 413-7 du Code civil), ce qui a pour conséquence de rendre l'enfant mineur émancipé pleinement responsable du dommage qu'il pourra causer à autrui.

Cependant ses parents demeurent tenus à leur obligation d'entretien à l'égard de leur enfant mineur émancipé.

L'autorité parentale directement dépendante de la minorité de l'enfant accordée aux parents ne peut se justifier que par la vulnérabilité de l'enfant qui doit être protégé notamment dans sa santé et sa moralité.

Les prérogatives dont disposent les parents ont pour seul but l'intérêt de l'enfant mineur, qui doit aussi être associé aux décisions le concernant selon son âge et sa maturité (article 371-1 alinéa 4 du Code civil).

Depuis la loi du 10 juillet 2019¹⁸⁸⁹, *«l'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques»*¹⁸⁹⁰.

Le législateur qui se veut protecteur des plus faibles veille à ce que l'enfant mineur bénéficie d'une protection adaptée à sa fragilité tout en privilégiant son intérêt.

Ainsi le législateur a instauré un système de contrôle afin que les parents défaillants soient temporairement aidés dans leur mission (assistance éducative) afin de rétablir le bon fonctionnement de l'ensemble des prérogatives attachées à l'autorité parentale.

Dans les cas de défaillances graves le législateur a prévu la possibilité que le juge ordonne le retrait de l'enfant mineur du foyer familial et son placement ; ce retrait et ce placement sont motivés uniquement par l'intérêt de l'enfant.

La CEDH dans l'arrêt Johansen c/ Norvège¹⁸⁹¹ a indiqué que bien que le placement de l'enfant mineur qui génère la restriction des droits parentaux portant atteinte au respect de la vie familiale est justifiée *«que si elles s'inspirent d'une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant»*.

Le retrait de l'enfant mineur de son milieu familial qui va à l'encontre de l'article 9 de la CIDE qui prévoit le droit de l'enfant de ne pas *«être séparé de ses parents contre son gré»* trouve également sa justification dans le seul intérêt de l'enfant mineur.

Deux juges sont chargés de veiller à la protection de l'enfant mineur et à son intérêt : le juge aux affaires familiales qui exerce aussi la fonction de juge des tutelles pour l'enfant

¹⁸⁸⁹ Loi n° 2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires

¹⁸⁹⁰ Art. 371-1 alinéa 3 C. civ. issu de la loi du 10 juillet 2019 cité supra

¹⁸⁹¹ CEDH Johansen c/Norvège du 7 août 1996 ; JCP 1997. I. 4000, obs. Sudre cité supra

mineur et le juge des enfants.

Ainsi l'autorité parentale peut être retirée partiellement ou totalement aux pères et mères soit dans le cadre d'une condamnation pénale¹⁸⁹² soit en dehors de toute condamnation pénale¹⁸⁹³.

La loi du 28 décembre 2019 a introduit dans le Code civil l'article 378-2 qui dispose : *«L'exercice de l'autorité parentale et les droits de visite et d'hébergement du parent poursuivi ou condamné, même non définitivement, pour un crime commis sur la personne de l'autre parent sont suspendus de plein droit jusqu'à la décision du juge et pour une durée maximale de six mois, à charge pour le procureur de la République de saisir le juge aux affaires familiales dans un délai de huit jours»*.

Lorsque le juge prononce le retrait de l'autorité parentale il doit se placer au jour où il statue mais la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 mai 2010, a cependant confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 octobre 2008, qui pour motiver sa décision, avait au vue des éléments en sa possession, dont la naissance a eu lieu dans le passé, se sont poursuivis et se prolongeaient dans le futur, décidé le retrait de l'autorité parentale aux père et mère.

Lorsque le retrait de l'autorité parentale est prononcé à l'encontre des parents de l'enfant mineur le juge doit procéder à l'ouverture d'une tutelle.

Enfin le juge peut, dans l'intérêt de l'enfant, restituer l'autorité parentale à l'un des parents ou aux deux parents¹⁸⁹⁴. En effet le retrait de l'autorité parentale revêt un caractère provisoire.

Dans le cadre des prérogatives dont bénéficient les parents de l'enfant mineur, ils peuvent, depuis la loi du 5 mars 2007, faire établir un mandat de protection future pour autrui afin d'envisager la protection de leur enfant mineur lorsqu'il sera devenu majeur.

Ce mandat ne peut pas prévoir le transfert de l'autorité parentale en cas de décès des parents de l'enfant mineur ; car s'ouvrirait alors la tutelle.

Ce mandat, bien que rédigé lors de la minorité de l'enfant ne prend effet qu'au décès des parents et de la majorité de l'enfant dans l'intérêt duquel il a été établi.

L'autorité parentale prend normalement fin lorsque l'enfant mineur atteint l'âge légal de la majorité, fixé à dix-huit par le droit positif.

¹⁸⁹² Art. 378 C. civ. modifié par la loi n° 2019-1480 du 28 déc. 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille

¹⁸⁹³ Art. 378-1 C. civ. modifié par la loi du 28 décembre 2019 cité supra

¹⁸⁹⁴ Art. 381 C. civ.

Mais, l'autorité parentale peut prendre fin avant l'âge légal de majorité dans le cadre de l'émancipation de l'enfant mineur ; laquelle peut s'opérer par le mariage dûment autorisé ou par une décision de justice.

Abordons à présent une notion européenne qui est beaucoup plus vaste que la vie privée protégée par notre droit positif : le respect de la «vie familiale».

Cette notion de «vie familiale» est capitale pour l'enfant mineur, qui non seulement, a le droit de «*connaître ses parents et d'être élevé par eux*» (article 7 CIDE), d'avoir «*des relations familiales*» (article 8 CIDE) et de «*ne pas être séparé de ses parents contre leur gré*» (article 9 CIDE).

CHAPITRE V

LE RESPECT DE LA VIE FAMILIALE

L'article 9 de la CIDE garantit à l'enfant le droit de vivre avec ses parents ainsi qu'avec ses frères et sœurs, le droit positif, veille autant que faire se peut, au respect de ce droit. Comment se définit la vie familiale (Section I). Une fois cernée la vie familiale nous verrons comment celle-ci est protégée (Section II).

SECTION I

LA NOTION DE LA VIE FAMILIALE

§1- Les textes

L'article 8-1 de la CESDH proclame «*Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale...*» mais ne garantit ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter. La protection qu'il édicte présuppose l'existence d'une famille même si la vie familiale n'est pas encore pleinement établie.

L'article 7-1 de la CIDE dispose : «*L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance, [...] et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux*».

L'article 8-1 de la CIDE retient que : «*Les Etats s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité y compris [...] ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérences illégales*».

L'article 9-1 de la CIDE souligne que : «*Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant*».

L'article 375-2 du Code civil dispose : «*chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel*» ; le milieu actuel étant entendu comme celui dans lequel l'enfant vit : son milieu familial.

En effet quelle que soit la nature de sa famille, par le sang, issue d'une procréation médicale assistée, adoptive, ou même d'accueil, l'enfant évolue mieux au contact de ceux qui l'aiment et le protègent.

Selon l'article L 311-9 du Code de l'action sociale et des familles : «*En vue d'assurer le respect du droit à une vie familiale des membres des familles accueillies dans les établissements ou services mentionnés aux 1°, 8° et 13° du I de l'article L 312-1 ces personnes ou, si une telle solution ne peut être trouvée, établir, de concert avec les personnes accueillies, un projet propre à permettre leur réunion dans les plus brefs délais, et assurer le suivi de ce projet jusqu'à ce qu'il aboutisse*».

Cela signifie notamment que lorsqu'un enfant est confié à l'Aide sociale à l'enfance, le service doit travailler à la réunion de l'enfant et de ses parents, et établir un projet pour l'enfant.

§2 - La définition large de la CEDH

La CEDH, à travers ses diverses décisions rendues, a défini une notion large de la vie familiale au-delà de la biologie ou des liens de parenté.

Pour la Cour la notion de vie familiale revêt une portée autonome¹⁸⁹⁵, et l'existence ou l'absence d'une «vie familiale est avant tout une question de fait dépendant de la réalité pratique des liens personnels étroits¹⁸⁹⁶ ; c'est aussi le droit de vivre ensemble afin que les relations familiales puissent se développer normalement¹⁸⁹⁷, et que les membres d'une famille puissent être ensemble¹⁸⁹⁸.

La Cour dispose d'autres moyens pour établir l'existence d'une «vie familiale». Ainsi, en cas d'absence de reconnaissance juridique de l'existence de la vie familiale, la Cour examine les liens *de facto* telle que la cohabitation des personnes concernées¹⁸⁹⁹, la durée de la relation du couple et s'ils ont eu des enfants ensemble ; preuve d'un engagement l'un envers l'autre¹⁹⁰⁰ et s'attachera à vérifier si le comportement des requérants est conforme à la loi¹⁹⁰¹.

La CEDH dans l'arrêt *Arhens c/ Allemagne*¹⁹⁰² a conclu à l'absence de vie familiale *de facto*, «considérant que la relation entre la mère et le requérant avait pris fin environ un an avant la conception de l'enfant et que leurs relations ultérieures avaient été de nature uniquement sexuelle».

Pour la CEDH «un enfant issu d'une union maritale s'insère de plein droit dans la cellule familiale, dès l'instant et du seul fait de sa naissance»¹⁹⁰³.

¹⁸⁹⁵ CEDH *Marckx c/Belgique* 13 juin 1979 req. n° 6833/74, § 31

¹⁸⁹⁶ CEDH *Paradiso et Campanelli c/Italie* [GC] 24 janvier 2017 req. n° 25358/12, § 140 ; V. aussi CEDH *Boyle c/Royaume-Uni* 24 févr. 1994, req. n° 16580/90 (relations entre un oncle ou une tante et ses neveux et nièces)

¹⁸⁹⁷ CEDH *Marckx c/Belgique* 13 juin 1979 req. n° 6833/74, § 31 (relations entre enfants et grands-parents) cité supra

¹⁸⁹⁸ CEDH *Olsson c/Suède* (N° 1) 24 mars 1988 req. n° 10465/83, § 59 (relations entre frère et sœur quel que soit leur âge)

¹⁸⁹⁹ CEDH *Johnston et autres c/Irlande* 18 décembre 1986 req. n° 9697/82, § 56

¹⁹⁰⁰ CEDH *X, Y et Z c/Royaume-Uni* 22 avril 1997 req. n° 21830/93, § 36

¹⁹⁰¹ CEDH *Paradiso et Campanelli c/Italie* 24 janvier 2017 cité supra

¹⁹⁰² CEDH *Arhens c/Allemagne* 22 mars 2012 req. n° 28945/95, § 59

¹⁹⁰³ CEDH *Abdellah et Rebecca Berrehab et Sonya Koster c/Pays-Bas* 21 juin 1988 req. n° 10730/84, § 21

La Cour élargit la vie familiale même en l'absence de lien biologique ou de lien de parenté pour l'étendre au profit d'une famille d'accueil en raison de liens forts existants entre eux suite à l'accueil de l'enfant¹⁹⁰⁴ ; et la Cour va plus loin reconnaissant une vie familiale alors que l'Etat défendeur ne la reconnaît pas dans le cadre de l'accueil temporaire d'un enfant¹⁹⁰⁵.

Cependant la vie familiale ne se limite pas aux relations sociales, morales ou culturelles mais englobe également des intérêts d'ordre matériel, notamment les obligations en matière d'entretien et de droits successoraux¹⁹⁰⁶.

La Cour précise que « (...) la notion de famille sur laquelle repose l'article 8 inclut, même en l'absence de cohabitation, le lien entre un individu et son enfant, que ce dernier soit légitime ou naturel. Si ledit lien peut être brisé par des événements ultérieurs, il n'en va ainsi que dans des circonstances exceptionnelles »¹⁹⁰⁷.

Tant que la vie familiale existe et dure elle bénéficie de la protection de l'article 8 de la CESDH ; ainsi pour la Cour la « vie familiale » prend fin notamment en cas de divorce, de rupture de la vie commune y compris à la suite d'une expulsion¹⁹⁰⁸, de la décision de placer l'enfant dans une famille d'accueil¹⁹⁰⁹ ou encore d'adoption.

L'article 9 de la CIDE prévoit que « les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Lorsque l'un des parents vit dans un autre pays la CIDE affirme le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses deux parents par-delà les frontières et de nombreuses conventions bi ou multilatérales ont pour but d'éviter les enlèvements d'enfants.

¹⁹⁰⁴ CEDH *Kroon et autres c/Pays-Bas* 27 oct. 1994 req. n° 18535/91, § 32 ; V. aussi CEDH *Jolie et lebrun c/Belgique*

¹⁹⁰⁵ CEDH *Moretti et Benedetti c/Italie* 27 avr. 2004 req. n° 16318/07 § 48 ; V. aussi CEDH *Kopf et Liberda c/Autriche* 17 janv. 2012 req. n° 1598/06, § 37

¹⁹⁰⁶ CEDH *Pla et Puncernau c/Andorre* 13 juill. 2004 ; dans cet arrêt la cour a clarifié les droits successoraux des petits-enfants dans la succession de leurs grands-parents qui entrent dans le champ de « vie familiale », même si la testatrice était décédée avant l'adoption de son petit-fils

¹⁹⁰⁷ CEDH *Boughanemi c/France* 24 avr. 1996 req. n° 22070/93

¹⁹⁰⁸ CEDH *Yousef c/Pays-Bas* 5 févr. 2003 req. n° 33711/96

¹⁹⁰⁹ CEDH *Margareta et Roger Andersson c/Suède* 25 févr. 1992 req. n° 12963/87

L'une des plus souvent utilisées est la convention de la Haye du 25 octobre 1980, qui tend à assurer le retour de l'enfant dans le pays où il avait sa résidence s'il en a été soustrait en violation d'une décision judiciaire de ce pays.

En droit interne, l'article 375-2 du Code civil dispose que «*chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel*»; milieu actuel s'entendant comme le milieu familial si l'enfant vit avec et chez ses parents.

Cependant le droit des enfants de vivre dans leur famille est très souvent mise en échec à cause du comportement des parents.

Tout d'abord l'enfant ne peut pas vivre dans sa famille lorsque ses parents sont divorcés ou séparés même s'il est décidé «la résidence alternée»; en effet il ne peut pas vivre avec ses deux parents, piliers même de l'existence de la famille.

Il en est de même lorsque le juge des enfants décide de prendre des mesures d'assistance éducative visant notamment au placement de l'enfant hors de sa famille; cette atteinte au droit au respect de la vie familiale est justifiée par l'intérêt de l'enfant et sa protection.

Les droits privés sont ceux qui intéressent le plus directement l'enfant mineur, et ce, dès sa naissance.

Cet intérêt supérieur de l'enfant mineur motive et justifie toutes les décisions qui l'intéressent et ce dans l'ensemble des droits privés.

Parmi ces droits se trouvent les droits de la personnalité étroitement liés à la personnalité de l'enfant mineur qui s'acquière dès la naissance à la seule condition de naître vivant et viable, se poursuivent durant toute la vie de cet enfant et s'adaptent aux différents statuts juridiques qu'il acquiert au cours de sa vie : enfant mineur et adulte majeur.

«*Ces droits de l'Homme dans l'état civil*»¹⁹¹⁰ ne cessent de s'adapter jusqu'à devenir des droits fondamentaux de plus en plus nombreux.

Etant des droits subjectifs et des droits extra-patrimoniaux, ils sont donc indisponibles, intransmissibles et imprescriptibles, comme nous l'avons évoqué.

Parmi ces droits se trouvent notamment le droit à la vie reconnu et protégé par l'article 2-1 de la CESDH, l'article 3 de la DUDH et l'article 6 du Pacte international des droits civils et politiques. Mais ce droit n'est pas absolu car le droit positif, faisant prévaloir l'intérêt de la mère durant les douze semaines de la vie de l'embryon puis du fœtus, reconnaît l'IVG. Une autre atteinte au droit à la vie est aussi tolérée sans être sanctionnée : le suicide.

Ce droit à la vie qui inclut le droit de donner la vie permet, à des couples ne pouvant procréer naturellement, d'avoir recours à la PMA ; laquelle est très encadrée par le législateur.

Toutefois ce droit de donner la vie ne peut se faire par le recours à une GPA que l'article 16-7 du Code civil proscrit.

Pendant de nombreuses années les enfants nés de GPA ne pouvaient voir leur certificat de naissance étranger transcrit intégralement à l'état civil lorsque celui-ci comportait le nom du parent d'intention. La Cour de cassation, après avoir eu une jurisprudence constante refusant cette transcription intégrale, a par trois arrêts du 18 décembre 2019¹⁹¹¹, procédé à un véritable revirement. La Haute juridiction, après avoir rappelé que la GPA demeurait interdite en France, a confirmé que la GPA réalisée à l'étranger ne peut faire obstacle à elle

¹⁹¹⁰ C. Toullier, *Le code civil suivant l'ordre du Code*, Paris, Warée, vol. n° 211, p. 182 cité supra

seule à la reconnaissance en France d'un lien de filiation avec la mère d'intention et a étendu la solution retenue dans l'arrêt du 4 octobre 2019¹⁹¹² : *« Dans ce cas particulier, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants, et alors que la demande en réexamen a pour objet de mettre fin aux atteintes portées à la Convention EDH, la transcription en France des actes de naissance désignant la mère d'intention, avec laquelle le lien est depuis longtemps largement concrétisé, ne doit pas être annulée »*, en ordonnant la transcription d'un acte de naissance désignant le père biologique et son compagnon ou son époux dès lors que celui-ci est probant au sens de l'article 47 du Code civil.

Pour la Cour de cassation au vu des dispositions de l'article 47 du Code civil, il s'agit uniquement d'apprécier un mode de preuve de la filiation établie à l'étranger. Si pour la Californie ou le Nevada, le second papa d'intention est reconnu comme parent selon leurs législations, alors l'acte est régulier et doit faire foi. Une fois l'acte déclaré régulier, la Cour aurait toujours pu invoquer l'ordre public ou la fraude car il est évident qu'un couple français qui va aux États-Unis pour conclure une convention de gestation pour autrui cherche bien à échapper à la loi française qui ne permet pas un tel mode de conception. Mais la Cour de cassation indique que désormais le recours à la GPA ne fait plus à lui seul obstacle à la transcription au visa de l'article 3 §1 de la Convention de New-York et de l'article 8 de la CESDH, faisant ainsi prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant mineur.

Quel chemin parcouru depuis l'arrêt d'Assemblée plénière rendu par la Cour de cassation le 31 mai 1991 qui rappelait le principe d'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain ainsi que le principe d'ordre public *« mater semper certa est »* selon lequel la

¹⁹¹¹ Cass. civ. 1^{ère} du 18 décembre 2019 (arrêts n° 18-12.327, n° 18-11.815 et n° 18-14.751)

¹⁹¹² Cass. civ. Ass. plén. du 4 octobre 2019 *« Toutefois, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3§1 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant) et pour ne pas porter une atteinte disproportionnée au respect de sa vie privée (art. 8 de la Convention EDH), une GPA réalisée à l'étranger ne peut faire, à elle seule, obstacle à la reconnaissance en France d'un lien de filiation avec la mère d'intention. Cette reconnaissance doit avoir lieu au plus tard lorsque le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé. Concernant le lien avec le père biologique, il est déjà acquis, depuis 2015, qu'il peut être établi à certaines conditions par la transcription de l'acte de naissance établi dans un pays étranger. Si, en droit français, la filiation peut être établie de différentes manières (acte de naissance, reconnaissance volontaire, adoption, possession d'état, jugement), dans le cas d'une GPA réalisée à l'étranger, le lien avec la mère d'intention doit être établi en privilégiant un mode de reconnaissance qui permette au juge français de contrôler la validité de l'acte ou du jugement étranger et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant. L'adoption répond le mieux à ces exigences. Toutefois, dans cette affaire spécifique qui dure depuis plus de quinze ans, une procédure d'adoption porterait une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants : celles-ci sont nées depuis plus de 18 ans, leurs actes de naissance ont été établis à l'étranger dans un cadre légal et elles ne peuvent prendre l'initiative d'une adoption, dont le choix revient aux parents. La possession d'état, quant à elle, à supposer que les conditions légales en soient réunies, n'offrirait pas une sécurité juridique suffisante. Dans ce cas particulier, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants, et alors que la demande en réexamen a pour objet de mettre fin aux atteintes portées à la Convention EDH, la transcription en France des actes de naissance désignant la mère d'intention, avec laquelle le lien est depuis longtemps largement concrétisé, ne doit pas être annulée »*

mère est celle qui a accouché, et qui, au regard de ces principes avait décidé de valider partiellement la transcription de l'acte de naissance de l'enfant pour le père à la seule condition qu'il y ait un lien biologique avec l'enfant.

Parmi les droits de la personnalité se trouve également le droit que l'individu a sur son corps, ce que corroborent les dispositions de l'article 16-1 du Code civil et le juge peut intervenir pour faire cesser une atteinte illicite¹⁹¹³. Ce droit à l'intégrité physique n'est cependant pas absolu, en effet l'article 16-3 du Code civil prévoit la possibilité de porter atteinte à l'intégrité du corps humain «*en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui*».

Parmi ces exceptions se trouvent notamment la vaccination, les soins ou les dons d'organes.

Cependant la loi autorise «*toute personne*» à refuser un traitement ou les actes médicaux (article L 1111-11 du Code la santé publique). La loi est claire et n'opère aucune distinction. L'enfant mineur étant une personne, il peut donc en principe refuser ou s'opposer au traitement, mais sa vulnérabilité et son manque d'expérience conduiront vraisemblablement à une décision collégiale.

En effet, le consentement de l'enfant mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et «*son avis est un facteur de plus en plus déterminant en fonction de son âge et de sa maturité*»¹⁹¹⁴. Lorsque l'avis de l'enfant mineur est recueilli par le médecin, il doit en tenir compte «*dans la mesure du possible*»¹⁹¹⁵. Enfin, l'enfant mineur doit aussi participer à toute décision le concernant¹⁹¹⁶.

Quoi qu'il en soit il faut combiner deux notions aussi importantes l'une que l'autre : l'intérêt de l'enfant et sa volonté concernant sa santé.

Une autre notion concernant l'enfant mineur doit également être prise en considération : la notion de discernement que le juge apprécie souverainement lorsqu'il est amené à se prononcer sur la volonté de l'enfant mineur.

Cette notion de discernement occupe une place centrale que le système juridique accorde à la volonté individuelle.

Le discernement est déterminant pour pouvoir tenir compte de la volonté de l'enfant mineur dans ses choix, donner son opinion sur toutes les questions le concernant, ou pour

¹⁹¹³ Art. 16-2 C. civ

¹⁹¹⁴ Art. 6 Convention d'Oviedo citée supra

¹⁹¹⁵ Art. R4127-1 à R4127-112 C.S.P.

assumer les conséquences de ses choix.

Le droit de la santé considère le malade comme une personne autonome, et ce bien qu'il s'agisse d'un enfant mineur.

Mais en cas de risque vital l'enfant mineur sera contraint de se soumettre à des soins et le médecin passera alors outre son refus de consentement.

Dans ces droits privés se trouve également le principe de l'indisponibilité du corps humain contenu dans l'article 16-1 alinéa 3 du Code civil. Mais la science a évolué et les lois bioéthiques sont venues établir un régime général pour l'ensemble des éléments du corps humain pouvant faire l'objet d'une cession (article L 1211-1 Code de la santé publique). Cependant le législateur qui a pour mission de protéger les plus faibles interdit le prélèvement d'organes en vue d'un don sur une personne mineur vivante (article L 1241-2 Code de la santé publique). Mais l'article L 1241-3 du Code de la santé publique autorise *«en l'absence d'autre solution thérapeutique un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur [...] ou de son cousin germain, de sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce»*, et le consentement des représentants légaux obligatoire doit être donné devant le *«président du tribunal judiciaire ou un juge désigné par lui, en cas d'urgence vitale le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République»*.

Afin de protéger l'intérêt de l'enfant, le législateur a également prévu que le prélèvement doit être autorisé *«par le comité d'experts mentionné à l'article L. 1231-3 qui s'assure au préalable que, notamment au regard des règles de bonnes pratiques mentionnées à l'article L 1245-6, les conditions de réalisation du prélèvement ne comportent aucun risque pour le mineur compte tenu de son âge ou de son développement»*. Quoiqu'il en soit, l'enfant mineur informé du prélèvement doit exprimer sa volonté, s'il refuse le prélèvement ne peut être effectué.

L'enfant mineur devant être protégé dans sa santé et sa sécurité, l'inviolabilité du corps humain est d'autant plus stricte le concernant. C'est pourquoi les recherches bio-médicales ne

¹⁹¹⁶ Art 371-1 C. civ. et art. 3§1 CIDE

peuvent être pratiquées sur un enfant mineur que dans des conditions très strictes définies à l'article L 1121-7 du Code de la santé publique.

Cette dérogation au principe ne peut être justifiée que si «*l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru*»¹⁹¹⁷.

S'agissant du prélèvement d'organes, bien qu'il s'agisse d'un acte personnel, l'enfant mineur ne peut décider de faire don de ses organes. Nous sommes ici en présence d'une véritable exception au principe selon lequel l'enfant mineur peut consentir seul à tout acte personnel. La loi permet, toutefois, à l'enfant mineur âgé de treize ans de s'opposer au prélèvement de ses organes en s'inscrivant sur le Registre national prévu à cet effet.

L'intérêt supérieur de l'enfant mineur étant la considération primordiale dans toutes les décisions le concernant on peut s'interroger si son intérêt survit à son décès ?

L'intérêt supérieur de l'enfant mineur est-il une notion attachée exclusivement au vivant de l'enfant mineur ? Les textes ne donnent aucune précision sur ce point. Aussi est-il envisageable que l'intérêt de l'enfant puisse se prolonger au-delà de la vie humaine si on s'attache à une perception subjective de la notion alors qu'une perception objective aurait tendance à faire disparaître cet intérêt supérieur.

Bien que le corps sans vie ne soit plus soumis aux droits de la personnalité, qui sont attachés à la vie humaine, mais aux textes régissant le respect dû au corps humain qui ne cesse pas après la mort¹⁹¹⁸.

Le respect dû au corps humain prend alors une autre dimension. Ainsi on respectera les dernières volontés du défunt pour ses funérailles.

Et le corps peut alors subir d'autres atteintes : autopsie, prélèvement d'organes, recherches médicales.

Cet intérêt qui semble être attaché au seul vivant de l'enfant ne semble pas devoir survivre au décès de l'enfant mineur. En effet, quel serait le fondement de la survie de cet intérêt quand l'enfant mineur est mort et qu'il concerne alors un corps sans vie ?

Aussi il est fort envisageable de supposer que l'intérêt de l'enfant mineur est une notion attachée au vivant de l'Homme car après la mort on parle du respect dû au corps humain.

¹⁹¹⁷ Art. 1121-7 Code de la santé publique

¹⁹¹⁸ Art. 16-1-1 C. civ. : «*Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence*»

Les droits de la personnalité sont aussi vastes que variés, et c'est ainsi que l'on trouve parmi eux le droit au respect de la vie privée.

Bien qu'aucune définition de la vie privée ne soit donnée par la loi, on peut dire que ce qui relève de l'intime doit demeurer intime, et que la vie privée est «*un droit à la tranquillité*»¹⁹¹⁹.

Ce droit récent est codifié sous l'article 9 du Code civil depuis la loi de 1971 ainsi que sous l'article 8 de la CESDH. La CEDH¹⁹²⁰ sur le fondement de l'article 8 CESDH considère que la vie privée est : «*le droit pour toute personne d'être libre de mener sa propre existence comme elle l'entend avec le minimum d'ingérences extérieures*».

La vie privée de l'enfant mineur est également protégée par l'article 16-1 de la CIDE : «*Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée [...]* » et par l'article 16-2 de la CIDE : «*L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes*».

L'enfant mineur dont la construction psychologique peut être fragilisée par des atteintes à sa vie privée, doit pouvoir compter sur ses parents, titulaires des prérogatives de l'autorité parentale, pour tenter toute action afin de le protéger dans son intérêt.

La vie privée comprend la vie sentimentale (mariage, divorce, concubinage, mésentente familiale, maladie, santé mentale) ainsi que le secret de la correspondance et le respect du domicile.

La seule constatation de l'atteinte de la vie privée ouvre droit à réparation¹⁹²¹ et cette atteinte a également un volet pénal (articles 226-1 et 226-2-1 du Code pénal).

Puis parmi les droits de la personnalité nous trouvons également le droit à l'image dont la création prétorienne est apparue pour la première fois dans le jugement du tribunal civil de la Seine du 16 juin 1858 dans l'affaire de la tragédienne Rachel. Bien que ce droit à l'image bénéficie d'une vraie reconnaissance autonome par la jurisprudence¹⁹²² vis-à-vis du droit à la vie privée, il se trouve inclus dans le droit au respect de la vie privée et, est donc protégé par les dispositions de l'article 9 du Code civil.

¹⁹¹⁹ B. Beignier, Vie privée et vie publique, Arch. Phil. Droit 1997, p. 167-180, cité supra

¹⁹²⁰ CEDH Pretty c/Royaume-Uni du 29 avril 2002 § 61, JCP 2003. II. 10062, note C. Girault cité supra

¹⁹²¹ Civ. 1^{ère} 5 nov. 1996 D 1997, p. 403, note S. Laulon cité supra

Lorsque des photos de l'enfant mineur doivent être divulguées, l'accord parental obligatoire se fait au moyen d'une autorisation écrite, une autorisation orale ne suffit pas.

Avec le développement des réseaux sociaux les photos d'enfants mineurs se retrouvent fréquemment sur les pages Facebook ou Instagram de leur propre compte ou celui de leurs parents.

Les juges sont très souvent sollicités afin de se prononcer dans l'intérêt de l'enfant mineur pour faire cesser l'atteinte au droit à l'image dont il est victime notamment lorsque les parents séparés ou divorcés publient des photos de leur enfant mineur commun sans l'accord de l'autre¹⁹²³.

Mais l'atteinte au droit à l'image est également sanctionnée par la CEDH sur le fondement de l'article 8 de la CESDH.

Parmi les droits de la personnalité se trouvent aussi le nom et le prénom.

Le nom de famille qui se trouve dans la dépendance de la filiation ainsi que du choix laissé aux parents par la loi¹⁹²⁴ joue un rôle essentiel dans l'état des personnes et dans la reconnaissance officielle de l'enfant qui est alors le fils ou la fille de....

La loi offre également aux parents la possibilité d'établir une déclaration préalablement à la naissance de l'enfant¹⁹²⁵ qui doit être écrite, datée et signée par eux. De *«Par cette déclaration, les parents attestent sur l'honneur que le choix de nom concerne leur premier enfant commun. La déclaration conjointe de choix de nom est annexée à l'acte de naissance de l'enfant pour lequel cette déclaration a été faite»*.¹⁹²⁶

Le nom de famille, preuve de la filiation, est attaché à la personne dès sa naissance et ce jusqu'à sa mort. Ainsi ni le divorce ni le mariage n'apportent de modification au nom de famille de l'enfant mineur devenu majeur.

¹⁹²² Civ. 1^{ère} 12 déc. 2000, Bull. 2000, I, n° 321, p. 208, la Cour a clairement reconnu l'autonomie du droit à l'image en ces termes : *«L'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun à son image constituent des sources de préjudices distinctes ouvrant droit à des réparations distinctes»*, cité supra.

¹⁹²³ Paris 9 fév. 2017 n° 15/13956 n° 15/13956 ; V. aussi Versailles 25 juin 2015 n° 13/08349 *jurisData* n° 2015-015861 cités supra

¹⁹²⁴ Art. 311-21 à 311-24-1 C. civ.

¹⁹²⁵ Art. 1 alinéa 1^{er} du décret n° 2004-1159 du 29 octobre 2004 portant application de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil.

¹⁹²⁶ Art 1 alinéa 2 et 3 du décret n° 2004-1159 du 29 octobre 2004 portant application de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil

En effet le mariage n'a aucune répercussion juridique sur le nom de famille mais chacun des époux peut s'il le souhaite porter à titre d'usage le nom de l'autre époux¹⁹²⁷.

Le nom de famille dont le principe est l'immutabilité peut depuis la loi du 8 janvier 1993, qui a introduit l'article 61 dans le Code civil, faire l'objet d'un changement en cas d'intérêt légitime.

Lorsque le changement de nom est autorisé pour les parents dont l'enfant porte le nom, «*ce changement s'étend alors de plein droit aux enfants du bénéficiaire lorsqu'ils ont moins de treize ans*»¹⁹²⁸. Cependant lorsque les enfants sont âgés de plus de treize ans, ils doivent consentir personnellement au changement de nom sauf s'il résulte de l'établissement d'une filiation ou d'une modification du lien de filiation¹⁹²⁹.

L'intérêt légitime, tout comme l'intérêt de l'enfant, n'est pas défini par le législateur, c'est donc le juge qui apprécie souverainement la légitimité des motifs au regard des circonstances de fait. Cette appréciation souveraine rejoint sur ce point l'appréciation souveraine concernant l'intérêt supérieur de l'enfant mineur.

La jurisprudence a notamment retenu comme motifs légitimes : un nom difficile à porter en raison de sa longueur, son aspect ridicule, péjoratif, grossier ou encore à consonnance étrangère dans un souci de meilleure intégration à la communauté française ainsi qu'une volonté de maintenir l'unité du nom familial lorsque les enfants issus d'une même fratrie portent des noms différents.

Un total abandon sur plusieurs années d'un enfant par son père, par une absence de lien et du paiement d'une pension alimentaire outre des condamnations pour abandon de famille, peuvent «*caractériser des manquements graves à ses devoirs parentaux, constitutifs de l'intérêt légitime de l'enfant à changer de nom au profit du nom de sa mère*» en application de l'article 61 du Code civil.

De prime abord, on peut penser que l'intérêt légitime se trouve en concurrence avec l'intérêt supérieur de l'enfant mineur. En effet, on sait que l'intérêt supérieur de l'enfant est «*une considération primordiale*» au vu des dispositions de l'article 3 §1 de la CIDE norme supranationale qui doit primer tout autre intérêt. Mais dans le cas du changement de nom, il semblerait que l'intérêt légitime se couple jusqu'à se fondre avec l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet l'intérêt supérieur de l'enfant, notion aux contours imprécis donne lieu à des interprétations aussi variées que les situations dans lesquelles le juge doit intervenir tout comme l'intérêt légitime.

¹⁹²⁷ Art 225-1 C. civ. créé par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

¹⁹²⁸ Art 61-2 C. civ.

¹⁹²⁹ Art 61-3 C. civ.

Aussi l'intérêt supérieur de l'enfant mineur constitue plutôt «*l'instrument juridique conçu par la Convention qui cherche à atteindre cet état idéalisé et qui fonde la garantie pour l'enfant de voir son intérêt pris en compte de manière systématique*»¹⁹³⁰.

L'enfant mineur étant doté d'un nom de famille, se voit attribuer par ses parents un ou plusieurs prénoms qui l'individualisent au sein de sa famille ainsi qu'à l'égard des tiers.

Depuis la loi du 8 janvier 1993 les parents disposent de la liberté dans le choix du ou des prénoms de l'enfant mineur, mais cette liberté n'est pas sans limite. En effet, les prénoms doivent être écrits avec l'alphabet utilisé en français et ne doivent pas être contraires à l'intérêt de l'enfant mineur. Les juges acceptent les prénoms originaux mais refusent catégoriquement les prénoms ridicules dans le seul intérêt de l'enfant : Titeuf, Zébulon Nutela, Fraise, ou encore Patriste et joyeux.

Tout comme le nom, le prénom est aussi soumis au principe de l'immutabilité mais la loi du 8 janvier 1993 permet la substitution ou l'adjonction de prénoms «*en cas d'intérêt légitime*» ; lequel s'appécie *in concreto* au moment où les juges statuent au vu des éléments existants.

Depuis la loi du 18 novembre 2016 la procédure de changement de prénom a été déjudiciarisée, la compétence ayant été transférée à l'Officier d'Etat civil¹⁹³¹.

Enfin, le tableau des droits de la personnalité ne serait pas complet sans aborder le domicile et la nationalité.

S'agissant du domicile de l'enfant mineur, ce dernier n'a pas d'autre choix que d'être domicilié chez ses père et mère, c'est pourquoi Philippe Malaurie parle de «*domicile d'emprunt*»¹⁹³².

Ce «*domicile d'emprunt*» dont l'objectif est l'intérêt de l'enfant mineur afin de le protéger dans sa santé et sa sécurité peut ne pas jouer le rôle qui lui est imparté et devenir pour lui un danger permanent. Dans ce cas le juge des enfants peut intervenir afin de décider le retrait de l'enfant mineur et son placement.

Même si le placement de l'enfant porte atteinte à la vie privée et familiale (article 8 CESDH) ainsi qu'au droit de l'enfant d'entretenir des relations familiales et de ne pas être séparé de

¹⁹³⁰ Jean Zermatten, Juriste ancien président du Comité des droits de l'enfant de l'ONU de 2011 à 2013

¹⁹³¹ Art. 60 alinéa 1^{er} C. civ.

¹⁹³² Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs, 8^{ème} éd.LGDJ, Lextenso, p. 96

ses parents contre leur gré (article 8 et 9 de la CIDE) selon la CEDH cette atteinte est justifiée par le seul intérêt de l'enfant.

Enfin le respect du domicile est protégé par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui interdit toute immixtion arbitraire dans le domicile ainsi que par l'article 8 de la CESDH qui affirme le droit au respect du domicile et interdit toute ingérence dans l'exercice de ce droit.

L'enfant mineur qui acquiert à la naissance la nationalité française jouit de tous les droits fondamentaux ainsi que des libertés.

Puis parmi les droits privés nous trouvons enfin les droits familiaux : le mariage, le PACS, le divorce, l'autorité parentale et la vie familiale.

De prime abord, on peut penser que les droits familiaux intéressent pas ou peu l'enfant mineur.

Pourtant bien que l'enfant mineur soit frappé d'incapacité au cours de sa minorité, il peut se marier à condition d'avoir obtenu les dispense et autorisation nécessaires et indispensables pour la célébration du mariage.

En effet, le législateur afin de protéger l'enfant mineur contre les mariages forcés a par la loi du 4 avril 2006, mis un terme aux mariages d'enfants mineurs : *«le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus»*¹⁹³³.

Lorsque le procureur de la République accorde la dispense nécessaire à la célébration du mariage pour motif grave, il apprécie la situation de l'enfant mineur et l'on est en droit de supposer qu'il prend en considération l'intérêt de l'enfant mineur qui va s'engager dans les liens du mariage, et qui, de ce fait sera émancipé de plein droit.

Cette dispense n'est cependant pas suffisante pour la célébration du mariage des enfants mineurs ; il faut qu'elle soit accompagnée de l'autorisation des père et mère de l'enfant mineur ou de l'un d'eux.

Le mariage a pour effet de soumettre les époux au régime matrimonial de base pouvant être complété par un régime matrimonial choisi selon leurs objectifs ; lequel peut donner lieu sans délai à un changement, et ce dans l'intérêt de la famille.

Lorsque le changement de régime matrimonial est sollicité par des enfants mineurs émancipés, deux intérêts sont alors en conflit : l'intérêt de l'enfant mineur et l'intérêt de la famille.

¹⁹³³ Art. 144 C. civ.

En effet l'émancipation de l'enfant mineur qui lui octroie les mêmes droits qu'à un majeur ne fait pas disparaître son statut, il reste et il demeure un enfant mineur mais un enfant mineur émancipé.

En conséquence l'intérêt de l'enfant mineur, contenu dans l'article 3 §1 de la CIDE, bénéficie de la primauté ce qui a pour conséquence qu'il doit être la considération primordiale. Le ton est donné, l'intérêt de l'enfant prime alors tout autre intérêt y compris celui de la famille car la CIDE, texte supranational, prend alors la mesure de sa suprématie sur le droit positif.

Le mariage, union entre deux êtres humains qui n'ont pas toujours les mêmes aspirations et les mêmes centres d'intérêts n'est souvent pas un long fleuve tranquille et peut se solder par un divorce.

Le divorce qui a fait l'objet de nombreuses réformes¹⁹³⁴ a fini par se voir déjudiciariser¹⁹³⁵ dans le cadre de la politique de désencombrement des tribunaux, et ce même en présence d'enfants mineurs.

Le juge aux affaires familiales n'intervient plus automatiquement ce qui peut présenter un inconvénient majeur dans la prise en charge de l'intérêt de l'enfant mineur car, avant d'homologuer la convention, le juge veillait à ce que l'intérêt de l'enfant ait été pris en compte.

Les avocats qui jouent un rôle prépondérant dans la convention de divorce, accompagnent alors les parents afin de trouver un accord pour les modalités d'exercice de l'autorité parentale sur leur(s) enfant(s) mineur(s).

Mais les parents peuvent aussi décider de soumettre au juge une convention parentale¹⁹³⁶ *«par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant»* et *«le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement»*.

Le divorce judiciaire est rétabli lorsque l'enfant mineur demande à être entendu par le juge¹⁹³⁷, et le juge doit accéder à sa demande car l'enfant a *«le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant»*¹⁹³⁸.

¹⁹³⁴ Lois du 11 juillet 1975, du 26 mai 2000, du 18 novembre 2016 (divorce par consentement mutuel sans juge) et du 23 mars 2019 (séparation de corps déjudiciarisée)

¹⁹³⁵ Art. 229 C. civ.

¹⁹³⁶ Art. 373-2-7 C. civ. cités supra

¹⁹³⁷ Art. 229-2 C. civ.

¹⁹³⁸ Art. 12-1, 12-2 CIDE

Enfin l'autorité parentale¹⁹³⁹, régime de protection légale de l'état de minorité de l'enfant mineur, lien juridique et affectif, prérogative accordée aux parents doit s'exercer sans violence physique ou psychologique et dans le seul intérêt de l'enfant mineur.

Les parents qui exercent en commun l'autorité parentale, garants de la sécurité, de l'éducation, de la moralité et du bien-être de l'enfant mineur frappé d'une incapacité d'exercice générale mais temporaire, doivent agir dans l'intérêt de l'enfant.

Pourtant bien qu'étant incapable, l'enfant mineur peut faire seul les actes qui lui sont personnels - reconnaissance d'enfant, action de recherche de maternité ou de paternité, faire les démarches pour acquérir la nationalité française - à l'exception du don d'organes.

Il serait un non-sens juridique d'obliger l'enfant mineur d'être représenté dans les actes personnels, ce que le professeur Philippe Malaurie corrobore ainsi : *«maintenir l'enfant mineur dans le régime habituel de son incapacité pour les actes personnels serait le frapper d'une incapacité de jouissance»*.

Mais lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie, les parents peuvent se voir retirer partiellement ou totalement l'autorité parentale¹⁹⁴⁰ par le juge notamment quand l'enfant subit des mauvais traitements et que ses parents ont été condamnés pénalement¹⁹⁴¹ mais aussi quand, bien que non condamnés pénalement, ils ont un comportement violent, ou un mode de vie mettant en danger leur enfant mineur¹⁹⁴² de par la consommation d'alcool ou de stupéfiants.

Tout comme l'intérêt de l'enfant mineur peut également justifier des mesures d'assistance éducatives décidées par le juge des enfants.

Enfin l'autorité parentale¹⁹⁴³ cesse également lorsque l'enfant atteint l'âge de la majorité¹⁹⁴⁴ ou lorsque l'enfant mineur est émancipé¹⁹⁴⁵.

¹⁹³⁹ Art. 371-1 C. civ.

¹⁹⁴⁰ Art. 379-1 C. civ. et 378-1 C. civ.

¹⁹⁴¹ Art. 378-1 C. civ.

¹⁹⁴² Art. 378-1 C. civ.

¹⁹⁴³ Art. 413-7 C. civ.

¹⁹⁴⁴ Art. 414 C. civ.

¹⁹⁴⁵ Art. 413-1 C. civ. (émancipation par le mariage) ; art. 413-2 C. civ. (émancipation judiciaire dès l'âge de seize ans révolus)

Conclusion

La place de l'enfant mineur au sein de notre société n'a cessé d'évoluer jusqu'à devenir une préoccupation essentielle, voir «la» préoccupation essentielle du XXI^{ème} siècle.

De son état quasi inexistant à un véritable statut spécifique mis en place afin d'assurer sa protection et son intérêt, tout en l'autorisant à participer tant à la vie économique, sociale et juridique, le droit positif a dû faire preuve d'ingéniosité et de perspicacité pour que le statut de l'enfant mineur colle à une réalité sociale tout en restant confiné un cadre juridique strict.

Le statut de l'enfant mineur qui aujourd'hui n'est plus à démontrer, aura dû pour exister, attendre précisément le XIX^e, XX^e et XXI^e siècle, pour que des lois essentielles fassent évoluer en droit positif la place de l'enfant au sein de la société.

De cette lente mais fructueuse évolution du droit international, du droit européen ainsi que de notre droit positif, est né un véritable statut pour l'enfant ; statut dont il faut tenir compte et avec lequel il faut composer pour que l'enfant puisse participer aux décisions de sa vie quotidienne.

L'enfant doit être entendu dans toutes les décisions qui le concernent¹⁹⁴⁶ et être associé par ses parents «aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité» mais surtout il doit être entendu et écouté même si son audition ne lie pas le juge qu'il l'auditionne.

Puis à côté de la place de l'enfant est apparu l'intérêt supérieur de l'enfant contenu dans la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) dite aussi convention de New-york qui affirme que «l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale»¹⁹⁴⁷.

¹⁹⁴⁶ Art. 12 CIDE

¹⁹⁴⁷ Art. 3 §1 CIDE

Pendant longtemps la Cour de cassation a refusé l'applicabilité directe de la CIDE, qui comporte d'une part, des droits de l'homme commun à tous les individus quel que soit leur âge, et d'autre part des droits spécifiques aux enfants, mais faisait application des textes issus du droit interne dont certains étaient directement inspirés par la CIDE (notamment l'audition de l'enfant mineur concerné par une procédure judiciaire issue de la loi du 8 janvier 1993, inspiré par l'article 12 de la CIDE).

Bien d'autres lois ont été influencées par la CIDE ; ainsi les lois sur la protection de l'enfance du 2 janvier 2004 (loi n° 2004-1) et du 5 mars 2007 (loi n° 2007-293), les lois du 5 juillet 1996 (loi n° 96-604) et du 6 février 2001 (loi n° 2001-111) sur l'adoption qui ont pris en compte l'intérêt de l'enfant, les lois du 13 décembre 2000 (loi n° 2000-1209) et du 4 juillet 2001 (loi n° 2001-588) relatives à la contraception et à l'interruption volontaire de grossesse et la loi du 4 mars 2002 (loi n° 2002-303) relative aux droits des malades ont toutes trois consacré une plus grande autonomie de l'enfant mineur dans le domaine médical.

La reconnaissance de l'applicabilité directe de la Convention par la Cour de cassation risquait de provoquer un heurt violent entre la législation nationale et le contenu de la Convention ; c'est pourquoi en 1993, dans l'arrêt *Lejeune*¹⁹⁴⁸, la Haute juridiction a affirmé qu'aucune disposition de la Convention n'était pourvue d'applicabilité directe et, toutes les chambres se sont ralliées à la position constante de la première chambre.

Le Conseil d'Etat avait, quant à lui une position plus nuancée, et opérait une distinction entre les différentes dispositions de la Convention afin d'en définir celles qui étaient d'application directe mais la portée de ces décisions était limitée.

Puis en 2005, la Cour de cassation opéra un revirement dans un arrêt du 18 mai 2005¹⁹⁴⁹ en admettant l'applicabilité directe de la Convention, et particulièrement de ses articles 3-1 et 12-2, ce qui mit fin à la divergence entre la haute juridiction et le Conseil d'Etat.

Depuis la Cour veille à ce que les juges du fond se réfèrent à la CIDE dans toutes les décisions rendues concernat les enfants mineurs.

¹⁹⁴⁸ Civ. 1^{ère} 10 mars 1993, D. 1993. 361, cf. not. M.-C. Rondeau-Rivier, «La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors-jeu, D. 1993. Chron. 203 ; C. Neirinck et P. Martin, «Un traité bien mal traité : à propos de l'arrêt Lejeune», JCP 1993, I. 3677 ; J. Massip, commentaire de l'arrêt du 10 mars 1993, D. 1993. 361

¹⁹⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère} 18 mai 2005, JCP 2005. II. 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strikler ; *Dr. fam.* 2005, comm. n° 156, obs. A. Gouttenoire ; JCP 2005. II. 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; D. 2005. 1909, note V. Egéa ; *Defrénois* 2005, p. 1418 et 1493, obs. J. Massip ; RTD civ. 2005. 583 et 585, obs. J. Hauser ; *AJ. fam.* 2005 n° 7-8, p. 274, obs. Th. Fossier ; *Dr. et patr. sept.* 2005, p. 101 et s., obs. Ph. Bonfils

Cette notion de droit international privé a été notamment au cœur de la réforme de l'administration légale de l'enfant mineur issue de l'ordonnance de 2015.

L'intérêt de l'enfant a trouvé un écho sans faille pour la CEDH qui en a fait l'une des références privilégiées, et qui, depuis 1993, date de sa première décision¹⁹⁵⁰ ne dément pas son implication pour son application et son respect car la Convention européenne ne contient que très peu de textes relatifs aux enfants.

Cet intérêt supérieur de l'enfant, bien que non défini par les textes et laissé à l'appréciation souveraine *in concreto* des juges, peut se concevoir notamment comme le bien-être de l'enfant ainsi que son droit à se développer dans un environnement favorable à sa santé physique ou mentale.

Le juge jouit alors d'une grande liberté pour apprécier l'intérêt de l'enfant, ce en quoi certains auteurs y voient une certaine dérive. Pourtant comment pourrait-on définir de manière précise l'intérêt de l'enfant tant il est vaste et dépendant de la situation, du milieu familial, de l'âge, de la culture mais plus encore de la personne même de l'enfant et de la personne future qu'il deviendra.

L'interprétation *a concreto* de l'intérêt de l'enfant relevant de la compétence du juge du fond peut être une grande richesse mais également créer une incertitude.

Qui peut prévoir comment le juge saisi appréhendera l'intérêt supérieur de l'enfant ? La seule certitude que nous avons c'est que la primauté de l'intérêt de l'enfant devra être l'objectif du juge car sinon sa décision encourt la cassation.

Comme notre droit positif prohibe les arrêts de règlement on voit alors la diversité de la jurisprudence pour donner une vie juridique à l'intérêt de l'enfant.

Ce concept qu'est l'intérêt de l'enfant renforce son statut d'enfant en exigeant une protection à la hauteur de l'importance qui lui est accordée au moment présent et dans une perspective future.

Cet intérêt fait corps avec la personne de l'enfant ; il est une fin en soi, car dans toutes les décisions qui intéressent l'enfant le juge ne peut rendre une décision sans que celle-ci ait été dictée par son intérêt.

Il constitue l'arme de protection des droits de l'enfant ; primant tout autre intérêt en concurrence. Seul l'intérêt de l'enfant cède face à l'ordre public.

¹⁹⁵⁰ CEDH Costello-Roberts c/Royaume-Uni 25 mars 1993, JCP 1994, I, 742, obs. F. Sudre

Cet intérêt, qui est au prémice de sa vie va s'étoffer au cours des années à venir et constituera sans nul doute le concept même de l'enfant mineur car il sera partie intégrante de cet enfant.

Enfin l'intérêt et la protection de l'enfant mineur sont l'un et l'autre le pendant de l'autorité parentale ainsi que celui d'une société qui se doit de veiller sur l'enfant car comme le disait si bien Pascal « *l'enfant est un adulte en devenir* ».

Bibliographie

Ouvrages

Par ordre alphabétique :

Ariès (Ph.), L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime, coll. «points» 1973

Aumonier (N.), **Beignier** (B.), **Lettelier** (P.), L'euthanasie, Que sais-je ? PUF, 8^e éd. avril 2017

Azuro (Gilles), **Dockès** (Emmanuel), Droit du travail, Précis Dalloz 2^e éd. 2015

Baruch (Marc-Olivier), Le régime de Vichy» éd. Poche 2017

Battifol (H.) et **Lagarde** (P.), Droit international privé, t. 1, LGDJ, 7^{ème} éd., 1981.

Beauvallet (O), **Lazare** (Sun Yung), La justice des mineurs», éditions Berger-Levrault, septembre 2012

Belrhomari (Nadia) Génome Humain, Espèce Humaine et Droit, préface de Teboul (Gérard), ouvrage publié avec le concours de l'Université Paris-Est. L'Harmattan, 2013.

Benabent (A.), Droit de la Famille, LGDJ, Précis Domat, 3^{ème} éd., 2014

Beignier (Bernard), Liberalités et successions, collection cours éd. Montchrestien, octobre 2012,

Beignier (Bernard), Le droit de la personnalité, PUF, Que sais-je ? 1992

Bernard (Nicolas), Repenser le droit au logement en fonction des plus démunis - un essai d'évolution législative, Bruylant (Emile), janvier 2016

Bigler (Olivier), **Gonin** (Luc), Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), édition LexisNexis 2018

Bloch (Pascale), **Depadt-Sebag** (Valérie), L'identité génétique de la personne entre transparence et opacité, livre auquel a contribué Monsieur le Professeur Hervé **Lécuyer**, Thèmes & commentaires éd. Dalloz-Sirey, novembre 2007

Bonfils (Philippe), **Gouttenoire** (Adeline) Droit des mineurs, Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2014

Boudjemai (Michel), Guide du droit de la famille et de l'enfant, nouvelles formes de parentalité et travail social, éditions ASH professionnels, juin 2012

Bouteille-Brigant (Magali), Le droit court-il après la PMA, Institut Universitaire Varenne, colloques & essais, 1^e éd., mai 2019

Braibant (G.), La Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, coll. «points» Seuil 2003

Brauckmann (Béatrice), **Belhoul** (Salim), L'intérêt de l'enfant, genèse et usage d'une notion équivoque en protection de l'enfance, L'Harmattan, coll. Travail social, avril 2017

Braud (P.), La notion de la liberté publique et ses implications en droit français, Bibliothèque du droit public, LGDJ 1968

Broche (F.), **Muracciole** (J.F.), Histoire de la collaboration 1940-1945, éditions Tallandier 2017

Bruguière (J.M.) et **Gleize** (Bérangère), Droit de la personnalité, Ellipses, 24 février 2015

Brunetti-Pons (Clotilde.), PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?, Mare & Martin, droit privé & sciences criminelles, février 2019,

Cabrillac (Rémy), **Frison-Roche** (M.A.), **Revet** (T.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 15^e éd. 2009

Capitant (H.), **Terré** (F.), **Lequette** (Y.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1, Introduction : Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions, 12^e édition. Dalloz, 2007

Carbonnier (Jean), Droit et passion du droit sous la V^e République, Champs essais, Flammarion, 1996

Carbonnier (Jean), Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^e édition. LGDJ. (Collection Anthologie du droit), 2014

Carbonnier (Jean), Droit civil les personnes, PUF 2^{ème} éd. 2000, n° 58,

Cartier (E.), La transition constitutionnelle en France (1940-1945), préface de M. Verpeaux, LGDJ, coll. Thèses bibliothèque constitutionnelle et de science politique n° 126, déc. 2005, 1^{ère} édition 1, vol. XVI

Chartier (Roger), Les origines culturelles de la révolution française, éd. du Seuil 1990

Chauvin (R.) et Sueur (J.J.), Droit de l'homme et libertés de la personne, Litec 5^e éd. 2007

Colliard (C.A.), Libertés publiques, Dalloz 8^e éd. 2005

Comette (Joël), Duclet (Vincent), Rouso (Henry), La République imaginée (1870-1914), éd. Belin 2014

Cognac (G.) Téboul (G.) Prétot (X), Le préambule de la Constitution de 1946, histoire, analyse et commentaires, Thèmes et commentaires, éd. Dalloz, Sirey Fév. 2001

Cointet (M.), Nouvelle histoire de Vichy, Paris éd. Fayard 2011

Cornu (Gérard), Droit civil, introduction, Les personnes, les biens, 10^e éd., Précis Domat droit privé, Montchrestien, septembre 2001

Cornu (Gérard), Droit civil, la famille, 8^e éd. Paris Montchrestien 2003

Cornu (Gérard), Droit civil, les personnes, LGDJ, collection précis Domat 13^e éd. Août 2007

Courbe (P.), Jault-Seseke (F.), Droit des personnes, de la famille et des incapacités, mémentos Dalloz 10^e éd. sept. 2018

Daadouch (C.), Verdier (P.), De la protection de l'enfance à la protection de l'enfant, Les indispensables, 3^e éd., Berger-Levrault juillet 2018

Decout-Paolini (R.), Saison-Demers (J.) Les dix ans de la loi Léonetti : doit-on légiférer sur la fin de vie ? » LDH éditions, juin 2015

De Ferrière (C.), Le nouveau praticien contenant l'art de procéder dans les matières civiles, criminelles et bénéficiales suivant les nouvelles ordonnances, la mémoire du droit, éd. Expertise 1686

Dekeuwer-Défossez (Françoise), Les droits de l'enfant, Que sais-je ?, 9^e éd. 2004, PUF

Delfosse (Alain), Baillon-Wirtz (Nathalie), La réforme du droit des majeurs protégés, Litec, pratique professionnelle, avril 2009

Delrieu (Sabrina), Zalewski (Vivien), Le droit des mineurs et des majeurs protégés, Elipses Droit Notarial collection dirigée par Raymond Le Guidec, avril 2010,

Del Vecchio (Giorgio), La déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la révolution française, contribution à l'histoire de la civilisation européenne, librairie générale du droit et de jurisprudence, Paris 1968

Denéchère (Yves) et Niget (David), Droit des enfants au XX^e siècle, Pour une histoire transnationale», Presse universitaires de Rennes, 2015

Dhonte-Isnard (Emmanuelle), L'embryon humain in vitro et le droit», préface d'Olivier Moréteau et Jacqueline Rubellin-Devichi, L'Harmattan, Collection éthique & pratiques médicales, juin 2004

Dickès (Jean-Pierre), L'ultime transgression : refaçonner l'homme, préface de Jeanne Smits. Deuxième édition, Editions de Chiré

Dissaux (Nicolas), **Jamin** (Christophe), Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil, Dalloz, août 2016

Duquesne (F.), Droit du travail 2020, Gualino, Collection Mémentos 15^e éd. janvier 2020

Duval-Arnould (Domitille), Le droit de la santé, prise en charge des patients et réparation des dommages liés aux soins, éd. Dalloz, août 2019

Fabre-Magnan (Muriel), La gestation pour autrui : fictions et réalité», Fayard, 2013.

Favenec-Héry (F.), **Verkint** (P.Y.), Droit du travail, LGDJ Manuel 6^e éd. août 2018

Favoreu (L.) et **Alii**, Droit des libertés fondamentales, Dalloz 5^e éd. 2009

Favoreu (L.) et **Philippe** (L.), Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 17^{ème} éd. Dalloz Grands arrêts, sept. 2013

Fenouillet (D.), Droit de la famille, Dalloz, Cours, 3^{ème} éd., 2013.

Furet (F.) et Halévi (R.), Orateurs de la révolution française, Tome I, Les constituants, bibliothèque de la Pléiade, Paris Gallimard 1989

Galliano-Vallisera (R.), La France et les français sous la III^{ème} République 1870-1940, éd. Hachette supérieure 2018

Gareil (L.), «L'exercice de l'autorité parentale» *LGDJ* 2004 p. 232

Gauchet (M.), La Révolution des droits de l'homme, bibliothèque de l'histoire, Paris Gallimard 1989

Gauthier (C.), **Gauthier** (M.), **Gouttenoire** (A.), Mineurs et droits européens, Collection Droits européens, éd. Pedone, mai 2012

Geoffre de la Pradelle (G.), **Noboyet** (M.L.), Droit international privé, LGDJ 5^{ème} édition 2015

Godechot (Marcel), Les constitutions de la France depuis 1789, Garnier-Flammarion 1979

Grandguillot (Dominique), Le droit social, Paris Gullino, coll. «les Zooms» 2013, 15^e éd.

- Hacpille** (Lucie), La question de l'euthanasie – La loi Léonetti et ses perspectives, éditions L'Harmattan, janvier 2013
- Hamadi** (H.), Le statut européen de l'enfant, in le droit et les droits de l'enfant, L'harmattan, coll. Champs libres, 2005,
- Hauriou** (M.), Principe de droit public à usage des étudiants en licence, Paris Sirey 1916
- Heymann-Doot** (A.), Libertés publiques et droits de l'homme, 9^e éd., LGDJ, 2008
- Hubert-Dias** (G.), L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale, Presses université Reims, janvier 2018
- Houte** (A.D.), La France contemporaine, Tome 4, le triomphe de la République 1870-1914, éd. «Points», 2018
- Jellab** (A.), Société française et passions scolaires, l'égalité des chances, éd. Presses universitaires du midi 2016,
- Julliot de la Morandière** (L.), Précis de droit civil, Tome 3, Dalloz 1965, t1, introduction générale, institutions civiles et judiciaires, personnes et famille A. Colin et H. Capitant refondu par Léon Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz 1957
- Korczak** (Janusz), Commissaire aux Droits de l'Homme, Le droit de l'enfant au respect, éditions du Conseil de l'Europe, 2009
- Korczak** (Janusz), Comment aimer un enfant, éd. Réponses Robert Lafont
- Lebreton** (G.), Libertés publiques et droits de l'homme, 8^e éd., Sirey, décembre 2008
- Leclercq** (C.), Libertés publiques, Litec 5^e éd. 2003
- Léger** (Ph.), Production et légitimation d'une réforme : le projet de loi travail, éd. du Croquant 2019
- Legros** (B.), Euthanasie et arrêt de traitement, soins palliatifs et sédations, l'encadrement par le droit de la prise en charge médicale de la fin de vie, éditions LEH, décembre 2011
- Legros** (B.), L'euthanasie et le droit, état des lieux sur un sujet médiatisé, 2^e éd., LEH, décembre 2006
- Leibhard** (C.), Les nouveaux droits du père après la loi du 4 Mars 2002 réformant l'autorité parentale, éd. Delmaz, juin 2002
- Lequette** (Y.), **Mazaud** (D.), L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, éditions Panthéon-Assas, Colloques, avril 2014
- Leray** (G.), Droit du travail, droit des parents, Gereso, Collection l'Essentiel pour agir, 5^e

éd. mars 2019

Leveueur (L.) Intérêts et limites du mandat de protection future in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, liber amicorum, le livre des amis*. Defrénois 2012, p. 571

Loiseau (Grégoire), *Le droit des personnes*, 2^e éd. Editions Ellipses, mai 2020

Loiseau (Gérard), *Le nom objet du contrat*, préface J. Ghestin, LGDJ 1997

Lyon-Caen (Gérard) Tilhet-Pretnor (Jeanne), *Droit social*, Paris, LGDJ, coll. «Manuel», 5^e éd. 1995

McEwan (Ian), *L'intérêt de l'enfant*, Gallimard, coll. Folio avril 2017

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Fulchiron (H.), *Droit de la famille*, 7^e éd. Droit civil, LGDJ, septembre 2020

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), «*Les personnes, les incapacités* », Cujas Paris 1999

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, 8^e éd. LGDJ, 2016

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Stoffel-Munck (Ph.), *Droit des obligations*» 11^e édition, A jour de la réforme du droit des obligations, LGDJ, septembre 2020

Malaurie (Ph.), Fulchiron (H.), *La famille*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2016.

Malinvaud (P.) *Introduction à l'étude du droit*, 10^e éd. Paris, Litec 2004

Marcovitch (Joël), *Droit et devoir du fœtus viable*, 1^{ère} éd. L'Harmattan, collection justice au quotidien, mars 2009,

Marty (G.) et Raymond (P.), *droit civil Les personnes*, 3^{ème} éd. Paris 1976

Massip (J.), *Les incapacités (étude pratique)*, préface J. Carbonnier, éd. Defrénois 2002

Mayeur (J.M.), *La vie politique sous la III^e République*, Poche 1984

Mazeaud (A.), *Droit du travail*, LGDJ Précis Domat 10^e éd. novembre 2016

Mécary (C.), *La GPA, données et pladoyer*, 1^{ère} éd., Dalloz, octobre 2019

Mécary (C.), *PMA et GPA*, préface de Serge Hefez, *Que sais-je ?* 1^{ère} éd. Mai 2019

Moderne (F.), *La convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz 4^{ème} éd. 2019

Morange (J.), *Droit de l'homme et libertés publiques*, PUF «Droit fondamental», 2007

Mouchtouris (A.), Mixité sociale et égalité des chances, éd. Presses universitaires de Perpignan 2008

Mouffe (B.), Le droit à la mort, éd. Bruylant, octobre 2019

Murat-Sempietro (Marie-Pierre), **Trambouze** (Violaine), Le divorce après la loi du 26 mai 2004, pratique notariale, LexisNexis, Litec, mai 2006

Ndior (V.), Les mariages forcés et le droit», collectif, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloques & Essais, juillet 2018

Nierson (R.), Le respect pour le médecin de la volonté du malade, in Mélanges Marty universités des sciences sociales de Toulouse, 1978

Oberdoff (H.) et **Robert** (J.), Libertés fondamentales et droits de l'homme, Montchrestien 8^e éd. 2009

Pauvert (B.), **Latour** (X.), Libertés Publiques et Droits fondamentaux, 4^{ème} édition, Studyrama, 2013. (Panorama du droit)

Piotraut (J.L.), Droit de la propriété intellectuelle, éditions ELIPSES collection dirigée par Armel Pécheul, janvier 2004

Raymond (G.), Droit de l'enfance et de l'adolescence, 5^e éd. Pratique professionnelle, LexisNexis Litec, septembre 2006

Renault-Brahinsky (C.), Le nouveau divorce sans juge, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, 1^{ère} éd., Droit en poche, Galino Lextenso, mai 2017

Renault-Brahinsky (C.), L'essentiel du Droit des personnes 2013-2014», 7^{ème} édition, (Collection Les Carrés), Gualino Lextenso éditions, 2013.

Renucci (J.F.), Droit européen des droits de l'homme, LGDJ traité 2^{ème} éd. 2012

Renucci (J.F.), Droit européen des droits de l'homme, droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH, LGDJ, 8^{ème} éd. 2019

Revillard (M.), Droit international privé et européen : pratique notariale, 9^e éd. Defrénois, mai 2018

Revillard (M.), Les régimes patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé, 1^{ère} éd. Defrénois, collection Expertise Notariale, juillet 2020

Rials (S.), La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Hachette, Paris 1988

Rochfeld (J.), Les grandes notions de droit privé, Thémis droit, éd. Broché 2011

Rodière (P.), Droit social de l'union européenne, éd. LGDJ mars 2014

Roques-Bonnet (M.C.), Le droit peut-il ignorer le numérique ?, éd. Michalon 2010, p. 403

Roumainville (C.), Le droit à la culture, une réalité juridique, éd. Bruylant mars 2014

Savaudan (P.), Repenser l'égalité des chances, éd. Grasset 2007

Servais (J.M.), Droit social de l'union européenne, éd. Bruylant 2017

Siffrein-Blanc (C.), **Réglier** (A.C) L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?, Institut universitaire Varenne, Colloques & Essais, 1^{ère} éd. octobre 2018

Simler (Ph.), Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations, LexisNexis 2^e éd. nov. 2018

Sudre (F.), Droit international et européen des droits de l'homme, PUF, 5^{ème} édition 2001

Sudre (F.), Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, coll. «Droits fondamentaux», 12^{ème} éd. 2015

Teboul (G.), Le préambule de la Constitution de 1946, histoire, analyse et commentaires, Thèmes et commentaires, éd. Dalloz 2001

Terré (François), **Fenouillet** (Dominique), Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, 7^e éd. octobre 2001

Terré (F.), **Simler** (Ph.), Les régimes matrimoniaux, 3^e éd. Précis Dalloz, décembre 2001

Théry (I.), Mariage et filiation pour tous, une métamorphose inachevée, Seuil, La République des idées, mai 2016

Verhellen (E.), La convention relative aux droits de l'enfant : contexte, motifs stratégiques, grandes lignes, éd. Louvain Garant 1999

Villey (M.) Philosophie du droit, Définition et fin du droit, 4^{ème} éd. Paris Dalloz 1986

Voirin (P.), **Goubeaux** (G.), Droit civil - Personnes - Famille - Incapacités - Biens - Obligations - Sûretés, Tome 1, 28^e éd., LGDJ septembre 2001

Voirin (P.), **Goubeaux** (G.), Droit civil, régimes matrimoniaux, successions, libéralités, Tome 2, LGDJ, éd. Août 2018

Voirin (P.), **Goubeaux** (G.), Droit civil, Régimes matrimoniaux - Successions - Libéralités, 31^e éd., LGDJ août 2020

Youf (D.), Penser les droits de l'enfant, coll. « Questions d'éthique », PUF 2002

Traités

Burdeau (G.), Traité de science politique, l'Etat libéral, Tome 6, LGDJ 1987

Duguit (L.), Traité de droit constitutionnel, éd. 1923, Tome III

Hauser (J.), **Huet-Weiller** (D.), Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille, LGDJ, 2ème éd., 1993.

Planiol (M.) «Traité élémentaire du droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit», t. 1, la famille, les incapacités, les biens, 2^e éd. Paris LGDJ 1925

Robert (P.), Traité de droit des mineurs, Cujas 1969

Saint-Pau (J.C.), Droit de la personnalité, Traité, juillet 2013

Ouvrages non juridiques

Balzac (Honoré), la peau de chagrin (1831),

Beccaria (Cesare), Des délits et des peines, 1764,

Goldstein (Joseph), **Freud** (Anne), **J.Solnit** (Albert), Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant», Paris éd. ESF, coll. «La vie de l'enfant» 1983

Hugo (Victor), Les châtimts (1853), Les misérables (1862), Le dernier jour d'un condamé (1829)

Kaplan (J.), L'embryon est-il un être vivant ?, éd. du Félin 2008,

Locke (J.), Essai sur l'entendement humain (1689)

Molière, Le médecin malgré lui (1666), Les fourberies de Scapin (1671), La princesse d'Elide (1664)

Montesquieu L'esprit des lois, publié en 1748

Rousseau (J.J), Emile ou de l'éducation,

Singer (Peter Albert David), Question d'éthique, Bayard Paris 1997

Articles

Ancel (M.), «Essai de synthèse comparative», in *L'adoption dans les législations modernes*, M. Ancel (dir.), Sirey, 1958, p. 3

Audier (J.), «Vie privée et actes de l'état civil», *Mélanges* P. Kayser, PUAM, 1979, t.

1, p.1

Audit (M.), « Bioéthique et droit international privé », *Recueil de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 373, 2015, p. 235

Aufière (P.), **Schellino** (E.), « Etat civil, demande changement de sexe et/ou de prénom », *AJ fam.* 2017, p. 389

Aynès (L.), « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *D.* 2012, p. 2750

Bada (S.L.), « Droit à la connaissance de ses origines (Conv. EDH, art. 8 et 14) : le principe de l'anonymat des donneurs de gamètes passe le cap du Conseil d'État », in *Actualités Droits-Libertés*, lettre du CREDOF, 4 juillet 2013

Badinter (R.), « Le droit au respect de la vie privée », *JCP* 1968.I n° 12 et s.

Baillon-Wirtz (N.), « La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », *Dr. Fam.*, avril 2007, p. 24

Bandrac (M.), **Delaisi de Parseval** (G.), **Depadt-Sebag** (V.), « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui », *D.* 2008, p. 434

Barrière-Brousse (I), « L'enfant et les conventions internationales », *JDI*, 1996, p. 843

Batteur (A.), **Mauger Vielpeau** (L.), **Raoul-Cormeil** (G.), **Frossard** (L.), **Rogue** (F.), « À propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le Code civil du double sens du mot parent est un impératif ! », *Dr. fam.* janvier 2013, p. 12

Batteur (A.), « La carence de l'autorité parentale », *RDLC*, 1^{er} juillet 2008 n° 51, et « L'obligation alimentaire, d'entretien et d'éducation, de l'enfant à l'épreuve de la filiation et de l'autorité parentale », *LPA* 2010, n° 125, p. 30 et « Secret autour de la conception d'un enfant » in *Mélanges Ph. Malaurie*, éd. Defrénois 2005, p. 34

Beague (M.), **Ferrié** (S.-M.), **Houssier** (J.), **Saulier** (M.), « Beau-parent/co-parent », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit de l'engendrement à plusieurs*, H. Fulchiron et J. Sosson, (dir.), Bruylant, 2013, p. 71

Beignier (B) :

- « Vie privée, vie publique » archive philosophique droit 1997,
- « La protection de la vie privée », in *Libertés et droits fondamentaux*, coll. « CRFPA » grand oral », Dalloz 2004, n° 340

Bellivier (F.), **Noiville** (C.), « Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ? », *RDLC* 2008/2, p. 545

Bénabent (A.) « La liberté individuelle dans le mariage », *RTD civ.* 1973, p. 442

Berro-Lefèvre (I.), «Adoption et filiation. Droit à l'enfant, droits de l'enfant ?», in *Mélanges J.P. Costa*, Dalloz, 2011, p. 25

Berthiau (D.), Brunet (L.), «L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.* 2011, p. 1522

Berthier-Lestrade, «La responsabilité civile du fait d'autrui à l'épreuve de la réforme de la protection de l'enfance», *LPA* 25 janvier 2005

Bettio (N.), «Le Droit à l'enfant, nouveau droit de l'Homme ?», *RDP* 1er mars 2010, n° 2, p. 473

Bidaud-Garon (C.), Nourissat (C.), «Des conditions du mariage des français à l'étranger : variation sur la forme et sur le fond», *AJ fam.* 2006, p. 447

Bidaud-Garon (C.), «La force probante des actes de l'état civil étrangers après la loi du 26 novembre 2003», *Rev. Crit. DIP*, 2006, p. 49, et «La reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger », *JCP N*, 2012, p. 1265

Binet (J.-R.) :

- «Le secret des origines», *JCP G* 2012, n° 47, hors-série, p. 1
- «Insémination avec tiers donneur et droit à la connaissance des origines : l'enfant impensé du droit de la bioéthique», *Dr. fam.* janvier 2016, p. 26.
- «PMA, GPA : le droit français est-il cohérent ?», *Le figaro*, 18 mars 2016
- «Quel âge pour accéder à l'assistance médicale à la procréation ?», *Dr. fam.* mai 2017, p. 63.
- «Sexe neutre, un refus catégorique», *Dr. fam.* 2017, étude n° 9
- «La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée de la bioéthique», *Dr. Fam.* 2011, com 211
- «Recherche sur l'embryon : fin d'un symbole éthique et abandon d'une illusion thérapeutique», *JCP G* 2013.905
- «Un nouveau cadre réglementaire pour les recherches sur l'embryon ou menées en matière d'AMP» (D. 11 fév. 2015), *JCP G* 2015.212

Bioy (X.), «La Cour européenne des droits de l'homme et l'assistance médicale à la procréation. Jusqu'où ne pas aller trop loin ?», in *Mélanges C. Nierinck*, LexisNexis, 2015, p. 429

Bonfils (Ph.), «La réforme du droit pénal des mineurs par la loi de 2002», *RJPF* juill.août 2003, P. 6

Boulanger (F.), «Modernisation ou utopie la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002», *D.* 2002, p. 1571

Bourguignon (O.), Rallu (J.L.), Théry (I.), «Du divorce et des enfants», *INED* 1985, p. 34

Breton (A.), «L'absence selon la loi du 28 décembre 1977, variation sur le thème de l'incertitude», *D.* 1978, chron. 241

Brunetti-Pons (C.), «L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ?», *RLDC* 2011, p. 4405, et «Existe-t-il un droit de connaître ses origines ?», in *Le don de gamètes*, A. Mirkovic (dir.), Bruylant, 2014

Byk (C.), «Quelle place pour un troisième sexe en droit positif ? Le droit français à l'aune du droit comparé», in *Mélanges C. Nierinck*, LexisNexis, 2015, p. 171

Carayon (L.), « Interruption volontaire de grossesse et contraception : quel accès à une liberté génésique ? », in *La loi et le genre, Etudes critiques de droit français*, S. Hennette-Vauchez, M. Pichard, D. Roman (dir.), Paris, Editions du CNRS, 2014, p. 107

Carbonnier (J.), «Terre et ciel dans le droit du mariage», in *Mélanges G. Ripert*, LGDJ, 1950, p. 325

Carbonnier (J.), «Les notions à contenu variable dans le droit de la famille», les notions à contenu variable en droit, Bruxelles 1984, P. 99, spéc. 104

Chabert (C.), «Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant», *JCP* 2003.I.129, et «Les conflits de lois», *PUAM* 2001 not n° 690

Caillé (C.), «Commentaire de cassation plénière du 17 novembre 2001» *RGDM* n° 5 2001, p. 69-75 – arrêt Perruche -

Chamettan (E.), «La personne de l'être humain», Laennec 2002/3 (Tome 50), p. 26 à 36

Chénéde (F.) :

- «Les arrêts Menesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme», *D.* 2014, p. 1797,
- «Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA», *AJ fam.* 2014, p. 555
- «L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger, Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation», *D.* 2015, p. 1172.

Cheyne de Beaupré (A.), «La révision de la loi relative à la bioéthique», *D.* 2011.22.17

Colombet (C.), «Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale», *D.* 1971, chron. p. 1

Combret (J.), **Casey** (J.), «Le mandat de protection future», *RJPF* sept. 2007

Comte (Ph.), **Montanier** (J.C.), «Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé», *JCP N* 1986-I.402

Copart (I.), «La parole des enfants», *Revue droit positif* 2005/4 1809-1819

Crépin (Thierry) et **Crétois** (Anne), «La presse et la loi de 1949 entre censure et autocensure», dans *le temps des média* 2003/1 (n°1), p. 55 à 64

Cornu (G.), «L'âge civil» In *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, Dalloz 1961, T II p. 18

Decheix (P.), «Un droit de l'homme mis à mal : le secret professionnel», *D.* 1983.134

Debet (A.), «La Cour européenne des droits de l'homme, les homosexuels et l'adoption», *Dr. fam.* septembre 2002, p. 8.

Delfosse (A.), **Baillon-Wirtz** (N.) «Le mandat de protection future», *JCP G* 2007. 1-147

Delmas-Marty, «A propos du secret professionnel», *D.* 1982.267

Depadt-Sebag, «La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec un donneur : un secret d'ordre public» *D.* 2010.330,

Dekeuwer-Défossez (F.),

- «Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance», *D.* 1992, p. 59,
- «Le secret des origines », in *Secret et justice - Le secret entre éthique et technique*, Publications de l'espace juridique, 1998, p. 185
- «L'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner » *Revue générale de droit médical* 2004 n° 12, p. 99
- «Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille», *Revue trimestrielle du droit* 1995, p. 249, spéc. P. 265
- «Droit des personnes et la famille de 1804 au pacs (et au-delà...)», *Revue le Seuil*, catégorie «pouvoirs» avril 2003, n° 107 p.37 à 53
- L'instrumentalisation du discernement de l'enfant» dans *recherches familiales* 2012/1 n° 9, p. 163 à 171

Dionisi-Peyrusse (A.), «La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international», in *Mélanges P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 157

Dreifuss-Neter (.R.), «Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité», *D.* 2005.1808

Dreyer (E.) «Restaurer le contrôle des publications étrangères», *JCP G* 2006, *Doctrine* p. 1829

Driant (J.-C.), «Les politiques du logement en France, *la documentation française*, collection «Les études de la documentation française», 2^e éd. 2015

Dumortier (T.), «L'intérêt supérieur de l'enfant : les ambivalences d'une

notion protectrice : un séminaire droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant» in *la Revue des droits de l'homme*, n° 3, juin 2013

Dupont-Bouchat (M.-S.), «L'intérêt de l'enfant. Approche historique», in *Droit et intérêts*, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 23

Edel (V.), «L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant», *RRJ* 2009, p. 579

Farge (M.), «Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible», *Dr. fam.* Septembre 2010, p. 23, et «La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français mais prescrit un remède discutable», *RDLF* 2014, chron. n° 21

Fenouillet (D.) :

- «L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit», *Dr. fam.* novembre 2003, p. 4,
- «Respect et protection du corps humain : protection de la personne », *D.* 1997, n°98, p. 17, *Juriclasseur civil*, art. 488 à 514, fasc. 13
- «Le mandat de protection future ou la fausse illusion», *Defrénois* 30 janv. 2009 n° 2, p. 142, spéc. n° 2

Feuillet-Ligier (B.), «Procréation médicalement assistée en France : d'un anonymat absolu à une traçabilité possible», in *Procréation médicalement assistée et anonymat*, panorama international, B. Feuillet-Ligier, (dir.), Bruylant, 2008, p. 256

Flaus-Diem (J.) «vie privée» in *Droit des religions*, CNRS 2^e éd. 2013

Forgeard (M.C.), **Levillan** (N.) «Mandat de protection future et pratique notariale», *Defrénois* 2008-529 s. et 540s.

Fulchiron (H.), **Guilarte Martin-Calero** (C.) «L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille», *Rev. Crit. DIP* 2014, p. 531

Fulchiron (H.) :

- «Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant», *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009 n° 342, p. 15
- «Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ?», in *Mariage Conjugalité, Parenté-Parentalité*, H. Fulchiron (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 1
- «Vers un droit vraiment européen de la famille ? A propos de la construction d'un jus commun familialis dans le cadre de l'Union européenne», in *Mélanges C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 245

- «Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant», *Gaz. Pal* 8 déc. 2009 n° 342, p. 15
- «Le mariage entre personne de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du mariage pour tous», *JDI* n° 4, 2013, Doct. 9
-

Gallmeister (I.), «L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : quelles conséquences sur le droit de la filiation», *D.* 2015, p. 1777, et «Ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes : la boîte de pandore», in *La procréation pour tous ?*, A. Marais (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 31

Ganage (L.), «Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile», *Arch. philo. dr.*, t. 57, Dalloz, 2014, p. 229.

Genin-Méric (R.), «La maxime *locus regit actum* et fondement», *LGDJ* 1976

Geoffre de la Pradelle (G.), **Noboyet** (M.L.) «Droit international privé », *LGDJ*, 5^{ème} éd. n° 51, p. 56

Gobert (M.) :

- «Les incidences juridiques des progrès des sciences biologiques et médicales sur le droit des personnes», in *Génétique, Procréation et Droit*, Actes Sud, 1985, p. 186,
- «Réflexion sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes», *RTD civ.* 1992, p. 513.
- «L'attribution du nom, égalité ou liberté ?», *LPA* 2001, n° 102, p. 4

Godet (P. F.) «Fonctions du secret professionnel : aspects cliniques et réglementaires», *Cahier hospitaliers* n° 179 mai 2002, p. 23

Gouzel (A.), «Les actions en contestation de la filiation, nouveau champ d'intervention pour l'intérêt supérieur de l'enfant ?», *Dr. fam* avril 2014, p. 11

Gouttenoire (A.), **Eudier** (F.), «La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant : une loi impressionniste», *JCP G* 2016, n° 479

Gouttenoire (A.), «Le logement de l'enfant» *AJ fam* 2008, p. 371.

Gouttenoire (A.), «Le contrôle exercé par la Cour de cassation de l'intérêt supérieur de l'enfant», in *Mélanges*, F. Dekeuwer-Défossez, Montchrétien 2013, p. 147

Gomy, «Doit de visite et d'hébergement», *JCP N* 1999

Gridel (J.-P.), «L'âge et la capacité civile», *D.* 1998, p. 90

Grimaldi (M.), «Patronyme et nom de famille : l'attribution du nom», *Defrénois* 1987, I, n° 1425

Groslière (J.), «La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique», *D.* 1991, chron. p. 149

Hauser (J.) :

- «Le droit de la famille et l'utilitarisme, l'avenir du droit», *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, Dalloz et Jurisclasseur 1999
- «Exercice religieux de l'enfant : divergence des parents et liberté individuelle», *RTD. civ* 558, 2008

Hébert (S.), «Le mandat de prévention, une nouvelle forme juridique ?», *D.* 2008.307

Houard (N.), «Construction et mise à l'agenda du droit au logement opposable (DALO) : le rôle des associations », *informations sociales* 2012/4 (n° 172) pages 64 à 73

Huet (J.), «Détournement (bancaire), du mineur», *D.* 1987 chr. P. 215

Jensdottir (R.), «L'intérêt de l'enfant, un dialogue entre théorie et pratique» Conseil de l'europe , 2017, p. 81 à 87

Kayser (P.) :

- «Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques», *RTD. civ* 1971, 445 et s.
- «La défense du nom de la famille d'après la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative», *RTD. civ.* 1959 10 et s.

Kimmer-Alcover (A.), «L'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs, chronique d'un déclin annoncé», *RDSS* 2005 p. 265

Laborde (J.P.) :

- «La nationalité de l'enfant» in le Droit de l'enfant, *Revue Champ libre* (n° 6) L'Harmattan 2007
- « Quelques brèves observations sur les dispositions de droit international privé de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe », *Vulletin du CERFAP* n° 15, 2003

Lamarche (M.) :

- «Actes d'enfant sans vie, livret de famille et certificat médical : peut-on se satisfaire de la nouvelle réglementation ?», *Dr. fam.* 2008, alerte n° 67,
- «Embryons, statut de l'embryon, avortement, acte d'enfant sans vie, libres propos sur un amalgame soi disant juridique», *Dr. fam.* mars 2008, p. 2.

Lambert-Garrel (L.), Violla (F.), «L'exception devenue principe», *D.* 2013.1842

Lebreton (G.), «Le droit de l'enfant au respect de son intérêts supérieur, critique républicaine de la devise individualiste du droit civil français», *cahier de la recherche des droits fondamentaux* n° 2, 2003, p. 79

Lemarié (A.), Goar (M.) «Le projet de loi sur le droit du travail, l'opposition se méfie», *Le Monde* 26 février 2016

Lepage (A.), «Les droits de la personnalité», *Rep. Civ. Dalloz* 2009 n° 95

Leroy, «Le secret professionnel en matière médicale», *Gaz-Pal* 1983 2è sem. Doct. 339

Levinet (M.), «La Convention européenne des droits de l'homme et le droit d'avoir un enfant ?», in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, H. Fulchiron (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 133

Lévy (J.-P.), «Les idées de Portalis sur le mariage», in *Le discours et le Code*, Portalis deux siècles après le Code Napoléon, Litec, 2004, p. 103

Libchaber (R.), «La notion de mariage civil», in *Mélanges P. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 325

Leibhard (C.), «Le rôle du juge aux affaires familiales», *Economica* 1985, P. 128

Lindon (R.) «La presse et la vie privée», *JCP* 1965, II, 1887

Loiseau (G.) :

- «L'acte II d'enfant sans vie», *Dr. fam.* 2008, comm. n° 135
- «Les métamorphoses de la protection de la vie privée à l'heure du numérique », *Légipresese* 2011.345

Malaurie (Ph.), «La Cour européenne des droits de l'Homme et le « droit » de connaître ses origines», *JCP G* 2003, I, n° 120.

Massip (J.) :

- «Le nouveau droit de la filiation», *Defrénois*, octobre 2006,
- «Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993», *Gaz. Pal* 1993, doct. n° 1120,
- «L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique, et à la procréation médicalement assistée», *Defrénois* 1995, p. 129,
- «Possession d'état, nom et état civil», *Dr. fam.* octobre 2000, p. 4
- «Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993», *Rep. Def.* 1993, I, p. 609 et art. 35559
- «Le mandat de protection future», *Les Petites Affiches* 28 mars 2005 n° 63

Marguénaud (J.-P.), «Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps», *Esprit* 2009/1, n° 49, p. 19

Mathieu (B.), «La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ?», *D.* 1996, chron. p. 61. 2013, n° 5

Mignot (J.F.), «L'adoption internationale dans le monde : les raisons du déclin », *Populations et sociétés*, Ined, février 2015, p. 519

Molfessis (N.), «La réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel»

JCP 2000, I

Murat (P.) :

- «L'état des devoirs légaux des parents envers leurs enfants», in *Etre parent aujourd'hui*, P. Jacques, (dir.), Dalloz, Thème et commentaires, 2010, p. 49,
- «La contestation de la filiation, le changement de nom et l'applicabilité de l'article 3.1 CIDE», *Dr. fam.* juin 2010, p. 36,
- «L'effectivité du droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux en droit positif», *LPA* 7 octobre 2010, p. 17

Nierinck (C.) :

- «La dignité de la personne humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique», in *Mélanges C. Bolze*, Economica, 1999, p. 39
- «La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat : la découverte de la face cachée de la Lune ?», *RDSS* 2002, n° 2, p. 189
- «Un traité bien mal traité – à propos de l'arrêt Lejeune», *JCP* 1993.I.3677
- «Les droits des parents d'enfants en âge scolaire», *Dc. Fam* 2011, étude n° 18
- «A propos de l'intérêt de l'enfant» in *le Droit* au respect de la vie familiale au sens de la CEDH, p. 25 et s.

Oliengo (A.D.), «L'applicabilité directe de la Convention internationale des droits de l'enfant devant le juge français», *RTDH* 1995, p. 678

Papi (S.), «Normes islamiques et droit interne en France : de quelques zones de confluences», dans *Droit des Sociétés* 2014/3 (n° 88), p. 689 à 708

Pelloux (R.), «Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1982» *AFDI* 1983 p. 245, p. 265

Perreau (E.), «Les droits de la personnalité», *RTD. civ* 1909.51

Pisier-Houcher (E.), «Protection de la jeunesse et contrôle des publications», *Rev. Int. du droit d'auteur* LXXXVI, avril 1973, p. 55 et plus précisément p. 103 et s.

Renchon (J.-L.), «Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ?», *LPA* 7 octobre 2010, p. 29

Rizzo (F.), «Les obligations bancaires du mineur émancipé», *RJPF* 2000 4/12

Rondeau-Rivier, «La Convention des Nations-Unies sur les droits des enfants devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu», *D.* 1993, Chron. 203

Rubellin-Devichi (J.) :

- «La réception des conventions internationales par les juges français en droit de la famille» Chron. *Dr. Fam.* *JCP* 1993.I. 3688
- «Une importante réforme réforme en droit de la famille : la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993», *JCP* 1993, éd. G.I.365

Saint-Pau (J.C.) «L'article 9 du Code civil : une matrice des droits de la personnalité»,

D. 1999, p. 541

Salvage-Gerest (P.) :

- « Les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel du mineur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence », *Droit de la famille*, mars 2009, n° 3, étude 17, spéc. n° 17
- « Emancipation », *J. Cl. civ.* art 476 à 487

Simler (P.), Hilt (P.), «Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage», *JCP G* 2006, I, n° 161.

Terré (F.), «Les célibataires» *Mélanges Flattet*, Lausanne 1985, p. 111 et s.

Théry (J.) «La référence de l'interprète de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés nouveaux droits de l'enfant, la protection magique», revue esprit mars-avril 1992

Tzitzis (S.), «Néantiser la vie, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2002», *RPDP* 2003 p. 785

Vignon-Barrault «Réforme de la responsabilité des parents», *RDLC* 2008/51, suppl. n° 3081 (autorité parentale)

Viriot-Barrial (D.), «Commentaire de la 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», *D.* 2006, chron. 2350

Woehring (J.M.), Gaudemet (Y.), Ferrari (S.), «Laïcité, neutralité» in *droit des religions* CNRS 2^e éd. 2013

Youf (D.), «La Convention internationale des droits de l'enfant, ses raisons d'être», *LPA* n° 2°10, n° 200, p. 3

Zematten (J.), «Le cadre international des droits de l'enfant», dans les *Cahiers Dynamiques* 2016/2 n° 69 et «Intérêt de l'enfant ou intérêt sécuritaire» *Droit de l'enfant*, dans *Cahiers Dynamiques* 2009/1 n° 43

Documentation complémentaire

Thèses

Ancel (P.), L'indisponibilité des droits de la personnalité - Une étude critique des droits de la personnalité» Thèse Dijon 1978

Cabrillac (F.), Le droit et le corps humain, Thèse Montpellier 1962

Fortuné (M.L.), L'enfant et l'argent, Thèse Toulouse 1997

Hilger (Geoffrey), L'enfant victime de sa famille, Thèse Lille 2014

Honhon (Y.), L'enfant et le droit, Thèse Nantes 2009

Youf (D.), Introduction à la philosophie des droits de l'enfant, Thèse Caen 1997

Encyclopédie

Encyclopédie Dalloz, Rép. Civ. V° personnalités (droits de la), D. Tallon, octobre 1996, n° 155 p. 25

Divers

LA SEMAINE JURIDIQUE jurisqueur sur la réforme de la protection des majeurs.
Le **TOUT LYON** n° 4775 du Samedi 16 Février 2008 – article sur le mandat de protection future.

Le **TOUT LYON** n° 4818 du Samedi 13 Décembre 2008 – article sur le mandat de protection future.

Jurisprudences citées

Cour de cassation : 1^{ère} chambre civile

Civ. 25 juin 1902, arrêt Lecoq, DP 1903 1.p

Civ. 1^{ère} 22 juin 1955, arrêt Caraslanis, Gadip n° 27, n° 100 ; D 1971, som. 159.

Civ. 1^{ère} 13 février 1961, Bull. n° 97

Civ. 1^{ère} 10 décembre 1962, Bull. civ. I, n° 258

Civ. 1^{ère} 7 avril 1965, Bull. civ. 65.I n° 257

Civ. 1^{ère} 28 juin 1965, Bull. civ. I, n° 244

Civ. 1^{ère} 4 octobre 1967, Bull. N 277

Civ. 1^{ère} 22 janvier 1968, n° 68-12.308, N 27

Civ. 1^{ère} 31 janvier 1968, Bull. civ. N° 41

Civ. 1^{ère} 5 février 1968, (prince du Luxembourg), Bull. N° 49

Civ. 1^{ère} 18 novembre 1969, n° 68-11.144, Bull. civ. N° 349

Civ. 1^{ère} 10 mars 1971, n° 69-12.132, Bull. civ. I, N° 78

Civ. 1^{ère} 23 mars 1971, n° 69-11.923, Bull. civ. I, N° 100

Civ. 1^{ère} 14 décembre 1971, n° 70-12.339, Bull. civ. 1, N 320

Civ. 1^{ère} 9 mai 1972, n° 71-10361, Bull. civ. I, n° 122,

Civ. 1^{ère} 18 mai 1972, n° 70-13.377, Bull. civ. N 134 p. 118

Civ. 1^{ère} 24 juillet 1973, Bull. civ. 1, N° 253

Civ. 1^{ère} 7 novembre 1973, n° 72-80.019, Bull. civ. I, N° 297

Civ. 1^{ère} 8 janvier 1974, n° 72-12.612, Bull. civ. 1, n° 10

Civ. 1^{ère} 14 mai 1974, n° 72-14.668, Bull. civ. 1 N 148

Civ. 1^{ère} 7 janvier 1975, n° 73-13.793, Bull. civ. I, n° 6

Civ. 1^{ère} 29 janvier 1975, n° 72-13.326, Bull. civ. 1, N 42

Civ. 1^{ère} 19 février 1975, n° 73-13.761, Bull. civ. 1, N 70

Civ. 1^{ère} 11 mai 1976, n° 75-80.002, Bull. civ. 1, N° 162

- Civ. 1^{ère} 17 juin 1976**, n°74-12.212, Bull. civ. 1, N° 4
Civ. 1^{ère} 23 novembre 1976, n° 75-80.011, Bull. civ. I, N° 357
Civ. 1^{ère} 16 février 1977, n° 75-80.020, Bull. civ. I, N° 90
Civ. 1^{ère} 11 novembre 1978, n° 77-12.183, Bull. civ. N° 346
Civ. 1^{ère} 15 janvier 1980, n° 78-15.084, Bull. civ. 1, N 26
Civ. 1^{ère} 12 février 1980, n° 78-14.347, Bull. civ. I, n° 50
Cv. 1^{ère} 26 mars 1980, n° 78-13.373, Bull. civ. I N° 104
Civ. 1^{ère} 28 mai 1980, n° 79-12.784, Bull. civ. 1, N 159
Civ. 1^{ère} 17 novembre 1981, n° 80-14.728, Bull. civ. I, N° 341
Civ. 1^{ère} 14 avril 1982, n° 80-80.014 et n° 80-80.015 Bull. civ. 1,
N° 125
Civ. 1^{ère} 25 mai 1982, n° 81-12.972, Bull. civ. n° 192
Civ. 1^{ère} 8 novembre 1982, n° 80.12-309,
Civ. 1^{ère} 28 juin 1983, n° 82-12.926, Bull. civ. I, n° 190
Civ. 1^{ère} 29 juin 1983, n° 82-14.941, Bull. civ. 1, n° 194
Civ. 1^{ère} 16 octobre 1984, n° 83-11.786, Bull. civ. 1984. I. N° 268
Civ. 1^{ère} 28 novembre 1984, n° 83-14.046, Bull. civ. I n° 321, D 1985.513
Civ. 1^{ère} 18 octobre 1985, n° 85-80.002, Vull. 1985, I, N° 247
Civ. 1^{ère} 17 juin 1986, n° 84-17.292, Bull. civ. I, N° 174
Civ. 1^{ère} 8 octobre 1986, n° 84-80.007, Bull. civ. I, N° 225
Civ. 1^{ère} 18 novembre 1986, n° 85-11.360, Bull. 1986, I, N° 264
Civ. 1^{ère} 8 décembre 1987, n° 86-12.426, Bull. civ. I, n° 333
Civ. 1^{ère} 9 février 1988, n° 86-17.727, Bull. 1988, I, N° 37
Civ. 1^{ère} 16 février 1988, n° 86-14.183, Bull. 1988, I, N° 43
Civ. 1^{ère} 14 juin 1988, n° 87-05.027, Bull. 1988, I, N° 186
Civ. 1^{ère} 4 octobre 1989 n° 87-19.658, Bull. I n° 307
Civ. 1^{ère} 6 décembre 1989, n° 87-15.888, Bull. civ. I n° 381
Civ. 1^{ère} 13 décembre 1989, n° 88-15.655, Bull. civ. I, 387, p. 260
Civ. 1^{ère} 14 février 1990, n° 85-050.74
Civ. 1^{ère} 6 mars 1990, n° 88-15.150, Bull. civ.1990, I, N° 62 p. 46
Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, n° 89.19-818, Bull. civ. 1992, I, N° 173, p. 114
Civ. 1^{ère} 11 juin 1991, n° 89-20.878, Bull. 1991, I, N° 196
Civ. 1^{ère} 11 juin 1991, n° 89-16.107, Bull. 1991, I, N° 197
Civ. 1^{ère} 9 juillet 1991, n° 90-12.503, Bull. civ. I, n° 232
Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, n° 90-14.415, Bull. 1991, I, N° 257
Civ. 1^{ère} 28 janvier 1992, n° 89-17.928, Bull. 1992, 1, n° 32
Civ. 1^{ère} 31 mars 1992, n° 90-17.212, Bull. civ. I, N° 96
Civ. 1^{ère} 13 octobre 1992, n° 90-18.404, Bull. civ. I, n° 251
Civ. 1^{ère} 2 décembre 1992, n° 91-11.428, Bull. 1992, I, N° 299
Civ. 1^{ère} 10 mars 1993, n° 91-11.311., Bull. 1993, I n° 103 (arrêt Lejeune)
Civ. 1^{ère} 24 novembre 1993, n° 91-16.662, Bull. 1993, I, N° 340
Civ. 1^{ère} 6 janvier 1994, n° 92-17.685, Bull. 1994, I, n° 143
Civ. 1^{ère} 6 avril 1994, n° 92-17.685, Bull. 1994, I, N° 105
Civ. 1^{ère} 12 juillet 1994, n° 92-16.659, Bull. civ. I, 252
Civ. 1^{ère} 13 décembre 1994, n° 92-16.106, inédit
Civ. 1^{ère} 14 mars 1995, n° 92-21.226, Bull. 1995, I, N° 125
Civ. 1^{ère} 28 mars 1995, n° 94-05.024, Bull. 1995, I, N° 141
Civ. 1^{ère} 12 avril 1995, n° 92-11.950, Bull. civ. I, n° 79

- Civ. 1^{ère} 20 juin 1995**, n° 93-17.865, Bull. civ. 1995, I, n° 272
Civ. 1^{ère} 4 juillet 1995, n° 93-15.005, Bull. 1995, I, N° 291
Civ. 1^{ère} 24 octobre 1995, n° 93-20.433, Bull. 1995, I, N° 373
Civ. 1^{ère} 21 novembre 1995, n° 94-05.102, Bull. 1995, I, N° 418
Civ. 1^{ère} 9 janvier 1996, n° 94-15.998, Bull. civ. I, n° 21
Civ. 1^{ère} 5 novembre 1996, n° 94-14.798, Bull. civ. 1996, I, N° 378
Civ. 1^{ère} 6 mai 1997, n° 95-13.804, Bull. civ. I, N° 146
Civ. 1^{ère} 2 décembre 1997, n° 96-10.494, inédit
Civ. 1^{ère} 10 février 1998, n° 97-05.042, inédit
Civ. 1^{ère} 10 mars 1998, n° 96-15.829, Bull. civ. I, n° 101
Civ. 1^{ère} 3 juin 1998, n° 96-15.833, Bull. 1998, I, N° 196
Civ. 1^{ère} 6 octobre 1998, n° 96-13.600, Bull. Civ., I, N° 274
Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, n° 96-19.759, Dr. fam. 1999 n° 58, RTD. civ. 1999.814
Civ. 1^{ère} 22 mars 1999, n° 97-15.958, Bull. 1999, I, N° 76
Civ. 1^{ère} 22 juin 1999, n° 97-14.794, Bull. 1999, I, N° 211
Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, n° 97-16.654, inédit
Civ. 1^{ère} 15 juillet 1999, n° 99-10.269, Bull. 1999, I, N° 244
Civ. 1^{ère} 22 février 2000, n° 98-12.338, Bull. 2000. I n° 54
Civ. 1^{ère} 28 mars 2000, n° 98-12.806, Bull. 2000, I, n° 103 (droit d'accès à la filiation)
Civ. 1^{ère} 18 juillet 2000, n° 98-15.265, Bull. 2000, I, n° 215
Civ. 1^{ère} 14 novembre 2000, n° 98-22.356 inédit
Civ. 1^{ère} 12 décembre 2000, n° 98-21.161, Bull. civ. 2000, I, N° 321
Civ. 1^{ère} 12 juin 2001, n° 99-05.076, inédit
Civ. 1^{ère} 12 juillet 2001, n° 99-14.082, Bull. civ. I, N° 223
Civ. 1^{ère} 29 janvier 2002, n° 99-21.134 et n° 99-21.135, Bull. civ. I, N° 32
Civ. 1^{ère} 5 février 2002, n° 00-14.052, inédit
Civ. 1^{ère} 3 avril 2002, n° 99-19.852, Bull. civ. I, n° 110
Civ. 1^{ère} 25 juin 2002, n° 01-01.093, Bull. civ. I n° 171, D 2002.2359
Civ. 1^{ère} 25 novembre 2003, n° 02-12.942, Bull. civ. I, N° 236
Civ. 1^{ère} 17 février 2004, n° 02-10.755, Bull. 2004, I, N° 50
Civ. 1^{ère} 3 novembre 2004, n° 03-05.056, Bull. 2004, I, N° 264
Civ. 1^{ère} 8 janvier 2005, n° 02-18.360, Bull. 2005, I, n° 404
Civ. 1^{ère} 13 février 2005, n° 02-21.259, Bull. 2005, I, N 495
Civ. 1^{ère} 22 mars 2005, n° 03.13-135, Bull. 2005, I, I, N 40
Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, n° 02-16.336, Bull. 2005, I, N° 211
Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, n° 02-20.613, Bull. 2005, I, N° 212
Civ. 1^{ère} 14 juin 2005, n° 04-16.942, Bull. 2005, I, N° 245
Civ. 1^{ère} 13 juillet 2005, n° 05-10.519 et n° 05-10.521, Bull. 2005, I, n° 334
Civ. 1^{ère} 8 novembre 2005 n° 02-18.360, Bull. 2005, I, n° 404
Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005, n° 03-17.912, Bull. 2005, I, N° 434
Civ. 1^{ère} 29 novembre 2005, n° 03-14.989, Bull. civ. I, n° 459
Civ. 1^{ère} 17 janvier 2006, n° 03-14.421, Bull. 2006, I, N° 10
Civ. 1^{ère} 31 janvier 2006, n° 02-19.398, Bull. 2006, I, N° 47
Civ. 1^{ère} 24 février 2006, n° 04-17.090, Bull. 2006, I, N° 101
Civ. 1^{ère} 28 février 2006, n° 05-11.330, Bull. 2006, I, N° 124
Civ. 1^{ère} 14 mars 2006, n° 03-19-728, Bull. civ. n° 148
Civ. 1^{ère} 28 mars 2006, n° 03-10.072, Bull. 2006, I, N° 184
Civ. 1^{ère} 7 avril 2006, n° 05-11.285, Bull. 2006, I, n° 195 (arrêt Benjamin)

- Civ. 1^{ère} 23 mai 2006**, n° 05-17.856, inédit
Civ. 1^{ère} 7 juin 2006, n° 03-14.884, Bull. civ.I, N° 295
Civ. 1^{ère} 12 juillet 2006, n° 05-17.704, Bull. 2006. I N° 395
Civ. 1^{ère} 7 novembre 2006, n° 05-12.788, Bull. civ. 2006, I, N° 466
Civ. 1^{ère} 12 décembre 2006, n° 04-20.719, Bull. civ. I, n° 551,
Civ. 1^{ère} 20 février 2007, n° 05-18.066, Bull. 2007, I, N° 67
Civ. 1^{ère} 20 février 2007, n° 06-14.643, Bull. 2007, I, N° 63
Civ. 1^{ère} 27 février 2007, n° 06-10.393, Bull. civ. 2007, I, N° 85
Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, n° 05-16.627, Bull. 2007, I, N° 113
Civ. 1^{ère} 13 mars 2007, n° 06-17.869, Bull. 2007, I, n°103
Civ. 1^{ère} 25 avril 2007, n° 06-13.284, Bull. 2007, I, N° 158
Civ. 1^{ère} 25 avril 2007, n° 06-16.886, Bull. 2007, I, N° 156
Civ. 1^{ère} 22 mai 2007, n° 05-20.953, Bull. 2007, I, n° 197
Civ. 1^{ère} 14 novembre 2007, n° 06-18.104, Bull. civ. 2007, I n° 358
Civ. 1^{ère} 16 avril 2008, n° 07-16.105, Bull. civ. I, n° 121
Civ. 1^{ère} 6 février 2008, n° 06-16.498, Bull. 2008, I, N° 41
Civ. 1^{ère} 6 février 2008, n° 06-16.499, Bull. 2008, I, N° 42
Civ. 1^{ère} 6 février 2008, n° 06-16.500, Bull. 2008, I, N° 43
Civ. 1^{ère} 22 mai 2008, n° 05-10.593, inédit
Civ. 1^{ère} 22 mai 2008, n° 06-10.967, Bull. 2008, I, N° 149
Civ. 1^{ère} 22 mai 2008, n° 06-14.962, Bull. 2008, I, N° 147
Civ. 1^{ère} 22 mai 2008, n° 06-18.848, Inédit
Civ. 1^{ère} 9 juillet 2008, n° 07-19.079, Bull. 2008, I, n° 193
Civ. 1^{ère} 11 décembre 2008, n° 07-19.494, Bull. civ. 2008, I, n° 282
Civ. 1^{ère} 12 décembre 2008, arrêt Mennesson et **Cass. civ. 1^{ère} 6 avril 2011**(arrêt Mennesson)
Civ. 1^{ère} 13 novembre 2008, n° 06-16.278, Bull. civ. 2008, I, n° 259
Civ. 1^{ère} 14 janvier 2009, n° 07-16.451, Bull. 2009, I, N° 6 (Etre et avoir)
Civ. 1^{ère} 11 février 2009, n° 08-10.387, Bull. 2009, I, n° 27
Civ. 1^{ère} 11 février 2009, n° 07-22.421, Bull. civ. I, n° 30
Civ. 1^{ère} 9 juillet 2009, n° 07-19.758, Bull. civ. 2009, I, n° 175
Civ. 1^{ère} 9 juillet 2009, n° 08-11.073, Bull. 2009, I, n° 176
Civ. 1^{ère} 14 octobre 2009, n° 17-14.955, inédit
Civ. 1^{ère} 19 novembre 2009, pourvoi n° 09-68.179, inédit
Civ. 1^{ère} 3 janvier 2010, n° 09-13.390, Bull. civ. 2010, I, n° 3
Civ. 1^{ère} 6 janvier 2010, n° 08-18.871, Bull. 2010.I n°3
Civ. 1^{ère} 3 mars 2010, n° 08-21.059, inédit
Civ. 1^{ère} 14 avril 2010, n° 08-21.312, Bull. 2010, I, n° 95
Civ. 1^{ère} 20 mai 2010, n° 09-65.045, Bull. civ. I n° 118
Civ. 1^{ère} 27 mai 2010, n° 09-65.208, Bull. 2010, I, N° 120
Civ. 1^{ère} 9 juin 2010, n° 09-13.390, Bull. civ. 2010, I, n° 130
Civ. 1^{ère} 8 juillet 2010, n° 09-12.623, Bull. 2010, I, n° 158
Civ. 1^{ère} 16 septembre 2010 n° 09-67.456, Bull. civ. 2010.I n°174 (Our body)
Civ. 1^{ère} 17 novembre 2010 n° 09-68.292, Bull. I n° 235
Civ. 1^{ère} 15 décembre 2010, n° 09-16.968, Bull. 2010, I, n° 264
Civ. 1^{ère} 26 janvier 2011, n° 09-13.138, Bull. 2011, I, n° 17
Civ. 1^{ère} 6 avril 2011, n° 10-19.053, Bull. 2011, I, N° 72
Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 2011, n° 10-16.482, Bull. 2011, I, n° 101

- Civ. 1^{ère} 29 juin 2011**, n° 10-16.925, inédit
Civ. 1^{ère} 28 septembre 2011, n° 10-23.502, inédit
Civ. 1^{ère} 26 octobre 2011, n° 10-25.285, Bull. 2011, I, n° 184
Civ. 1^{ère} 4 novembre 2011, n° 10-24.761, Bull. civ. I n° 196
Civ. 1^{ère} 23 novembre 2011, n° 10-26.271, inédit
Civ. 1^{ère} 18 janvier 2012, n° 10-30.910, Bull. 2012, n° 6
Civ. 1^{ère} 15 février 2012, n° 10-27.512 et n° 11-19.963, Bull. civ. 2012, I, N° 32 (prénom Titeuf)
Civ. 1^{ère} 7 juin 2012, n° 10-26.947 et n° 11-22.490, Bull. civ. I n° 123 et 124
Civ. 1^{ère} 4 juillet 2012, n° 11-13.384, Bull. civ. I, n° 155
Civ. 1^{ère} 26 septembre 2012, n° 11-17.738, Bull. 2012, I, n° 187
Civ. 1^{ère} 3 novembre 2012, n° 11-18.529, Bull. 2012, I, n° 232
Civ. 1^{ère} 19 décembre 2012, n° 09-15.606, Bull. 2012, I, n° 267
Civ. 1^{ère} 19 décembre 2012, n° 11-19.771, inédit
Civ. 1^{ère} 30 janvier 2013, n° 11-27.179 inédit
Civ. 1^{ère} 13 février 2013, n° 11-14.515, Bull. civ. 2013, I n° 13
Civ. 1^{ère} 13 février 2013, n° 12-11.949, Bull. 2013, I, n° 14
Civ. 1^{ère} 10 avril 2013, n° 11-19.530, Bull. civ. 2013, I, n° 70
Civ. 1^{ère} 29 mai 2013, n° 12-20.903, Bull. 2013, I, n° 116
Civ. 1^{ère} 29 mai 2013, n° 12-10.027, Bull. civ. 2013, I, n° 115
Civ. 1^{ère} 12 juin 2013, n° 12-11.724, Bull. 2013, I, n° 127
Civ. 1^{ère} 26 juin 2013, n° 12-14.392, Bull. 2013, I, n° 134
Civ. 1^{ère} 12 juillet 2013, n° 12-21.314, Bull. 2013, I, n° 157
Civ. 1^{ère} 25 septembre 2013, n° 12-22.972, inédit
Civ. 1^{ère} 4 décembre 2013, n° 12.26-161, Bull. 2013, I, n° 235
Civ. 1^{ère} 19 mars 2014, n° 13-14.989, Bull. civ. I, n° 46
Civ. 1^{ère} 13 novembre 2014, n° 13-21.018, Bull. 2014, I, n° 188
Civ. 1^{ère} 28 janvier 2015, n° 15.50-059, Bull. civ. 2015, I n° 20
Civ. 1^{ère} 15 mars 2015, n° 13-27.898, Bull. 2015, I, n° 89
Civ. 1^{ère} 18 mars 2015, n°14-11.392, Bull. 2015, I, n° 58
Civ. 1^{ère} 15 avril 2015, n° 13-27.898, Bull. 2015, I, n°89
Civ. 1^{ère} 15 avril 2015, n° 14-15.369, inédit
Civ. 1^{ère} 10 juin 2015, n° 14-12.592, Bull. civ. n° 6, I, n° 137
Civ. 1^{ère} 23 septembre 2015, n° 14-14.539 inédit
Civ. 1^{ère} 23 septembre 2015, n° 14-23.724, Bull. 2015 I, N° 212
Civ. 1^{ère} 23 septembre 2015, n° 14-16.425 et n° 14-24.267,
Civ. 1^{ère} 17 mars 2016, n° 15-14.072, Bull. 1016 n° 846, I n° 1033
Civ. 1^{ère} 13 avril 2016, n° 15-50.016, Bull. 2016 n° 849
Civ. 1^{ère} 22 juin 2016, n° 15-22.345, inédit
Civ. 1^{ère} 21 septembre 2016, n° 15-20.319, inédit
Civ. 1^{ère} 21 septembre 2016, n° 15-25.252, inédit
Civ. 1^{ère} 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-22.996
Civ. 1^{ère} 8 décembre 2016, n° 15-27.201
Civ. 1^{ère} 4 janvier 2017, n° 15-28.935
Civ. 1^{ère} 8 mars 2017, n° 16-13.032,
Civ. 1^{ère} 4 mai 2017, n° 16-17.189
Civ. 1^{ère} 4 mai 2017, n° 16-16.709
Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 2017, n° 15-29272, inédit

- Civ. 1^{ère} 5 juillet 2017**, n°15-28.597, Bull. 2017, I, n°163, n° 16-16.901 et 16-50.025, Bull. 2017, I, n° 164 et n° 16-16455, Bull. 2017, I, n° 165
- Civ. 1^{ère} 13 septembre 2017**, n° 16-18.277 inédit
- Civ. 1^{ère} 14 septembre 2017**, n° 17-12.518, Bull. civ. 2017, I, N° 191
- Civ. 1^{ère} 16 novembre 2017**, n° 17-24.072 (compétence juge aux affaires familiales et juge des enfants)
- Civ. 1^{ère} 13 décembre 2017**, n° 16-27.216, Bull. 2017, I n° 248
- Civ. 1^{ère} 10 janvier 2018**, n° 16-26.001, Bull. 2018, I, n° 3
- Civ. 1^{ère} 21 mars 2018**, n° 16-28.741, Bull. 2018, I, n° 56
- Civ. 1^{ère} 28 mars 2018**, n° 16-28.010, Bull. 2018, I, n° 60
- Civ. 1^{ère} 28 mars 2018**, n° 17-16.198, Bull. civ. I, n° 61
- Civ. 1^{ère} 11 avril 2018**, n° 17-17.530, Bull. 2018, I, n° 69
- Civ. 1^{ère} 4 juillet 2018**, n° 17-14.955, inédit
- Civ. 1^{ère} 21 novembre 2018**, n° 17-27.054
- Civ. 1^{ère} 13 février 2019**, n° 18-50.012
- Civ. 1^{ère} 14 juin 2019**, n° 19-12.052, inédit
- Civ. 1^{ère} 11 juillet 2019**, n° 15-17.718,
- Civ. 1^{ère} 18 novembre 2019**, n° 18-14.751 et n° 18-50.007
- Civ. 1^{ère} 18 décembre 2019**, n° 18-12.327, n° 18-11.815 et n° 18-14.751,

Cour de cassation : 2^{ème} chambre civile

- Civ. 2^{ème} **21 janvier 1966**, Bull. civ. II, N 99
Civ. 2^{ème} **12 juillet 1966**, (Affaire Gérard Philippe), D. 1967.181
Civ. 2^{ème} **7 janvier 1976**, n° 74-13.021, Bull. civ. 3 N°3
Civ. 2^{ème} **20 octobre 1976**, n° 75-12.215, Bull. civ. 2 N° 279
Civ. 2^{ème} **12 mars 1980**, n° 78-15.054, Bull. civ. 2, N 51
Civ. 2^{ème} **28 janvier 1981**, n° 79-13.209, Bull. II, n° 19
Civ. 2^{ème} **8 juillet 1981**, n° 79-14.847, Bull. civ. 2 n° 149
Civ. 2^{ème} **5 Janvier 1983**, n° 81-13.374, Bull. civ. 2 n° 4 (Affaire Adjani)
Civ. 2^{ème} **27 janvier 1983**, n° 81-15.389, Bull. civ. 2, N 24
Civ. 2^{ème} **19 avril 1984**, n° 84-60.160, Bull. 1984, II, N° 65
Civ. 2^{ème} **2 mai 1984**, n° 83-11.071, Bull. 1984, II, N° 78
Civ. 2^{ème} **17 octobre 1985**, n° 84-15.135, Bull. 1985, II, N° 157
Civ. 2^{ème} **4 mars 1987**, n° 86-10.453, Bull. 1987, II, N° 60
Civ. 2^{ème} **25 mars 1987**, n° 85-12.262, Bull. 1987, II, n° 76
Civ. 2^{ème} **18 mars 1992**, n° 91-10.077, inédit
Civ. 2^{ème} **24 février 1993** n° 91-11.230, Bull. II, N° 76
Civ. 2^{ème} **10 juillet 1996**, n° 94-19.388, Bull. II, n° 204
Civ. 2^{ème} **19 mars 1997**, n° 93-10.914, Bull. 1997, II, N° 86,
Civ. 2^{ème} **27 mai 1998**, n° 96-18.620, Bull. 1998, II, N° 165
Civ. 2^{ème} **18 juin 1997**, n° 95-20.545, Bull. civ. 1997, II, N° 190
Civ. 2^{ème} **24 novembre 1999**, n° 97-19.079, Bull. civ. II, n° 173
Civ. 2^{ème} **24 février 2000**, pourvoi n° 98-19.177, Bull. 2000, II, N° 33
Civ. 2^{ème} **10 octobre 2002**, Bull. civ. II n° 22 (affaire Professeur Jérôme Lejeune)
Civ. 2^{ème} **24 avril 2003**, n° 01-01.186, Bull. 2003, II, n° 114
Civ. 2^{ème} **5 juin 2003**, n° 02-12.853, Bull. civ. 2003, II, N° 175
Civ. 2^{ème} **22 janvier 2004**, Bull. civ. n° 19, JCP G 2004.II.10104 (affaire Grégory)
Civ. 2^{ème} **19 février 2004**, n° 02-11.122, Bull. civ. 2004, II, N° 72,
Civ. 2^{ème} **10 mars 2004**, n° 02-16.354, Bull. civ. II, n° 118
Civ. 2^{ème} **3 juin 2004**, n° 02-16.903, Bull. 2004, II, N° 274
Civ. 2^{ème} **8 juillet 2004**, n° 02-17.458, Bull. civ. 2004, II, N 388
Civ. 2^{ème} **24 février 2005**, n° 02-11.999, Bull. 2005, Bull. 2005, II, N° 53
Civ. 2^{ème} **4 novembre 2010**, n° 16-26.687, Bull. 2010, II, n° 177,
Civ. 2^{ème} **14 décembre 2017**, n° 16-26.687, Bull. 2007, II, n° 235

Cour de cassation : 3^{ème} chambre

- Civ. 3^{ème} **25 février 2004**, n° 02-18.081, Bull. civ 2004, III, N° 41
Civ. 3^{ème} **12 septembre 2007**, n° 06-86.763, inédit
Civ. 3^{ème} **20 février 2008**, n° 06-21.122, Bull. 2008, III, N° 30
Civ. 3^{ème} **28 avril 2009**, pourvoi n° 08-11.749 inédit
Civ. 3^{ème} **4 mai 2010**, pourvoi n° 09-13.281 inédit
Civ. 3^{ème} **22 octobre 2015**, n° 14-23.726, Bull. 2016 n° 838, 3^{ème} civ. n° 349
Civ. 3^{ème} **17 décembre 2015**, n° 14-22.095, Bull. 2016, n° 841, 3^{ème} civ. n° 601
Civ. 3^{ème} **21 décembre 2017**, n° 16-25.469, Bull. 2017, III, n° 145
Civ. 3^{ème} **17 mai 2018**, n° 16-15.792, Bull. 2018, III, n° 52
Civ. 3^{ème} **4 juillet 2019**, n° 18-17.119,

Civ. 3^{ème} 28 novembre 2019, n° 17-22.810

Cour de cassation : chambre criminelle

Crim. 28 avril 1932, DP 1932.I.68 (Affaire Vincent Auriol)
Crim. 26 février 1963, Bull. crim. 1963 N° 92
Crim. 12 janvier 1980, n° 78-92.224, Bull. crim. n° 3,
Crim. 11 décembre 1984, n° 83-91.042, Bull. crim. 1984, N° 393
Crim. 4 janvier 1985, n° 84-92.942, Bull. crim. 1985, N° 10
Crim. 11 juillet 1994, n° 93-81.881, Bull. crim n° 269
Crim. 29 mai 1995, n° 93-85.654, inédit
Crim. 25 novembre 1997, n° 96-85.670. Bull. crim. 1997 n° 399
Crim. 30 septembre 1998, n° 97-83.021, Bull. crim. 1998, N° 242
Crim. 12 mai 1999, n° 99-81.153, Bull. crim. 1999 n° 95
Crim. 23 février 2000, n° 99-83.928, Bull. crim. 2000, N° 85,
Crim. 25 octobre 2000, n° 00-83.253, Bull. crim. 2000 n° 316
Crim. 17 octobre 2001, n° 01-82.591, Bull. crim. 2000 n° 214
Crim. 27 novembre 2001, n° 01-80.134, Bull. crim. n° 246, D. 2002, somm. 2002
Crim. 25 juin 2002, n° 00-81.359, Bull. crim. 2002, N° 144
Crim. 2 décembre 2003, n° 03-82.344, Bull. crim. 2003, N° 230
Crim. 8 juin 2004, n° 03-87.584, Bull. crim. 2004 N° 156
Crim. 12 octobre 2005, n° 05-80.713, Bull. crim. 2005 n° 258,
Crim. 12 septembre 2007, n° 06-86.763, inédit
Crim. 23 septembre 2008, n° 08-80.489, Bull. crim. 2008 N° 195
Crim. 3 février 2010, pourvoi n° 09-83.468, Bull. crim. 2010, N° 18
Crim. 25 octobre 2011, n° 11-80.266, Bull. crim. 2011 N° 214
Crim. 27 octobre 2011, n° 10-83.771, Bull. crim. 2011, n° 77
Crim. 28 février 2012, n° 08-83.926 et n° 08-83.978, Bull. 2012, n°55
Crim. 5 mars 2013, n° 12-80.891, Bull. crim. 2013, n° 54
Crim. 16 mars 2016, n° 15-82.676, Bull. crim. 2016, n°86, Bulletin d'information 2016 n° 846, n° 1059
Crim. 28 juin 2017, n° 16-85.904,
Cass. crim. 18 octobre 2017 n° 16-85.398, inédit
Crim. 5 septembre 2018, n° 17-86.464, inédit

Cour de cassation : chambre sociale

Soc. 8 juin 1951,
Soc. 6 novembre 1972, Bull N 1 p. 1
Soc. 23 novembre 1978, Bull. N 790 p. 596
Soc. 7 janvier 1988, n° 84-42.448, Bull. 1998 V, n° 10 (Fleuret et autres)
Soc. 9 juillet 1992, n° 88-10.951, Bull. civ. V n° 464
Soc. 17 mars 1993, n° 89-43.512, inédit
Soc. 28 mars 1996, n° 93-41.139, inédit
Soc. 27 avril 1997, n° 94-40.431, inédit
Soc. 19 février 1998, n° 96-17.574 et n° 96-17.821, Bull. civ. V, n° 97
Soc. 2 octobre 2001, arrêt Nikon, Bull. civ. V n° 291,

Soc. 25 mars 2003, n° 01-20.608, Bull. 2003 V, N° 115
Soc. 17 mai 2005, n° 03-40.017, Bull. civ. 2005, V, N° 165
Soc. 8 juin 2005, n° 02-47.689, Bull. civ. V, 197
Soc. 12 juillet 2005, n° 04-13.342, Bull. 2005, V, n° 241
Soc. 18 octobre 2006, n° 04-47.400, Bull. civ. 2006, V, N° 308
Soc. 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-40.434, Bull. 2009, V, n° 190
Soc. 29 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.107, Bull. 2011, V, n° 181
Soc. 18 octobre 2011, n° 18-10.211, inédit
Soc. 28 février 2012, n° 10-18.308, Bull. 2012, V, n° 78
Soc. 26 juin 2012, n° 11-15.310, Bull. civ. 2012, V, n°196
Soc. 12 février 2013, n° 11-28.649, Bull. civ. 2013, V, n° 34
Soc. 26 février 2013, n° 11-27.372, inédit
Soc. 19 mars 2013, n° 12-11.690, Bull. 2013, V, n° 76
Soc. 19 mai 2016, n° 12-12.138, Bull. civ. V, n° 158
Soc. 19 juin 2013, n° 12-12.139, inédit
Soc. 19 juin 2013, n° 12-12.138, Bull. 2013, V, N° 158
Soc. 26 juin 2013, n° 12-16.564, inédit
Soc. 18 décembre 2013, n° 12-17.832, inédit
Soc. 22 octobre 2014, n° 13-19.858, n° 13-19.859 et n° 13-19.860, Bull. 2005, V, n° 246
Soc. 19 décembre 2018, n° 17-14.631, inédit

Cour de cassation : chambre commerciale

Com. 12 mars 1985, arrêt Bordas, Bull. civ. IV n° 95, D 1985.471,
Com. 21 octobre 1997, arrêt de Choisel, Bull. civ. IV, n° 278
Com. 6 mai 2003, arrêt Ducasse, Bull. civ. IV, n° 69

Cour de cassation : chambres réunies

Chambres réunies, 24 avril 1862, (affaire Berthon), Bull. chambres réunies N 57, p. 99

Cour de cassation : Assemblée plénière

Ass. plén. du 13 décembre 1962, n° 57-11.569
Ass. Plén. du 23 juin 1972, Bull. 72 ass. plén. n° 2
Ass. plén. du 9 mai 1984, n° 79-16.612, Bull. 1984 ass. plén. n° 4
Ass. plén. du 31 mai 1991, n° 90.20.105, Bull. civ. n° 4
Ass. plén. du 11 décembre 1992, , Bull. 1992 A.P. N° 13 (transexualisme)
Ass. plén. du 29 juin 2001, n° 99-85.973, Bull. crim. 2001 n° 165
Ass. plén. du 17 novembre 2001, Bull. A. P. n° 9, p. 15, D 2001.332 (affaire Perruche)
Ass. plén. du 3 juillet 2015, n° 14-21.323 (inscription à l'état civil d'un enfant né de GPA)
Ass. plén. du 25 juin 2010, n° 08-86.891, JCP G 2010.1258, n° 1
Ass. plén. du 28 juin 2019, n° 18-17.330 et n° 19-17.342
Ass. plén. du 4 octobre 2019 (affaire Mennesson), n° 10-19.053

CEDH : arrêts

CEDH Campbell et Cosans c/Royaume-Uni, 22 mars 1983, req. n° 7511/76 et 7743/76
CEDH Silver et autres c/Royaume-Uni, 25 mars 1983, req. n° 5947/72, n° 6205/73, n° 7052/75, n° 7061/75, n° 7107/75, n° 7113/75 et n° 7136/75
CEDH Jolie et Lebrun c/Belgique, 27 décembre 1984, req. n° 11418/85
CEDH Bozano c/France, 18 décembre 1986, req. n° 9990/82
CEDH Johnston et autres c/Irlande, 18 décembre 1986, req. n° 9697/82
CEDH Abdellah et Rebecca Berrehab et Sonya Koster c/Pays-Bas, 21 juin 1988, req. n° 10730/84
CEDH Eriksson c/Suède, 22 juin 1989, req. n° 11373/85
CEDH Powell et Rayner c/Royaume-Uni, 21 février 1990, req. n° 9310/81
CEDH Ezelin c/France, 27 avril 1991, req. n° 11800/85
CEDH Andersson c/Suède, 25 février 1992, req. n° 12963/87
CEDH B. c/France, 25 mars 1992, req. n° 13343/87
CEDH Bedjoudi c/France, 26 mars 1992, req. n° 12083/86,
CEDH Niemietz c/Allemagne, 16 décembre 1992, req. n° 13710/88,
CEDH Funke c/France, 25 février 1993, req. n° 10588/83
CEDH Costello-Roberts c/Royaume-Uni, 25 mars 1993, req. n° 13134/87
CEDH Sigurdur A. Sigurjossou c/Islande, 30 juin 1993, req. n° 16130/90
CEDH Burghartz c/Suisse, 22 février 1994, req. n° 16213/90
CEDH Boyle c/Royaume-Uni, 24 février 1994, req. n° 16580/90
CEDH Keegan c/Irlande, 26 mai 1994, req. n° 16969/90, Série A n° 290, p. 17 et 18 §44
CEDH Kroon et autres c/Pays Bas, 27 octobre 1994 req. n° 18535/91,
CEDH Stjerna c/Finlande, 25 novembre 1994, req. n° 18131/91
CEDH Lopez Ostra c/Espagne, 9 décembre 1994 req. n° 16798/90
CEDH Boughanemi c/France, 24 avril 1996, req. n° 22070/93
CEDH Johansen c/Norvège, 7 août 1996, req. n° 17393/90,
CEDH Guillot c/France, 24 octobre 1996, req. n° 15774/89
CEDH Andronicou et Constantinou c/Chypre, 9 octobre 1997, req. n° 25052/94
CEDH Guerra et autres c/Italie, 28 février 1998, req. n° 14967/89
CEDH L.C.B. c/Royaume-Uni, 9 juin 1998, req. n° 23413/94
CEDH A. c/Royaume-Uni, 23 septembre 1998, req. n° 25599/94,
CEDH Fressoz et Roire c/France, 21 janvier 1999, req. n° 29183/95
CEDH Djaid c/France, 9 mars 1999, req. n° 36687/97
CEDH Salgueiro da Silva Mouta c/Portugal, 21 décembre 1999, req. n° 33290/96,
CEDH Akdas c/Turquie, 16 février 2000, req. n° 41056/04
CEDH L. c/Finlande, 27 avril 2000, req. n° 25651/94
CEDH Elshotz c/Allemagne, 13 juillet 2000, req. n° 25735/94
CEDH Gnahoré c/France, 19 septembre 2000, req. n° 40031/98
CEDH Chapman c/Royaume-Uni, 18 janvier 2001, req. n° 27238/95
CEDH Bensaïd c/Royaume-Uni, 6 février 2001, req. n° 44599/98
CEDH Berktaş c/Turquie, 1^{er} mars 2001, req. n° 22493/93
CEDH Avsar c/Turquie, 10 juillet 2001, req. n° 25657/94
CEDH Association Ekin c/France, 17 juillet 2001, req. n° 39288/98
CEDH Hatton et autres c/Royaume-Uni, 2 octobre 2001, req. n° 36022/97
CEDH Calvelli et Ciglio c/Italie, 17 janvier 2002, req. n° 32967/96

CEDH Mikulic c/Croatie, 7 février 2002, req. n° 53176/99
CEDH Rudy et Nathalie Bertrand c/France, 19 février 2002, req. n° 57376/00
CEDH Fretté c/France, 26 février 2002, req. n° 36515/97,
CEDH Pretty c/Royaume-Uni, 29 avril 2002, req. n° 2346/02,
CEDH Sté Colas et autres c/France, 16 avril 2002, req. n° 37971/97
CEDH Delbec c/France, 18 juin 2002, req. n° 43125/98
CEDH Anguelova c/Bulgarie, 13 juin 2002, req. 38361/97
CEDH D.M. c/France, 27 juin 2002, req. n° 42376/98
CEDH Goodwin c/Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n° 28957/97
CEDH Papon c/France, 25 juillet 2002, req. n° 54210/00
CEDH Bosso et Gaggion c/Italie, 5 septembre 2002, req. n° 50490/99
CEDH M.G c/Royaume-Uni, 24 septembre 2002, req. n° 27533/95,
CEDH Yousef c/Pays-Bas, 5 février 2003, req. n° 33711/96
CEDH Odièvre c/France, 13 février 2003, req. n° 42326/98, JCP G 2003.II.10049
CEDH Chandra c/Pays-Bas, 13 mai 2003, req. n° 53102/99
CEDH Mustafa c/France, 17 juin 2003, req. n° 63056/00
CEDH Hansen c/Turquie, 23 septembre 2003, req. n° 36141/97
CEDH Glass c/Royaume-Uni, 9 mars 2004, req. n° 61827/00
CEDH Von Hannover c/Allemagne, 24 juin 2004, req. n° 59320/00
CEDH Vo c/France, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00,
CEDH Pla et Puncerneau c/Andorre, 13 juillet 2004, req. n° 69498/01
CEDH Moreno Gomez c/Espagne, 16 novembre 2004, req. n° 4143/02
CEDH K.A et A.D c/Belgique, 17 février 2005, req. n° 42758/98 et n° 5448/99
CEDH Bubbins c/Royaume-Uni, 17 mars 2005, req. n° 50196/99
CEDH B. et L. c/Royaume-Uni, 13 septembre 2005, req. n° 36536/02
CEDH Leyla Sahin c/Turquie, 10 novembre 2005, req. n° 44774/98
CEDH Timichev c/Russie, 13 décembre 2005, req. n° 55762/00 et 55974/00
CEDH Mamère c/France, 7 novembre 2006, req. n° 12697/03
CEDH Tysiac c/Pologne, 20 mars 2007, req. n° 5410/03
CEDH Evans c/Royaume-Uni, 10 avril 2007, req. n° 6339/05
CEDH Frérot c/ France, 12 juin 2007, req. n° 70204/01
CEDH Wagner J. M. W. L c/Luxembourg, 28 juin 2007, req. n° 76240/01
CEDH Moussaïev c/Russie, 26 juillet 2007, req. n° 57941/00, n° 58699/00 et n° 60403/00
CEDH Schmitd c/France, 26 juillet 2007, req. n° 35109/02
CEDH Maumousseau et Washighton c/France, 6 décembre 2007, req. n° 39388/05
CEDH E.B.c/France, 22 janvier 2008, req. n° 43546/02,
CEDH July et Sarl Libération c/France, 14 février 2008, req. 20893/03,
CEDH Boudaïeva et autres c/Russie, 20 mars 2008, req. n° 15339/02, n° 21166/02, n° 20058/02, n° 11673/02 et n° 15343/02
CEDH Mccann c/Royaume-Uni, 13 mai 2008, req. n° 19009/04
CEDH Solomou et autres c/Turquie, 24 juin 2008, req. n° 36832/97
CEDH Iordache c/Roumanie, 14 octobre 2008, req. n° 6817/02
CEDH Reklós et Davourlis c/Grèce, 15 janvier 2009, req. n° 1234/05
CEDH Danilenkov et autres c/Russie, 30 juillet 2009, req. n° 67336/01,
CEDH Kallis Androulla Panayi c/Turquie, 27 octobre 2009, req. n° 45388/99
CEDH Friend et autres c/Royaume-Uni, 24 novembre 2009, req. n° 16072/06 et n° 27809/08
CEDH Munoz Dias c/Espagne, 8 décembre 2009, req. n° 49151/07
CEDH Hofmann c/Allemagne, 23 février 2010, req. n° 1289/09

CEDH M.A.K et R.K c/Royaume-Uni, 23 mars 2010, req. n° 45901/05 et n° 40146/06
CEDH SH et autres c/Autriche, 1^{er} avril 2010, req. n° 57813/00
CEDH Moretti et Benedetti c/Italie, 27 avril 2010, req. n° 16318/07
CEDH Schalok et Kopf c/Autriche, 24 juin 2010, req. 30141/04
CEDH Brusco c/France, 14 octobre 2010, req. n° 1466/07
CEDH Aune c/Norvège, 28 octobre 2010, req. n° 52502/07
CEDH Nistor c/Roumanie, 2 novembre 2010, req. n° 14565/05
CEDH Baudouin c/France, 18 novembre 2010, req. n° 35935/03
CEDH Moulin c/France, 23 novembre 2010, req. n° 37104/06
CEDH O'Donoghue et autres c/Royaume-Uni, 14 décembre 2010, req. n° 34848/07
CEDH Mehmet Nuri Özen et autres c/Turquie, 11 janvier 2011, req. n° 15672/08, n° 24462/08, n° 27559/08, n° 28302/08, n° 28312/08, n° 34823/08, n°40738/08, n° 41124/08, n°43197/08, n° 51938/08 et n° 58170/08
CEDH RTBF c/Belgique, 29 mars 2011, req. n° 50084/06
CEDH Kruskovic c/Croatie, 21 juin 2011, requête n° 46185/08
CEDH Association de la protection des animaux sauvages (ASPAS) et Mme Lasgrecac c/France, 22 septembre 2011, req. n° 29953/08
CEDH Jopf et Liberda c/Autriche, 17 janvier 2012, req. n° 1598/06
CEDH Axel Springer AG c/Allemagne, 7 février 2012, req. n° 39954/08
CEDH Gas et Dubois c/France, 15 mars 2012, req. n° 25951/07
CEDH Arhens c/Allemagne, 22 mars 2012, req. n° 45071/09
CEDH Yordanova et autres c/Bulgarie, 24 avril 2012, req. n° 25446/06
CEDH Kurier Zeitungsverlag und Durkerei GMBH c/Autriche, 19 juin 2012, req. n° 1593/06
CEDH Krone Verlag GmbH c/Autriche, 19 juin 2012, req. n° 27306/07
CEDH M.D. et autres c/Malte, 17 juillet 2012, req. n° 6479/10
CEDH Koch c/Allemagne, 19 juillet 2012, req. n° 497/09,
CEDH Dardevic c/Croatie 24 juillet 2012, req. n° 41526/10
CEDH Costa et Pavan c/Italie, 28 août 2012, req. n° 54270/10
CEDH Godelli c/Italie, 25 septembre 2012, req. n° 33783/09,
CEDH Alkaya c/Turquie, 9 octobre 2012, req. 42811/06
CEDH Michaud c/France, 6 décembre 2012, req. n° 12323/11
CEDH Ahmet Yildirim c/Turquie, 18 décembre 2012, req. n° 3111/10
CEDH Yefimenko c/Russie, 12 février 2013, req. n° 152/04
CEDH Eon c/France, 14 mars 2013, req.n° 26118/10
CEDH Boeckel et Gessner-Boeckel c/Allemagne, 7 mai 2013, req. n° 8017/11
CEDH Winterstein et autres c/France, 17 octobre 2013, req. n° 27013/07
CEDH National union of trail maritime and transport workers c/Royaume-Uni, 8 avril 2014, req. n° 31045/10
CEDH De la Flor Cabrera c/Espagne, 27 mai 2014, req. n° 10764/09
CEDH Velyo Velev c/Bulgarie, 27 mai 2014, req. n° 16032/07
CEDH Mennesson c/France, 26 juin 2014, req. n° 65191/11
CEDH Labassée c/France, 26 juin 2014, req. n°65941/11
CEDH Senigo Longue et autres c/France, 10 juillet 2014, req. n°19113/09
CEDH Brincat et autres c/Malte, 24 juillet 2014, req. n° 60908/11, n° 62110/11 et n° 62129/11
CEDH Chbihi Loudoudi et autres c/Belgique, 16 décembre 2014, req. n° 52265/10

CEDH Özel et autres c/Turquie, 17 novembre 2015, req. n° 14350/05, n° 15245/05 et n° 16051/05
CEDH Mandet c/France, 14 janvier 2016, req. n° 30955/12
CEDH N.Ts c/Géorgie, 2 février 2016, req. n° 71776/12
CEDH Kahn c/Allemagne, 17 mars 2016, req. n° 16313/10
CEDH Chapin et Charpentier c/France, 9 juin 2016, req. n° 40183/07
CEDH Vrzic c/Croatie, 12 juillet 2016, req. n° 43777/13
CEDH Afiri et Biddari c/France, 25 janvier 2018, requête n° 1828/18 (voir CE du 5 janvier 2018)
CEDH Laurent c/France, 24 mai 2018, req. n° 28798/13
CEDH Ognevenko c/Russie, 20 novembre 2018, req. n° 44873/09
CEDH Delecolle c/France, 25 octobre 2018, req. n° 37646/13
CEDH F.J.M. c/Royaume-Uni, 29 novembre 2018, req. n° 76202/19
CEDH Bogonosovy c/Russie, 5 mars 2019, req. n° 38201/16
CEDH V.D. et autres c/Russie, 9 avril 2019, req. n° 72931/10
CEDH Obote c/Russie, 19 novembre 2019, req. n° 58954/09

CEDH : Grande chambre

CEDH Schmidt et Dahlström c/Suède, 7 février 1976, req. n° 5589/72
CEDH Mc Cann et autres c/Royaume-Uni, 27 Septembre 1995, req. n° 18984/91
CEDH Gustafsson c/Suède, 29 avril 1996, req. n° 15573/89, D. 1997.363
CEDH Mc Cann et autres c/Royaume-Uni, 27 septembre 1995, req. n° 18984/91
CEDH X. Y. et Z. c/Royaume-Uni, 22 avril 1997, req. n° 21830/93
CEDH Chassagnou et autres c/France, 29 avril 1999, req. n° 25088/94, n° 28331/95 et n° 28443/95,
CEDH Elschotz c/Allemagne, 13 juillet 2000, req. n° 25735/94
CEDH K. et T. c/Finlande, 12 juillet 2001, req. n° 25702/94
CEDH Salvetti c/Italie, 9 juillet 2002, req. n° 42197/98
CEDH Refah Partisi et autres c/Turquie, 13 février 2003, req. n° 41340/98, n° 41342/98, n°41343/98et n° 41344/98,
CEDH Gorzelik et autres c/Pologne, 17 février 2004, req. n° 44158/98
CEDH Ramirez Sanchez (dit Carlos) c/France, 4 juillet 2006, req. n° 59450/00
CEDH Jalloh c/Allemagne, 11 juillet 2006, req. n° 54810/00
CEDH Evans c/Royaume-Uni, 10 avril 2007, req. 6339/05,
CEDH Dickson c/Royaume-Uni, 4 décembre 2007, req. n° 44362/04
CEDH SH et al. c/Autriche, 1^{er} avril 2010, req. 57813/00
CEDH Neulinger et Shuruk c/Suisse, 6 juillet 2010, req. n° 41615/07
CEDH S.A.S. c/France, 1^{er} juillet 2014, req. n° 43835/11
CEDH Hämäläinen c/Finlande, 16 juillet 2014, req. n° 37359/09
CEDH Centre des ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c/Roumanie, 17 juillet 2014, req. n°47848/08
CEDH Morice c/France, 24 avril 2015, req. n° 29369/10
CEDH Armani da Silva c/Royaume-Uni, 30 mars 2016, req. n° 5878/08
CEDH Paradiso et Campanelli c/Italie, 24 janvier 2017, req. n°25358/12

CEDH : Cour plénière

CEDH Affaire linguistique belge c/Belgique, **23 juillet 1968**, req. n° 1474/62, n° 1677/62, n° 1691/62, n° 1769/63, n° 1994/63 et n° 2126/64
CEDH Syndicat national de la police belge c/Belgique, 27 octobre 1975, req. n° 4464/70
CEDH Handyside c/Royaume-Uni, **7 décembre 1976**, req. n° 5493/72
CEDH Sunday times c/Royaume-Uni, **26 avril 1979**, req. n° 6538/74
CEDH Marckx c/Belgique, **13 juin 1979** req. n° 6833/74,
CEDH Young James et Webster c/Royaume-Uni, **13 août 1981**, req. n° 7806/77
CEDH Johnston et autres c/Irlande, **18 décembre 1986**, req. n° 9697/82
CEDH H. c/Belgique, **30 novembre 1987**, req. n° 8950/80
CEDH Olsson c/Suède, **24 mars 1988**, req. n° 10465/83
CEDH Gaskin c/Royaume-Uni, **7 juillet 1989**, req. n° 10454/83 GADECH, p. 423

Conseil d'Etat : arrêts

CE, **19 février 1909**, Abbé Olivier, requête n° 27355, Rec. 180
CE, **7 août 1909**, Winkell, requête n° 37317, Rec. 826,
CE, **19 mai 1933**, Benjamin, requêtes n° 14423 et n° 17520 p. 541, Rec. 1933
CE, **22 octobre 1937**, Demoiselle Minaire et autres, Rec. 843
CE, **18 avril 1951**, élections de Nolay, Rec. 189
CE, **18 décembre 1959**, Société «Les films Lutécia», requêtes n° 35385 et n° 36428, Rec 693
CE, **16 décembre 1966**, Syndicat national des fonctionnaires des préfectures, requête n° 67286, Rec. 662
CE, **24 janvier 1975**, Société Rome-Paris films c/Ministère de l'information, requête n° 72868,
CE, **14 mai 1982**, Association internationale pour la conscience de Krishna, requête n° 31102
CE, **2 juillet 1982**, Melle R., requête n° 23141, Rec. 266
CE, **21 janvier 1983**, Association Fraternité des serveurs du monde nouveau, requête n° 32350, Rec. 18
CE, **9 avril 1983**, Dpt de l'Allier (domicile de secours pour un enfant mineur)
CE, **23 novembre 1984**, O. Roujanski, Rec. 383
CE, **8 novembre 1985**, Ministère de l'éducation nationale c/Rudent, Rec.316
CE, **2 novembre 1992**, Kheroua et autres, requête n° 130394, Rec. P.389
CE, **27 septembre 1989**, Mme Karl, requête n° 76105, Rec. 176
CE, **21 décembre 1990**, Confédérations des familles catholiques et autres, Rec. 389
CE, **13 novembre 1992**, Syndicat national des ingénieurs de l'aviation civile, requêtes n° 83177 et n° 83702, Rec.1063
CE, **1^{er} mars 1993**, Ministère de l'éducation nationale c/Association des parents d'élèves de l'enseignement public, requête n° 119390, inédit
CE, **29 juin 1994**, Abdelmoula, requête n° 143866,
CE, **10 mars 1995**, Aouikili, requête n° 159981, Rec. 122
CE, **3 juillet 1996**, Paturel, requête n° 140872
CE, **27 novembre 1996**, Naderan, requêtes n° 170207 et n° 170208 Rec. p. 463
CE, **24 avril 1997**, Gisti, requête n° 163043
CE, **22 septembre 1997**, Cinar, requête n° 151364
CE, **8 février 1999**, Mme Claudin X..., requête n° 173126
CE, **30 juin 2000**, Association «Promouvoir» requêtes n° 212294 et n° 212295
CE, **26 novembre 2001**, Association liberté information santé, requête n° 222741

- CE, 26 octobre 2001**, Assistance des hôpitaux de Paris, requête n° 198546
CE, 29 juillet 2002, Consorts Leroy, requête n° 222180
CE, 16 août 2002, Feuillatey c/ CHU de Saint-Etienne requête n° 249552 (en référé)
CE, 4 décembre 2002, requête n° 252051
CE, 7 février 2003, Gisti, requête n° 243634
CE, 28 avril 2004, Association culturelle du Varja triomphant requête n° 248467
CE, 5 juillet 2004, Mme. X. A. épouse B., requête n° 251773
CE, 4 février 2004, film Ken Park, requête n° 261804
CE, 9 mai 2005, Rabau, requête n° 262977
CE, 5 janvier 2007, Association la solidarité des français, requête n° 300311
CE, 23 février 2011, Syndicat national de l'enseignement du second degré, requête n° 329477
CE, 26 décembre 2011, Association pour la promotion de l'image et aures, requête n° 317827
CE, 17 juillet 2013, requête n° 366674
CE, 9 janvier 2014, ministère de l'intérieur c/la société les productions de la Plume et M.Dieudonné M'BALA M'BALA, requête n° 374508
CE, 31 janvier 2014, requête n° 362444
CE, 5 mars 2014, requête n° 370168
CE, 5 janvier 2018, Mme A. et M. B., requête n° 416689 (voir aussi CEDH 25 janvier 2018)
CE, 13 avril 2018, Véronique B., requête n° 392949
CE, 16 mai 2018, Mme B.A, requête n° 409656
CE, 16 octobre 2019, Mme B.F., requête n° 420230

Conseil d'Etat : avis

- CE, 27 novembre 1989**, section de l'intérieur n° 346893
CE, 13 juin 2013, n° 2013-672, JCP G 2013-714

Conseil constitutionnel : décisions

- CC, n° 71-44 DC, 16 juillet 1971**, GDCC
CC, n° 77-101 L, 3 novembre 1977
CC, n° 77-87 DC, 23 novembre 1977, GDCC,
CC, n° 79-105 DC, 25 juillet 1979
CC, n° 83-156 DC, 28 mai 1983
CC, n° 83-164 DC, 29 décembre 1983
CC, n° 83-165 DC, 20 janvier 1984
CC, n° 84-184 DC, 10 et 11 octobre 1984, GDCC
CC, n° 84-181 DC, 11 octobre 1984
CC, n° 84-184 DC, 29 décembre 1984
CC, n° 84-185 DC, 18 janvier 1985
CC, n° 89-257 DC, 25 juillet 1989
CC, n° 89-271 DC, 11 juillet 1990
CC, n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994
CC, n° 94-345 DC, 29 juillet 1994
CC, n° 94-359 DC, 19 janvier 1995

CC, n° 89-403 DC, **29 juillet 1998**
CC, n°99-412 DC, **15 juin 1999**
CC, n° 99-416 DC, **23 juillet 1999**
CC, n° 2003-484 DC, **20 novembre 2003**
CC, n° 2009-577 DC, **3 mars 2009**
CC, n° 2009-580 DC, **10 juin 2009**
CC, n° 2010.613 DC, **7 octobre 2010**
CC, n° 12-652 DC, **22 mars 2012**
CC, n° 2012.297 DC, **21 février 2013**
CC, n° 2013.669 DC, **17 mai 2013**
CC, n° 2013-672 DC, **13 juin 2013**
CC, n° 2013-679 DC, **4 décembre 2013**
CC, n° 2015-727 DC, **21 janvier 2016**
CC, n° 2016-736 DC, **4 août 2016**
CC, n° 2020.801 DC, **18 juin 2020**

Conseil constitutionnel : questions prioritaires de constitutionnalité (QCP)

CC, n° 2011-173 QCP **30 septembre 2011**
CC, n°2013-367 QCP **14 février 2014**
CC, n° 2015-458 QCP **20 mars 2015**
CC, n° 2016-535 QCP **18 janvier 2016**
CC, n° 2016-560 QCP **8 Septembre 2016**

Principales Constitutions exploitées

La **Constitution de 1791**, du 3 et 4 septembre 1791
La **Constitution de l'An I – Première République**, du 24 juin 1793
La **Constitution de la II^{ème} République** du 4 novembre 1848
La **Constitution du Second Empire** du 14 janvier 1852
Les **Lois Constitutionnelles de la III^{ème} République** du 24 et 25 février et du 16 juillet 1875
Le **préambule de la Constitution du 27 octobre 1946**
La **Constitution de la IV^{ème} République** du 27 octobre 1946
La **Constitution de la V^{ème} République** du 4 octobre 1958

Principaux Traités

Le **Traité de Maastricht**, traité européen du 7 février 1992 entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993
Le **Traité de Rome** du 25 mars 1957

Principales Conventions traitées

Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) du 4 novembre 1950 ainsi que les protocoles additionnels n° 2, n° 3, n° 4, n° 5, n° 6, n° 7, n° 8, n° 9, n° 10, n° 11, n° 12, n° 13, n° 14 et n° 15

Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) ou encore nommée la Convention de New-York du 20 novembre 1989

Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 Janvier 1996

Convention d'Oviedo du 4 avril 1997

Principales Chartes traitées

Charte des droits fondamentaux de l'union européenne ou encore nommée la Charte européenne des droits fondamentaux du 7 décembre 2000

Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 et révisée le 3 mai 1996

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989

Charte du patient hospitalisé publié en annexe de la circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995

Principaux Pactes traités

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966

Principaux Règlements traités

Règlement dit «Bruxelles II» (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale

Règlement (UE) n° 2016-1103 du Conseil du 24 juin 2016 dit **Règlement «RM»** mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux

Règlement (UE) n° 2016-1104 du Conseil du 24 juin 2016, dit **Règlement «PM»** mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenaires enregistrés

Principales Déclarations

La **Déclaration des droits de l'Homme** (DDH) du 26 août 1789

La **Déclaration universelle des droits de l'Homme** (DUDH) du 10 décembre 1948

La **Déclaration des droits de l'enfant** du 20 novembre 1959

Table des annexes

<i>Annexe 1</i>	543
<i>Annexe 2</i>	567

Annexe 1- La Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989

Préambule

Les États parties à la présente Convention,

considérant que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ;

ayant à l'esprit le fait que les peuples des Nations Unies ont, dans la Charte, proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine, et qu'ils ont résolu de favoriser le progrès social et d'instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande ;

reconnaissant que les Nations Unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont proclamé et sont convenues que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ;

rappelant que, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Nations Unies ont proclamé que l'enfance a droit à une aide et à une assistance spéciales ;

convaincus que 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, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté ;

reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension ;

considérant qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité ;

ayant à l'esprit que la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et dans la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale le 20 novembre 1959, et qu'elle a été reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24), dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10) et dans les statuts et instruments pertinents des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant ;

ayant à l'esprit que, comme indiqué dans la Déclaration des droits de l'enfant, «l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance»;

rappelant les dispositions de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international, de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) et de la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé;

reconnaissant qu'il y a dans tous les pays du monde des enfants qui vivent dans des conditions particulièrement difficiles, et qu'il est nécessaire d'accorder à ces enfants une attention particulière;

tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant;

reconnaissant l'importance de la coopération internationale pour l'amélioration des conditions de vie des enfants dans tous les pays, en particulier dans les pays en développement ;

sont convenus de ce qui suit :

PREMIERE PARTIE

Article premier

Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable.

Article 2

1. Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.

Article 3

1. 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.

2. Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

3. Les Etats parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié.

Article 4

Les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale.

Article 5

Les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

Article 6

1. Les Etats parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie.

2. Les Etats parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant.

Article 7

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

2. Les Etats parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride.

Article 8

1. Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.

2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible

Article 9

1. Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un Etat partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'Etat partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

Article 10

1. Conformément à l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leur famille.

2. Un enfant dont les parents résident dans des Etats différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. A cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9, les Etats parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de

quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention.

Article 11

1. Les Etats parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger.

2. A cette fin, les Etats parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants.

Article 12

1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

Article 13

1. L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant.

2. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires :

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui; ou

b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 14

1. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

Article 15

1. Les Etats parties reconnaissent les droits de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique ou de l'ordre public, ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui.

Article 16

1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Article 17

Les Etats parties reconnaissent l'importance de la fonction remplie par les médias et veillent à ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale. A cette fin, les Etats parties :

a) Encouragent les médias à diffuser une information et des matériels qui présentent une utilité sociale et culturelle pour l'enfant et répondent à l'esprit de l'article 29;

b) Encouragent la coopération internationale en vue de produire, d'échanger et de diffuser une information et des matériels de ce type provenant de différentes sources culturelles, nationales et internationales;

c) Encouragent la production et la diffusion de livres pour enfants;

d) Encouragent les médias à tenir particulièrement compte des besoins linguistiques des enfants autochtones ou appartenant à un groupe minoritaire;

e) Favorisent l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être, compte tenu des dispositions des articles 13 et 18.

Article 18

1. Les Etats 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. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les Etats parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.

3. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour assurer aux enfants dont les parents travaillent le droit de bénéficier des services et établissements de garde d'enfants pour lesquels ils remplissent les conditions requises.

Article 19

1. Les Etats parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.

2. Ces mesures de protection doivent comprendre, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que pour d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendre également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire.

Article 20

1. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat.

2. Les Etats parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.

3. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalahde droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique.

Article 21

Les Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires;

b) Reconnaissent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé;

c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale;

d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables;

e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents.

Article 22

1. Les Etats parties prennent les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié en vertu des règles et procédures du droit international ou national applicable, qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute autre personne, bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente Convention et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ou de caractère humanitaire auxquels lesdits Etats sont parties.

2. A cette fin, les Etats parties collaborent, selon qu'ils le jugent nécessaire, à tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales ou non gouvernementales compétentes collaborant avec l'Organisation des Nations Unies pour protéger et aider les enfants qui se trouvent en pareille situation et pour rechercher les père et mère ou autres membres de la famille de tout enfant réfugié en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille. Lorsque ni le père, ni la mère, ni aucun autre membre de la famille ne peut être retrouvé, l'enfant se voit accorder, selon les principes énoncés dans la présente Convention, la même protection que tout autre enfant définitivement ou temporairement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit.

Article 23

1. Les Etats parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité.

2. Les Etats parties reconnaissent le droit à des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux et encouragent et assurent, dans la mesure des ressources disponibles, l'octroi, sur demande, aux enfants handicapés remplissant les conditions requises et à ceux qui en ont la charge, d'une aide adaptée à l'état de l'enfant et à la situation de ses parents ou de ceux à qui il est confié.

3. Eu égard aux besoins particuliers des enfants handicapés, l'aide fournie conformément au paragraphe 2 du présent article est gratuite chaque fois qu'il est possible, compte tenu des ressources financières de leurs parents ou de ceux à qui l'enfant est confié, et elle est conçue de telle sorte que les enfants handicapés aient effectivement accès à l'éducation, à la formation, aux soins de santé, à la rééducation, à la préparation à l'emploi et aux activités récréatives, et bénéficient de ces services de façon propre à assurer une intégration sociale aussi complète que possible et leur épanouissement personnel, y compris dans le domaine culturel et spirituel.

4. Dans un esprit de coopération internationale, les Etats parties favorisent l'échange d'informations pertinentes dans le domaine des soins de santé préventifs et du traitement

médical, psychologique et fonctionnel des enfants handicapés, y compris par la diffusion d'informations concernant les méthodes de rééducation et les services de formation professionnelle, ainsi que l'accès à ces données, en vue de permettre aux Etats parties d'améliorer leurs capacités et leurs compétences et d'élargir leur expérience dans ces domaines. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 24

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services.

2. Les Etats parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour :

- a) Réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants;
- b) Assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, l'accent étant mis sur le développement des soins de santé primaires;
- c) Lutter contre la maladie et la malnutrition, y compris dans le cadre de soins de santé primaires, grâce notamment à l'utilisation de techniques aisément disponibles et à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel;
- d) Assurer aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés;
- e) Faire en sorte que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement et la prévention des accidents, et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information;
- f) Développer les soins de santé préventifs, les conseils aux parents et l'éducation et les services en matière de planification familiale.

3. Les Etats parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants.

4. Les Etats parties s'engagent à favoriser et à encourager la coopération internationale en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation du droit reconnu dans le présent article. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 25

Les Etats parties reconnaissent à l'enfant qui a été placé par les autorités compétentes pour recevoir des soins, une protection ou un traitement physique ou mental, le droit à un examen périodique dudit traitement et de toute autre circonstance relative à son placement.

Article 26

1. Les Etats parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale.

2. Les prestations doivent, lorsqu'il y a lieu, être accordées compte tenu des ressources et de la situation de l'enfant et des personnes responsables de son entretien, ainsi que de toute autre considération applicable à la demande de prestation faite par l'enfant ou en son nom.

Article 27

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social.

2. C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant.

3. Les Etats parties adoptent les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en oeuvre ce droit et offrent, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement.

4. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées en vue d'assurer le recouvrement de la pension alimentaire de l'enfant auprès de ses parents ou des autres personnes ayant une responsabilité financière à son égard, que ce soit sur leur territoire ou à l'étranger. En particulier, pour tenir compte des cas où la personne qui a une responsabilité financière à l'égard de l'enfant vit dans un Etat autre que celui de l'enfant, les Etats parties favorisent l'adhésion à des accords internationaux ou la conclusion de tels accords ainsi que l'adoption de tous autres arrangements appropriés.

Article 28

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous;

b) Ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin;

c) Ils assurent à tous l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés;

d) Ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles;

e) Ils prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire et la réduction des taux d'abandon scolaire.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention.

3. Les Etats parties favorisent et encouragent la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, en vue notamment de contribuer à éliminer l'ignorance et l'analphabétisme dans le monde et de faciliter l'accès aux connaissances scientifiques et techniques et aux méthodes

d'enseignement modernes. A cet égard, il est tenu particulièrement compte des besoins des pays en développement.

Article 29

Observation générale sur son application

1. Les Etats parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :

- a) Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités;
- b) Inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies;
- c) Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne;
- d) Préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone;
- e) Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

2. Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'Etat aura prescrites.

Article 30

Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

Article 31

1. Les Etats parties reconnaissent à l'enfant le droit au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à son âge et de participer librement à la vie culturelle et artistique.

2. Les Etats parties respectent et favorisent le droit de l'enfant de participer pleinement à la vie culturelle et artistique et encouragent l'organisation à son intention de moyens appropriés de loisirs et d'activités récréatives, artistiques et culturelles, dans des conditions d'égalité.

Article 32

1. Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social.

2. Les Etats parties prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives pour assurer l'application du présent article. A cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des autres instruments internationaux, les Etats parties, en particulier :

- a) Fixent un âge minimum ou des âges minimums d'admission à l'emploi;
- b) Prévoient une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi;
- c) Prévoient des peines ou autres sanctions appropriées pour assurer l'application effective du présent article.

Article 33

Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées, y compris des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives, pour protéger les enfants contre l'usage illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, tels que les définissent les conventions internationales pertinentes, et pour empêcher que des enfants ne soient utilisés pour la production et le trafic illicites de ces substances.

Article 34

Les Etats parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. A cette fin, les Etats prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :

- a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale;
- b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales;
- c) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique.

Article 35

Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit.

Article 36

Les Etats parties protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être.

Article 37

Les Etats parties veillent à ce que :

- a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans;
- b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible ;
- c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles ;
- d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière.

Article 38

1. Les Etats parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants.
2. Les Etats parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités.
3. Les Etats parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans. Lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les Etats parties s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées.
4. Conformément à l'obligation qui leur incombe en vertu du droit humanitaire international de protéger la population civile en cas de conflit armé, les Etats parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants qui sont touchés par un conflit armé bénéficient d'une protection et de soins.

Article 39

Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

Article 40

1. Les Etats parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la

valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tient compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci.

2. A cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des instruments internationaux, les Etats parties veillent en particulier :

a) A ce qu'aucun enfant ne soit suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale en raison d'actions ou d'omissions qui n'étaient pas interdites par le droit national ou international au moment où elles ont été commises ;

b) A ce que tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait au moins le droit aux garanties suivantes :

i) Etre présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ;

ii) Etre informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant, par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense ;

iii) Que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable aux termes de la loi, en présence de son conseil juridique ou autre et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison notamment de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux ;

iv) Ne pas être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable; interroger ou faire interroger les témoins à charge, et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans des conditions d'égalité ;

v) S'il est reconnu avoir enfreint la loi pénale, faire appel de cette décision et de toute mesure arrêtée en conséquence devant une autorité ou une instance judiciaire supérieure compétentes, indépendantes et impartiales, conformément à la loi ;

vi) Se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend ou ne parle pas la langue utilisée ;

vii) Que sa vie privée soit pleinement respectée à tous les stades de la procédure.

3. Les Etats parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier :

a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale ;

b) De prendre des mesures, chaque fois que cela est possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire, étant cependant entendu que les droits de l'homme et les garanties légales doivent être pleinement respectés.

4. Toute une gamme de dispositions, relatives notamment aux soins, à l'orientation et à la supervision, aux conseils, à la probation, au placement familial, aux programmes d'éducation générale et professionnelle et aux solutions autres qu'institutionnelles seront prévues en vue

d'assurer aux enfants un traitement conforme à leur bien-être et proportionné à leur situation et à l'infraction.

Article 41

Aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant qui peuvent figurer :

- a) Dans la législation d'un Etat partie; ou
- b) Dans le droit international en vigueur pour cet Etat.

DEUXIEME PARTIE

Article 42

Les Etats parties s'engagent à faire largement connaître les principes et les dispositions de la présente Convention, par des moyens actifs et appropriés, aux adultes comme aux enfants.

Article 43

1. Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les Etats parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention, il est institué un Comité des droits de l'enfant qui s'acquitte des fonctions définies ci-après.
2. Le Comité se compose de dix-huit experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine visé par la présente Convention. (*voir note 1*) Ses membres sont élus par les Etats parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, compte tenu de la nécessité d'assurer une répartition géographique équitable et eu égard aux principaux systèmes juridiques.
3. Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes désignées par les Etats parties. Chaque Etat partie peut désigner un candidat parmi ses ressortissants.
4. La première élection aura lieu dans les six mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention. Les élections auront lieu ensuite tous les deux ans. Quatre mois au moins avant la date de chaque élection, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies invitera par écrit les Etats parties à proposer leurs candidats dans un délai de deux mois. Le Secrétaire général dressera ensuite la liste alphabétique des candidats ainsi désignés, en indiquant les Etats parties qui les ont désignés, et la communiquera aux Etats parties à la présente Convention.
5. Les élections ont lieu lors des réunions des Etats parties, convoquées par le Secrétaire général au Siège de l'Organisation des Nations Unies. A ces réunions, pour lesquelles le quorum est constitué par les deux tiers des Etats parties, les candidats élus au Comité sont ceux qui obtiennent le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des voix des représentants des Etats parties présents et votants.
6. Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau. Le mandat de cinq des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans. Les noms de ces cinq membres seront tirés au sort par le président de la réunion immédiatement après la première élection.

7. En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, ou si, pour toute autre raison, un membre déclare ne plus pouvoir exercer ses fonctions au sein du Comité, l'Etat partie qui avait présenté sa candidature nomme un autre expert parmi ses ressortissants pour pourvoir le poste ainsi vacant jusqu'à l'expiration du mandat correspondant, sous réserve de l'approbation du Comité.

8. Le Comité adopte son règlement intérieur.

9. Le Comité élit son bureau pour une période de deux ans.

10. Les réunions du Comité se tiennent normalement au Siège de l'Organisation des Nations Unies, ou en tout autre lieu approprié déterminé par le Comité. Le Comité se réunit normalement chaque année. La durée de ses sessions est déterminée et modifiée, si nécessaire, par une réunion des Etats parties à la présente Convention, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale.

11. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Comité le personnel et les installations qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu de la présente Convention.

12. Les membres du Comité institué en vertu de la présente Convention reçoivent, avec l'approbation de l'Assemblée générale, des émoluments prélevés sur les ressources de l'Organisation des Nations Unies dans les conditions et selon les modalités fixées par l'Assemblée générale.

Article 44

1. Les Etats parties s'engagent à soumettre au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la présente Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits :

a) Dans les deux ans à compter de la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour les Etats parties intéressés;

b) Par la suite, tous les cinq ans.

2. Les rapports établis en application du présent article doivent, le cas échéant, indiquer les facteurs et les difficultés empêchant les Etats parties de s'acquitter pleinement des obligations prévues dans la présente Convention. Ils doivent également contenir des renseignements suffisants pour donner au Comité une idée précise de l'application de la Convention dans le pays considéré.

3. Les Etats parties ayant présenté au Comité un rapport initial complet n'ont pas, dans les rapports qu'ils lui présentent ensuite conformément à l'alinéa b du paragraphe 1 du présent article, à répéter les renseignements de base antérieurement communiqués.

4. Le Comité peut demander aux Etats parties tous renseignements complémentaires relatifs à l'application de la Convention.

5. Le Comité soumet tous les deux ans à l'Assemblée générale, par l'entremise du Conseil économique et social, un rapport sur ses activités.

6. Les Etats parties assurent à leurs rapports une large diffusion dans leur propre pays.

Article 45

Pour promouvoir l'application effective de la Convention et encourager la coopération internationale dans le domaine visé par la Convention :

- a) Les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies ont le droit de se faire représenter lors de l'examen de l'application des dispositions de la présente Convention qui relèvent de leur mandat. Le Comité peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et tous autres organismes qu'il jugera appropriés à donner des avis spécialisés sur l'application de la Convention dans les domaines qui relèvent de leurs mandats respectifs. Il peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et d'autres organes des Nations Unies à lui présenter des rapports sur l'application de la Convention dans les secteurs qui relèvent de leur domaine d'activité ;
- b) Le Comité transmet, s'il le juge nécessaire, aux institutions spécialisées, au Fonds des Nations Unies pour l'enfance et aux autres organismes compétents tout rapport des Etats parties contenant une demande ou indiquant un besoin de conseils ou d'assistance techniques, accompagné, le cas échéant, des observations et suggestions du Comité touchant ladite demande ou indication ;
- c) Le Comité peut recommander à l'Assemblée générale de prier le Secrétaire général de procéder pour le Comité à des études sur des questions spécifiques touchant les droits de l'enfant ;
- d) Le Comité peut faire des suggestions et des recommandations d'ordre général fondées sur les renseignements reçus en application des articles 44 et 45 de la présente Convention. Ces suggestions et recommandations d'ordre général sont transmises à tout Etat partie intéressé et portées à l'attention de l'Assemblée générale, accompagnées, le cas échéant, des observations des Etats parties.

TROISIEME PARTIE

Article 46

La présente Convention est ouverte à la signature de tous les Etats.

Article 47

La présente Convention est sujette à ratification. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 48

La présente Convention restera ouverte à l'adhésion de tout Etat. Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 49

1. La présente Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des Etats qui ratifieront la présente Convention ou y adhéreront après le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, la Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra le dépôt par cet Etat de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 50

1. Tout Etat partie peut proposer un amendement et en déposer le texte auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Le Secrétaire général communique alors la proposition d'amendement aux Etats parties, en leur demandant de lui faire savoir s'ils sont favorables à la convocation d'une conférence des Etats parties en vue de l'examen de la proposition et de sa mise aux voix. Si, dans les quatre mois qui suivent la date de cette communication, un tiers au moins des Etats parties se prononcent en faveur de la convocation d'une telle conférence, le Secrétaire général convoque la conférence sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Tout amendement adopté par la majorité des Etats parties présents et votants à la conférence est soumis pour approbation à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

2. Tout amendement adopté conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent article entre en vigueur lorsqu'il a été approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies et accepté par une majorité des deux tiers des Etats parties.

3. Lorsqu'un amendement entre en vigueur, il a force obligatoire pour les Etats parties qui l'ont accepté, les autres Etats parties demeurant liés par les dispositions de la présente Convention et par tous amendements antérieurs acceptés par eux.

Article 51

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies recevra et communiquera à tous les Etats le texte des réserves qui auront été faites par les Etats au moment de la ratification ou de l'adhésion.

2. Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention n'est autorisée.

3. Les réserves peuvent être retirées à tout moment par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, lequel en informe tous les Etats parties à la Convention. La notification prend effet à la date à laquelle elle est reçue par le Secrétaire général.

Article 52

Tout Etat partie peut dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prend effet un an après la date à laquelle la notification a été reçue par le Secrétaire général.

Article 53

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention.

Article 54

L'original de la présente Convention, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

En foi de quoi les plénipotentiaires soussignés, dûment habilités par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

Annexe 2 : fiche de synthèse n° 12 : Le défenseur des droits de l'enfant

Le Défenseur des droits, nommé par le Président de la République après avis des commissions permanentes compétentes des assemblées parlementaires, pour un mandat de six ans non renouvelable, est une autorité administrative indépendante chargée de veiller à la protection des droits et des libertés et de promouvoir l'égalité.

Inscrite dans la Constitution depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, cette institution a succédé au Médiateur de la République, au Défenseur des enfants, à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et à la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS). Ses missions et pouvoirs sont définis par les lois organique (n° 2011-333) et ordinaire (n° 2011-334) du 29 mars 2011.

Le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement.

I- Statut

Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République en application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution. Cette procédure requiert un avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée et le Président de la République ne peut procéder à la nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions.

Une fois nommé, il ne peut être mis fin aux fonctions du Défenseur des droits que sur sa demande ou en cas d'empêchement constaté par un collège composé du vice-président du Conseil d'État et des premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour des comptes.

Le Défenseur des droits ne reçoit et ne sollicite, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction. Il ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions qu'il émet ou des actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions.

Ses missions sont incompatibles avec les fonctions de membre du Gouvernement, du Conseil constitutionnel, du Conseil supérieur de la magistrature, du Conseil économique, social et environnemental ainsi qu'avec un mandat électif, une autre fonction publique, une activité professionnelle ou toute fonction de direction d'entreprise.

Le Défenseur des droits et ses services relèvent du statut général des autorités administratives indépendantes défini par les lois organique (n° 2017-54) et ordinaire (n° 2017-55) du 20 janvier 2017. À ce titre, le Défenseur des droits est ordonnateur des dépenses de l'autorité, qui sont exclusivement soumises à un contrôle *a posteriori* par la Cour des comptes.

II - Compétences

Le Défenseur des droits est chargé de cinq grandes missions énumérées par la loi organique du 29 mars 2011 :

- défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public ;

- défendre et promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ;

- lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que promouvoir l'égalité ;

- veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République ;

- orienter vers les autorités compétentes tout lanceur d'alerte, au sens de la loi (n° 2016-1691) du 9 décembre 2016, et veiller aux droits et libertés de cette personne.

Les dispositions tendant à confier au Défenseur des droits la mission d'apporter une aide financière aux lanceurs d'alerte ont été, en revanche, censurées par le Conseil constitutionnel (décision n° 2016-740 DC du 8 décembre 2016).

Tirant les conséquences de leur remplacement par le Défenseur des droits, la loi ordinaire du 29 mars 2011 a abrogé les textes législatifs qui avaient institué le Médiateur de la République (loi du 3 janvier 1973), le Défenseur des enfants (loi du 6 mars 2000), la Commission nationale de déontologie de la sécurité (loi du 6 juin 2000) et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (loi du 30 décembre 2004).

III- Saisine

Pour chacune de ses missions, le Défenseur des droits est saisi directement par la personne physique ou morale qui s'estime lésée ou qui demande une protection. Les personnes l'ayant saisi ne peuvent faire l'objet, pour ce motif, de mesures de rétorsion ou de représailles.

Lorsque l'intérêt d'un enfant est en cause, les personnes habilitées à saisir le Défenseur des droits sont : l'enfant ou le mineur de moins de 18 ans, son représentant légal, un membre de sa famille, un service médical ou social ou une association de défense des droits de l'enfant régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans.

En matière de médiation avec les services publics, la saisine du Défenseur des droits est précédée de démarches préalables auprès des personnes publiques ou des organismes mis en cause.

Dans tous les cas, la saisine est gratuite et le Défenseur des droits peut se saisir d'office ou être saisi par les ayants droit de la personne dont les droits et libertés sont en cause. Dans le cas d'une autosaisine ou de la saisine par une personne autre que la personne intéressée, le Défenseur ne peut intervenir qu'à la condition que celle-ci (ou, le cas échéant, ses ayants droit) ait été avertie et ne se soit pas opposée à son intervention.

La saisine peut s'effectuer par voie électronique, par courrier ou par l'intermédiaire d'un des délégués du Défenseur des droits présents dans les préfetures, les sous-préfetures et les maisons de justice et du droit.

Il peut être saisi par l'intermédiaire de ses adjoints.

Une réclamation peut être adressée à un député, à un sénateur ou à un représentant français au Parlement européen, qui la transmet au Défenseur des droits s'il estime qu'elle appelle son intervention. Le Défenseur des droits informe le député, le sénateur ou le représentant français au Parlement européen des suites données à cette transmission.

Sur la demande de l'une des commissions permanentes de son assemblée, le Président de l'Assemblée nationale ou celui du Sénat peut transmettre au Défenseur des droits, dans les domaines de sa compétence, toute pétition dont l'assemblée a été saisie.

Le Défenseur des droits instruit également les réclamations qui lui sont transmises par le Médiateur européen ou un homologue étranger et qui lui paraissent relever de sa compétence et appeler son intervention.

La saisine du Défenseur des droits n'interrompt ni ne suspend par elle-même les délais de prescription des actions en matière civile, administrative ou pénale, non plus que ceux relatifs à l'exercice de recours administratifs ou contentieux.

IV- Fonctionnement et moyens d'actions

Pour chacune de ses missions, sauf la médiation avec un service public, le Défenseur des droits est assisté par un collège composé de personnalités qualifiées dans le domaine concerné et d'un adjoint, vice-président du collège correspondant à ses attributions.

Les adjoints sont placés auprès du Défenseur des droits et sous son autorité. Nommés par le Premier ministre sur proposition du Défenseur des droits, ils sont soumis aux mêmes règles d'incompatibilités que le Défenseur. La cessation du mandat du Défenseur des droits, quelle qu'en soit la cause, entraîne dans tous les cas celle du mandat des adjoints.

La loi organique prévoit la nomination obligatoire d'un adjoint vice-président du collège chargé de la défense et de la promotion des droits de l'enfant qui conserve le titre de Défenseur des enfants, d'un adjoint vice-président du collège chargé de la déontologie dans le domaine de la sécurité et d'un adjoint vice-président du collège chargé de la lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité.

Le collège chargé de la déontologie de la sécurité comprend, outre son vice-président, trois personnalités qualifiées désignées par le Président du Sénat, trois personnalités qualifiées désignées par le Président de l'Assemblée nationale, un membre ou ancien membre du Conseil d'État désigné par le vice-président du Conseil d'État, un membre ou ancien membre de la Cour de cassation désigné conjointement par le premier président de la Cour de cassation et par le procureur général près ladite cour.

Le collège chargé de la défense et de la promotion des droits de l'enfant comprend, outre le vice-président, deux personnalités qualifiées désignées par le Président du Sénat, deux personnalités qualifiées désignées par le Président de l'Assemblée nationale, une personnalité qualifiée désignée par le président du Conseil économique, social et environnemental et un membre ou ancien membre

de la Cour de cassation désigné conjointement par le premier président de la Cour de cassation et par le procureur général près ladite cour.

Le collège chargé de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité se compose, outre l'adjoint du Défenseur des droits ayant la qualité de vice-président, de : trois personnalités qualifiées désignées par le Président du Sénat, trois personnalités qualifiées choisies par le Président de l'Assemblée nationale, une personnalité qualifiée désignée par le vice-président du Conseil d'État et une personnalité qualifiée désignée par le premier président de la Cour de cassation.

Le Défenseur des droits peut convoquer une réunion conjointe de plusieurs collèges et de ses adjoints afin de les consulter sur les réclamations ou les questions qui intéressent plusieurs de ses domaines de compétence, ou qui présentent une difficulté particulière.

Le Défenseur des droits peut demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui et lui demander communication des pièces utiles à l'exercice de sa mission. Il peut entendre toute personne dont le concours lui paraît utile. Les personnes mises en cause peuvent être assistées du conseil de leur choix.

Le secret professionnel ne peut être opposé au Défenseur des droits.

Lorsque ses demandes ne sont pas suivies d'effet, le Défenseur des droits peut mettre en demeure les personnes intéressées de lui répondre dans un délai qu'il fixe. Lorsque la mise en demeure n'est pas suivie d'effet, il peut saisir le juge des référés d'une demande motivée aux fins d'ordonner toute mesure que ce dernier juge utile.

En cas d'enquête préliminaire ou d'enquête de flagrance ouverte sur des faits dont il s'est ou a été saisi, le Défenseur des droits doit, pour l'exercice de certaines de ses compétences, obtenir l'accord préalable des juridictions saisies ou du procureur de la République.

Il peut procéder à des vérifications sur place. Toutefois, s'agissant de locaux administratifs, l'autorité compétente peut s'y opposer pour des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale ou à la sécurité publique. La visite ne peut alors avoir lieu qu'avec l'autorisation du juge des référés.

Lorsqu'il s'agit de locaux privés et sauf en cas d'urgence, le responsable de ces locaux est préalablement informé de son droit d'opposition à la visite ou à la vérification sur place. La vérification sur place ne peut alors se dérouler qu'après l'autorisation du juge des libertés et de la détention.

Si le Défenseur des droits en fait la demande, les ministres donnent instruction aux corps de contrôle d'accomplir, dans le cadre de leur compétence, toutes vérifications ou enquêtes. Ils l'informent des suites données à ces demandes.

V- Pouvoirs

Le Défenseur des droits peut ne pas donner suite à une saisine : il doit alors indiquer les motifs de sa décision.

Il peut proposer à l'auteur de la réclamation une transaction avec la personne mise en cause. En matière de discrimination réprimée par le code pénal, la transaction peut consister dans le versement d'une amende transactionnelle.

Il dispose d'un pouvoir de recommandation en vue de garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée et de régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement. Il peut notamment recommander à l'administration de régler en équité la situation de la personne dont il est saisi.

Si la recommandation n'a pas été suivie d'effet, le Défenseur des droits peut enjoindre à la personne mise en cause de prendre, dans un délai déterminé, les mesures nécessaires.

Lorsqu'il n'a pas été donné suite à son injonction, le Défenseur des droits établit un rapport spécial, qui est communiqué à la personne mise en cause. Ce rapport est rendu public ainsi que, le cas échéant, la réponse de la personne mise en cause, selon des modalités que le Défenseur détermine.

Sauf en ce qui concerne les magistrats, le Défenseur des droits peut saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager les poursuites disciplinaires des faits dont il a connaissance et qui lui paraissent de nature à justifier une sanction.

Le Défenseur des droits peut demander au vice-président du Conseil d'État ou au premier président de la Cour des comptes de faire procéder à toutes études.

Lorsque le Défenseur des droits est saisi d'une réclamation, non soumise à une autorité juridictionnelle, qui soulève une question touchant à l'interprétation ou à la portée d'une disposition législative ou réglementaire, il peut consulter le Conseil d'État et rendre public son avis.

Il peut recommander de procéder aux modifications législatives ou réglementaires qui lui apparaissent utiles. Il peut être consulté par le Premier ministre sur tout projet de loi intervenant dans son champ de compétence. Il peut également être consulté par le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou le Président du Sénat sur toute question relevant de son champ de compétence.

VI- La spécificité de la médiation avec les services publics

Le Défenseur des droits est chargé d'améliorer les relations entre le citoyen, l'administration et les services publics, notamment par la médiation.

Sont concernés l'administration mais aussi les organismes chargés d'un service public : les hôpitaux publics, les caisses d'allocations familiales (CAF), les caisses primaires d'assurance maladie (CPAM), le régime social des indépendants (RSI), Pôle emploi, les fournisseurs d'énergie (EDF, GDF), les gestionnaires de transports publics (SNCF), les ministères, les consulats, les préfetures, les communes, les conseils généraux et régionaux.

Le Défenseur des droits ne peut être saisi ni ne peut se saisir des différends susceptibles de s'élever entre ces différentes personnes publiques et organismes, ni des différends susceptibles de s'élever entre, d'une part, ces personnes publiques et organismes et, d'autre part, leurs agents, à raison de l'exercice de leurs fonctions.

Pour l'exercice de cette mission, le Défenseur des droits dispose de l'ensemble des moyens et des pouvoirs conférés par les textes mais il n'est pas assisté par un collège de spécialistes ni par un adjoint.

Il est simplement prévu qu'un délégué général à la médiation, nommé par le Défenseur des droits, est responsable de la mission «médiation avec les services publics».

Index

Les numéros renvoient aux pages

A

Absence 61.62.63.364.
Acte d'enfant sans vie 21.26.27.59.
Acte de naissance 26.353.370.377.410.
Actes d'état civil 36.270.272.273.350.

Actes d'administration 42.51.52.53.449.
Actes courants 55.60.449.
Actes conservatoires 47.51.52.53.449.

Actes de disposition 43.51.52.53.229.470
Actes personnels 25.40.46.47.48.313.315.448.449.
463.464
Actes Usuels 452.453.
Action en recherche de maternité 48.
Action en recherche de paternité 48.
Administrateur ad hoc 159.335.451.

Administration légale 23.39.42.43.45.46.62.
470.
Administrateurs légaux 23.37.39.43.44.53.62.
220.221.222.224.345.470.

Adoption 22.28.87.271s.349.371.377.379.

Antiterrorisme (loi) 131.132.153.
Assistance éducative 24.25.42.42.47.67.306.449.
454.471.472.473.475.476.477.
Assistance médicale à la procréation
(PMA) 34.148.263.264.266.268.274.
275.276.293.
Audiovisuel 129.
Audition de l'enfant 18.21.22.431.440.445.454.
480.
Autorité parentale 21.28.31.37.40.41.42.43s.51.
56.67.131.155.179.205.245.246.247.279.284.302.
303.305.313.314.316.317.334.337.343.345.353.
365.379.389.436.436.438.443.447.448.451.453.
454.460.465.466.467.468.469.472.478.481.482.
483.

B
Bioéthiques (lois) 34.57.146.263s.266.267.273.
277.290.291.293.307.351.377.

Burqua 146.

Bruxelles II (Règlement) 395.

C

Capacité 55.178.291.446.449.
Certificat de capacité (mariage) 394.396.
Changement de nom 22.352.353.

Changement de prénom 356.357.

Changement de régime matrimonial 406.407.409.
410.414
Charte communautaire des droits sociaux des
travailleurs 83.84.178.216.

Charte des droits fondamentaux 85.86.142.156.
158.173.179.198.206.212.215.243.261.274.

Charte du patient hospitalisé 241.
Charte sociale européenne 80.81.83.84.167.178.198.
215.216.234.291.303.310.366.367.378.

Cinéma 150.151.
Circoncision 452.
Commencement (de la vie) 58.261.289.292.315.
316.
Conflit d'intérêt 42.158.345.

Collégien 173.185.206.207.
Conseil constitutionnel 132.146.166.171.176.181.
203.205.212.213.231.242.255.276.293.297.298.302.
421

Conseil d'Etat 86.143.145.147.165.166.181.266.282.
301.304.352.370.394.

Conseil de famille 388.389.405.407.410.430.449.468.
469.470.480.
Conseil national d'accès aux origines personnelles
(CNAOP) 266.
Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) 130.131.
136.
Consentement de l'enfant 22.50.220.221.245.246.
247.279.304.305.306.311.316.334.353.357.375.
379.391.

Constitution (1946) 26.73s.75.76.77.92.162.165.195.
201.202.203.212.230.241.248.315.

C (suite)

Constitution (1958) 92.120.143.162.202.203.212.213.248.301.366.

Contrat d'apprentissage 24.47.211.216.221.224.226.227.

Contrat de mariage 47.398.400.401.402.403.404.414.

Contrat de travail 23.24.40.47.211.218.219

- de l'enfant artiste de moins de 16 ans 219.220.221.

- de l'enfant de moins de 16 ans 221.222.224

- de l'enfant de plus de 16 ans 223.

- de l'enfant de plus de 16 ans émancipé 225.

Contôle d'identité 109.

Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) 36.57.74.77s.80.81.83.98.

118.121.123.125.126.149.156.167.169.172.

177.182.190.191.198.206.208.234.237.242.243.

257.260.261.270.273.286.290.303.308.312.322.

323.325.328.334.336.343.360.366.367.377.382.

385.386.442.473.476.485.487.489.

Convention européenne sur l'exercice des Droits de l'enfant 73.88.94.157.

Convention de la Haye 412.413.414.416.488.

Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) 17.18.31.33.34.35.37.57.86s.94.

98.100.106.109.118.120.140.150.151.157.158.

160.168.173.174.179.183.184.190.192.199.208.

216.236.237.243.249.262.265.273.274.284.286.

303.310.314.321.323.325.334.336.349.351.360.

367.369.377.383.394.408.427.431.444.445.474.

480.481.483.484.485.487.

Convention Oviedo 291.306.378.

Corps humain (respect du) 289.292.296.298.314.316.377.378.

Corps humain (inviolabilité) 288s.299s.306s.311.316.377.

Corps humain (inviolabilité) exception au principe 306.313.316.

Correspondance 322.323.325.326.331.379.

C (suite)

Cour de cassation 19.22.33.36.41.46.58.60.61.63.64.86.87.223.231.232.241.254.255.256.257.

270s.273.277.283.286.289.298.299.300.315.

320.325.326.328.330.332.333s.340s.342.346.357.

359.366.364s.367.370.371.374.376.377.384.391.

394.396.397.400.406.410.433.437.438.441.443.455.

457s.467.471.472.474.475.476.482.

Cour européenne des droits de l'homme

(CEDH) 20.22.27.32.34s.36.57.62.86.112.143.

156.167.172.177.183.190.191.199.234.236.237.

242.243.244.246.260.270.271s.273.280.283.286.

290.294.298.301.308.312.315.319.320.322.325.

329.336.342.343.353.355.357.360.365s.370.377.

385.408.442.454.455.456.464.473.474.481.486.

Cour internationale de justice (CIJ) 85.

Création artistique 153.

Culture (droit à la) 92.98.163.187.188.189.192

193.

Cyberharcèlement 132.136.

D

DAESH 152.160.

Déclaration des droits de l'homme et du

citoyen (DDH) 73.74.76.92. 107.120.124.141.

145.147.160.162.181.211.212.248.255.

Déclaration universelle des droits de l'homme

(DUDH) 77.84.94.123.142.150.157.

173.183.189.192.198.212.230.237.243.262.

286.303.315.323.386.418.489.

Défenseur des droits 21.29s.95.96.158.231.446.467.

Délégation de l'autorité parentale 458.459.460.

Démocratie 83.91.93.95.96.97.99.162.169.

Descendant 17.30.32s.34.66.

Détention provisoire 111s.

Discernement (enfant) 21.22.84.306.313.426.427.440.

454.467.468.475.

Diffamation 127.128

Dignité humaine (droit à la) 27.83.99.241.242.

312

Directive (anticipée de fin de vie) 284.

Disparition 61.63.

D (suite)

Divorce 414.417.424.425.428.444.
Divorce (consentement mutuel) 425s.427.429.
430.431.432.433.434.435.437.
Divorce (pour faute) 425.428.
Divorce (pour altération définitive du lien du
Mariage) 425.428.430
Divorce (acceptation rupture du mariage)
425.428.
Domicile 28.78.322.327.328.329.363.364s.
367.379.381.
Domicile (de l'enfant) 364.
Droit d'être élevé par ses deux parents 33.443.444.
449.485.
Droit d'être entendu (enfant) 361.426.427.440.445.
Droits familiaux 28.380 – voir PACS – mariage
Divorce
Droit de la personnalité 28.76.376.
Droits sociaux 162s.
Droit de visite et d'hébergement 67.426.442.

E

Education 17.99.103.104.196.198.205.206.208.
209.215.237.
Education nationale 202.
Effet collectif de l'acquisition de la nationalité 369.
374.
Egalité des chances 97.98.100s.197.
Eléctions universitaires 207.
Elèves 206.
Emancipation 23.49.53.366.408.410.418.470.477.
478 (mariage) 480 (judiciaire)
Embryons 25.26.57.58.60.64.65.66.263.266.267.
267.268.290.292.293.294.315.

Enfant (mineur) 5.17.18.20.21.23.26s.28s.30s.33s.
35s.40s.44s.50s.53.55s.59.60.61.63.64s.69.73.76.
78.82.83.87.89.93.94.96s.99.111.112.114.121.122.
125.128s.129.136.138.140s.147.148.149. 152s.
157s.160.168. 174.175.178.184.185.192.195.196.
199.200.205.206.208s.210.215s.220.221.223s.
228.236s.239.242.245s.258.265.266.273.274.276.
278s.284s.287.291.292.295.300.302.303s.309.
310.311.313.314.316.317.321.325.334s.337.343.
345.346.348.349.350.352.353.354.357.358.360.
362.365.366.367.369.370.371.372.374s.378.379.
382s.386.387s.389.391.393.394.398.400s.404.
406s.410.411.414.418.422.424.426.427s.430.431.
433.435.438s.440.441.443.444.447s.450.451s.
456.460.462.465s.470s.475.476s.480.481.485.
487.488.

E (suite)

Enfant (associé aux décisions le concernant) 51.245.
248.305.306.311.314.316.335.343.361.379.440.454.
Enregistrement audiovisuel 333.344.
Erreur sur la personne (mariage) 390.392.
Enseignants (droits et devoirs) 205.
Enseignement (droit à l') 97s.195.198.205.206.
Enseignement privé 203.
Enseignement public 201.203.
Etudiant 202.207.209.
Euthanasie 281s. 284.
Exercice en commun de l'autorité parentale 42.438.
443.452.454.455
Exercice unilatéral de l'autorité parentale 39.42.438.
443.455

F

Famille 20.21.29.30.66.67.68.205.246.254.269.282.
339.358.360.367.379.385.386.389.393.405.407.418.
432.444.455.459.471.475.
Famille nucléaire 66.
Fécondation in vitro 267s.
Filiation 17.28.32s. 34.47.58.60.264.265.266.270.
273.297.298.348s.352.353.360.369.371.374.379.
448.452.
Foetus 25.26.27.58.60.
Funérailles 312.313.

G

Garde à vue 119.
Géolocalisation 330.
Gestation pour autrui (GPA) 269.270.272.273.286.
289.376.377.
Gratuité (de l'enseignement) 99.202.203.
Grève (droit de) 76.80.81.164.165.167.169.179.
249.

H

Hadopi 133s.
Harcèlement 137.
Homologation (changement de régime matrimonial)
407.

I

Image (protection et droit à l') 333.334.337.338.339.
340s. 344.345.
Incapacité 20.23..28.30.31.37.38.40.44s.47.48.50
174.220.222.387.400.420.421.448.449.
Infans 30.56.60.66.316.
Injure 127.128.

I (suite)

Insémination artificielle 265.266

Instruction (droit) 63.78.113.194.197.200.
207.208.210.249.

Intégrité (physique) 242.287.288.289.291.299.
300.308.309.315.316.377.

Internet 130.132.135.151.

Intérêt (légitime) 352.353.356.357.358.

Intérêt de l'enfant 18s.20.21.25.28s.34.39.40.41s.
48s.50.53.59.60s.64.67.68.70.73.77.78.80.82.83.84s.
88.89.93.94.97.98.99. 101.107.109.110.113.117.122.
125.130.136.138.140.150.158s.164.168.169.176.178s.
180.184.185.192.200.207s.210.215.217.218.219.228.
229.236.238.245s.249.251.265.266.273.274.276.277.
279.284.285.286.297.298.301.302.305.306.310.311.
314.316.321.325.334.335.336.343.345.346.355.356.
358.361.362.365.367.376.378.379.381.383.384.387.
389.391.393.394.405.408.409.411.418.422.426.427.
428.431.439.440s.445.447.449.450. 451.453.454s.
459.462.465.468.469.471.472.475.476.478.479.481.
485.487.

Intersexué (enfant) 35.

Interruption volontaire de grossesse (IVG) 262.277.
276.278.279.286.291.292.293.315.376.378.

Interruption médicale de grossesse (IMG) 277.286.

Inviolabilité (du corps humain) – voir corps humain

Islam 144.145

J

Jouissance légale 37.

Juge aux affaires familiales 21.22.67.73 .160. 335.
343.345.355.356.361.426.427.431.436.440.447.452.
454.458.464.468.469.470.471.480.482.

Juge des enfants 41.67.447.454.471.472.474.482.

Juge des référés 333.

Juge des tutelles 39.42.43.44.52.53.62.345.388.
389.405.407.410.430°.469.470.471.477.482.

K

Kafala 371.

L

Laïcité 141.143.202.206.

Lésion 55.56.

Liberté d'aller et venir 78.92.94.116.118s.159

Liberté artistique 153.

L (suite)

Liberté d'association 28.31.84.92.94.163.170s.175.
207.249.

Liberté de culte 78.84.92.105.115.141.144.249.

Liberté d'enseignement 92.94.105.200.

Liberté d'expression 28.31.78.84.90.94.105.119.120.
141.151.153.156.159.161.205.207.249.

Liberté d'opinion 31.427.440.

Liberté de la presse 90.92.94.105.122.207.

Liberté (privation) 87.108.180.

Liberté religieuse (ou de conscience) 78.84.141.142.
150.161.206.249.

liberté de réunion 78.84.90.92.94.105.163.180.
181.

Liberté (sûreté) 78.84.105.154.

Liberté syndicale 81. 92.163.175s.177.179.249.

Locataire 232.

Logement (droit au) 163.229.230.234.236.

Logement de la famille (attribution) 436.437.438.439.

Logement décent 231.232.237.

Logement opposable (doit au) 235.

Loi Léonetti 282s.283.303.316

Lycéen 173.185.206.207.

M

Majorité 17.31.55.152.275.

Mariage 23.24.33.40.47.320.324.351.373.380.
382.383.384.386.389.390.393.394.403.404.405.
411.416.417.422.432.

Mariage (consentement) 387.388.393.418.

Mariage (contracté à l'étranger) 393.394s.397.398.

Mariage (dispense) 386.387.388.394.418.

Mariage (droit au) 383.385.386.

Mariage (nullité) 390.391.392.

Mariage putatif 391.

Mandat 45.46.50.

Mandat à effet posthume 68s.460

Mandat de protection future 68.69.460.461.462.
463.464.465.

Mère d'intention 270.271.272.273.

Messagerie électronique 331.

Mesures d'assistance éducative - voir
assistance éducative

Mineur – voir enfant mineur

Mineur 17.18.21.23.28.29.31.33s.37.38.39.40s.

Minorité 30.38s.40.43.44.48.49.53.351.391.448.
464.

N

Naissance 287.349.
Nationalité 85.349.369.370 (filiation)
(droit au sol) : 37.372 (mariage) 373
Nom (de famille) 28.34.256.346s.349.350.351.
354.358.359.360.374.379.
Nom d'usage 353.354.433.
Notaire 407s.411.419.420.425.426.429.430.
434.437.

O

Obligations (réforme du droit des) 46.55.223.
232.307 .341.429.
Obligations (des parents) 36.245.303.334.
Obligation (scolaire) 201.205.208.210.226.
227.
Opération chirurgicale (refus) 242.
Ordre public 141.142.182.233.246.390.392.
398.417.418.447.

Opposition d'intérêts 42.43.335.470

Opposition (au mariage) 338.

Ordinateur (du salarié) 330.

Organisation internationale du travail (OIT)
177.215.216.

Origines (droit de connaître ses) 34.266.298.
351.

Our body (exposition) 298.299.

P

PACS 380.381.419.422.
Pacte international relatif aux droits civils et
politiques 85.150.157.183.198.262.386.489.
Pacte international relatif aux droits économiques
sociaux et culturels 85.212.
Parent incapable 388.451.452.467.
Parents 21.26.31.32.36.37.41.42.44.45.49.62.65.
66.67.69.92.127.129.137.147.152.158.159.185.
185.196.202.205.206.220.222.237.238.239.242.
245.246.247.248.283.284.302.305.306.314.316.
317.321.334.337.343.345.348.349.350.353.354.
355.360.365.366.369.370.372.374.375.387.388.
426.427.428.431.435.436.439.441.443.444.445.
447.452.453.458.459.460.461.464.467.471.473.
474.480.481.487.488.
Pédopornographie 344.346.
Père d'intention 272.
Perruche (arrêt) 63s. 277s.
Personnalité juridique 27.28.30.56.57.59.60.61.296.
316.347.
Personnalité juridique (droit de la) 353s.258s.340.
341.
Prénom 346.354.355.356.360.361.
Possession d'état 33.371.
Protection (du nom) 358.359.360.361.

P (suite)

Protection (de l'enfant) 18.20.26.29.31.37.38.40.
42.43.44.46.48.53.56.61.67.68.69.73.74.76.82.
83.87.91.92.93.130.179.216.218.221.286.305.
310.345.350.374.389.405.409.422.439.447.450.
456.457.460.463.466.468.471.473.474.476.481.

R

Recherches biomédicales 267.294.308.310.311.
Recherche de maternité 24.33.47.448s.
Recherche de paternité 24.33.47.448s.
Reconnaissance parentale 23.24.32.40.47.275.
379.449.452.
Régime matrimonial 398. 399s. 411.412s.415.
416.432.
Règlement «RM» (UE) 414.415.416.
Règlement «PE» (UE) 421.422.
Représentants légaux 39.51.93.158.179.223.226.
238.245.305.335.345.448.
Réseaux sociaux 134.135.326.327.343 .
Résidence 364.365.374.439.
Résidence alternée 440.441.444.
Rescision 47.54.55.
Respect (de la vie privée) 28.242.266.273.318.321.
322.326.332.333.334.335.336.378.442.
Rétention judiciaire 109.
Retrait de l'autorité parentale 456.457.458.482.

S

Santé (droit à la santé) 92.163.240.241.243.244.249.
Scolarité 84.168.178.196.201.208.
Secret médical 242.
Sectes 147.150
Signes religieux 145s.147.206.
Soins (obligation de) 242.
Soins (refus de) 303.305.306.
Stimulation ovarienne 268.
Suicide 280.286.290.378.

T

Tim Steiner 312.
Traitement (refus de) 242.247.303.305.
Traitement (arrêt du) 282.283.284.
Transfusion sanguine (refus) 242.
Travail (des enfants) 82.215s.218.227.228.
232.
Travail (droit du) 81.84 .211s.215.
Tutelle 222.226.275.276.303.335.388.389.
430.466.467.468.469.470.477.

U

Usage 23.31.40.44.49.50.220.223.
Usurpation 358.359.

V

Vice du consentement (mariage) 390.

Vidéosurveillance 329.

Vie (droit à la) 57.78.84.259.260.261.270.276.

280.287.289.303.376.

Vie (droit de donner la) 263.293.

Vie familiale 17.32.78.243.297.318s.297.322.324.

442.481.483.485.486.487.

Vie privée 78.84.243.257. 320.321.323.

325.326.330.332.333.335s.337.344.345.365.367.

379.473.

Vie professionnelle 323.329.

Vie sentimentale 232.379.

Vincent (Humbert) 281.

Vincent (Lambert) 282.283.

W

Wim Delvoeye (voir Tim Steiner)

Table des matières

Avertissement	3
Remerciements	4
Résumés	5
Principales abréviations	7
Sommaire	10
Introduction	16
Partie Préliminaire	29
Titre I : Différentes définitions de l'enfant	29
Chapitre 1 : l'enfant mineur âgé de moins de dix-huit ans	30
Chapitre 2 : l'enfant, le descendant	31
Chapitre 3 : l'enfant intersexué	34
Titre II : Le droit des incapacités - la protection des mineurs - l'autorité parentale - le droit de jouissance légale	36
Chapitre 1 : Le principe	36
Section 1 : l'incapacité du mineur et ses conséquences sur les actes personnels et juridiques	37
Section 2 : l'autorité parentale	39
Section 3 : l'administration légale	41
Chapitre 2 : Exception au principe	46
Section 1 : actes personnels	46
Section 2 : la multiplication des exceptions légales	47
Section 3 : actes conservatoires, d'administration et de disposition	51
1- les actes conservatoires	51
2- les actes d'administration	51
3- Les actes de disposition	52
Section 4 : La nullité ou la rescision	53
1- la nullité	53
2- la rescision	54
3- les effets	54
Titre III : L'enfant et la personnalité juridique	55
Chapitre 1 : conditions d'acquisition de la personnalité	56
Chapitre 2 : adage " <i>infans conceptus</i> "	59
Chapitre 3 : l'absence	61
Section 1 : la présomption d'absence	61
Section 2 : la déclaration d'absence	62
Chapitre 4 : la disparition	63
Chapitre 5 : cas de l'enfant né handicapé	63
Section 1 : la position de la jurisprudence	63
Section 2 : la loi du 4 mars 2002	64
Chapitre 6 : l'enfant et la famille	65

Section 1 : définition de la famille	65
Section 2 : la famille et la protection de l'enfant	67
1- le mandat à effet posthume	67
2- le mandat de protection future	68

PREMIERE PARTIE :

**DROIT PUBLIC ET DROIT DE L'HOMME ET INTERET
DE L'ENFANT**

TITRE I : Les Droits politiques	71
Chapitre I : Rapport de l'homme et de l'Etat	72
Section I : la Déclaration des droits de l'Homme (DDH)	74
Section II : le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946	75
Section III : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH) du 4 novembre 1950	77
Section IV : la Charte sociale européenne (18 octobre 1961)	79
Section V : la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (9 décembre 1989)	80
Section VI : la Charte des droits fondamentaux (sommet de Nice du 7 au 9 décembre 2000)	82
Section VII : la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) du 10 décembre 1948	83
1- les libertés physiques	84
2 - les droits civils	84
3 - les droits politiques et les libertés intellectuelles	84
4 - les droits économiques et sociaux	84
Section VIII : la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) ou Convention de New-York du 20 novembre 1989	85
Section IX : la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant (du 25 janvier 1996)	87
Section X : autres conventions	88
Section XI : de la IIIème République à nos jours	89
§1- les régimes politiques	89
§2- la démocratie	90
§3- la liberté ou les libertés	91
1 - la liberté	91
2 - les libertés	91
§3- le défenseur des droits	92
Chapitre II: le droit de vote ou de suffrage	95
Chapitre III : Le droit à l'égalité des chances par l'éducation et la culture	97
1 - la Déclaration des droits de l'enfant	97
2 - la CESDH	97
3 - la CIDE	98

TITRE II : Les libertés	102
Chapitre I : La liberté individuelle et la sûreté (art. 2 DDH et art. 4 et 5 CESDH)	103
Section I : La liberté	104
Section II : la privation de liberté	105
1 - le contrôle d'identité	106
2 - la retenue des mineurs	106
3 - la garde à vue	107
a) l'enfant mineur de treize ans	107
b) l'enfant mineur de treize à seize ans	107
c) l'enfant mineur de plus de seize ans	107
4 - la détention provisoire	108
a) l'enfant mineur de moins de treize ans	108
b) l'enfant mineur de treize à dix-huit ans	108
Chapitre II : liberté d'aller et de venir	112
Chapitre III : liberté d'expression	116
Section I : liberté d'expression - valeur constitutionnelle	117
§1- les sources nationales	117
§2- la liberté de la presse	119
A/ la presse écrite	120
B/ l'audiovisuel	127
C/ internet	130
D/ le cinéma	137
§3- la liberté religieuse ou liberté de conscience	139
A/ sources	139
B/la liberté religieuse et l'ordre public	140
C/ la liberté religieuse et la laïcité	141
D/ la liberté religieuse et l'intérêt de l'enfant	148
§4- la liberté de création artistique (art 1 ^{er} de la loi du 7 juillet 2016)	151
Section II : reconnaissance européenne et internationale de la liberté d'expression	154
§1- les traités européens	154
§2- les sources internationales	155
TITRE III : les droits sociaux	160
Chapitre I : le droit de grève	162
Section I : Evolution législative	163
§1- droit positif	163
§2- le droit de grève et la Charte sociale européenne	165
§3- le droit de grève et la convention de sauvegarde des droits de l'homme	165

Section II: droit de grève et l'intérêt de l'enfant _____	166
Chapitre II : La liberté d'association _____	168
Section I : La liberté d'association - valeur constitutionnelle _____	169
Section II : la reconnaissance européenne et internationale _____	170
Section III : la liberté d'association et l'intérêt de l'enfant _____	171
Chapitre III : La liberté syndicale _____	174
Section I : reconnaissance en droit positif _____	175
Section II : reconnaissance en droit international et européen _____	176
Section III : liberté syndicale et l'intérêt de l'enfant _____	177
Chapitre IV : La liberté de réunion _____	180
Section I : droit fondamental et une liberté fondamentale _____	181
Section II : reconnaissance européenne et internationale _____	182
Section III : liberté de réunion et intérêt de l'enfant _____	184
Chapitre V : Le droit à la culture _____	187
Section I : La culture d'un point de vue philosophique _____	188
Section II : La reconnaissance en droit positif, en Europe et à l'international _____	189
Section III : Les droits culturels et l'intérêt de l'enfant mineur _____	192
Chapitre VI : Le droit à l'instruction _____	194
Section I : La lente évolution constitutionnelle et législative en droit positif _____	195
Section II : La reconnaissance européenne et internationale du droit à l'éducation _____	197
Section III : la liberté d'enseignement public _____	200
A/l'obligation_____	200
B/la gratuité_____	200
C/la laïcité_____	201
Section IV : la liberté d'enseignement privé _____	202
Section V : droits et devoirs des enseignants, des parents et des élèves _____	204
§1- droits et devoirs des enseignants_____	204
§2- droits et devoirs des parents_____	204
§3- droits et devoirs des élèves_____	205
§4- les élections universitaires_____	206
Section VI : le droit à l'instruction et à l'éducation de l'enfant mineur _____	207
Chapitre VII : Le droit à l'emploi _____	210
Section I : De la reconnaissance du droit au travail _____	211
Section II : Le droit au travail et l'intérêt de l'enfant _____	213
Section III : Le contrat de travail de l'enfant âgé de moins de seize ans _____	217
§1- le contrat de travail de l'enfant mineur artiste âgé de moins de seize ans_____	217
§2- le contrat de travail de l'enfant mineur âgé de moins de seize ans_____	219

Section IV : Le contrat de travail de l'enfant âgé de plus de seize ans	221
Section V : Le contrat de travail de l'enfant mineur émancipé	223
Section VI : Le contrat d'apprentissage	224
Chapitre VIII : Le droit au logement	227
Section I : droit au logement (articles 1^{er} et 6 de la loi du 6 juillet 1989)	228
Section II : droit au logement - reconnaissance européenne	232
Section III : droit au logement opposable (DALO)	233
Section IV : droit au logement et l'intérêt de l'enfant	234
Chapitre IX : Le droit à la santé	238
Section I : droit à la santé en droit interne	239
Section II : droit à la santé reconnaissance européenne et internationale	241
Section III : droit à la santé et l'intérêt de l'enfant	242
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	246
DEUXIEME PARTIE :	
LES DROITS PRIVES ET L'INTERET DE L'ENFANT	248
TITRE I : les droits de la personnalité	251
Chapitre I : droit à la vie	256
Section I : reconnaissance du droit à la vie	257
§1- reconnaissance européenne du droit à la vie	257
§2- reconnaissance internationale	259
Section II : le droit de donner la vie	260
§1- l'insémination artificielle	262
§2- la fécondation <i>in vitro</i>	264
§3- la stimulation ovarienne	265
§4- interdiction de la gestation pour autrui	266
§5- couple mineur et procréation médicalement assistée	271
§6- cas particulier de l'enfant mineur placé sous tutelle et procréation médicalement assistée	272
Section III : le droit à la vie n'est pas absolu	274
§1- l'interruption volontaire de grossesse (IVG)	274
§2- le suicide	278
§3- l'euthanasie	279
Chapitre II : droit à l'intégrité physique et l'inviolabilité du corps humain	286
Section I : le commencement du droit à l'intégrité physique (le commencement de la vie)	287
§1- principe	287
A/ le statut de l'embryon et du fœtus	290
1- l'embryon et le fœtus <i>in vitro</i>	291
2- l'embryon et le fœtus <i>in utero</i>	292
§2- le respect du corps humain après la mort	293

Section II : les exceptions au principe de l'inviolabilité du corps humain	297
§1- la vaccination	297
§2- le refus de soin	301
§3- la disponibilité du corps humain réglementée	306
A/ disponibilité du corps humain du vivant de la personne	307
B/ l'enfant mineur et les actes de disposition sur les éléments et produits du corps humain	309
C/ disponibilité du corps humain <i>post-mortem</i>	311
D/ l'enfant mineur et la disponibilité de son corps <i>post-mortem</i>	313
Chapitre III : le droit au respect de la vie privée	318
Section I : définition et principe	319
§1- comment définir la vie privée	319
§2- principe et reconnaissance de la vie privée	321
Section II : les différents aspects de la vie privée	324
§1- la vie privée et la vie sentimentale	324
§2- la vie privée et la divulgation du patrimoine	325
§3- la vie privée et la correspondance	325
§4- la vie privée et le domicile	328
§5- la vie privée et la vie professionnelle	329
A/ s'agissant de la vidéosurveillance	330
B/ s'agissant de la géolocalisation	330
C/ s'agissant de l'ordinateur ou du casier du salarié	330
D/ s'agissant de la messagerie électronique	331
E/ s'agissant de la consultation des sites internet sur le lieu de travail	331
F/ s'agissant de la tenue vestimentaire du salarié	332
Section III : la protection de la vie privée	332
Chapitre IV : Droit à l'image	338
Section I : une création prétorienne	339
Section II : protection du droit à l'image	342
Chapitre V : Le nom de famille	348
Section I : droit au nom de famille	349
§1- l'attribution du nom de famille	349
A/ filiation	349
B/ le choix des parents	350
§2- le changement de nom de famille	353
§3- le nom d'usage	354
Section II : droit au prénom	355
§1- le choix du prénom de l'enfant	355
A: le principe : la liberté de choix du prénom	355
B/ l'exception	356
§é- le changement de prénom de l'enfant	357
Section III : la protection du droit au nom	359
Chapitre IV : Le domicile	363
Section I : la liberté de choix du domicile	364

Section II : le respect du domicile _____	367
Chapitre V : La nationalité _____	369
Section I : Nationalité et filiation ou <i>jus sanguinis</i> _____	370
Section II : Nationalité et "droit au sol" ou <i>jus soli</i> _____	372
Section III : Nationalité et mariage _____	373
Section IV : Nationalité et effet collectif _____	374
Section V : Nationalité et la volonté de devenir français _____	375
Conclusion des droits de la personnalité _____	376
TITRE II : Les droits familiaux _____	380
Chapitre I : Le mariage _____	381
Section I : principe _____	383
§1- le mariage en droit interne _____	383
§2 - la consécration européenne du droit au mariage_____	386
§3- la consécration internationale du droit au mariage_____	387
§4- le mariage de l'enfant mineur_____	387
A/ le principe _____	387
B/ l'exception_____	388
C/ l'enfant mineur placé sous tutelle_____	389
Section II : la nullité du mariage _____	391
§1- à la demande des époux_____	391
§2 - à la demande du procureur de la République_____	393
Section III : droit international privé et mariage _____	394
§1- principe pour la validité du mariage célébré à l'étranger_____	394
§2- le rattachement des conditions de forme du mariage_____	396
Section IV : l'intérêt de l'enfant et le régime matrimonial _____	400
§1- le régime primaire_____	400
§2- le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts_____	401
§3- le contrat de mariage préalable à l'union de l'enfant mineur_____	402
A/ la communauté conventionnelle (art. 1497 et suivants du Code civil)_____	403
B/ la communauté universelle (art. 1526 et suivants du Code civil)_____	404
C/ la séparation de biens (art. 1536 et suivants du Code civil)_____	404
D/ la participation aux acquêts (art. 1569 et suivants du Code civil)_____	405
Section V : changement de régime matrimonial au cours du mariage _____	406
Section VI : droit international privé et régime matrimonial _____	412
§1- les règles applicables aux époux mariés avant le 1 ^{er} septembre 1992_____	413
§2- les règles applicables aux époux mariés après le 1 ^{er} septembre 1992_____	414

§3- les règles applicables aux époux mariés à partir du 29 janvier 2019	415
Chapitre II : Pacte civil de solidarité (PACS)	421
Chapitre III : Le divorce	424
Section I : l'ère nouvelle du divorce au XX^{ème} et XXI^{ème} siècle	425
Section II : la rupture des liens du mariage et la fin des droits et devoirs réciproques des époux	432
§1- les effets du divorce entre les époux	432
§2- les effets du divorce à l'égard des tiers	434
Section III: les conséquences du divorce sur l'enfant mineur	435
§1- l'attribution du logement de la famille	436
A/ le logement fait l'objet d'un bail à usage d'habitation ou a la qualité de bien indivis entre les époux	436
B/ le logement est fixé dans un immeuble appartenant en propre à l'un des époux	438
§2- le divorce - la résidence de l'enfant - le partage de l'autorité parentale et la protection de son intérêt	439
A/ résidence alternée et intérêt de l'enfant	439
B/ autorité parentale et divorce	443
Chapitre IV : l'autorité parentale	447
Section I : l'état de minorité	448
§1- minorité et incapacité	448
§2- l'exercice de l'autorité parentale	451
A/ exercice en commun de l'autorité parentale	452
B/ l'autorité parentale exercée exclusivement par l'un des parents	454
C/ retrait total de l'autorité parentale	455
D/ délégation de l'autorité parentale	458
Section II : le mandant visant à protéger l'enfant mineur : le mandat de protection future	460
Section III : la fin de l'autorité parentale	467
§1- la tutelle de l'enfant mineur	467
§2- l'émancipation	478
A/ l'émancipation par mariage	479
B/ l'émancipation judiciaire	481
Chapitre V : le respect de la vie familiale	485
Section I : la notion de la vie familiale	486
§1- les textes	486
§2- la définition large de la CEDH	487
Conclusion de la PARTIE II : les droits privés	490
Conclusion de la thèse	502
Bibliographie	506
Table des annexes	543

<i>Index</i>	568
Table des matières	574
Résumé	583

Résumé :

Nous étudierons et analyserons l'intérêt de l'enfant au regard des droits extra patrimoniaux.

L'enfant est celui qui est enserré dans le carcan de la minorité et qui est dépendant des choix et des décisions que prendront ses parents, ses tuteurs ainsi que le juge des affaires familiales ; le code civil, le code pénal, le code de la consommation sont les précieux atouts pour les différents intervenants dans le quotidien de l'enfant mineur.

L'intérêt de l'enfant est aujourd'hui au centre des préoccupations tant du droit international que du droit européen et par conséquent du droit positif. Cet intérêt devenu essentiel est une source intarissable pour comprendre les besoins essentiels de l'enfant et ainsi mieux le protéger.

Ainsi de nombreuses réformes sont intervenues au cours du XXème siècle (filiation, reconnaissance d'enfants, adoption, PMA, majorité, autorité parentale, tutelle...) et de nombreuses réformes sont annoncées (PMA pour toutes les femmes, réforme de l'ordonnance de 1945 et qui sait la légalisation ou du moins la reconnaissance des enfants nés par gestation à l'étranger) qui seront, à n'en pas douter, la suite de l'évolution que nos sociétés accordent à l'intérêt de l'enfant.

Cet intérêt de l'enfant se concentre principalement sur son développement, sa sécurité, sa protection et son bien-être.

L'intérêt de l'enfant c'est aussi la conséquence de la place qu'occupe l'enfant au sein de la société ainsi que des droits et libertés qui lui sont reconnus ; il a une place prépondérante dans les droits extra-patrimoniaux ; droits qui recouvrent tant les droits de l'homme que le droit des hommes.

Ces droits extra-patrimoniaux, dont pour certains la création par la doctrine moderne remonte au début du siècle dernier avant d'être consacrée par le législateur, ont aujourd'hui une importance telle qu'ils sont au centre des préoccupations tant de la pensée juridique que du législateur. Ainsi le droit positif et la jurisprudence contemporains révèlent l'existence de nombreux droits extrapatrimoniaux regroupant tant les des droits de la personnalité que les droits de l'homme, en passant par les droits de famille et autres libertés publiques. La notion des droits patrimoniaux apparaît non seulement en droit interne mais aussi en droit international ce qui atteste de son importance.

Tout ceci sera traité au vu du droit positif et de la considération que le droit européen accorde à l'enfant.

Descripteurs : intérêt de l'enfant, incapacité, minorité, protection, vulnérabilité, droit de l'Homme, libertés fondamentales, CIDE, droits extra-patrimoniaux.

Title and Abstract :

We will study and analyze the interest of the child in view of extra-patrimonial rights. His ability to contract, to decide his life (wedding, adoption, divorce, child recognition). His rights and obligations. His power to choose, decide and express himself.

We will study and see the importance of the instruction lavished to the child who enjoys freedom of expression and thought.

We will see that the interest of the child is essential and determining element in all decisions concerning him.

And the interest of the child have even become the best interest of the child.

The child is dependant on the choices and decisions of his parents and the family court judge.

We will examine more particularly what is the interest of the child, its protection, its well-being, its rights and duties, but also the respect of its rights.

Keywords:

Children

Law

Interest

Protection

Rights and obligations

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.