– UNIVERSITÉ DE NANTES –
– FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES –

– École doctorale : *Droit, Économie-Gestion, Environnement, Sociétés, Territoires* –

Année : 2008 / 2009 *N° attribué par la bibliothèque*

|__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE NANTES
Discipline : Droit

Présentée et soutenue publiquement
par

Yves HONHON
Le 12 juin 2009

L'ENFANT ET LE DROIT

Tome I

Directeur de thèse

Monsieur Raymond LE GUIDEC
Professeur à l'Université de Nantes

JURY

Madame Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI
Professeur émérite à l'Université Jean MOULIN (Lyon III)

Monsieur Jean HAUSER
Professeur à l'Université MONTESQUIEU (Bordeaux IV)

Monsieur Pierre MURAT
Professeur à l'Université de Grenoble II

Monsieur Jean-Pierre ROSENCZVEIG
Président du Tribunal pour enfants de Bobigny

L’Université de NANTES n’entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ Famille	Actualité juridique de droit de la famille
Al.	Alinéa
AN.	Assemblée nationale
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BOEN	Bulletin officiel de l'éducation nationale
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.A.	Cour d'appel
C.A.A	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCC	Contrat concurrence consommation
C.E.	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch.	Chambre
Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Doctr.	Doctrine
DP.	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
Dr. Adm.	Droit administratif
Dr. Fam.	Droit de la famille
Dr. Pén.	Droit pénal
Gaz. Pal.	Gazette du palais
Infra	Ci-dessous
I.V.G.	Interruption volontaire de la grossesse
Jur.	Jurisprudence
JCP	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale
JCP N.	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition notariale
JDI	Journal de droit international
JDJ	Journal du droit des jeunes
JORF	Journal officiel de la République française
Lebon	Recueil des arrêts du Conseil d'État
Obs.	Observation
p.	Page
PaCS	Pacte civil de solidarité
Rapp.	Rapport
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international public
RFDA	Revue française de droit administratif
RJPF	Revue juridique personne et famille
RSC	Revue de science criminelle
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDComm.	Revue trimestrielle de droit commercial
Sect.	Section
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaires
Supra	Ci-dessus
T. corr.	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance

À l'enfant qui somnole en toi.
(Puisses-tu ne jamais le laisser s'assoupir).

– SOMMAIRE –

(Les chiffres renvoient aux pages)

INTRODUCTION **13**

PARTIE I : L'ENFANT DU DROIT **31**

Chapitre Premier : Le temps de l'enfance **33**

Section 1 : Le début de l'enfance : la vie prénatale 33
Section 2 : La fin de l'enfance 149

Chapitre Deuxième : Le concept juridique d'enfant **258**

Section 1 : L'enfant indéfini par le droit 259
Section 2 : Concilier responsabilité et protection de l'enfant 342

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE **407**

PARTIE II : LE DROIT DE L'ENFANT **415**

Chapitre Liminaire : Concilier le droit et l'enfant **418**

Section 1 : L'incompatibilité aristotélicienne 421
Section 2 : L'enfant médiéval 435
Section 3 : L'individualisation de l'enfant 454
Section 4 : L'émergence des droits de l'enfant 469

Chapitre Premier : Le droit international de l'enfant **488**

Section 1 : Présentation de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant 489
Section 2 : Une vision incomplète de l'enfant 616
Section 3 : L'application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant 665

Chapitre Deuxième : Le droit interne de l'enfant **685**

Section 1 : Le droit positif de l'enfant : état des lieux 686
Section 2 : Aménagements et perspectives 769

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE **797**

CONCLUSION GÉNÉRALE **800**

« *Mon enfance, ma libre et solitaire adolescence, toutes deux préservées du souci de m'exprimer, furent toutes deux occupées uniquement de diriger leurs subtiles antennes vers ce qui se contemple, s'écoute, se palpe et se respire. Déserts limités, et sans périls ; empreintes dans la neige, de l'oiseau et du lièvre ; étangs couverts de glace, ou voilés de chaude brume d'été ; assurément vous me donnâtes autant de joie que j'en pouvais contenir* ».

COLETTE : « *Journal à rebours* » ; Œuvres complètes, t. XII, Ed. Le Fleuron-Flammarion, p. 97.

Introduction

« *Quand ils ne savent rien nous dire,*
Ils restent là à nous sourire
Mais nous les comprenons quand même,
Les enfants blonds de Göttingen… »[1].

1. L'enfant est universel. Ses incursions dans le monde des adultes sont innombrables, qu'il s'agisse, entre autres, de la littérature, de la peinture ou du théâtre.

Dans « *Göttingen* », Barbara révèle un des traits universels de l'enfant : son sourire, qui permet de le comprendre malgré son silence et qui caractérise au mieux son insouciance, sa naïveté, sa candeur, sa tendresse. L'enfance est synonyme d'innocence et de fragilité, elle réclame de la part du monde des adultes, protection, éducation et affection.

2. Les relations qu'entretiennent l'enfant et le droit sont immémoriales et remontent à une antique croyance romaine dont la survivance symbolique actuelle montre l'importance que l'enfant peut revêtir pour le juriste.

Certains enfants naissent coiffés, par allusion à la membrane appelée « *coiffe* » qu'ils portent sur la tête au moment de la naissance, reliquat de la membrane de protection utérine. Les croyances populaires d'Europe ont toujours attaché une importance particulière à ces enfants[2]. Cette coiffe a toujours été vue, dans tous les temps et par tous les peuples[3] comme un présage de bonheur. Les sages-femmes de Rome, les lamprides, étaient en charge

[1] BARBARA : « *Göttingen* » ; 1965.
[2] On croyait que ceux qui naissaient coiffés, avec une tache de vin ou des cheveux ressemblant à des poils de loup étaient des loups-garous. En général, on roulait la coiffe et on la gardait comme amulette ou on la cousait dans les vêtements. Elle était partout réputée pour porter chance. Parmi les Serbes et les Slovènes, ainsi qu'en Pologne et chez les Kachoubes, on disait que les enfants nés coiffés, ou avec des cheveux ou une tache de vin, avait le don de double vue et de métamorphose. Bien que pouvant se changer en divers animaux, on disait qu'ils préféraient « *le loup hardi et assoiffé de sang* ». Au XVI^{ème} siècle, l'Église de Russie se sentit obligée de condamner ces croyances dans le pouvoir de la coiffe et ses liens avec la lycanthropie.
[3] Les Grecs antiques tiraient de cette coiffe qu'ils appelaient « *amnios* » l'augure favorable de l'amniomancie. Les sages-femmes prédisaient l'avenir de l'enfant en fonction de la qualité de l'amnios. Elle annonçait d'heureuses destinées si la coiffe était rouge et des destinées funestes si la coiffe était de couleur plombée.

de collecter ces restes fœtaux pour les vendre, souvent, à des prix élevés. Les acheteurs de ces coiffes étaient principalement les avocats, les tribuns et les orateurs[4]. Ces hommes du verbe étaient convaincus qu'en la portant sur eux comme une amulette, ils seraient doués d'une éloquence irrésistible qui leur ferait gagner toutes les causes ou remporter toutes les joutes oratoires. Le temps a passé sur ces pratiques occultes ou païennes, et les sages-femmes modernes ne récupèrent plus les produits de l'accouchement pour les vendre. Pour autant, la croyance est toujours vivace. La robe des avocats, celle des universitaires ou celle des magistrats est ornée d'une épitoge. Les membres de ces professions oratoires conservent parfois sur cette épitoge un ou plusieurs traits d'hermine qui symbolisent l'ancestral porte-bonheur[5].

Prêter autant de vertus à la coiffe de l'enfant nouveau-né peut surprendre, surtout que la terminologie du mot « *enfant* » est issue du latin « *infans* ». En droit romain, l'infans est « *celui qui ne parle pas* »[6].

3. Les civilisations anciennes, avant l'apparition du christianisme, ne considéraient pas spontanément l'enfant comme un des leurs. Dans les sociétés antiques, il était un objet de propriété et de revendication d'intérêts pécuniaires. Son père disposait totalement de lui comme des autres produits de son activité. La problématique moderne de la personnalité de l'embryon, la question de la protection des premiers jours de l'enfance ne se posaient guère. L'avortement et l'infanticide étaient assimilés à des pratiques courantes et normales de police des naissances. L'eugénisme n'était pas un crime et ces méthodes s'avéraient être les seuls moyens de réguler les naissances, en dehors de toute politique organisée en la matière. La vie du nouveau-né dans la Rome antique comme dans la Grèce antique était subordonnée à une double condition de conformité (il ne devait être ni difforme ni monstrueux) et de reconnaissance par son père à Rome et par les Anciens à Sparte.

4. La régulation des naissances par l'avortement ou l'infanticide a connu des évolutions avec l'épanouissement du christianisme et des religions monothéistes qui connaissent l'Ancien Testament comme valeur commune.

[4] P.-M. QUITARD : « *Dictionnaire des proverbes et des locutions proverbiales* » ; P. Bertrand, 1842.
[5] Il est à noter que les avocats du Barreau de Paris ne portent pas d'hermine sur l'épitoge. On dit que leur épitoge est veuve. Il s'agirait d'une marque infamante, imposée aux avocats parisiens par Louis XIV car ils avaient pris le parti des Frondeurs contre le jeune roi.
[6] « *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, huitième édition (1932-1935).

La question de l'avortement est traitée de façon très claire par le Talmud. Parmi les sept lois bibliques qui s'adressent à l'ensemble de l'humanité[7], l'une est la prohibition du meurtre fondée sur la Genèse :

> « *Quiconque verse le sang d'un homme, par l'homme son sang sera versé* »[8].

Le Talmud[9] estime que cette règle doit être d'interprétation littérale en l'étendant à la situation du fœtus[10]. La transcription de cette sentence talmudique dans le Code de loi de Maïmonide[11] lui donne valeur légale, l'avortement est, selon la loi judaïque, interdit à toute l'humanité. Toutefois, la vie de l'enfant non-né n'est pas équivalente à celle des personnes. Elle est moindre que celle de sa mère quand sa délivrance est difficile[12]. Quelle que soit la valeur de la règle et celle de ses exceptions, il demeure qu'au regard du droit romain, la question de la malformation de l'enfant n'est plus un justificatif à l'avortement. Dans la même lignée, le judaïsme condamne absolument les dérives eugéniques que suscitaient l'avortement ou l'infanticide toléré du droit romain[13].

5. L'opinion catholique rejoint la thèse hébraïque, en s'appuyant sur une argumentation plus factuelle. Elle fonde l'interdiction de l'avortement et de l'eugénisme sur le souffle de Dieu qui vient animer l'être humain, c'est-à-dire lui donner une âme. La position défendue par l'Église catholique retient que l'instant de l'animation détermine le statut de personne et empêche qu'il y soit porté atteinte sans violer le commandement prohibant l'atteinte à la vie. Le point faible de la position catholique réside, naturellement, dans l'instant présumé de l'animation. Car celui qui n'est pas animé n'est pas personne, et celui qui n'a pas d'âme, selon la conception catholique, ne peut justifier que son existence soit respectée. Puis, cette question de l'animation se heurte forcément au positivisme scientifique : « *le microscope n'a jusqu'à présent pu révéler la présence d'une âme* »[14], bien que le problème du microscope ne trouvait pas à être soulevé à l'aube du christianisme. La difficulté majeure résidait essentiellement dans la période présumée de l'animation par le « *souffle divin* ». Les

---

[7] Lois *noa'hides*.
[8] Gen. 9 : 6.
[9] *Sanhédrin*, 57 b.
[10] « *Quiconque verse le sang de l'homme qui est en l'homme, son sang sera versé* ».
[11] Le Code des lois de Maïmonide tient son nom de Moïse Maïmonide, rabbin, médecin, légaliste et codificateur du XII[ème] siècle (1138 – 1204).
[12] « *Si une femme a un accouchement difficile, on a le droit de couper l'enfant en son sein, et de le sortir, membre par membre, car la vie de la mère l'emporte sur celle de l'enfant. Si la plus grande partie de l'enfant est sortie, on ne le touchera pas, car on ne repousse pas une vie à cause d'une autre vie* » (Ohalot, VII, 6).
[13] M. GUGGENHEIM : « *La législation rabbinique* » ; *in* « *Bioéthique et droit* » ; PUF, 1988, p. 81.
[14] J.-P. DURAND : « *Le point de vue catholique* » ; *in* « *Bioéthique et droit* » ; PUF, 1988, p.60.

catholiques estiment que l'animation par Dieu est concomitante avec la conception par l'homme[15].

À compter de l'avènement de ces religions, le regard de l'homme sur la vie de l'enfant a évolué. Les civilisations reconnaissent que la prime enfance est fragile et nécessite certaines mesures particulières de protection, l'allaitement est encouragé et promu[16] et un statut de l'enfant trouvé est développé. M. RAYMOND décrit les différentes mesures antiques prises en faveur des nouveau-nés :

> « *À Thèbes, peuvent être adoptés les enfants dont les parents sont trop pauvres pour les élever ; à Athènes, SOLON[17] ordonne que les orphelins soient entretenus sur les deniers publics ; en Égypte, ceux qui se sont rendus coupables de coups mortels sur leur enfant doivent, à titre de sanction tenir le cadavre de leur enfant pendant trois jours et trois nuits. À Rome, TRAJAN[18] organise une série de mesures destinées à aider les parents pauvres de condition libre à élever leurs enfants* » [19].

L'enfant reste cependant sous l'autorité absolue des parents, qui peuvent, s'ils ne parviennent pas à soumettre l'enfant, s'aider de la société civile pour accomplir la manifestation de leur puissance. La Bible relate que le châtiment prévu, quand l'enfant indocile ne se soumet ni à la voix de son père ni à celle de sa mère, est la lapidation à mort[20].

6. L'enfant gaulois est amplement placé sous l'emprise du père qui dispose sur lui du pouvoir absolu de vie et de mort. Cependant, la grossesse et la prime enfance sont, sinon

---

[15] Cette présomption est partagée par le bouddhisme. La religion hébraïque estime que l'animation a lieu au quarantième jour, tandis que l'Islam la situe au terme du 121ème jour. Les protestants ont un point de vue plus pragmatique, ils estiment qu'il ne faut « *pas sacraliser la vie pour ne pas la transformer de don gratuit en don subi* », afin de donner la priorité aux libertés des consciences (J.-P. DURAND : « *Le point de vue catholique* », *in* « *Bioéthique et droit* » ; PUF, 1988, p.60).

[16] La femme qui allaite est entourée d'une protection particulière pour que l'enfant ne soit pas délaissé. Notamment, elle ne peut pas contracter mariage pendant les vingt-quatre mois qui suivent le début de l'allaitement. Le fait qu'elle puisse tomber enceinte la contraindrait à cesser de nourrir l'enfant au sein et à le sevrer prématurément.

[17] SOLON (640 av. J.-C. — 558 av. J.-C.), souvent considéré comme l'inventeur de la démocratie, il fait partie des Sept Sages de la Grèce.

[18] TRAJAN (53 — 117), empereur romain C'est durant son règne que l'Empire Romain a eu la plus grande surface territoriale.

[19] G. RAYMOND : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 5ème éd. 2006, p. 6.

[20] « *Si un homme a un fils indocile et rebelle, n'écoutant ni la voix de son père, ni la voix de sa mère, et ne leur obéissant pas même après qu'ils l'ont châtié, le père et la mère le prendront, et le mèneront vers les anciens de sa ville et à la porte du lieu qu'il habite. Ils diront aux anciens de sa ville : Voici notre fils qui est indocile et rebelle, qui n'écoute pas notre voix, et qui se livre à des excès et à l'ivrognerie. Et tous les hommes de sa ville le lapideront, et il mourra. Tu ôteras ainsi le mal du milieu de toi, afin que tout Israël entende et craigne* ». (Deu. 21:18-21).

protégées, du moins considérées avec une certaine douceur. TACITE exprime que « *le meurtre des nouveau-nés est un acte que l'esprit public flétrit et réprouve* »[21]. Les Wisigoths, les Bavarois, les Alamans, les Francs Saliens et Ripuaires, les Lombards punissaient l'avortement par la mort, l'esclavage ou une amende[22].

Jusqu'à la fin de l'antiquité, les mesures en faveur de l'enfance se limitent aux nouveau-nés et aux embryons ou fœtus. L'intérêt réservé aux enfants est très superficiel et se limite à l'amusement devant ce qu'ARIÈS[23] a nommé « *le mignotage* ». Les jeunes enfants sont des jouets dont les adultes s'amusent comme de petits animaux pitres et grotesques. Seule l'Église catholique d'Occident attache un intérêt charitable à ces jeunes personnes parfois abandonnées. L'époque pré-médiévale voit prospérer en Occident plusieurs orphelinats[24] ouverts aux enfants qui ne sont pas nés pendant le mariage avant que Charlemagne ne charge les premiers *missi dominici*[25] de veiller à la protection des enfants. Le serment des chevaliers[26] fera d'eux plus tard les défenseurs des orphelins, charge qui, dans certaines régions, sera confiée aux autorités publiques[27].

7. La cause des enfants abandonnés fera l'objet de mesures royales à partir du règne de François I^er^. En 1536, la sœur du roi, Marguerite de VALOIS décide de créer l'institution des Enfants-Rouges, organisation charitable destinée à accueillir tous les enfants trouvés à l'Hôtel Dieu de Paris dont les parents sont décédés ou introuvables. Le roi crée en 1545 l'hôpital de la Trinité appelé à recueillir les enfants « *nés en loyal mariage et dont les père et mère* » sont décédés trois ans auparavant dans Paris[28].

---

[21] TACITE : « *Œuvres complètes* » ; Gallimard, 1990.
[22] G. RAYMOND : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 5ème éd. 2006, p. 6.
[23] P. ARIÈS : « *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime* » ; Seuil 1973.
[24] Angers connaît le premier orphelinat répertorié, celui de Saint-Maguebodus ouvert dès le IVème siècle, avant celui de Dateus à Milan au VIIIème siècle.
[25] Littéralement « *envoyés du seigneur* ». Charge instituée en 789 et renouvelée en 802. Ils sont les envoyés spéciaux du pouvoir qui contrôlent les représentants du pouvoir royal au plan local (M. KAPLAN : « *Histoire médiévale* » ; Complexes, 1995, p. 185).
[26] « *Tu défendras tous les faibles* », troisième commandement du serment des chevaliers.
[27] Une coutume de Normandie évoque un parallèle entre les enfants trouvés et les choses sans maître : « *Les épaves qui sont choses sans adveu et sans seigneur appartiennent au haut justicier, ainsi les enfants trouvez et exposez au district de haute justice doivent être nourris à ses dépens* » (E. LE ROYER DE LA TOURNERIE : « *Nouveau commentaire portatif de la coutume de Normandie* » ; Imp. privilégiée, 1778). Le Parlement de Paris, prononcera un arrêt de même nature, le 13 août 1552, en condamnant « *les hauts justiciers à nourrir, alimenter et entretenir les pauvres enfants trouvés et exposés en cette ville de Paris* ».
[28] Les enfants accueillis dans l'institution créée par Marguerite de VALOIS étaient appelés « *les enfants de Dieu* ». Mais leurs vêtements d'étoffe rouge, symbole de la charité chrétienne, leur fit donner le nom d'enfants rouges par le peuple. Les enfants qui avaient vocation à entrer dans l'hôpital de la Trinité s'appelaient « *les bleus* », car ils étaient vêtus d'une tunique de cette couleur. La première institution était ouverte à tous les enfants, naturels ou légitimes, la seconde n'accueillait que les enfants nés du mariage loyal des parents décédés. À l'intersection de la Rue Saint-Denis et du passage de la Trinité, dans le second arrondissement de Paris, se

La société postmédiévale ne se représente pas facilement l'enfant comme une personne différente des adultes. Sitôt passées les premières étapes de l'enfance, il devient tout de suite un jeune homme ou une jeune femme, mêlé aux travaux des adultes. La tendresse et l'affection aux enfants ne feront leur apparition sensible qu'à la fin du XVII^{ème} siècle et surtout au XVIII^{ème} siècle. Un début de reconnaissance de cet âge comme un moment de vie particulier est cependant tangible dans les écrits de MONTAIGNE :

> « *Le plus communément, nous nous sentons plus émus des trépignements, jeux et niaiseries puériles de nos enfants, que nous ne faisons, après, de leurs actions toutes formées, comme si nous les avions aimés pour notre passe-temps, comme des guenons, non comme des hommes* »[29].

L'âge de l'enfance est encore ignoré, bien que MONTAIGNE ou RABELAIS s'en soient émus. Pour le début de la Renaissance, l'éducation de l'enfant se confond sans autres soucis avec celle de l'adulte. Les collèges sont ouverts à des publics de maturités très différentes. Les adultes côtoient les enfants. La tolérance vis-à-vis du mélange des âges s'amenuisera avec le temps.

Il convient de considérer que l'accès à l'éducation n'est pas généralisé. Seules les classes les plus aisées de la population en bénéficient. Dans la seconde moitié du XVII^{ème} siècle, le problème majeur de l'enfance est son errance. De nombreux écrits relatent l'errance des enfants entre la fin du XV^{ème} et le début du XVII^{ème} siècle. Les enfants fuient la garde des personnes (souvent des ecclésiastiques à l'éducation un peu rude) à qui ils sont confiés pour rejoindre des groupes d'enfants errants organisés et hiérarchisés. M. JULIA rapporte l'histoire de Thomas PLATTER né en 1499. Dans le groupe que l'enfant intègre à l'âge de onze ans, il « *se charge de la chasse aux volatiles (oies et canards) par le moyen de cailloux lancés ou de bâtons, mendie ou pratique de petits larcins pour faire survivre la communauté* »[30]. Les épidémies et les disettes du XVI^{ème} siècle gonflent les effectifs d'enfants errants. Leurs histoires passent inaperçues aux yeux de l'Histoire puisqu'elles ne se forment qu'en sa marge de façon anecdotique. Pourtant, la pauvreté enfantine et l'errance qu'elle provoque n'est pas ignorée puisque ces enfants, quand ils sont soumis à la rigueur de la loi, garnissent les archives des tribunaux de l'époque. Ceci les oppose aux enfances bourgeoises ou

---

situe toujours la cour des bleus, référence aux enfants de l'hôpital (B. STÉPHANE : « *Petite et grande histoire des rues de Paris* » ; Albin Michel, 2000).

[29] M. DE MONTAIGNE : « *Les essais* » ; coll. La pléiade, Gallimard, 2007.

[30] E. BECCHI, D. JULIA : « *Histoire de l'enfance en Occident. 2. Du XVIII^{ème} siècle à nos jours* » ; Seuil, 1998, p. 13.

aristocratiques dont il existe des rapports écrits, notamment dans le journal de Jean HÉROÜARD[31]. La pauvreté enfantine de la fin du Moyen Âge et du début de la Renaissance engendre un danger social selon les autorités. De là, apparaissent des tentatives d'enfermement et de scolarisation des enfants mendiants. Cependant, la mendicité, signe flagrant de la précarité, est une condition structurelle du maintien de la cohérence de la société. Quand une famille est frappée par la maladie, par le décès, l'infirmité, ou le manque de travail ; la mendicité devient une source de revenus, annexe mais indispensable à la survie de la famille. Lorsque la mendicité infantile ne permet plus la subsistance de la famille, l'enfant est abandonné.

Ainsi, l'abandon d'un enfant répond-il à un double besoin familial. L'enfant est abandonné à la naissance quand son arrivée est un danger pour la survie financière de la famille[32]. Mais la majorité des enfants abandonnés le sont quand ils deviennent un poids financier pour leur famille et que cette charge n'est pas suffisamment compensée par les revenus que l'enfant peut produire[33].

La scolarisation des enfants au XVII^{ème} répond à un double objectif. D'abord permettre la transmission de la connaissance de la Bible et de la religion catholique. Ceci correspond dans les années 1650 à la création des « *écoles chrétiennes et charitables* » placées sous la protection de l'enfance du Christ[34]. La scolarisation des plus pauvres enfants ne répond pas uniquement à une exigence de morale religieuse appuyée sur l'adoration des mages[35]. Il réside, au second plan de cette orientation altruiste, une nécessité de police et

[31] L. BOURGEOIS : « *Naître et grandir au XVII^{ème} siècle, le récit véritable d'une sage-femme, suivi du journal pédiatrique de Jean HÉROÜARD, médecin de Louis XIII enfant* » ; Paléo, 2000.
[32] BUFFON relate qu'en 1772 on dénombrait 18 713 naissances d'enfants, or la même année, 7 646 enfants ont été trouvés (G. de BUFFON, G. CUVIER : « *Œuvres complètes de BUFFON* » ; Duménil 1835, p. 87).
[33] À Saint-Etienne entre 1724 et 1733, 8,7 % des mendiants accueillis ont moins de dix ans, 36,6 % ont entre dix et dix-neuf ans. En Basse-Normandie, pour les années 1727 et 1728, 50 % des pensionnaires ont moins de quatorze ans. Les enfants qui sont recueillis par les hôpitaux de charité sont, dans la plupart des cas, entrés spontanément ou accompagnés volontairement par leurs parents. Les autres sont appréhendés sur les routes ou dans les rues. Pour les parents qui confient leurs enfants à l'hôpital, l'institution apparaît comme un secours temporaires en période de disette ou quand les produits élémentaires sont trop onéreux. Les parents ne sont alors plus en mesure de nourrir leur enfant et celui-ci ne peut pas encore les aider à travailler. Ils le confient à l'hôpital dans l'espoir de pouvoir venir le récupérer ultérieurement pendant une période de vie plus faste (G. de BUFFON, G. CUVIER : « *Œuvres complètes de BUFFON* » ; Duménil 1835, p. 87).
[34] Nicolas BARRÉ, père minime à l'origine du développement de ces écoles s'inspirait de l'adoration du Christ vis-à-vis des enfants pour justifier le comportement des maîtres et maîtresses à leur endroit : « *quiconque reçoit un enfant pauvre et délaissé reçoit doublement Jésus-Christ en sa personne ; et voici la première et principale fin de cet Institut* » (N. BARRÉ : « *Statuts et Règlements des escoles chrestiennes et charitables du S. Enfant Jésus, establies dans les villes, les bourgs et les villages* » ; Ed. du Cerf, 1994).
[35] E. BECCHI, D. JULIA : « *Histoire de l'enfance en Occident. 2. Du XVIII^{ème} siècle à nos jours* » ; Seuil, 1998, p. 14.

d'ordre public décrite par DEMIA et DE LA SALLE. Pour DEMIA[36], la liste des plaies sociales qu'inflige l'absence de prise en charge des enfants en bas âge est longue :

> « *Les pauvres gens mal élevés tombent ordinairement dans la fainéantise : de là qu'ils ne font que ribler et battre le pavé, qu'on les voit attroupés par les carrefours, où ils ne s'entretiennent que de discours dissolus, qu'ils deviennent indociles, libertins, joueurs, blasphémateurs, querelleux ; s'adonnent à l'ivrognerie, à l'impureté, au larcin et brigandage, qu'ils deviennent enfin les plus dépravés et fâcheux de l'État duquel, étant les membres corrompus ils gâteraient le reste du corps, si le fouet des bourreaux, les galères des princes, les gibets de la justice n'enlevaient de terre ces serpents venimeux qui infecteraient le monde par leurs venins et leurs dissolutions* »[37].

Pour DE LA SALLE, le constat est le même, quoiqu'il ne blâme pas les parents de la situation de leurs enfants car « *ils ne peuvent encore les employer à quelque profession, n'ayant aucun soin de les envoyer aux écoles, tant à cause de leur pauvreté…* »[38].

8. La prise de conscience de l'existence de l'enfance commence doucement à poindre dans la société du début de la Renaissance. L'obligation d'éduquer les jeunes enfants, qui n'était encore qu'une critique dans les œuvres de RABELAIS[39], prend nettement son envol sous l'impulsion des recommandations de DE LA SALLE. La scolarité n'est pas obligatoire au sens où la loi peut l'entendre aujourd'hui, mais des mécanismes sont mis en œuvre pour que l'enfant soit assidu et que les parents ne viennent pas perturber l'avancement pédagogique du jeune. Ainsi, l'enfant n'est reçu à l'école qu'à condition que les parents s'engagent à assurer

[36] Charles DEMIA est nommé en 1664 par l'archevêque de Lyon pour visiter les écoles du diocèse.

[37] C. DEMIA : « *Remontrance adressée au Prévôt des marchands, échevins et principaux habitants de Lyon* », *in* E. BECCHI, D. JULIA : « *Histoire de l'enfance en Occident. 2. Du XVIII*ème *siècle à nos jours* » ; Seuil, 1998, p. 15.

[38] J.-B. DE LA SALLE : « *Méditations pour le temps de la retraite à l'usage de toutes les personnes qui s'employent à l'éducation de la jeunesse ; et particulièrement pour la retraite que font les Frères des écoles chrétiennes pendant les vacances* », *in* E. BECCHI, D. JULIA : « *Histoire de l'enfance en Occident. 2. Du XVIII*ème *siècle à nos jours* », Seuil, 1998, p. 15.

[39] RABELAIS peut être vu comme un précurseur en matière de pédagogie. Il propose une méthode d'éducation qui s'émancipe des principes de la scolastique (la scolastique est une méthode fondée sur l'étude et le commentaire des textes religieux et profanes fondamentaux et autorisés. Elle comporte trois types d'exercice : la *lectio* d'une part, la *quaestio* et la *disputatio* d'autre part. C'est sur cet aspect que se concentrera la critique rationaliste et moderne de la scolastique. Sa méthode est en effet une pure spéculation intellectuelle, fondée exclusivement sur le commentaire de textes ou le commentaire de commentaires, s'interdisant tout regard direct sur le réel). Dans son œuvre majeure (F. RABELAIS : « *Pantagruel* » ; LGF, 1994) il oppose l'éducation reçue par le jeune géant, fondée sur la scolastique et les commentaires de commentaires dans laquelle il n'a rien appris en vingt ans, à celle de Eudémon. Ce dernier, selon l'auteur, en deux ans grâce aux méthodes nouvelles, s'est habitué à s'exprimer avec aisance.

l'assiduité de l'enfant aux cours dispensés par le maître. Cette promesse est contrôlée par le fait que les parents doivent excuser leur enfant pour toute absence qui n'a pas été préalablement permise par le maître. Les écoles charitables du début du XVII^{ème} siècle autorisent des modulations d'horaires pour les jours de marchés ou pour aider les parents dans leurs tâches. Mais les frères ne tolèrent pas les absences « *pour aller acheter des habits, des souliers, un bonnet* », ou pour « *garder la maison, pour faire quelque message, pour raccommoder les habits* »[40].

La mise en place d'un contrôle de l'acquisition des connaissances combiné à une exigence d'assiduité, de respect et d'implication des parents dans l'éducation des enfants montrent qu'au XVII^{ème} siècle, la question de l'enfance ne se résume pas à un règlement policier des dangers de leur errance. Le cadre éducatif et pédagogique dans lequel l'enfant est enserré révèle une véritable prise en compte de sa personne qui se double d'un respect mutuel entre l'enfant et le corps enseignant.

Il faudra un temps plus long pour que la cellule familiale s'intéresse à l'enfant autrement que comme MONTAIGNE l'avait décrit. Il critiquait l'attitude distante des parents vis-à-vis de leurs enfants et fustigeait la crainte qu'inspiraient les pères à leurs enfants[41]. L'auteur des « *Essais* » semblait s'inquiéter davantage de l'éducation des enfants du peuple que de celle des enfants du pouvoir. À cette enseigne, ARIÈS rapporte des éléments du journal d'HÉROÜARD relatif à l'éducation du jeune Louis, fils aîné d'Henri IV, dauphin de France. Le médecin personnel du jeune enfant narre avec précision les éléments éducatifs relatifs notamment à la lecture apprise très tôt, l'écriture et la sexualité dont les normes peuvent heurter en comparaison de celles du XXI^{ème} siècle[42].

MONTAIGNE décrit pourtant le sentiment commun qui animait les familles de son temps. Sitôt éloignés l'amusement et les rires des premiers babillements, place est faite au respect de l'autorité et à l'absence de familiarité entre les parents et les enfants.

9. ROUSSEAU envisage la question des relations entre les parents et leurs enfants sous un angle plus neuf, indépendamment de tout projet pédagogique. Dans le premier livre de

[40] C. DEMIA : « *Remontrance adressée au Prévôt des marchands, échevins et principaux habitants de Lyon* », *in* E. BECCHI, D. JULIA : « *Histoire de l'enfance en Occident. 2. Du XVIII^{ème} siècle à nos jours* » ; Seuil, 1998, p. 22.

[41] « *Quand je pourrais me faire craindre, j'aimerais encore mieux me faire aimer* » (M. DE MONTAIGNE : « *Les essais* » ; coll. La pléiade, Gallimard, 2007).

[42] L'éducation du jeune Louis XIII relative aux questions du sexe se fait autour d'éléments suggérés ou de comportements actifs relevant clairement de la notion contemporaine de pédophilie (P. ARIÈS : « *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime* » ; Seuil 1973 p. 141).

« *L'Émile, ou De l'éducation* », il appelle l'attention de ses contemporains sur le lien qui doit unir l'enfant à sa mère, dénonçant ainsi les lacunes qu'il a pu connaître du décès prématuré de sa propre mère, neuf jours après sa naissance :

> « *Point de mère, point d'enfant. Entre eux les devoirs sont réciproques ; et s'ils sont mal remplis d'un côté, ils seront négligés de l'autre. L'enfant doit aimer sa mère avant de savoir qu'il le doit. Si la voix du sang n'est fortifiée par l'habitude et les soins, elle s'éteint dans les premières années, et le cœur meurt pour ainsi dire avant que de naître* »[43].

Les propos de ROUSSEAU font écho à ceux tenus par d'autres philosophes européens parmi lesquels PUFENDORF. L'image de l'enfant change profondément au XIX^{ème} siècle. L'éducation n'est plus une potentialité ouverte aux familles et devient une question centrale de politique interne. L'enfant éduqué fait le citoyen éclairé qui fait le pays prospère. L'éducation de l'enfant devient une priorité et est prise en charge par l'État. Les grandes lois sociales du XIX^{ème} siècle établissent que la prise de conscience est importante. L'enfant doit quitter la mine et les exploitations industrielles. Son rôle n'est plus de participer à l'effort industriel présent mais d'apprendre afin d'assurer sa place de citoyen à venir. Le regard porté est bouleversé, l'enfant n'est plus pris pour lui-même mais son existence s'inscrit dans une finalité à poursuivre : éduquer pour l'avenir.

L'éducation de l'enfant assurée par l'État, obligatoire et gratuite, promeut également l'idée de l'égalité des chances entre les enfants. Mais la réalité sociale de l'époque est très différente et marque également l'importante modification des mentalités. Au quotidien, la vie de l'enfant évolue. Dans les familles nobles et aristocrates, l'enfant dispose d'une pièce qui lui est propre où il peut jouer et apprendre. Dans les grandes maisons bourgeoises, les garçons sont séparés des filles. Si la situation de l'enfant bourgeois s'améliore, il n'en est pas de même pour l'enfant de famille plus modeste ou pour l'enfant des rues. La mendicité demeure un fléau que l'école publique, gratuite, laïque et obligatoire ne parvient pas à faire cesser[44]. De plus, l'essor industriel en France impose une réalité sociale dramatique pour les enfants qui sont contraints de travailler au côté de leurs parents. Leur petite taille les oblige à des travaux que les adultes ne peuvent accomplir ou à des tâches pour lesquelles il apparaît que leur salaire est moindre que les frais engagés pour l'entretien d'un animal. HUGO s'était ému du sort des enfants de son siècle :

---

[43] J.-J. ROUSSEAU : « *L'Emile ou De l'éducation* » ; Garnier-Flammarion, 1966, p. 49.
[44] K. DELOBBE : « *Des enfants au XIX^{ème} siècle* » ; PEMF, 2000.

« *Où vont tous ces enfants dont pas un seul ne rit ?*
Ces doux êtres pensifs que la fièvre maigrit ?
Ces filles de huit ans qu'on voit cheminer seules ?
Ils s'en vont travailler quinze heures sous des
[meules ;
Ils vont de l'aube au soir, faire éternellement
Dans la même prison le même mouvement... »[45].

10. Ce n'est vraiment qu'avec l'avènement du XX^{ème} siècle que la question du sort de l'enfant va prendre une tournure nouvelle. À l'issue de la Première Guerre mondiale, les désastres causés par la folie meurtrière des hommes ont poussé un très grand nombre de familles dans le chaos. Les femmes ont perdu un mari, les enfants ont perdu un père. Les orphelinats se remplissent et les conditions de survie des enfants sont catastrophiques dans toute l'Europe. En 1919, la toute jeune Société des nations crée un Comité de protection de l'enfance. Celui-ci prépare, sur la base d'une réflexion d'Eglantine JEBB, une première charte des droits de l'enfant qui, adoptée le 24 septembre 1924, devient la première Déclaration des droits de l'enfant, également connue sous le nom de « *Déclaration de Genève* ».

Ce premier pas vers l'affirmation d'un corpus de droits attribué à l'enfant se compose d'un court préambule et de cinq articles qui révèlent chacun des évidences que la Société des nations tient à rappeler après les affres de la Guerre. Le cœur de la Déclaration bat surtout dans son deuxième article qui énonce, non pas les droits élémentaires de l'enfant mais les devoirs fondamentaux des adultes à son égard. La Déclaration proclame que « *l'enfant qui a faim doit être nourri ; l'enfant malade doit être soigné ; l'enfant arriéré doit être encouragé ; l'enfant dévoyé doit être ramené ; l'enfant orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus* ». Cet article moteur de la Déclaration marque l'entrée de l'enfant dans les préoccupations politiques internationales. Cependant, derrière ce premier pas, les foulées pour adopter un droit de l'enfant cohérent au niveau planétaire sont rares. Il faudra attendre 1946 et la réaction de l'ONU à la suite des abominations de la Seconde Guerre mondiale pour que soit instauré, le Fonds des Nations unies pour l'enfance. C'est sous l'impulsion de l'UNICEF que le 20 novembre 1959 une nouvelle Déclaration des droits de l'enfant voit le jour. Prolongement enrichi de la Déclaration de Genève, la Déclaration de 1959 est composée d'un socle de dix principes non contraignants. Pour la première fois au niveau mondial, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant fait son apparition dans un texte juridique[46]. Cette

[45] V. HUGO : « *Mélancholia* », « *Les contemplations* » ; Garnier Pocket, 1966, p. 179.
[46] Principe 2 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 : « *L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral,*

apparition dans un outil international permet d'opérer un changement important dans la façon de mener la politique familiale. L'intérêt de l'enfant devient un terme récurrent dans la jurisprudence française notamment[47], objet de recherches[48] et de débats[49], il apparaît aujourd'hui comme une notion vague, parfois « *magique* »[50]. Il n'empêche que, malgré son contour un peu flou, cette notion d'intérêt de l'enfant a considérablement modifié les usages en matière de gouvernement familial.

En France, l'évolution de la société n'a pas imprimé à la famille les mêmes considérations à l'égard de l'enfant. Il reste un bien du père qui exerce sur lui sa puissance. Le Code civil de 1804 ne revient pas sur les acquis de l'Ancien Régime et estime qu'une société bien ordonnée transite nécessairement par une famille bien encadrée dirigée par une personne à l'autorité incontestable. Le « *bon père de famille* » est encore un *paterfamilias*. La pratique changera avec le temps et la loi s'adaptera à la question en 1970 en estimant que la terminologie napoléonienne avait vécu et qu'il était temps de lui préférer une sémantique plus moderne où l'idée de puissance disparaît derrière un aspect plus consensuel et où la personne omnipotente du père s'efface en faveur d'un couple parental harmonieux et responsable. La loi du 4 juin 1970[51] abandonne la « *puissance paternelle* » et la remplace par « *l'autorité parentale* ». La place de l'enfant change lentement, y compris au sein de sa famille.

11. L'avancée majeure à l'orée du XXI^{ème} siècle est l'adoption le 20 novembre 1989 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Cette Convention est en rupture avec les deux précédents textes. Elle est animée d'une dynamique contraignante, loin des positions de principes adoptées en 1924 et 1959. L'enfant y est doté de droits et des obligations sont mises à la charge des parents et de l'État. Il n'est plus simplement question d'orienter l'opinion publique vers une plus grande commisération en faveur de l'enfant mais d'inscrire dans les législations internes des dispositions juridiques tournées vers lui. Le mécanisme amorcé par l'adoption à l'ONU de ce nouvel outil international est inédit. Peu de

---

spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante ».

[47] J. RUBELLIN-DEVICHI : « *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises* » ; JCP 1994, I, 3739.

[48] R. LE GUIDEC : « *La notion d'intérêt de l'enfant en droit français* » ; thèse, Nantes, 1973.

[49] « *Mineurs étrangers isolés, vers une harmonisation des pratiques dans l'intérêt supérieur de l'enfant* », Colloque, 20 juin 2008 ; « *La protection des enfants au cours des séparations parentales conflictuelles* », Colloque, 8/9 mars 2007.

[50] « *L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qui en est fait aujourd'hui. À la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions du droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, rien de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire* » (J. CARBONNIER : « *Droit civil, t.2 La famille, l'enfant, le couple* » ; PUF Coll. Thémis, juin 2002).

[51] Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 juin 1970, p. 5227).

temps après son entrée en vigueur internationale[52], la Convention était quasi unanimement adoptée à travers le monde. Vingt ans après son adoption, seuls deux pays ne l'ont pas ratifiée[53].

Cette Convention internationale a donné un nouvel élan à la question des droits de l'enfant dans le monde. À présent, un texte à portée générale et à valeur presque universelle guide la réflexion des États vers la mise en œuvre de protections spéciales pour l'enfant. En France, des mesures importantes ont été prises pour que la Convention soit efficacement appliquée et que son esprit vive à travers la législation interne. Notamment, la loi du 4 mars 2002[54] qui enrichit l'idée d'autorité parentale en indiquant que cette autorité doit être guidée et motivée par l'intérêt de l'enfant.

12. Il est clair, à l'issue de ce bref rappel historique, que la société des adultes et son droit se sont toujours préoccupés de l'enfant. L'enfant même, n'est pas imperméable à une certaine forme de comportement juridique. Bien qu'elles ne soient pas aussi abouties, les règles que les enfants inventent dans les cours des écoles montrent qu'ils savent parfois passer maîtres dans l'élaboration de normes complexes, aux sanctions parfois proches de celles du système de leurs aînés, aux applications subtiles et aux détournements réguliers. Quand l'adulte manipule habilement la loi, l'enfant, lui, triche grossièrement. Ainsi, le droit s'intéresse à l'enfant et l'enfant n'est pas réfractaire à une certaine dose de droit dans son environnement quotidien. L'enfant et le droit semblent pouvoir coexister.

La maxime de PORTALIS s'applique à l'enfant encore plus qu'aux adultes :

> « [Le législateur] *ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites* »[55].

Dans le couple de l'enfant et du droit, ce n'est pas à l'enfant de s'adapter aux réalités juridiques mais au droit de faire en sorte que sa rigueur s'applique à l'enfant sans froisser sa silhouette et sans corrompre sa fragilité. Ainsi n'est-il pas vain de s'interroger sur la façon dont le droit s'est adapté à l'enfant après l'avoir si longtemps ignoré. Mais un préalable indispensable existe dès qu'il s'agit d'examiner le droit appliqué à l'enfant. Il est en

[52] Après que vingt États eurent déposé leur instrument de ratification auprès du Secrétaire général des Nations unies (article 49, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant).
[53] Les États-Unis et la Somalie (Cf. infra en page 665).
[54] Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 mars 2002, p. 4161).
[55] J.-E. PORTALIS : « *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* » ; confluences 1999.

effet impérieux de définir l'enfant en tant que sujet titulaire de droits subjectifs et sur lequel s'exerce un domaine juridique spécifique. Le droit ne peut s'affirmer ni s'exercer sans sujet.

13. Négligé, oublié pendant des millénaires, l'enfant a acquis au XX^{ème} siècle une place de choix dans la société qui l'entoure. Un doute important persiste toutefois que les grandes évolutions n'ont pas su dissiper.

Si l'enfant est présent dans les textes juridiques, s'il coexiste avec ses parents et avec d'autres citoyens, si certaines règles de droit lui sont propres, si certains régimes le protègent ou s'adaptent à lui, l'enfant en tant que sujet de droit reste un inconnu. Il n'est défini nulle part, alors que ses partenaires, son entourage, ses interlocuteurs et son environnement bénéficient chacun d'une définition. La situation est paradoxale : l'enfant a acquis une place importante dans la société contemporaine sans que celle-ci se préoccupe de savoir qui il est. Les solutions adoptées par le juriste pour pallier à l'insuffisance de définition de l'enfant sont nombreuses mais masquent assez mal l'embarras dans lequel il se trouve. Il s'agit souvent de raccourcis terminologiques consistant à assimiler l'enfant au mineur. Mais ces accommodements sémantiques dissimulent avec peine la confusion réelle de la situation. À ce titre, il est révélateur de noter que le jeune en prise avec le droit criminel est successivement confié à un juge des enfants puis à une cour d'assises des mineurs. L'influence du langage juridique sur la vie quotidienne a propagé cette confusion au langage profane. Le paradoxe est à son comble. Alors que le juriste aborde l'enfant sans savoir qui il est, voici que le non-juriste parle du mineur, sans réellement savoir de quoi il s'agit.

L'histoire juridique de l'enfant montre que le droit s'est accoutumé à sa présence et qu'il ne semble pas avoir ressenti le besoin d'en donner une définition. En quelque sorte, l'enfant ayant toujours été présent, il n'apparaissait plus indispensable de définir ses contours ni son contenu ; si bien que de nos jours, un droit s'applique sans qu'il soit évident de savoir à qui. Il y a lieu de constater une construction intellectuelle originale quoique surprenante : un droit subjectif dont le titulaire n'est pas cerné avec rigueur, parce que la force de l'habitude a fait qu'il n'apparaissait plus utile d'en dessiner la silhouette. Démosthène a écrit que « *l'âme se façonne aux habitudes et l'on pense comme l'on vit* ». Cette sentence n'est pas applicable au droit, car cette discipline ne se façonne pas aux habitudes et ne souffre pas de devoir appréhender le quotidien sans l'appuyer sur des principes solides[56]. Ainsi en est-il du droit des

[56] « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences…* » (J.-E. PORTALIS : « *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* » ; confluences 1999).

biens, du droit des obligations et de la responsabilité, du droit commercial, du droit pénal et des autres branches de la matière. Il n'est pas confortable pour le juriste qu'aucune définition de l'enfant n'existe et qu'il soit obligé de se rattacher à des concepts qu'il maîtrise pour masquer son embarras. Une approche moderne de l'enfant commande d'essayer de lui attribuer une définition construite et pertinente, prenant en compte ses particularités. Il est urgent que les professionnels de l'enfance, juristes ou non, puissent connaître le sujet pour lequel ils œuvrent.

L'amalgame entre l'enfant et le mineur reflète certaines méconnaissances de l'état du droit moderne. D'abord, il n'est nulle part fait mention dans les textes juridiques que l'enfant soit synonyme de mineur. La minorité, comme la tutelle ou les autres mesures de protection, est un statut juridique qui s'applique à certaines catégories de personnes. Assimiler la personne au statut qu'elle emprunte pendant un temps déterminé, c'est substantiellement réduire la valeur de la personne, et, dans une certaine mesure, nier la personne même.

Ensuite, pour preuve de ce que l'enfant et le mineur ne sont pas synonymes, plusieurs textes juridiques établissent que le premier déborde amplement le cadre du second. À titre d'exemple, l'article 371 du Code civil semble le plus éloquent sur ce point quand il dispose que « *l'enfant doit, à tout âge, honneur et respect à ses père et mère* »[57]. Cette disposition montre que, contrairement au mineur, l'enfant n'a pas d'âge et que l'enserrer dans le domaine juridique du mineur est une inexactitude.

Il importe donc de revenir sur cette habitude prise au fil du temps d'assimiler l'enfant à son statut de mineur et de développer une définition de sa personne. Cet essai, précisément parce que l'enfant n'a pas d'âge, doit revenir sur les postulats considérés comme définitifs et se détacher de toute idée préconçue. Puisque l'enfant n'est pas le mineur, la tentative de définition de l'enfant doit s'affranchir des cadres temporels et conceptuels de la minorité. Ce n'est qu'avec la remise en cause de ce que le droit tient pour évident qu'une définition moderne d'un concept intemporel peut apparaître et offrir une perspective dynamique et satisfaisante.

14. Une fois l'environnement juridique posé et le sujet défini, il semble intéressant de s'attarder sur la façon dont le droit s'est adapté à l'enfant et comment il a pris en considération sa fragilité et son immaturité.

[57] Cf. infra en page 306.

Le droit de l'enfant est une conception moderne. Même s'il remonte au début du XX^{ème} siècle, il n'a réellement pris son envol qu'avec l'élaboration de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Ce texte a rapidement acquis une autorité morale et juridique importante ce qui explique qu'une place particulière lui soit réservée dans le cadre de l'examen du droit appliqué à l'enfant. De plus, cette Convention n'est pas un texte isolé, contrairement à ce qui est couramment retenu. Car derrière ses cinquante-quatre articles se cache un important écheveau juridique de rapports et de recommandations sans lequel il est pratiquement impossible d'apprécier l'ampleur et la complexité de l'outil juridique international. De ce fait, quoique de portée concrètement peu contraignante, la Convention de New York de 1989 s'est très rapidement imposée comme la principale source de droits pour l'enfant. Les créations législatives puisent leur inspiration à sa source, et c'est vers ses objectifs que doivent tendre les politiques menées en faveur de l'enfance. Une législation interne s'éloigne-t-elle d'un objectif du texte ou porte-t-elle atteinte à un de ses principes, elle est aussitôt sanctionnée par les recommandations du Comité des droits de l'enfant.

Lors, l'étude du droit de l'enfant ne pourrait pas être rigoureuse sans un examen pareillement scrupuleux du droit interne de l'enfant. L'intérêt de cette analyse ne porte pas tant sur l'état des lieux du droit positif de l'enfant (par trop descriptif) que sur les divergences de vues entre le droit français de l'enfant et les principes posés par la Convention et rappelés par le Comité des droits de l'enfant. Cette méthode permet d'une part de ne porter un intérêt qu'aux grands principes du droit de l'enfant, sans s'attarder sur une description, éventuellement fastidieuse, de chacune de ses branches. Ceci favorisera d'autre part, une prise en compte globale et néanmoins précise du droit de l'enfant tout en permettant d'apprécier les points de désaccords entre le cadre de la Convention et ses applications en droit interne.

Enfin, quand auront été examinés le cadre général du droit de l'enfant et ses applications particulières, ainsi que celles susceptibles de soulever des difficultés, il sera temps de proposer des aménagements pour que l'efficacité du droit de l'enfant s'améliore. Les pistes de réflexion sont nombreuses et s'éloignent souvent du domaine juridique pour s'approcher d'autres sciences humaines comme la philosophie ou la sociologie. Pour autant, certains aménagements juridiques peuvent être envisagés pour accroître la réalité moderne du droit de l'enfant. Parmi les voies à examiner, deux retiennent particulièrement l'attention de l'observateur, la première se situant en droit interne et l'autre en droit international.

15. L'étendue de la question est considérable, et il serait bien vain d'avoir la prétention de régler absolument toutes les interrogations que la rencontre du droit et de

l'enfant peut faire naître. Leur confrontation peut légitimement susciter des intérêts dans tous les domaines du droit, mais elle dépasse aussi largement son cadre pour aborder les rives d'autres disciplines scientifiques. Malgré l'ampleur du thème, il est possible d'apporter de nombreuses réponses en abordant le sujet sous deux angles indissociables.

16. Dans ce contexte, il est judicieux de développer une réflexion structurée sur deux points successifs. La première étape de ce cheminement est de définir l'enfant du droit (Partie I), c'est-à-dire dégager et affranchir l'enfant des considérations profanes qui l'entourent naturellement pour essayer d'apprécier la façon dont le droit l'appréhende. Dans un second temps, un examen étendu et rigoureux du droit de l'enfant (Partie II) sera proposé, afin d'obtenir un panorama complet du cadre juridique dans lequel l'enfant évolue.

Partie I : L'enfant du droit

17. En répondant à l'énigmatique épreuve du Sphinx qui terrorisait Thèbes dans la mythologie Grecque, Œdipe avait partagé l'existence de l'homme en trois phases : l'enfance, l'âge adulte et la vieillesse. Cette division tripartite de la vie a longtemps satisfait aux exigences de la morale et aux besoins de la société. À l'enfant était reconnue l'innocence, loin des tracas de la vie. À l'adulte incombaient les devoirs et les charges de la société parmi lesquels le travail et les obligations militaires. À la personne âgée était offerte une paisible retraite, en guise de reconnaissance de la société pour une vie de labeur méritante.

Les frontières entre les différentes époques de la vie n'étaient pas fixées de façon définitive mais fluctuaient davantage en fonction du sexe et de la personnalité de l'individu.

Il était notamment admis que la femme accédait à l'âge adulte avec le mariage ou avec la fertilité et abordait la vieillesse avec le veuvage ou l'infertilité. L'homme en revanche abandonnait l'enfance dès qu'il était en âge de travailler et quittait l'âge adulte pour la vieillesse quand il n'en avait plus la force ou quand il avait été blessé lors d'opérations militaires.

18. Ces différentes tranches de vie restent ancrées dans les esprits modernes. Mais les exigences du XXI^{ème} siècle ont contraint à rigidifier les frontières entre les périodes de l'existence. L'âge de la majorité fixe dans les mœurs le début de l'âge adulte et l'âge de la retraite celui de la vieillesse.

Pourtant, l'émergence des disciplines paramédicales comme la psychologie et l'apparition de nouvelles disciplines médicales comme la psychiatrie et la pédopsychiatrie obligent à réviser la rigidité de ces frontières, puisqu'il est admis qu'il existe des enfances tardives comme des vieillesses prématurées.

De la même façon, la psychiatrie remet en cause la réponse d'Œdipe. Si elle ne revient pas sur l'âge adulte ni sur la vieillesse, elle considère que l'enfance se divise en trois phases[58] (la petite enfance, l'enfance et l'adolescence). La vie serait alors partagée en cinq temps et non en trois.

Encore, les progrès de la médecine, conjugués à l'allongement de l'espérance de vie, forcent à revoir cette division. En effet, il est établi que la vie débute *in utero* avant même la naissance, et que la vieillesse peut compter un troisième âge puis un quatrième.

19. Le droit en tant que discipline n'appréhende pas autant de périodes de vie. Il se contente de répartir les personnes entre deux moments d'existence : la minorité avant dix-huit ans et la majorité au-delà. Est-ce à dire que l'enfant n'existe pas pour le droit ?

L'étude du Code civil établit que le vocable « *enfant* » (au singulier ou au pluriel) apparaît à 194 reprises en 1804 et à 453 reprises en 2004. L'enfant existe donc dans la lettre de nos codes, mais il n'en existe pas de définition. De sorte que l'enfant se confond parfois avec le mineur ou avec le majeur selon l'acception utilisée dans la loi.

Les amalgames existant de l'enfant avec le mineur ou le descendant mettent en évidence que l'étude de l'enfant doit être menée sous deux axes très distincts.

20. L'enfant doit être vu comme un concept juridique à part entière. Il ne saurait se cacher derrière le statut de mineur ou de l'incapable (Chapitre deuxième). En la matière, pour reprendre l'expression du Professeur TERRÉ, le droit français ne définit pas, il énumère[59].

Mais avant tout, l'enfant doit être vu à travers le temps de sa vie : l'enfance. Car de même que l'enfant n'est pas défini par le droit, l'enfance est une notion aux contours variables, nul ne sait pas quand elle commence, et nul ne sait pas quand elle s'achève. Dans ce domaine également, l'amalgame entre enfance et minorité doit être combattu (Chapitre premier).

[58] F. DOLTO : « *Les étapes majeures de l'enfance* » ; Gallimard, 1994.
[59] F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème éd. Dalloz 1996.

Chapitre Premier : Le temps de l'enfance

21. Si même l'enfance n'était qu'un moment, qu'un instant, elle aurait un début, elle aurait une fin. Le juriste semble avoir déterminé aux bornes de l'enfance deux frontières intangibles : la naissance et la majorité. Aussi bien l'enfant serait-il, en France, un « *être humain âgé de moins de dix-huit ans* »[60].

Une telle définition de l'enfance peut porter à débat. D'abord parce que la vie apparaît bien avant la naissance, de sorte qu'il est possible d'envisager que l'enfance débute avant la venue au monde (Section 1) et ensuite parce que le droit ne tient pas compte des différents aléas de la fin de l'enfance qui l'abrègent ou l'allongent (Section 2).

La question que posait l'enchanteur n'a pas perdu de son actualité :

> « *L'enfance, qui peut nous dire quand c'est fini, qui peut nous dire quand ça commence ?* »[61].

Section 1 : Le début de l'enfance : la vie prénatale

22. « *Il n'y a aucun remède contre la naissance et contre la mort, sinon de profiter de la période qui les sépare* »[62]. L'importance de la mort et de la naissance est relativisée dans cette courte citation d'un auteur britannique du XX^{ème} siècle. Du reste, au plan du droit, la naissance, comme la mort, n'ont qu'une importance mineure, et très relative au regard des actes et des faits qui la précèdent ou qui la suivent.

La mort seule entraîne la fin de la personnalité juridique et la disparition sensible de l'individu qui l'incarnait. Par un effet de miroir, il est possible de penser que la naissance est l'événement qui fait apparaître la personnalité de l'enfant. Cette vérité est très hasardeuse

---

[60] Article 1er de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *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.* ».

[61] J. BREL : « *L'enfance* ».

[62] « *There is no cure for birth and death, save to enjoy the interval* » (G. SANTAYANA : « *Soliloques en Angleterre. De la guerre* » ; Scribner 1923, p. 97).

après examen (§ 2). La naissance n'est en droit qu'un passage, qu'une sortie, qu'un événement factuel qui n'entraîne de conséquences qu'autant que la loi — et la volonté — veulent bien lui en prêter (§ 1).

§ 1 – L'importance relative de la naissance

23. L'importance vitale de la naissance est incontestable. Bien qu'il existe actuellement des scientifiques à même de remettre en cause son monopole sur la mise au monde des nouveau-nés[63], il n'en demeure pas moins qu'elle est encore la seule façon de naître. Sans doute s'agit-il d'un moment biologique (A) qui peut, selon le cas, entraîner des conséquences juridiques au plan de la naissance de la personnalité de l'individu qui naît. Mais en soi, la naissance ne peut pas être considérée seule comme un moment juridique (B).

A – La naissance : un moment biologique

24. Les étymologies grecque[64] ou latine[65] du mot *naissance* indiquent que le fait de naître revient à s'insérer dans une communauté de « *gens* ». Naître, c'est aussi, selon la définition du dictionnaire, commencer d'exister[66], venir au monde[67].

La naissance se caractérise par l'apparition physique d'un nouvel être déjà vivant, puisque la médecine moderne et les progrès des techniques néonatales et fœtales ont montré depuis longtemps que la vie apparaît bien avant la naissance. Ainsi, si la naissance est prise en tant que moment de la vie du nouveau-né, elle se résume au passage manifeste de la vie amniotique à la vie aérienne de l'individu. Pour celui qui naît, la naissance n'est pas le début de sa vie, elle est un moment qui s'inscrit dans le prolongement des autres moments qu'il a déjà connus. Avant de naître, il a été zygote (œuf), puis embryon[68], puis fœtus. Les différentes étapes de la vie s'échelonnent donc entre la fécondation et la mort en passant par le zygote,

[63] Le Professeur Ian WILMUT a déclaré le 20 janvier 2005 qu'il se sentait prêt à pratiquer le clonage humain. Le Professeur Ian WILMUT est à la tête du département d'études génétiques du *Roslin Institute* près d'Édimbourg. Il est connu surtout depuis qu'il a cloné Dolly, le 5 juillet 1996, une chèvre qui décéda le 17 février 2003 après avoir contracté des infections pulmonaires et des maladies arthritiques qui n'apparaissent classiquement chez un sujet caprin que lorsqu'il approche de l'âge de quatorze ans.
[64] « *Naissance* » a pour origine le mot grec *genos*, qui fait référence à la famille ou à la race.
[65] « *Naissance* » trouve son origine dans la base latine « *natio* » qui fait référence à la nation.
[66] Dictionnaire Larousse 2002.
[67] « *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, huitième édition (1932-1935).
[68] Certains scientifiques, majoritairement anglo-saxons, retiennent qu'il existe une période pré-embryonnaire se situant entre le zygote et l'embryon. Cette période s'inscrirait entre le moment de la fécondation et le quatorzième jour de vie utérine. Ce point de vue est contesté, notamment par le Professeur MATTEI qui estime qu'il ne s'agit là que d'une étape supplémentaire pour justifier l'utilisation des embryons humains vivants dans le cadre d'expériences de recherches biomédicales. Selon lui, il y a embryon dès qu'il y a implantation de l'œuf dans l'utérus maternel.

l'embryon, le fœtus et la vie aérienne. Pour la mère, la naissance est l'aboutissement naturel de sa grossesse. Dans la plupart des cas, la grossesse dure environ neuf mois.

Il arrive aussi, pour diverses raisons que la grossesse s'interrompe prématurément, soit par la volonté de la mère (1), soit naturellement (2). Ces interruptions de la grossesse de la mère ne sont pas inconséquentes, au plan du droit, quant à la personnalité de son enfant.

1. Les interruptions volontaires de la grossesse

25. Parler de l'interruption volontaire de grossesse est un raccourci un peu rapide qui fait vite oublier qu'il existe plusieurs façons (et plusieurs raisons) d'interrompre une grossesse. Les interventions trouvent leurs origines dans différentes motivations, tantôt personnelles à la mère[69], tantôt inhérentes à l'enfant conçu. En outre, les interventions ne poursuivent ni le même objectif, ni ne connaissent la même issue.

Selon le moment ou elle intervient, l'interruption de la grossesse peut engendrer la mort de l'embryon ou du fœtus, ou provoquer l'apparition d'un nouveau-né prématuré, grand ou très grand prématuré.

C'est pourquoi il faut commencer par différencier très nettement la notion d'interruption volontaire de la grossesse de celle d'avortement (a). Par la suite, au regard du droit de la personnalité, il faudra analyser l'I.V.G. pratiquée pour des motifs personnels (b).

a. L'I.V.G. et l'avortement

26. La loi sur l'interruption volontaire de la grossesse du 17 janvier 1975[70] (modifiée par la loi du 31 décembre 1979[71]) ouvre depuis plus de trente ans la possibilité aux femmes enceintes de demander à interrompre leur grossesse pour différents motifs. Les débats, tant sous les ors des assemblées parlementaires que dans les rues de France dans cette deuxième partie des années 1970, se sont beaucoup cristallisés autour de la notion d'avortement.

Le rapporteur du projet de loi, M. BERGER, avait longuement exposé les motifs qui avaient conduit à la présentation de cette loi. Dans le long rapport présenté, l'amalgame était déjà présent entre I.V.G. et avortement :

---

[69] La place de la volonté du père biologique est mince dans la mesure où la décision d'interrompre la grossesse appartient seulement à la femme enceinte.

[70] Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 dite « *Simone VEIL* » relative à l'interruption volontaire de grossesse (I.V.G.) (JORF, 18 janvier 1975, p. 739).

[71] Loi n°79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse (JORF, 1er janvier 1980, p. 3).

> « *L'acte d'interruption volontaire de grossesse ne sera pas remboursé par la sécurité sociale, sauf, comme à présent, dans les cas d'avortement thérapeutique* »[72].

27. L'étude des rapports présentés par M. BERGER et par M^me^ VEIL établit que la loi sur l'interruption volontaire de grossesse ne répondait pas tant à des préoccupations de santé publique qu'à une volonté de rendre à une loi pénale peu appliquée une rigueur et une cohérence qu'elle avait perdues. De ce fait, l'accent ne fut pas mis sur les problèmes marginaux que la question posait, mais davantage sur le problème central de l'époque : légaliser l'avortement ou le tolérer ?

Dans la première partie de son rapport, M. BERGER expose l'état d'esprit dans lequel il se place :

> « *Je me suis donné pour ligne de conduite d'exposer sans influencer et d'informer sans passionner* »[73].

La tâche est rude, la mission est « *redoutable* », car ce débat, précisément, passionne les parlementaires ainsi qu'une population française sensible au débat que ses représentants discutaient.

Ensuite, le rapporteur de la loi estime que « *la sérénité devant ce projet de loi se traduit d'abord et surtout par l'aptitude à bien poser le problème* ». La façon dont M. BERGER a posé le problème lors de cette séance de discussion du projet du 26 novembre 1974 révèle que la santé publique se place au troisième plan derrière le problème de la crédibilité de la loi pénale :

> « *Pourquoi la loi ne laisse-t-elle d'autres issues, en ce domaine, que celles de la clandestinité, de la demi-clandestinité ou du risque avec, dans de nombreux cas, hélas, la mort de la mère ?* »[74].

Lorsque c'est son tour de prendre la parole à la tribune de l'Assemblée Nationale, M^me^ VEIL exposera d'abord le problème sous le même angle avant d'en dégager, par la suite, un problème de santé publique :

> « *D'autres se demandent pourquoi le Parlement devrait trancher maintenant ces problèmes : nul n'ignore que depuis l'origine, et particulièrement*

[72] JOAN, 28 novembre 1974.
[73] H. BERGER (JOAN, 28 novembre 1974, p. 6990).
[74] *Id.*

> *depuis le début du siècle, la loi a toujours été rigoureuse, mais qu'elle n'a été que peu appliquée* »[75].

Alors que la loi sur l'interruption volontaire de grossesse est présentée comme une loi de liberté et de santé publique, il est perceptible que le but premier du Ministre de la Santé de l'époque était davantage un souci de cohérence législative, surtout au plan de la loi pénale, « *toujours rigoureuse mais peu* appliquée ». Plus loin dans son argumentaire, la Ministre développera l'argument sous un aspect différent, quoique, à nouveau, plaçant la question de la santé publique au troisième rang derrière l'applicabilité de la loi et derrière sa faculté de dissuasion :

> « *En préparant le projet qu'il vous soumet aujourd'hui, le Gouvernement s'est fixé un triple objectif : faire une loi réellement applicable ; faire une loi dissuasive ; faire une loi protectrice* »[76].

28. Bien avant que les parlementaires ne discutent la loi en séance plénière, la presse se faisait l'écho du problème dans l'opinion publique. Dans un article paru le 25 novembre 1974, M^me^ COTTA résumait ainsi le problème qui se posait selon elle :

> « *En proposant au Parlement le projet de loi n°1297, le président de la République, le gouvernement et* […] *Simone VEIL mettent* [les parlementaires] *au pied du mur. Il faut prendre parti. Pour ou contre l'interruption volontaire de grossesse ? Non : pour ou contre l'avortement clandestin. Au moins mille par jour. C'est ainsi que se pose le problème et, au fond de soi-même, chacun le sait* »[77].

Le problème s'en trouve décalé. Au lieu de le poser sous l'angle de la santé de la mère (ou celle de son enfant) et de le développer en montrant que tout acte relatif à l'I.V.G. n'est pas synonyme d'avortement, les parlementaires, ainsi que la presse, ont entretenu l'amalgame. Il n'en est pourtant rien, et ces deux notions doivent être clairement distinguées. La terminologie en la matière montre que, trente ans après la promulgation de la loi, pour beaucoup de nos contemporains, la frontière est fine, floue et fragile entre l'avortement et l'interruption de la grossesse.

---

[75] S. VEIL, JOAN – 28 novembre 1974, p. 6998.
[76] *Ibid.*, p. 7000.
[77] M. COTTA : « *Pour la loi Simone VEIL* » ; « *L'express* » ; 25 novembre 1974.

La loi de 1975, ainsi que celle de 1979 ont prévu deux catégories d'I.V.G. D'une part, l'interruption dans le cas d'une détresse personnelle praticable avant la dixième semaine de la grossesse (la loi du 4 juillet 2001 fixe à douze semaines de grossesse la limite de la pratique de l'I.V.G. pour motifs personnels) [78]. D'autre part, l'interruption pour motifs thérapeutiques[79], praticable à n'importe quel moment de la grossesse. Dans les deux cas, la demande est déposée par la mère.

En somme, l'interruption volontaire de la grossesse recouvre tout acte médical ou chirurgical pratiqué en vue de mettre fin artificiellement à la grossesse de la mère pendant la période de gestation, période qui va du premier jour de la grossesse au jour présumé de l'accouchement.

29. Il existe également un certain éventail d'actes, non-abortifs, qui sont des interruptions volontaires de la grossesse. La pratique d'une césarienne sur une mère enceinte, pour des raisons tenant soit à la non-progression du travail (dystocie), ou à la mauvaise présentation de l'enfant à la naissance (présentation par le siège) est une interruption volontaire de grossesse. Le fait encore de provoquer un accouchement (afin de préserver la santé de l'enfant ou de sa mère, ou encore parce que la date de naissance prévisible et souhaitable pour la santé de l'enfant est largement dépassée) est également une I.V.G. Mais dans ce cas, pas plus que dans le cas de la césarienne, la vie de l'enfant n'est en jeu ; et bien que qu'il s'agisse d'une interruption volontaire de la grossesse de la mère, ce n'est pas pour autant un acte abortif.

L'interruption volontaire de la grossesse de la femme aura des conséquences abortives ou non selon l'avancement de sa grossesse.

b. L'I.V.G. pour motifs personnels

30. L'article L. 2212-1 du Code de la santé publique lie la pratique de l'interruption volontaire de grossesse dans les douze premières semaines de grossesse à l'état de détresse

[78] Article L. 2212-1 du Code de la santé publique : « *La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse* » (Rédaction issue de l'article 1 de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001, JORF, 7 juillet 2001, p. 10723).

[79] Article L. 2213-1 du Code de la santé publique : « *L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif, soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* » (Rédaction issue des articles 10 et 11 de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 et de l'article 9, II de l'ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003).

invoqué par la femme. Or la notion de détresse est une notion personnelle, intime, elle est extrêmement subjective et renvoie inévitablement à l'idée de souffrance, physique, émotionnelle ou psychologique. C'est pour cette raison qu'il est possible d'affirmer que les premières semaines de la grossesse sont une période possible pour une I.V.G. pour des motifs personnels liés à la volonté de la mère. Comme a pu l'estimer M^me^ DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « *la notion de détresse étant purement subjective et ne pouvant être contrôlée par personne — ni par le mari, ni par le médecin, ni par le juge — force est de reconnaître que l'avortement est, de fait, totalement libre* »[80] pendant les douze premières semaines de grossesse.

Il n'est pas impossible de prétendre que l'avortement est libre en France depuis 1975 pendant les premières semaines de la grossesse et en précisant que l'avortement n'est consécutif à l'I.V.G. que lorsque le seuil de la viabilité n'est pas atteint. Au-delà, il n'est plus possible de parler d'avortement et le travail des médecins est, contrairement à l'I.V.G. pour motifs personnels, de contrôler des données médicales indépendantes de la volonté de la mère.

Pendant la période légale prévue par l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique, l'avortement est conséquent à l'interruption de la grossesse. L'embryon meurt. Il est extrait ou expulsé. Il n'aura pas la personnalité juridique car il n'est pas viable (article 725 du Code civil), pas plus qu'il n'est vivant. Au-delà de ce délai, le problème se complique dès que le développement de l'enfant conçu a passé le stade de la viabilité[81].

31. Du reste, même si la situation est pénible, elle n'en reste pas moins à l'instigation de la mère. C'est sa volonté qui donne l'impulsion nécessaire à l'avortement de son embryon. L'issue de l'opération est l'expulsion (quelle que soit la technique employée) d'un embryon qui n'était ni vivant, ni viable. Il n'y a pas de personnalité juridique à déclarer.

Une question subséquente vient alors à se poser. Il est possible de considérer que la volonté de la mère trouve, logiquement, à s'affirmer quand la personnalité de son enfant conçu est en jeu lors de sa décision de pratiquer une interruption de sa grossesse pour des motifs personnels. Quelle place accorder à la volonté de la mère quand l'interruption de sa grossesse n'est pas appelée de son vœu mais est induite par des considérations médicales ?

[80] F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ : « *Les droits de l'enfant* » ; coll. *Que sais-je ?* ; PUF, 5ème éd. 2001.
[81] La limite physiologique de la viabilité se situe actuellement autour de 22-23 semaines d'aménorrhée. L'âge de la gestation s'exprime en semaines d'aménorrhée révolues c'est-à-dire à partir du premier jour des dernières règles.

2. Les autres interruptions de la grossesse

32. La mise au monde, au terme des quarante-et-une semaines de grossesse d'un nouveau-né vivant et viable est une interruption naturelle — normale — de la grossesse. Il s'agit là du principe[82]. Mais puisque le droit est une discipline qui se construit essentiellement sur l'étude des exceptions et des marges, c'est autour des interruptions accidentelles de grossesses intervenant avant le terme que l'étude doit également se pencher.

Dans cette optique, il faut comprendre l'interruption accidentelle de la grossesse comme la situation où elle n'arrive pas à son terme prévu et où l'expulsion du fœtus se fait prématurément. Aujourd'hui la prématurité n'est plus synonyme de décès systématique du fœtus, de sorte que l'apparition prématurée ou très prématurée du fœtus n'entraîne plus nécessairement son décès. Mais sans que le fœtus soit prématuré, il se peut qu'il décède *in utero* ou que, peu après sa naissance, il meurt des suites d'une infection néonatale ou anténatale. Les conséquences juridiques sont différentes, depuis la circulaire du 30 novembre 2001[83], selon que l'enfant est né vivant ou mort. Dans un cas comme dans l'autre, il n'est pas évident que la volonté de la mère ait une place importante, d'autant qu'entrent en jeu des éléments biologiques et médicaux sur lesquels elle n'a aucune prise.

L'analyse de la situation de cette catégorie des naissances peut paraître superflue au regard des nombreuses autres mises au monde qui ne posent pas de souci[84], mais il reste que les cas de ces êtres qui meurent peu avant, pendant, ou peu après leur naissance doivent être considérés (a).

Ensuite, la mise au monde d'un fœtus expulsé prématurément continue de poser de nombreuses questions juridiques, éthiques et médicales. La vie de ces quasi-nés est souvent suspendue à un diagnostic médical fragile concernant la suite de leur existence. Aussi, le statut juridique de ces fœtus mis au monde est-il intéressant à étudier (b), qu'il s'agisse d'accouchements accidentels ou provoqués pour des raisons médicales.

---

[82] Environ cinq grossesses sur six arrivent à termes et permettent la mise au monde d'un nouveau-né vivant et viable selon les statistiques de l'INSEE.

[83] Circulaire n°2001-576 du 30 novembre 2001 relative à l'enregistrement à l'état civil et à la prise en charge des corps des enfants décédés avant la déclaration de naissance (BO n°2001-50 du Ministère de la Santé).

[84] Le taux de mortalité périnatale, regroupant la mortinatalité (les « mort-nés ») et la mortalité néonatale précoce (décès du nouveau-né intervenant entre 0 et 6 jours révolus) s'établit aujourd'hui aux alentours de 1,6‰. Ce taux est surtout dû, pour 2/3 à la mortinatalité. Il naît donc environ en France 7 500 êtres sans vie par année.

a. Les enfants mort-nés

33. La qualification de « *mort-né* » concerne, pour la médecine, le cas d'un enfant qui ne présente aucun signe de vie à sa naissance. Le décès fœtal survient *in utero* et peut se produire avant ou pendant le travail de l'accouchement. D'ailleurs, cette notion d'enfant mort-né semble également celle retenue par la langue française, puisque l'Académie Française en donne la définition suivante :

> « *Se dit d'un enfant parvenu au terme de la période de gestation et qui est mis au monde sans vie* » [85].

Pour le juriste, malgré une terminologie indistincte, l'enfant mort-né renvoie à deux situations très différentes.

34. Dans une première hypothèse, cette notion renvoie à l'enfant mort-né au sens médical du terme (mort-né *de facto* ou « *vrai mort-né* »), c'est-à-dire l'être né sans vie. La seconde correspond à l'enfant né vivant (mort-né *de jure* ou « *faux mort-né* »), mais qui a succombé peu de temps après sa naissance[86].

Le langage juridique ayant vocation à donner une terminologie précise à des situations factuelles concrètes, les cas de mortinatalité ne devraient pas échapper à la règle. Si bien qu'il conviendrait de distinguer deux éventualités.

D'un côté le cas de l'être qui meurt avant ou pendant sa naissance. Il s'agit ici du « *mort-né* » des médecins. Pourtant, sa situation montre qu'il est né après être mort, ainsi il serait plus cohérent de dire qu'il est *né-mort*.

La terminologie « *mort-né* » serait alors réservée à celui qui est né vivant (viable ou non) et qui décède par la suite.

35. Il n'est pas anodin de relever que deux issues sont en réalité dissimulées par un même terme. Cette réalité se révèle encore plus intéressante car, à chaque issue biologique peut correspondre un ou plusieurs régimes juridiques en rapport avec la personnalité et donc avec le statut d'enfant.

Jusqu'en 1993, l'officier d'état civil dressait un acte d'enfant sans vie dès l'instant que l'enfant né n'avait pas survécu assez longtemps pour que sa naissance puisse être déclarée

[85] Académie Française ; Dictionnaire, 9ème éd. Fayard.
[86] Sur la distinction entre *vrai mort-né* et *faux mort-né*, voir « *mort-naissance* » ; Revue Devenir, numéro spécial, n°1, 1995.

sur les registres de l'état civil. Cela impliquait que le droit traitait indistinctement les situations de l'enfant « *né-mort* » et de l'enfant mort-né, peu importait jadis que l'enfant soit né vivant ou qu'il ait succombé *in utero*.

36. La loi du 8 janvier 1993[87] a changé la situation en insérant l'article 79-1 dans le Code civil. Les nouvelles dispositions en matière de prise en compte par l'état civil des décès précoces des nouveau-nés sont mieux à même de dresser l'état de toutes les situations médicales de mortalité néonatale :

> « *Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès.*
> *À défaut de certificat médical prévu à l'alinéa précédent, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question* ».

Au vu de ces dispositions du Code civil, il convient tout d'abord d'opérer une première distinction à l'occasion de la naissance d'un être vivant[88].

37. Si un être vivant naît, il existe deux possibilités prévues à l'article 79-1 du Code civil. S'il naît vivant et que son décès intervient après la rédaction de l'acte de naissance, le droit commun trouve alors à s'appliquer et l'existence physique de cet individu s'inscrira entre les dates des actes de naissance et de décès.

Si le décès survient avant la rédaction de l'acte de naissance, la situation se scinde à nouveau en deux cas distincts. La différence des possibilités repose sur la notion de viabilité.

---

[87] 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 (JORF, 9 janvier 1993, p. 495).
[88] P. MURAT : note sous Cass. Civ. 1, 6 février 2008 ; Dr. Fam. 2008, p. 165.

Selon l'article 79-1 al. 1, la production d'un certificat médical attestant la viabilité du nouveau-né prédécédé permet la rédaction d'un acte de naissance puis d'un acte de décès.

L'absence de ce certificat entraîne la rédaction d'un acte d'enfant sans vie.

38. Les impacts sur la personnalité juridique du nouveau-né sont sensibles.

Celui que le Code civil désigne comme « *enfant sans vie* » ne peut pas prétendre avoir eu une personnalité juridique. Il ne répond pas aux exigences posées par le code pour pouvoir faire partie des personnes : vie et viabilité (critères usuels des articles 725 et 906 du Code civil). Cependant, contrairement à ce que l'acte dressé pourrait laisser penser, ce n'est pas par défaut de vie que le nouveau-né échappe à la catégorie des personnes, c'est par défaut de viabilité, puisque tel est le critère prouvé par le certificat médical nécessaire à l'établissement des actes de début et de fin de vie de l'article 79-1 al. 1 du Code civil[89].

En effet, dans le cas d'un individu né vivant, la constatation de la vie se fait d'elle-même, soit par témoignage, soit par constat postérieur au décès. Ce que le certificat médical vient attester, c'est si le nouveau-né disposait d'une aptitude à vivre dès sa naissance.

Le sentiment est ici présent de rejoindre en partie le dispositif et les motifs d'un arrêt de la Cour d'appel de Reims[90] : ce qui fonde la personnalité juridique n'est pas la vie, mais la viabilité. Accorder le statut d'enfant, corollaire néonatal de la personnalité, reposerait alors sur la viabilité, c'est-à-dire l'aptitude à vivre, dans le cas du nouveau-né.

39. La viabilité ne peut pas être définie de la même façon pour un nouveau-né et pour une personne « *déjà vivante* » dans la mesure où la viabilité de cette dernière doit se comprendre comme une faculté de continuer à vivre et non comme une aptitude spontanée à vivre. Mais la viabilité des personnes vivantes, au-delà d'un certain âge, n'a plus vraiment d'intérêt puisqu'elle se lie à la vie. De fait, en s'attachant à étudier le décès d'une personne, il est perceptible, sans hésitation, que la viabilité s'éteint avec la vie, emportant par là même la personnalité de l'être. La viabilité, semble-t-il, n'est pertinente à étudier que dans les moments de début de personnalité : lorsqu'elle est une aptitude et non une continuation, une chance et non une conséquence.

[89] D'autant que l'article 79-1 al. 2 *in fine* dispose précisément que l'acte d'enfant sans vie ne présume pas de la vie du nouveau-né. Cette question relevant d'une décision judiciaire devant le Tribunal de Grande Instance.
[90] C.A. Reims, 3 février 2000, Petites Affiches, 5 octobre 2000, p. 16, note L. COLLET-ASKRI.

40. Il apparaît du même coup, dans le cas notamment du nouveau-né, une inversion de la logique. La question doit être reformulée : comment prouver la viabilité ?

La réponse à cette question semble apportée par l'article 79-1 al. 1 du Code civil, il suffirait de produire un certificat médical établissant la viabilité de l'individu à sa naissance.

Mais le recours à la médecine pour rédiger un acte de naissance n'est heureusement pas systématique, la majorité des naissances ne donnant pas lieu à la production d'un tel document. La frontière est mince et se résume à cet effet, à un jeu de temps, selon que le nouveau-né est décédé avant ou après la déclaration de sa naissance.

Le temps de la déclaration étant de trois jours après l'accouchement[91], il est loisible d'imaginer le cas d'un nouveau-né mis au monde, dont la déclaration de naissance est faite concomitamment et dont le décès, ainsi que sa déclaration à l'état civil, ne surviennent que par la suite. Dans ce cas, il n'y aura pas besoin d'un certificat médical pour prouver qu'il a été viable, les rives de l'article 79-1 du Code civil s'éloignent pour s'approcher de celles du droit commun.

Mais il est également possible d'imaginer un schéma différent qui s'inscrirait dans la même unité de temps de trois jours imposée par l'article 55 du Code civil. Suite à la naissance le décès surviendrait sans que la naissance ait été déclarée. Les raisons de la non-déclaration de la naissance pouvant tenir à de multiples raisons factuelles. Dans ce cas, la production d'un certificat médical attestant la viabilité est un préalable indispensable à la déclaration de personnalité.

Pourtant, à supposer acquise comme donnée du problème la viabilité du nouveau-né, les deux situations sont totalement semblables s'il est décidé également de les inscrire dans la période des trois jours consécutifs à l'accouchement[92].

Le certificat médical n'est une preuve de viabilité que lorsque la chronologie cohérente de la naissance (accouchement, déclaration de naissance, décès, déclaration de décès) est contrariée par un événement, ou par un contretemps indépendant de la volonté du

[91] Article 55 du Code civil : « *Les déclarations de naissances seront faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu* ». La législation française en matière de déclaration de naissance est similaire à celle des Pays-Bas et de la Suisse. Le délai est de cinq jours au Luxembourg, une semaine en Allemagne et en Autriche. Il est de huit jours pour l'Espagne, de dix jours pour la Grèce et l'Italie, quinze jours pour le Royaume de Belgique, vingt jours pour le Portugal, vingt et un jours pour l'Écosse tandis qu'il est de six semaines pour le reste du Royaume-Uni. La Turquie retient quant à elle un délai de trente jours.

[92] La situation est d'autant plus délicate si, au lieu d'inscrire la situation décrite dans un délai de trois jours, on l'inscrit dans le délai de quinze jours applicable pour Mayotte (Article 2289 du Code civil)

déclarant. Le certificat médical ne doit alors être analysé que comme la preuve de l'exception et non comme celle du principe.

41. La seule véritable preuve de la viabilité, et ainsi de la personnalité juridique, ne paraît pas se situer à l'aube de l'existence mais davantage à son crépuscule.

Il ne semble pas aisé de montrer qu'un individu est viable, c'est-à-dire qu'il est apte à vivre. N'est-il pas préférable d'attester qu'il a été viable ? De cette façon, la naissance d'un être viable sera établie, que cette viabilité ait eu besoin d'être médicalement attestée ou non. Ce serait donc dans la mort déclarée que serait décelé, *a posteriori*, et de façon indiscutable, le caractère de personnalité juridique, peu important à cet égard la durée de la vie achevée.

42. L'article 79-1 du Code civil pose également les fondements du cas des enfants *né-mort*, de sorte que la distinction terminologique déjà entreprise trouve ici tout son intérêt.

Pour la rédaction d'un acte d'enfant sans vie, l'article 79-1 du Code civil n'impose pas la naissance d'un être vivant, ses dispositions s'étendent donc également au cas d'un nouveau-né mort avant sa naissance.

La seule différence est que l'enfant n'est pas vivant. Dans ce contexte particulier, avant le décret du 20 août 2008[93], il n'y avait pas lieu de produire un certificat médical puisqu'il n'y avait pas de vie à constater. La viabilité de l'individu devait alors être établie *in abstracto*, en se fondant sur des critères communs à tous les individus[94].

L'inscription d'un enfant sans vie dont le décès précède la naissance était subordonnée à la viabilité *in utero* de l'individu. Si l'individu n'était pas viable, aucun acte n'était dressé.

Quel critère retenir afin d'établir la frontière entre la viabilité et la non-viabilité d'un être né-mort ?

L'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 prévoyait que le seuil à retenir était l'avancée de la grossesse. Si elle avait duré plus de 180 jours, (six mois de grossesse ou vingt-huit semaines d'aménorrhée) l'officier de l'état civil pouvait dresser un acte d'enfant sans vie. En-deçà de ce seuil, aucun acte ne devait être dressé. La solution était

[93] Décret n°2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil (JORF, 22 août 2008, p. 13145).
[94] Cf. infra en page 143.

critiquée par son aspect peu humain, le droit se rapprochait alors un peu trop des mathématiques.

La justification juridique de ce seuil de 180 jours de grossesse reposait alors sur une référence à un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 7 août 1874[95]. Cet arrêt combine les prescriptions de l'article 345 al. 3 du Code pénal avec la présomption édictée par le Code civil concernant la période légale de conception[96]. L'arrêt énonce que pour incriminer une mère pour suppression d'enfant sur le fondement de l'article 345 al. 3 du Code pénal, il fallait avant tout définir ce qu'est un enfant aux yeux de ce texte. L'énonciation de la Cour est lapidaire en la matière en estimant que « *l'enfant ne peut être réputé viable qu'après un minimum de cent quatre-vingt jours* » de gestation. C'est ainsi qu'en 1993, à l'occasion de la rédaction de l'article 79-1 du Code civil le législateur retint le seuil de 180[97] jours comme celui de la viabilité exigible pour pouvoir dresser un acte d'enfant sans vie.

43. La situation semblait assez solidement ancrée et ne surprenait guère, à tel point que la Ministre de la Justice avait, le 24 mai 1999, répondu à la question d'un parlementaire en lui confirmant que le seuil de 180 jours correspond à la réalité médicale et que, « *à cet égard, la législation française n'est pas contraire aux recommandations de l'OMS* » [98]. La Ministre avait conclu sa réponse en précisant qu'il n'apparaissait « *pas possible de ramener le seuil de gestation dans les conditions évoquées par l'auteur*[99] *de la question sans remettre en cause les dispositions de l'article 311 du Code civil* ».

44. La position du ministère de la justice semblait pourtant bien arrêtée, mais il a suffi d'un changement de ministre pour qu'une nouvelle circulaire du 30 novembre 2001 vienne

[95] Cass. Crim. 7 août 1874 ; S. 1875, p. 41, Note VILLEY

[96] Article 312 anc. du Code civil : « *La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième jour au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance* » (Article 311 du Code civil après la loi n°72-3 du 3 janvier 1972 relative à la filiation).

[97] Le seuil de 180 jours de grossesse est également reconnu dans la législation belge et grecque. On trouve ce seuil au Luxembourg quoique il ne repose que sur une pratique administrative régulière. En Espagne, le seuil est porté à la fin du sixième mois de grossesse (ce qui revient sensiblement au même). En Allemagne et en Autriche, le seuil de référence s'écarte de la limite temporelle pour embrasser un des critères retenus en 1977 par l'OMS, le poids de naissance supérieur ou égal à 500 grammes (Secrétariat général de la CIEC : « *État civil et décès périnatal dans les états de la commission internationale de l'état civil* » ; JCP 1999, I, 124, p. 613).

[98] JOAN, 24 mai 1999 ; p. 3184.

[99] Il s'agissait de Michel DESTOT qui attirait l'attention de la Ministre sur la coexistence de la circulaire du ministère de la justice du 3 mars 1993 et du ministère de la santé du 22 juillet 1993. La première s'appuyant sur le délai de 180 jours tandis que la seconde mettait en avant la recommandation de l'OMS en avançant les critères du temps de gestation et du poids à la naissance. La juxtaposition des deux textes mettait en évidence la situation particulièrement douloureuse des parents dont le nouveau-né avait été mis au monde après plus de 22 semaines d'aménorrhée (critère OMS) mais moins de 180 jours de grossesse (critère du ministère de la justice).

modifier le point litigieux afin de rapprocher la réalité scientifique des déclarations juridiques :

> « *... l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie* […] *lorsque l'enfant est mort-né après un terme de 22 semaines d'aménorrhée ou ayant un poids de 500 grammes* » [100].

Ce critère alternatif se conforme aux indications édictées par l'Organisation mondiale de la santé dans une recommandation datant de 1977[101]. Le critère est beaucoup plus protecteur que celui précédemment retenu ; le but étant de favoriser le deuil chez les parents du nouveau-né.

45. Avant cette circulaire de 2001, les nouveau-nés morts avant leur naissance étaient inconnus des services de l'état civil si la grossesse de la mère n'avait pas duré 180 jours.

Ils étaient réduits à des « *débris hospitaliers* », ou encore des « *débris humains* » ou des « *produits innomés* ». Le corps inerte du nouveau-né échappait aux parents, lesquels ne pouvaient pas juridiquement réclamer la restitution du corps. D'une part, n'ayant pas pu obtenir la personnalité juridique, il ne faisait pas partie de leur famille. D'autre part, étant, par élimination de la catégorie des personnes, rangé dans celle des biens, les parents ne pouvaient pas en réclamer la propriété.

Avec les nouvelles dispositions de la circulaire et la nouvelle voie d'interprétation de la notion de viabilité relativement aux actes d'enfant sans vie, l'évolution était sensible et permettait à davantage de parents de voir leur nouveau-né entrer dans leur famille.

46. Le premier effet du texte de 2001 était de permettre la rédaction d'un acte d'enfant sans vie pour des nouveau-nés qui en étaient exclus jusqu'alors.

La limite prévue par l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 est abaissée en considération de la recommandation de l'OMS de 1977. Elle se situait à la frontière des 180 jours de grossesse (vingt-huit semaines d'aménorrhée), elle était alors réduite à vingt-deux semaines. Ainsi donc, l'enfant né-mort au terme de vingt-deux semaines était-il considéré comme un enfant sans vie et inscrit en tant que tel sur les actes de l'état civil.

[100] Circulaire du 30 novembre 2001 (BO n 2001-50 du Ministère de la Santé).
[101] Organisation Mondiale de la Santé, « *Classification internationales des maladies – révisions 1975* » ; Genève 1977.

47. Le deuxième effet de la circulaire était d'introduire un critère moins rigoureux que celui de la durée de la gestation : le poids de naissance.

Si le nouveau-né pèse plus de 500 grammes à la date de l'accouchement, la circulaire estimait qu'il avait été viable. Ce paramètre relatif à l'évolution du poids du fœtus *in utero* reflète sa situation prévisible quand la grossesse est dans sa vingt-deuxième semaine. De sorte qu'il s'agit en réalité d'un critère confirmatif plus que d'un critère alternatif.

Toutefois, les statistiques médicales font mention de fœtus de vingt semaines qui pesaient 500 grammes, mais la situation est assez rare, et plutôt inverse : les fœtus n'atteignent ce poids en général que pendant la vingt-deuxième semaine ou au-delà[102], de sorte que la véritable évolution ne se situait que dans la durée de la grossesse.

48. La circulaire du 30 novembre 2001 a été saluée par de nombreuses associations regroupant des mères et des pères dont le projet parental s'est fatalement achevé de façon prématurée.

Indépendamment de la prise en compte de la définition de la viabilité telle qu'énoncée par l'OMS en 1977, les dispositions de la circulaire ont apporté des changements significatifs en matière de droit funéraire et par rapport aux différentes possibilités de sépultures[103] offertes en fonction de la maturité et de la vie du nouveau-né[104].

Ces nouvelles interprétations autorisaient une prise en compte par le législateur de la souffrance des parents en permettant l'inscription sur les registres de l'état civil d'une catégorie d'individus dont la reconnaissance juridique n'était pas évidente. Le travail de deuil des parents s'en trouvait d'autant facilité par la possibilité d'une inhumation ou d'une crémation, ce qui n'était pas possible quand leur nouveau-né était assimilé à un débris

---

[102] M. LEPORRIER, « *La petite encyclopédie médicale hamburger* » ; Flammarion, 2003.

[103] V. BALESTRIERO : « *La situation de l'enfant mort-né* » ; D. 1999, chron. p. 81. L'auteur rapporte dans cet article l'existence d'une sépulture d'enfant mort-né remontant à la période de l'homme de Neandertal.

[104] Les dispositions annexes de la circulaire du 30 novembre 2001 reprennent en partie les précédentes dispositions de l'instruction générale relative à l'état civil, notamment, il est possible, quand les parents obtiennent un acte d'enfant sans vie, de procéder à une inhumation ou à une crémation en fonction des souhaits de la famille. Ce n'est pas une obligation, contrairement à ce qui se produirait pour un enfant dont les actes de naissance et de décès ont été simultanément dressés sur production du certificat médical prévu par l'article 79-1 al. 1 du Code civil. Si la famille n'a pas pris de disposition pour les funérailles du nouveau-né, c'est à nouveau le droit commun qui s'applique, sans préjuger de la nature juridique du corps, puisque c'est à l'établissement de santé qu'il appartient de procéder à l'inhumation ou à l'incinération du corps. En outre, dans le cas d'un fœtus pour lequel il est impossible de dresser un acte d'enfant sans vie, il est possible, si la mairie l'autorise, de procéder à l'inhumation du corps dans une parcelle du cimetière municipal réservée à cet effet. On parle alors « *d'inhumation collective non personnalisée* ». C'est le cas dans la ville de Schiltigheim (Bas-Rhin).
Par ailleurs, lorsque l'enfant sans vie est déclaré avoir été viable (qu'il soit né vivant ou mort), la mère bénéficie de la totalité de son congé de maternité.

humain, à un déchet hospitalier ou à un débris innomé. En effet, dans ces cas-là, le corps du nouveau-né était pris en charge par l'établissement de santé et devait être incinéré.

49. La limite imposée par la circulaire de 2001 a été écartée par trois arrêts de la Première Chambre civile de la Cour de cassation[105]. La Cour était appelée à examiner les pourvois de trois couples formés contre des arrêts de la Cour d'appel de Nîmes confirmant des jugements n'ordonnant pas l'inscription au titre des enfants sans vie de trois « *fœtus* » nés morts et pesant entre 155 et 400 grammes. L'argument principal de la Cour d'appel était que « *pour qu'un acte d'enfant sans vie puisse être dressé, il faut reconnaître à l'être dont on doit ainsi déplorer la perte, un stade de développement suffisant pour pouvoir être reconnu comme un enfant* ». La Cour retenant alors les prescriptions de la circulaire de 2001, appuyée sur le « *seuil de viabilité défini par l'Organisation mondiale de la santé qui est de vingt-deux semaines d'aménorrhée ou d'un poids du fœtus de 500 grammes* », écartait qu'un acte d'enfant sans vie puisse être dressé pour ces trois fœtus. L'avocat général près la Cour de cassation, M. LEGOUX, appelait la Haute juridiction à accueillir les pourvois formés. Il n'existe selon lui aucune condition tenant à l'âge ni au poids du fœtus dans l'article 79-1 du Code civil. Son avis concluait à l'éviction de la circulaire de 2001 afin d'« *inciter le législateur* » à arrêter, comme dans de nombreux autres pays, une limite en-deçà de laquelle il n'est pas possible d'inscrire à l'état civil un enfant né sans vie.

La Première Chambre civile rend trois arrêts très remarqués aux attendus de principe identiques, selon lesquels « *l'article 79-1, alinéa 2, du Code civil ne subordonne l'établissement d'un acte d'enfant sans vie ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse* ». En évinçant des débats les termes de la circulaire de 2001, la Cour semble avoir décidé que la question devait être posée au législateur. Ce faisant, elle semble avoir laissé au choix des parents meurtris la possibilité de déclarer n'importe quel enfant sans vie, quel que soit l'avancée de sa grossesse ou son poids. L'avocat général envisageait dans son avis que la réformation des arrêts de la Cour d'appel de Nîmes ne conduise à une remise en cause du droit à l'I.V.G[106]. Ce risque ayant été relayé par la presse[107].

---

[105] Cass. Civ. 1, 6 février 2008 (trois espèces) ; Bull. Civ. I, n°41, n°42, n°43 ; D. 2008 p. 483, obs. P. GUIOMARD ; D. 2008, chron. p. 638, obs. CHAUVIN ; D. 2008, pan. p. 1371, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; D. 2008, pan. p. 1442, obs. GAILLOUX ; JCP 2008, II, 10045, note LOISEAU ; Gaz. Pal. 13/14 février 2008, avis A. LEGOUX ; Petites affiches, 1er avril 2008, note LATINA ; Dr. Fam. 2008, p. 165, note P. MURAT ; Defrénois 2008, p. 866, note J. MASSIP.

[106] « *Il me semble manifeste que le droit qui s'applique à l'acte d'enfant sans vie est insatisfaisant au regard de l'égalité de chacun devant les obligations découlant du service public de l'état civil, et soulève des questions morales considérables en l'absence de limite minimum de gestation à exiger si l'on ne veut pas que l'acte inscrit*

50. L'hypothèse envisagée par l'avocat général muée en risque par la presse repose sur l'idée que désormais le critère de l'avancée de la grossesse ne sera plus de mise pour inscrire un enfant sans vie sur les registres de décès. Cette situation doit cependant être relativisée et il apparaît que la question n'ait pas été tranchée aussi nettement par les juges du droit.

À ce titre, l'avocat général débutait son propos sur des considérations pluridisciplinaires relatives à la conjonction de la religion, de la science et du droit. Or précisément, en matière de vie *in utero*, la terminologie scientifique est rigoureuse, ce que rappelle encore M. LEGOUX :

> « *Pour le juriste, l'individu est considéré sur sa capacité à être un sujet de droit, tandis que le biologiste voit dans la division cellulaire l'expression de la vie qui lui ouvre une perspective thérapeutique ou reproductive* » [108].

L'expression de la vie n'est pas la même en droit qu'en biologie. La science, il faut le rappeler, distingue deux stades dans la croissance utérine. Le stade embryonnaire, jusqu'au seuil de la neuvième semaine d'aménorrhée environ, et le stade fœtal au-delà. L'avocat général, dans son avis, fait bien la distinction entre ces deux stades, imprimant à l'implacable démonstration juridique des accents biologiques évidents.

La jurisprudence de la Cour de cassation[109] est assez rigoureuse sur la terminologie qu'elle emploie quand il s'agit de vie utérine. Ces arrêts du 6 février 2008 ne feront sans doute pas exception à la règle dans leur attendu de principe. Ainsi, quand la Cour énonce que l'article 79-1 al. 2 du Code civil ne fait référence « *ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse* », elle indique de façon implicite que, pour que l'enfant soit inscrit comme enfant sans vie sur les registres de l'état civil, il est nécessaire qu'il ait la qualité de fœtus, ce qui induit qu'il doit être âgé d'au moins huit semaines. Contrairement à ce qui a pu être dit ou écrit, ces décisions ne remettent pas en cause le principe de l'article 79-1 al. 2 du Code civil dans l'idée qu'il faut un stade avancé pour que l'enfant soit inscriptible au titre des enfants sans vie.

---

dans les registres des décès, ne vienne interférer avec la période ouverte à l'I.V.G. voire, à celle de la recherche sur l'embryon » (Gaz. Pal. 13/14 février 2008, avis A. LEGOUX).

[107] « *Cet arrêt permettra-t-il à des parents de demander un acte d'enfant sans vie pour une fausse couche ou un avortement thérapeutique ou non ?* » (A. CHEMIN : « *En donnant un état civil aux "enfants sans vie", la Cour de cassation incite à revoir les lois bioéthiques* » ; *Le Monde*, 12 février 2008).

[108] « *Le présent pourvoi pose une question que le juriste, le biologiste et le religieux analysent de manière différente* » (Gaz. Pal. 13/14 février 2008, avis A. LEGOUX).

[109] Cf. infra en page 272

Dans ces conditions, et à l'inverse de ce qui a été commenté sur cette décision, ces arrêts ne simplifiaient pas les démarches administratives des parents. La circulaire de 2001 présentait l'avantage de définir un seuil quantifiable à partir duquel le droit pouvait estimer qu'un être humain était viable. Mais l'exclusion de la référence ministérielle de ce débat induit qu'à présent il n'existe plus de présomption de viabilité liée à la condition alternative du poids du fœtus ou de l'avancement de la grossesse de la mère. Dès lors, les parents souhaitant l'inscription de leur enfant sur les registres de l'état civil ne pourront plus avancer son poids ou l'état de grossesse de la mère pour présumer l'état fœtal de l'enfant à inscrire. Puisqu'ils solliciteront, sur le fondement de l'article 79-1 al. 2 du Code civil le droit à l'inscription de leur enfant, il leur appartiendra de prouver qu'« *on pouvait reconnaître à l'être dont on doit ainsi déplorer la perte, un stade de développement suffisant pour pouvoir être reconnu comme un enfant* »[110]. Loin des éléments tangibles de l'Organisation mondiale de la santé, cette preuve sera bien moins aisée à apporter pour les parents, sauf à eux, d'invoquer cet élément en fait de présomption du caractère fœtal, ce qui ne serait pas irrecevable pour la juridiction de jugement[111].

51. La solution mise en place par les arrêts de février 2008 interpellait légitimement le législateur. Un décret du 20 août 2008 et un arrêté ministériel[112] du même jour ont clarifié la situation. Le droit positif en la matière, mettant fin aux incertitudes nées de la jurisprudence de la Cour régulatrice, énonce que le certificat d'accouchement peut être délivré par un médecin pour un accouchement spontané ou provoqué pour raison médicale (y compris lorsqu'il s'agit d'une interruption de la grossesse pour motif médical) pais pas pour une interruption spontanée précoce de la grossesse ni pour une I.V.G. pour motifs personnels. La viabilité de l'enfant mis au monde n'est plus un critère déterminant.

La logique est poursuivie et les mesures prises s'inscrivent en droite ligne de la cohérence qui guide les interruptions de grossesses. Lorsqu'il s'agit d'une I.V.G. pour raisons personnelles, il est établi que l'enfant n'est pas souhaité. Il n'est pas, dès lors, envisageable, qu'en l'absence d'une volonté de mettre au monde cet enfant, celui-ci puisse être déclaré sur les registres de l'état civil. Ce n'est pas la même situation qui conduit une femme à pratiquer une I.V.G. pour motif médical. Dans cette situation, le décès du fœtus n'est pas lié au souhait

[110] Attendu des arrêts de la Cour d'appel de Nîmes attaqués en cassation.
[111] « … *la seule apparence ne peut conduire ni à des certitudes ni à des vérités* » (P. SALVAGE : « *La viabilité de l'enfant nouveau-né* » ; RTDCiv. 1976, p. 747).
[112] Arrêté du 20 août 2008 relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie (JORF, 22 août 2008, p. 13165).

de la mère de ne jamais avoir eu d'enfant. Le principe de l'I.V.G. pour motif médical est qu'elle contrarie le désir maternel d'enfant.

52. En dehors des éléments écartés par la jurisprudence de la Cour de cassation, la circulaire de 2001 continue de promouvoir l'insertion des nouveau-nés prédécédés dans la vie juridique de leurs parents. L'article 79-1 du Code civil précise, dans son alinéa 2, les énonciations de l'acte d'enfant sans vie :

> « *Cet acte* […] *énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant* ».

Le nouveau-né prédécédé n'est pas mentionné. Contrairement aux actes de naissance ou de décès, la formulation de l'article 79-1 al. 2 du Code civil est impersonnelle : l'article traite de l'accouchement, sans se prononcer sur le sexe du nouveau-né, ni même sur son existence. L'acte d'enfant sans vie ne relate pas une naissance, il se contente d'énoncer et de rapporter les circonstances d'un accouchement à l'issue fatale.

53. Pourtant, les articles issus de l'instruction relative à l'état civil de 1999 n'ont pas été modifiés par la circulaire de 2001, notamment les dispositions de l'article 467-2 de l'instruction :

> « *L'enfant sans vie peut recevoir un ou des prénoms si les parents en expriment le désir. À défaut d'indication de prénom dans l'acte, et à la demande des parents, le parquet peut aussi, par voie de rectification, faire figurer ces prénoms sur l'acte déjà dressé* ».

Cet élément tend, un peu plus, à la personnification de l'enfant sans vie, ce qui peut surprendre dans la mesure où, n'étant pas déclaré vivant ou déclaré viable, il n'est pas une personne et s'il n'est pas une personne, il ne peut qu'être un bien.

54. Comment analyser ce prénom ? Quelle définition juridique le juriste peut-il lui accorder s'agissant d'une caractéristique propre aux personnes s'appliquant à une chose ?

Ce prénom a-t-il les mêmes caractéristiques que celui d'une personne ? La réponse ne peut être que négative, puisque l'acte d'enfant sans vie ne mentionne pas le nom de famille de l'enfant, ni dans le corps de l'acte, ni dans l'analyse marginale qui se contente,

le cas échéant de faire mention du prénom choisi[113]. De sorte que le terme de *prénom*[114] est un abus de langage, dans la mesure où il n'y a pas de nom à précéder[115].

Le droit semble devoir se résigner et assimiler cette mention d'un prénom donné à un bien à une immatriculation.

Mais cette pensée est vile et le froid regard du juriste doit s'effacer devant celui, moins rigoureux, de l'homme. D'autant qu'à de rares exceptions près, les prénoms français traduisent souvent le sexe de l'enfant. Or la notion de sexe, exception faite des animaux, n'est pas propre aux biens.

Les nouvelles considérations en matière d'acte d'enfant sans vie sont empreintes d'humanisme. Elles ne sauraient se limiter à un fondamental souci de police civile ou administrative tendant à l'identification d'un bien qui n'a d'existence juridique que dans les registres d'état civil des décès. Le prénom donné à l'enfant sans vie perd son caractère habituel et reconnu. Il n'est pas possible, dans ce cas particulier, de « *dire que c'est un accessoire nécessaire et obligatoire* »[116].

D'une part, en l'espèce, dans la mesure où il revêt à lui seul l'unique possibilité d'identifier l'individu qui n'a pas été juridiquement reconnu comme une personne, il n'est pas légitime de le qualifier d'accessoire ; il représente le seul élément tangible d'individualisation. De plus, pour s'aventurer au-delà de ce raisonnement et s'hasarder dans un particularisme factuel : le prénom est d'autant moins accessoire (au sens où il n'est pas facultatif) quand ce sont des jumeaux qui sont déclarés comme enfants sans vie. D'autre part, il n'est pas nécessaire ni obligatoire puisqu'il est soumis au *désir* des parents.

55. L'octroi d'un droit de choisir — de *désirer* précise l'article 467-2 de l'instruction générale relative à l'état civil — un prénom pour l'enfant sans vie ne doit être apprécié qu'en tant qu'il est une aide offerte aux parents pour leur permettre de reconstruire leur vie au-delà de la souffrance générée par la perte de ce qu'ils considéraient comme leur enfant. Lequel

[113] Article 469 de l'instruction générale relative à l'état civil sur les formules d'acte d'enfant sans vie.
[114] Selon le dictionnaire de l'Académie Française (8ème édition, 1932 – 1935), le prénom est « *le nom qui, chez les romains, précédait le nom de famille et qui distinguait chaque individu* ».
[115] De cette façon, le choix d'un prénom par les parents n'est pas soumis au contrôle de l'officier de l'état civil sur le fondement de l'article 57 al. 3 et 4 du Code civil. Le prénom porté sur l'acte d'enfant sans vie n'est pas « *associé aux autres prénoms ou au nom* », il n'y a pas lieu de penser qu'il puisse être « *contraire à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille* ».
[116] F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème édition, Dalloz 1996, n°184.

portait déjà dans leur esprit un prénom correspondant à un sexe probablement révélé au préalable.

Cette possibilité s'accompagne logiquement de celle ouverte aux parents de faire inscrire cet enfant sans vie sur leur livret de famille[117]. Cela permet de l'insérer dans la vie de la famille.

De cette façon, le prénom, pas plus que l'inhumation ou la crémation du corps ne sont des éléments suffisants pour donner la nature de personne à l'individu identifié partiellement sur les registres de décès de l'état civil.

56. Il se cache un souci très humain d'assistance à la famille derrière ces dispositions.

Pour elle, cela permet de personnifier l'enfant mort-né que la mère a porté et que ses parents ont attendu, ont souhaité, ont aimé.

Pour le droit, les dispositions de l'instruction générale relative à l'état civil permettent d'identifier un individu dont l'existence juridique n'est mentionnée que dans les registres de décès de l'état civil. Pour le droit, ces mesures permettent « *de proposer, sans imposer, un accompagnement facilitant le travail de deuil* »[118]

Le droit constate froidement ce que les familles ont ressenti.

57. Pour achever l'étude des cas particuliers de naissance tels qu'énoncés dans l'article 79-1 du Code civil, il convient d'étudier, succinctement, la situation du nouveau-né dont la mort précède la naissance et dont la situation n'est pas réglée par les critères dégagés par le décret de 2008 et l'arrêté ministériel.

Dans ce dernier cas, l'inscription à l'état civil est totalement impossible. La mise au monde dans cette perspective est à rapprocher d'une situation de fausse couche, l'embryon n'est pas viable, il n'est pas vivant, il n'a pas atteint un stade de développement utérin suffisant pour permettre son appréhension juridique.

58. Les dispositions de l'article 79-1 du Code civil combinée aux normes qui en précisent l'application permettent donc de décrire cinq catégories de naissance.

La naissance de droit commun, placée dans une chronologie cohérente et logique, qui représente la majorité des naissances et qui permet la reconnaissance de la personnalité

[117] L'enfant sera inscrit sur le livret de famille comme « *enfant déclaré présentement sans vie* » (Article 8 du décret n°74-449 du 15 mai 1974 relatif au livret de famille).
[118] Circulaire du 30 novembre 2001 (BO n 2001-50 du Ministère de la Santé).

juridique de l'enfant jusqu'au prononcé de son décès, quelle que soit la durée effective de son existence.

La naissance d'un être vivant mais ne survivant pas assez longtemps pour que l'acte de naissance soit dressé avant son décès. Sa personnalité juridique est également reconnue, mais doit être établie sur production d'un certificat médical attestant essentiellement de sa viabilité.

La naissance d'un être vivant mais non viable, déclaré sur les registres de décès comme enfant sans vie, auquel il sera attribué un prénom, pour lequel il sera possible de procéder à des funérailles, et qui sera éventuellement mentionné en tant qu'enfant, en place de son rang de geste en concurrence le cas échéant avec les autres enfants, sur le livret de famille.

Les mêmes conséquences juridiques existent dans l'hypothèse d'un individu né-mort mais déclaré viable.

Enfin, l'espèce d'un embryon, ni viable ni vivant qui ne se verra accorder aucune reconnaissance juridique, et relèvera, pour ce qui est de la prise en charge du corps, du régime des débris humains[119] et autres déchets innommés.

59. Au surplus de ces situations bien cadrées juridiquement, pour lesquels la mort et la vie sont nettement établies, il convient d'appréhender une situation particulière, masquée en partie par la rigueur des dispositions de l'article 79-1 et de l'instruction générale relative à l'état civil. Il s'agit du cas de ces êtres, pas tout à fait vivants ni viables qui naissent et vivent dans l'attente d'une mort plus ou moins proche et relativement certaine. La qualification de personne, dans leur cas particulier, est subordonnée au travail des médecins néonataux et des équipes chirurgicales.

Car naissance ne rime pas systématiquement avec l'apparition d'un être fini. C'est pourquoi la mise au monde d'un fœtus doit être analysée d'une façon également rigoureuse car les données biologiques diffèrent parfois des données juridiques retenues dans le cadre de l'application de l'article 79-1 du Code civil.

[119] Article R. 1335-2 du Code de la santé publique : « *Toute personne qui produit des déchets définis à l'article R. 1335-1 du Code de la santé publique est tenue de les éliminer* ».
Article R. 1335-1 du Code de la santé publique : « *c) déchets anatomiques humains* ».

b. Le fœtus mis au monde

60. Un premier point doit être abordé, succinctement, en vue de distinguer la situation du fœtus mis au monde du fœtus *ex utero*[120].

Le fœtus mis au monde est celui dont la grossesse a prématurément été interrompue, à l'issue d'une évolution intra utérine.

Le fœtus *ex utero* peut correspondre au fœtus mis au monde, mais le qualifier *ex utero* inclut également les fœtus dont l'évolution s'est également déroulée *ex utero*, au titre desquels les fécondations *in vitro*. Or dans ces situations de fécondations *in vitro*, la possibilité d'une interruption de la grossesse est limitée voire inexistante.

61. Le terme de fœtus a des origines latines, de *feo*, engendrer, concevoir, le fœtus est le produit de la conception : voilà une définition assez brute qu'il importe toutefois de retenir ici pour servir de point de départ à l'étude du fœtus mis au monde.

Le fœtus a ensuite été défini par VOLTAIRE et BONNET[121] comme « *le produit de la conception encore renfermé dans l'utérus* »[122]. Cette définition est assez vague, car elle ne témoigne pas de la différence, connue aujourd'hui, entre l'embryon (stade préliminaire) et le fœtus (stade terminal de la grossesse).

La définition adoptée au XVI^{ème} siècle par Ambroise PARÉ est plus précise[123] :

> « *Dans l'espèce humaine, le produit de la conception, d'abord nommé embryon, prend, vers le deuxième mois de la grossesse, le nom de fœtus et le conserve pendant tout le temps qu'il demeure dans la matrice* ».

La définition du chirurgien ordinaire d'Henri II est assez proche de celle que retient la médecine moderne[124].

Il est concevable de s'entendre sur une définition contemporaine compilant les définitions données plus avant :

---

[120] A. BELAUD-GUILLET : « *Le statut du fœtus ex utero, du droit à la vie au droit sur la vie* » ; Petites Affiches, 16 septembre 1998, p. 8.
[121] Charles BONNET (1720 – 1793), naturaliste et philosophe suisse.
[122] Cités dans le dictionnaire LITTRÉ.
[123] Cité également dans le dictionnaire LITTRÉ.
[124] Le stade de développement de l'embryon au fœtus est retenu à hauteur de huit semaines d'aménorrhée

> « *Produit de la conception non encore arrivé à terme, mais ayant déjà les formes de l'espèce. L'embryon devient fœtus du troisième mois de la grossesse jusqu'à la naissance* » [125].

Les progrès récents de la médecine et des technologies bioéthiques ont aiguisé l'œil du juriste sur les questions relatives à l'embryon et à son statut[126].

Pour ce qui est du fœtus, sa question avait été annexée à celle de l'embryon tant qu'il demeurait « *dans la matrice* ». Cependant, il y a derrière l'idée de fœtus, un sentiment d'aboutissement, d'achèvement quand il naît au terme normal de neuf mois. Mais le produit de la conception, s'il n'est pas arrivé à terme, contient certes les « *formes de son espèce* », mais n'est pas mature pour autant. Le fait de naître n'octroie pas automatiquement la qualité de nouveau-né. C'est ainsi qu'aux fœtus nés trop tôt il convient de conserver cette qualité d'êtres en préparation, inachevés, « *produits de la conception* ».

62. En conjuguant les dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et celles qui concernent l'état civil, il apparaît que la vie *in utero* se répartit en deux grandes époques. L'expulsion de l'utérus, quelle qu'en soit l'issue, n'aura pas les mêmes conséquences juridiques sur la personnalité du fœtus, selon l'avancée de la gravidité.

Tout d'abord, la période qui s'étend du premier jour de grossesse à la fin de la douzième semaine d'aménorrhée. C'est durant ce temps de sa grossesse que la mère peut demander qu'une interruption soit pratiquée en invoquant des motifs relevant de sa « *situation de détresse* », se plaçant alors dans le cadre de l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique. La volonté de la mère a induit la fin prématurée de l'embryon, c'est elle qui a décidé de lui refuser la personnalité juridique[127].

A l'issue de cette première période, s'ouvre le délai prévu par l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique concernant l'interruption médicale de grossesse.

---

[125] A. BELAUD-GUILLET : « *Le statut du fœtus* ex utero *: du droit à la vie au droit sur la vie* » ; Petites Affiches, 16 septembre 1998, p. 8.

[126] Parmi les différents travaux sur le sujet : R. THÉRY : « *La condition juridique de l'embryon et du fœtus* » ; D. 1982, Chron. p. 231 ; F. TERRÉ : « *L'enfant de l'esclave : génétique et droit* » ; Flammarion 1987 ; P. RAYNAUD : « *L'enfant peut-il être objet de droit ?* » ; D. 1988, chron. p. 109 ; P. PEDROT : « *Le statut juridique de l'embryon et du fœtus en droit comparé* » ; JCP. 1991, I, 3483 ; D. VIGNEAU : « *Dessine-moi un embryon* » ; Petites Affiches, 14 décembre 1994, p. 62 ; C. BYK : « *L'embryon jurisprudentiel* » ; Gaz. Pal. 24/25 octobre 1997, p. 46.

[127] Cf. infra en page 132.

63. Une nouvelle fois, un amalgame se dessinait jadis lorsqu'il s'agissait de traiter de l'interruption volontaire de grossesse pour motifs thérapeutiques[128]. Le fait d'énoncer dans l'ancien article 162-13 du Code de la santé publique qu'il existait, à côté de l'I.V.G. pour motifs personnels une interruption de la grossesse pour motifs thérapeutiques portait à critique[129]. En effet, l'aspect thérapeutique de l'interruption de la grossesse semblait indiquer que cette intervention médicale se déroulait dans le cadre curatif d'une maladie. Cette qualification de l'intervention impliquait de s'interroger d'une part sur l'identité du malade à soigner et d'autre part sur la pathologie dont il était atteint. Or l'identité du malade semble changer avec les motifs précis de l'interruption.

64. Considérant que l'interruption pour motifs thérapeutique a pour but de protéger la vie de la mère, mise en danger par la poursuite de sa grossesse, alors c'est d'elle dont il s'agit si l'identité du malade est recherchée. La question qui se pose alors, en corollaire, est de savoir de quelle pathologie souffre ainsi le patient pour subir ce traitement ? La réponse conduit inévitablement à convenir que la maladie dont souffre la mère est sa propre grossesse, l'embryon qu'elle porte en étant le principal symptôme, c'est finalement lui sa maladie.

65. Considérant ensuite que l'interruption a pour but d'éviter à un être conçu de subir une maladie incurable ou handicapante, ce qui est le cas quand l'interruption est pratiquée en raison de la maladie contractée par l'embryon, c'est alors lui le malade. Mais ici le traitement, pour thérapeutique qu'il puisse paraître, n'en est pas moins radical : car au lieu de traiter la maladie, la cure s'attaque directement au patient, le but étant d'atteindre sa vie.

Quoique de pure terminologie, la subtilité de l'analyse avait ému, elle avait fâché.

À l'occasion de l'allongement de la période légale d'interruption de grossesse pour motifs personnels, le gouvernement JOSPIN avait décidé d'en terminer avec cet abus de langage regrettable :

> « *L'intitulé actuel du chapitre III du titre I^er^ du livre II de la deuxième partie du Code de la santé publique,* « Interruption pratiquée pour motif thérapeutique » *n'est pas adapté à son objet. En effet l'interruption de grossesse pratiquée dans les*

[128] Il s'agit des termes employés lors de la rédaction de la loi de 1978.

[129] Article 162-13 anc. Du Code de la santé publique : « *Les dispositions des articles L. 162-2 et L. 162-8 à L. 162-10 sont applicables à l'interruption volontaire de la grossesse pratiquée pour motif thérapeutique*. » Cet article a été modifié par la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception (JORF, 7 juillet 2001, p. 10823). Elle remplace l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique par l'interruption volontaire de grossesse pour motif médical.

> *situations auxquelles il est fait référence n'a nullement un but thérapeutique. Il est donc proposé de remplacer l'intitulé de ce chapitre par "* interruption de grossesse pour motif médic*al* " »[130].

66. Pendant ce délai qui débute à la fin de la douzième semaine de grossesse et qui s'achève vers la vingt-deuxième semaine d'aménorrhée, seuil de viabilité, l'issue biologique est également fatale et il en résulte aussi l'expulsion d'un embryon qui n'est, en principe, ni vivant ni viable. L'être conçu n'aura pas de reconnaissance juridique, l'officier d'état civil ne pourra pas dresser d'acte d'enfant sans vie, sauf si les parents manifestent une volonté contraire, depuis le décret d'août 2008.

L'histoire de cet embryon-là n'est cependant pas tout à fait la même que celle de l'embryon expulsé pendant la période des douze premières semaines de grossesse, quand même l'issue est-elle tout aussi abortive. En effet, dans la mesure où il ne se place plus dans le cadre de l'interruption volontaire de grossesse pour détresse personnelle, il n'est pas évident que la mère, dans sa décision finale d'interrompre sa grossesse, ait voulu porter atteinte à l'existence de son embryon. Il est possible qu'elle ait agi afin de protéger sa propre existence, si elle la sentait menacée par la poursuite de sa gestation.

Pourtant, dans cette conjecture, la volonté de la mère quant à la survie de son embryon n'a pas de prise sur la fatalité de la réalité biologique qui s'impose à la vérité juridique. Ceci entraîne l'absence de rédaction d'acte d'état civil et induit donc la négation de la personnalité juridique.

67. L'absence d'influence de la volonté de la femme doit être nuancée dès que la grossesse franchit le seuil de la viabilité, car au-delà du seuil de viabilité physiologique, les conséquences de l'interruption de la grossesse ne sont plus nécessairement abortives, ce qui entraine des questions d'ordre éthiques et juridiques.

Le texte de l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique prévoit deux motifs d'interruption médicale de grossesse : soit l'existence d'une « *forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic* », soit que la grossesse mette « *en péril grave la santé de la femme* ».

68. L'Organisation mondiale de la santé a consacré la vingt-deuxième semaine d'aménorrhée comme frontière entre le viable et le non-viable. Ce choix s'imposait au juriste,

[130] Exposé des motifs du projet de loi n°2605 relatif à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

jusqu'en 2008, compte tenu de la circulaire de 2001. La logique veut, qu'à considérer viable un fœtus au bout de vingt-deux semaines de grossesse, il doive être admis qu'il puisse sortir vivant de l'utérus, dans la mesure où il est « *apte à vivre* ».

Cette considération doit être relativisée toutefois quand la grossesse dépasse juste la vingt-deuxième semaine. La viabilité fixée à cette échéance de la grossesse demeure fondée sur des données statistiques. Or, la viabilité est « *un concept à contenu variable, lié à l'état des connaissances et des techniques du moment* »[131].

La possibilité de sortir vivant de l'utérus est une variable dont l'issue dépend essentiellement du vœu de la mère et des raisons pour lesquelles la grossesse est interrompue.

69. En la matière, les données chiffrées sont intéressantes. Une fois le délai de douze semaines échu, l'interruption de la grossesse est pratiquée pour des raisons médicales. Les études menées à l'occasion des interruptions de grossesses pour motif médical établissent que la proportion d'indications fœtales[132] varie entre 80 % et 90 % des cas, les indications maternelles variant elle de 10 % à 20 %[133]. Les progrès accomplis en matière de dépistage précoce sur les embryons ont très sensiblement augmenté le dépistage des pathologies fœtales ou embryonnaires incurables (au sens de l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique). C'est pour ces raisons que les statistiques font état aujourd'hui d'une augmentation des interruptions médicales de grossesse.

- *Interruption médicale de la grossesse sur indication fœtale*

70. Quand, sur le fondement de l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique, la grossesse est interrompue pour « *indication fœtale* », la technique utilisée pour faire cesser la grossesse est abortive, fœticide. Il y a alors expulsion d'un fœtus mort, dont le décès est provoqué *in utero*[134] par l'équipe médicale, il sera dressé un acte d'enfant sans vie (article 79-1 al. 2 du Code civil et le décret du 20 août 2008). L'être humain mort ainsi mis au monde n'aura pas la qualité de personne juridique.

---

[131] C. HENNAU-HUBLET : rapport *in* « *Bioéthique dans les années 1990* » ; Gent, 1987.

[132] La terminologie « *indication fœtale* » correspond à l'interruption de la grossesse pour motif médical en raison d'une pathologie liée à la santé du fœtus. Les médecins nomment « *indication maternelle* » le cas d'interruptions de grossesses pour motif médical liées à un risque pour la santé de la mère.

[133] V. SCHAEFFER, L SALTEL, C. BOUDEY, J. HOROVITZ : « *Interruption médicale de grossesse* » ; Les cahiers du SYNGOF, n°60, décembre 2004.

[134] Les médecins procèdent à une « *injection intra-cordonnale ou intra-cardiaque d'une drogue mortelle pour le fœtus* » (F. PUECH : « *Interruption volontaire de grossesse pour motif médical, alternative au fœticide* » ; journées scientifiques du réseau sécurité naissance, 10 novembre 2001).

Quels éléments de réflexion vont conduire à ce fœticide ?

71. La première réponse à cette question est la prohibition de l'infanticide et la répression pénale qui en découle. L'infanticide désignait « *antérieurement à la réforme du Code pénal le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né pendant le délai légal pour effectuer la déclaration de naissance et qui, désormais, est qualifié de meurtre sur un mineur de quinze ans* »[135].

La proscription absolue de tout acte médical positif de nature à mettre la vie du fœtus en péril est un principe fondamental du droit médical. Un médecin ne saurait donc justifier un traitement létal sur un fœtus accouché, par un handicap très lourd ou des séquelles neurologiques irréversibles. Bien que la viabilité de l'être soit incertaine, hasardeuse ou pour un temps, inexistante, le fœtus né est protégé par le titre II du livre II du Code Pénal[136].

Sur ce point, un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997 condamne un médecin pour homicide involontaire sur un fœtus d'une vingtaine de semaines, alors qu'il était en parfaite santé ; mais que, suite à une erreur médicale grossière (confusion entre la mère et une autre patiente à qui il devait être retiré un stérilet), la poche des eaux fut rompue entraînant le décès du fœtus[137].

À la suite d'un pourvoi formé contre cette décision, un arrêt rendu le 30 juin 1999 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon :

> « *Les faits reprochés n'entrent pas dans les prévisions des articles 319 ancien de 221-6 du Code pénal* » [138].

La Cour de cassation fait clairement référence à l'interprétation stricte des textes pénaux. Mais, elle ne répond pas aux multiples arguments de droit international développés dans les attendus de l'arrêt d'appel. La question posée était de savoir si juridiquement ce fœtus vivant *in utero* pouvait être considéré comme une personne protégée par les dispositions du Code pénal. La solution n'a pas été dans le sens de la Cour d'appel de Lyon,

---

[135] R. CABRILLAC (dir) : « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » ; Litec 2002 p. 211.

[136] Livre II du Code pénal : Des crimes et délits contre les personnes – Titre II : Des atteintes à la personne humaine.

[137] C.A. Lyon, 13 mars 1997 ; Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologique, Bulletin 46, 24 mars 1997, 8920 ; Defrénois, art. 36578, p. 640, observations P. MALAURIE ; Dr. Fam. sept. 1997, p. 4, chron. P. MURAT ; Dr. Pén. Oct. 1997, p. 4, chron. C. PUIGELIER ; D. 1997, p. 557, note E. SERVERIN ; JCP. 1997, II, 22955, note G. FAURÉ.

[138] Cass. Crim. 30 juin 1999 ; Bull. Crim. 1999, n°174, p. 511 ; D. 2000, n°12, p. 181 note G. ROUJOU DE BOUBÉE et B. DE LAMY ; JCP. 2000, II, 10231 note G. FAURÉ ; Dr. Pén. n°4, p. 4 note M.-L. RASSAT ; D. 2000, n°17, p. 169 note L. DUMAINE et C. DESNOYER.

qui avait synthétisé les deux exigences de l'article 725 du Code civil en une seule. Au lieu d'étudier la personnalité sous l'angle de la vie et de la viabilité, elle s'était contentée de définir que le fœtus était vivant. Les solutions dégagées par ces arrêts de juridictions supérieures sont à rapprocher d'un arrêt rendu dans une période contemporaine des deux précédents par la Cour d'appel de Metz. Ses attendus principaux mettent en lumière les lacunes de l'arrêt de Lyon et précisent la portée de l'arrêt succinct de la Chambre criminelle de la Cour de cassation :

> « [Attendu] *que sa mort est la conséquence de l'accident,*
> *Attendu cependant que l'enfant mort-né n'est pas protégé pénalement au titre des infractions concernant les personnes,*
> *Qu'en effet, pour qu'il y ait* « personne »*, il faut qu'il y ait un être vivant, c'est-à-dire venu au monde et non encore décédé,*
> *Attendu qu'il ne peut y avoir homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré* » [139].

Le fœtus *in utero* n'est plus protégé car l'atteinte à sa vie ne se manifeste pas physiquement, physiologiquement. La vie, au sens pénal retenu par la Cour d'appel de Metz, est l'association de la respiration et de la circulation sanguine (battements du cœur). Le fœtus connaît la circulation sanguine, son cœur bat. Mais sa respiration — aérienne s'entend — n'apparaît qu'avec la naissance. Les arrêts de septembre 1998 et de juin 1999 s'accordent sur la question dont la solution n'est pas nouvelle juridiquement[140].

72. Un commentaire comparé des deux décisions déjà entrevues met l'accent sur ce que la personnalité juridique ne pouvait être reconnue en l'absence de viabilité :

> « *La Cour de cassation et la Cour d'appel de Metz considèrent que dans la mesure où l'homicide ne concerne que des personnes — physiques bien entendu —, un fœtus ne peut être victime de ce délit que s'il possède la qualité de personne, ce qui implique alors qu'il soit nécessairement viable* » [141].

[139] C.A. Metz, 3 septembre 1998 ; JCP 2000, II, 10231, note G. FAURÉ.
[140] Cass. Crim. 14 juin 1957 ; D. 1957, p. 512 ; C.A. Douai, 12 octobre 1983 ; C.A. Douai, 2 juin 1987 ; JCP. 1989, II, 21250, note X. LABBÉE.
[141] G. FAURÉ : note sous C.A. Metz, 3 septembre 1998 et Cass. Crim. 30 juin 1999 ; JCP, II, 10231.

Il est possible de critiquer ce point de vue, car la viabilité du fœtus ne paraît pas en cause en l'espèce. Un fœtus est viable s'il est apte à vivre[142]. Or dans les espèces discutées, la question ne se posait pas de savoir s'il était apte à vivre mais s'il avait vécu. Ce que le droit pénal protège n'est pas une aptitude à vivre, mais bien la vie en elle-même, laquelle se caractérise, ainsi que le sous-entendent les juges, comme la combinaison de la respiration aérienne et de la circulation sanguine. Il ne saurait être question de retenir efficacement la viabilité comme critère de protection pénale dans la mesure où cela ne protègerait pas un état mais une capacité, une aptitude : celle de vivre. Si les juges incriminaient le fait de porter atteinte à la viabilité, ce serait reconnaître, en droit pénal, qui la chance ou la potentialité de vivre sont protégées, car la viabilité n'apparaît pas à la naissance, mais surgit bien avant, au sein de la mère, au cœur du liquide amniotique.

73. Au reste, le problème était reparu quelques années plus tard devant les magistrats de la Cour d'appel de Reims. Les faits étaient un peu différents : il s'agissait d'un accident de voiture à l'occasion duquel une femme enceinte de huit mois avait été blessée et avait perdu le fœtus qu'elle portait. Devant le Tribunal correctionnel de Reims, la prévenue avait été déclarée coupable de blessures involontaires sur la personne de la mère ; mais elle avait été relaxée du chef d'homicide involontaire sur le fœtus. Le 3 février 2000, la Cour d'appel de Reims infirme le jugement sur ce deuxième point :

> « *Attendu que la conception de cet enfant remontait à 8 mois ;*
> *Qu'un enfant après huit mois de grossesse a franchi le seuil de viabilité, étant jusqu'à terme, apte à vivre de façon autonome ;*
> *Que, dans ces conditions, bien que non séparée du sein de sa mère lors de son décès, la petite Mareva était une personne humaine et, en tant que telle, bénéficiait de la protection pénale* »[143].

Dans cet arrêt, la solution est claire : c'est l'atteinte à la viabilité qui est pénalement réprimée[144], autrement dit, les juges de Reims répriment une atteinte à la potentialité de vivre, ce qui, au plan civil, s'apparente à la perte d'une chance.

---

[142] « *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, huitième édition (1932-1935)
[143] C.A. Reims, 3 février 2000 ; Petites Affiches, 5 octobre 2000, p. 16, note L. COLLET-ASKRI.
[144] Cependant, la répression pénale est purement symbolique et humaine, puisque la responsable est condamnée à une suspension de permis de conduire de dix mois et à une amende de 5 000 F (alors que la peine maximale encourue pour le délit d'homicide involontaire est de 300 000 F et trois ans d'emprisonnement).

74. La voix et le verbe de la Cour de cassation étaient attendus, car les questions se multipliaient relativement à la réponse pénale à apporter dans le cas où la victime est un fœtus.

Tout d'abord, l'atteinte au fœtus dans le cadre du délit d'homicide involontaire est-elle répréhensible ? Ensuite, l'élément protégé, dans le cas d'une répression, est-il la vie ou la viabilité ou l'ensemble des deux ? Enfin, le fœtus viable est-il mieux protégé parce qu'il est viable ?

La réponse vint de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 29 juin 2001, et comme en 1999, elle fut laconique. L'attendu de principe ne vient que préciser succinctement celui de la Chambre criminelle de 1999.

> « *Mais attendu que le principe de légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus* » [145].

Les questions soulevées par les différentes autres espèces sont éludées. Un auteur a écrit que la Cour semblait « *esquiver le débat de qualification de l'enfant en formation* »[146]. La seule réponse que les juges du droit apportent est que juridiquement, le fœtus non-né n'est pas protégé par la loi pénale au titre de l'homicide involontaire. La question de la personnalité juridique n'est pas esquissée, elle n'est pas posée, elle n'est pas tranchée. Par opposition et par une étude contradictoire avec les autres espèces, il est possible de constater que le fœtus né, lui, est protégé.

De même que le fœtus né est protégé, l'acte médical consistant à interrompre la réanimation ou les soins vitaux qui lui sont prodigués est condamné. Un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 19 février 1997 condamne en effet un médecin qui avait provoqué la mort d'une patiente en l'extubant et en cessant toute réanimation[147].

75. La conjugaison des solutions jurisprudentielles (protection du fœtus né et condamnation des actes d'interruption de vie) peut laisser penser que l'interruption du

---

[145] Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001 ; D. 2001, n°36, p. 2907, chron. J. PRADEL.
[146] J. PRADEL : « *La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Assemblée plénière du 29 juin 2001)* » ; D. 2001, n°36, p. 2907.
[147] Cass. Crim. 19 février 1997 ; D. 1997, n°18, p. 236 note B. LEGROS ; JCP 1997, II, p. 354, note J.-Y. CHEVALLIER.

traitement néonatal sur un fœtus est condamnée par les juridictions répressives ce qui reste à examiner.

Tandis que l'enfant né est pénalement protégé (suivant la solution de principe rendu par l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001), le fœtus ne l'est donc pas ce qui ouvre la voie au fœticide médical[148].

76. Un deuxième élément de réponse est apporté pour justifier le fœticide par la pratique employée pour interrompre la grossesse dans des cas d'indications fœtales quand la grossesse est entrée dans son second semestre (au-delà de vingt-huit semaines d'aménorrhée). La réponse avancée par le corps médical correspond à un souci de mieux accompagner l'opération, afin d'accélérer l'expulsion, de rendre l'intervention moins pénible pour la mère et moins douloureuse pour le fœtus[149].

77. Cette opération fœticide exprime nettement la possibilité de voir mis au monde un être viable et vivant, bien que sa vie soit certainement courte au moment de l'expulsion. L'alternative à cette action est « *l'acceptation par le couple, pour leur enfant, d'une vie qui sera limitée à quelques heures, jours ou semaines.* […] *Ceci implique l'acceptation de l'accompagnement de la vie intra-utérine et de ce que l'on pourrait comparer, dans les premières heures ou les premiers jours qui suivent la naissance, aux soins palliatifs de fin de vie* »[150].

78. Il arrive que le fœticide ne soit pas pratiqué et que, malgré l'intervention chirurgicale un fœtus vivant soit mis au monde. Quand le pronostic de survie de ces fœtus est très défavorable, ou quand ils sont atteints d'une pathologie traumatisante ou létale à court terme[151], il est possible que les médecins décident de ne pas les laisser vivre davantage.

Il importe de bien considérer que cette hypothèse se situe ici dans le cadre d'une interruption médicale de grossesse sur indication fœtale. Dans cette situation, deux médecins doivent attester que le fœtus est probablement « *atteint d'une affection d'une particulière*

---

[148] « *C'est à l'initiative du corps médical (la loi française en laissant la possibilité) que la réalisation* [du fœticide] *a été proposée devant la découverte tardive au 3ème trimestre de malformations d'une particulière gravité* » (F. PUECH : « *Interruption volontaire de grossesse pour motif médical, alternative au fœticide* » ; journées scientifiques du réseau sécurité naissance, 10 novembre 2001).

[149] V. SCHAEFFER, L SALTEL, C. BOUDEY, J. HOROVITZ : « *Interruption médicale de grossesse* » ; Les cahiers du SYNGOF, n°60, décembre 2004.

[150] F. PUECH : « *Interruption volontaire de grossesse pour motif médical, alternative au fœticide* » ; journées scientifiques du réseau sécurité naissance, 10 novembre 2001.

[151] La létalité de la pathologie sera avérée notamment dans l'hypothèse de la découverte à la naissance d'une maladie que les indications anténatales n'auraient pas pu déceler.

gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ». L'intervention peut avoir lieu à toute époque de la grossesse.

La volonté de la mère, unique impulsion juridique du processus médical encadré par la loi, est d'attenter à la vie du fœtus qu'elle porte. Après la naissance, même si son fœtus est vivant et paraît viable c'est encore la survivance de la volonté de la mère qui indiquera aux médecins de ne pas laisser se prolonger la vie. Dans le doute, l'équipe intervenante n'aura qu'à solliciter à nouveau la mère en vue d'obtenir la certitude que son vœu est bien d'attenter à la vie du fœtus né. La loi prévoit que le fœtus doive être atteint d'une « *affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable* », elle n'exige pas qu'il soit atteint d'une « *affection de nature à mettre son existence en péril* ». Sa mort n'est pas nécessaire pour remettre en cause la fin de sa gestation.

79. Ce faisant, bien qu'elle décide de mettre fin aux jours du fœtus, il demeure que celui-ci a vécu, et qu'il a franchi les limites de la viabilité. Le principe et le droit voudraient qu'il s'agisse alors d'un enfant, d'une personne. La répression pénale devrait donc trouver à s'appliquer à l'encontre des médecins et de la mère de l'enfant ainsi tué. Il n'en est pourtant rien, car la personnalité du fœtus ne sera pas nécessairement déclarée : c'est au médecin que revient la charge de déterminer sa viabilité[152].

Le double critère retenu par la circulaire de 2001 n'est pas exclusif de ceux, plus classiques, de la viabilité : « *…une maturité et une conformation qui relèvent de données biologiques et médicales* »[153] ; « *… avec tous les organes nécessaires et suffisamment constitués pour lui permettre de vivre* »[154]. De sorte que la viabilité ne saurait se résumer à une frontière trop tangible, et la personnalité ne peut, dans ces conditions, être démontrée facilement dans les premiers jours de l'existence, ce qui est d'autant plus véridique quand les premiers jours de l'existence surviennent à la suite d'une grossesse prématurément interrompue.

Dans ce cas particulier d'interruptions volontaires de grossesses pour motif médical et sur indication fœtale, la volonté de la mère exerce un poids important sur la personnalité du nouveau-né. C'est elle qui décidera finalement de l'attribution de la personnalité juridique au fœtus né.

---

[152] « *Le pouvoir de dire si un enfant est viable est conféré à la médecine* » (P. MALAURIE, L. AYNES : « *Cours de droit civil. Les personnes, les incapacités* » ; Cujas 3ème éd. 1994-1995).
[153] P. MALAURIE, L. AYNÈS : « *Cours de droit civil. Les personnes, les incapacités* » ; Cujas 3ème éd. 1994-1995.
[154] F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème éd. Dalloz 1996, p. 19.

80. La place accordée à la volonté maternelle est grande, d'autant que la loi attache une importance particulière à ce que la femme subisse l'intervention interrompant sa grossesse en pleine connaissance des circonstances qui l'ont menée à cette issue, des conséquences auxquelles elle risque d'être exposée, ou des effets que peut avoir cette pratique sur la vie de son fœtus.

Les articles L. 2212-2 à L. 2212-8 du Code de la santé publique prévoient notamment l'information préalable obligatoire de la mère ainsi que des consultations facultatives[155] avec des personnes spécialisées, avant ou après l'interruption.

Après avoir reçu les informations légales obligatoires ou facultatives de la part des personnes autorisées, l'article L. 2212-5 du Code de la santé publique impose un consentement écrit de la part de la femme enceinte.

La femme est en possession de toutes les informations nécessaires pour pouvoir exprimer sa volonté en y associant, le cas échéant, le souhait de porter atteinte à la vie du fœtus.

81. Ce souhait peut se manifester dès le début de la procédure d'interruption de la grossesse, quand le diagnostic prénatal est létal pour le fœtus, ce qui implique de vouloir porter atteinte prématurément à la vie du fœtus (ou d'avancer médicalement le moment du décès et ainsi d'éviter d'inutiles souffrances pour la mère et pour le fœtus) et qui conduira l'équipe médicale à pratiquer un fœticide.

La manifestation de la volonté de la mère peut aussi avoir lieu en deux temps.

Dans un premier temps, la mère donne son consentement pour l'intervention médicale en elle-même, sans présager de la vie du fœtus. Ce qui n'est pas impossible au regard des dispositions du Code de la santé publique, dans lesquelles aucune mention n'est faite sur le décès obligé du fœtus. De même que cela semble très envisageable quand la mère est dans la situation de décider de subir une interruption volontaire de grossesse sur une indication fœtale incurable mais viable et non létale (handicap permanent, trisomie…).

A l'issue de l'interruption de la grossesse, si l'être humain mis au monde ne vit pas — ou ne vit plus — c'est la volonté initiale de la mère qui aura eu raison de sa personnalité.

[155] Article L. 2212-4 du Code de la santé publique : « *la consultation préalable est obligatoire pour les femmes mineures* ».

82. Dans le cas opposé d'une mise au monde d'un être vivant et viable, de façon autonome s'entend, la volonté de la mère n'a plus de prise sur la vie du nouveau-né qui entre alors dans la catégorie des personnes par la porte de l'enfance. Même si cette vie doit s'interrompre prématurément.

Dans le cas intermédiaire, le nouveau-né vit, mais sa viabilité n'est assurée que par l'assistance obligée des médecins.

S'il s'agit d'un très grand prématuré, son pronostic vital est dépendant des soins prodigués. En principe les médecins doivent tout tenter pour sauver les fœtus nés très prématurément. La volonté des parents n'importe pas. Dans ce cas, la viabilité du nouveau-né dépend entièrement des soins périnataux dispensés, de même que sa personnalité juridique. Mais dans la pratique, les médecins font une différence entre le nouveau-né dont la pathologie n'est pas, à court terme, mortelle et les autres :

> « *Si l'obligation de moyen doit être mise au service de tous les fœtus, dans la prise en charge, il faudra accepter de ne pas faire survivre un enfant gravement handicapé dans un certain nombre de cas incurables* »[156].

L'interruption médicale de la grossesse liée à une pathologie mortelle pour le fœtus n'incitera pas les médecins à prolonger sa vie aérienne, ce qui sera d'autant plus vrai quand le nouveau-né est dans un état de souffrance. Dans cette optique, bien qu'il ait été vivant, bien qu'il ait eu une vie aérienne palpable et manifeste, il n'a jamais été viable et il n'est pas envisageable de parler d'enfant en ce qui le concerne, quand bien même sa vie aurait-elle duré plusieurs jours, voire plusieurs semaines.

83. Ce sont les médecins qui assurent un droit à la vie, qui « *peut très vite glisser vers un droit de vie ou de mort, ou un droit sur la vie* […] *selon parfois l'avis des parents ou de la mère* »[157]. À nouveau, la volonté de la mère renaît, et c'est entre ses mains que réside la personnalité du nouveau-né. Le décès du fœtus s'apparente à une action passive par l'équipe, il s'agit d'une interruption thérapeutique et non d'une euthanasie active. Si la mère consent à cette interruption thérapeutique, elle ne fait que décomposer le consentement unique qu'elle aurait donné si elle avait souhaité un fœticide prénatal. L'âge gestationnel est le même, seules l'unité de temps et l'unité de lieu varient.

---

[156] M. DEHAN : « *Problèmes éthiques soulevés par la réanimation néonatale* » ; Médecine/Sciences 1993.
[157] A. BELAUD-GUILLET : « *Le statut du fœtus ex utero, du droit à la vie au droit sur la vie* » ; Petites Affiches, 16 septembre 1998, p. 8.

Dans le cas du fœticide, la mort a lieu *in utero* et avant la naissance, tandis que dans l'hypothèse inverse, la mort a lieu *ex utero* et après la naissance.

84. L'inconvénient majeur d'une telle dissociation de la volonté de la mère est qu'elle porte atteinte à une vie, ce qui est prohibé pour toutes les personnes humaines. Cet état de fait est cependant subordonné, précisément, à la personnalité de l'individu.

Pour les médecins, il semble qu'un fœtus né après la vingt-deuxième semaine d'aménorrhée et déposé dans un service de néonatologie soit une personne[158]. Mais cela doit être nuancé dans la mesure où la personnalité juridique n'est attribuée que si la viabilité est certaine, ce qui n'est pas le cas quand le nouveau-né est placé dans un service de néonatologie, logiquement conçu pour l'assister dans sa vie, ce qui indique que la viabilité n'est alors pas acquise. Il y a donc un pas entre la conception médicale de l'enfant et la conception juridique de la personnalité.

L'atteinte à la vie est prohibée contre toutes les personnes humaines, ce n'est pas le cas du fœtus dès l'instant que sa viabilité n'est pas médicalement certifiée, soit qu'il soit encore *in utero*, soit qu'il soit déjà accouché. De cette sorte, quand la volonté de la mère anime l'acte d'interruption des soins à l'enfant né, cette manifestation, repoussant la personnalité juridique du fœtus qui n'est pas acquise, interrompt une existence non encore protégée par le droit.

85. En définitive, qu'il s'agisse d'une interruption médicale de grossesse sur indication fœtale avec fœticide ou avec interruption thérapeutique, c'est la volonté de la mère qui laisse la personne apparaître ou qui la repousse.

La solution n'est pas tellement surprenante quand le regard s'arrête sur la finalité de l'interruption médicale de la grossesse en raison d'une pathologie du fœtus. Cette décision ne se comprend que si la mère lui attache une finalité abortive, visant à ne pas subir la charge d'un enfant handicapé ou à ne pas subir le traumatisme de voir naître un enfant dont elle sait que sa courte existence ne sera qu'une souffrance conséquente à une longue agonie. Si elle souhaite assumer la charge de son enfant, elle n'a pas à interrompre sa grossesse (interruption qui se résumerait alors à un raccourcissement médicalement dangereux). Le choix premier de la mère, au moment de procéder à l'interruption médicale de grossesse, est ainsi d'empêcher une vie et de contester une personnalité.

---

[158] « *Un fœtus de vingt-trois semaines d'aménorrhée dans un service de néonatologie ce n'est plus un fœtus, c'est un enfant* » (M. GRASSIN : « *Prématurés : la vie à tout prix* » ; Eurêka, avril 1998, n°30 p. 62).

La mise au monde d'un fœtus vivant obligeant l'équipe médicale à une réanimation et à des soins lourds, n'est en somme qu'un alea consécutif à sa décision. Si le fœtus souffre d'une anomalie génétique (trisomie, autisme, maladie orpheline…) qui, seule, ne remet pas en cause sa viabilité, la décision d'interrompre la grossesse, sous-tendue par une volonté de ne pas avoir l'enfant, sera sans objet.

Du même coup, la volonté de la mère n'aura pas eu de prise directe sur la personnalité du nouveau-né qui accèdera à la personnalité juridique et donc au statut d'enfant. La seule possibilité pour atteindre une fin abortive est de faire pratiquer une I.V.G. pendant la période des douze premières semaines de grossesse ou pendant la période d'interruption médicale de grossesse qui s'étend entre la fin de la période légale des douze semaines et le seuil de viabilité.

86. En revanche, si l'interruption médicale de grossesse met au monde un fœtus vivant mais non viable, pour lequel les actes thérapeutiques sont un prolongement artificiel d'une vie condamnée, alors la volonté de la mère retrouve toute son efficacité et c'est son choix qui déterminera la possibilité d'attribuer ou non la personnalité juridique au fœtus et ainsi de lui permettre ou non d'accéder au statut d'enfant.

L'influence de la volonté de la mère est considérable, dans le cadre de l'interruption volontaire de sa grossesse, sur la personnalité de son fœtus. Du reste l'aspect volontariste de la décision est ainsi respecté encore que la décision finale soit contestable au plan du droit de chacun à la vie dès la naissance[159].

87. Cette volonté qui se manifeste dans ces moments de vie cruels est nécessairement influencée par des considérations économiques, sociales, sentimentales ou familiales, ce qui est bien légitime.

La naissance et l'entrée dans une famille d'un enfant souffrant d'une pathologie génétique handicapante, que le handicap soit physique ou mental, lourd ou léger, fait peser sur la famille un regard encore chargé d'incompréhension et de jugement de la part de l'entourage plus ou moins proche, mais aussi de la société. À cet aspect social peu confortable, il faut ajouter des considérations économiques. La vie d'un enfant et la joie de mettre au monde un être vivant sont sans prix, il n'en va pas de même lorsque la vie et le confort — relatif — d'un nouveau-né sont soumis à des conditions économiques inhérentes à son handicap. Machines,

[159] A. BELAUD-GUILLET : « *Le statut du fœtus ex utero, du droit à la vie au droit sur la vie* » ; Petites Affiches, 16 septembre 1998, p. 8.

appareils, temps, personnels pédiatriques et médicaux sont autant de contraintes nouvelles à assumer pour un couple ou, pire, pour une mère célibataire. Enfin, et ce n'est pas la moindre des influences, il faut convenir de ce que la naissance d'un enfant handicapé est encore aujourd'hui vécue comme un échec personnel par les parents[160].

- *Interruption médicale de grossesse sur indication maternelle*

88. L'interruption de la grossesse pour motif médical peut encore être accomplie, dans 10 % à 20 % des cas, sur indication maternelle, ce qui correspond aux dispositions de l'article L. 2213-1 al. 2 du Code de la santé publique, quand c'est la santé de la mère qui est en danger en raison de sa grossesse.

Quand l'interruption médicale de la grossesse est pratiquée pour des raisons inhérentes à la santé de la mère, cela n'implique pas que le fœtus soit en danger. Dans ce cas, bien qu'il s'agisse d'une interruption volontaire de grossesse, il peut y avoir mise au monde d'un être vivant et parfois viable, sa viabilité dépendant notamment de son degré de maturité[161]. Les problèmes surviennent particulièrement pour les grands ou très grands prématurés, dans la mesure où le nouveau-né de plus de 1,5 kg et dont la naissance intervient après trente-trois semaines d'aménorrhée peut pratiquement être considéré comme un nouveau-né mature[162]. Dans les autres cas, le pronostic relatif à la viabilité de l'enfant doit être réservé, les statistiques font état, en effet que, dans la fin des années 90, la grande prématurité (et *a fortiori* la très grande prématurité) représentait près de 50 % de la mortalité infantile[163].

89. L'interruption volontaire de grossesse pour motif médical liée à la survie de la mère n'est pas systématiquement abortive, de sorte que le nouveau-né dont la gestation a

[160] Le handicap neurologique grave est à même de mettre en péril « *l'équilibre familial* » (selon G. MEMETEAU : « *La perte de chances et la responsabilité médicale* » ; Gaz. Pal. 24/25 Octobre 1997, p. 22).

[161] Longtemps, la maturité d'un nouveau-né dépendait essentiellement de son poids à la naissance. Au-dessous de 2,5 kg, on considérait qu'un nouveau-né était prématuré, au-dessous de 1,5 kg, le nouveau-né était grand prématuré et au-dessous de 1 kg, il était très grand prématuré. Mais aujourd'hui le pronostic de survie d'un nouveau-né dépend surtout de son âge gestationnel. Avant vingt-huit semaines d'aménorrhée, le nouveau-né est un très grand prématuré. Entre vingt-huit et trente-deux semaines, il est dit grand prématuré et entre la 33ème et la 36ème semaine, le nouveau-né est prématuré. On estime donc que toute naissance survenant avant la 37ème semaine d'aménorrhée est prématurée.

[162] Les traitements anténataux favorisant la maturation et le développement des poumons des fœtus, ils leur permettent ainsi d'acquérir dès la 33ème semaine d'aménorrhée une autonomie et une viabilité certaine (Cf. « *Grande prématurité, dépistage et prévention du risque* » I.N.S.E.R.M. Expertise collective 1997.)

[163] « *Grande prématurité, dépistage et prévention du risque* » I.N.S.E.R.M. Expertise collective 1997.

prématurément été interrompue doit être considéré comme personne lorsque le pronostic de sa viabilité est positif et s'il naît vivant.

La logique de l'intervention médicale est renversée quand le seuil de la viabilité est franchi.

90. Il ne s'agit pas là de porter atteinte à la vie du fœtus, il s'agit d'en interrompre la grossesse en vue, au mieux, de pérenniser la santé de la mère, au plus tragique, de lui sauver la vie.

Comment s'exerce ici la volonté de la mère ? Est-il légitime de penser qu'elle exerce encore quelque influence sur la personnalité de son fœtus ? Certes, la volonté de la mère est-elle aussi sollicitée dans le cas d'une interruption médicale de grossesse quand son propre pronostic vital est en jeu. Mais la manifestation de la volonté de la mère dans ce cas-là est réduite à la question de savoir si elle veut survivre à la naissance de son enfant.

Il n'est pas envisageable, en raison de ces nombreux paramètres humains, de comparer le consentement d'une mère dans les deux cas d'une interruption médicale de grossesse.

Le consentement matériel de la mère demeure le même que lorsque c'est une indication fœtale qui conduit à l'interruption de sa grossesse. Mais la volonté qui s'exprime en amont de ce consentement relève d'une inspiration différente. Le souhait véritable, la cause première du consentement, est, pour autant qu'il soit médicalement possible d'y parvenir, de préserver la santé de la mère et la vie du fœtus.

Du même coup, la volonté de la mère ne s'exerce plus que par défaut, elle ne peut pas s'opposer à une issue fatale pour la vie de son fœtus si les médecins ne parviennent pas à sauver la vie du nouveau-né qui n'aurait pas survécu à l'intervention.

91. La volonté de la mère n'est guère plus efficace dans l'hypothèse où la survie du fœtus est liée aux soins néonataux qui lui sont prodigués. Dans l'éventualité où le fœtus est mis au monde vivant et s'il ne souffre pas d'une pathologie incurable[164], en lui permettant provisoirement de survivre afin de lui assurer par la suite une viabilité autonome, les médecins ne font que remplir leur obligation de soin. Le consentement ou le désaccord de la mère n'a pas d'incidence sur les actes médicaux dans la mesure où il y a ici une obligation

[164] Au sens de l'article L. 2213-1 al. 3 du Code de la santé publique, auquel cas la volonté de la mère retrouverait toute son efficacité quant à l'éventualité d'une interruption médicale de sa grossesse déjà envisagée.

médicale d'agir résultant d'une part de la situation d'urgence thérapeutique pour le fœtus et d'autre part d'une possibilité de vivre pour lui.

92. Le principe est que les médecins doivent réanimer tous les fœtus pour leur donner une chance de survivre, même s'il faut pour cela parier sur la possibilité qu'il y ait des séquelles motrices, intellectuelles ou neurologiques irréversibles. La finalité programmée de cette réanimation systématique des fœtus prématurés est de leur permettre d'acquérir une viabilité dont ils sont dépourvus lors de l'interruption médicale de grossesse. Entre l'intervention médicale donnant lieu à l'expulsion du fœtus et la certitude que celui-ci soit autonome, vivant et viable, il existe une période d'incertitude où la personnalité juridique n'est pas acquise et où il n'est pas encore permis de parler d'enfant.

La question se pose alors de savoir ce qui va décider des suites à donner à ces interventions néonatales ayant pour but ultime de permettre au fœtus de vivre de façon autonome et ainsi d'acquérir une personnalité juridique

Il faut noter que, pendant l'intervalle de temps où les soins médicaux assurent la viabilité de l'enfant, celle-ci ne pouvant être déclarée, la personnalité de l'être humain mis au monde s'en trouve repoussée jusqu'à ce qu'il soit autonome. L'aptitude à vivre, définition de la viabilité, ne se conçoit que si elle est sous-tendue par une aptitude à vivre de façon autonome, sans intervention médicale extérieure. La personnalité juridique du nouveau-né est alors suspendue au traitement néonatal des médecins, indépendamment de la volonté des parents. Cependant, il ne faut pas laisser les médecins procéder à tous les soins possibles sur le fœtus, négligeant ses souffrances ou oubliant les limites de sa viabilité, uniquement pour faire reculer celles de sa mort.

Il est central de repenser ce problème sous l'angle des impasses médicales auxquelles sont parfois confrontés les médecins. C'est au cœur de cette question que se trouve le problème crucial sur le sujet : qui, décidant d'interrompre la réanimation ou les soins, décide de priver le fœtus de sa personnalité juridique et de son statut d'enfant ?

93. Le fœtus né, s'il est grand ou très grand prématuré, les médecins peuvent pratiquer une réanimation d'attente[165] afin de réserver leur pronostic sur sa viabilité. Les services néonataux mettent alors tout en œuvre pour maintenir le fœtus en vie afin de permettre aux médecins de se prononcer sur sa viabilité, ce qu'ils sont en mesure de faire

[165] Sur cette notion de réanimation d'attente, voir A. BELAUD-GUILLET : « *Le statut du fœtus ex utero, du droit à la vie au droit sur la vie* » ; Petites Affiches, 16 septembre 1998, p. 8.

même si l'exercice est ardu et souvent périlleux. Une fois le pronostic vital dressé, il appartiendra aux médecins, en accord avec la famille, de décider la poursuite de la réanimation ou son interruption.

Tout est là. En définitive, ce sont les parents — malgré une prééminence particulière aux yeux des dispositions du Code de la santé publique de la mère — qui décident de la suite à donner au maintien de vie ou non de leur « *quasi-enfant* ». De sorte que ce sont eux qui sont en possession du pouvoir d'accorder ou non la personnalité juridique à un nouveau-né.

94. Depuis la loi de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse et ses modifications ultérieures, le sentiment est répandu que la femme est devenue maîtresse de sa grossesse. Le raccourci est un peu elliptique mais il n'est pas totalement faux. Dans les douze premières semaines de gestation, la notion de « *détresse personnelle* » est assez floue pour ouvrir à la femme un droit des plus vastes sur la possibilité d'avorter.

Bien que la naissance soit remise en cause quand la femme le souhaite, bien que la personnalité juridique du fœtus ou du nouveau-né soit en grande partie soumise à sa volonté, il est possible de convenir que la naissance, en tant que moment, demeure un moment essentiellement humain, passage de l'amniotique à l'aérien, passage du conçu au vivant, passage de l'espoir à la réalité. Le droit n'a pas à donner de sens juridique à ce moment fragile et unique de l'existence. La naissance est un moment biologique unique de la vie, elle n'est pas un moment juridique en ce sens que le droit ne l'appréhende pas concrètement. La naissance est seulement constatée par le juriste, elle n'emporte pas seule d'effet juridique.

B – Un moment non-juridique

95. Mettre au monde un nouveau-né vivant et apte à vivre représente l'aspiration majeure d'une grande partie de la population. La naissance, toutefois, peut-elle isolément avoir des implications juridiques sur le nouveau-né ? Accède-t-il, par cet unique fait, à la personnalité ? La personnalité juridique est-elle liée *ipso facto* à la naissance, faisant de cet événement un fait juridique ?

Le début de la personnalité juridique est classiquement lié à la naissance. Comme l'ont écrit M. TERRÉ et M^me^ FENOUILLET : « *La naissance est le point de départ de la*

personnalité juridique »[166]. La solution classique est aussitôt débattue par les auteurs mêmes qui envisagent alors la possibilité de faire remonter *ante natale* (et jusqu'à la fécondation) l'apparition de la personnalité juridique, allant jusqu'à essayer, vainement, de trouver un statut intermédiaire entre la personne et le bien pour les fœtus[167].

Autant dire, au seul vu du débat juridique ainsi entr'aperçu, que la question de la naissance en tant qu'événement créateur, initiateur de la personnalité juridique n'est pas aussi aisément tranchée qu'il aurait pu paraître.

96. La naissance ne saurait emporter création de la personnalité juridique si le nouveau-né n'est pas vivant ou n'est pas viable. Dans ces conditions, la naissance demeure un simple moment de vie, et en dehors de ces conditions cumulatives traditionnellement reprises par les articles 725 et 906 du Code civil, la naissance n'a, finalement, que peu d'impact sur la personne.

Donc, s'il peut paraître présomptueux d'attacher à la naissance un quelconque effet juridique, il peut également sembler téméraire d'y voir une condition de la personnalité juridique.

C'est ici que la question se scinde.

97. Si la naissance n'emporte pas d'effet juridique, pourquoi la voir comme le point de départ de la personnalité ? Et si elle n'est pas le point de départ de la personnalité juridique, comme le retient la solution classique, a-t-elle véritablement une importance aux yeux du droit ou doit-elle rester un moment biologique pur, échappant ainsi au regard du juriste ?

Ce qui importe vraiment autour de ce moment de la naissance, c'est de voir en elle un signe de vie parmi d'autres (réalité biologique et viabilité juridique), et la réalisation d'indices et de présomptions vitaux déterminants (1).

98. À cet instant, il est d'autant plus visible qu'il ne suffit pas de naître pour obtenir la personnalité juridique, il faut aussi, c'est constant, être vivant et être viable. Mais à considérer ces éléments complémentaires, il est autorisé de penser que la personnalité juridique ne

[166] F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème éd. Dalloz 1996, p. 19.
[167] *Ibid.*, p. 22 et suivantes.

s'inscrit que si elle est reconnue par le droit. La naissance s'effaçant alors derrière la prédominance d'une véritable reconnaissance juridique (2).

1. La naissance, un faisceau d'indices et de présomptions

99. La personnalité juridique est traditionnellement attribuée à celui qui est né vivant et viable. Naître n'est donc pas tout, la naissance efficace doit s'accompagner de la vie et de la viabilité : « *Il ne suffit d'ailleurs pas que l'homme naisse vivant. Il n'a de personnalité qu'à la condition de naître viable…* »[168].

S'agit-il de considérer la naissance comme une condition à part entière de la personnalité ou bien de s'accorder à penser qu'elle n'est qu'une matérialisation, une concrétisation d'éléments physiologiques médicalement évidents mais juridiquement incertains ?

Le moment d'une naissance est celui où les médecins vont, dans la plupart des cas, se prononcer sur la vie et la viabilité du nouveau-né. Elle va leur permettre de présumer de la vie (a) quand l'enfant mis au monde manifestera des signes biologiques classiques (battements de cœur, respiration) qui ont été, d'une certaine façon, approuvés par un courant jurisprudentiel[169].

Cette présomption de vie n'évoluera en preuve que si la viabilité est avérée (b). Concernant ce deuxième élément, la naissance n'en est qu'un indice.

a. Une présomption de vie

100. Appuyant l'essentiel de son oraison sur la vanité des mortels, BOSSUET écrivait à l'occasion des funérailles d'Henriette-Anne d'Angleterre, Duchesse d'Orléans que « *la vie n'est qu'un songe* » [170]. L'évêque de Meaux souhaitait montrer la futilité de la vie en regard de l'imminence certaine et inéluctable de la mort.

101. Le droit ne considère pas la vie comme un songe : il n'est qu'à observer les nombreuses dispositions légales ou constitutionnelles qui la protègent.

---

[168] F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème éd. Dalloz 1996, p. 19.
[169] Cf. supra en page 60.
[170] « Vanité des vanités et tout est vanité. *C'est la seule parole qui me reste ; c'est la seule réflexion que me permet, dans un accident si étrange, une si juste et si sensible douleur* » (J.-B. BOSSUET : « *Oraison funèbre de Henriette-Anne d'Angleterre, Duchesse d'Orléans* » ; Larousse).

Cependant, la vie peut-elle faire l'objet d'une présomption ? Il s'agit sans doute de la première interrogation à soulever concernant l'étude de la naissance en tant que moment non juridique.

102. La présomption est définie tout d'abord par l'article 1349 du Code civil. Elles « *sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ».

La présomption est, selon les auteurs, un « *mécanisme juridique consistant à induire un fait incertain d'un fait certain* »[171] ou un « *mode de raisonnement juridique en vertu duquel, de l'établissement d'un fait on induit un autre fait qui n'est pas prouvé* »[172].

À la lumière de ces définitions, il est permis d'établir que la naissance est un fait certain, établi par témoignages ou par constats médicaux. La vie, quant à elle, est l'élément incertain qu'il convient d'essayer d'induire de la naissance.

103. Il peut sembler que pendant les premiers instants de l'existence physique, la vie soit encore incertaine, fragile et un peu vacillante.

N'est-il pas possible, à cet égard, d'analyser l'ancienne circonstance aggravante d'infanticide[173] comme une atteinte, non à une vie, mais à une présomption — une possibilité, un espoir — de vie ?

Cela paraît envisageable quand la vie neuve était beaucoup plus précaire à l'époque de la rédaction du premier Code pénal qu'elle ne l'est aujourd'hui avec les nouvelles technologies. La circonstance aggravante du code de 1810 sanctionnait l'accomplissement d'un homicide sur un nouveau-né pendant le délai légal d'enregistrement de la naissance à l'état civil. La protection pénale accordée à ce bref moment d'existence montre la volonté du législateur de l'époque de protéger les premiers signes de vie pour qu'ils puissent être matérialisés par une déclaration à l'état civil. Il serait également possible d'analyser cette circonstance aggravante comme le signe de la volonté du législateur de punir celui qui, par son action criminelle, a porté atteinte à une chance pour l'être né d'intégrer la société des personnes. Cela tend à montrer que la vie n'est confirmée que si elle est officialisée sur des registres par le biais d'un acte de naissance.

En portant atteinte à l'existence d'un nouveau-né dans les trois premiers jours de son existence, le criminel portait atteinte à un balbutiement de vie, à une vie émergente,

[171] R. CABRILLAC (dir) : « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » ; Litec 2002, p. 295.
[172] R. GUILLIEN, J. VINCENT : « *Termes juridiques* » ; 10ème éd. Dalloz 1995.
[173] L'ancien article 300 du Code pénal sanctionnait « *l'assassinat ou le meurtre d'un enfant nouveau-né* ».

présumée et non encore prouvée, « *… le point culminant de la criminalité se trouve être, dans notre loi pénale, le moment de la naissance et les quelques jours qui suivent* »[174].

104. Aujourd'hui la loi pénale a pris acte des changements médicaux et de ce que, précisément, les vies neuves ne sont plus aussi précaires et instables qu'elles l'étaient au XIX^{ème} siècle. Le Code pénal de 1994 ne sanctionne plus particulièrement une atteinte à la vie d'un nouveau-né, il englobe la répression d'une atteinte au début de la vie dans le nouvel article 221-4 du Code pénal qui punit les atteintes à la vie sur mineur de moins de quinze ans.

La protection n'est pas plus faible pour les trois premiers jours de vie, mais la réforme du Code pénal met en lumière que la vie après la naissance ne nécessite plus autant d'être prouvée, et donc protégée, qu'au XIX^{ème} siècle, non pas que la vie soit établie dès la naissance, mais que la présomption de vie durant le délai légal de déclaration à l'état civil est protégée au même titre que la vie elle-même.

105. Il est révélateur de voir comment les juges du fond ont refusé la protection du droit pénal pour un fœtus conçu et viable mais non encore né. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998[175], les juges ont énoncé qu'il « *ne peut y avoir homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré* ». Cela induit que les juges entendent ici protéger la vie aérienne de l'enfant, indépendamment de sa viabilité. En regardant d'un peu plus près cet attendu, il est visible qu'il n'est pas dit que les juges du fond n'auraient pas sanctionné l'atteinte à la vie d'une personne[176] non viable dès l'instant qu'elle aurait respiré et que son cœur aurait battu. S'agit-il d'une méconnaissance de la notion civile de personne définie aux articles 725 et 906 du Code civil ? mais une telle remarque n'est guère vraisemblable.

106. Lorsqu'ils ont jugé que seul l'enfant né vivant et non décédé était protégé par le droit pénal, les juges de Metz n'ont finalement fait que s'inspirer des anciennes dispositions du Code pénal en reprenant l'idée que l'être juste né était mieux protégé que la personne, dans le sens où la vie du premier n'est que présumée tandis que celle du second est prouvée.

Cette espèce jurisprudentielle permet d'énoncer que les juges d'appel ont raisonné par présomption. S'agissant établir un fait incertain à partir d'éléments factuels sûrs, il est très

[174] L. SÉBAG : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris 1936, p. 39.
[175] C.A. Metz, 3 septembre 1998 ; JCP 2000, II, 10231, note G. FAURÉ.
[176] « *… en effet, pour qu'il y ait personne, il faut qu'il y ait un être vivant, c'est-à-dire venu au monde et non encore décédé* » (C.A. Metz, 3 septembre 1998).

possible de dire qu'ici ils ont déduit de la naissance d'un être (élément certain) la vie de celui-ci (élément à établir).

107. En droit civil, des éléments plus tangibles sont également à même d'assimiler la naissance à une présomption de vie. En s'appuyant de nouveau sur les textes relatifs à l'établissement des actes d'état civil, l'article 79-1 du Code civil *in fine* dispose que « … [l'acte d'enfant sans vie] *dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question* ».

Ce dernier élément de l'article 79-1 du Code civil éclaire la question et ouvre le chemin à un approfondissement de l'analyse.

Tout d'abord, l'absence de vie n'est pas présumée par l'acte d'enfant sans vie. L'intitulé de l'acte est alors factice[177]. Ce n'est pas parce qu'un enfant est inscrit sans vie sur les registres de l'état civil qu'il n'a pas vécu. Ceci vient conforter l'idée selon laquelle l'absence de vie n'est qu'une présomption. Mais en ouvrant la voie à une action en justice pour établir la présence de vie, l'article 79-1 *in fine* du Code civil montre de ce fait que la vie est également présumée, du fait même de la naissance.

108. L'objection pourrait venir de l'analyse de la lettre de l'article 79-1 du Code civil. En effet, celui-ci ne parle pas d'inscrire une naissance sur les registres de l'état civil (ce qui se comprend, s'agissant d'une inscription faite sur les registres des décès) mais un accouchement[178]. Les termes de l'acte dressé ne traitent pas davantage d'une naissance[179]. Y a-t-il eu naissance ? Si l'acte d'enfant sans vie est dressé pour faire état d'un accouchement, n'est-il pas moins la trace d'une naissance ?

109. Un arrêt rendu le 9 décembre 1985 par la Chambre sociale de la Cour de cassation[180] apporte une réponse à la question de savoir si l'acte d'enfant sans vie témoigne d'une naissance.

Les faits reposaient sur l'application de l'article L. 338 ancien du Code de la sécurité sociale aux termes duquel tout assuré bénéficie d'une augmentation d'un dixième de sa pension de vieillesse lorsqu'il a eu au moins trois enfants.

---

[177] P. MURAT : note sous Cass. Civ. 1, 6 février 2008 ; Dr. Fam. 2008, p. 165.
[178] Article 79-1 al. 2 du Code civil : « *Cet acte* […] *énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement…* »
[179] Article 469 de l'instruction générale relative à l'état civil : « *Le … (date de l'accouchement) à … (heure de l'accouchement) est accouchée d'un enfant sans vie prénommé … (éventuellement Prénom(s) de l'enfant) à … (lieu de l'accouchement)…* »
[180] Cass. Soc. 9 décembre 1985, Bull. Civ. V, n°589 p. 430.

En l'espèce, la Cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 21 décembre 1983 avait débouté M^me^ GRAFFION de sa demande en retenant « *essentiellement que l'enfant dont elle est accouchée le 20 avril 1945 a fait l'objet de la part de l'officier de l'état civil d'un acte d'enfant sans vie enregistré sur les registres de décès, qu'à défaut de décision de la juridiction compétente, sa naissance n'a pas été légalement constatée et que la juridiction sociale n'est pas habilitée à apprécier une telle situation et à en tirer des conséquences juridiques* ».

Dans leur décision, les juges du second degré font clairement la distinction entre l'accouchement et la naissance, l'un n'étant pas, selon les juges, synonyme de l'autre.

La Chambre sociale de la Haute juridiction casse l'arrêt de Rennes, en retenant que l'application de l'article L. 338 al. 1^er^ ancien du Code de la sécurité sociale n'est pas subordonnée à la vie de l'enfant ni à son éducation par l'assuré. Par la même occasion, elle apporte une précision. Elle explique que « *l'article L. 338 al. 1^er^, impose seulement que l'assuré ait eu au moins trois enfants sans exiger qu'ils aient vécu et aient été élevés par ce dernier et alors que la naissance de l'enfant résultant de l'acte de l'état civil dressé dans les formes prescrites …* ».

110. La précision de la Cour de cassation a été ultérieurement confirmée par un arrêt de la même Chambre du 30 Janvier 2003[181] en cassation d'un jugement rendu par le tribunal des affaires de sécurité sociales de Pau le 10 juillet 2000. En l'espèce se posait un problème de prescription quinquennale ainsi qu'une majoration de la pension de vieillesse prévue par l'article L. 351-12 du Code de la sécurité sociale. De façon rapide et implicite, la Chambre sociale confirme son point de vue en énonçant « *que M. X… qui connaissait la naissance de l'enfant sans vie, ignorait seulement son droit à s'en prévaloir…* ».

Ces espèces prononcées avant et après la loi du 10 janvier 1993 insérant l'article 79-1 du Code civil attestent que la naissance d'un enfant déclaré sans vie résulte bien de l'acte dressé par l'officier de l'état civil, même si celui-ci n'en fait nullement mention, et si cet acte figure sur le registre des décès.

Il convient alors d'envisager, au vu des dispositions de l'article 79-1 du Code civil, que la naissance d'un enfant sans vie ne présume pas qu'il ait vécu, ce point factuel devant être établi par un juge, lequel réglera ce problème en s'appuyant sur des éléments

[181] Cass. Soc. 30 janvier 2003, inédit.

certains pour apporter la preuve de l'existence d'un fait incertain. Il s'agit bien d'établir une présomption, dans le cas d'une naissance d'un enfant prétendument sans vie.

111. La proposition inverse est-elle valable : est-il permis de dire que la naissance d'un enfant vivant présume qu'il ait vécu ?

La réponse est relativement approchante *a contrario*.

La naissance d'un enfant vivant, en soi, n'apporte rien juridiquement si ce n'est l'apparition d'un être dont il sera possible d'établir s'il est juridiquement apte à vivre et à recevoir la qualité de personne. Pour reprendre les termes de l'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 3 septembre 1998, il s'agit uniquement de la manifestation aérienne d'un « *enfant dont le cœur battait et qui a respiré* ».

À nouveau, la naissance permet de présumer de la vie. Entre l'instant de la naissance et le moment où elle est déclarée, il s'agit d'un individu dont la vie est présumée (quoique évidente) et non encore prouvée.

112. Dans la situation d'un nouveau-né pour lequel la naissance ne pose aucun problème, l'acte de naissance est dressé, normalement, dans les trois jours qui suivent sa naissance, selon le délai prescrit par l'article 55 du Code civil. L'acte de naissance dressé vaut-il preuve de vie ? La question revient à se demander si le juge peut rendre cette preuve caduque par la voie de l'annulation.

La question s'en trouve alors déplacée à plusieurs titres.

D'une part un acte de naissance est-il annulable ?

D'autre part, dans l'affirmative, quels motifs ouvrent une telle action ?

De troisième part, un acte de naissance dressé peut-il être annulé quand il est prouvé, postérieurement à l'établissement de l'acte, que l'enfant déclaré n'était pas vivant ? Subsidiairement se pose, naturellement, la question de la preuve de l'inexistence de vie de l'enfant ainsi déclaré par erreur, ou par duperie.

113. Il n'est pas aisé d'apporter une réponse au premier problème.

Il semble que l'annulation d'un acte de naissance ne soit pas prévue par des dispositions particulières du Code civil. Seule l'apposition de la mention « *adoption* », prévue par l'article 354 al. 5 du Code civil, revêtant l'acte de naissance originaire d'un enfant adopté

permet de considérer cet acte comme nul[182]. Au-delà de cette exigence relative à l'adoption plénière, il n'existe aucun texte qui permette au juge d'annuler un acte de l'état civil en général, et un acte de naissance en particulier.

Pourtant, certaines espèces jurisprudentielles attestent qu'il est possible d'annuler des actes de l'état civil[183], et, le cas échéant de rendre une décision devant tenir lieu de nouvel acte[184].

Le mode de raisonnement est analogique, et s'appuie sur la procédure retenue pour rectifier les actes de l'état civil[185].

Somme toute, cette pratique est salutaire. Il n'est effectivement pas impossible qu'un acte de naissance ait été dressé sur la foi d'une déclaration imaginaire ou qu'un acte de décès ait été rédigé alors que l'intéressé était toujours vivant (dans des cas d'homonymie).

114. La réponse à la deuxième proposition découle assez simplement de la réponse à la première. L'acte est annulable quand il est dressé par erreur. L'erreur peut porter sur l'acte en tant que support (rédaction d'un même acte en double exemplaire, ou rédaction d'un acte surnuméraire aux énonciations contraires et incompatibles avec le premier acte) ou sur le fait juridique rapporté, en lui-même (rédaction d'un acte dont les données sont erronées).

115. Se pose la question principale : la naissance déclarée peut-elle être annulée quand l'enfant n'était pas vivant ? Un tel cas est assimilable à une naissance imaginaire, ce qui ouvrirait la possibilité d'inclure cette hypothèse dans le registre des actes annulables. Mais la vraie fonction de l'annulation des actes imaginaires est de faire respecter l'ordre public de l'état civil. La jurisprudence a en effet retenu que l'état civil devait être le plus exact possible et le mieux tenu possible.

L'ordre public de l'état civil est-il corrompu quand un enfant dont la naissance est déclarée n'était pas en vie au moment de la déclaration ?

Le législateur a semblé garder pour lui cette prérogative d'annuler des actes de naissances pour des raisons spécifiques.

---

[182] Article 354 al. 5 du Code civil : « *L'acte de naissance originaire conservé par un officier de l'état civil français et, le cas échéant, l'acte de naissance établi en application de l'article 58 sont, à la diligence du procureur de la République, revêtus de la mention « adoption » et considérés comme nuls* ».
[183] Cass. 28 novembre 1876, S. 1877, 1, 172 ; C.A. Douai, 21 décembre 1885 ; S. 1887, 2, 154.
[184] T. Versailles, 9 janvier 1918 ; T. Seine, 18 octobre 1929 ; sem. jur. 1930, 127 ; T. Bourges, 31 août 1829 ; inédit.
[185] Articles 1046 à 1055 du Code de procédure civile.

116. Le législateur a notamment annulé des actes de l'état civil, non en raison de fausses déclarations, mais parce que le rédacteur de l'acte ne tenait pas ses pouvoirs d'une autorité exécutive légitime[186].

Ici l'ordre public de l'état civil n'était pas corrompu, la réitération des actes bâtonnés indique que c'est le formalisme plus que le fond des actes qui est atteint. D'autant que le législateur est également intervenu à l'inverse pour confirmer des actes rédigés par des personnes non dépositaires d'une charge d'officier de l'état civil en période de guerre[187].

En l'absence de dispositions législatives, les juges peuvent aussi valider des actes de l'état civil rédigés par de simples particuliers. Dans ce cas ils appliquent la théorie du « *fonctionnaire de fait* »[188] et appuient leur décision sur la nécessité de protéger les intérêts de la personne de bonne foi. C'est donc au regard de la bonne foi que serait validé ou invalidé un acte dressé par un simple citoyen, le tout s'appuyant également sur l'intérêt de protéger les intérêts de la personne concernée par l'acte, qui peut se conjuguer aux intérêts du déclarant ou du rédacteur de l'acte[189].

117. La solution fondée sur cette théorie doit pouvoir être étendue au cas des actes de naissances erronés, même si elle ne repose pas nécessairement sur la qualité du rédacteur de l'acte et donc sur la nécessité de valider *a posteriori* un acte rédigé, mais bien d'annuler un acte apocryphe.

Le juge, s'appuyant à nouveau sur l'intérêt de la personne concernée par l'acte, et sur la bonne foi, non pas du rédacteur, mais du déclarant, peut-il annuler un acte de naissance ?

---

[186] Article 1er de la loi du 19 juillet 1871 ordonnant que les actes de l'état civil reçus pendant la « *Commune* » par des personnes tenant leurs pouvoirs du gouvernement insurrectionnel seraient bâtonnés et réitérés.

[187] Lois du 6 janvier 1872 et du 28 février 1922 validant les actes dressés au cours de la guerre par des personnes dépourvues de qualité, mais qui avaient « *l'exercice public des fonctions municipales ou de celles d'officier de l'état civil*... ».

[188] La théorie des fonctionnaires de fait cherche à atténuer les conséquences dommageables de l'incompétence légale d'un fonctionnaire. En effet, une personne non investie ou non régulièrement investie est légalement incompétente : tous ses actes qui ont été pris sur le fondement de son acte de nomination (supposé ou irrégulier) devraient en conséquence être réputés nuls également. Mais les conséquences de ces annulations peuvent être extrêmement graves si la fonction a été exercée pendant une longue durée. La juridiction administrative a donc conçu la théorie des fonctionnaires de fait dans un souci pragmatique de sécurité juridique. Elle a ainsi affirmé dans plusieurs arrêts : « *ce fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme investi desdites fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée* ». C'est-à-dire que les actes passés par le fonctionnaire avant l'annulation sont réputés valides (Y. GAUDEMET : « *Traité de droit administratif* » ; LGDJ, 18ème éd, 2005).

[189] La question ne s'est pas posée de savoir si un acte rédigé par un particulier et le concernant était valable. L'auto-rédaction d'un acte est-elle exclusive de la bonne foi du rédacteur déclarant ? Imagine-t-on un acte de reconnaissance rédigé par celui qui reconnaît, ou, mieux, par celui qui est reconnu…

118. Dans le cas d'un être né mort et non viable, si l'acte est annulé, il sera remplacé soit par un acte déclaratif d'enfant sans vie, soit ne sera pas remplacé. L'intérêt de la personne concernée par l'acte, décédée ou n'ayant jamais vécu, est limité. Sa prise en compte est nécessairement restreinte dans le cadre de l'analyse que doit faire le juge saisi de l'annulation de l'acte. La situation s'appréciera principalement sur des questions de libéralité, de succession ou d'assurance décès, quand l'apparition (ou la disparition précoce) du nouveau-né aura eu quelque conséquence dans un de ces domaines.

119. Il appartient au juge de s'en tenir à la bonne foi du déclarant.

Mais en principe, une déclaration de naissance ne se fait pas sans présenter un document médical, exigé par les officiers de l'état civil, attestant de la naissance de l'enfant. Déclarer la naissance d'un enfant décédé revient donc, soit à détenir un document erroné, soit à présenter un document falsifié (par le déclarant ou par le médecin), soit à ne détenir aucun document ce qui induit de profiter — ou d'abuser — de la méconnaissance, par l'officier de l'état civil, des documents à fournir.

Quand la déclaration est fausse par méconnaissance de la situation factuelle sous-jacente (un enfant est déclaré vivant par une personne ignorant qu'il est décédé ou qu'il n'a pas vécu, ou sur la production d'un certificat médical erroné), il n'y a pas de volonté de la part du déclarant de porter atteinte à l'ordre public de l'état civil. Il n'a pas agi dans l'intention de porter sur les registres de naissance un individu non vivant. Il n'a pas été transporté par une velléité manipulatrice à l'encontre de l'officier de l'état civil. Le déclarant, de bonne foi, pensant que l'enfant était vivant, en a déclaré la naissance à l'état civil, de plus, l'erreur peut venir du médecin.

La solution doit être permutée quand, au contraire, la déclaration est fausse en parfaite connaissance des éléments de faits, soit que le médecin ait rédigé un certificat sciemment erroné, soit que le déclarant ait lui-même falsifié le document. Dans ce cas, la déclaration est mensongère et la mauvaise foi est inévitablement avérée. Il est fort possible de considérer alors que l'acte juridique de naissance, en dehors de sa valeur probante, doit être annulé car le trouble à l'ordre public de l'état civil est ici caractérisé.

120. Il est possible de contester, et pourquoi pas d'annuler, un acte de naissance quand les déclarations portées sont fausses, erronées ou mensongères. Il faut à cette fin établir la mauvaise foi du déclarant et, le cas échéant, que l'ordre public de l'état civil est corrompu par ce dernier.

La preuve à même de combattre les écritures des registres semble être entre les mains du médecin. La cohérence est alors respectée en la matière, puisque, c'est lui qui délivre le certificat permettant l'inscription à l'état civil d'un enfant décédé avant d'avoir été déclaré (article 79-1 du Code civil).

Il importe de dire ici que la naissance, visualisée comme un moment de vie, est prise en compte par le droit *a posteriori* uniquement pour en dresser l'acte. Elle n'est définitivement pas un instant juridique dans la mesure où sa transcription sur les registres de l'état civil, ou l'annulation de cette transcription, est possible avec l'aval d'un médecin. La naissance ne fait que présumer de la vie, elle ne l'établit pas, cette fonction est réservée à l'état civil, dès lors que les actes ne sont pas contestés.

La naissance ne permet donc de présumer que de la vie, sur le mode d'une présomption simple et contestable. Mais elle est aussi, peut-être de façon plus subtile, un indice de viabilité du nouveau-né.

b. Un indice de viabilité

121. Être viable, c'est être apte à vivre. Ce terme est la contraction du latin *vitae habilis*. De plus, il est assez aisé de vérifier que la viabilité est une notion différemment appréciée au cours des âges. Dans le domaine des enfants sans vie, la circulaire du 30 novembre 2001 indiquait que l'être né mort avant le terme de vingt-deux semaines d'aménorrhée n'est pas viable, et que l'officier de l'état civil ne peut pas, dans ces conditions, dresser d'acte le concernant.

À première vue, la solution semble assez simple et la naissance n'apporte rien à la discussion. Un être né avant le terme de vingt-deux semaines d'aménorrhée n'est pas viable.

Ce serait faire peu de cas de la définition complète de la viabilité. Il faut bien garder à l'esprit que le terme redéfini en 2001 n'était qu'un seuil choisi en fonction des évolutions de la médecine et des différents aléas affairant à l'hygiène et aux multiples sciences néonatales.

122. La viabilité ne saurait être restreinte à une définition temporelle, car elle concerne celui « *qui présente, au moment de la naissance, une conformation assez régulière et assez de développement pour que les fonctions nécessaires à l'entretien de la vie puissent s'exécuter*

d'une façon plus ou moins durable »[190]. La viabilité diffère de la vie, « elle *est une condition de durabilité de celle-ci* »[191].

123. La viabilité différant de la vie, son étude et sa pertinence n'ont de sens que si elle est proche du début de l'existence d'un individu : la durabilité de l'existence d'une personne n'a en effet aucun intérêt à être évoquée quand, précisément, la vie de cette personne dure (ou a duré).

La naissance d'un individu peut donner lieu à trois issues : la mise au monde d'un enfant déjà mort, la venue au monde d'un enfant qui meurt rapidement après l'accouchement et la naissance d'un enfant qui vit ensuite sans heurts. Si la naissance avait un intérêt juridique à elle seule, elle permettrait simplement de dire si un nouveau-né est viable ou ne l'est pas. Or, attacher autant d'importance à ce moment de l'existence est illusoire.

De même qu'il n'est pas établi qu'un enfant né mort n'a pas été viable, il n'est pas non plus prouvé qu'un enfant mort peu de temps après être né l'ait été. La naissance n'est aucunement la preuve d'une viabilité ou d'une non viabilité.

124. Établir qu'une personne a été viable peut se révéler nécessaire dans le cadre d'actions en rapport avec des libéralités ou avec la succession d'une personne décédée, son héritier étant sous-entendu comme nouvellement né, dans la mesure où il semble peu opportun d'exiger la preuve systématique de la viabilité d'une personne appelée à succéder avant l'ouverture de toute succession.

La preuve de la viabilité incombe en principe à celui qui espère s'en prévaloir et obtenir quelque droit successoral du décès d'un nourrisson.

125. L'enfant qui naît mort, présente a priori les signes de l'absence de viabilité. De fait, comment pourrait-il justifier d'une « *durabilité* » de la vie, sans que sa vie ait commencé ? Cela faisait écrire à certains auteurs que « *le fait d'être mort-né peut faire présumer de la non-viabilité — étant entendu que la preuve contraire constituera une tâche quasiment impossible…* »[192]. Ces propos nécessitent d'être relativisés à la lumière des dispositions plus récentes concernant l'état civil. Aujourd'hui le fait de ne pas naître vivant ne fait plus d'office présomption de la non-viabilité de l'enfant. Afin de s'en convaincre, il n'est qu'à se reporter aux dispositions de la circulaire du 30 novembre 2001.

[190] Dictionnaire LITTRÉ 1863.
[191] P. SALVAGE : « *La viabilité de l'enfant nouveau-né* » ; RTDCiv. 1976, p. 725.
[192] *Ibid.*, p. 742.

S'il est admis que l'absence de vie à la naissance implique la non viabilité, cela oblige tout demandeur à apporter la preuve contraire à cette présomption.

Aux antipodes, s'il est décidé que la naissance d'un être vivant rapidement décédé indique que celui-ci était viable, cela impose la charge de la preuve à celui qui conteste le droit invoqué par le demandeur.

La majorité de la doctrine[193] a retenu ce deuxième mode de présomption, s'appuyant principalement sur le principe selon lequel « *l'incapacité qui se traduit par une certaine limitation de la personnalité est toujours une exception* »[194]. Pourtant le problème ne se résout pas ainsi, puisqu'il n'est pas question ici d'une personnalité limitée mais d'une personnalité inexistante. Le problème est très différent.

Si la doctrine a retenu que naître vivant faisait présumer la viabilité, c'est essentiellement, précise SÉBAG, parce que c'est statistiquement ce qui advient dans la majorité des cas[195].

126. Mais le droit n'a pas pu longtemps se satisfaire d'un fondement statistique pour fonder la force d'une présomption aussi lourde de conséquences. Établir la viabilité et, par là, l'existence d'une personnalité juridique en s'appuyant uniquement sur des données chiffrées, aussi solides et multimillénaires soient-elles, n'est pas une argumentation juridique convenable[196]. Il fallut alors rapprocher cette présomption de la définition de la viabilité. Or cette définition est appuyée sur deux réalités qui sont la maturité et la bonne conformation.

Fonder une décision juridique sur la bonne conformation d'un individu n'est pas une tâche facile, si bien que la jurisprudence a pris le parti d'ancrer la preuve de la viabilité à la maturité de l'enfant. Dans sa thèse publiée en 1938, SÉBAG a pu déduire une présomption irréfragable de la naissance d'un enfant après plus de 180 jours de gestation :

---

[193] « *Il serait préférable de présumer que l'enfant qui a vécu était viable, sauf à permettre la preuve contraire* » (H., L., J. MAZEAUD : « *Leçons de Droit civil* » ; T. 1 ; Montchrestien 1983).
[194] J. CARBONNIER : « *Droit civil, t. 1, Introduction, les personnes* » ; 10ème éd. Thémis.
[195] « *Elle est le fait le plus ordinaire* » (L. SÉBAG : « *La condition des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance* » ; thèse Paris 1938).
[196] Ce fondement statistique est d'autant moins convaincant que la mortinatalité évolue au fil des années et au gré des aléas historiques. Il est certain que le taux de mortalité infantile extrêmement faible que connaissent la plupart des pays industrialisés au XXIème siècle n'a rien de semblable à celui qu'ils ont pu connaître quand les techniques médicales étaient balbutiantes ou pendant les périodes de conflits.

> « *L'enfant né plus de 180 jours après sa conception est nécessairement viable et la preuve contraire n'est pas admise* »[197].

Aujourd'hui, compte tenu de la circulaire du 30 novembre 2001, la viabilité existe quand l'enfant a bénéficié d'une gestation supérieure à vingt-deux semaines d'aménorrhée (contre 180 jours auparavant) ou quand il pèse à la naissance un poids supérieur ou égal à 500 grammes.

127. Cela éloigne très sensiblement de la simple constatation d'une naissance.

Il n'est plus possible, sur le simple fait de la naissance d'un individu vivant de dire que celui-ci est viable, pas plus qu'il n'est autorisé, au simple vu de la mise au monde d'un enfant mort-né de dire qu'il n'est pas viable.

Tout au plus le fait de naître permet-il de présupposer qu'un individu est viable ou ne l'est pas[198], mais au final, cet indice très mince est rapidement supplanté par la preuve plus sure d'une expertise médicale.

La logique de l'ensemble du dispositif est visible : c'est au médecin, à nouveau, de dire si l'enfant est viable ou non.

128. Cela n'enlèvera pas à la naissance l'importance biologique décisive qui lui revient : il n'est pas d'être humain sans naissance, il n'est pas d'humanité sans naissance. Faut-il, au-delà de cette vérité naturelle, attacher une importance déterminante à la naissance en tant qu'instant de droit ? Rien n'est moins sûr.

D'une part, la naissance ne prouve pas la vie. Au mieux elle la laisse présumer, au pire, elle la nie. D'autre part, la naissance ne permet pas de dire qu'un nouveau-né est viable. La seule vue d'un être vivant n'autorise pas à dire qu'il est viable, de même que le fait de ne pas naître vivant n'est pas la preuve d'une absence de viabilité.

129. Dans ces conditions, alors que la mise au monde n'est ni le signe d'une vie ni celui d'une viabilité, est-il encore légitime de soutenir qu'elle soit le début de la personnalité juridique ? Il n'est pas si inconcevable de n'attacher aucune importance à ce moment de vie. Il

---

[197] L. SÉBAG : « *La condition des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance* » ; thèse Paris 1938.

[198] « *Il faut en effet admettre que ces preuves imparfaites par nature le sont d'autant plus ici qu'elles s'exercent dans un domaine où la seule apparence ne peut conduire ni à des certitudes ni à des vérités* » (P. SALVAGE : « *La viabilité de l'enfant nouveau-né* » ; RTDCiv. 1976, p. 747).

n'est pas si impensable de ne lui accorder qu'une portée relative dans le cadre de l'apparition de la personnalité.

Il suffit de voir les dispositions civiles ou pénales liées à la naissance pour s'apercevoir que ce temps central de la vie est relégué au second plan derrière l'importance de sa reconnaissance juridique. Cela, sans remettre en cause le moment du début de la personnalité juridique.

2. La prédominance de la reconnaissance juridique

130. Il ne s'agit pas d'étudier la reconnaissance *stricto sensu* telle qu'elle est définie à l'article 335 et à l'article 62 du Code civil. Il est ici question d'examiner l'instant à partir duquel le droit s'approprie le moment biologique de la naissance et lui confère des incidences juridiques sur la personnalité d'un individu.

- *Le début de la manifestation de la personnalité juridique*

131. Tel un précepte, la solution classique est avancée notamment par M. TERRÉ et M^me^ FENOUILLET :

> « *C'est à la naissance que l'être est doté de la personnalité juridique* »[199].

Une solution identique est relayée en termes similaires dans d'autres manuels d'enseignement du droit :

> « *S'agissant de la reconnaissance de la personnalité juridique, le droit s'en tient à la naissance* »[200].

Cette affirmation existe sous la plume d'autres auteurs et dans un autre registre que l'enseignement du droit :

> « *Il fait de lui non pas une personne — que le nouveau-né est déjà, dès l'instant de sa naissance — mais un être civil…* »[201].

Cette solution peut être trompeuse, et manifestement erronée. Il est primordial de l'étudier plus en profondeur afin de s'apercevoir qu'ainsi formulée, elle représente un

[199] F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème éd. Dalloz 1996, p. 19.
[200] P. MALINVAUD : « *Introduction à l'étude du droit* » ; 9ème éd. Litec 2002, p. 202.
[201] L. FABIUS, J.-P. BRET : « *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir. Tome I* » ; Rapport de l'Assemblée Nationale, 6 mai 1998, p. 41.

raccourci elliptique de la réalité des premiers moments de la vie. Il ne saurait en être tenu rigueur aux auteurs, cette remarque tenant effectivement du bon sens et s'appuyant sur des vraisemblances biologiques qui consistent à ne pas accorder plus d'importance à un être qui n'existe pas physiquement qu'à un être qui existe *vraiment*.

132. Sans reprendre la genèse de cette règle largement adoptée ou reconnue, il est toutefois concevable de s'interroger sur ses fondements juridiques actuels.

Il apparaît que, depuis que cette règle est acquise, elle ait perdu de sa force de conviction et de son caractère indiscutable, bien que, sans être remise en question aujourd'hui, elle demeure largement discutée.

À ce sujet, les débats gravitant autour du statut juridique du fœtus (ou de l'embryon) sont de plus en plus nombreux, les questions factuelles liées à ce problème se multiplient en jurisprudence, pénale[202] ou civile[203].

Sans doute, la solution est-elle classique, au sens premier de ce qualificatif ; il est même cohérent de dire que cette solution est fondamentale, qu'elle est essentielle dans la mesure où elle fonde l'idée selon laquelle le temps biologique est symétrique au temps juridique.

De là à dire qu'elle a perdu son attribut d'argument juridique pour glisser lentement vers la catégorie des idées reçues, considérées comme acquises et qui ne sont plus discutées ou qui ne sont plus remises que modérément en question, il n'y a qu'un pas.

133. Il n'est pas inutile de reprendre, grammaticalement pour commencer, la formule telle qu'elle est classiquement énoncée. Selon M. TERRÉ et M^me^ FENOUILLET, « *l'être est doté de la personnalité* ». L'emploi du verbe *doter* dans sa forme non pronominale éclaire significativement l'idée masquée par cette rédaction un peu succincte. Il y a dans cette affirmation un caractère d'extériorité qui n'aurait pas — ou très peu — été perçu si l'être avait été « *doué* », qui révèle d'un caractère inné, presque mystique de la personnalité, ou s'il « *s'était doté* », ce qui donnerait le sentiment que l'être s'est arrogé la personnalité juridique.

[202] Il n'est qu'à revoir sur ce point les nombreuses espèces jurisprudentielles soulevant la question de l'homicide des fœtus.

[203] L'exemple le plus frappant ces dernières années est sans conteste l'arrêt « *PERRUCHE* » (Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000 ; Bull. 2000, n°9, p. 15), mais aussi les arrêts rendus par la même juridiction le 13 juillet 2001 (trois espèces ; Bull. 2001, n°10, p. 20 ; D. 30 août 2001, p. 2325 ; JCP. 2001, II, 10601 ; RTDCiv. Octobre – décembre 2001, p. 850 ; Droit et Patrimoine 2001, n°98, p. 28, p. 101 ; Revue Juridique Personnes et famille, Oct. 2001, n°10, p. 20).

Cette formulation s'éloigne de la dotation de la personnalité juridique, de l'idée qu'elle puisse être conférée automatiquement. Ceci permet de révéler que les auteurs ne sont pas au diapason sur la question de l'apparition de la personnalité juridique. Là où M. TERRÉ et M^me^ FENOUILLET voient une dotation, M. MALINVAUD discerne un automatisme :

> « *Reconnaissance automatique de la personnalité juridique* »[204].

134. Or, ce caractère n'est pas un dû, c'est un don, un octroi, une gratification.

Dans une certaine mesure, il serait tentant de dire qu'elle fut un temps une concession, quand il est fait référence à la mort civile qui frappait certains condamnés et qui disparut en 1854[205]. C'était alors la manifestation de ce que la personnalité juridique n'était accordée qu'à ceux qui s'en montraient dignes et qu'il était possible d'en être privé dans certains cas.

135. Il existe une entité, externe à l'être, qui, en quelque sorte, lui décerne la personnalité juridique. Derrière cela, l'absence d'automatisme entre la naissance et la personnalité est sensible, automatisme encore à même d'être repoussé si s'ajoute à la naissance les conditions de vie et de viabilité exigées par le Code civil.

Au-delà de l'absence d'automatisme, il y a également une absence de coïncidence obligatoire entre le moment biologique de la naissance et l'instant de sa prise en compte par le domaine juridique. Il est malaisé de concevoir qu'un aussi important don puisse être fait sans que le monde juridique s'attache à vérifier que toutes les conditions nécessaires à son accomplissement soient présentes. Cela nécessite, par définition, un temps, plus ou moins long, et des preuves plus ou moins certaines afin que la naissance soit transformée en élément juridique.

La naissance d'un être vivant et viable ne suffit pas à elle seule, pour donner la personnalité juridique. Elle n'est octroyée que si la loi reconnaît qu'un nouvel être vivant et viable existe. La naissance n'est rien en comparaison de la reconnaissance juridique du moment, et ainsi, de l'être né.

136. Il faut alors s'interroger sur cette entité externe qui donne sa vie juridique à celui qui vient de connaître ses premiers moments de vie biologique.

---

[204] P. MALINVAUD : « *Introduction à l'étude du droit* » ; 9ème éd. Litec 2002, p. 201.
[205] La loi du 31 mai 1854 abolit définitivement cette résurgence de l'Ancien Droit et du droit romain.

Dans cette optique, il n'est pas superflu de revenir sur quelques éléments de l'Ancien Droit. Il sera possible alors de s'apercevoir de ce que celui-ci, coutumier ou écrit, est largement inspiré de la puissance paternelle du droit romain, et que, conséquemment, la personnalité juridique du nouveau-né n'est offerte qu'aux enfants qui ont été acceptés dans la cellule familiale.

137. Bien que les mœurs y étaient opposées, de même que l'Ancien Droit coutumier, les pères de l'époque médiévale avaient la possibilité de ne pas admettre l'enfant dans leur famille, que l'enfant soit légitime ou naturel. Malgré la fermeté des droits de l'époque médiévale[206], différents textes attestent qu'à la porte des églises, de nombreux enfants nouveau-nés étaient trouvés abandonnés[207]. Après quoi, avec l'accord du prêtre chargé des reliques de l'église, l'enfant était confié à un père nourricier.

Cette pratique a perduré jusqu'au XVII^{ème} siècle. Jusqu'à cette époque, l'exposition des enfants, et d'une manière générale l'abandon des nouveau-nés, pouvait représenter environ 30 % des naissances[208].

Le poids des sanctions qui pouvaient frapper les parents a rapidement conduit à exclure ces enfants de la société, en les vendant, en les prostituant ou en les éloignant du regard des hommes : les mères accouchaient en forêt ou livraient leurs nouveau-nés aux eaux d'une rivière.

138. D'autres exemples, tirés de l'époque franque, attestent que des familles, au lieu d'accueillir en leur sein un nouveau-né, préféraient le vendre.

Cette vente était totalement prohibée par le droit germanique. Ces pratiques étaient tolérées compte tenu de la dureté de ces temps et de la misère des familles[209]. Sous le règne de Charles II[210], un édit fut pris en 864 (édit de Pistes) qui réglementa les ventes d'enfants en reproduisant un novelle romaine de Valentinien III datant de 451 et fixant la

[206] Le droit wisigothique et le droit burgonde prononçaient l'exil contre le père coupable de cette pratique. Un texte carolingien datant d'un *concilium mixtum* (à la fois laïc et religieux) de 745 est plus sévère, puisqu'il considère homicide le père qui ne réclame pas son enfant dans les dix jours qui suivent la connaissance de l'abandon.

[207] Selon des formules de l'Anjou et de Tours. Cette dernière faisant une référence expresse à une constitution du Code théodosien, promulgué en 438. Ce qui tend à vérifier l'idée que le droit d'exposition était d'inspiration de droit romain, malgré son insinuation en droit coutumier d'Anjou et de Touraine.

[208] J. BOSWELL : « *Au bon cœur des inconnus, les enfants abandonnés de l'Antiquité à la Renaissance* » ; NRF, Gallimard, 1993.

[209] TACITE relate certains exemples de peuplades germaniques qui ont été obligées de vendre leurs enfants et leurs femmes en raison de la misère de l'époque.

[210] Charles II, dit *le Chauve*, Roi de France (Francie Occidentale) à partir de 840 jusqu'en 875, puis roi de Lotharingie à partir de 869 jusqu'en 875 et empereur d'Occident de 875 jusqu'à sa mort en 877.

possibilité d'un rachat de l'enfant vendu (en l'augmentant d'un cinquième par rapport au prix de la vente). Le paiement pouvait se faire en numéraire ou sur la fourniture d'un esclave de même valeur.

139. Ce rappel historique succinct montre également la place relative de la naissance au regard de l'importance de sa reconnaissance par le droit. La personnalité juridique de l'enfant, aussi réduite soit-elle à ces époques, est soumise à la volonté du père. C'est lui qui l'accepte ou le rejette de sa famille.

Un parallèle doit être fait avec l'époque moderne. Il est justifié de penser qu'aujourd'hui l'entrée d'un nouveau-né dans sa famille est soumise à un même rite d'acceptation. Toutefois, l'importance du père de famille s'est relativisée depuis l'ère romaine et depuis l'époque médiévale. De nos jours il ne peut plus[211] rejeter son enfant, ni l'abandonner aussi simplement, ni même le vendre.

Il serait cependant inexact d'énoncer que c'est le père qui octroie la personnalité juridique à son enfant du seul fait de sa déclaration. Ce serait ignorer à cet égard la place que le père revendique au nom de son enfant non encore déclaré : une place au sein d'une société déjà existante : « *Le père déclarant introduit au monde son enfant né* »[212].

140. Le nouveau-né arrive dans un monde préalablement constitué de personnes. La loi lui reconnaît la personnalité juridique s'il est montré, prouvé, qu'il est vivant et viable. Il s'agit, par l'intermédiaire de l'acte de naissance, de reconnaître au nouveau-né la personnalité qui lui permet au final de s'intégrer dans la société préexistante à sa naissance.

Dans la mesure où la loi seule autorise d'attester de cette naissance, dans la mesure où elle seule donne acte de ce qu'une nouvelle personne est née, il s'impose de reconnaître que la naissance n'a d'impact juridique que sous réserve qu'elle remplisse les conditions fixées par elle.

Ceci étant, en allant au-delà de cette constatation, il n'est pas vain de se demander ce qu'il faut tirer de cet enseignement en s'interrogeant, d'un point de vue théorique et pratique, sur les incidences de ce constat.

---

[211] Il ne *doit* plus semble-t-il au vu des dispositions de l'article 56 du Code civil ; « *La naissance de l'enfant sera déclarée par le père…* ».

[212] L. FABIUS, J.-P. BRET : « *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir. Tome I* » ; Rapport de l'Assemblée Nationale, 6 mai 1998, p. 41.

141. La théorie générale de la loi veut qu'elle ait plusieurs grandes qualités et, principalement, un caractère obligatoire. Il est classiquement retenu que découle de ce caractère obligatoire une adhésion spontanée de la population à la loi qui organise ses rapports internes et ceux entre elle et l'autorité étatique. Or la loi est, selon l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 « *l'expression de la volonté générale* » et c'est en raison de ce que chacun reconnaît un peu de sa volonté dans la loi qui régit son comportement que la loi dispose de ce caractère obligatoire. Il y a ainsi, derrière chaque loi, l'expression de la totalité d'une population, d'une nation, d'une société.

En fin de compte, en s'appuyant sur l'idée selon laquelle il y a derrière chaque théorie une vérité pratique, il convient de reconnaître que lorsque la loi accorde la personnalité juridique à un nouveau-né, il s'agit d'une fiction juridique permettant à l'ensemble des personnes, dont la volonté est exprimée par la loi, d'accueillir en son sein une nouvelle personne.

142. Par ailleurs, il faut aussi examiner la situation en s'en tenant cette fois au plan de la pratique juridique, et notamment, puisque c'est souvent le cas, au plan de la pratique notariale en matière de liquidation de successions ou d'exécution de libéralités.

Il ne semble pas aisé de reconnaître à un être né, quand même il serait vivant et viable, une personnalité tant qu'elle n'est pas juridiquement prouvée, tant qu'elle n'est pas établie aux yeux de la loi, tant qu'elle n'est pas matérialisée par un acte concret qui en déclinerait et officialiserait les attributs.

Dans le temps, souvent court, qui s'étend entre la naissance et sa déclaration, et donc la matérialisation officielle de l'être au travers d'un nom, d'un prénom, d'une date et d'une heure de naissance et — le plus souvent — d'une filiation, il n'y a concrètement qu'une personne à venir. Avant qu'un acte soit rédigé, que la naissance soit prouvée, il existe un moment juridique où les droits de l'être né sont suspendus à la preuve légale de sa personnalité. En définitive c'est la création d'un état civil du nouveau né « *qui assure son intégration dans la société globale* »[213] : la société des personnes.

Une succession peut-elle être ouverte et liquidée ou une libéralité produire ses effets sans que l'identité de l'héritier ou du bénéficiaire puisse être établie, non en raison d'un document existant manquant mais parce que l'identité n'a pas encore été créée ?

[213] F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème éd. Dalloz 1996, p. 106.

Un notaire pourrait-il ouvrir une succession sur la simple foi de la déclaration d'une naissance immédiatement passée — ou immédiatement à venir — sans qu'il puisse mettre un nom et un prénom, et sans qu'il puisse s'assurer d'une filiation existante en lien avec le parent défunt ?

L'acte de l'état civil, rédigé, manifestation juridique du moment biologique de la naissance, est, seul, le signe que l'être humain s'intègre à la « *société globale* » des personnes.

143. Dans la mesure où c'est la loi qui accorde la personnalité juridique, il est raisonnable de considérer que c'est cette « *société globale* » des personnes qui accueille le nouveau né, en lui accordant cet attribut nécessaire à l'existence juridique.

La toute puissante place autoritaire du père médiéval ou romain s'est évanouie derrière une conception plus moderne de l'intégration juridique.

Ce faisant, il n'est pas illégitime de remarquer qu'en lui accordant ce caractère unique, la société puisse aussi décider de le faire rétroagir, ce qu'elle ne manque pas de faire quand elle estime que la personnalité remonte au moment de la naissance.

Mais pourquoi se contenter d'une rétroaction à la date de la naissance ? Pourquoi affirmer que si la personnalité est visible avec la déclaration de la naissance, elle naît au moment ou l'être humain apparaît au monde ?

L'acte de naissance rédigé prouve l'existence d'une personnalité juridique nouvelle. Mais l'idée principale selon laquelle cet acte donne également la date de la naissance de cette personnalité est-elle contestable ?

144. Il faut revenir sur les différents intérêts d'un acte de naissance.

Son premier intérêt pratique est de permettre d'avoir des renseignements clairs sur l'identité d'une personne et de tenir, pour chaque année civile, un état statistique des naissances concernant les ressortissants d'un pays. Le premier intérêt pratique d'un acte de naissance, ou plutôt de la tenue précise des actes de naissance, est un intérêt de police civile.

Le deuxième intérêt, tourné vers les tiers, est la publicité des actes, permettant, au vu des mentions marginales, de connaître l'état civil complémentaire d'une personne (reconnaissance postérieure, légitimation par mariage, annulation pour cause d'adoption, adoption, mariage, décès, PaCS).

145. Le troisième intérêt d'un acte de naissance se situe au plan individuel. Il permet d'établir la filiation, l'identification de la personne, et l'établissement de sa situation de naissance : situation dans le temps et dans l'espace.

Les registres de naissance font foi jusqu'à l'inscription de faux des actes[214]. Les indications qui y sont inscrites[215] ont une valeur probante absolue en ce qui concerne les énonciations liées aux dires de l'officier de l'état civil (date de l'acte, présence de témoins, nom et qualité de l'officier).

La valeur probante est moindre pour ce qui concerne les énonciations que l'officier de l'état civil était chargé d'inscrire sur la déclaration de la personne concernée[216] (identité de la personne déclarée dans l'hypothèse d'une naissance).

Les énonciations portées sur l'acte ont toutefois une force probante très élevée : il y a lieu de les présumer exactes, sincères et véritables. Elles donnent une valeur primordiale et rigoureuse aux données qu'elles relatent.

Notamment, elles confèrent une grande force à l'indication du lieu de naissance. De plus, sauf preuve contraire (difficile à apporter dans le cas d'un acte dressé) l'acte donne une date certaine quant à l'événement relaté, date de la cérémonie s'agissant d'un mariage, ou date du décès.

146. Pour ce qui concerne les actes de naissance, l'acte confère une date certaine à l'évènement biologique. Il n'est pas de son rôle, il n'est pas de son essence de conférer date certaine au début de la personnalité juridique. Il ne fait que constater et porter à la connaissance des tiers un fait, sans qu'il lui soit donné d'en tirer le moindre impact juridique quant à la personnalité de l'individu.

En cela, il est contestable que l'objet de la déclaration en mairie ait une importance particulière en raison de la limite qu'elle porte à la personnalité juridique du nouveau-né déclaré : « *Ces deux évènements* [la naissance et la mort] *qui marquent les points*

[214] Article 13 du décret n°62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil (JORF, 9 août 1962, p. 7918) : « *Les copies et les extraits des actes de l'état civil portant la date de la délivrance et revêtus de la signature et du sceau de l'autorité qui les aura délivrés feront foi jusqu'à l'inscription de faux.* ». Bien que l'article 13 du décret du 3 août 1962 ne mentionne que les copies ou les extraits, la règle de la force probante est *a fortiori* applicable aux registres eux-mêmes.

[215] Ou transcrites si les indications sont portées aux registres après un jugement supplétif.

[216] La jurisprudence reconnaît à toute personne ayant un intérêt légitime, de contester les énonciations portées dans l'acte en produisant la preuve contraire, même par témoin, sans inscription de faux (Cass. Civ. 1, 28 janvier 1957 ; Bull. Civ. I, n°43).

extrêmes de la vie juridique ont une telle importance, pour les tiers et l'ordre public en général, qu'ils doivent faire l'objet d'une déclaration… »[217].

Uniquement, cette date certaine pourra-t-elle permettre l'évolution du statut juridique de la personne révélée.

Il ne serait pas possible de déterminer les différentes étapes de l'existence juridique sans avoir un point de départ certain de la vie biologique. Or ces différents temps de vie sont nombreux. Que ce soit au plan des droits politiques (âge d'éligibilité aux différents mandats électoraux et âge d'obtenir le statut d'électeur), au plan des droits civils (nubilité, émancipation, majorité, capacité de discernement), ou encore au niveau du droit pénal (âge de la responsabilité pénale, âge limite d'incarcération d'un mineur…), la détermination exacte de l'âge est une donnée indispensable à l'évolution de la personne juridique dans la plénitude de ses droits et de ses attributs.

147. Certes est-il possible à la « *société globale* » des personnes de conférer un effet rétroactif à l'attribution de la personnalité juridique. Mais limiter cet effet rétroactif à la date de la mise au monde est une théorie qui donne trop d'importance à la seule naissance.

Celle-ci n'a pas d'impact juridique autonome, il est illusoire de vouloir lui consacrer une importance aussi grande que celle d'être le début de la personnalité juridique.

N'est-il pas envisageable de trouver avant la naissance le début de cette personnalité ? Est-il si incroyable de dire que l'enfant naît en droit avant de paraître à la vie aérienne ?

Une existence juridique prénatale peut-elle lui être accordée, à laquelle succéderait une vie aérienne, et où la naissance, entre l'une et l'autre, ne serait plus qu'un moment biologique, ce qui semble parfaitement cohérent avec son importance relative sur le plan du droit ?

À cet égard, il convient de noter qu'accepter l'idée de cette proposition revient à inverser la logique habituellement convenue. En effet, il est régulièrement relevé que la déclaration de la naissance n'est « *qu'un épisode* » qui survient nécessairement après « *l'instant fondateur de l'apparition biologique* »[218]. La logique s'inverse quand il est établi que la naissance, sans dénier son aspect biologiquement fondamental, n'est qu'un moment

[217] P. MALINVAUD : « *Introduction à l'étude du droit* » ; 9ème éd. Litec 2002, p. 202.
[218] L. FABIUS, J.-P. BRET : « *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir. Tome I* » ; Rapport de l'Assemblée Nationale, 6 mai 1998, p. 41.

juridique secondaire derrière l'importance de la reconnaissance, acte déclaratif de la personnalité juridique.

Or, comme tout acte déclaratif, l'acte de naissance a des effets qui débutent à un moment précis, nécessairement antérieur, qu'il faut déterminer.

§ 2 – La vie prénatale : apparition de l'enfant.

148. Il s'agit d'en revenir à la période de vie amniotique pour l'observer sous l'éclairage du droit.

Le regard du juriste s'est à plusieurs reprises posé sur ce temps d'existence. Le droit en a même gardé des traces, des vestiges (A).

Toutefois, l'avènement des technologies néonatales et des conceptions bioéthiques a montré que la fin du XX^{ème} siècle n'avait pas suffisamment appréhendé cette phase de la vie. Le droit en a limité la portée en décidant qu'une naissance efficace pouvait seule permettre à un individu d'être reconnu par lui comme une personne.

L'enfance et l'enfant n'existent qu'autant que la vie aérienne les a saisis. L'embryon et le fœtus sont relégués à une catégorie « *d'amas cellulaires* », ils sont *pars viscerum mulieris*[219], et sont partie intégrée de leur mère.

149. Le droit doit-il continuer à repousser la personnalité juridique de l'embryon humain ? Son étude ne semblait pas poser de soucis majeurs avant la loi de 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse. M. THÉRY affirmait à ce propos que « *le statut de l'enfant* in utero *paraissait clair : c'était celui d'une personne juridique (conditionnelle ou potentielle), et cela du premier au dernier jour de la gestation* »[220].

150. La question du début de la personnalité (et par là, celle de l'enfance) s'est renouvelée au cours du dernier quart du XX^{ème} siècle. La loi *VEIL* de 1975 a montré les contradictions qui existaient dès que les procédés abortifs étaient autorisés (encouragés par des raisons sanitaires et par des soucis de respectabilité de la loi pénale) tout en réaffirmant la primauté de la vie humaine.

[219] Ou *pars viscerum matris* : un morceau des entrailles de leur mère (G. RAYMOND *:* « *Le statut juridique de l'embryon humain* » ; Gaz. Pal. 1993, 1, p. 524).
[220] R. THÉRY : « *La condition juridique de l'embryon et du fœtus* » ; D. 1982, Chron. p. 231.

Les lois bioéthique de 1994 ont mis en lumière la fragilité (et donc le besoin de protection impératif) de la vie embryonnaire, fœtale, en réaffirmant la primauté de la vie, sans pour autant que soit remis en cause le droit à l'interruption volontaire de grossesse.

151. Il peut y avoir ici une contradiction juridique majeure, de même qu'il n'est pas impossible de penser qu'accorder la personnalité juridique à un embryon relève de la gageure. Cette personnalité anténatale serait effectivement compromise par la possibilité légale de la faire cesser sans encourir de répression pénale.

Considérer comme incompatible une personnalité juridique antérieure à la naissance avec le droit de l'interruption volontaire de la grossesse repose d'abord sur un postulat. Cela revient à penser que chaque grossesse est potentiellement interruptible. C'est ignorer la place prépondérante, d'ailleurs accordée par la loi, de la volonté de la mère.

Refuser la possibilité d'une personnalité juridique prénatale repose également sur l'idée d'un danger à la reconnaître. Mais ce danger, pour conditionnel qu'il soit, n'existe que si cette personnalité est considérée comme étant irréversible. Or la loi, mais aussi la jurisprudence ou la pratique, ont montré qu'il n'en était rien.

152. Certaines voix se sont élevées pour faire valoir qu'il était possible d'envisager une solution intermédiaire entre la négation de la personnalité de l'enfant non-né et son affirmation. À l'occasion de sa première délibération, le Comité consultatif national d'éthique a publié un avis « *sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques* »[221]. Dans ce rapport, il pense avoir trouvé une solution satisfaisante à la question de la personnalité du fœtus. Il énonce que « *L'embryon ou le fœtus doit être considéré comme* une personne humaine potentielle *qui est, ou a été vivante et dont le respect s'impose à tous* »[222]. Adoptée à l'occasion du premier rapport en 1984, l'idée de « *personne humaine potentielle* » eut de nombreux échos dans les rapports ultérieurs du Comité[223]. La satisfaction d'avoir trouvé une issue consensuelle à la question débattue de la personnalité du fœtus semble avoir occulté la nécessité d'une critique

[221] Comité consultatif national d'éthique : « *Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques. Rapport* » ; Avis n°1, 22 mai 1984.
[222] *Ibid.*, p. 2.
[223] Cf. notamment, Comité consultatif national d'éthique : « *Avis relatif aux recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques. Rapport* » ; Avis n°8, 15 décembre 1986, p. 3 ; Comité consultatif national d'éthique : « *Avis sur les réductions embryonnaires et fœtales, rapport* » ; avis n°24, 24 juin 1991, p. 1 ; Comité consultatif national d'éthique : « *Avis sur l'avant-projet de révision des lois de bioéthique* » ; Avis n°67, 27 janvier 2000, p. 2.

approfondie de la notion de « *personne potentielle* »[224]. Pourtant, l'idée ne résiste pas longtemps à un examen uniquement sémantique : l'adjectif « *potentiel* » exprime que l'objet auquel il se rapporte n'est que virtuel et n'a pas atteint le statut qui lui est prêté. En somme, une personne potentielle, par définition, n'est pas une personne. Si la notion dégagée par le Comité dès 1984 permet d'augmenter le respect dû aux embryons morts, elle ne répond aucunement à la question de la personnalité du fœtus.

153. La remarque de ce Comité d'expert sur la personnalité juridique montre qu'elle semble ouverte à l'embryon ou au fœtus, et que son apparition, sa prise en compte, dépendent en grande partie de l'autonomie de l'être conçu (B).

A – La période prénatale appréhendée par le droit

154. Il serait erroné d'affirmer que la période prénatale est ignorée par les disciplines juridiques. Ce serait faux dans la mesure où le droit l'a prise en compte précocement à l'époque du droit Romain, prise en compte qui perdure aujourd'hui sous la forme d'une maxime (1). Toutefois, concrètement, c'est uniquement sous l'angle de cet adage multiséculaire que le juriste donne des effets à cette période prénatale.

La jurisprudence a aussi eu à se mêler de l'existence du fœtus. Elle l'a fait en s'appuyant sur certains textes du Code civil, ce qui manifeste une faible prise de conscience juridique (2).

1. Un cantonnement aux maximes

155. La vie prénatale a vite été saisie par la cité. Il fut rapidement laissé une place importante à l'enfant porté par la femme. Bien que celui-ci ne vive pas encore de façon

[224] À noter toutefois, le Comité revient succinctement dans son rapport de décembre 1986, sur la notion de « *personne potentielle* ». Il rappelle que « *le Comité, dans son premier avis du 22 mai 1984, avait affirmé que l'embryon humain doit être reconnu comme une personne potentielle et que cette qualification constitue le fondement du respect qui lui est dû. Après un examen critique de cette énonciation à laquelle certains peuvent préférer celle de "potentialité de personne", le Comité maintient que cette affirmation, fondée en raison, doit être comprise comme l'énoncé d'un concept éthique. En effet, les indications fournies par la science, relatives aux différents stades du développement embryonnaire, outre leur caractère incertain et scientifiquement discuté, ne peuvent, par elles-mêmes, définir le ou les seuils d'émergence de la personne et fonder le respect qui lui est dû. Le Comité maintient que c'est dès la fécondation que le principe du respect de l'être humain en devenir doit être posé. Sans se prononcer sur les fondements ultimes de la personne, mais dans le respect de la diversité des options métaphysiques ou philosophiques, le Comité estime que le fondement et la mesure du respect dû à l'embryon peuvent être argumentés en raison. Il s'agit de prendre en considération, non seulement les significations anthropologiques, culturelles et éthiques du début de la vie humaine, mais aussi les conséquences ou les bouleversements que certaines pratiques ou recherches pourraient entraîner sur l'ensemble des représentations de la personne humaine* ».

autonome, sa situation a suscité l'intérêt de la philosophie grecque puis du droit dès les origines de la législation romaine.

L'enfant non né a une très forte probabilité de voir le jour et sa situation devait être prise en compte par le droit. Cependant, se contenter à l'époque de dire qu'il était réputé exister depuis sa conception se révélait contradictoire avec les grands principes philosophiques généraux. Cela contrariait en effet l'idée selon laquelle seule une volonté autonome peut se nuire. Le droit romain ne permettait d'agir au nom d'un être conçu qu'à condition que cela soit dans son intérêt.

Deux principes sont donc juxtaposés, le second conditionnant le premier. D'une part, l'enfant conçu est réputé né : « *Infans conceptus pro nato habetur* », d'autre part, cette fiction ne s'accomplit qu'à condition qu'il en aille de son intérêt : « *quoties de commodis ejus agitur* ».

Nécessaire un temps, cette maxime a vécu (a). Son étude à la lumière du droit et des mœurs du XXI^{ème} siècle est à même d'établir qu'aujourd'hui, elle survit (b).

a. La maxime « infans conceptus… »

156. L'Histoire donne des exemples de l'application de cette maxime.

À la mort du roi Louis X le Hutin, le 5 juin 1316, il n'y a pas de descendance masculine pour le trône. Le royaume devait donc en principe revenir au premier frère du défunt, Philippe. Mais la reine, Clémence de Hongrie, est enceinte du roi décédé et la légitimité de son beau-frère est aussitôt remise en cause. Philippe s'accommode de cette situation, se proclame régent du royaume et suspend son accession au trône à la condition que l'enfant à naître soit un garçon.

Le 15 novembre 1316, la reine donne naissance à l'enfant posthume de Louis X, un garçon qu'elle prénomme Jean, sitôt proclamé roi, la régence continuant d'être assurée par son oncle. Mais le jeune Jean I^{er} décède cinq jours après sa naissance, et finalement son oncle accède au trône. S'ouvre alors le règne de Philippe V le Long.

Il allait de l'intérêt de l'enfant d'être considéré comme né[225], et la maxime romaine s'est appliquée.

[225] À la condition, notable, que l'enfant naisse masculin.

157. Il se trouve, dans l'œuvre de PLUTARQUE, des évocations similaires d'une semblable situation. Il relate dans la « *Vie de Lycurgue* » l'histoire analogue de la naissance de Charilaos, fils posthume de Polydecte :

> « *Ce Prince* [Polydecte] *étant mort également peu de temps après, c'était, de l'avis général, à Lycurgue de régner ; et même, avant qu'on ne vît que la veuve de son frère était enceinte, il régna. Mais, dès qu'il s'aperçut de la grossesse de sa belle-sœur, il déclara que la royauté revenait à l'enfant à naître, si c'était un garçon.* […] *Il était précisément à table avec les magistrats, quand vint au monde l'enfant, qui était mâle ; et les serviteurs le lui apportèrent. Il le prit dans ses bras, à ce qu'on rapporte, et dit aux assistants :* « *Un Roi vous est né, Spartiates !* » *Il le fit ensuite coucher à la place du Roi et le nomma Charilaos* »[226].

158. Ces deux histoires de l'Histoire montrent qu'en fait de princes, l'enfant posthume pouvait succéder *ab intestat* à son prédécesseur.

Les textes romains, notamment le Digeste, indiquent de prime abord une contradiction entre l'enfant conçu qui n'est pas physiologiquement existant[227], mais qui est pourtant juridiquement considéré comme né[228]. La naissance de la maxime en tant que telle semble remonter au droit romain postclassique[229] avec son apparition formelle dans le Digeste de Justinien.

L'Ancien Droit a aussi reçu plusieurs applications de la maxime « *infans conceptus* », laquelle est relatée à plusieurs reprises par DOMAT, POTHIER ou encore COQUILLE.

159. Cet adage a survécu à la modernisation du droit et à la compilation du droit civil puisqu'il se retrouve — du moins par son esprit — au travers de certains articles du Code civil de 1804.

La théorie générale du droit civil considère que l'adage relève de la fiction juridique, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une « *technique législative qui consiste à déformer la*

---

[226] PLUTARQUE : « *Les vies des hommes illustres* » ; Ed. Gallimard, 1990.
[227] « *non in rerum natura, non, in rebus humanis* ».
[228] « *existimatur in rerum natura pro nato habetur* ».
[229] Dans sa thèse « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* », SÉBAG rappelle comment les compilateurs de Justinien, pendant la période postclassique du droit romain, ont « *interpolé* » les principes édictés par le droit classique pour finir par obtenir la maxime telle qu'on la connaît aujourd'hui (L. SÉBAG : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris 1936, pp. 29-36).

réalité pour lui faire produire des effets juridique considérés comme souhaitables et que la stricte analyse de la situation n'aurait pas permis d'appliquer »[230]. Il existe un exemple formel de la fiction juridique dans l'ancien article 739 du Code civil, avant sa rédaction issue de la loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant :

> « *La représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté* ».

Pour ne s'en tenir qu'à la définition littérale de la loi ou des dictionnaires, en tant qu'il s'agit d'un effet prévu par la loi, l'adage romain correspondrait à une fiction, à l'époque où il était inscrit dans la loi romaine. Mais aujourd'hui, n'étant pas inséré formellement dans le texte législatif, son caractère fictif (au sens juridique du terme) peut porter à discussion. Sauf à admettre que la volonté de l'homme puisse prêter à une situation juridique donnée un caractère fictif.

160. SÉBAG rapportait que cette fiction pouvait être analysée comme une fiction de substitution[231]. L'idée repose sur une substitution *a posteriori* de l'absence des existences (physiologique et juridique selon la dichotomie romaine) par une existence juridique sans l'existence physiologique.

En fait de substitution, c'est par rétroactivité qu'agirait cette fiction[232]. La personnalité de l'enfant non né serait accordée *a posteriori* au moment de la naissance à condition que cette rétroactivité soit dans son intérêt ; ceci implique que la rétroactivité ne soit pas complète et que la personnalité ainsi admise se limite à ce qui est dans l'intérêt de l'enfant.

L'apophtegme a de ce fait traversé le temps sans évoluer, et la philosophie romaine, attachée à cet adage, qui voulait que seule une volonté complète puisse se nuire, n'a guère plus évolué que l'adage lui-même.

161. Les législations européennes d'inspiration romaine ne se sont pas toutes, à l'image du droit civil français, embarrassées de cette pensée archaïque.

---

[230] CABRILLAC (dir) : « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » ; Litec 2002 p. 182.
[231] F. GÉNY : « *Science et technique en droit privé positif* » ; thèse Paris, 1924.
[232] L. LECOQ : « *De la fiction comme procédé juridique* » ; thèse Paris, 1914.

L'article 31 du Code civil suisse dispose par exemple que « *La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant ; elle finit par la mort. L'enfant conçu jouit des droits civils à la condition qu'il naisse vivant* »[233].

Les autres législations civiles européennes, beaucoup plus marquées par la période napoléonienne, disposent d'un Code civil assez proche du code français.

Il n'apparaît pas, dans le Code civil du Grand-duché du Luxembourg, ou dans le Code civil du Royaume de Belgique[234], d'article aussi tranché que l'article 31 du Code civil suisse. En revanche, il existe, dans le même ordonnancement, les articles 725, 906 et 961 tels qu'ils sont rédigés dans le Code civil français.

162. Les lois civiles européennes semblent avoir abandonné l'adage formel, et l'avoir intégré sous la forme de dispositions relatives aux successions et aux donations.

En la matière, la nuance est toutefois importante entre les dispositions de l'article 31 du Code civil suisse et les dispositions des autres codes civils européens d'inspiration napoléonienne.

Le code helvétique pose distinctement les limites de la personnalité juridique qui s'inscrivent *naturellement* entre la naissance et la mort. La période prénatale en est donc exclue, puisque par ailleurs le Code civil suisse n'accorde à ce temps qu'une jouissance de certains droits et soumet cette jouissance à la condition d'une naissance.

Les autres codes n'ont pas le mérite d'être aussi précis. En restreignant l'immixtion de l'adage latin au travers de trois articles[235], sans poser clairement les conséquences de la formule sur le droit positif et ses implications quant à la personnalité de l'individu, les droits français, belge ou luxembourgeois laissent la place à un débat sur la personnalité de l'enfant conçu.

Cependant, en inscrivant au travers de certains textes les idées de la maxime « *infans conceptus* » dans le droit positif, les codes ont du même coup écarté l'idée d'une fiction juridique, laquelle serait, selon SÉBAG « *de nos jours parfaitement inutile* »[236].

---

[233] Le Code civil suisse du 10 décembre 1907 entré en vigueur le 1er janvier 1912.
[234] Le Code civil français s'est imposé en 1804 à tous les départements de la République, parmi lesquels on recensait le Luxembourg et la Belgique.
[235] Quatre articles si l'on considère les dispositions de l'article 1165 du Code civil comme une expression de la condition contenue dans l'adage : « *Les conventions* […] *ne nuisent point aux tiers, et elles ne leur profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».
[236] L. SÉBAG : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris 1936, p. 37.

163. La sentence latine du droit romain a-t-elle disparu ? Le droit l'a-t-il reconnue « *parfaitement inutile* » ? Si tel était le cas, il ne saurait y avoir de justifications pour que certaines réminiscences en soient présentes dans les codes civils européens.

Il n'est pas aussi aisé d'abonder dans le sens de SÉBAG et de reconnaître que la fiction juridique découlant de l'antique adage soit « *parfaitement inutile* ».

Indépendamment de ses empreintes dans le Code civil français, il demeure au centre d'un effet que la loi attache à la situation incertaine qu'est la vie prénatale. La loi estime, au travers de certaines dispositions, qu'une personne qui n'existe pas physiologiquement au moment où doit s'exécuter une libéralité — ou une succession — existe juridiquement.

Est-il possible d'être plus proche de la définition même de la fiction juridique ? Il s'agit d'une corruption positive légale de la réalité afin de permettre la production d'effets juridiques.

164. En outre, l'auteur repousse le cœur de l'adage en estimant que le fait que « *la personnalité de l'enfant conçu ne* [puisse] *être invoquée contre lui* [est] *l'expression d'un principe de Droit supérieur dont les applications sont multiples* »[237].

Il s'agit là d'un postulat contre lequel de multiples illustrations se dressent.

À considérer même les exemples royaux auparavant cités, il n'est pas niable que si les princes avaient été des princesses leur personnalité aurait nécessairement été invoquée contre elles au profit de leurs parents. Ainsi, bien que considérées comme nées, leur personnalité les aurait écartées du trônes, ce qui ne serait pas allé en leur faveur. Que serait-il advenu si le descendant posthume de Louis X le Hutin avait été une fille ?

S'agissant d'un garçon, Il fut considéré comme né pour lui conférer rétroactivement — et finalement pour un temps très restreint — la couronne. Mais s'il s'était agit d'une fille, elle sans doute été considérée comme née pour l'écarter du trône et placer le pays entre les mains de Philippe V.

La même remarque pourrait être faite en considération de l'exemple grec. Si Charilaos avait été une fille, elle aurait été considérée comme née, mais son sexe l'écartant du trône, cela aurait été en considérant qu'il n'en allait pas de son intérêt.

[237] L. SÉBAG : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris 1936, p. 38.

165. La maxime romaine garde une utilité qui va bien au-delà d'une simple « *formule explicative* »[238], elle conserve à travers les siècles un pouvoir de référence et de réflexion qui a pu conduire à la rédaction de certaines dispositions civilistes et de leur interprétation.

La portée méliorative de la formule s'applique dans le cas des successions. Les dispositions du Code civil ne déclarent pas que les successions sont ouvertes aux enfants non nés, quand bien même seraient-elles déficitaires. Pourtant, la deuxième partie de l'aphorisme indique nécessairement qu'aucune succession non bénéficiaire ne peut échoir à un enfant qui n'est pas encore né. C'est d'ailleurs ce qu'exprime SÉBAG dans sa thèse quand il écrit que « *si les auteurs du Code civil dans les dispositions des articles 725 et 906 ont appliqué l'adage romain, c'est uniquement parce que selon l'esprit de l'adage, l'application était favorable aux intérêts de l'enfant* »[239].

« *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* » conserve aujourd'hui encore, plus qu'un rôle pédagogique ou purement explicatif, un rôle de guide dans l'application des dispositions du Code civil[240]. Elle en est l'esprit.

166. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre certaines décisions judiciaires qui ont eu à conjuguer le droit civil et l'existence prénatale.

Il est assez rare de trouver la sentence dans son énonciation latine[241], mais il arrive parfois, au détour d'un attendu de principe s'appuyant sur les articles classiques du Code civil, qu'un arrêt énonce que « *l'enfant conçu est considéré comme étant déjà né, en tant que son intérêt l'exige* »[242].

Cette maxime vit. Elle vit au côté des lois et aux côtés des juges qui les interprètent. Son importance demeure capitale aujourd'hui comme hier.

Pourtant, au XX^{ème} siècle, pour importante que sa place ait pu être, son influence en droit positif s'est considérablement réduite à des préoccupations matérielles relativement éloignées des débats doctrinaux au centre desquels elle se plaçait.

---

[238] L. SÉBAG : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris 1936, p. 37.
[239] *Ibid*., p. 69.
[240] « *… la valeur théorique de la démarche intellectuelle est intacte.* Infans conceptus *est une maxime interprétative obligatoire, qui a inspiré, jadis ou naguère, bien d'autres décisions…* ».
[241] C.A. Dax, 28 février 1901 ; mais aussi dans des tentatives d'assimilation de personnes morales à *l'infans conceptus* : Cass. Com. 15 octobre 1974 ; Bull. Civ. IV, 1974, n°247, p. 201 ; Cass. Civ. 1, 22 juillet 1987 ; Bull. Civ. I, 1987, n°258, p. 187 ; Gaz. Pal. 25 février 1988, n°55-56.
[242] Cass. Civ. 24 avril 1929 ; D. H. 1929, p. 298 ; Cass. Civ. 4 janvier 1935 ; D. P. 1935 p. 5 ; Cass. Civ. 2 juillet 1936 ; D. H. 1936, p. 506.

b. La survie de la maxime « infans conceptus… »

167. Le renouveau doctrinal de l'adage latin est survenu dans le milieu des années 1970 avec la loi sur l'interruption médicale de la grossesse. Comment concilier la personnalité juridique avec sa possible interruption avant la naissance ? Voilà la question qui renouvelait l'exercice du genre autour de la maxime.

Au côté des interrogations doctrinales, la jurisprudence s'est peu à peu éloignée du cœur du débat autour de la maxime pour s'en approprier les espèces plus matérielles.

Au centre de la maxime, il y a l'intérêt propre de l'enfant. Un intérêt qui s'attache en quelque sorte à sa personnalité même, en dehors des qualités de différents ordres que celle-ci pourrait lui apporter.

168. Avant la loi de 1972[243], la question de la nature de la filiation de l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage n'était pas résolue. Dans le cas du décès prématuré du mari de la mère avant la naissance de son enfant, il n'était pas évident que ce dernier soit un enfant légitime, l'apparence voulant qu'il ait l'air naturel.

Un arrêt prononcé le 2 juillet 1936[244] par la Chambre civile de la Cour de cassation a posé le principe de la légitimité de l'enfant, né après le mariage de ses parents, mais conçu avant, quand le mari de la mère était décédé avant sa naissance.

La solution adoptée par cette jurisprudence consistait à considérer comme né un enfant conçu avant le mariage, dans la mesure où il était de son intérêt de pouvoir succéder à son père présumé.

169. Cette affirmation trouva son apogée dans une jurisprudence postérieure des Chambres réunies de la Cour de cassation dans un arrêt du 8 mars 1939[245], sur renvoi après cassation[246].

Cette espèce relève d'un souci de rentes en matière d'accident du travail.

La précision de la chronologie des faits est ici d'une importance capitale.

Le 23 mai 1930, HÉRANVAL est victime d'un accident du travail. Le lendemain, il épouse sa maîtresse enceinte puis décède le 19 novembre de la même année des suites des

[243] Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 relative à la filiation (JORF, 5 janvier 1972, p. 145).
[244] Cass. Civ. 2 juillet 1936 *DEWALLE ;* D.P. 1936, 1, p. 118.
[245] Cass. Ch. R. 8 mars 1939 *HÉRANVAL ;* S. 1941, 1, p. 25.
[246] L'arrêt du 8 mars 1939 casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Caen du 20 juin 1935.

blessures occasionnées par son accident. Le 22 janvier 1931, naît une petite HÉRANVAL, soit 244 jours après le mariage. En la considérant comme légitime, c'est-à-dire conçue pendant le mariage de ses parents, les juges excluaient l'hypothèse qu'elle ait été conçue avant l'accident du mari de sa mère, ce qui impliquait qu'elle ne pouvait pas être considérée comme née, et elle ne pouvait pas prétendre à la rente accordée en cas d'accident du travail.

À l'inverse, en disant qu'elle avait été conçue avant l'accident du travail du 23 mai 1930, la légitimité liée à sa conception pendant le mariage des HÉRANVAL lui était refusée, elle devenait de ce fait une enfant naturelle non reconnue, et la succession du mari de sa mère lui échappait.

Pour résumer la situation, soit la Cour la considérait comme légitime, mais ainsi elle perdait ses droits sur la rente accordée pour les enfants conçus dans le cadre de la législation de 1898 sur les accidents du travail. Soit la Cour la considérait comme conçue à l'époque de l'accident du travail de son père, et elle perdait la légitimité liée à la conception pendant le mariage, et elle perdait ses droits à la succession de son père.

Le 8 mars 1939[247], la Cour reconnaît la légitimité de l'enfant. La solution découlait en quelque sorte des références jurisprudentielles antérieures. Mais la Cour innove. Elle reconnaît la légitimité de l'enfant et décide que ce trait caractéristique de sa personnalité est acquis depuis le moment de la conception. Cela a permis d'octroyer à l'enfant à la fois la légitimité l'autorisant à succéder à son père et une date de conception antérieure à la date de l'accident de travail.

170. La substance de cette espèce jurisprudentielle a été reprise par le législateur de 1972. L'article 314 du Code civil, issu de la loi du 3 janvier 1972, dispose dans son premier alinéa que « *l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage est légitime et réputé l'avoir été dès sa conception* ».

Une considérable latitude est donc offerte à l'enfant légitime de choisir la date de sa conception dans la limite posée par l'article 311 al. 1 du Code civil[248]. Il s'agit encore

[247] Les magistrats de la chambre civile de la Cour de cassation avaient eu à se prononcer antérieurement dans la même affaire. Leur arrêt du 4 janvier 1935, cassant l'arrêt rendu le 2 décembre 1931 par la Cour d'appel de Rouen, anticipait sur les dispositifs de celui de 1939 : « *On ne saurait, sans nuire à l'intérêt de l'enfant, dans les circonstances de fait ci-dessus précisées, faire état de la date de mariage de la mère, dont l'antériorité n'est exigée que comme condition de l'allocation de la rente au conjoint survivant de la victime…* » (Cass. Civ. 4 janvier 1935 ; D.P. 1935, p. 5.)

[248] Article 311 al. 1 du Code civil : « *La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième jour au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance* ».

d'une résurgence de la maxime romaine puisqu'il va de soi que l'enfant ne choisira sa date de conception qu'en tant qu'il en ira de son intérêt.

171. Le thème central de la jurisprudence de 1939 reposait sur la personnalité de l'enfant. Il advenait de décider si ses caractéristiques remontait à la conception ou non. C'est là le cœur de l'adage « *infans conceptus* », et il était normal que la Cour de cassation s'y intéresse et en donne la matière.

Mais depuis qu'elle a érigé comme principe qu'il appartenait à l'enfant, ou à ses parents, de déterminer la date de la conception en fonction des intérêts du mineur, les espèces tranchées par la Haute juridiction se sont limitées à des solutions pécuniaires et matérielles. De plus, l'analyse des arrêts établit que la question de l'application de l'esprit de la maxime se limite singulièrement à des soucis d'assurances et de rentes ou d'héritage.

172. L'article 3 de la loi du 9 avril 1898[249] prévoyait que l'accident mortel du travail ouvrait une rente aux enfants de l'accidenté, qu'ils soient nés ou simplement conçus. L'interprétation de la loi ne posait pas de problème quant à l'attribution de cette rente aux enfants posthumes.

La question soulevée reposait sur le moment des effets de la rente : date de naissance de l'enfant ou date du décès du père ? Relevant l'incertitude de la naissance de l'enfant, une Cour d'appel avait estimé que la rente ne prenait effet qu'à compter de la venue au monde du bénéficiaire. La Cour de cassation, réformant l'arrêt, estima au contraire que la prise en compte des intérêts devait remonter à la date du décès du père[250].

173. En outre, la maxime « *infans conceptus* » a trouvé de nouveau matière à application dans le cadre du droit des accidents du travail, en application de certaines dispositions du Code de la sécurité sociale.

Celui-ci dispose, dans la combinaison des articles L. 434-7[251] et L. 434-10[252], qu'une rente est ouverte aux enfants de la victime d'un accident du travail quand elle décède

[249] Article 3 de la loi du 9 avril 1898 : « *… pour les enfants légitimes ou naturels reconnus avant l'accident, orphelins de père ou de mère, âgés de moins de seize ans, il est alloué une rente…* ».
[250] « *… l'enfant conçu est considéré comme étant déjà né en tant que son intérêt l'exige et on ne saurait, sans nuire à son intérêt, reporter au jour de la naissance seulement le bénéfice d'un droit qui lui est acquis dès la mort de son père, sauf à ne produire d'effet définitif que s'il naît viable* ».
[251] Article L. 434-7 du Code de la sécurité sociale : « *En cas d'accident suivi de mort, une pension est servie, à partir du décès, aux personnes et dans les conditions mentionnées aux articles suivants* ».
[252] Article L. 434-10 al. 1 du Code de la sécurité sociale : « *Les enfants légitimes, les enfants naturels dont la filiation est légalement établie et les enfants adoptés ont droit à une rente jusqu'à un âge limite…* ».

des suites de l'accident. Cette combinaison de dispositions ne permet pas de distinguer s'il s'agit d'enfants conçus à la date de l'accident ou conçus à partir de la date de l'accident. La Cour de cassation trancha la question en admettant, classiquement, que « *… tous les enfants nés ou conçus à la date du décès de la victime…* » étaient bénéficiaires de la rente versée.

Ces différentes espèces sont des applications de la maxime romaine. Il est possible d'en relever encore des illustrations en matière d'assurance-vie.

174. Un arrêt du 10 décembre 1985[253] apporte un éclairage nouveau à l'application de cet adage. Les juges de la Première Chambre civile de la Cour de cassation estiment effectivement que la maxime doit trouver à s'appliquer malgré les termes clairs d'un contrat d'assurance-vie.

En l'espèce, l'employé d'une société décède dans un accident d'avion en mars 1980. Il laisse son épouse et un enfant commun ainsi que deux enfants d'un premier lit. Au mois de mai 1980, la veuve met au monde deux jumeaux et demande que le capital garanti par le contrat souscrit par l'employeur de son époux soit majoré de 60 %. Les stipulations du contrat prévoyaient que l'indemnité versée faisait l'objet « *d'une majoration de 30 % par enfant à charge étant précisé que ce terme désigne les enfants non salariés de l'assuré ou de son conjoint vivant au foyer de l'assuré* ».

La veuve, suite au refus de la compagnie d'assurance, porte son cas devant le Tribunal de grande instance de Paris. Elle invoque à l'appui de sa demande le principe issu de la maxime « *infans conceptus* ». Le Tribunal écarte sa demande dans un jugement du 29 octobre 1982.

La veuve relève appel de ce jugement. À l'appui de ses conclusions d'appel, elle trouve le renfort de l'avocat général près la Cour d'appel de Paris : M. PAIRE.

Il s'appuie sur la jurisprudence en matière d'accident du travail et d'autres en matière d'état civil. Son analyse, reprenant également les principes édictés par la philosophie grecque ou latine, s'achève sur des considérations simples. Il lui semblait qu'il était « *déraisonnable de prétendre qu'un enfant conçu (en l'espèce depuis plus de six mois) n'est pas* « à la charge » *de ses parents* ». Terminant son propos sur des « *motifs qui relèvent du simple bon sens* », il concluait à la réformation du jugement et à la majoration des indemnités allouées à la veuve de la victime et à ses enfants.

[253] Cass. Civ. 1, 10 décembre 1985 ; RTDCiv. 1987, p. 305 ; D. 1987, jur. p. 449.

175. La Cour d'appel de Paris n'a pas suivi les conclusions de son avocat général. Elle reprend les argumentations des premiers juges, énonçant par ailleurs que la clause contestée était rédigée dans des termes absolument dénués d'ambiguïté.

Les juges d'appel estimaient pourtant que la maxime « *infans conceptus* » était un « *principe de droit commun* ». La Cour repousse malgré cela l'application de ce principe en évoquant le fait que les enfants nés ou à naître du *de cujus* ne sont pas les bénéficiaires directs de l'assurance-vie. De sorte que, nés, à naître, sujets de droit ou non, la prise en compte des enfants, de tous les enfants, du défunt n'apportait rien au débat de la cause. Au surplus, les juges du second degré notent la précision des termes du contrat. Cela les conduit à écarter encore l'application de l'adage.

176. Il semble que, derrière le rappel sibyllin concernant le « *principe de droit commun* », figure un point de raisonnement important — peut-être trop rapidement éludé par les commentateurs[254] — qui déplace d'autant le problème de l'application de la maxime aux clauses contractuelles.

Il apparaît qu'en apportant cette dernière précision, les juges aient voulu attester de ce que le proverbe romain ne peut pas trouver à s'appliquer dans le cadre d'une manifestation contraire de la volonté des contractants. Aussi soulèvent-ils du même coup une question centrale : la maxime « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* » est-elle un principe supplétif ?

La réponse à une telle question ne peut pas être apportée par l'espèce de l'arrêt. Les termes de la convention, bien que « *dépourvus d'ambiguïté* », ne sont pas pour autant d'une clarté limpide. Il n'est pas certain qu'ils soient la manifestation non équivoque de la volonté de l'assureur d'écarter le cas des enfants simplement conçus de la possibilité de majoration du capital alloué.

Cette remarque est d'autant moins probable que les faits de l'espèce viennent combattre ce point. En considérant que seuls les enfants nés sont couverts par la majoration, et que c'est à leur unique profit qu'elle a lieu, cela aboutit, dans le cas présent, à les voir perdre ce bénéfice au profit des enfants à naître, leurs frères en l'espèce. L'économie générale du contrat d'assurance-vie de l'espèce ne va pas dans le sens de cette analyse. Il est certain, malgré l'apparente clarté des termes de la convention, que les majorations de la prime ont vocation à bénéficier à l'ensemble de la famille dans la composition où elle a été laissée à la

[254] C.A. Paris, 24 mai 1984 ; D. 1985, jur. p. 143, note E. FORTIS-MONJAL.

mort de la victime. Or ici, cette famille est composée, certes d'une veuve et de trois enfants vivants à son foyer, mais aussi de jumeaux en gestation.

177. La Cour de cassation n'a pas opté pour le raisonnement adopté par la Cour d'appel de Paris. Elle a estimé que la prise en compte des enfants « *à charge* » devait se faire à la date du décès et conformément aux principes généraux, « *spécialement à celui d'après lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt, étant observé que la majoration* […] *est destinée à faciliter l'entretien de ces enfants* ».

Du même coup la Cour de cassation justifie l'application de « *infans conceptus pro nato habetur* » par le fait que cette majoration est destinée à faciliter l'entretien des enfants à naître : « *quoties de commodis ejus agitur* ».

L'arrêt rappelle qu'il s'agit d'un principe général du droit. Ce faisant, elle le place au-dessus de la volonté des parties. Elle répond ainsi aux doutes envisageables en lisant l'arrêt d'appel : la maxime « *infans conceptus* » est d'ordre public. De cette façon, elle ne saurait être écartée par le jeu de la rencontre de volontés (dans le cadre d'un contrat) ou par le biais d'une volonté individuelle (une personne ne peut pas écarter de sa succession un enfant à naître).

L'application de l'antique adage se trouve également en droit de la filiation.

178. En droit de la filiation, la maxime s'est-elle appliquée comme l'évoque l'avocat général PAIRE dans ses conclusions à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 mai 1984 ? Dans son intervention, l'homme de loi énonce qu' « *on trouve encore dans un arrêt de la Chambre civile du 7 juillet 1910*[255] *qu'un enfant était réputé adultérin si, au moment de la conception, le père ou la mère était marié avec un tiers, bien que, au moment de la naissance, ils fussent libres de tout lien conjugal* »[256].

Une allusion similaire est visible dans la note que l'avocat général a rédigée à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation[257] dans la même affaire : « *un enfant a été réputé adultérin parce qu'au moment de sa conception, son père ou sa mère était marié avec un tiers* ».

Ce constat et ces évocations sont troublants, car il est difficile de considérer, de prime abord, qu'il soit dans l'intérêt d'un enfant d'être considéré comme né sous prétexte qu'il a été conçu adultérin.

[255] Cass. Civ. 7 juillet 1910 ; D. 1912, jur. p. 62.
[256] C.A. Paris 24 mai 1984 ; Conclusions G. PAIRE ; D. 1985, jur. p. 143.
[257] Cass. Civ. 1, 10 décembre 1985 ; D. 1987, jur. p. 449 (note G. PAIRE).

Il est même judicieux d'estimer, sous un premier regard, que l'application dans une telle éventualité de la maxime va, précisément, à l'encontre des intérêts de l'enfant.

179. Dans le cas d'espèce qui a conduit à l'arrêt de 1910, un homme décède en laissant pour héritiers deux enfants d'une première union et un enfant légitimé par un second mariage. Il léguait également à sa seconde épouse une somme dont le montant devait doubler si les enfants nés de la première union venaient à contester la légitimité de l'enfant né de la seconde. Or c'est précisément ce qui se produisit.

En effet, la première épouse du père décède au mois d'août 1896. Le dernier enfant du second lit naît à la fin du mois de septembre 1896, il est reconnu puis légitimé par le mariage de ses parents. Or l'enfant naissant seulement une cinquantaine de jours après la mort de la première épouse de son père, il a nécessairement été conçu alors que son auteur était marié à une autre femme que la mère de l'enfant.

A l'époque, les articles 331[258] et 335[259] du Code civil s'appliquaient dans leur rédaction d'origine. De la conjugaison de ces deux dispositions, la Cour de cassation tire la conclusion suivante :

> « *Pour résoudre la question de savoir si un enfant est ou non issu d'un commerce adultérin, il y a lieu de considérer l'époque de sa conception et non celle de sa naissance* ».

Appliquant sa conclusion aux faits, la Cour énonce que « *l'arrêt attaqué, en déclarant nulles la reconnaissance et la légitimation, a fait une exacte application des articles 335 et 331 du Code civil* »[260].

Par ces motifs, annulant la reconnaissance de l'enfant par son père biologique, la Cour de cassation l'exclut de la succession de son auteur[261].

180. Comment justifier, dans cette affaire, l'application de « *infans conceptus* » ?

---

[258] Ancien article 331 du Code civil : « *Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration* ».

[259] Ancien article 335 du Code civil : « *Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin* ».

[260] Cette solution semblait globalement admise par la doctrine de l'époque et appuyée également par une jurisprudence constante : Cass. Civ. 28 juin 1869 ; D.P. 1869, 1, p. 334 ; Cass. Civ. 25 juin 1877 ; D.P. 1878, 1, p. 362 ; Cass. Civ. 10 novembre 1907 ; D.P. 1908, 1, p. 15.

[261] Ancien article 762 du Code civil : « *Les dispositions des articles 757 et 758* [relatifs aux successions des enfants naturels] *ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux…* ».

La mise en place traditionnelle de la maxime aurait exigé que soit repoussée cette solution afin de permettre à l'enfant adultérin de pouvoir prendre part à la succession de son auteur. Il aurait été possible dans cette situation de rendre caduque sa filiation légitime au profit d'une filiation naturelle non adultérine afin de ne pas écarter totalement l'enfant. Mais il semble qu'ici, l'intérêt de l'enfant n'ait pas été pris en compte de cette façon. Il apparaît qu'en réalité, la maxime ne se soit qu'à moitié appliquée. La Haute juridiction a considéré que l'enfant était réputé né adultérin parce que conçu dans le cadre d'une relation nécessairement adultère. Les juges font fi de son intérêt à hériter la part qui lui revenait en tant qu'enfant légitimé, et écartent même la solution qui aurait consisté à lui attribuer une filiation naturelle.

181. Regarder cette espèce de façon plus froide, et finalement moins vénale, permet de s'interroger sur l'existence possible d'une gradation dans le domaine des intérêts requis pour que la maxime s'applique entièrement. La Cour de cassation a-t-elle pu juger qu'il existait un intérêt supérieur à celui d'être habile à succéder à son auteur ?

L'affaire ne se situait d'ailleurs pas absolument sur le domaine du droit des successions, mais dans le cadre du droit de la filiation. Certes, les questions de filiation sous-tendaient-elles les intérêts pécuniaires des parties en présence, de sorte qu'il existait en l'espèce une pluralité d'intérêts à être considéré comme étant né.

Où se situait alors l'intérêt permettant l'application intégrale de l'adage ?

Était-ce d'être considéré comme avoir été conçu légitime afin de pouvoir bénéficier de la succession de son auteur ou bien était-ce d'être considéré comme avoir été conçu adultérin, afin d'avoir un état de naissance conforme à la réalité biologique de sa filiation ?

En estimant que l'intérêt financier est d'un ordre supérieur à l'intérêt d'avoir un état de filiation cohérent au regard de la réalité biologique, alors la solution de l'arrêt du 7 juillet 1910 ne se comprend guère. En revanche, en estimant que l'intérêt d'une personne est d'avoir un état conforme à sa réalité biologique, alors l'arrêt retrouve toute son autorité.

182. Diverses dispositions du Code civil permettent à l'enfant, à ses auteurs ou parfois à tout intéressé, de contester un état afin de le mettre en conformité avec la vérité biologique. Cet esprit traditionnel du droit de la filiation a sans doute pénétré l'arrêt de 1910. Les juges de la Chambre civile de la Cour de cassation ont considéré que l'intérêt d'un enfant était avant tout d'avoir une filiation conforme à la vérité.

Cependant, en annulant la reconnaissance et la légitimation par le mariage subséquent de ses parents, la Cour n'a pas vraiment consacré l'exactitude de la filiation de l'enfant. Elle n'a fait que lui supplanter un segment d'état, voulu par le Code civil de l'époque, qui efface les liens avec le père pour ne faire subsister que ceux avec la mère. Ainsi, un enfant adultérin ne peut avoir qu'une moitié de filiation, à l'égard uniquement du parent qui n'a pas pu ne pas le reconnaître : la mère.

Ici, la Cour a déformé la réalité biologique de l'enfant pour produire des effets juridiques considérés comme souhaitables par le biais de la fiction juridique instaurée par « *infans conceptus* ». La Cour a installé, à la place de la filiation réelle de l'enfant, une filiation fictive. Dans cette espèce, une fiction s'installe grâce à une autre fiction qui se fonde sur un intérêt lui-même fictif.

183. Vue avec le regard du XXI^{ème} siècle, cette solution peut surprendre ou même choquer ; elle peut sembler assez loin de ce que les juristes modernes entendent par « *intérêt de l'enfant* ». Du reste, elle ne s'appliquerait plus compte tenu qu'un enfant adultérin peut aujourd'hui succéder à son auteur, à part égale des autres héritiers réservataires (sous la condition qu'il soit reconnu). Mais le Code civil de 1910 est encore marqué par l'empreinte napoléonienne, il est encore placé sous l'empire du *paterfamilias* pour l'honneur duquel de nombreuses dispositions sont prévues.

La question centrale se repose ici : quel intérêt est protégé ? Il n'est pas évident qu'il ait été de l'intérêt de l'enfant d'être considéré comme adultérin pour mettre en œuvre la maxime latine.

184. Ces multiples jurisprudences sont riches d'enseignement.

Tout d'abord, elles apportent des éclaircissements sur la place de la maxime dans l'ordonnancement juridique. Cette maxime est d'ordre public, elle va au-delà d'une simple valeur pédagogique. Elle s'impose aux parties qui ne peuvent pas l'écarter.

En revanche, le proverbe latin n'est pas à même d'évincer la rigueur de la loi. Les dispositions en matière de filiation ne sauraient être tenues en échec pour privilégier un intérêt financier de l'enfant.

185. Toutefois, précisément en regard de ce dernier intérêt, il est constant de remarquer que l'intérêt à être considéré comme né, va de plus en plus souvent de paire avec des

considérations patrimoniales qui ne sont pas nécessairement liées au patrimoine de l'enfant à naître.

Dans l'hypothèse de l'assurance-vie souscrite par l'auteur de l'enfant conçu, il est perceptible que la Cour de cassation, pour justifier le mécanisme de « *infans conceptus* », déduit l'intérêt de l'enfant de son entretien par l'entremise du patrimoine de sa mère.

En fait de rente, ou d'assurance, l'intérêt d'être considéré comme né est indirect. C'est par l'intermédiaire du patrimoine de son parent que l'intérêt de l'enfant est sauvegardé. Si cette remarque est appliquée à la traduction juridique de la maxime, l'enfant est considéré comme né chaque fois qu'il y va du profit qu'il peut tirer de l'intérêt direct de son auteur.

Dans cette situation, le patrimoine de l'enfant conçu n'est pas atteint, seul celui de sa mère est considéré. En fin de compte, l'application de la fiction juridique n'entraîne que des conséquences extrêmement limitées.

186. La situation est radicalement différente dans le cas où c'est le patrimoine même de l'enfant conçu qui est visé, quand même serait-il né depuis. Si le patrimoine de l'enfant conçu est concerné par une libéralité ou par une succession *ab intestat*, son intérêt financier s'estompe derrière des intérêts plus centraux, comme l'établissement préalable de la réalité de la filiation.

Il existe donc bien une échelle dans l'intérêt de l'enfant conçu à naître selon que son patrimoine propre est atteint ou non.

187. Tout porte à penser qu'avant de mettre un patrimoine à l'actif d'un être conçu, la jurisprudence ait à cœur de vérifier que ce patrimoine lui est bien dévolu en considération de sa filiation. De fait, l'application de la fiction juridique, sans prendre en compte des éléments extérieurs, entraînerait des troubles juridiques plus importants.

Quand au contraire l'enfant conçu ne fait que tirer profit d'un patrimoine qui lui échappe, la question de son existence au moment de la conception se limite à des considérations financières.

188. « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* » connaît donc des applications diverses, à des niveaux différents par rapport à la personnalité propre de l'enfant. Son adaptation aux modalités d'un droit moderne a conduit à l'examiner à la lumière de son patrimoine ou de celui de ses parents pour prendre en compte son application réelle.

Les leçons à tirer de ces applications sont grandes.

Mais au strict plan de l'existence de la personnalité, les différents exemples issus de la jurisprudence ne sont pas à même d'informer sur le moment, sur l'instant de l'apparition de la personnalité.

Les interprétations civiles de la maxime au travers de certains articles du Code civil sont plus pertinentes. Bien que la prise de conscience par le législateur ait été timide.

2. La prise de conscience législative

189. Le législateur de 1804 n'a pas souhaité oublier le précepte romain. Il l'a intégré, partiellement ou totalement, dans certaines dispositions du Code civil. Les plus notoires sont les articles 725[262] et 906[263] du Code civil. Mais, des aperçus de la maxime existent dans d'autres articles plus épars dans le code, que ce soit en matière de filiation (avec la notion de période légale de conception contenue dans l'article 311 du Code civil), ou en matière de droit des obligations (au travers de l'article 1165 du Code civil).

La transcription de l'adage romain dans le droit civil écrit français a considérablement réduit sa portée d'origine (a). Le droit civil a notamment limité son existence à des préoccupations patrimoniales, que ce soit par le droit des libéralités, des successions ou des obligations.

En s'appuyant cependant sur des combinaisons d'articles, un certain courant jurisprudentiel a rendu au proverbe multiséculaire des accents proches de son originalité, en lui permettant de se centrer sur sa vraie utilité : déterminer au mieux le début de la personnalité juridique (b).

a. La restriction de la portée de la maxime

190. « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* » est une locution latine qui porte en elle la reconnaissance d'une personnalité dès qu'un intérêt positif est mis en évidence la concernant.

---

[262] Article 725 du Code civil issu de la rédaction de la loi du 3 décembre 2001 : « *Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ».

[263] Article 906 du Code civil : « *Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.*
Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.
Néanmoins la donation ou le testament n'auront d'effet qu'autant que l'enfant sera né viable ».

Le fondement théorique de cet adage se situe au plan de la reconnaissance d'une personnalité anténatale, l'intérêt énoncé ne portant que comme une condition de l'application du proverbe. Aussi la phrase peut-elle être vulgairement traduite ainsi « *Si un intérêt positif existe au profit d'un individu, une personnalité doit lui être reconnue avant sa naissance* », ce que les cours et les tribunaux ont juridiquement traduit.

Il est ordinairement retenu que les dispositions des articles 725[264] et 906 du Code civil sont des applications concrètes de l'apophtegme romain. Ainsi M^me^ FORTIS-MONJAL a-t-elle eu l'occasion de noter que « *le Code civil l'a directement consacrée dans les articles 725* […], *906 al. 1^er^* […], *et 961* »[265].

Cette vérité doit être examinée, d'une part, la consécration par le Code civil n'est pas aussi directe qu'il y paraît et d'autre part, n'étant pas complète, le sens premier de l'adage est corrompu, voire inversé.

191. Pour revenir sur l'aspect direct de la consécration de « *infans conceptus* » dans le Code civil, il est intéressant de constater que les articles 725 et 906 (ainsi que 961) n'en sont pas de strictes traductions. Clairement, ils n'en sont que des applications à des domaines limités à des questions patrimoniales. M. PAIRE illustre cela quand il énonce dans ses conclusions que « *le Code civil a consacré des solutions qui en sont des applications…* »[266].

De même, SÉBAG ne considérait ces dispositions civilistes que comme « *une illustration de cette idée* »[267].

Au reste, il s'agit probablement d'un abus de langage de dire que le Code civil a directement consacré l'adage.

D'abord, si tel avait été le cas, les rédacteurs de 1804 (et à leur suite, ceux des multiples réformes du Code) auraient pris soin de transcrire concrètement le sens de la sentence.

Ensuite, s'ils l'avaient consacrée directement, ils l'auraient érigée en principe général (au même titre que certaines dispositions de droit des obligations).

[264] Dans sa rédaction antérieure à la loi du 3 décembre 2001.
[265] E. FORTIS-MONJAL : note sous C.A. Paris, 24 mai 1984 ; D. 1985, jur. p. 143.
[266] G. PAIRE : Conclusions ; C.A. Paris, 24 mai 1984 ; D. 1985, Jur. p. 143.
[267] L. SÉBAG : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris 1936, p. 38.

Enfin, si leur volonté avait été d'être aussi directs dans cette disposition, elle ne se serait manifestée qu'une fois, dans le cadre d'un article unique et non au sein d'une pluralité d'articles.

Il convient alors d'écarter l'idée d'une transcription littérale de la maxime dans le Code civil et de constater une première restriction de sa portée, le législateur ayant limité ses effets. A-t-il craint que les effets dégagés par la pratique soient néfastes et sèment le trouble dans la bonne application du droit ?

192. Les dispositions habituellement retenues comme des manifestations de la formule latine n'en sont finalement que des illustrations, limitativement énoncées par le législateur. Elles sont des exemples concrets d'applications d'une généralité.

Un point de vue périphérique sur ces articles du Code civil montre que la loi a voulu limiter l'application de « *infans conceptus* » à des thèmes patrimoniaux.

Que soient considérés les termes de l'article 725 du Code civil, ceux de l'article 906 ou encore ceux de l'article 961, il n'y paraît que des questions d'ordre patrimonial. Cependant, les deux premiers textes ne traitent pas directement de questions patrimoniales. Ils concernent surtout la capacité d'une personne à recevoir par succession ou par libéralité ; et plus précisément la capacité d'une personne non-née à succéder à son auteur ou à bénéficier d'un legs.

Il s'agit d'une analyse à la marge des problèmes patrimoniaux. Ils traduisent un principe général qui trouve à s'appliquer ici : il est impossible de succéder sans exister. C'est d'ailleurs l'analyse d'un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 22 juillet 1987 :

> « *L'article 906 traduit le principe fondamental suivant lequel il ne peut exister de droit sans sujet de droit…* »[268].

L'étude est à ce point marginale que l'arrêt du 22 juillet 1987 ne traite pas d'un problème de personne non-née mais du problème d'un legs fait à une fondation qui n'existait pas au moment du décès du testateur. Les demandeurs au pourvoi ont donc utilisé l'article 906 du Code civil en l'approchant (à tort selon la Cour de cassation) de la personnalité morale.

[268] Cass. Civ. 1, 22 juillet 1987 ; Bull. Civ. I 1987, n°258.

Il ne semble pas qu'il existe d'autres jurisprudences en relation avec les articles 725 ou 906. De sorte que l'analyse soit tellement marginale qu'elle ne se soit pas encore posée en jurisprudence, du moins pas en ce qui concerne une personne physique.

La reconnaissance par ces dispositions d'une personnalité anténatale se pose sous un angle particulièrement aigu.

Il ne s'agit d'ailleurs pas, concrètement, de reconnaître une personne comme il est d'usage de le faire : en lui attribuant un état et une filiation. Il s'agit de donner une personnalité en réglant un problème patrimonial de taille, de façon que, l'issue de ce problème de droit des biens entraîne des conséquences sur la personnalité.

193. Il n'est pas exact de dire, avec M. GRIDEL[269], que les textes sur la capacité d'hériter ou de succéder permettent de mettre à l'actif d'un enfant conçu des droits quelconques. La question ne se pose pas en ces termes.

Cela supposerait en effet la préexistence d'un patrimoine à garnir. Or, le patrimoine, en tant qu'il est indissociable d'une personnalité, et que la personnalité est indissociable du patrimoine dont elle est une composante essentielle, se définit ainsi :

> « *Ensemble des droits et des obligations d'une personne considéré comme une universalité* »[270].

Il n'est point de personne sans patrimoine ni de patrimoine sans personne.

Les énonciations des articles 725 et 906 du Code civil qualifient une personne non en fonction de son individualité propre mais selon son patrimoine. Car l'intérêt est là, ces articles autorisent d'une part à créer un patrimoine (et par là même une personne), d'autre part de créer un patrimoine incomplet (qui ne peut qu'être bénéficiaire puisque l'intérêt de la personne ne peut pas être négatif), et de troisième part de le garnir d'une succession ou d'une libéralité.

194. S'agit-il vraiment d'une illustration de l'adage « *infans conceptus* » ? Ce n'est pas certain puisque la création de l'intérêt est concomitante à celle de la personne, ce qui pourrait sans mal permettre d'estimer que la personne suit la création de l'intérêt considéré.

Quand bien même existerait-il là une illustration de la maxime, celle-ci n'en serait qu'une manifestation restrictive, s'intéressant moins à la personne qu'au patrimoine qui

[269] « *La part de succession du défunt était rentrée dans son patrimoine avant qu'il fût né* » (J.-P. GRIDEL : « *Introduction au droit et au droit français* » ; Dalloz, 1993 ; p. 724).
[270] R. CABRILLAC (dir) : « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » ; Litec 2002 p. 283.

l'étaye. Par ailleurs, dans le Code civil, il n'est pas fait tellement cas de la personnalité conditionnée à l'existence d'un intérêt, comme l'entend « *infans conceptus* ». Le fait est que simultanément, l'intérêt[271] crée la personnalité, il n'est pas exact d'affirmer que l'intérêt est une condition de la reconnaissance de la personne.

195. L'attention portée à l'enfant conçu dans le Code civil montre que la maxime romaine a perdu énormément de sa portée dans sa transcription en droit positif.

Tandis que la personnalité juridique de l'enfant conçu se trouve placée au cœur de l'adage ancestral, son existence se trouve en second plan dans les dispositions du Code civil, derrière le problème de la création du patrimoine. Comment saurait-il en être autrement dans la mesure où les dispositions qui sont l'illustration de la maxime sont contenues dans des titres du Code relatifs, non à la personne, mais aux « *différentes manières dont on acquiert la propriété* » ? Dans ces lignes ou dans ces pages, la personnalité n'est qu'une condition à la création première du patrimoine, et non le contraire. Or la maxime, précisément, dispose l'inverse : l'intérêt (essentiellement financier dans le Code civil) doit se poser comme condition de l'établissement de la personnalité.

196. Cette inversion de la maxime est également présente dans la syntaxe même de l'ancien article 725 al. 1 du Code civil : « *Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession* ». La constatation est éloquente, la proposition de la maxime est inversée. C'est l'existence qui détermine l'intérêt et non l'intérêt qui conditionne la personnalité. Il ne semble pas que la rédaction de l'article issue de la loi du 3 décembre 2001 ait modifié l'inversion de la proposition romaine.

197. Au contraire, le nouvel article 725 du Code civil établit encore plus clairement le renversement de la proposition romaine :

> « *Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ».

Dans cette nouvelle énonciation de l'article, l'intérêt de l'enfant, matérialisé ici par l'habileté à succéder à son auteur, est conditionné à une naissance ou à une conception. Dans ces lignes, l'esprit de la maxime est corrompu et inversé.

[271] En l'espèce, l'ouverture positive d'un patrimoine incomplet.

Un semblable examen s'impose pour les dispositions de l'article 906 du Code civil. Qu'il s'agisse de l'efficacité d'une donation (al. 1) ou d'un testament (al. 2), elle est subordonnée à une existence de la personne.

198. Il y a derrière cela une certaine cohérence civiliste classique qui consiste à estimer que la personne doit préexister à l'intérêt financier qui créera son patrimoine propre. Mais l'effet rendu n'est pas sensible dans les textes. Il devient difficile de dire avec précision si l'intérêt crée la personne ou si c'est l'inverse.

Quoiqu'il en soit, le constat reposant sur l'idée que « *infans conceptus* » ait été traduit dans le Code civil s'avère de plus en plus contestable.

De même, affirmer que les articles 725 et 906 du Code civil sont des illustrations de la célèbre phrase, est une position également discutable.

Il s'agit tout au mieux d'une manifestation très restrictive de l'esprit antique. Le législateur n'a apparemment pas voulu donner à ces textes la portée initiale de la maxime. Il a probablement voulu restreindre ses effets à des questions patrimoniales assez éloignées du sens d'origine du proverbe.

Pourtant, la présence en droit positif de cet esprit premier de la maxime est réelle. Les tribunaux et les cours ont su, avec le temps, redonner à la pensée romaine un sens que la législation civile avait perdu.

b. L'évolution jurisprudentielle de la maxime

199. Dès le XIX^{ème} siècle, se réalisait une prise de conscience de la place considérable que prenaient les intérêts financiers dans la vie quotidienne des hommes.

La sagesse des indiens d'Amérique est consciente de cet état de fait, et estimait que le jour où tout ce qui est nécessaire à la vie physique sur terre aura disparu, l'homme « *saura que l'argent ne se mange pas* ».

Certes, les préoccupations amérindiennes de la fin du XIX^{ème} siècle étaient loin des soucis mercantiles de leur époque. Il n'en est pas de même dans les sociétés modernes qui vivent dans ces mêmes périodes une extraordinaire mutation industrielle et technologique. L'argent est, plus que jamais, au cœur des hommes, il s'insinue de plus en plus dans le droit qui doit prendre en compte cette nouvelle problématique.

Pour cette raison, il semble que le législateur ait souhaité limité à des questions financières, l'application de « *infans conceptus* ».

200. Mais si le droit est vivant, ce n'est pas tant grâce à la rigidité de certains textes, que par la capacité d'adaptation de la jurisprudence. Or en fait d'appliquer la sentence latine à des situations factuelles purement financières, elle a pu influer sur le droit pour donner à certains textes civils des assouplissements qu'ils n'avaient pas prévus.

PORTALIS en était conscient, qui voyait dans l'office du juge la faculté de déceler les inconvénients d'une loi trop inflexible. Il était bien au fait que « *s'il est possible* […] *de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir* »[272].

Il est arrivé, que la jurisprudence détermine la filiation d'un individu à partir, non du moment de la naissance, mais à compter de l'instant (fictif) de sa conception. Elle a pu de la sorte écarter une filiation légitime par légitimation au profit d'une filiation naturelle adultérine, écartant ainsi l'enfant de la succession de son père. Ici est présent un premier exemple où l'intérêt financier n'est pas pris en considération pour appliquer l'esprit de la maxime.

201. Dans un arrêt du 29 juin 1965[273], la Première Chambre civile de la Cour de cassation a examiné la situation d'un enfant qui réclamait une filiation adultérine au lieu d'une filiation naturelle simple sur le fondement de l'ancien article 342[274] du Code civil concernant une action à fins d'aliments.

Cependant, l'espèce se situait essentiellement sur un rapport pécuniaire dans la mesure où l'action aux fins d'aliments de l'époque ne permettait pas l'établissement de la filiation adultérine. Il n'en demeure pas moins que les attendus de l'arrêt ne sont pas clairs et qu'il semble bien que la Haute juridiction ait hésité entre l'existence d'un lien biologique et l'existence d'un lien de filiation. La Chambre civile fait un amalgame entre l'enquête ordonnée par la cour d'appel « *sollicitée pour prouver l'existence d'un lien du sang entre cet*

[272] J.-E. PORTALIS : « *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* », prononcé le 21 janvier 1801 devant le Corps Législatif (F. PORTALIS : « *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* » ; Joubert 1844).
[273] Cass. Civ. 1, 29 juin 1965 ; Bull. Civ. I, 1965, n°432.
[274] Ancien article 342 du Code civil : « *... Les enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin pourront néanmoins réclamer des aliments sans que l'action ait pour effet de proclamer l'existence d'un lien de filiation dont l'établissement demeure prohibé* ».

enfant et le père prétendu » et leur décision qui consistait à « *décider que l'enfant avait intérêt et était recevable à réclamer la qualité d'enfant adultérin* ».

La Cour distingue donc deux situations, d'une part le « *lien de sang* » qui exclut la recherche d'un lien de filiation, et d'autre part « *la qualité d'enfant adultérin* » paraissant établir un lien de filiation, classique.

202. Les termes employés par l'arrêt sont ambigus, ils portent à croire que l'intérêt de la jeune fille était avant tout d'être reconnue juridiquement comme adultérine avant de pouvoir prétendre aux aliments que lui promettait l'ancien article 342 du Code civil. L'importance de la qualité d'enfant adultérin peut être remise en question ici, les énonciations de l'arrêt montrent que l'enfant aurait tout aussi bien pu être déclarée comme enfant naturel simple. Le choix du moment de la conception appartenant à la mère de l'enfant pendant sa minorité, ce choix aurait pu être motivé par une volonté de rapprocher la qualité judiciairement déclarée de la réalité biologique de l'enfant.

Cet arrêt de 1965 se trouve à la frontière entre ce qui relève du pécuniaire et ce qui n'en relève pas.

203. À d'autres reprises, la jurisprudence a tranché dans le cas de litiges dont l'issue portait essentiellement sur des problèmes de filiation, notamment de filiation légitime.

Avant la loi de 1972, l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage était-il légitime, naturel ou légitimé ?

Dès la conception, l'enfant dispose-t-il d'une parenté invulnérable ?

L'article 312 al. 1 ancien du Code civil semblait écarter toute discussion quant aux enfants légitimes : « *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* ». Aux extrémités du mariage des parents, le Code civil a également déterminé plusieurs situations qui confirment l'invariabilité de la filiation légitime. Quand un individu naît moins de trois cents jours après la dissolution du mariage, sa conception peut remonter à une période où les parents étaient matrimonialement liés. L'ancien article 315[275] du Code civil prévoyait que sa légitimité était présumée, ce que la doctrine a retenu comme une manifestation de la maxime

[275] Ancien article 315 du Code civil : « *La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée* ».

« *infans conceptus* » puisque l'intérêt de l'enfant à l'époque était de naître légitime[276], même si sa conception pouvait être postérieure à la dissolution du mariage.

Cette disposition du code de 1804 va un peu plus loin dans la présomption favorable à l'enfant légitime, car la légitimité d'un enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage de ses auteurs pourra être contestée. Donc, tant que l'ancien mari de la mère n'exerce pas une action en désaveu, la légitimité est acquise, et toute reconnaissance de l'enfant par un tiers serait nulle, comme l'a décidé le Tribunal civil de Poitiers dans un jugement du 30 octobre 1934[277].

Il est possible de voir une autre marque de cette volonté du législateur de 1804 de donner une légitimité à l'enfant du mariage. Il octroie une présomption semblable à l'enfant qui est né après le 180ème jour et avant le 300ème jour du mariage, alors pourtant que sa conception pouvait dater d'avant la célébration du mariage.

Mais ce n'est pas dans ces situations que la maxime latine peut s'appliquer. Le problème est soulevé dans les premiers jours du mariage.

204. Le souci posé par la légitimité de l'enfant se situe dans les premiers temps de l'union, car le Code civil, avant la loi de 1972, ne fixe pas l'origine de la légitimité dans le cas de l'enfant qui, naissant avant le 180ème jour du mariage, a nécessairement été conçu alors que les parents étaient libres de toute union maritale.

Quand il énonce que l'enfant né avant le 180ème jour du mariage pourra être désavoué par le mari, l'ancien article 314 du Code civil pose implicitement la légitimité de l'enfant.

SÉBAG s'interroge afin de connaître la source de la nature de sa filiation[278]. Il montre formellement qu'à son époque la filiation est acquise non par légitimation suite au mariage des parents[279] mais par légitimité de naissance, de sorte qu'il faut affirmer que l'enfant est légitime et non légitimé.

[276] Il s'agit d'une présomption *omni meliore momento*, selon SÉBAG, citant F. GÉNY : « *Science et technique en droit privé positif* » ; Paris, 1924.
[277] Trib. Civ. Poitiers, 30 octobre 1934 ; Gaz. Pal. 1934, 3, 826 ; RTDCiv. 1935, p. 123.
[278] L. SÉBAG : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris 1936, p. 72.
[279] Contrairement à ce qui était retenu auparavant (A. ROUAST : « *La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage* » ; RTDCiv. 1927, p. 137).

SÉBAG rejoint l'opinion des rédacteurs du Code civil, puisque PORTALIS retenait que « *le caractère de la légitimité est propre à l'enfant qui naît dans le mariage, soit que l'enfant ait été conçu avant, soit qu'il ait été conçu après* ».

La solution, doctrinale un temps, fut consacrée par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 8 janvier 1930. L'attendu de principe de la Cour tranche singulièrement avec les précédentes hésitations jurisprudentielles qui avaient admis que la légitimité de l'enfant soit issue, au choix, de la légitimation par le mariage ou d'une filiation légitime[280]. La Cour suprême estime que « *Tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime, quelle que soit la date de sa conception. S'agissant d'un enfant conçu avant le mariage, ladite qualité lui est reconnue moins à raison de l'intention présumée chez ses parents de lui conférer par mariage le bénéfice d'une légitimation, qu'en vue de sauvegarder par une fiction légale la dignité du mariage et l'unité de la famille* » [281].

205. Existe-t-il dans cet arrêt un retour de l'adage romain ?

Est-il de l'intérêt d'un enfant conçu de naître légitime, même si sa conception datait nécessairement d'une époque antérieure à l'union ? Une autre question se pose ici : pour quelles raisons la Cour de cassation a-t-elle privilégié la légitimité par la naissance à la légitimation par le mariage ?

L'intérêt majeur de cette reconnaissance de la légitimité par la naissance quelle que soit la date de la conception est que, contrairement à une légitimation, dont les effets se limiteraient à la date du mariage, cette filiation rétroagit jusqu'à la date de la conception.

Déjà les premiers éléments du futur article 314 al. 1 du Code civil sont perceptibles, qui prévoit depuis la loi de 1972 que « *l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage est légitime et réputé l'avoir été dès sa conception* ».

Selon cette jurisprudence de 1930, l'enfant est réputé avoir toujours été légitime, tandis que si la solution de la légitimation avait été admise, l'enfant aurait connu une succession de filiations, naturelle, puis légitime, la frontière entre l'une et l'autre se situant au moment du mariage de ses auteurs.

En admettant que l'enfant soit légitime et ce depuis sa conception, la Cour de cassation autorise un aspect supplémentaire indiscutable. Elle permet d'effacer l'opprobre de l'adultérinité pour tous les enfants nés pendant le mariage de leur mère mais issus d'un

[280] Cass. Civ. 28 juin 1869 ; D.P. 1869, jur. p. 335.
[281] Cass. Civ. 8 janvier 1930 ; D.P. 1930, jur. p. 51 ; Gaz. Pal. 1930, 1, 264 ; Sem. Jur. 1930, p. 350.

commerce adultère. Derrière cet aspect essentiellement moral, se trouvent des questions successorales majeures.

206. SÉBAG traite des circonstances de l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de 1930[282]. Il s'agissait de savoir si un mariage annulé pouvait produire des effets putatifs sur le premier né pendant le mariage, alors qu'il a été conçu tandis que son auteur était encore tenu d'un mariage précédent. En l'espèce, désunis de leur premier mariage respectif, deux amants se marient quatorze jours après le divorce. 167 jours après leur mariage, un enfant naît, nécessairement conçu alors que les amants entretenaient des relations adultères.

Il faut rapprocher cette décision de la solution de 1936 admise pour la rente viagère attribuée suite à un accident du travail[283]. Cette décision apporte même une précision car elle énonce que la légitimité rétroagit jusqu'au moment de la conception. De plus, l'arrêt de 1936 s'appuie de façon explicite sur la maxime romaine.

207. Mais, alors qu'en 1930, les intérêts en présence étaient d'abord juridiques (établissement de la filiation, reconnaissance des effets putatifs d'un mariage nul), les intérêts de 1936 étaient surtout patrimoniaux. Or, les deux arrêts agissent de concert dans le même sens : l'intérêt de l'enfant conçu. Ces deux espèces participent encore de la gradation qui peut exister dans les intérêts de l'enfant non né.

À la lumière des solutions dégagées qui s'appuient, explicitement ou non, sur « *infans conceptus* », il est visible que la jurisprudence a rendu à la maxime la place qu'elle est censée tenir.

Les arrêts montrent que la Cour de cassation a écarté la froide question du patrimoine insérée dans le Code civil au profit d'une personnalité fondée sur une filiation. À propos des arrêts de 1930 et 1936 SÉBAG a écrit que « *leur liaison intime est d'ailleurs certaine* ».

Bien que l'arrêt de 1930 ne cite pas expressément l'adage romain, il n'y a pas de doute à avoir sur la réalité de son influence sur la décision des juges de la Cour de cassation. L'intérêt premier de l'enfant conçu dans cette espèce est de pouvoir bénéficier d'une filiation légitime, unique mode de filiation admis à cette époque.

[282] L. SÉBAG : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris 1936, p. 74.
[283] Cf. supra en page 107.

Le patrimoine n'est cependant pas totalement absent des décisions, il est au moins en arrière plan dans la plupart des cas. Il apparaît même parfois que le patrimoine soit un appui pour définir la personnalité sur le fondement de la filiation. Dès lors, plus la question du patrimoine personnel de l'enfant conçu se pose, et plus la juridiction aura à cœur de peaufiner la définition de sa filiation. Quand au contraire l'intérêt de l'enfant conçu n'est pas direct, quand il ne découle que du patrimoine de son auteur (dans le cas notamment d'une assurance-vie ou d'une rente allouée à la suite d'un accident du travail), la définition de la filiation est moins subtile.

208. Quels enseignements tirer des espèces jurisprudentielles en regard des textes du Code civil ?

À noter d'abord que les cours et tribunaux délaissent les articles du Code civil spécifiquement dévolus à la question de l'enfant conçu que sont les articles 725 et 906 notamment. Lorsque l'attribution d'une rente ou d'une assurance-vie au parent survivant achoppe sur le problème préalable de filiation de son enfant, les juridictions se fondent surtout sur la maxime latine, l'érigeant au niveau d'un principe général de droit d'ordre public.

De même, quand le cas d'une question de filiation se pose, préliminairement au règlement d'un intérêt direct pour l'enfant[284], les juges utiliseront le sens du proverbe romain, alors que le raisonnement aurait pu s'appuyer d'abord sur les articles relatifs à la filiation puis sur ceux qui ont trait à la capacité de succéder ou de recevoir une libéralité.

Les juges pouvaient-ils asseoir de telles décisions sur ces articles ? SÉBAG regrette qu'ils n'aient pas agi dans ce sens :

> « *Les tribunaux, pour accueillir des demandes nouvelles que le Code ne pouvait prévoir, pour sanctionner par exemple le droit des enfants conçus à la rente en cas d'accident du travail, auraient pu simplement tirer argument des articles 725, 906, 961* [du] *Code civil. Leurs décisions eussent gagné en efficacité* »[285].

Cet argument est discutable, ne serait-ce qu'au regard de la précision des textes cités par l'éminent auteur. Pour n'en étudier que deux, les articles 725 et 906 du Code civil d'alors ne peuvent s'appliquer seuls à la question posée. Ces dispositions du Code civil ont

[284] Par exemple dans le cas d'une succession qui lui échoirait, par opposition à la situation où l'intérêt de l'enfant et indirect quand il est matérialisé par l'augmentation du patrimoine du parent survivant.
[285] L. SÉBAG : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris 1936, p. 38.

vocation à énoncer la capacité à succéder en la soumettant à une condition de naissance, de vie et de viabilité. Ces articles ne règlent pas les problèmes de filiation qui peuvent surgir avant la liquidation d'une succession ou la prise d'effet d'une libéralité.

Le souci d'efficacité que paraît contester SÉBAG est alors d'autant plus incertain. Il apparaît à l'examen de ces différentes affaires que régler le sort de la filiation de l'enfant n'était pas évident si les juges s'étaient fondés uniquement sur le Code civil, notamment sur l'article 312 de l'époque. Il leur était, de fait, nécessaire de s'aider de l'adage pour extraire l'intérêt de l'enfant, seul à même de permettre d'aboutir aux solutions déjà examinées.

En restant sur le plan de l'efficacité, la solution adoptée par les juges est la plus saine : régler à la fois le problème de filiation et de succession en se fondant sur une source unique. Il n'aurait pas été avisé d'apporter une solution d'abord au problème de filiation, en s'aidant implicitement ou explicitement de la maxime, avant de résoudre la succession, à nouveau assisté de l'adage.

Il est constant que l'efficacité commande le moins de fondements juridiques possibles pour résoudre un litige.

209. Les articles cités par l'auteur se seraient appliqués naturellement, si le litige avait porté sur une question simple sans incidence sur la filiation. Leur rôle ne concerne pas les problèmes de filiation. À ce titre, derechef, n'étant qu'une émanation partielle de « *infans conceptus* », ils ne s'appliquent qu'en l'absence de problèmes sous-jacents.

Le juge a manifestement saisi que seul l'adage pouvait résoudre les problèmes de filiation de l'enfant conçu, étant entendu que ces situations se déroulent avant la loi du 3 janvier 1972. Depuis en effet, la lettre de l'article 314 al. 1 du Code civil a clarifié certaines questions relatives à la nature de la légitimité de l'enfant né pendant les 180 premiers jours du mariage.

210. Les textes liés à la capacité de recevoir par succession ou par libéralité ont sensiblement corrompu l'esprit de la maxime latine, ils en ont inversé la logique en conditionnant l'intérêt de l'enfant à sa conception. Les différents éléments de jurisprudence établissent que les juges ont gardé le sens de l'adage et l'ont même restauré.

Ce faisant, les juges placent le début de la personnalité clairement dans une période antérieure à la naissance dès que l'enfant conçu est né viable. Il n'existe pas d'exemple jurisprudentiel ayant eu à traiter le cas de la personnalité d'un enfant conçu et non

encore né. Si bien que les arrêts ou les jugements n'énoncent d'indications qu'*a posteriori* sur la personnalité de l'enfant simplement conçu.

Néanmoins, ces espèces exemplaires apportent des renseignements sensibles sur le début de la personnalité juridique. Notamment en ce qui concerne la nature de la condition posée par la maxime et l'importance que revêt l'autonomie de l'enfant conçu.

B – Début de l'enfance : l'autonomie de la personne conçue

211. Quand les juges ont à connaître de la personnalité de l'enfant conçu, ils sont systématiquement saisis alors que l'enfant a passé le stade de la conception et même celui de la naissance. La question de leur personnalité en tant que telle ne se pose pas réellement, il s'agit juste d'en déterminer l'origine *a posteriori*. En outre, ils ne sont pas amenés à trancher des litiges actifs, mais souvent des litiges d'exception, de défense des intérêts de l'enfant en question.

Bien que les magistrats se positionnent en faveur d'une personnalité qui trouve son origine avant la naissance, l'instant véritable de l'apparition de la personne demeure nébuleux. Que les magistrats n'aient eu à se prononcer que sur des cas de personnes nées, élude de ce fait la question, précisément, de la naissance, comme condition de validité de la personnalité anténatale.

Contrairement à ce qu'estime M. RAYMOND[286], l'interrogation à propos de la naissance viable ne semble pas exister dans la maxime « *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ». Du reste, les exemples tirés de l'antiquité ou de l'Histoire illustrent qu'il n'était pas attendu que l'enfant naisse pour le considérer comme né, il suffisait qu'il en soit de son intérêt.

De plus, les arrêts ayant eu à trancher la question de la personnalité de l'enfant conçu n'ont pas émis de réserve quant à la viabilité de l'enfant né. Ceci étant, puisqu'ils ne se sont pas saisi des articles 725 ou 906 du Code civil pour fonder leurs décisions, la question n'était guère soulevée. Ce qui tend à montrer, à nouveau, que le dicton romain n'est pas retranscrit dans les textes civils.

Pour des raisons de logique administrative et de sécurité juridique, il a été estimé qu'il n'était pas nécessaire de considérer comme née une personne qui, une fois au monde, ne vivait pas, ou du moins pas assez pour établir une existence juridique cohérente. Pourquoi

[286] « *L'application de l'adage «* infans conceptu *» a toujours été soumise à une condition de naissance…* » (G. RAYMOND : « *Le statut juridique de l'embryon humain* » ; Gaz. Pal. 1993, 1, p. 527.

admettre une existence juridique fictive alors que l'existence biologique réelle n'a pas vocation à durer au-delà d'un moment bref ?

212. S'installe alors dans la lettre de nos codes la condition de viabilité des articles 725 (ancienne et nouvelle formulations) et 906 du Code civil. Il faut étudier cette exigence supplémentaire à la maxime posée par le législateur civil. La doctrine s'est promptement interrogée sur la nature de cette condition : suspensive ou résolutoire.

Les tenants d'une condition suspensive de naissance viable analysent la personnalité juridique comme rétroactivement accordée à toute personne née viable à compter du moment — choisi par elle — de la conception.

Les partisans d'une condition résolutoire ont une vue inverse sur le sujet. Ils pensent que la personne naît en même temps que sa conception. Ainsi l'enfant conçu est une personne avant d'être né. Si la mise au monde se solde par un enfant né mort ou par un mort-né, la personnalité est rétroactivement anéantie.

213. L'avantage de la condition suspensive est qu'elle ne remet pas en cause l'intégrité d'un patrimoine tant que la personne n'est pas biologiquement née. Elle permet aussi de ne prendre en compte que les intérêts patrimoniaux réellement existants au moment du litige. La question de la personnalité devient sous-jacente.

La notion de condition résolutoire s'agissant d'une naissance, est certes plus rigoureuse, mais elle est aussi plus complexe. Elle seule permet d'étudier la question de la naissance du patrimoine d'une personne qui n'est pas encore née. Elle présumera que cette personne est née, sauf à ne pas naître viable. L'insécurité juridique est plus grande puisqu'elle peut mener à la liquidation d'une succession au profit d'un enfant conçu et, suite à un incident de grossesse ou à une naissance malheureuse, à remettre en cause ce qui aurait été préalablement fait.

214. L'évolution des mœurs, et à travers elle la mise en place de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, semble conforter la théorie de la condition suspensive. Il apparaît que la présomption de personnalité accordée à l'enfant conçu ne peut pas se tenir face à l'analyse les dangers qui pèsent sur la grossesse et donc sur l'être simplement conçu. Par conséquent, il est plus confortable d'une certaine façon de n'étudier la personnalité de l'enfant conçu qu'une fois qu'il est mis au monde.

215. Au contraire, l'évolution des technologies néonatales et l'étude des statistiques sur la mortinatalité poussent à s'appuyer davantage sur la théorie de la condition résolutoire. Les risques liés à un décès du fœtus sont beaucoup plus réduits de nos jours. Il n'est techniquement pas impossible de dire qu'un fœtus est une personne sauf si l'issue de sa mise au monde est un échec. Dans un tel cas, sa personnalité serait anéantie.

216. Il reste que la possibilité d'une interruption de la grossesse, liée soit à la volonté de la mère soit à une nécessité médicale, pose problème. L'incompatibilité entre une personnalité complète et une interruption de la grossesse est un obstacle à la reconnaissance de cette théorie et conduit donc à s'attacher à la suspension de la personnalité à une naissance viable.

Mais conclure dans ce sens serait oublier la nature véritable de l'interruption volontaire de la grossesse. S'agit-il d'un risque ? S'agit-il d'un danger pesant sur la naissance ? L'interruption de la grossesse contrarie-t-elle la personnalité de l'enfant conçu ?

Cette éventualité peut-être envisagée si l'étude se place sous l'angle d'une personnalité conditionnelle. Il est alors clair que la volonté de la mère est aujourd'hui indispensable à l'interruption de la grossesse (ou à sa poursuite). Dans cette optique, la personnalité juridique de l'enfant conçu n'est pas simplement soumise à la condition de naître, quelle qu'en soit la nature. L'enfant ne peut exister qu'à condition que la mère le souhaite (1). Cela participe d'une condition potestative préalable et indispensable.

Après l'exercice normal de la volonté de la mère, la personnalité de l'enfant ne saurait s'exprimer avant le seuil de la viabilité. À la suite de ce stade de l'évolution intra utérine, le processus de la gestation ne peut, en principe et sauf incident de moins en moins probable, qu'aboutir à la naissance d'une personne vivante (2).

1. La volonté de la mère : condition potestative préalable

217. Avant le bouleversement législatif de 1975 et 1979, la place de la volonté de la mère dans l'évolution intra utérine de son enfant était minime, anecdotique. La loi a d'abord placé au centre des débats le souci de natalité, faisant des enfants conçus les bénéficiaires d'une loi du 27 juillet 1909 « *sur le repos des femmes en couches* ». La volonté de la mère est très réduite, elle ne peut pas s'opposer à sa grossesse et l'enfant qu'elle porte est protégé par la force de la loi.

Dans l'immédiat après-guerre, le législateur réitèrera son souhait de promouvoir la natalité avec la loi du 31 juillet 1920[287] « *réprimant l'avortement et la propagande anticonceptionnelle* ». La répression de l'avortement s'est accompagnée d'une incitation à protéger les grossesses en instaurant, par la loi du 16 novembre 1942 et l'ordonnance du 2 novembre 1945[288] des allocations spéciales pour les femmes en couches acceptant de se soumettre à des examens prénataux. La santé de l'enfant conçu est totalement liée à celle de la mère enceinte et tous les efforts sont produits pour qu'elle puisse bénéficier de garanties sociales lui assurant une certaine garantie d'emploi (lois du 2 septembre 1941[289], du 30 décembre 1966[290] et du 11 juillet 1975[291]).

Dans cette optique législative, visant à promouvoir la natalité dans un pays frappé à deux reprises par les affres de guerres meurtrières, la volonté maternelle ne peut pas légalement s'exercer sur l'enfant qu'elle porte. Au mieux, depuis un décret-loi du 29 juillet 1939[292], la mère pouvait invoquer « *un état de nécessité* »[293] impliquant une interruption de sa grossesse uniquement exigée par « *la sauvegarde de la vie de la mère gravement menacée* »[294].

Ce premier pas vers ce qui deviendra l'interruption volontaire de la grossesse pour motif médical s'apparente à une action législative afin d'éviter les pratiques abortives clandestines.

Par la suite, la volonté de la femme de poursuivre sa grossesse se fera sentir dans le milieu des années 1960. Selon la période dans laquelle la grossesse se situe, ou même avant celle-ci quand la maternité n'est qu'une éventualité évitable, la volonté maternelle est une condition purement potestative (a) (quand la grossesse en dépend totalement) ou simplement potestative (b) (quand sa décision n'est pas seule à déterminer la suite de la grossesse).

---

[287] Loi du 31 juillet 1920 réprimant l'avortement et la propagande anticonceptionnelle (JORF, 1er août 1920, p. 3666).
[288] Ordonnance n°45-2720 du 2 novembre 1945 relative à la protection maternelle et infantile (JORF, 5 novembre 1945, p. 7297).
[289] Loi du 2 septembre 1941 relative au commissariat général aux prisonniers de guerre rapatriés et aux familles de prisonniers de guerre (JORF, 14 octobre 1941, p. 4422).
[290] Loi n°66-1044 du 30 décembre 1966 relative à garantir l'emploi en cas de maternité (JORF, 31 décembre 1966, p. 11753).
[291] Loi n°75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation (JORF, 12 juillet 1975, p. 7180).
[292] Décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la natalité (JORF, 30 juillet 1939, p. 9607).
[293] P.-J. HESSE : « *Un droit fondamental vieux de 3 000 ans : l'état de nécessité, jalons pour l'histoire de la notion* » ; Droits fondamentaux n°2, janvier 2002, p. 134.
[294] Article 87 du décret-loi du 29 juillet 1939.

a. Condition purement potestative de la mère

218. À la suite du décret-loi de 1939, un deuxième mouvement s'aventura sur la voie de la prévention de l'avortement par la régulation des naissances. C'est ce qui se ressent dans la loi NEUWIRTH[295] du 28 décembre 1967. Ces éléments permettant l'importation et la vente de contraceptifs sont la marque d'une première ouverture pour mieux prendre en compte le souhait de la femme d'assumer une grossesse, ou d'avoir un enfant.

En 1967 apparaît une première manifestation de la volonté de la femme d'être mère ou non. Pourtant, elle ne s'exprime pas dans cette situation en vue d'accepter ou de compromettre une personne à naître. L'accès du droit à certains contraceptifs permet d'éviter la grossesse elle-même et non d'avoir une incidence sur son issue.

Certes, préalablement à la décision d'interrompre une grossesse, il faut accepter, à l'occasion d'un rapport intime, l'aléa de la grossesse. Mais en ne manifestant aucune opposition quant à la contraception, il est faux de dire que la femme accepte l'issue d'une éventuelle gestation.

Cet argument est régulièrement soutenu par les comités luttant contre l'interruption de grossesse dans le but de faire remarquer que cette pratique médicale devrait être prohibée à celles qui ont pris sciemment la décision d'encourir une grossesse.

Ce raisonnement n'est pas recevable.

Sur le plan humain d'abord, dans la mesure où il est constant que les méthodes contraceptives ne bénéficient pas d'une fiabilité absolue. La potentialité d'une imperfection de la méthode, ou l'éventualité d'une déficience humaine ne sont pas à écarter. De sorte qu'il ne semble pas possible de blâmer une femme enceinte malgré les précautions qu'elle aurait prises. D'une façon globale, il est difficilement concevable de reprocher à une femme d'être enceinte.

219. Sur le plan juridique ensuite, il n'a jamais été question dans les débats parlementaires de 1975 autour de la loi VEIL, d'interdire l'accès à cette technique aux femmes qui ont fait le choix de ne pas prendre de précautions contraceptives. De même qu'il n'était pas dans les esprits qu'il soit possible de confondre l'interruption de la grossesse avec un

[295] Loi n°67-1176 du 28 décembre 1967, dite « *NEUWIRTH* » relative à la régulation des naissances et abrogeant les articles L. 648 et L. 649 du Code de la santé publique (JORF, 29 décembre1967, p. 12861). Les mots « *anticonceptionnelle* » et « *propagande* » sont supprimés des intitulés du Code de la santé publique.

moyen de contraception supplémentaire. L'article 13 de la loi du 17 janvier 1975 allait d'ailleurs dans ce sens :

> « *En aucun cas l'interruption volontaire de la grossesse ne doit constituer un moyen de régulation de naissances. À cet effet, le Gouvernement prendra toutes les mesures nécessaires pour développer l'information la plus large possible sur la régulation des naissances…* ».

D'une part, il est malaisé de distinguer entre les femmes qui ont fait le choix de ne pas avoir recours aux contraceptifs, et d'autre part, il n'était pas évident d'opérer une dichotomie entre celles qui sont enceintes volontairement et celles qui subissent cet état.

La loi de 1975 prévoit sur ce point que « *la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse…* » peut demander l'interruption de la grossesse avant la fin de la douzième semaine. La loi du 4 juillet 2001 n'y a rien changé, c'est l'état de grossesse qui doit provoquer la situation de détresse, indépendamment de la façon dont il a été provoqué.

Le législateur n'a pas fait de différence entre la grossesse inopinée, la grossesse accidentelle malgré des rapports protégés, ou la grossesse obligée.

220. La loi de 1967 sur les moyens de contraceptions ne permet donc pas à la femme d'avoir une emprise sur la personnalité juridique de son embryon conçu. À cette époque, ce n'est pas pendant la grossesse que la mère a un pouvoir sur l'existence de son enfant, c'est avant. La loi de 1967 ne fait qu'autoriser la femme à se prémunir contre un enfant qu'elle ne souhaite pas, c'est aussi « *la satisfaction du couple et d'abord celle de la femme à qui elle permet des relations sexuelles sans risque de maternité* »[296].

221. C'est la loi du 17 janvier 1975 qui rompt avec la législation antérieure et qui permet l'I.V.G.

Pendant les douze premières semaines de la grossesse, la mère est la seule qui puisse autoriser la poursuite de la vie de son embryon. L'article L. 2212-1 du Code de la santé publique exige bien une « *situation de détresse* », mais il ne place aucun contrôle formel pour s'en assurer. La femme en détresse doit suivre une série de consultations, mais elles n'ont pas valeur d'organes de contrôle. Le médecin peut juste user de son droit de réserve pour refuser de pratiquer l'intervention. De plus, leur refus devant s'exprimer pendant le premier entretien

[296] R. THÉRY : « *La condition juridique de l'embryon et du fœtus* » ; D. 1982, Chron. p. 233.

avec la mère en détresse, ils devraient faire preuve d'une sagacité particulière pour percevoir qui est dans une situation de détresse et qui cherche uniquement un confort personnel.

222. Écartée l'éventualité d'un contrôle médical autour de la notion de détresse exigée par la loi, il faut accepter le fait d'être « *passé de l'état de détresse à la convenance personnelle* »[297].

Cette évolution de l'esprit de la loi paraît tout de même se situer dans l'axe de l'évolution législative suivie depuis les années 1930. La mère a d'abord été assurée que sa grossesse ne la mettrait pas en péril, puis lui ont été fournis des moyens d'avoir une gestation la plus confortable pour elle et pour l'être qu'elle porte. Par la suite des moyens lui ont été accordés de ne pas être enceinte et ainsi, par « *convenance personnelle* » de mettre fin à un état non souhaité ou, d'une certaine façon, inconfortable. Bien que cela puisse choquer, il est parfaitement concevable que derrière la notion de détresse se dissimule l'aboutissement de cette logique qui consiste à permettre à la femme de faire un choix dans des conditions sereines.

223. Pas plus que le corps médical, le père n'a à se prononcer sur l'intervention, son avis ne compte pas. La femme enceinte dispose seule de la décision à l'exclusion totale de l'autre auteur de la conception. Car même si la loi prévoit que le « *couple participe à la consultation et à la décision à prendre* »[298] chaque fois que cela est possible, le Conseil d'État a décidé dans un arrêt du 31 octobre 1980 que cela était purement facultatif :

> « *…il ressort de ce texte, éclairé par les travaux préparatoires de la loi, que cette disposition, qui présente un caractère purement facultatif, n'a ni pour objet, ni pour effet de priver la femme majeure du droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de sa grossesse* »[299].

Les médecins écartés, le père évincé, la voie est ouverte à la femme enceinte pour qu'elle exprime sa détresse.

D'un point de vue juridique, la dérive vers la convenance personnelle a des conséquences sensibles. Le fait d'avoir, dans la loi ou par la jurisprudence, ôté toute retenue à la mère d'interrompre sa grossesse dans les douze premières semaines induit qu'elle détient seule pendant cette période la personnalité de son embryon.

---

[297] G. RAYMOND : « *Le statut juridique de l'embryon humain* » ; Gaz. Pal. 1993, 1, p. 528.
[298] Article L. 2212-4 du Code de la santé publique.
[299] C.E. 31 octobre 1980 ; Lebon, p. 394 ; D. 1984, IR, p. 73, obs. P DELVOVE

224. L'expression de la volonté maternelle peut se traduire de différentes façons.

Tout d'abord, elle peut positivement choisir de conserver l'enfant qu'elle porte et d'assumer sa grossesse jusqu'à son terme. Dans cette éventualité, la première condition, potestative, s'applique et ouvre le champ à la question de savoir si la personnalité de l'enfant est aussitôt reconnue ou s'il faut attendre la naissance, pour la confirmer ou l'anéantir. À nouveau se pose la question de la nature de la condition de viabilité de la naissance : résolutoire ou suspensive.

La sécurité juridique commanderait de choisir la condition suspensive et ainsi de ne pas courir le risque de créer une personnalité précocement pour avoir ultérieurement à en contester la réalité, ce que prône à l'inverse la condition résolutoire.

225. Au contraire, les technologies néonatales et les considérables progrès techniques fournis par la médecine depuis les années 1980 incitent à conclure davantage pour la condition résolutoire.

Le risque qu'il soit procédé par la suite à une interruption volontaire de la grossesse pour motif médical est faible au vu des statistiques sur ce domaine. En 1997, 2 138 interruptions de grossesses au-delà de douze semaines étaient recensées pour un total de 163 985 interruptions, ce qui représentait moins de 2 % des conceptions (grossesses interrompues et grossesses à termes)[300]. Les grossesses interrompues au-delà de la douzième semaine représentent donc une portion inférieure à trois conceptions pour mille.

Le chiffre traduit une situation douloureuse, à ce titre il ne saurait être dérisoire, mais il représente toutefois une part infime des conceptions.

Le risque de devoir anéantir *a posteriori* une personnalité est résiduel au regard du nombre de personnalités reconnues avant leur naissance.

Admettre au XXI^{ème} siècle que la condition de viabilité posée par les différents textes du Code civil soit résolutoire, c'est admettre que la médecine a progressé et qu'il n'est plus vraiment justifié de se protéger derrière une condition suspensive trop protectrice juridiquement.

226. La femme enceinte peut aussi manifester sa volonté dans le sens inverse et souhaiter que sa grossesse se termine prématurément. Une décision de cet ordre est souvent prise promptement par la femme et l'intervention à lieu dans des délais assez brefs. La

[300] INED, « *statistiques de l'avortement en France* » ; 1997.

personnalité de l'embryon est remise en cause au moment où la mère prend sa décision, dès qu'elle est ferme et définitive. Une fois que la volonté de la mère s'est exprimée, la nature de la condition de la personnalité doit être étudiée puisqu'elle rejoint au même instant la condition potestative préalable.

S'il s'agit d'une condition résolutoire, cela implique que la personnalité de l'embryon est annulée à compter de la décision et rétroactivement jusqu'à la conception. Dans la mesure où cette personnalité aura duré au plus douze semaines, les conséquences juridiques seront sans doute limitées. Mais elles peuvent exister, et la remise en état de la situation juridique comme elle était avant la conception de l'enfant peut être problématique.

Si au contraire, il semble préférable d'incliner vers la condition suspensive, celle-ci ne se réalisant pas, la personnalité n'aura jamais existé, et, juridiquement, cette grossesse interrompue n'aura eu aucune conséquence.

227. La place centrale de la volonté maternelle détermine la suite de la grossesse dans les douze premières semaines d'aménorrhée.

Durant ces premiers temps de la gestation, la personnalité juridique de l'enfant conçu est totalement soumise à la volonté de la mère. L'examen de cette expression de la volonté permet d'en révéler la substance et ainsi de dire concrètement quand débute la personnalité de l'embryon et son enfance.

À nouveau, il faut différencier ce que veut la femme avant ou pendant sa grossesse, car elle n'envisage pas la même suite, elle ne prévoit pas la même fin.

228. Le but poursuivi par une femme qui utilise des contraceptifs (ou qui sollicite une protection de la part de son partenaire) est avant tout d'éviter l'état de grossesse. Il convient de rejoindre ici l'opinion de M. THÉRY, le plaisir dans les rapports sexuels a pris le pas sur la nécessité de concevoir. Il y a, en filigrane, le désir d'éviter l'éventualité de mettre un enfant au monde, mais ce but est secondaire au souhait de se préserver d'une gestation, il n'est qu'un corollaire. Avec la possibilité de recourir à l'interruption de la grossesse, « *La contraception* [sert] [...] *non plus à ne pas avoir d'enfants, mais à en avoir au moment optimum* »[301]. La contraception demeure « *un moyen pour empêcher que les rapports sexuels n'entraînent une grossesse* »[302].

[301] E. SULLEROT : « *La Dimension sociologique de la contraception* » ; Fertilité-Orthogénie, 1973, V, p. III
[302] Dictionnaire Larousse 2004.

L'objectif d'une femme qui recourt à l'I.V.G. est différent dans son sens et dans sa portée. D'abord, sa décision est personnelle. Il ne s'agit pas — comme, en principe, pour la contraception — d'une décision prise en couple. La loi a voulu que cela reste une décision appartenant uniquement à la femme enceinte. La loi a aussi voulu que cette pratique permette à la femme de mettre un terme anticipé à une grossesse non souhaitée. La volonté de la femme s'exprime dans une direction différente : elle ne veut pas avoir d'enfant, elle ne souhaite pas devenir mère. La question ne semble pas se porter sur la personnalité de l'enfant, il ne semble pas qu'elle puisse vouloir y mettre fin. Ce que veut la mère c'est que l'embryon qu'elle porte n'accède pas à l'enfance. Elle ne désire pas porter un enfant, la grossesse la place dans une situation de détresse car elle redoute (pour une raison qui peut relever à ce titre de la convenance personnelle) la proximité de la maternité.

229. Pendant les premiers jours de la grossesse, la personnalité juridique de l'enfant est suspendue à la volonté de la femme. Il est alors possible, de qualifier de suspensive cette condition potestative.

La succession, pendant la période de gestation de deux conditions n'étant pas un obstacle juridique, il est très concevable que la personnalité juridique soit accordée d'abord sous condition suspensive que la mère accepte sa grossesse puis sous condition résolutoire que celle-ci aille à son terme.

230. Néanmoins, il n'est pas impossible qu'un incident survienne pendant la grossesse, au-delà de la douzième semaine, qui exige une décision de la femme enceinte. Dans ce cas, la volonté de la mère retrouve sa force. Mais elle est rapidement tempérée par la nature du risque et par l'intervention du corps médical. La mère n'est plus seule à décider, l'expression de son souhait n'est plus qu'une condition simplement potestative.

b. Condition simplement potestative de la mère

231. Le postulat, au-delà de la douzième semaine de grossesse, est de considérer que la volonté de la femme enceinte est d'aller au bout de sa gestation et d'embrasser la maternité[303].

[303] Il est aussi possible que la femme enceinte n'ait pas pu pratiquer l'I.V.G. pendant les douze premières semaines prescrites par la loi, il s'agit dans ce cas d'I.V.G. tardive. La législation française soumettant l'interruption de la grossesse après douze semaines de grossesse à un accord médical, les femmes enceintes qui souhaitent mettre fin à leur état, sans pouvoir justifier d'une raison médicale, ne peuvent qu'aller dans les pays dont la législation en la matière est plus permissive. C'est le cas notamment de la Suède qui autorise l'I.V.G. jusqu'à la fin de la seizième semaine de grossesse. En Espagne, en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas, l'interruption est permise jusqu'à la vingt-deuxième semaine, quoique les conditions soient très restrictives pour ces deux derniers pays, en raison de la proximité de la fin du délai et du seuil de viabilité.

Dans ces conditions, sa volonté ne s'est pas véritablement exprimée, elle s'est contentée de ne pas vouloir procéder à l'interruption de sa grossesse et de poursuivre sa grossesse à terme. La condition purement potestative dont la mère disposait jusque-là est devenue sans objet, elle s'est dissoute à l'occasion de la fin de la douzième semaine de grossesse.

Lorsqu'il s'agit, au-delà du délai posé par l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique, de procéder à une I.V.G., la volonté de la mère s'exprime de façon moins importante car une place prépondérante est donnée au pouvoir médical. Il est chargé de dire si l'interruption peut être pratiquée, au vu notamment de l'état de santé de la mère ou de celui du fœtus qu'elle porte (article L. 2213-1 du Code de la santé publique).

Tant que le fœtus n'est pas viable, si le corps médical autorise l'intervention, la place de la mère est réduite. Sa volonté ne s'exprime enfin que pour consentir à l'opération qu'elle va subir. Elle n'a pas d'influence véritable sur l'avenir de son fœtus, il ne survivra pas au traitement, nécessairement abortif. Dans ce cas, le consentement de la mère s'apparente au souhait de procéder à une I.V.G. dans le délai des douze semaines. La seule nuance est que cette condition est soumise à l'acceptation du médecin. Reste que la volonté de la mère, relevant d'une condition simplement potestative, tient encore de la condition suspensive.

232. Une fois que le seuil de viabilité est passé et que l'enfant porté peut, en principe, vivre de façon autonome, la volonté de la mère aura une place variable selon que l'intervention sera pratiquée pour des raisons tenant à sa vie ou à celle du fœtus.

Quand l'I.V.G. pour raison médicale est autorisée sur un diagnostic concernant la survie de la mère, son consentement s'oriente dans l'optique de sa propre survie, qui n'entraîne pas nécessairement le décès du fœtus. Il n'y a pas de renonciation de la part de la femme enceinte à son état ni à la maternité qui en découlera. Le consentement qu'elle donne ne porte que sur l'expulsion de son fœtus, viable en principe, dans le but d'assurer la survie de la mère sans nuire à la santé du fœtus. Il n'est pas question, dans cet accord donné à l'équipe médicale, de porter atteinte à la vie de l'enfant. La décision de la femme est de préserver sa vie et celle de son bébé.

La décision de la femme enceinte demeure celle de devenir mère à l'issue de sa grossesse. Elle ne porte pas, en principe, sur la vie de l'enfant, dont elle ne remet pas en cause l'existence. Le désir maternel de survivre par le biais d'une interruption prématurée de sa grossesse ne porte pas préjudice au processus d'apparition de la personnalité juridique du fœtus qu'elle porte.

En substance, si le fœtus devait décéder des suites de l'intervention, la volonté de sa mère n'en serait pas à l'origine, il s'agirait d'un décès accidentel, non souhaité, du fœtus.

233. La situation opposée se présente quand la décision de la mère est fondée sur un diagnostic lié à la santé de son fœtus. Dans cette circonstance, le diagnostic établit une « *affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable* ». Si les médecins préconisent l'interruption de la grossesse, c'est surtout pour éviter à l'enfant une souffrance inutile qui ne se solderait que par une mort pénible et plus ou moins rapide. Il appartient alors à la mère de coordonner sa volonté avec la dureté du diagnostic. Elle doit se résigner à porter atteinte à la vie de son fœtus, et doit se résoudre à une issue abortive, car cette résolution, contrairement à la précédente hypothèse, se dirige droit sur la vie du fœtus.

La volonté de la femme enceinte reprend tragiquement sa place. Malgré son vœu initial de devenir la mère de son enfant, elle doit renoncer à cet espoir. Suite à l'accord des médecins, implicitement contenu dans leurs examens, elle prend une décision que sa conscience l'aurait sans doute conduite à prendre pendant les douze premières semaines de grossesse si elle avait connu l'état de santé de son fœtus.

234. Il est loisible de rapprocher juridiquement les natures de ces deux décisions et dire que l'une comme l'autre sont des manifestations suspensives de la personnalité de l'enfant.

Mais ce serait ignorer qu'elles n'ont en commun que l'effet abortif final de l'intervention. La volonté de la femme enceinte, dans le cas d'une interruption pour motif médical appuyée sur un diagnostic fœtal ne s'apparente pas à la volonté de la femme enceinte en état de détresse. Ne serait-ce que parce que, lors d'une I.V.G. pendant les douze premières semaines, la volonté de la femme est principalement de ne pas devenir mère, sciemment. Tandis que sur une I.V.G. pour raison médicale, le souhait de la future mère est d'éviter une vie insoutenable, et rapidement mortelle, au fœtus, ce qui n'exclut pas, de ce fait, la possibilité ultérieure de faire inscrire l'enfant né mort au titre des enfants nés sans vie.

En schématisant, cela revient à dire que si la femme évite la vie de son enfant dans un premier temps, elle y renonce dans un second. Dans la période qui commence après le seuil de viabilité jusqu'à la fin de la grossesse, la volonté de la mère est conditionnée, juridiquement par l'accord des médecins, et biologiquement par la santé de son fœtus. Elle ne fait que donner l'élan nécessaire à l'expulsion d'un fœtus mort, ou mourant. Dans cette optique, le souhait de la femme doit s'apparenter, non à une condition potestative suspendant la personnalité de l'enfant, mais à une condition qui la résout. Il ne s'agit pas tant pour elle de

ne pas vouloir un enfant que d'accélérer l'inévitable : la mise au monde d'un enfant qui n'est pas appelé à continuer de vivre.

235. La volonté de la mère perd de son importance avec l'avancement de la grossesse. Il faut d'abord remarquer que sa place s'amoindrit après le délai légal de l'I.V.G., rejoignant sur ce point l'avis de M. RAYMOND qui énonçait que « *lorsqu'il s'agit d'une interruption médicale de grossesse,* […] *la décision d'interruption de grossesse n'est plus sous la dépendance arbitraire de la mère, des médecins doivent donner leur accord* »[304]. Mais la frontière placée par l'auteur au terme de la douzième semaine de grossesse n'est pas totalement convaincante, d'autant qu'elle n'illustre pas l'amoindrissement de la volonté de la mère, mais simplement sa subordination à un avis médical imposé.

La vraie lisière de la question se situe davantage au niveau du seuil de viabilité. Car, selon qu'elle se placera avant ou après ce moment de la grossesse, la volonté de la mère s'analysera comme une condition purement potestative suspendant la personnalité ou comme une condition simplement potestative la résolvant.

Le seuil de viabilité a certainement des conséquences juridiques importantes, primordiales sur la personnalité. Il entraînait notamment des conséquences en matière d'enfant sans vie avant 2008. Mais, bien que les conditions juridiques (depuis 1977) soient claires pour admettre qu'un individu est viable ou ne l'est pas, il reste que la viabilité est un concept médical, mouvant et évoluant au fil du temps et de l'espace.

2. La viabilité : entre suspension et résolution de la personnalité juridique

236. La viabilité est utilisée dans plusieurs branches du droit. Elle permet de définir la notion de personne et, à ce titre, intéresse particulièrement le droit civil et le droit pénal.

La viabilité est une notion créée par les juristes. Elle sert à déterminer l'aptitude à vivre d'un individu vivant, ou mort. Complétant la naissance, c'est elle qui énonce si un individu est une personne ou ne l'est pas.

Le concept de viabilité n'est pas moderne, même si son étude est d'actualité considérant les progrès de la science et leurs implications éthiques. Autrefois, son examen s'appuyait sur des remarques souvent empiriques ou des considérations parfois aléatoires, la viabilité demeurait sous l'emprise du juriste (a). L'avancée des techniques et des découvertes

[304] G. RAYMOND : « *Le statut juridique de l'embryon humain* » ; Gaz. Pal. 1993, 1, p. 528.

médicales a permis au droit de s'appuyer davantage sur la science, sans toutefois aller jusqu'à adopter une définition proprement médicale (b).

a. La viabilité juridique

237. L'intérêt que le juriste a porté à la viabilité des nouveaux êtres remonte au Code de Justinien[305]. Spartiates et Romains estimaient que les êtres contrefaits n'étaient pas aptes à vivre. Ils les destinaient à la mort. L'origine romaine de la notion de viabilité montre qu'elle s'appuyait principalement sur l'apparence physique, loin des questions de durée de la gestation. Si bien qu'à l'époque, la notion de seuil de viabilité n'avait qu'une portée réduite.

C'est avec l'Ancien Droit que le concept de viabilité se développe et que commence à intervenir la durée de la gestation dans sa définition.

Était viable l'enfant né à terme et ayant une apparence humaine. L'enfant né avant terme était considéré comme viable si, profitant d'une apparence humaine, il manifestait des signes de vie.

Vie et viabilité commencent à s'entremêler pour définir la personne.

M. SALVAGE rappelle que le Parlement de Paris a établi dans des arrêts du 2 décembre 1594, 1er août 1615 et 17 avril 1635 qu'un enfant né avant le septième mois ne peut recueillir de droit parce qu'il ne naît que pour mourir[306]. Cette idée a été relayée par un arrêt du Parlement de Flandre du 18 décembre 1691 qui confirme la position parisienne. La personnalité juridique, à travers sa composante de la capacité à recueillir des droits, s'attache à la viabilité. Car naître pour mourir, précisément, ce n'est pas être viable.

À l'époque, la limite de viabilité se situait aux alentours du 210ème jour de grossesse.

Dans une optique de rupture avec l'Ancien Régime, les réflexions autour de l'article 314 du Code civil de 1804 se dirigeaient vers une appréciation de la viabilité fondée sur un examen de la survie après la naissance. Il était souhaité que soit déclaré viable l'individu qui a vécu au moins dix jours après être né. L'idée fut abandonnée car trop complexe à mettre en place et à prouver. Fallait-il attendre le délai de viabilité pour déclarer un enfant ? Cette attente était-elle conforme à la volonté d'établir un état civil précis et

[305] J. FRANÇOIS : « *Contribution à l'étude de la personnalité* » ; Revue Générale de droit, de la législation et de la jurisprudence, 1931, p. 286.
[306] P. SALVAGE : « *La viabilité de l'enfant nouveau-né* » ; RTDCiv. 1976, p. 729.

efficace ? Autant de paramètres qui ont écarté petit à petit la notion de viabilité du Code civil. Aujourd'hui, le terme « *viable* » se rencontre dans cinq articles du Code civil[307]. Mais aucune définition n'a été fournie par le législateur. C'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'a incombé la tâche de donner un sens au mot.

S'éloignant de considérations parfois aléatoires (survivre dix jours après la naissance), la doctrine et la jurisprudence se sont concentrées « *sur des conclusions médicales de nature à éclairer les préoccupations du Droit* »[308]. Deux grands éléments ont été dégagés pour tenter d'approcher une définition de la viabilité.

238. Le premier est que l'individu doit être de bonne conformation, ce qui revient à souhaiter d'abord qu'il ait forme humaine et qu'il soit pourvu de tous les organes essentiels à la vie selon SÉBAG[309]. La conformation du sujet demeure une notion assez vague que les auteurs ne se sont pas risqués à définir avec précision. Ils ne disent pas quels organes sont essentiels à la vie et lesquels ne le sont pas.

L'aspect humain n'est pas plus clairement précisé, la monstruosité empêchant la viabilité n'est pas explicitée.

Il aurait été du rôle de la jurisprudence de combler ces lacunes et de donner un corps à la conformation induite dans la définition de la viabilité. Souvent, les juges s'en sont remis aux décisions antérieures, notamment celles de l'Ancien Droit, et se sont contentés, sans les citer, de constater qu'il ne manquait pas « *quelque organe nécessaire à la vie* »[310].

Quelle portée donner à ce critère ? La jurisprudence est muette sur la notion et les auteurs n'approfondissent guère leurs développements. Si bien que la conformation semble avoir été écartée des données d'examen de la viabilité. Il faut reconnaître que l'utilité d'un tel critère a prêté à discussion notamment en ce qui concerne l'aspect humain.

Exclure un individu de la catégorie des personnes au prétexte qu'il n'a pas une apparence normale, qu'il est un monstre, n'est plus concevable. Cette idée remonte à un temps lointain où il était courant de croire que ce qui n'était pas apparemment humain n'était pas efficacement humain. Or la médecine n'a pas eu grand mal à établir que le produit de la

[307] Article 79-1 ; 311-4 ; 318 (depuis le 1er juillet 2006) ; 725 et 906. Le terme « *viabilité* » est présent dans l'article 1792-2 du Code civil, mais se réfère à un bien immobilier.
[308] J. FLOUR : « *Cours d'introduction à l'étude du droit et droit civil* » ; A. Collin, 1968.
[309] L. SÉBAG : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris 1936, p. 99.
[310] C.A. Angers, 25 mai 1822 ; S. 1823, 2, 105 ; C.A. Bordeaux, 8 février 1830 ; D. 1830, 2, 160 ; C.A. Lyon, 24 mars 1876 ; S. 1877, 2, 200.

conception entre un homme et une femme est nécessairement un humain, peu important ses éventuelles malformations.

La monstruosité de l'homme a retrouvé une certaine vigueur lorsqu'elle a été appliquée aux organes. Mais il ne s'agissait plus vraiment de monstruosité physique, mais il était davantage question de l'absence d'organes performants essentiels à la vie[311].

Le critère de conformation semble tenir d'une ancienne habitude juridique remontant aux temps romains où la médecine était obscure. C'est à raison que sa trace a disparu des jugements avec l'avènement du XX^{ème} siècle.

239. Tandis que s'évanouissait la conformation, le second critère restait en place : la maturité.

Pour certains, il semble se mêler en partie avec la conformation. C'est le cas quand la maturité est appréciée en fonction du développement avancé des organes. Cependant, pour la plupart des auteurs, la maturité se manifeste surtout par la durée de la gestation. La durée minimale était de sept mois sous l'Ancien Régime, sur le fondement des arrêts des Parlements de Paris et de Flandre. Avec le Code civil, cette durée a été ramenée à six mois, soit 180 jours. Ces 180 jours sont une interprétation de l'ancien article 312 du Code civil relatif à la période légale de conception.

Partant de cette période, la doctrine en a déduit que pour être viable il fallait que la gestation ait duré au moins 180 jours révolus. La jurisprudence s'est largement ralliée à cette solution. Le plus fameux exemple est un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation prononcé le 7 août 1874 :

> « *… l'article 345 alinéa 3 du Code pénal, qui punit de 6 jours à 2 ans de prison la suppression de l'enfant, lors même qu'il est bien établi qu'il n'a pas vécu, doit être combiné avec l'article 312 du Code civil, aux termes duquel l'enfant n'est réputé viable qu'après un minimum de 180 jours, ou six mois de gestation…* »[312].

[311] E. MARTIN : « *Précis de médecine légale* » ; 2ème ed. Doin 1950.
[312] Cass. Crim. 8 août 1874 ; S. 1875, 1, 41 ; D. 1875, 1, p. 5.

Cette jurisprudence pénale, amplement adoptée par les juges du fond[313], a par la suite été confirmée par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 11 juillet 1923[314].

La viabilité en fin de compte s'est réduite avec le temps et avec le droit à une question de maturité de l'enfant conçu et, donc, à la question de la durée de la gestation. S'il faut s'en tenir aux explications de la jurisprudence et aux analyses de la doctrine : le seuil de viabilité est fixé à 180 jours. En-deçà de cette limite, la décision de la mère s'apparente à une condition suspensive de la personnalité du fœtus, et au-delà à une condition résolutoire. Ce qui serait une solution bien confortable et assez rassurante.

240. La maturité d'un individu a été déterminée à partir de la période de conception légale : l'une paraissant être la conséquence de l'autre. Comme le fait remarquer M. SALVAGE, « *la viabilité ne pouvait être considérée comme une conséquence de la légitimité ou de la personnalité puisqu'elle en était fondamentalement sinon la cause du moins la condition* »[315]. La doctrine et la jurisprudence se sont appuyées sur la présomption irréfragable de l'ancien article 312 pour déterminer un seuil de viabilité. C'était aller un peu au-delà de l'esprit des textes, surtout qu'en 1972 la loi a été modifiée et l'article 311 prévoit depuis que la présomption portant sur la période légale de conception peut être combattue par la preuve contraire. C'est devenu une présomption simple.

En permettant que la période légale de conception soit contestée, en remettant en cause la définition doctrinale et jurisprudentielle de la maturité et de la viabilité, le législateur s'est emparé pour la première fois de cette question centrale en matière de personnalité.

Se saisissant de la question, en admettant que tout cela puisse être combattu, la loi donne une certaine souplesse à la notion de viabilité. Le législateur accepte de façon plus claire qu'en 1804, que sa définition puisse lui échapper. Depuis, la loi ne s'occupera pas de ce concept, elle laissera aux circulaires et aux instructions la charge de guider la jurisprudence en rapprochant le juriste du médecin. M. SALVAGE concluait d'ailleurs que ce « *délai n'est plus et ne peut plus être considéré comme un signe indiscutable et satisfaisant de maturité suffisante mais tout au plus comme un indice parmi d'autres* »[316].

[313] C.A. Grenoble, 10 février 1870 ; S. 1871, 2, p. 179 ; C.A. Amiens, 20 juin 1876 ; D. 1880, 2, p. 57 ; C.A. Poitiers, 30 août 1878 ; D. 1878, 2, p. 29 ; C.A. Dijon, 11 mai 1879 ; D. 1880, 2, p. 57.
[314] Cass. Civ. 11 juillet 1923 ; D. P. 1923, 1, p. 30.
[315] P. SALVAGE : « *La viabilité de l'enfant nouveau-né* » ; RTDCiv. 1976, p. 733.
[316] *Ibid.*, p. 734.

La loi ne peut pas à elle seule déterminer le seuil de viabilité. Il lui est indispensable de s'adjoindre les secours de la médecine.

b. Le rapprochement avec la viabilité médicale

241. Dans le milieu des années 1970, l'éventualité d'une viabilité avant les 180 jours de gestation n'est plus exclue, même si elle demeure envisagée comme une exception. Il s'agissait de se rapprocher dans une certaine mesure des avis médicaux de l'époque qui s'orientaient également vers une grossesse minimale de 180 jours. Mais si les médecins s'accordent à cette époque sur un délai de 180 jours, c'est surtout parce que « *cette date est arbitrairement adoptée par de nombreuses législations* »[317].

Le droit se rapproche de la médecine, qui elle-même se rapproche du droit.

Un ouvrage médical de 1976 commence à envisager un second critère à la maturité, en complément du délai. Ce manuel estimait qu'il pouvait « *arriver qu'un enfant né à 28 semaines, pesant, par exemple 1,200 kg, ne fasse aucune complication…* ». Dans le même document, il est envisagé que la viabilité ne soit plus une question qui ne concerne que l'enfant. La question dépasse une survie autonome, et aborde l'idée d'une assistance néonatale qui interviendrait aussi dans l'idée de viabilité :

> « *… ils ont même l'air viable. En fait, ils ne le sont pas si on ne les aide pas…* »[318].

242. La viabilité dépend particulièrement de la maturité de l'enfant nouveau-né, le concept de bonne conformation semble négligé par la médecine, et de fait, rapidement, le droit l'écartera également. La maturité de l'enfant repose sur des aspects médicaux qui, au milieu des années 1970, paraissent cumulativement exigés : poids et temps de gestation.

Dans la révision de la classification internationale des maladies de 1975, l'Organisation mondiale de la santé concrétisera une définition de l'avortement en y précisant explicitement la notion de viabilité :

> « *Expulsion spontanée d'un embryon ou d'un fœtus avant qu'il soit viable, c'est-à-dire pesant moins de 500 grammes et/ou de moins de 20 semaine de gestation (ou 22 semaines d'aménorrhée, c'est à*

[317] R. PIÉDELIÈVRE, E. FOURNIER : « *Médecine légale* » ; J.-B. BAILLIEU et fils, 1973.
[318] A. MINKOWSKI : « *Pour un nouveau-né sans risque* » ; Paris, Stock, 1976.

> *dire 22 semaines à partir du premier jour des dernières règles)* »[319].

Cette définition de l'avortement présente une analyse de la viabilité qui, en 1977, est relativement loin des analyses juridiques. Le délai de viabilité est clairement ramené à 154 jours (22 semaines d'aménorrhée) et il est conjugué avec un poids de naissance, alternatif ou cumulatif, de 500 grammes.

La conception juridique de la viabilité aurait pu s'en trouver modifiée. Elle ne l'a été qu'avec la circulaire du 30 novembre 2001 modifiant la prise en charge des enfants sans vie et leur état civil.

243. La viabilité du XXI^{ème} siècle est très éloignée de celle de 1804. Elle prend en compte les progrès médicaux et d'hygiène accomplis depuis cette date.

Le fait de traiter du « *seuil* » de viabilité ne reflète plus vraiment une réalité tangible puisqu'il faudrait préciser s'il s'agit du poids ou du temps de grossesse.

La nouvelle description de la viabilité de 1977, prise en compte par le droit, influe sur la personnalité du fœtus et donc sur le début de l'enfance.

244. Dès lors, l'apparition de l'enfant est soumise à une double condition. Dans un premier temps, avant que l'enfant conçu soit viable, il faut une volonté de la femme de devenir mère. Cette volonté suspend la personnalité de l'enfant conçu. Quand ce dernier est viable, la personnalité est soumise à une condition résolutoire de naître vivant.

La manifestation de la volonté de la femme de ne pas mettre l'enfant au monde dans le délai légal autorisé pour une interruption volontaire de grossesse, élimine, sans qu'elle ait débuté, la personnalité de l'enfant. Au-delà de ce délai légal et jusqu'à ce que l'enfant soit viable, la volonté de la femme aura les mêmes conséquences, même si elle est soumise à l'accord des médecins. À partir du moment — ou du poids — où l'enfant est viable, la condition suspensive initiale est remplie : la personnalité de l'enfant est reconnue rétroactivement à compter de la conception. La naissance d'un enfant mort mais viable, quelle que soit la raison de ce décès (interruption de la grossesse pour un motif médical tenant à la santé de l'enfant ou fausse couche tardive), ne fait que résoudre *a posteriori* une personnalité.

[319] Organisation mondiale de la santé : « *Classification internationale des maladies – révisions 1975* » ; Genève 1977.

Ces éléments d'évolution de la personnalité sont logiquement pris en compte par l'état civil. La logique de ces changements d'états biologiques se perçoit derrière les dispositions de l'article 79-1 du Code civil relatives à l'enfant sans vie. De plus, les changements liés au décret de 2008 permettent de conforter l'idée que la volonté de la mère, en tant que condition purement potestative relativement à la personnalité de l'enfant est un critère déterminant dans l'apparition de l'enfance et dans la prise en compte de l'enfant conçu par l'état civil.

Aucune reconnaissance juridique n'est offerte à celui qui n'est pas viable (absence totale d'état civil le concernant) et qui n'est pas désiré par sa mère. En revanche, pour l'enfant viable mais décédé s'ouvrent les voies de l'état civil et la possibilité offerte aux parents d'avoir un acte d'enfant sans vie.

245. Il est ainsi inexact de dire que la personnalité juridique est reconnue rétroactivement au moment de la naissance d'un individu viable. Il n'est pas tellement plus juste d'estimer qu'elle est admise par anticipation au moment de la conception. Il faut s'entendre sur une solution intermédiaire, cohérente au vu des progrès scientifiques et de la législation en la matière. Le début de la personnalité juridique, même si elle demeure une fiction à confirmer au moment de la naissance, se situe quand l'enfant conçu est viable.

C'est à cet instant qu'elle est rétroactivement reconnue à compter de la conception. C'est aussi à ce stade qu'elle est anticipée sur le moment de la naissance.

246. Si la naissance apparaît comme une joie dans les familles, la fin de l'enfance et le début de l'âge adulte paraissent à l'inverse beaucoup plus amers.

Victor HUGO a proclamé que « *lorsque l'enfant paraît, le cercle de famille applaudit à grands cris* »[320], à l'autre extrémité de l'enfance, bien plus désabusé, Jean ROSTAND a prévenu que « *être adulte, c'est être seul* »[321].

Section 2 : La fin de l'enfance

247. L'article 1er de la loi du 5 juillet 1974[322] abaisse à dix-huit ans l'âge de la majorité, auparavant, la loi du 1er germinal an XII promulguant le Code civil avait retenu

[320] V. HUGO : « *Les feuilles d'automne, XIX, Lorsque l'enfant paraît* » ; Gallimard 1981.
[321] J. ROSTAND : « *Pensées d'un biologiste* » ; Stock, 1995.

vingt et un ans pour quitter la minorité. Le droit ne reconnaît donc que deux grandes périodes de vie.

Le droit français n'a pas repris les distinctions précédemment admises en droit romain, qui comptait six périodes d'existence. L'« *infans* » (correspondant au bébé de 0 à 7 ans), le « *puer* » (de 7 à 17 ans), l'« *adulescens* » (de 17 à 30 ans), le « *juvenis* » (de 30 à 45 ans), le « *senior* » (de 45 à 60 ans), et le « *senex* » (au-delà de 60 ans)[323].

Rien n'explicite dans les textes que la fin de l'enfance soit simultanée avec la fin de la minorité. Mais l'idée est ancrée dans l'inconscient collectif, que viennent renforcer certains abus de langage qui confondent aisément enfant et mineur, adulte et majeur.

De plus, l'âge de la majorité évolue et fluctue en fonction du temps et de l'espace. Le droit canon ne connaît pas, par définition, la notion de majorité civile. Il fixe pourtant à 12 ans pour les filles et 14 ans pour les garçons l'âge de la majorité nubile et matrimoniale. L'ordonnance royale de Blois de mai 1579 place à 25 ans pour les filles et 30 ans pour les garçons la majorité matrimoniale.

La frontière est mouvante, et semble avoir du mal à être fixée, comme s'il était admis que l'enfance n'avait pas de limites stables. À ce titre, l'âge de la majorité n'est pas un âge consensuel concernant la fin de l'enfance. Sur ce point, il n'établit pas efficacement le moment de l'entrée dans l'âge adulte (§ 1) ce qui tend à dire que cette période de la vie se partage sur la minorité et la majorité (§ 2).

§ 1 – Dix-huit ans : un âge arbitraire et peu efficace

248. Cependant que la loi ne pose pas de limite franche au début de l'enfance ni au début de la personnalité juridique, elle détermine avec fermeté la fin de la minorité et le début de la majorité. L'article 488 du Code civil est en ces termes : « *la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile* ».

Il y a, en même temps que de la force, du mythe dans ce premier alinéa de l'article 488 du Code civil qui contraste singulièrement avec la définition plus humaine de la minorité à l'article 388 du Code civil : « *Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* ».

[322] Loi n°74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité (JORF, 7 juillet 1974, p. 7099).
[323] S. LEBOVICI (dir.), A.-M. ALLEON, O. MORVAN : « *Devenir Adulte* » ; PUF, 1990.

L'étude de ces deux articles du Code civil permet d'établir qu'il existe un amalgame entre l'enfance et la minorité (A), ce qui incite nécessairement à remettre en question l'âge de la majorité comme sésame de l'âge adulte (B).

A – L'amalgame des notions de minorité et d'enfance

249. L'enfance et la minorité, ou l'enfant et le mineur, se retrouvent occasionnellement dans le même texte d'un article de loi. Parfois la loi traite du mineur, parfois elle traite de l'enfant. Les deux mots ne semblent pas synonymes puisque parfois, le terme « *mineur* » prend une tournure adjective pour qualifier l'enfant, c'est l'enfant mineur. Des références multiples existent dans nos codes[324] et dans nos lois[325].

Bien que les termes ne soient pas équivalents dans leur sens, la confusion est fréquente et il est difficile de distinguer si tous les mineurs sont des enfants ou si tous les enfants sont des mineurs, ou encore s'ils n'ont rien à voir les uns avec les autres.

À première vue, enfance est minorité n'ont pas autant de points en commun que ce que semblent énoncer les codes. La minorité n'est pas un état naturel. Si les mineurs sont incapables, c'est « *en vertu d'une disposition génétique de la loi* », « *le principe, c'est la capacité* »[326].

En effet, alors que la minorité est un temps imposé (2), l'enfance, elle, est un moment universel (1).

1. L'enfance, un temps universel

250. L'enfance est une période supposée heureuse, malgré certaines descriptions poétiques. « *Je confonds toujours l'enfance et l'Éden* » regrettait SÉDAR SENGHOR[327]. Il y a, pour chaque personne vivante, une partie de son humanité intime qui s'est construite pendant ce « *voyage oublié* »[328]. Il n'est pas un pays, pas une nation, pas un peuple, pas un groupe, pas

[324] Plus de soixante articles sont recensés dans l'ensemble des codes, notamment treize articles dans le Code civil, neuf articles dans le Code pénal, douze dans le Code de procédure civile, quatre dans le Code de procédure pénale, huit dans le Code du travail, trois dans le Code général des impôts, trois dans le Code de la famille et de l'aide sociale.
[325] Environ huit textes en vigueur mentionnent indifféremment l'enfant ou le mineur ou l'enfant mineur, entre autres l'article 18 de la loi du 22 juillet 1922 relative aux retraites des agents de chemins de fer secondaires d'intérêt général, des chemins de fer d'intérêt local et des tramways.
[326] J.-P. GRIDEL : « *L'âge et la capacité civile* » ; D. 1998, chron. p. 90.
[327] L. SÉDAR SENGHOR : « *Éthiopiques, d'autres chants* » ; Seuil 1990.
[328] J.-B. DE LA VARENDE : « *Le centaure de Dieu* » ; Grasset 1995.

une société qui ne compte en son sein une part, plus ou moins importante de sa population, qui soit des enfants.

Si l'enfance est un temps universel, elle l'est au plan intime (a), elle l'est au plan mondial (b).

a. Universalité individuelle

251. Chaque personne humaine connaît ou a connu une période de sa vie qui correspond à l'enfance. Même si elle doit se terminer prématurément, cette période existe. L'enfance fait l'objet d'attentions particulières. C'est effectivement au cours de ce moment de vie que la personnalité (au sens non juridique du terme) se façonne et se construit.

L'enfance est une période que chacun a vécu avec plus ou moins de bonheur. Les illustrations de l'enfance malheureuse sont pléthores dans l'imagerie populaire véhiculée par la littérature. Cosette, Gavroche, Rémi, Tom, Oliver, François, Charles sont autant de prénoms d'enfants brossés comme martyrs, brimés, solitaires, orphelins. Le tableau n'est pas si terne, à côté de ces enfants de la peine, existent aussi, nombreux, les enfants de la joie dépeints avec enthousiasme par la Comtesse de SÉGUR, Louisa MAY ALCOTT, Laura INGALLS-WILDER, Lewis CAROLL.

Mais à n'en pas douter, l'enfance est un moment de vie qui évolue avec le temps, de sorte que l'enfant du XVIII^{ème} siècle n'est pas le même que l'enfant du XXI^{ème}.

252. Du point de vue de l'individu, l'enfance n'est pas facile à définir ce qui explique qu'elle ne soit pas tellement prise en compte juridiquement, autrement que par le biais de la minorité. Ainsi la notion d'enfance n'est claire ni dans son contenu ni dans ses limites. Elle n'est pas un temps naturel. La biologie ne fixe pas de bornes à cette tranche de vie, elle se contente de désigner un passage progressif vers l'âge adulte sans coupure et sans interruption.

Les connaissances scientifiques s'accumulent. Les domaines sont nombreux à traiter de cette période (biologie, médecine, psychologie, pédagogie, démographie). À force d'accumulation et, dans une certaine mesure parfois, de stratification, plus la définition de l'enfance se précise, plus elle semble se brouiller. Là où le psychologue insistera sur les facultés d'émancipation intellectuelle pour donner un terme à l'enfance, le médecin et le biologiste s'aideront davantage de paramètres médicaux ou anatomiques : puberté, taille, poids.

253. Le droit participe également de cette confusion certaine lorsqu'il traite du sujet. La lecture de l'article 144 du Code civil montre qu'il met en place une majorité sexuelle, matrimoniale à travers l'âge de la nubilité qui ouvre le droit de se marier à 18 ans.

En revanche, un regard sur l'article 388-1 al. 1 du Code civil donne un point de vue différent sur une sortie avancée de l'enfance : « *… le mineur capable de discernement…* ».

Critère biologique dans l'article 144 du Code civil, éléments de psychologie et de pédagogie dans l'article 388-1 du Code civil, il existe également une forme de référence démographique quand l'article 389-3 du Code civil fait appel aux « *cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* ». Cette indication de l'usage[329] renvoie à une localisation de la situation factuelle permettant au mineur d'accomplir seul certains actes de la vie civile. Dans ce sens, le Code civil met en place les mêmes éléments un peu flous qui dominent la question de la définition de l'enfance : psychologie, médecine, biologie, pédagogie et démographie. Il faut ajouter à cela un peu de géographie et de sociologie quand la loi fait appel aux notions d'usage et de coutume.

254. Le profane s'est alors rapidement dirigé vers une anti-définition de l'enfance, c'est-à-dire à une définition passant par son contraire. L'enfance est l'anti âge adulte. Des facteurs sociologiques, morphologiques, anatomiques, économiques et biologiques entrent en jeu. L'enfance est la période de vie où l'individu n'a pas la force physique d'un adulte ni sa condition sexuelle. L'individu est économiquement dépendant, il est nourri. Mais l'enfance est aussi une période où l'individu est doté de qualités particulières, différentes ou supérieures de celles de l'adulte ; il déborde d'énergie, il dispose de facultés d'apprentissage et d'adaptation plus importantes que l'adulte.

Le constat est assez saisissant : les critères tentant de donner une définition de l'enfance sont des critères relativement modernes. Du reste, les travaux d'ARIÈS[330] montrent que la notion d'enfance est également moderne : l'enfant existe depuis longtemps, mais il n'en va pas de même pour l'enfance, caractérisée par BOSSUET comme « *la vie d'une bête* »[331].

[329] « *Règle coutumière spéciale à une région ou à une profession que les particuliers suivent habituellement dans leurs actes juridiques sans s'y référer expressément* » (R. GUILLIEN, J. VINCENT : « *Termes juridiques* » ; 10ème éd. Dalloz 1995).
[330] P. ARIÈS : « *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime* » ; Ed. du Seuil, 1973.
[331] J.-B. BOSSUET : « *Œuvres complètes* » ; Outhenin Fils, 1836, p. 398.

L'enfance en soi est donc un moment qu'il n'est pas évident de définir, bien qu'en droit la définition doive être apportée.

255. Ce qui rend plus ardue encore l'œuvre de définir l'enfance, c'est que la notion est mouvante. Alors que l'enfant était dépeint par LA FONTAINE[332] comme un être cruel, illogique et moins rationnel qu'un animal, ROUSSEAU[333] lui substitua un être fragile, innocent, sensible. Cette évolution sera particulièrement visible durant le XIX^{ème} siècle. L'enfance était d'abord une période où l'individu était malléable, façonnable et dans une certaine mesure corvéable. Puis les grandes lois sociales, largement portée, au-delà d'elle, par la voix d'HUGO[334], qui permirent d'installer un droit du travail protecteur de l'enfance, depuis la loi du 24 mars 1841[335] interdisant l'emploi des enfants de moins de huit ans dans les entreprises.

256. L'enfance est encore aujourd'hui un âge qui évolue ; peut-être plus rapidement que la société, qui l'entoure et tente de l'encadrer, ne le voudrait. Sans retourner dans la conception de LA FONTAINE, il est vrai aujourd'hui que l'enfance est une période de plus en plus révoltée, voire violente. Les actes malveillants, parfois délictueux, parfois criminels, ne se limitent plus à des articulets anecdotiques dans la presse. D'ailleurs, pour tenter de masquer l'embarras qui consisterait à confondre l'enfance avec une période de violence, la presse a transformé l'enfant innocent en « *jeune délinquant* »[336], parfois même, le terme de jeune[337] connote à lui seul la délinquance et la violence.

De même qu'il n'est pas possible de concevoir une personne qui n'ait pas été un enfant, il est inconcevable de parcourir les continents sans être nécessairement face à une part de la population qui soit constituée d'enfants.

L'enfance est d'ailleurs de nos jours une préoccupation mondiale.

---

[332] Notamment dans la fable « *les deux pigeons* » : « *Mais un fripon d'enfant (cet âge est sans pitié)* » ou encore dans « *L'écolier, le pédant et le maître d'un jardin* » : « *Certain enfant qui sentait son collège, doublement sot et doublement fripon* ».

[333] J.-J. ROUSSEAU : « *L'Emile ou De l'éducation* » ; Garnier-Flammarion, 1966.

[334] « *…Travail mauvais qui prend l'âge tendre en sa serre*
Qui produit l'argent en créant la misère
Qui se sert d'un enfant ainsi que d'un outil… » (V. HUGO : « *Contemplations, Mélancholia* » ; Gallimard, 1996).

[335] Loi du 24 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers (JORF, 26 mars 1841, p. 752).

[336] « *Que dire de la Protection judiciaire de la jeunesse, responsable du travail avec les jeunes délinquants…* » *in* C. BRISSET : « *Pour une politique de l'adolescence* » ; *Le Monde*, 11 avril 2002.

[337] « *Environ trois cents jeunes du quartier* […] *s'opposent violemment aux CRS et à la police qui cherchent à arrêter un jeune de 25 ans, appelé «* Momo *» - il a commis plusieurs attaques de banques au cours de la semaine précédente* » (S. BÉAUD, M. PIALOUX : « *Émeutes urbaines, violence sociale* » ; *Le Monde diplomatique*, Juillet 2001).

b. Universalité mondiale

257. En s'en tenant à la définition de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989[338], il y avait en 2004 dans le monde un peu plus de 2,181 milliards d'enfants[339], ce qui représentait environ un tiers de la population mondiale[340]. Ce n'est rien de dire que ces enfants sont une préoccupation majeure à l'échelle internationale.

La prise de conscience a été assez rapide au lendemain de la seconde Guerre mondiale. En décembre 1946, l'ONU crée l'UNICEF afin de fournir une aide d'urgence aux enfants d'Europe menacés par la famine et la maladie. Depuis son intégration définitive à l'ONU en 1953, le fonds d'urgence pour l'aide aux enfants[341] a mené de nombreuses campagnes à travers le monde. Prix Nobel de la paix en 1965, il est également à l'origine de l'adoption de la Convention de New York de 1989 et du sommet international sans précédent de 1990, au cours duquel les chefs d'État et de gouvernements des Nations unies ont établi des objectifs pour la décennie en matière d'éducation, de santé et d'alimentation pour les enfants. En soixante ans, la cause des enfants dans le monde a pris une place principale dans le débat mondial : l'enfant est international, c'est aujourd'hui un élément certain.

258. L'échelle universelle perceptible à travers la lecture de la Convention se reflète nécessairement dans la législation des États signataires et dans leur politique à l'égard de l'enfance. L'objectif de la Convention est précisément que ces dispositions générales trouvent des répercussions positives pour les enfants dans les droits nationaux.

La préoccupation des États pour leur jeune population se traduit essentiellement par l'édiction de règles visant à promouvoir la sécurité, la santé et l'éducation des enfants.

En matière de législation, l'exemple le plus révélateur provient d'Amérique Latine. Dans les années 1920 et 1930 l'enfant pouvait être accusé de « *comportement antisocial* » voire de crime quand il n'avait pas de ressources matérielles suffisantes pour vivre. Cet état de fait, évidemment étranger à la volonté de l'enfant, pouvait être sanctionné par le juge qui prononçait une peine de détention afin de protéger l'enfant contre l'indigence. Le but sous-jacent de cette discrimination envers les populations infantiles de ces pays était surtout de rendre invisible la pauvreté juvénile au lieu de la prévenir ou de la guérir. La mise

[338] Article 1er de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « … *l'enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans* ».
[339] Dont 614 millions de moins de 5 ans.
[340] Selon le rapport 2006 de l'UNICEF sur la situation des enfants dans le monde.
[341] United Nations of International Children's Emergency Fund.

en place de la Convention de 1989 a entraîné un important bouleversement dans les pratiques étatiques. Ce système de la « *situation irrégulière* » de l'enfant est en passe de disparaître au profit d'une plus grande protection des mineurs et des jeunes.

De même, les Philippines ont intégré à leur législation des dispositions visant à punir plus sévèrement les personnes coupables de traite d'enfants et permettant aux victimes de solliciter du gouvernement la mise en place de structures et de financements favorisant leur soutien et leur réinsertion.

La Convention insiste également sur la promotion de la non-discrimination entre les enfants. Ainsi les législations qui encouragent ou renforcent l'inégalité entre garçons et filles sont contraires à son esprit. La législation française en matière d'âge légal du mariage[342] était discriminatoire qui prévoyait que les filles pouvaient, plus jeunes, accéder au mariage. Le législateur français s'était inquiété en 2005 de cette situation. Il estimait que cela favorisait les unions forcées.

M. CLÉMENT, ministre de la Justice, s'en émouvait en déclarant que « *dans la perspective de la lutte contre les mariages forcés,* […] *la fixation à dix-huit ans de l'âge légal du mariage permettra de protéger certaines jeunes filles du risque d'être mariées contre leur consentement* »[343]. Certes l'argument avancé par le Garde des Sceaux est louable. Il est d'autant plus louable qu'il vient en appui d'une proposition de loi d'un sénateur. Mais il ne suffit pas à masquer une volonté de la part de la France de se conformer à l'esprit de la Convention de New York, volonté sans doute amplifiée par la publication en 2005 du rapport de l'UNICEF stigmatisant notamment les législations nationales, sans en citer le pays, qui ne favorisent pas l'accès au mariage à un même âge pour les garçons et les filles :

> « *Les lois nationales qui prévoient que les filles peuvent se marier plus jeunes que les garçons sont particulièrement discriminatoires* »[344].

Le rapport pointe d'autres progrès à accomplir en matière de législation dans d'autres pays, que ce soit en matière d'enregistrement des naissances, ou en matière de mutilation génitale chez les femmes.

---

[342] Article 144 ancien du Code civil : « *L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage* ».

[343] P. CLÉMENT, le 13 décembre 2005, lors de la discussion de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, adoptée par le Sénat en première lecture.

[344] UNICEF : « *La situation des enfants dans le monde 2006 : Invisibles et exclus* » ; New-York, déc. 2005, p. 64.

259. La manifestation la plus éclatante de ce que la place de l'enfant est universelle dans les États repose surtout sur des considérations pécuniaires, et sur des réalités ou des préoccupations économiques.

En 2005, selon le même rapport de l'UNICEF, il est révélateur de noter que pour les pays industrialisés, la part des dépenses consacrée à l'éducation est de 4 % pour l'éducation alors qu'elle est de 11 % pour la défense. Dans les pays en développement, la part de l'éducation prime légèrement avec 11 % sur celle de la défense avec 10 %. C'est dans les pays les moins développés que se trouve la part la plus importante pour l'éducation (16 %) tandis que la défense se limite à 13 % des dépenses réelles.

260. La lecture de ces statistiques ne permet pas de dresser un état positif de l'enfance dans le monde et décrit cette période de vie comme s'il ne s'agissait que d'un souci. C'est oublier trop vite qu'avant tout, en principe, l'enfance est une période vivante, tant pour l'enfant lui-même que pour ceux qui l'entourent.

L'enfance est une tranche de vie certainement partagée par tout le monde et partout dans le monde. C'est un moment naturel et universel de l'existence.

C'est en cela qu'elle se distingue de la minorité qui est une période exceptionnelle imposée par la loi.

2. La minorité : un moment imposé par la loi

261. Contrairement à l'enfance qui est un moment à la fois universel et individuel (en ce sens que, bien que partagé par toute la population mondiale, il demeure une période de vie intime), la minorité est une étape de l'existence dans laquelle la personne entre nécessairement et d'où elle sort brutalement. La minorité est un passage obligé avant la majorité. Il n'existe pas de liberté naturelle pour passer de l'une à l'autre : toute personne nait mineure mais ne devient majeure par la force de la loi et non par celle de sa volonté.

L'aspect obligatoire de la minorité au regard de la majorité (qui apparaît davantage comme une période naturelle du droit) induit l'idée que la minorité est l'exception et la majorité le principe (a).

Ce moment est appréhendé par la loi comme l'occasion d'assister le mineur dans les débuts de sa vie juridique. Son assistance est singulièrement renforcée puisque la loi

déduit de sa jeunesse une incapacité générale pour le mineur. De cette façon la loi impose une représentation constante du mineur par ses ascendants, par ses responsables légaux (b).

a. L'exception de minorité

262. La situation du mineur est souvent rapprochée de celle du majeur incapable placé sous tutelle[345]. Ce rapprochement est sensible au travers de l'intitulé du titre dixième du premier livre du Code civil : « *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation* ». L'article 495 du Code civil offre un autre exemple[346] du parallèle existant entre minorité et tutelle. Il prévoit que les règles applicables à la tutelle des mineurs le sont aussi à celle des majeurs.

Ici doit s'achever la comparaison.

Il n'est pas rigoureux d'aller au-delà en ce qui concerne les ressemblances entre minorité et tutelle. La première s'analyse comme une période finie de représentation d'une volonté immature par une ou plusieurs volontés matures tandis que la seconde est une période non finie de représentation d'une volonté mature vacillante par une volonté mature saine.

L'immaturité du mineur ne peut pas être aussi rapidement mise en regard de « *l'altération des facultés mentales* » du majeur sous tutelle[347]. De plus, si la minorité est un temps nécessaire avant la plénitude de l'exercice des droits civils, la tutelle n'est qu'une majorité exceptionnelle[348] avant son extinction définitive.

La jouissance intégrale des droits civils décrite par l'article 488 du Code civil[349] fait un écho singulier aux dispositions de l'article 389-3 al. 1 du Code civil[350]. En se tenant à l'idée généralement retenue que le principe est général là ou l'exception est précise, il apparaît que la majorité est le principe et la minorité une exception.

263. Un questionnement doit, en marge de cette réflexion, accompagner l'étude de la minorité comme représentation d'une personne par une autre personne. Cette interrogation se dévoile à la lecture de l'article 388 du Code civil :

---

[345] « *Le voilà donc* a priori *interdit d'activité juridique – comme le majeur en tutelle…* » (M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 385) ; « *Le majeur en tutelle qui seul, parmi les majeurs incapables, nous retiendra, est dans une situation proche de celle du mineur* » (J.-C. MONTANIER : « *Les actes de la vie courante en matière d'incapacité* » ; J.C.P. 1982, I, 3076).

[346] J.-C. MONTANIER : « *Les actes de la vie courante en matière d'incapacité* » ; J.C.P. 1982, I, 3076.

[347] Article 493-1 du Code civil.

[348] Le nombre de demandes d'ouverture de tutelle est en décrue constante depuis 1999 (27 902 en 1999 ; 27 098 en 2000 ; 25 700 en 2001 ; 25 463 en 2002 ; 24 496 en 2003) (« *Annuaire statistique de la Justice* » édition 2005).

[349] Article 488 du Code civil : « *… à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile* ».

[350] Article 389-3 al. 1er du Code civil : « *… représentera le mineur dans tous les actes de la vie civile* ».

> « *Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* ».

Ce n'est sans doute qu'un point de détail, mais il ne manquera pas d'intriguer le juriste : où est passée la personne ? La minorité est-elle à ce point exceptionnelle que la personne du mineur s'efface derrière la notion d'individu ?

De plus, cela présente une certaine perte de cohérence par rapport à la définition antique de la personne. Dans l'antiquité la *persona* était le masque que les acteurs de théatre portaient pour manifester la joie, la tristesse, la comédie ou la tragédie. Par la suite, la *persona* est devenue la manifestation du rôle joué, comme la personne est la manifestation juridique de l'individu.

L'article 388 du Code civil ne dispose pas que le mineur soit une personne de moins de dix-huit ans, il emploie le terme d'individu, terminologie réservée habituellement à l'être dépourvu de personnalité juridique. De plus, le langage commun donne à cette terminologie une connotation péjorative.

Il semble qu'en fait d'une période de représentation du mineur par des majeurs, il s'agisse en réalité d'une période d'effacement d'une personne derrière d'autres. Dans le Code civil, il n'est fait référence au mineur et de sa personne qu'à de rares occasions, soit quand il lui est porté atteinte (article 21-8 du Code civil)[351], soit quand les représentants légaux du mineur disparaissent et que la tutelle se met en place (article 450 du Code civil)[352]. Encore que l'examen précis de ces deux textes semble montrer que, pour ce qui concerne le mineur, la loi s'entende sur une acception différente de la notion de personne.

264. Le tuteur d'un mineur doit représenter ce dernier en même temps qu'il doit prendre soin de sa personne. L'article 450 du Code civil dépeint clairement une distinction entre le mineur et sa personne qui répond aux dispositions de l'article 388 du Code civil. Aussi bien le mineur est-il un individu, distinct de la personne dont le tuteur doit prendre soin. C'est à croire que la minorité ne se limite pas simplement à une incapacité générale d'exercice et de jouissance. Il apparaît qu'elle s'assimile davantage, sous une lecture stricte de la lettre de la loi, à une période de l'existence d'un individu, qui n'est titulaire d'aucun droit.

[351] Article 21-8 du Code civil : « *… atteinte sexuelle à la personne d'un mineur de quinze ans* ».
[352] Article 450 al. 1er du Code civil : « *Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes de la vie civile…* ».

Sa personne, détachée par la loi de son individu, est une entité solitaire, représentée intégralement par les parents (ou par le tuteur) qui doivent en prendre soin, indépendamment de la façon dont ils administrent les biens du mineurs.

Cette analyse du détachement de la personne du mineur de son individu est renforcée par l'article 21-8 du Code civil. Dans cette disposition relative à l'acquisition de la nationalité française, la « *personne du mineur* » est analysée comme un objet corporel également indépendant de son individu. Il s'agit en quelque sorte d'une insertion pénale dans le Code civil puisqu'il y est fait référence à « *une atteinte à la personne* » par opposition à une atteinte aux biens.

Pour résumer, le mineur ne semble pas être une personne comme les autres. Il passe, dans le Code civil[353], pour être un individu sans droit dont la personne est confiée à des tiers qui doivent en administrer les biens tout en prenant soin d'elle.

265. En dehors de l'âge de la majorité qu'il fixe, l'article 388 du Code civil n'a guère évolué depuis la loi du 5 Germinal an XI qui crée le titre X du livre II du Code civil de 1804. S'il était compréhensible au début du XIX^{ème} siècle que la personne du mineur soit effacée derrière la puissance paternelle, cette vérité aurait pu être revisitée avec les multiples réformes du Code civil commandées par l'intérêt de l'enfant.

Ces éléments mettent en évidence le fait que la minorité n'est pas un moment de vie ordinaire. C'est une ère de l'existence privative de droits, et d'une certaine façon, négatrice de la personnalité du mineur.

Il reste que le principe est celui de la pleine capacité de la personne, entendue comme majeure. À ce titre la minorité apparaît encore une fois comme une exception, voire comme une négation, si le majeur est considéré comme une personne cependant que le mineur n'est qu'un individu.

[353] L'analyse ne saurait s'étendre aux textes législatifs non codifiés. Des dispositions éparses traitent des mineurs comme de personnes « *classiques* ». L'article 26 de la loi n°95-73 du 21 janvier 1995 (JORF, 24 janvier 1995, p. 1249) relative à la sécurité traite de « *l'adresse d'une personne mineure* ». L'article 3 de la loi n°96-1076 du 11 décembre 1996 (JORF, 12 décembre 1996, p. 18176) oblige le Gouvernement à présenter un rapport annuel concernant les « *personnes, mineures* » atteintes d'un syndrome autistique. La loi bioéthique n°2004-800 du 6 août 2004 (JORF, 7 août 2004, p. 14040) prévoit « *d'autoriser les prélèvements de moelle osseuse sur une personne mineure* ». Enfin, la loi n°99-1140 sur le financement de la sécurité sociale du 29 décembre 1999 (JORF, 30 décembre 1999, p. 19706) rapporte des « *cas de saturnisme observés chez une personne mineure* ». La liste n'est pas exhaustive, s'abstenant de référencer la quinzaine de décrets qui traitent également de « *personne mineure* », ni les circulaires, ni les arrêtés. En dehors du Code civil, une centaine d'occurrences peut être relevée dans les autres textes codifiés, essentiellement dans le Code de la santé publique.

Cette analyse exégétique de l'article 388 du Code civil doit toutefois demeurer marginale. Elle illustre néanmoins l'aspect exceptionnel du temps de vie du mineur par rapport à celui du majeur.

266. D'autres aspects permettent d'attester de ce que la minorité doive s'appréhender comme un temps d'exception. Ne serait-ce que sa raison d'être.

Explicitée à maintes reprises, et par les plus grands théoriciens du droit privé[354], l'économie générale de la période de la minorité est surtout de protéger la personne[355] du mineur. Il est normalement placé sous la protection de ses parents.

L'article 371-1 du Code civil définit très expressément leur rôle :

> « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ».

Le rôle des représentants légaux de l'enfant est, dans son intérêt, de permettre son développement, ce qui consiste à le guider vers la période de pleine capacité.

Ce qui marque ici que la minorité ne soit pas un principe est qu'elle doit se terminer. À l'opposé, la majorité n'a pas de fin autre que le décès. La sénilité n'est qu'une autre période d'exception de la majorité qui se nomme la protection.

Pendant les dix-huit premières années de son existence, la personne est gouvernée, effacée par une ou deux autres personnes majeures ou mineures[356].

---

[354] F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème édition, Dalloz 1996, n°994 ; J.-P. GRIDEL : « *L'âge et la capacité civile* » ; D. 1998, chron. p. 90 ; G. CORNU : « *L'âge civil* » *in* « *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER* » ; Dalloz et Sirey, 1961, Tome II, p. 1 ; J. STOUFFLET : « *L'activité juridique du mineur non-émancipé* » *in* « *Mélanges en l'honneur de Pierre VOIRIN* » ; LGDJ 1966, p. 782 ; R. NERSON : « *L'activité du mineur non émancipé* » ; RTDCiv. 1971, p. 613 ; J.-C. MONTANIER : « *Les actes de la vie courante en matière d'incapacité* » ; JCP 1982, I, 3076 ; F. GISSER : « *Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité* » ; JCP 1984, I, 3142.

[355] Le terme de personne étant entendu au sens de personnalité et non au sens corporel comme ce fut entrevu précédemment : « *Le mineur est protégé non pour la fragilité de son corps, mais à cause de l'infirmité présumée de son esprit…* » (G. CORNU : « *L'âge civil* » *in* « *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER* » ; Dalloz et Sirey, 1961, Tome II, p. 16).

[356] La majorité des représentants légaux d'un mineur doit être relativisée, dans la mesure où l'attribution de l'autorité parentale n'est pas soumise à une limite inférieure d'âge. L'article 371-1 du Code civil énonce qu'elle « *appartient aux père et mère jusqu'à la majorité de l'enfant* ». L'attribution automatique de l'autorité parentale aux père et mère débute avec la naissance de l'enfant, peu important au demeurant l'âge du ou des parents. Aussi parvient-on à un paradoxe juridique : la mère mineure d'un enfant doit gouverner la personne de son enfant sans pouvoir gouverner la sienne propre qui reste sous l'autorité de ses parents.

Mais pour le mineur, la représentation imposée par la loi est plus ou moins souple. Bien que le Code civil ne connaisse qu'une période unique (la minorité), il est parvenu à l'aménager de telle sorte que la représentation du mineur ne soit pas figée dans le temps[357] et qu'elle évolue en fonction de l'âge de la personne. Son âge juridique rejoignant parfois son âge biologique.

b. Le régime évolutif de représentation du mineur

267. Passée la frontière de l'article 488 du Code civil, la personne jouit de tous les droits civils, sans qu'aucune nouvelle fragmentation de la vie ne soit jamais prise en compte par le droit (sauf accident). Il n'en va pas de même pour la représentation du mineur, non que son statut change fondamentalement en fonction de son âge, mais il lui ouvre parfois la porte vers de nouvelles prérogatives quant à sa personne ou son patrimoine.

L'évolution de la représentation du mineur n'est pas qu'une affaire d'âge. D'ailleurs à ce propos, l'âge même de la majorité aurait pu être autrement fixé que par une limite s'exprimant en nombre d'années révolues. M. GISSER relève que « *les mineurs sont dépourvus ou tout du moins insuffisamment pourvus d'intelligence et de volonté. Logiquement, la protection dont ils bénéficient doit disparaître lorsqu'ils sont pleinement capables* »[358]. La réflexion liminaire du propos de l'auteur concernant l'étude de la prémajorité ne renvoie pas explicitement à la définition d'un âge universel, lisière entre majorité et minorité. Il se dégage l'idée selon laquelle l'âge de la majorité peut être fixé au moins de deux façons : *in concreto* et *in abstracto*[359].

Une appréciation concrète de la majorité de la personne nécessite l'intervention systématique du juge à qui reviendrait la charge de déterminer la possibilité pour une personne d'être capable. Cela implique également l'absence d'automaticité du passage de la situation de mineur à celle de majeur, ce qui rend le procédé complexe à mettre en œuvre et à contrôler.

Le législateur français ne s'est jamais dirigé dans cette voie. Il lui a toujours préféré une estimation statistique de l'âge qui exclut l'intervention du juge et qui permet

[357] Ni dans l'espace au vu des usages qui autorisent les mineurs à agir eux-mêmes (article 389-3 al. 1 du Code civil) et qui ne sont pas les mêmes d'une région à une autre, ce qui est particulièrement vrai dans les territoires d'Outre-Mer pour lesquels le droit coutumier existe toujours.

[358] F. GISSER : « *Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité* » ; JCP. 1984, I, 3142.

[359] M. GISSER distingue les deux procédés en qualifiant le premier de procédé *qualitatif* s'appuyant sur les qualités réelles de la personne et le second *quantitatif* s'appuyant sur une estimation de l'âge auquel la plupart des mineurs sont capables.

d'éviter les hésitations judiciaires et les approximations nuisibles à la société civile prise comme un ensemble d'individualités. Ainsi le Code civil de 1804 fixait-il un âge pour atteindre la majorité, ce que fera également le législateur en 1974 quand il l'abaissera à dix-huit ans révolus.

268. Néanmoins, la loi n'a pas été totalement imperméable à l'idée d'insinuer des éléments d'appréciation concrets dans l'abstraction de la minorité. Ces facteurs individuels (ou collectifs parfois) viennent atténuer la rigueur de l'article 488 du Code civil et permettre au mineur d'agir occasionnellement comme un majeur.

La loi laisse passagèrement intervenir le juge et l'appréciation prend une dimension humaine afin d'abaisser l'âge de la capacité, ou bien elle renvoie vers des considérations plus impératives et l'appréciation du juge s'efface derrière les éléments concrets d'une réalité objective.

Sur ce sujet, la plupart des auteurs[360] distinguent deux modes de tempérance de l'âge de la majorité. La loi permet elle-même l'exercice de certains droits à des mineurs en baissant l'âge auquel ils peuvent y prétendre, de même qu'elle tempère parfois la minorité par des considérations qualitatives.

➢ *Tempéraments quantitatifs à la minorité*

269. Il semble que le seuil quantifié minimal se situe à douze ans. L'article L. 132-3 du Code des assurances[361] prohibe la souscription d'une assurance en cas de décès (ou en cas de vie) dont le bénéficiaire serait un mineur de moins de douze ans.

270. L'âge de treize ans apparaît comme un seuil plus fréquent qui permet au mineur de s'opposer aux changements qui touchent son état civil ou sa filiation[362]. Cet âge est aussi la limite supérieure à laquelle se réfère l'article L. 313-11 du Code de l'entrée et du séjour des

---

[360] Notamment J.-C. MONTANIER : « *Les actes de la vie courante en matière d'incapacités* » ; JCP 1982, I, 3076 ; J.-P. GRIDEL : « *L'âge et la capacité civile* » ; D. 1998, Chron, p. 90 ; G. COUCHEZ : « *La fixation à dix-huit ans de l'âge de la majorité* » ; JCP 1975, I, 2684 ; F. GISSER : « *Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité* » ; JCP 1984, I, 3142 ; F. TERRÉ ; D. FENOUILLET : « *Droit Civil, les personnes la famille, les incapacités* » ; 7ème édition Dalloz, 2005 ; J. CARBONNIER : « *Droit civil, les personnes* » ; 21ème édition ; PUF, 2000.

[361] Article L. 132-3 al. 1 du Code des assurances : « *Il est défendu à toute personne de contracter une assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans, d'un majeur en tutelle, d'une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation* ».

[362] Pour ce qui se rapporte à l'état civil, les articles 60, 61-2, 61-3 et suivants, 311-23, 334-2 du Code civil exigent le consentement du mineur pour tout changement ou modification du nom ou du prénom. Pour ce qui regarde davantage l'état de la filiation, en matière d'adoption, l'âge de treize ans est le seuil au-delà duquel le consentement à l'adoption est nécessaire (articles 345 et 360 du Code civil).

étrangers et du droit d'asile quand la nationalité française est octroyée de plein droit sur preuve de la résidence habituelle en France[363]. Tout mineur de moins de treize ans est exempté de la taxe de séjour que les collectivités demandent pour la résidence temporaire d'une personne dans un lieu d'accueil dépendant d'une commune[364]. L'article L. 211-6 al. 4 du Code du travail[365] prévoit que le mineur de plus de treize ans qui est encore en âge de fréquenter un établissement scolaire doit consentir (en plus de l'accord de ses parents) à toute activité d'exploitation de son image ou de sa voix. Treize ans, c'est aussi l'âge auquel l'accès sans accompagnateur adulte à un débit de boissons de première catégorie est autorisé[366]. Dans le Code de la santé publique[367], c'est à partir de treize ans qu'un mineur peut indiquer sur le registre national automatisé des refus de prélèvement qu'il s'oppose à ce que ses organes soient prélevés après son décès. De façon peut-être un peu plus anecdotique (quoique cela soit révélateur d'une certaine maturité), le même Code[368] dispose que dans les établissements de santé, les jeunes garçons et les jeunes filles doivent pouvoir profiter de locaux totalement indépendants quand ils ont atteint leurs treize ans.

L'index des différents droits ouverts (ou fermés) lorsque treize bougies sont soufflées est fastidieux. Mais l'étude de cet âge comporte d'évidents éléments de réflexion.

271. D'abord, la lecture des textes montre sans hésitation que ce temps de la vie est jugé central par le législateur. Il est sûr qu'il existe un « *avant* » et un « *après* » treize ans. Cette charnière avait déjà été privilégiée par l'histoire sociale de la Troisième République pour poser une limite au travail des enfants[369].

À s'en tenir à des remarques d'ordre général sur les textes de lois énoncés et les articles de Codes listés, il paraît que le mineur soit très peu considéré avant son treizième

[363] Article 313-11, 2° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : « *À l'étranger mineur, ou dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire, qui justifie par tout moyen avoir sa résidence habituelle en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans* ».
[364] Article L. 2333-31 du Code général des collectivités territoriales : « *Sont exemptés de la taxe de séjour les enfants de moins de treize ans* ».
[365] Article L. 211-6 du Code du travail : « *L'emploi d'un mineur de plus de treize ans, en vue d'exercer les activités définies aux deux premiers alinéas, est subordonné à son avis favorable écrit* ».
[366] Article L. 3342-6 al. 2 du Code de la santé publique : « *Toutefois, les mineurs de plus de treize ans, même non accompagnés, peuvent être reçus dans les débits de boissons assortis d'une licence de 1re catégorie* ».
[367] Article R. 1232-6 al. 1 du Code de la santé publique : « *Toute personne majeure ou mineure âgée de treize ans au moins peut s'inscrire sur le registre afin de faire connaître qu'elle refuse qu'un prélèvement d'organes soit opéré sur son corps après son décès soit à des fins thérapeutiques, soit pour rechercher les causes du décès, soit à d'autres fins scientifiques, soit dans plusieurs de ces trois cas* ».
[368] Article D. 6124-454 du Code de la santé publique : « *Dans les établissements mixtes, les enfants de chaque sexe doivent avoir des chambres différentes à partir de l'âge de six ans ; à partir de treize ans, des locaux complètement séparés doivent être réservés à chaque sexe* ».
[369] Article 2 de la loi du 2 novembre 1892 interdisant le travail des enfants de moins de treize ans.

anniversaire. Les dispositions du Code de la santé publique indiquent une faible prise en compte de sa différence sexuelle et une interdiction de consommer de l'alcool seul ailleurs que chez ses parents. Ces éléments tendent à dépeindre une jeune personne totalement sous la responsabilité de ses parents (au plan juridique) et globalement abritée par l'intimité de la cellule familiale.

272. Il est utile de porter un regard sur l'évolution du droit de la responsabilité civile et sur les dispositions de l'article 1384 al. 4 du Code civil en matière de responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur habitant avec eux. L'examen de l'évolution jurisprudentielle sur ce point particulier du droit de la responsabilité civile est éloquent sur la façon dont le juriste a appréhendé un temps l'âge du mineur.

L'arrêt « *FULLENWARTH* » rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 9 mai 1984 marque le commencement de l'évolution contemporaine du régime de responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur. L'attendu de principe de cet arrêt pose les fondements d'une évolution juridique où l'âge du mineur tient une place centrale :

> « *...attendu que, pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime…* »[370].

Le cœur de cette jurisprudence conservait un aspect un peu flou, même s'il évinçait radicalement la question du discernement du responsable direct du dommage causé. L'arrêt ne répondait pas à la question de la nature de la faute commise par l'enfant et par les façons dont les parents pouvaient s'exonérer de leur responsabilité[371]. Pour s'en tenir aux termes de cette jurisprudence, les parents pouvaient dégager leur responsabilité s'ils établissaient qu'ils n'avaient commis aucune faute dans l'éducation, la surveillance et la direction de leur enfant mineur.

273. La jurisprudence a affirmé cela dans deux arrêts espacés de juste un an. Dans le premier cas[372], la Cour d'appel d'Amiens avait débouté les parents d'un enfant blessé de leur demande à l'encontre des parents d'un autre enfant au motif qu'elle estimait que ce dernier

[370] Cass. Ass. Plén. 9 mai 1984, « *FULLENWARTH* » ; Bull. 1984, 4 ; D. 1984. p. 525 ; RTDCiv. 1984, p. 508.
[371] Malgré l'adjonction d'un septième alinéa à l'article 1384 du Code civil par la loi du 5 avril 1937 : « *La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité* ».
[372] Cass. Civ. 2, 4 mars 1987 ; Bull. Civ. II, n°63.

« *avait reçu une bonne éducation* ». Cet argument était suffisant, selon les juges du second degré, pour écarter le défaut d'éducation et de surveillance des parents et donc pour écarter leur responsabilité sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil. La Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation abonde dans le sens de la juridiction d'appel et retient « *qu'il n'était pas soutenu que le jeune STOLARZ était un élève particulièrement difficile et avait pour habitude de lancer des objets sur ses camarades, l'arrêt énonce qu'il est au contraire attesté que l'enfant, docile et studieux, avait reçu une excellente éducation* ».

Il faut préciser que dans cette affaire, la Cour de cassation, dans le même sens que la décision d'appel, avait retenu la responsabilité de l'établissement scolaire sur le fondement de l'article 1384 al. 6 du Code civil. De telle manière que l'indemnisation de la victime était malgré tout assurée.

274. Dans un second temps, la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation cassait, dans un arrêt du 3 mars 1988[373], un arrêt prononcé par la Cour d'appel de Pau le 18 juin 1986. Cette juridiction avait écarté la responsabilité des parents d'un enfant qui avait mis le feu à la grange d'un voisin. Les juges d'appel retenaient en particulier que « *les parents élevaient leur enfant dans des conditions satisfaisantes, que le mineur, faisant ses études dans un lycée, avait un comportement normal et que cet adolescent de plus de 16 ans disposait d'une autonomie de déplacement et d'éloignement temporaire tout à fait normale* ». La Cour de cassation rejette cette argumentation, estimant qu'en l'occurrence, la juridiction d'appel n'avait pas recherché si le comportement répréhensible du mineur n'était pas une preuve suffisante du défaut d'éducation et de direction des parents. Contrairement à l'affaire précédente, ici, il n'y a pas d'autre responsabilité pouvant être engagée et qui puisse réparer le dommage subi par la victime.

Ces deux espèces montrent que la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur habitant avec eux peut s'amenuiser à mesure que le mineur prend de l'âge et que l'adolescent autonome prend le pas sur l'enfant dépendant. Un aperçu croisé des deux espèces indique en outre qu'un « *comportement répréhensible* » induit inéluctablement une déficience des obligations d'éducation et de surveillance des parents, qui ne sont plus recevables à écarter leur responsabilité.

Pour ces raisons, jusque-là, la présomption posée par le mécanisme de l'article 1384 al. 4 du Code civil demeurait une présomption de faute à l'égard des responsables

[373] Cass. Civ. 2, 3 mars 1988 ; Bull. Civ. II, n°58.

légaux de l'enfant. M. GRIDEL notait que cette présomption était écartée par « *l'indulgence de fait des tribunaux pour dire non fautive la surveillance des grands adolescents par des père et mère recherchés ensuite en responsabilité* ». Mais l'auteur indiquait aussitôt en note infrapaginale que « *cette jurisprudence paraît condamnée dès lors que l'article 1384 al. 4 du Code civil ne s'analyse plus en une présomption de faute…* »[374].

275. Précisément, dans un arrêt du 19 février 1997, la Cour de cassation est venue peaufiner la position qu'elle avait prise treize ans auparavant. La réponse à la question ambiguë de l'irresponsabilité des parents non résolue pendant toutes ces années tombe :

> « *Seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer le père de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui* »[375].

La jurisprudence repousse d'un attendu explicite l'idée qu'un « *grand adolescent* » soit moins accommodant à l'approche de sa majorité qu'il ne l'est dans sa jeune enfance. Ainsi, même si l'enfant s'autonomise avec l'âge, la jurisprudence refuse de le reconnaître seul responsable civil de ses agissements : le reliquat d'implication des parents dans la vie civile de leur enfant ne leur échappe que quand il atteint l'âge de la majorité.

276. L'orientation de la Cour de cassation s'affine et se conclut : elle a décidé d'opter pour le choix d'une responsabilité de plein droit des père et mère du fait du risque créé par son comportement, quel qu'il soit, par leur enfant mineur habitant avec eux. Cela répand l'image d'un jeune totalement irresponsable tant qu'il n'est pas majeur et quelque soit son âge. Cette solution est en contradiction avec la prise en compte de l'âge de treize ans par la loi et invite nécessairement à s'interroger sur la place de l'âge dans l'ouverture de droits et d'obligations des personnes mineures.

La Haute juridiction a pu vouloir préserver la jeunesse d'une part de responsabilité civile que son impécuniosité ne lui aurait pas permis d'assumer totalement. En cela, cette jurisprudence n'est pas complètement antagonique avec les dispositions légales auparavant étudiées, puisque aucune n'engage le patrimoine du mineur contre sa volonté, ce qui n'est pas le cas quand sa responsabilité est compromise par son fait, conscient ou non.

---

[374] J.-P. GRIDEL : « *L'âge et la capacité civile* » ; D. 1998, Chron. p. 92.

[375] Cass. Civ. 2, 19 février 1997, « *BERTRAND* » ; Bull. Civ. II, 1997, 56 ; GAJC, 11ème éd. n°208-209 ; D. 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; D. 1997, somm. p. 290, obs. D. MAZEAUD ; JCP 1997, II, 22848, concl. KESSOUS, note G. VINEY ; Gaz. Pal. 1997, 2, p. 572, note F. CHABAS ; Dr. Fam. 1997, p. 83, note P. MURAT ; Petites Affiches, 15 septembre 1997, note G. LEBRETON.

La Cour de cassation a également pu vouloir renforcer l'implication des parents dans l'éducation, la direction et la surveillance de leur enfant mineur. Cela s'inscrirait plutôt bien dans la politique contemporaine visant à sensibiliser les parents aux actions commises par leurs enfants. À l'avènement du Code civil, c'est sans doute cette conception moraliste qui a constitué les prémices de la responsabilité civile des père et mère :

> « *Puisse cette charge de la responsabilité rendre les chefs de famille plus prudents et plus attentifs !* […] *Et puissent les pères surtout se pénétrer fortement de l'étendue et de la sainteté de leurs devoirs ! La vie que nos enfants tiennent de nous n'est plus un bienfait si nous ne les formons pas à la vertu et si nous n'en faisons pas de bons citoyens* »[376].

Mais loin de l'attention portée au parti des responsables, la Cour a plus certainement entendu apporter une protection soutenue au parti des victimes. La mise en cause des enfants mineurs ainsi décrite n'est pas tant une infantilisation accentuée des responsables initiaux du fait causal, qu'une garantie offerte aux victimes de voir leur dommage réparé par ceux qui, détenant l'autorité sur le responsable direct du dommage, en détiennent également les moyens financiers d'exister ou de réparer. Les parents ne sont plus vraiment des responsables par substitution, ils sont surtout les garants des agissements dommageables de leurs enfants. La Cour de cassation s'est sciemment dirigée vers une construction juridique presque exclusivement fondée sur les notions d'implication et de causalité, ce qui est relativement proche du but fixé par la loi de 1985 sur les accidents de la circulation[377] : améliorer la situation des victimes.

277. Il importe de relever plusieurs nuances dans la prise en compte de l'âge du mineur dans la force de la représentation de sa personne par une autre personne majeure.

La première différence est perceptible entre la volonté du législateur et la protection accordée par la jurisprudence. D'un côté, le législateur s'efforce par des mesures nombreuses et dans divers domaines de donner au mineur des droits nouveaux, sur son corps ou sur sa personne. Il le charge de responsabilités nouvelles en matière pénale[378] ou fiscale. Il

---

[376] J.-B. TREILHARD : « *Intervention devant le corps législatif, 30 janvier 1803* » *in* P.-A. FENET : « *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* » ; Ducessois 1828.

[377] Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation (JORF, 6 juillet 1985, p. 7584).

[378] Article 122-8 al. 2 du Code pénal : « *Cette loi détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de treize à dix-huit ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge* ».

développe sa prise en compte par les administrations de santé publique ou par les collectivités territoriales. De l'autre côté, la jurisprudence le décharge de trop lourdes responsabilités. Ou plutôt, elle le décharge des conséquences pécuniaires de sa responsabilité et en fait supporter le fardeau par ses parents.

Le second écart s'en tient plus au patrimoine du mineur. Là aussi, législateur et juge ne suivent pas exactement la même direction. La loi, avec l'âge, permet au mineur de disposer d'une part de plus en plus importante de son patrimoine. Qu'il s'agisse d'une disposition positive (fructification de son patrimoine par la perception d'un salaire lié à la conclusion d'un contrat de travail) ou d'une disposition négative (dépenses de loisir ou de devoir). Il peut, à partir de seize ans et sauf cas particuliers, disposer de la moitié de son patrimoine par la voie du testament selon l'article 904 al. 1 du Code civil[379]. En parallèle de cette démonstration volontariste du législateur de permettre au mineur de s'émanciper financièrement de ses parents, le juge restreint les engagements patrimoniaux du mineur, sans considération de l'avancée de son âge : ce qui est visible dans le cadre de l'étude de la responsabilité civile du mineur.

S'agit-il concrètement d'une défiance de la jurisprudence face aux lois émancipatrices du législateur ? Une fois de plus dans ce domaine, l'accent n'est pas porté sur le patrimoine du mineur — pas plus qu'il ne l'est sur celui de ses parents. La volonté du juge s'accorde avec celle, croissante, du législateur de favoriser la prise en compte des victimes. La solution de l'espèce du 4 mars 1987 aurait-elle été la même s'il n'y avait eu, à défaut de la responsabilité des parents, la responsabilité de l'établissement scolaire, ce qui aurait équivalu à évacuer du même fait la possibilité de réparer pécuniairement le dommage subi par l'enfant blessé. Il est légitime de s'interroger sur l'évolution tranchée de la jurisprudence à travers l'arrêt « *BERTRAND* ». Aurait-elle été aussi catégorique si, simultanément, la souscription d'assurances de responsabilité civile familiale n'avait pas atteint les 90 % en 2002[380] alors qu'aucune loi ne la rend obligatoire ?

Avant la décision de 1997, en matière de responsabilité civile, le juge a, un temps, pris en considération l'âge du mineur. Après treize ans, la loi tient compte de l'âge croissant du mineur pour, peu à peu, lui permettre de profiter de nouveaux droits.

[379] Article 904 al. 1 du Code civil : « *Le mineur, parvenu à l'âge de seize ans et non émancipé, ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer* ».
[380] Selon le Centre d'Information et de Documentation de l'Assurance pour octobre 2002.

278. À quatorze ans, l'élève peut, à sa demande et avec l'accord de ses représentants légaux, suivre une formation alternée pour obtenir une qualification professionnelle[381]. C'est également à partir de cette période que les activités du mineur en tant qu'aide familial sont prises en compte par l'assurance vieillesse[382]. Le Code du travail autorise également les mineurs de quatorze ans à travailler pendant les périodes de vacances[383]. Le mineur doit avoir quatorze ans pour conduire un cyclomoteur[384], et il doit avoir six mois de plus pour passer les épreuves théoriques du permis de chasser[385].

279. À quinze ans, l'adoption plénière d'un mineur n'est plus possible[386].

Pour le Code pénal, la référence à l'âge de quinze ans est très fréquente[387]. Il s'agit d'un seuil en dessous duquel la loi pénale estime que la personne est particulièrement vulnérable. À ce titre, une atteinte à la vie, une atteinte à la personne ou une atteinte à la pudeur d'un mineur de quinze ans constitue une circonstance aggravante récurrente[388]. Certains termes du Code pénal répondent à d'autres du Code de la santé publique. Il existe, entre autres, une similitude entre l'article 222-29[389] du Code pénal et l'article R. 4127-44 du Code de la santé publique[390]. Dans ces deux dispositions, un parallèle est fait entre le mineur de quinze ans et une personne affaiblie ou naturellement faible, physiquement ou psychiquement. Le mineur de quinze ans est également protégé contre toute atteinte non

[381] Article L. 337-3 du Code de l'éducation : « *Les élèves ayant atteint l'âge de quatorze ans peuvent être admis, sur leur demande et celle de leurs représentants légaux, à suivre une formation alternée, dénommée* « formation d'apprenti junior », *visant à l'obtention, par la voie de l'apprentissage, d'une qualification professionnelle dans les conditions prévues au titre Ier du livre Ier du Code du travail* ».

[382] Article L. 732-35-1 du Code rural : « *…les périodes d'activité accomplies en tant qu'aide familial à compter de l'âge de quatorze ans peuvent être prises en compte par le régime d'assurance vieillesse des personnes non salariées des professions agricoles* ».

[383] Article L. 211-1 du Code du travail : « *Ces dispositions ne font pas obstacle à ce que ces mineurs, lorsqu'ils ont plus de quatorze ans, se livrent à des travaux adaptés à leur âge pendant leurs vacances scolaires* ».

[384] Article R. 211-1 du Code de la route : « *Tout conducteur de cyclomoteur doit être âgé d'au moins quatorze ans* ».

[385] Article R. 423-8 du Code de l'environnement : « *Par dérogation aux dispositions de l'article R. 423-3, le demandeur de l'autorisation de chasser mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 423-2 peut se présenter aux épreuves théoriques du permis de chasser dès lors qu'il est âgé d'au moins quatorze ans et six mois* ».

[386] Article 345 du Code civil : « *L'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de quinze ans* ».

[387] Au moins dans une trentaine d'articles, sans compter les références du Code de procédure pénale.

[388] Notamment articles 221-3 ; 221-4 ; 222-3 ; 222-4 ; 222-8 ; 222-10 ; 222-12 ; 222-13 ; 222-14 ; 222-24… du Code pénal.

[389] Article 222-29 du Code pénal : « *Les agressions sexuelle autres que le viol sont punies de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende lorsqu'elles sont imposées :*
1° A un mineur de quinze ans ;
2° A une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ».

[390] Article R. 4127-44 du Code de la santé publique : « *S'il s'agit d'un mineur de quinze ans ou d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique, il doit, sauf circonstances particulières qu'il apprécie en conscience, alerter les autorités judiciaires, médicales ou administratives* ».

violente à sa sexualité par l'article 227-25 du Code pénal[391]. Les termes de cet article renforcent encore l'aspect éminemment fragile de cet âge de l'enfance, quand même la sociologie s'accorderait à penser qu'il s'agisse déjà d'un début d'adolescence marqué.

280. Après quinze ans, les dispositions mentionnant l'âge du mineur sont plus fréquentes dans le Code civil, et concernent des droits plus importants que ceux auxquels le mineur peut prétendre auparavant après quatorze ans.

Sauf s'il souffre d'une altération de ses facultés mentales, le mineur de seize ans peut, seul, demander la nationalité française (ou demander à la perdre ou à y être réintégré)[392]. Le mineur peut, dès seize ans, convoquer seul le conseil de famille quand il est placé sous tutelle[393]. Seize ans, c'est aussi l'âge à partir duquel un mineur peut être émancipé sur la demande de ses parents. Une fois ce seuil franchi, le mineur peut également tester dans la proportion de la moitié des biens dont il aurait pu disposer s'il était majeur.

Enfin, dernier seuil de la minorité, l'âge de dix-sept ans est occasionnellement utilisé pour calculer certains revenus de jeunes travailleurs ou des droits à la retraite pour les personnes qui ont commencé leur vie active à cet âge ou avant.

281. En regardant d'un peu plus loin ces différentes étapes de la vie d'un mineur vues par le législateur, cela donne l'impression que deux âges principaux se dégagent ainsi que des âges secondaires.

La loi fait nettement la différence entre la maturité physique et la maturité intellectuelle. Ainsi, le mineur de quatorze ans est assez vieux intellectuellement pour consentir à plusieurs choix le concernant directement (quant à sa filiation ou son état civil), mais pas assez mûr physiquement, présume le Code pénal, pour s'opposer à une agression sexuelle, même sans violence.

Treize et seize ans sont les marques d'une maturité civile évolutive. Le jeune mineur de treize ans est assez préparé pour comprendre que son nom de famille (ou son prénom) va changer. Il faut qu'il attende sa dix-septième année pour pouvoir gérer seul le

[391] Article 227-25 du Code pénal : « *Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende* ».

[392] Article 17-3 du Code civil : « *Les demandes en vue d'acquérir, de perdre la nationalité française ou d'être réintégré dans cette nationalité, ainsi que les déclarations de nationalité, peuvent, dans les conditions prévues par la loi, être faites, sans autorisation, dès l'âge de seize ans* ».

[393] Article 410 du Code civil : « *Le conseil de famille est convoqué par le juge des tutelles. Il doit l'être si la convocation est requise, soit par deux de ses membres, soit par le tuteur ou le subrogé tuteur, soit par le mineur lui-même pourvu qu'il ait seize ans révolus* ».

patrimoine dont il dispose (quand même sa gestion serait-elle limitée). Quinze ans, c'est l'âge de la majorité sexuelle, l'âge où le mineur peut prendre les décisions qui touchent à son intimité en la matière, c'est le signe que le législateur prend acte qu'à quinze ans, le jeune atteint une forme de maturité physique qui le rend apte à consentir aux rapports sexuels. Le législateur considère également qu'atteint l'âge de quinze ans, le mineur est plus à même de s'opposer aux violences qu'un tiers voudrait lui imposer.

Entre treize et quinze ans, et entre seize ans et la majorité, le droit accorde peu de nouvelles prérogatives au mineur, ou alors des prérogatives secondaires au regard des évolutions majeures des âges déjà vus. La minorité après treize ans se dessine en un cadre évolutif rigide au fil duquel le mineur apprend à disposer d'abord de son état civil, puis de son corps, et enfin de son patrimoine avant d'accéder à la plénitude de ces droits.

L'embarras d'une description trop sectorielle des droits du mineur au-delà de treize ans est qu'elle ne reflète pas la souplesse qu'exige la réalité sociale. Aussi, parallèlement à ces étapes le législateur a-t-il disposé d'éléments supplémentaires qui ne s'appuient pas sur un seuil quantifié.

➢ *Tempéraments qualitatifs à la minorité*

282. Le premier de ces éléments est une référence aux actes de la vie courante qu'il est possible de trouver dans les articles 389-3[394] et 450[395] du Code civil. Ce renvoi permet à l'administrateur légal (le tuteur ou les parents) de ne pas avoir la charge de représenter le mineur pour « *l'achat d'un paquet de bonbons ou d'un petit jouet* »[396] et de ne pas risquer une action à leur encontre pour l'annulation de ces petits agissements de la vie quotidienne. De cette façon, dans la classification traditionnelle des actes civils, le mineur peut accomplir seul les actes conservatoires mais il lui est interdit de disposer seul, ce qui mettrait en péril son patrimoine. La question se pose pour ce qui concerne la troisième catégorie classique d'actes : les actes d'administration.

283. Ils peuvent en principe être réalisés par un mineur, sans l'assistance de son représentant légal, sous réserve de l'application de l'article 1305 du Code civil et de la rescision pour lésion des conventions qu'il aurait passées. L'utilisation de cet article comme

[394] Article 389-3 du Code civil : « *L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* ».
[395] Article 450 du Code civil : « *Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* ».
[396] J.-C. MONTANIER : « *Les actes de la vie courante en matière d'incapacités* » ; JCP 1982, I, 3076.

un contrepoids à l'usage irréfléchi du patrimoine par le mineur ne se conçoit que si les actes d'administration qu'il a accomplis se révèlent périlleux pour son patrimoine. Il y a une indéniable notion de dangerosité derrière la lésion de l'article 1305. Ce critère a en outre été retenu par la jurisprudence dans un arrêt de principe du 9 mai 1972[397]. Dans cette décision, les juges de la Première Chambre civile de la Cour de cassation retenaient que l'acquisition d'une voiture d'occasion était un contrat « *qui entraîne des risques particuliers* » ce qui implique qu'elle fasse partie des actes « *pour lesquels l'administrateur légal représente le mineur conformément à la loi* ». La Cour n'énonçant pas précisément qu'il s'agissait d'un acte de disposition, les commentateurs en ont déduit qu'il s'agissait d'un acte d'administration. Mais la sanction imposée par les magistrats étant la nullité et non la rescision (au reste, l'article 1305 n'est pas visé dans cet arrêt), la doctrine a déterminé qu'il existait une nouvelle catégorie d'actes : les actes d'administration graves, par opposition aux actes d'administration courants[398]. Les seconds sont simplement rescindables sur le fondement de l'article 1305 du Code civil, les premiers sont annulables sur le fondement combiné des articles 389-3 et 450 du Code civil.

284. La question de la nature du risque encouru par le mineur est toujours posée en arrière-plan de cette solution. Le risque dénoncé par la Cour de cassation en 1972 est-il le même que les « *risques inhérents à la conduite d'une voiture* » qui servait de motif d'annulation au tribunal d'instance[399] dont la décision était contestée par le pourvoi ? Rien n'est moins sûr. Le risque est-il une allusion au danger de conduire la voiture ou bien est-il un risque indéfini lié au contrat lui-même ?

La seconde possibilité paraît la plus cohérente car elle laisse une latitude plus grande au pouvoir souverain des juges du fond[400]. De plus, garder une référence à la conduite d'une voiture d'occasion aurait incité à réduire la portée de l'arrêt et à méconnaître le rôle primordial du juge. Sa charge première, avant même celle d'annuler les actes risqués pour le mineur est surtout de le protéger contre les interlocuteurs indélicats et contre sa propre volonté parfois un peu fougueuse ou peu rationnelle.

De cette façon, le risque inhérent au contrat de vente d'une voiture peut s'appréhender de deux façons : soit c'est le risque d'avoir gaspillé une partie de son patrimoine pour un bien dont le mineur ne peut rien faire, soit c'est le risque d'avoir été abusé

[397] Cass. Civ. 1, 9 mai 1972 ; Bull. Civ. I, n°122, p. 110 ; Gaz. Pal. 1972, 2, 871.
[398] J.-C. MONTANIER : « *Les actes de la vie courante en matière d'incapacités* » ; JCP 1982, I, 3076.
[399] TI. Rennes, 3 novembre 1970, inédit.
[400] Cass. Civ. 1, 3 juin 1980 ; Bull. Civ. I, n°172 ; Defrénois 1981, 32599, note MASSIP.

par un vendeur qui a profité de son jeune âge. Le premier cas renvoie implicitement aux limites des facultés du mineur de discerner ce qui est utile de ce qui ne l'est pas, cependant que le second interpelle sur les capacités d'un jeune à différencier ce qui lui est proposé honnêtement de ce qui lui est proposé par supercherie ou par opportunité. Le juge reprend alors toute sa place dans la fonction de protecteur du mineur qui lui est dévolue par la loi, ce que l'espèce assez limitée du Tribunal d'instance de Rennes du 3 novembre 1970 ne permettait nullement.

285. Lors, se profile derrière ces considérations relatives aux actes de la vie courante que peut accomplir un mineur sans son représentant légal, le deuxième tempérament à la rigidité des étapes temporelles imposées par la loi dans les différents codes.

Autant la référence à l'autorisation de la loi ou à l'habitude de l'usage donne une connotation collective à la façon dont le législateur a entendu assouplir la rigueur des étapes quantitatives, autant la notion de discernement permet d'individualiser la façon dont est traitée la capacité anticipée du mineur.

Le Code civil donne certains exemples où le discernement du mineur est pris en compte. C'est le cas de l'article 388-1 du Code civil, inspiré en partie de la Convention de New York de 1989, qui énonce que le mineur peut être entendu par le juge quand il est capable de discernement. Ce discernement est aussi présent dans la convocation du conseil de famille[401] par le mineur et par son audition préalable par le juge dans l'article 411 du Code civil. Les mêmes renvois se retrouvent dans le Code de procédure civile.

286. L'abolition des limites d'âge est visible, et la barrière des treize ans fixée comme limite basse de la prise en compte de l'âge par le législateur tombe sous le coup des facultés propres du mineur. Un mineur de dix ans, s'il est particulièrement éveillé, peut parfaitement être capable de discernement, quoique cela demeure à l'appréciation du juge dans le cas de son audition.

Le droit civil et la procédure ne sont pas les seuls espaces d'expression des facultés de discernement du mineur. Des éléments de discernement existent également en matière médicale quand des prélèvements (d'organes ou de moelle osseuse) doivent être effectués sur le mineur. Selon l'article R. 1241-18 du Code de la santé publique, un comité d'experts est chargé de se réunir afin de s'assurer qu'il n'existe aucun signe de refus du

[401] Article 410 du Code civil : « *Le conseil de famille est également convoqué à la demande du mineur âgé de moins de seize ans et capable de discernement* ».

prélèvement de la part du patient. Ce comité d'experts « *entend le mineur si son âge et son degré de maturité le permettent* ». La formulation paraît plus médicale et un peu moins juridique. Il existe sans doute une nuance dans les exigences du législateur en la matière.

La notion de discernement est un concept instable. Elle dépend de l'âge du mineur, de son degré de maturité et de sa faculté à comprendre la question posée et les conséquences de la réponse qu'il apportera. Le degré de discernement (ou le degré de maturité pour s'en tenir aux dispositions du Code de la santé publique) exigible n'est pas le même selon qu'il s'agit de la santé du mineur (ou de sa survie ou de celle d'un de ses proches) ou de sa vie de famille (dans le cadre d'une procédure de divorce) ou encore de son état civil.

287. Ces différentes exceptions, au fil de l'âge du mineur et à mesure de son évolution personnelle sonnent un peu comme un rappel.

Rappel d'une biologie implacable : plus le mineur murît et moins il a besoin d'être assisté ou représenté dans ses actes, moins il a besoin de protection dans ses agissements réfléchis ou irréfléchis.

Rappel juridique, en écho à ce qu'écrivait M. GRIDEL :

> « *Qu'elle engendre assistance ou représentation, l'incapacité d'exercice est toujours une exception : le principe, c'est la capacité* »[402].

Plus le mineur se rapproche de la majorité et moins il est évident de cerner avec précision la frontière entre ce qui relève du principe ou de l'exception.

Dans cette perspective où la lisière entre minorité et majorité est très fluctuante, il faut rappeler qu'un identique sentiment existe pour ce qui est de la limite entre l'enfance et l'âge adulte. Cela participe à nouveau de l'amalgame entre minorité et enfance.

De sorte qu'après avoir examiné que minorité et enfance ne coïncident pas nécessairement (et dans une certaine mesure, nécessairement pas), il convient aussi de définir que la fin de l'enfance n'est pas forcément la majorité, ce qui relève à nouveau d'une certaine forme d'idée reçue.

B – Majorité et fin de l'enfance : une vérité à réviser

288. Le poète faisait l'éloge de l'âge fantastique :

[402] J.-P. GRIDEL : « *L'âge et la capacité civile* » ; D. 1998, Chron. p. 92.

« *J'ai dix-huit ans : tout change, et l'Espérance*
Vers l'horizon me conduit par la main.
Encore un jour à traîner ma souffrance,
Et le bonheur me sourira demain »[403].

Dans la première strophe du poème « *Dix-huit ans* », Hégésippe MOREAU semble se faire le chantre de ce passage privilégié de la minorité à la majorité. La lecture de ces vers montre tout l'espoir que peut porter l'avènement de la majorité quand le jeune embrasse enfin l'autonomie d'action qui lui faisait jusque-là défaut.

Cette analyse serait cohérente si le poème ne datait pas du début du XIX^{ème} siècle, 1828, date à laquelle le sésame vers la pleine capacité civile était fixé à vingt et un ans. Les accents de ces premiers mots du poème sont toutefois étonnamment modernes et incarnent assez justement les pensées qui inondent le jeune majeur à l'orée de sa nouvelle vie, au premier jour de sa dix-neuvième année. Ces vers expriment le changement, l'espérance et le bonheur de s'ouvrir à une existence neuve.

289. Initialement établie à vingt et un ans par la Révolution, la majorité a été avancée en 1974 à dix-huit ans[404]. Par ce changement, le législateur de 1974 prenait acte de la maturité précoce de la jeunesse par rapport à sa traduction juridique (1). La fin de la minorité permet au mineur une représentation moindre et évolutive, ce qui ajuste mieux son statut juridique à la variabilité de sa situation physiologique et psychologique qu'est l'adolescence (2). Malgré cela, dix-huit ans demeurent un bond en avant depuis le statut d'individu représenté vers l'immensité de l'autonomie juridique offerte à la personne (3), ce qui peut apparaître brutal à plusieurs égards.

1. La majorité à dix-huit ans

290. Cette attente dans l'avenir décrite par MOREAU n'est-elle pas un peu éloignée de la réalité contemporaine, alors que pour la plupart des jeunes majeurs, la question du passage entre la minorité et la majorité n'éveille plus de troubles particuliers ?

Ni tout à fait Rubicon, ni plus vraiment Styx, avoir dix-huit ans au XXI^{ème} siècle n'est plus un engagement éblouissant dans la vie civile ni l'impression d'être écrasé par la masse des responsabilités des adultes.

[403] H. MOREAU : « *Dix-huit ans* » ; 1828.
[404] Loi n°74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité (JORF, 7 juillet 1974, p. 7099).

291. Du reste : pourquoi dix-huit ans ? Quelle réflexion a conduit le législateur de 1974 à avancer de trois ans l'âge de la majorité que la Révolution avait fixé à vingt et un ans en 1792 et que Napoléon n'avait pas osé changer ?

En 1972, une résolution adoptée par l'Assemblée consultative et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe[405] prônait l'abaissement de l'âge de la majorité à dix-huit ans à tous les pays membres du Conseil.

Le premier souhait de cette résolution était d'essayer d'harmoniser des législations éparses en Europe car de nombreux pays maintenaient une majorité civile à vingt et un ans cependant que d'autres conféraient « *aux mineurs ayant atteint un certain âge une capacité juridique spéciale pour agir seuls dans des domaines importants* ».

La résolution de l'Assemblée était notamment guidée par trois grandes motivations. D'abord, elle estimait que grâce à l'abondance des nouveaux moyens d'information, conjuguée à une scolarité obligatoire plus longue et plus dense, les jeunes étaient « *aptes à faire face aux exigences de la vie à un âge plus jeune qu'auparavant bien que la vie actuelle soit plus complexe* ».

Ensuite, cette prise en compte d'une plus grande maturité de la jeunesse européenne se déclinait également dans la volonté de l'Assemblée de lui octroyer davantage de responsabilités. Leur offrir une majorité anticipée devant « *favoriser le développement d'un sentiment de responsabilité* ».

Enfin, la résolution reconnaissait que la population en général était mieux protégée d'un point de vue économique, ce qui impliquait que les mineurs les plus avancés vers l'âge de la majorité étaient moins en péril, socialement et économiquement parlant, que dans la décennie qui précédait.

Il ne faut pas douter qu'en France particulièrement, cette résolution a dû avoir une place importante dans la réflexion des parlementaires qui avaient vécu, moins de dix ans plus tôt, les événements de mai 1968. Était-il possible de refuser ce geste vers une jeunesse qui avait considérablement contribué à paralyser le pays quelques années auparavant ?

292. À la veille de la réforme de 1974 pour l'abaissement de la majorité à dix-huit ans, le Gouvernement avait d'abord envisagé de scinder la question en traitant d'une part la

[405] Résolution (72)29 du 19 septembre 1972 sur « *l'abaissement de l'âge de la pleine capacité juridique* ».

majorité électorale (dont le sort apparaissait, durant la campagne de l'élection présidentielle du 1er juin 1969, comme une urgence) et d'autre par la majorité civile.

La majorité politique pouvait-elle se dissocier de la majorité civile ? Les philosophies des deux âges de la vie d'une personne sont très différentes et leur analyse tend à montrer qu'il n'est pas inenvisageable qu'une personne puisse voter sans qu'elle puisse conduire et gérer seule ses affaires.

Il est d'ailleurs un peu surprenant que la question se soit posée en ces termes pour l'incapacité des mineurs sans qu'elle se pose pour l'incapacité des majeurs. Un majeur sous tutelle ne peut gérer seul ses affaires, est-il pour autant privé de ses droits politiques et électoraux ? La réponse à cette question est immédiatement apportée par l'article 7 du Code civil disposant que « *L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales* ». Majorité politique et majorité civile étaient donc dissociables et c'est vers un abaissement de la majorité politique que se dirige le législateur de 1974. Cela répondait également à la prise de conscience de la jeunesse dans la période de troubles de la fin du second mandat du Général DE GAULLE. Le Gouvernement prenait en considération la volonté d'une jeunesse d'être entendue dans la vie publique du pays, évinçant ainsi l'idée que les jeunes puissent être assez mûrs pour diriger leurs propres affaires.

293. Le parti de la disjonction des majorités politique et civile n'a pas été suivi. Il a été contrarié par des arguments de nature constitutionnelle essentiellement appuyés sur l'article 3 al. 4 de la Constitution du 4 Octobre 1958 : « *Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques* ». Les tenants de cette argumentation estimaient que la formulation adoptée en 1958 était l'émanation exacte de la pensée du constituant qui se dégageait de la lecture des travaux préparatoires. Par ailleurs, ils rappelaient qu'en 1793 LANJUINAIS déclarait devant la Convention que « *l'âge de la majorité civile ne peut être plus reculé que l'âge de la majorité électorale* »[406]. Cette prise de position révolutionnaire était pour eux la manifestation d'une coutume historique récurrente.

Enfin, il leur semblait peu opportun qu'une personne, toujours sous l'empire de l'autorité parentale pour ce qui concerne sa gestion personnelle, soit titulaire libre d'un droit d'expression politique. Cela apparaissant peu cohérent selon les détracteurs du projet

[406] G. COUCHEZ : « *La fixation à dix-huit ans de l'âge de la majorité* » ; JCP 1975, I, 2684.

gouvernemental pour lesquels la capacité de prendre part aux affaires du pays implique celle de gérer seul ses affaires.

294. Puisqu'il était question de cohérence et d'harmonie, un argument supplémentaire pouvait venir conforter la position des partisans d'un avancement joint des majorités civile et électorale. La majorité pénale étant déjà fixée en France à dix-huit ans, le fait d'abaisser simultanément[407] les deux majorités permettaient d'obtenir un âge fixe à compter duquel une personne participe à la vie politique, gère sa vie personnelle et son patrimoine, est responsable civilement de ses actes volontaires ou non, et est responsable pénalement de ses agissements.

Depuis la loi du 5 juillet 1974, la France est dotée d'un âge de majorité principal[408]ce qui a posé quelques soucis, mineurs certes, mais néanmoins significatifs.

295. À dix-huit ans, nombreux sont les jeunes qui fréquentent encore les établissements scolaires. Or les chefs d'établissement considèrent que leurs partenaires privilégiés dans le cadre du suivi de l'apprentissage — et surtout de l'assiduité — des élèves sont leurs parents, et non les élèves eux-mêmes. C'est aux parents que sont adressés les rapports d'absences et les relevés de notes. Lorsque la majorité était à vingt et un ans, la question de l'élève majeur ne se posait qu'incidemment, puisque quasiment la totalité des élèves quittait le second cycle de l'enseignement entre dix-huit et vingt ans, le front ceint, pour la plupart, de baies de lauriers, tandis que les élèves moins talentueux se dirigeaient vers la vie active qui leur était ouverte depuis l'âge de seize ans.

Mais en posant la majorité à dix-huit ans, le cas des élèves majeurs se révèle forcément en fin de lycée dans les classes terminales. Pour peu qu'un redoublement vienne compliquer la progression naturelle et souhaitée vers les portes de l'université ou des écoles supérieures, le problème surgit précocement aux dernières lueurs de la classe de première. Au début, la réponse du ministère de l'éducation nationale à cette question était assez évasive. Il estimait que l'interlocuteur principal de l'établissement demeurait le responsable légal de

[407] À l'origine, la volonté affichée du Gouvernement était d'abaisser d'abord le seuil de la majorité politique avant d'avancer par la suite, et au même niveau, la majorité civile. En réalité la réforme envisagée à l'époque était provisoire et préalable à une réforme plus vaste de la majorité civile afin d'éviter toute imprécision du législateur pour un domaine dans lequel les implications conséquentes à une baisse de la majorité étaient nombreuses.

[408] Il existe encore éparpillés çà et là quelques âges de majorité secondaires, comme la majorité sociale, la majorité fiscale. La majorité civile connaissait elle-même une sous-majorité, héritage du Code de Napoléon : la majorité nubile pour les filles qui demeurait fixée à quinze ans jusqu'à 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 (JORF, 5 avril 2006, p. 5097). L'article 1er de cette loi modifie l'article 144 du Code civil qui dispose depuis que « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ».

l'élève, sauf s'il manifestait une volonté contraire, auquel cas la situation était discutée[409]. Cela ne prenait pas suffisamment en compte la majorité de l'élève et sa pleine capacité civile proclamée par l'article 488 du Code civil.

Un arrêt du Conseil d'État a remis en cause cette première appréciation le 22 mars 1996. Dans cette décision d'importance, les juges administratifs ont estimé que le règlement intérieur d'un lycée qui « *subordonne le plein exercice de leur majorité par les élèves de plus de dix-huit ans à la présentation d'une lettre en ce sens signée d'eux-mêmes et de leurs parents* » viole les dispositions de l'article 488 du Code civil.

Cette affaire est révélatrice d'un malaise au sujet des jeunes majeurs. La loi leur reconnaît l'accès à tous leurs droits, mais les chefs d'établissements sourcillent. Effectivement, la loi reconnaît aussi que les élèves sont sous la responsabilité des instituteurs tant qu'ils demeurent sous leur surveillance[410], la majorité de l'élève n'est pas un cas d'extinction de cette responsabilité[411] même si la jurisprudence reconnaît que l'âge avancé de l'élève est un tempérament à la vigilance de l'instituteur.

296. Cette hésitation administrative autour des élèves de lycées ayant atteint l'âge de dix-huit ans est diagnostique d'un doute contenu sur leur capacité, non à exercer leurs droits civils, mais à se comporter comme des adultes.

Dans ces conditions, la synonymie généralement retenue entre adulte et majeur mérite d'être réexaminée. Le mélange des genres est ici particulièrement tangible. Le vocabulaire profane emprunte au juridique et inversement.

À dix-huit ans, la loi déclare la personne majeure. Elle l'investit automatiquement d'une responsabilité totale. Malgré cela, la communauté des personnes ne considère pas systématiquement le majeur comme responsable, et souvent, ne voit pas le responsable comme un adulte.

Le langage du droit, lui-même, ne fait pas l'amalgame entre le majeur et l'adulte, pas plus qu'il n'identifie l'enfant au mineur. Aussi, la fin de la minorité et son passage aménagé vers la majorité doivent être mieux regardés. S'agit-il d'une version juridique de l'adolescence ?

---

[409] Circulaire n°74-325 du 13 septembre 1974 (BOEN, 19 septembre 1974).
[410] Article 1384 al. 6 du Code civil : « *Les instituteurs et les artisans* [sont responsables] *du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance* ».
[411] Cass. Civ. 2, 15 avril 1961 ; Bull. Civ. II, n°267.

2. Fin de minorité et adolescence

297. L'adolescence a-t-elle jamais été mieux décrite que dans les premiers quatrains de la vie du poète quand il n'avait encore que seize ans ?

> « *Je ne parlerai pas, je ne penserai rien :*
> *Mais l'amour infini me montera dans l'âme,*
> *Et j'irai loin, bien loin, comme un bohémien,*
> *Par la Nature, — heureux comme avec une*
> *[femme* »[412].

Ne rien dire, ne rien penser et se laisser envahir doucettement par les premiers émois du cœur : l'adolescence n'est qu'une sensation rémanente, impulsive, incontrôlée qui dure le temps d'une crise et qui ouvre, en principe, sur l'âge adulte. Dans une poignée de mots, RIMBAUD décrit nûment tout ce qu'est l'adolescence : la volonté de quitter le domicile familial, s'évader, laisser courir ses sens et découvrir les voluptés d'une vie neuve dans un corps qui s'ébauche.

La transposition juridique de cet état de fait et de cette période d'intenses sensations n'est pas évidente, ce pour plusieurs raisons.

298. Tout d'abord, quelle adolescence ? Il n'en existe pas qu'une, mais plusieurs. Soit qu'elle ait évolué au fil des siècles, soit qu'elle change en fonction des horizons ou des personnes. Il y a des adolescences tardives, il y a des adolescences précoces et même, il y a des passages directs à l'âge adulte, sans subir cette période de doutes et de crises. C'est un âge émouvant et mouvant (a).

Ensuite, l'adolescence est un âge de maturation de la personne. C'est un stade qui lui permet de s'épanouir physiquement et psychiquement pendant un temps variable, tantôt court, tantôt long en fonction des époques, des sociétés et des individualités. Fixer dans l'inconscient collectif la fin de cet âge à dix-huit ans est vain, car il peut aller au-delà ou s'interrompre prématurément. Il peut donc exister un paradoxe entre la majorité et l'adolescence que le droit n'est pas nécessairement à même de gérer (b).

Enfin, estimant que adulte et majeur ne coïncident pas forcément mieux que enfant et mineur, il est utile de reconsidérer la fin de la minorité et éventuellement d'en inverser le mécanisme.

[412] A. RIMBAUD : « *Sensation ; Poésies complètes* » ; LGF, 1998.

À compter d'un certain âge, l'adolescent n'est-il pas suffisamment apte à conduire seul son existence ? Cela ne doit nécessairement pas aboutir à abaisser de nouveau l'âge de la majorité[413] mais plutôt à appréhender l'adolescent comme un majeur en puissance auquel serait confié, s'il le souhaite, le plein exercice de ses droits civils. Ceci reposant presque exclusivement sur l'expression d'une volonté, cela pourrait correspondre, par analogie avec les contrats ou les délits, à une notion de quasi-majorité (c).

a. L'adolescence : un âge à géométrie variable

299. L'adolescence est un concept plutôt récent. Quand les rois gouvernaient à cinq ans[414], qu'ils étaient majeurs à treize, que les grands maréchaux commandaient les armées royales à quinze ans, les années de doutes de la jeunesse et ses états d'âme ne préoccupaient guère les sociologues, surtout que l'espérance de vie s'établissait en moyenne à trente-cinq ans.

Le terme « *adolescence* » tire son origine du latin *adulescere* qui désigne celui qui est en train de grandir, passant du stade de *puer* à celui de *juvenis*[415]. Le terme apparaît dans la langue française au XIII^{ème} siècle mais ne devient une réalité sociale que pendant la seconde moitié du XIX^{ème}.

La montée en puissance de cette tranche de vie en tant que phénomène de société est accrue par plusieurs grands facteurs.

Tout d'abord, il faut prendre en compte le développement de la scolarisation. Les enfants sont de plus en plus nombreux à aller à l'école et ce de plus en plus longtemps. La période qui précède l'entrée dans la vie active s'allonge d'autant.

Par ailleurs, la médecine a accompli à cette époque d'importants progrès, l'espérance de vie s'allonge, l'âge de la maturité est atteint plus tardivement, la place laissée à la jeunesse s'en trouve d'autant amplifiée.

---

[413] Comme cela avait été proposé lors de la campagne de l'élection présidentielle de 2002 par le candidat socialiste dans son programme d'entre-deux tours (P. LAFFITTE : « *JOSPIN : cinq ans d'amnésie* » ; *Lutte Ouvrière*, 12 avril 2002).
[414] Notamment Louis XIV qui est associé aux affaires de l'État par MAZARIN dès son plus jeune âge.
[415] Cf. supra en page 150.

Enfin, particulièrement en France, le XIX[ème] siècle est celui du recul effectif du travail des enfants[416]. L'entrée dans la vie adulte recule aussi, ce qui permet un temps de maturation entre elle et l'enfance.

300. La place ainsi laissée entre la fin de l'enfance et l'âge adulte se creuse, c'est cette période que l'adolescence viendra combler. Il faut bien voir qu'aujourd'hui l'adolescence est devenue un âge de formation et de préparation indépendant de l'enfance et du monde du travail des adultes.

Le fait est que l'Ancien Régime ne connaissait pas cette période. D'après les travaux d'ARIÈS[417], l'enfance et l'âge adulte tels qu'ils sont connus aujourd'hui ne sont pas séparés. Le jeune enfant confié à une nourrice était rapidement placé au cœur de sa vie d'adulte lorsque, au sortir de ces premières années, il est confié aux adultes de son sexe qui lui inculquent les rudiments du travail.

301. Les premiers à profiter de l'adolescence sont les catégories sociales les plus favorisées. Dans ces familles, le travail des enfants est rare, ce sont elles qui bénéficient en premier lieu de la scolarisation et des progrès de la médecine. Il n'existe d'ailleurs pas de trace d'un phénomène d'adolescence dans les lignes des œuvres littéraires qui placent leur action dans les milieux populaires des années victoriennes à Londres[418].

L'âge adolescent gagne ensuite les classes sociales moins favorisées qui bénéficient à leur tour de la scolarisation des enfants les plus jeunes avec la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire[419].

Enfin il s'étend à l'ensemble de la population pour devenir le phénomène massif prenant l'ampleur connue au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

---

[416] La préoccupation du travail des enfants gagne l'opinion publique dans le courant des années 1840 ce qui conduit le législateur à prendre dans le courant de la seconde moitié du XIX[ème] siècle une série de mesure afin d'atténuer le labeur des jeunes. La loi du 22 mars 1841 limite l'âge d'admission dans les entreprises de plus de vingt salariés à huit ans. Pour les enfants âgés de moins de douze ans, le travail est limité à huit heures par jour, à douze heures par jour pour les moins de seize ans. Le travail de nuit est interdit pour les enfants de moins de treize ans. La loi du 22 février 1851 restreint la durée du travail à dix heures pour jour pour les enfants de moins de quatorze ans, et à douze heures pour ceux âges de moins de seize ans. En 1877, l'âge minimum pour travailler est fixé à douze ans, avec une durée de travail quotidienne fixée à six heures, puis à douze heures entre treize et seize ans. Ces lois permettent notamment une chute importante de la place des enfants dans la population active, même si en 1896, on estimait encore à 3,1 % de la population active pour les moins de quinze ans et à 9,8 % pour les enfants de quinze à dix-neuf ans.

[417] P. ARIES : « *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime* » ; Ed. du Seuil, 1973.

[418] Notamment « *Oliver Twist* » de DICKENS.

[419] Loi du 28 mars 1882 rendant l'enseignement primaire obligatoire (JORF, 29 mars 1882, p. 1697).

302. L'adolescence est l'âge de la maturation, souvent associé à juste titre à une maturation physique, à l'éveil des sens, en un mot : à la puberté. Mais aujourd'hui, la limiter à cette période relativement brève et diffuse de l'existence ne prend pas suffisamment en considération les données psychologiques ou sociologiques modernes. Il était possible de la décrire comme un passage entre l'enfant et l'adulte, mais il faut reconnaître qu'elle « *est désormais devenue un état, un âge de la vie à part entière, et ce dans l'ensemble des pays développés qui ont connu un recul de l'âge du travail et un allongement parallèle de l'espérance de vie* »[420].

Ces éléments liminaires amènent aux limites de la notion d'adolescence. Elle ne s'applique, comme le précise M. LORRAIN dans le rapport du Sénat, qu'aux pays développés. L'adolescence ne paraît pas pouvoir trouver sa place dans des pays où le travail des enfants est encore important (malgré les recommandations de l'UNICEF) ou l'espérance de vie toujours limitée.

Mais si le problème des pays en voie de développement est de ne pas connaître l'adolescence, celui des pays occidentaux, et des pays développés d'une façon plus générale, est à l'opposé, et se situe précisément dans la façon dont il faut appréhender la durée de cet âge. Quand commence-t-il, quand s'achève-t-il ? (s'achève-t-il toujours ?).

303. Avant de s'intéresser à la question de l'âge en tant que tel, il faut porter un regard véloce sur le sexe de l'adolescent. Contrairement à l'acception contemporaine qui ne différencie pas, dans la classe d'âge concernée, les garçons des filles, à l'époque où émerge le concept, la nuance avait son importance.

Les définitions des dictionnaires classiques[421] du XIX^{ème} siècle établissent l'existence d'une hésitation quant à la mixité de l'âge adolescent : il n'a concerné, un temps, que les jeunes hommes[422]. Rapidement, la notion a embrassé indistinctement les garçons et les filles[423].

Ce flottement lexical autour du sexe de l'adolescent s'inscrit bien dans l'idée définie plus avant selon laquelle, dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, le recul du travail des enfants, conjugué à l'avancée de la scolarité et aux progrès de la médecine profite en

[420] J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » ; Rapports du Sénat, n°242, p. 12.
[421] Notamment le LITTRÉ.
[422] E. MARTIN : « *Adolescence ne se dit-il que des garçons ?* » ; Courrier de Vaugelas 1869 ; t. 2, p. 43.
[423] La distinction des genres s'estompe au cours de la première moitié du XIX^{ème} siècle, avec les dictionnaires LITTRÉ, BOISTE en 1834 et NOËL-CHAPSAL en 1826.

premier lieu aux jeunes hommes, les femmes n'étant alors pas prioritaires sur les bancs des écoles.

304. Sur l'âge, la réponse instinctive à la question du bornage de l'adolescence entre deux limites quantifiées se recentre autour de la notion de puberté. Mais cela touche à nouveau les frontières du concept puisque la puberté, par essence, est individuelle et qu'elle ne repose sur aucun canon d'âge déterminé. La puberté de l'un n'est pas celle d'une autre, son commencement, comme sa fin, varient au gré d'aléas divers qui changent en fonction des personnes, des lieux et des époques.

Il est particulièrement révélateur, au sujet de la fluctuation des âges de l'adolescence au fil du temps, de s'attarder sur l'évolution de ses limites depuis l'apparition du mot et du concept.

Pour Hippocrate, l'adolescence se situait entre quatorze et vingt et un ans. Beaucoup plus tard, Ambroise PARÉ place cet âge entre dix-huit et vingt-cinq ans[424].

Le terme est présent dans toutes les éditions du dictionnaire de l'Académie Française. Dans les premières éditions[425] l'Académie note qu'il ne s'agit que d'un terme utilisé pour désigner les garçons. Dans l'édition de 1694, comme celle de 1762, l'adolescence est limitée à son origine par le début de la puberté et à son terme par la majorité, ce qui correspond à une période qui va de quatorze à vingt-cinq ans[426]. Il s'agit ici d'une limitation hybride puisque la limite basse renvoie à une notion physiologique, par nature évasive, tandis que la limite haute est consacrée par la majorité, qui est fixée par la loi. Ce qui explique d'ailleurs que les rois, dont la majorité est arrêtée à treize ans, n'aient pas connu d'adolescence. Dans son édition de 1798, l'Académie Française modifie son interprétation de l'adolescence en lui donnant deux limites physiologiques, à un terme se trouve la puberté, à l'autre se trouve le début de l'âge viril[427]. La même définition, au mot près, se trouve dans la sixième édition du dictionnaire de 1832 — 1835.

---

[424] « *L'adolescence, qui commence depuis dix-huit ans jusques à vingt et cinq, est la tempérée et moyenne entre tous les excès* » (A. PARÉ, *in* A. ROGER : « *L'art d'aimer, ou, la fascination de la féminité* » ; Champ Vallon 1995, p. 135).

[425] Éditions de 1694, 1762, 1798, 1835.

[426] « *L'âge qui est entre la puberté et la majorité, c'est à dire, depuis quatorze ans jusqu'à vingt-cinq* » (« *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, première édition, 1694). « *L'âge qui est depuis la puberté jusqu'à la majorité, c'est-à-dire, depuis quatorze ans jusqu'à vingt-cinq* » (« *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, quatrième édition, 1762).

[427] « *L'âge qui suit la puberté jusqu'à l'âge viril, c'est-à-dire, depuis quatorze ans jusqu'à vingt-cinq* » (« *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, cinquième édition, 1798).

Le bouleversement terminologique survient peu de temps avant la Seconde Guerre mondiale, dans la huitième édition du dictionnaire de l'Académie. Si le terme initial de l'adolescence est maintenu à la puberté, le terme final disparaît. Il ne s'agit plus que de « *l'âge qui suit la puberté et qui forme la première période de la jeunesse* »[428]. Les Immortels ne se risquent plus à fixer des seuils quantifiés. La référence au genre masculin disparaît également à cette occasion.

Seul le dictionnaire Bescherelle fait la distinction entre les sexes dans son édition de 1867. Selon cet ouvrage, « *l'adolescence comprend en général, pour les femmes, l'espace qui existe entre onze et dix-huit ans, et pour les hommes, celui de onze à vingt ans* »[429].

La dernière référence de l'Académie française montre la difficulté existant lorsqu'il est question de borner cette tranche de vie. L'éviction de la majorité comme limite supérieure relance le débat sur l'analogie qui est faite entre la majorité et l'âge adulte. Elle met en évidence que l'adolescence se poursuit bien au-delà des âges fixés arbitrairement par la loi. En abandonnant la référence à la majorité, l'Académie énonce qu'il n'appartient pas au législateur de fixer les limite d'un âge aussi fluctuant que celui-ci. En filigrane, la question de savoir si l'adolescence peut appartenir au droit se pose.

Enfin, en évinçant toute limite supérieure dans sa huitième édition, les rédacteurs expriment qu'il semble presque impossible de donner une fin à un âge de vie qui peut perdurer bien au-delà des seuils artificiels reconnus par la loi ou par l'inconscient collectif.

Dans la neuvième édition, la définition de l'adolescence change encore. Dans le sens contemporain en vigueur retenu par les sages du Quai-de-Conti, il s'agit de la « *période de vie où l'être humain, parvenant à la puberté, murît jusqu'à l'âge adulte* »[430]. La maturation fait son entrée dans la définition de référence, mais les limites sont plus floues encore, la puberté à une extrémité, l'âge adulte à l'autre, l'adolescence est une notion dont la définition même n'est pas plus précise que sa manifestation visible.

305. Quel que soit l'outil de définition, jusque là, les linguistes semblaient s'accorder, au moins, sur le début de l'adolescence. Les linguistes, certes, mais les sociologues ou les psychiatres qui étudient, non le sens des mots mais leur réalité sociale et leur impact psychologique, ont mis à jour d'autres perturbations plus contemporaines.

[428] « *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, huitième édition (1932-1935).
[429] « *Dictionnaire universel de la langue française* » ; BESCHERELLE, édition de 1867.
[430] « *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, neuvième édition (1992).

Pendant son audition par la commission des affaires sociales du Sénat, M. JEAMMET[431] a évoqué le changement de comportement de certaines jeunes filles. Dans sa remarque, il est clair que le champ habituel de développement de l'adolescence est à nouveau ouvert, et que les limites sont de plus en plus floues :

> « *En principe, on savait quand commençait l'adolescence. Mais on le sait de moins en moins, notamment avec le phénomène des Lolita, ces petites filles pré-pubères qui jouent à l'adolescente* »[432].

Les quatre derniers mots de l'éminent psychiatre résonnent comme un problème de taille. Le début de l'adolescence n'est plus marqué, comme auparavant, par le déclenchement d'épisodes hormonaux vitaux, mais, pourquoi pas, par une volonté de jouer, de sembler, de paraitre. Quelle que soit la raison qui motive cette attitude d'imitation des rites d'un âge auquel elles n'appartiennent pas nécessairement, il est essentiel de noter que la nature n'est plus seule en cause quand il s'agit de passer d'une tranche de vie à une autre. L'imitation des autres et les schémas sociaux dominants deviennent de nouveaux vecteurs de passage de l'enfance vers l'adolescence.

De ce fait de société toujours plus visible, il découle un nouvel épisode de la vie d'un jeune : la pré-adolescence[433]. Or, à l'opposé de ce début d'adolescence très évasif et peu identifiable, la sortie de cet âge pour intégrer l'âge adulte perd aussi en lisibilité.

306. Les dictionnaires ont bien pris la mesure du problème : la fin de l'adolescence n'est plus aussi parfaitement identifiable qu'elle pouvait l'être auparavant. La majorité ou la fin de la puberté ne sont plus des termes sûrs. Cette réalité est confortée par les changements évidents qu'ont connus les sociétés modernes au cours du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècles, notamment en matière d'économie. Le développement des économies de marché, lié à l'essor du capitalisme et à l'accroissement de la place du travail salarié dans la vie des personnes, détourne la fin de l'adolescence des évènements naturels du développement des individus. L'adolescence se prolonge vers un premier emploi stable et une capacité à l'autonomie

[431] M. Philippe JEAMMET est professeur de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent à l'université de Paris VI. Il est également chef du service de psychiatrie des adolescents et des jeunes adultes à l'Institut mutualiste Montsouris.

[432] J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique. Audition de Monsieur Philippe JEAMMET* » ; Rapports du Sénat, n°242, p. 71.

[433] Le rapport du Sénat « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » mentionne que le 20 décembre 2002, un lieu d'écoute et d'accueil pour les pré-adolescents a été inauguré à la mairie du XVIII^{ème} arrondissement de Paris.

financière. Or, l'entrée dans la vie active et l'autofinancement interviennent tardivement, parfois en atteignant l'âge du revenu minimum d'insertion (vingt-six ans).

La situation est encore compliquée par les différentes appréciations de l'adolescence. Pour le médecin, elle correspond à la puberté, pour le juriste elle se limite à la majorité (sans savoir avec précision quand elle débute), pour certains tarifs ferroviaires particuliers, elle correspond à la tranche comprise entre douze et vingt-cinq ans.

Enfin, l'œil des spécialistes conjecture sur une adolescence précoce qui s'achève tardivement[434], dans ce cas, une adolescence qui débute à l'âge de dix ans et qui s'achève à l'âge de vingt-six ans est tout à fait envisageable. Cette tentative de quantification de l'adolescence (possiblement seize années) donne fatalement le vertige car elle se situe bien loin de l'adolescence entrevue notamment dans le Code civil qui la fait débuter aux alentours de treize ans et s'achever à dix-huit. Même en diminuant l'adolescence des périodes préliminaires et conclusives que sont la pré-adolescence et la post-adolescence, elle demeure un âge qui débute bien en-deçà et prend fin bien au-delà de la période de prémajorité préconisée par certains auteurs.

Dans sa chronique de 1984, M. GISSER pose les premiers jalons d'une prémajorité en fixant ses limites potentielles :

> « *Or, selon le docteur GUILLIBERT, psychiatre à l'hôpital Necker enfants malades,* « s'il ne se manifeste aucun trouble de l'affectivité, un enfant est formé habituellement à treize-quatorze ans ». *En vérité, le problème du fossé qui sépare la loi et les faits, est encore plus sensible à l'âge de quinze ans* »[435].

Malgré l'avancée des propositions de l'auteur[436], il faut reconnaître que sa vision étroite de l'adolescence, même si elle s'appuie sur un avis médical, n'a pas su prendre en compte la réalité sociale du phénomène ni son ampleur. La restriction du champ d'étude est de ce fait contre-productive puisqu'elle réduit à trois ans une période de vie qui peut durer trois ou quatre fois plus longtemps.

---

[434] « *En ce qui concerne la fin de l'adolescence, il est vrai qu'elle se trouve retardée par la faiblesse actuelle des deux piliers de l'état adulte que sont l'insertion professionnelle et la vie affective stable. On parle donc aujourd'hui de post-adolescence pour désigner ces jeunes adultes qui restent en dehors d'une insertion professionnelle minimale* » (J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique. Audition de Monsieur Philippe JEAMMET* » ; Rapports du Sénat, n°242, p. 71).

[435] F. GISSER : « *Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité* » ; JCP 1984, I, 3142.

[436] L'auteur propose notamment que les adolescents disposent, de façon quasi-autonome, d'un certain nombre de leurs droits.

307. Le hiatus qui peut apparaître entre la majorité et l'adolescence — et dans une certaine mesure entre la majorité et l'âge adulte — commence à être perceptible. Le monde du droit n'a pas su s'adapter à l'évolution de la société. Pour ce qui concerne les « *grands mineurs* », (ce qui correspond à l'adolescence dans sa période centrale, entre seize et dix-huit ans) le droit n'a que modestement concédé quelques assouplissements par rapport à leur statut du début du XIX^{ème} siècle.

b. Adolescence et fin de minorité

308. Que ce soit du point de vue de l'étymologie comme de celui de la terminologie du mot adolescence, il ressort dans tous les cas qu'il s'agit d'un stade dévolu à l'insertion dans l'âge adulte ; c'est une période de mûrissement de la personne.

Le droit est-il en mesure d'accompagner l'adolescent vers l'âge adulte ? Les lois combinées à l'interprétation de la jurisprudence font-elles preuve d'assez de souplesse pour que cette mission soit menée à bien ?

La réponse n'est pas évidente sur ce sujet. La souplesse requise pour accompagner efficacement un jeune vers la plénitude de l'exercice et de la jouissance de ses droits réclame, comme l'a souligné M. RAYMOND[437], l'implication de deux données juridiques contradictoires : la responsabilité et la protection. Lors, apparaît le premier paradoxe de la question et la mise en lumière de ce que, précisément, le droit ne semble pas pouvoir gérer l'adolescence. Même sans s'accorder sur la version élastique que la sociologie peut donner de cette période (entre dix et vingt-six ans), les définitions terminologiques ou spécialistes convergent pour s'entendre sur une période qui débutant pendant la minorité, empiète sur la majorité[438].

En s'en référant aux textes du Code civil, la majorité est la frontière présentée comme intangible entre la représentation et la capacité, entre la protection et la responsabilité.

[437] G. RAYMOND : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 2006, p. 165.
[438] Lors de son audition par la Commission des affaires sociales du Sénat, M^{me} BRISSET, Défenseure des enfants, a admis l'élasticité de la notion d'adolescence. Elle envisage toutefois que celle-ci puisse se réduire à une période de l'existence qui débute aux alentours de dix ans pour s'achever « *vers 18-20 ans* » (J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique. Audition de Madame Claire BRISSET* » ; Rapports du Sénat, n°242, p. 60).

309. Il est constant que l'intangibilité de la limite imposée par les articles 388 et 488 du Code civil n'est que de façade[439] et que les actes qu'un mineur peut accomplir seul, sans la participation active de ses représentants légaux, sont nombreux. Les descriptions sont abondantes sur les tempéraments à l'incapacité de principe des mineurs. Ces exposés se concentraient essentiellement autour des actes admis par l'usage, actes de la vie courante et autres actes d'administration non lésionnaires. L'éventail paraît large, mais le domaine est en fin de compte plutôt réduit, il ne s'agit dans la réalité que d'une tolérance juridique vis-à-vis de la tirelire, pour reprendre les mots de M. MONTANIER[440]. La loi laisse au mineur le droit de dépenser le menu argent dont il dispose dans des achats requis ou appétés par son jeune âge, sucreries, jouets, fantaisies[441].

Les déclinaisons jurisprudentielles sur le sujet des droits ouverts aux mineurs par l'usage selon l'article 389-3 du Code civil ne s'assimilent qu'à des questions relatives au maigre patrimoine du mineur ou à l'utilisation mesurée d'un patrimoine plus important. Isolé de la volonté de ses représentants légaux, le mineur n'est apte qu'à gérer son patrimoine. Sur ce point, un examen de l'article 904 al. 1 du Code civil montre que le fait de rédiger un testament n'est qu'un acte d'administration du patrimoine par le mineur de plus de seize ans, la disposition effective n'intervenant qu'à cause de mort.

S'échappant du domaine pécuniaire pour se rapprocher de celui de la personne, la situation n'est guère plus convaincante et suscite l'interrogation de savoir si le — grand — mineur dispose réellement de droits susceptibles de lui permettre de mûrir avant d'atteindre ses dix-huit ans. L'idée de maturation sous-jacente au concept d'adolescence induit qu'à mesure que le mineur s'approche du seuil de la majorité, il soit responsabilisé, ce qui suppose qu'il soit sensibilisé aux différentes responsabilités afférentes à son statut de majeur.

310. La perspective de responsabilisation du mineur doit déboucher presque naturellement sur deux cas : tout d'abord une responsabilisation par la participation aux décisions[442]. Cette première phase peut se combiner à une phase de responsabilisation par

---

[439] J.-P. GRIDEL : « *L'âge et la capacité civile* » ; D. 1998, chron. p. 90 ; R. NERSON : « *L'activité du mineur non émancipé* » ; RTDCiv. 1971, p. 613 ; J.-C. MONTANIER : « *Les actes de la vie courante en matière d'incapacité* » ; JCP 1982, I, 3076.

[440] J.-C. MONTANIER : « *Les actes de la vie courante en matière d'incapacité* » ; JCP 1982, I, 3076.

[441] « *Le mineur peut accomplir seul tous les actes de la vie courante, et notamment les menus actes de tous les jours, comme les achats de denrées alimentaires, que leur médiocre importance soustrait en quelque sorte à l'empire du droit* » (J. STOUFFLET : « *L'activité juridique du mineur non-émancipé* », *in* « *Mélanges en l'honneur de Pierre VOIRIN* » ; LGDJ 1966, p. 790).

[442] La définition classique de la responsabilisation renvoie à la participation aux décisions : « *fait de rendre responsable en faisant participer aux décisions* ».

l'initiative et la concrétisation, la finalisation d'un droit, bien que cette étape puisse être totalement indépendante de la première et ainsi lui succéder.

➢ *La responsabilisation participative de l'adolescent*

311. La Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant reconnaît expressément et limitativement la responsabilisation participative de l'enfant. La référence à cette responsabilisation du mineur est clairement énoncée dans les stipulations de l'article 12 de la Convention :

> « *1. Les États 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. À 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'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* ».

La transcription dans la législation française de ces dispositions internationales se retrouve dans le Code civil, notamment à l'article 371-1 al. 3 prévoyant que les « *parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ». D'autres traductions de ce principe existent, les plus fréquemment citées étant l'article 388-1[443] et l'article 373-2-11[444] du Code civil. Les dispositions de ces deux articles donnent une place indéniable à la parole du mineur dans les procédures judiciaires et donc devant le juge.

Ces trois dispositions civilistes françaises sont le reflet des stipulations internationales de la Convention et marquent la volonté du législateur d'impliquer l'enfant dans la vie de sa famille et dans les décisions qui le concernent.

---

[443] Article 388-1 du Code civil : « *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 la personne désignée par le juge à cet effet.*
Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.
L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure ».

[444] Article 373-2-11 du Code civil : « *Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :* […]
2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ».

L'implication souhaitée du mineur dans la vie de sa famille par la loi doit toutefois être mesurée par l'étude des textes cités. Le troisième alinéa de l'article 371-1 du Code civil ne s'impose pas aux parents. Les termes de cet alinéa, sur lesquels la jurisprudence n'a pas encore été appelée à se prononcer, se résument à une recommandation du législateur, un souhait, un vœu.

Ces lignes codifiées montrent que le législateur s'implique dans la vie intime de la famille en se fendant d'un conseil de bonne conduite à l'égard des parents. Cela se vérifie particulièrement à l'égard des futurs parents mariés. L'article 75 al. 1 du Code civil précise, depuis la loi du 4 mars 2002[445], qu'à l'occasion de la cérémonie du mariage, « *l'officier de l'état civil* […] *fera lecture aux futurs époux des articles 212, 213 (alinéas 1er et 2), 214 (alinéa 1er) et 215 (alinéa 1er) du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1* ». L'inclusion de la mention que l'officier de l'état civil doit donner lecture de l'article 371-1 du Code civil est caractéristique d'une volonté de ne pas limiter les recommandations d'usage aux devoirs du mariage qui se bornent aux relations entre les époux. Les rapports entre les parents et leurs enfants font leur entrée dans les relations familiales usuelles. Cela indique une volonté très nette d'impliquer l'enfant à la vie de sa famille, ce qui constitue une forme de responsabilisation du mineur par ses parents.

312. S'agit-il d'une responsabilisation participative ? Le rôle des parents est-il de prendre systématiquement en compte l'avis de leur enfant ? Rien n'est moins sûr et il serait improbable de subordonner les décisions d'une famille à la volonté d'un mineur. L'association de l'enfant aux décisions qui le concernent n'implique en rien que l'enfant soit écouté, mais juste qu'il soit avisé des décisions prises ou que ses parents sont en voie de prendre. La notion d'association de l'enfant aux décisions qui le concernent n'invite pas expressément les parents à impliquer l'enfant dans le processus décisionnel. Il ne saurait être même imaginé que l'enfant ait un rôle à assumer dans les décisions factuelles de la famille qui pourraient avoir des répercussions juridiques importantes. Cela se vérifie en ce que la conduite de la famille n'appartient pas — c'est souvent heureux — à l'enfant. L'article 213 du Code civil dispose sur ce thème dans son premier alinéa que « *les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille* ». Afin de rendre compatibles les dispositions de l'article 371-1 et celles de l'article 213 du Code civil dans le cas des parents mariés, il faut admettre que l'association prônée par le premier des deux textes implique au mieux la sollicitation formelle de l'avis de l'enfant, et *a minima*, son information régulière de la vie de

[445] Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 mars 2002, p. 4161).

la famille, conduite par les parents. Le gouvernement de la famille est affaire d'adultes, qu'il s'agisse de son quotidien ou des crises. L'association attendue par l'article 371-1 du Code civil n'est qu'une participation passive de l'enfant, une information régulière à son endroit qui ne présume pas de la prise en considération de son opinion ou de ses souhaits.

L'association consistera à le tenir informer de la séparation du couple se dirigeant vers un divorce ; et même si l'enfant s'en trouve légitiment peiné et manifeste une vive désapprobation, les parents n'auront pas à en tenir compte.

Considérer la famille comme le cercle privilégié de la responsabilisation du mineur est un sentiment corroboré par les disciplines qui sous-tendent implicitement le dernier alinéa de l'article 371-1 du Code civil, notamment la sociologie. « *Les enfants sont profondément marqués par les systèmes de valeurs familiaux.* […] [Il] *ne faut pas négliger la force des mécanismes qui contribuent, de génération en génération, à transmettre façons d'être, systèmes de valeurs, dispositions politiques et religieuses* » estime M. GALLAND[446]. Il ne manque pas de préciser en plus que « *l'identification de l'enfant ou de l'adolescent à un groupe d'appartenance, à ses normes et ses valeurs, est un élément capital du processus d'insertion sociale* »[447]. Les termes de l'article 371-1 al. 3 du Code civil invitent les parents à cette socialisation du mineur, afin de le préparer à son insertion dans la communauté des adultes. Il s'agit d'une étape indispensable, préliminaire à la véritable responsabilisation du mineur par l'initiative et l'accomplissement autonomes d'actions juridiques.

313. La situation de l'enfant devant le juge est-elle comparable ?

Une précision de taille doit être apportée sitôt qu'un juge est placé face à un enfant. Au risque de sombrer dans la tautologie, le rôle du juge est de juger. Il ne lui appartient pas, dans le cadre des procédures envisagées à l'article 371-3-11 du Code civil concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, de responsabiliser ou même de socialiser l'enfant. Cependant, si ce n'est pas le rôle du juge de responsabiliser le mineur, en l'obligeant à prendre en considération ses sentiments, la loi donne à l'office du juge une place importante face à la voix de l'enfant. Ce faisant, elle impose une responsabilisation tacite de l'enfant, non par le juge, mais par l'attention que la loi l'oblige à avoir à l'égard du mineur.

Dans ce cadre, l'enfant n'est pas simplement associé à la décision prise par le magistrat, il y est juridiquement impliqué car ici « *le juge prend notamment en*

[446] Olivier GALLAND est sociologue, directeur de recherches au C.N.R.S. spécialisé dans la question des jeunes.
[447] O. GALLAND : « *Sociologie de la jeunesse* » ; Armand Colin, 3ème éd. 2004, pp. 177-178.

considération » ses sentiments. Alors qu'il s'agit d'une simple alternative ouverte aux parents (considérer ou ne pas considérer les sentiments de leur enfant sur les décisions qui le concernent), c'est une obligation adressée au juge. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt de sa Deuxième Chambre civile du 5 juin 1991 en énonçant que « *l'article 290, 3°*[448]*, n'impose pas au juge de procéder lui-même à l'audition des enfants de plus de 13 ans ; il suffit aux juges du fond de constater que l'enfant a été entendu au cours de l'enquête sociale* »[449]. L'obligation du juge porte d'abord sur la prise en compte, dans son jugement, du sentiment de l'enfant, elle ne porte pas sur une audition en personne. Les magistrats de la Cour de cassation semblent se contenter d'une mention stéréotypée indiquant que l'enfant a bien été entendu par le juge ou par les enquêteurs sociaux. Le rôle de responsabilisation de l'audition par le juge s'arrête là, car s'il est obligé par la loi de l'entendre ou de le faire entendre, il n'est nullement question de contraindre le juge à écouter ce que l'enfant souhaite. La jurisprudence est constante sur cette question et l'attendu de principe répété dans les arrêts de Cours d'appel[450] :

> « *Les dispositions de l'article* [290, 3°] *n'imposent pas au juge de se conformer aux souhaits des enfants en ce qui concerne les modalités d'exercice de l'autorité parentale* »[451].

La situation du juge face à l'enfant est légèrement différente sur la forme que la situation de l'enfant dans sa famille, bien que les questions débattues puissent parfois être identiques. Sur le fond, l'issue est sensiblement équivalente : si l'enfant est entendu, rien n'oblige le juge (*a fortiori* les parents) à suivre ses souhaits.

314. La question se pose d'elle-même : le Code civil a-t-il cherché à responsabiliser l'enfant en l'impliquant réellement aux décisions qui le concernent ou bien les stipulations de la Convention de New York doivent-elles être reléguées au rang de pétition de principe ?

---

[448] Anc. Article 290 du Code civil : « *Le juge tient compte :*
1° Des accords passés entre les époux ;
2° Des renseignements qui ont été recueillis dans l'enquête et la contre-enquête sociale prévues à l'article 287-1 ;
3° Des sentiments exprimés par les enfants mineurs dans les conditions prévues à l'article 388-1 ».
[449] Cass. Civ. 2, 5 juin 1991 ; Bull. Civ. II, n°173 ; D. 1992, Somm. 63, obs. N. DELECOURT ; Defrénois 1992, p. 302, obs. J. MASSIP.
[450] Notamment C.A. Paris, 7 avril 1999 ; D. 1999, IR, 142.
[451] Cass. Civ. 2, 25 mai 1993 ; Bull. Civ. II, n°185.

Sans entrer dans les détails dès à présent[452], il faut se pencher sur l'application de la Convention relative aux Droits de l'enfant en France afin de mieux comprendre les raisons qui ont poussé le législateur à insérer les dispositions relatives à l'audition des mineurs.

315. La Convention de New York est signée par la France le 26 janvier 1990, ratifiée par le Parlement le 7 août suivant, elle est entrée en vigueur le 6 septembre de la même année. L'insertion de cette norme supranationale dans notre ordonnancement juridique n'est pas passée inaperçue. La Cour de cassation a été très rapidement saisie de la question de son application en droit interne. À l'occasion de l'arrêt LE JEUNE du 10 mars 1993 les juges de la Haute juridiction ont repoussé l'application directe de la convention en droit interne :

> « *Les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des États parties n'est pas directement applicable en droit interne* » [453].

La doctrine s'était montrée particulièrement virulente pour critiquer l'arrêt de rejet de la Cour de cassation, stigmatisant le mépris affiché (selon elle) face à l'article 55 de la Constitution de 1958[454].

Très peu de temps avant cette décision, la loi du 8 janvier 1993[455] insère, par son article 53, l'article 388-1 du Code civil et ajoute, par son article 57, un troisième alinéa à l'article 290 du Code civil. Le problème soulevé par l'arrêt LE JEUNE ne devait pas se reposer en jurisprudence, du moins pas sur le point de l'audition du mineur en justice[456].

La jurisprudence a évolué sur la question de l'application de la Convention de New York en droit interne pour s'orienter nettement vers une application directe depuis

---

[452] Cf. infra en page 741.

[453] Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; Bull. Civ. I, n°103 ; Defrénois 1993, p. 852, note J. MASSIP ; D. 1993, p. 361, note J. MASSIP ; JCP 1993, I, 3677, note C. NEIRINCK, P.-M. MARTIN ; RDSS 1993, p. 533, note F. MONÉGER ; Rev. Crit. DIP, 1993, p. 449, note P. LAGARDE ; D. 1994, p. 34, note F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ ; Gaz. Pal. 1995, p. 3, note A. BRAUNSCHWEIG, R. DE GOUTTES.

[454] « *Peut-on allégrement sauter à pieds-joints sur un des articles les plus célèbres de la Constitution de 1958 ?* » (C. NEIRINCK, P.-M. MARTIN : « *Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt* LE JEUNE » ; JPC 1993, I, 3677).

[455] 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 (JORF, 9 janvier 1993, p.495).

[456] L'arrêt LE JEUNE du 10 mars 1993 soulevait essentiellement la question de l'application directe de l'article 12 de la Convention de New-York. La loi du 8 janvier 1993 résolvant la question, les arrêts successifs de la Cour de cassation portant à nouveau sur la Convention s'appuyaient sur d'autres articles, à l'exclusion systématique de l'article 12 dont l'application n'a plus été soulevée en jurisprudence.

2005[457]. La vivacité de la jurisprudence sur ce thème et la réactivité de la doctrine en réponse montrent la préoccupation du monde juridique pour ce qui s'attache à l'implication de l'enfant aux décisions qui l'intéressent. Cela demeure un geste symbolique puisque l'enfant n'est que très partiellement impliqué dans le processus décisionnel, ceci reste une faculté ouverte au juge ou aux parents.

316. La phase de responsabilisation participative de l'adolescent par le droit civil ou international est assez mince. Il serait plus judicieux de parler d'une sensibilisation du mineur à la vie qui l'entoure, même si cette sensibilisation demeure souvent un élément extrêmement superficiel.

La seconde phase de responsabilisation du mineur, quand celui-ci est autorisé par le droit à prendre seul des décisions concernant sa personne est-elle aussi réduite ?

➢ *La responsabilisation active de l'adolescent*

317. La déclinaison un peu rébarbative des différents droits et prérogatives ouverts au mineur est un moyen d'embrasser de façon globale l'ensemble des possibilités qui lui sont offertes pour librement exercer sa volonté. Mais cet aperçu superficiel et un peu rapide ne permet pas au juriste de mesurer les effets du mécanisme que le droit met en place pour favoriser l'apprentissage du mineur.

Responsabiliser activement l'adolescent en vue de son entrée dans le monde juridique des majeurs-adultes devrait en principe se traduire par une volonté totalement efficace, de l'initiative de l'action juridique jusqu'à la satisfaction de son accomplissement. Hors les cas où les actes de la vie courante qu'il accomplit sont rescindés ou annulés, le mineur peut avoir l'initiative d'un achat médiocre ou d'une vente modique, il peut en assurer le processus juridique et se satisfaire de son accomplissement. Cela reste cantonné au domaine pécuniaire et à l'administration d'un patrimoine peu développé[458], ce qui implique peu d'engagement concret. L'apprentissage de la vie d'adulte par l'intermédiaire des actes de la vie courante ne s'applique qu'à un domaine très restreint. Bien qu'il se défende de le considérer comme « *aussi restrictif* », M. STOUFFLET concède que « *le mineur a la possibilité d'effectuer seul tous les achats de biens mobiliers d'usage courant et de se procurer les*

[457] Cass. Civ. 1, 18 mai 2005 ; Bull. Civ. I, n°212 ; RTDCiv 2005, p. 556, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI ; p. 627, obs. P. THÉRY ; p. 750, obs. P. REMY-CORLAY.

[458] « E*n fait, il est rare que le patrimoine du mineur soit important, car il n'a pas recueilli la succession de ses parents* » (J. STOUFFLET : « *L'activité juridique du mineur non-émancipé* », *in* « *Mélanges en l'honneur de Pierre VOIRIN* » ; LGDJ 1966, p. 783).

services considérés comme indispensables dans la vie moderne. Il ne parviendra pas, en revanche, à aliéner les biens, à l'exception des meubles de faible valeur qui ne méritent pas un procès… »[459].

318. En se détournant du patrimoine du mineur pour s'intéresser au gouvernement de sa personne, deux grandes catégories d'actions pour lesquelles la place du mineur est prépondérante peuvent être distinguées. Sa volonté doit s'exprimer soit pour l'initiative de l'action, soit pendant son déroulement. S'il fallait dégager une troisième catégorie où le mineur aurait la pleine maîtrise d'un processus juridique qu'il aurait lui-même déclenché, elle serait bien mince.

Dans l'optique d'une étude de la responsabilisation du mineur considéré à partir des environs de treize ans comme un adolescent, il faut examiner les différentes prérogatives que le droit lui offre. Pour ce qui relève de ses droits personnels et non-patrimoniaux, le Code civil prévoit dans certains cas, que le mineur est à l'origine de l'action. Il dispose de la possibilité d'en être à l'initiative, c'est lui qui détient le pouvoir juridique de donner l'impulsion à l'exercice de ce droit.

319. S'impose presque comme une évidence, l'ancien droit du mariage des mineures[460] qui permettait aux jeunes adolescentes de quinze ans d'accéder à cette union[461] avant leur majorité. L'union matrimoniale reposant essentiellement sur la liberté des consentements[462] recueillis solennellement par l'officier de l'état civil, l'impulsion juridique nécessaire à l'engagement du processus ne pouvait appartenir qu'à la jeune femme. Un mariage, premièrement sollicité par les parents de la mineure auquel elle aurait ensuite consenti, pourrait être annulé pour vice du consentement s'il est établi qu'elle s'est mariée contre son

[459] J. STOUFFLET : « *L'activité juridique du mineur non-émancipé* », *in* « *Mélanges en l'honneur de Pierre VOIRIN* » ; LGDJ 1966, p. 790.

[460] Jusqu'à 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 (JORF, 5 avril 2006, p. 5099) qui, modifiant l'article 144 du Code civil prévoit que désormais seuls deux personnes majeures peuvent se marier.

[461] Lors de la première lecture devant les sénateurs, la proposition de loi a été amendée afin d'ajouter la modification de l'article 144 du Code civil. L'argument essentiel des sénateurs à l'origine de l'amendement était l'unification des âges d'accès au mariage. Lors de la discussion de l'amendement, M. COURTEAU, sénateur, précisait que « *la règle proposée présente l'avantage de libérer définitivement le mariage de la pression familiale, puisque, par hypothèse, les futurs époux seront majeurs. En effet, la règle actuelle a un effet pernicieux, celui de permettre à certaines familles de marier contre leur gré des jeunes filles mineures qui sont dans l'incapacité aussi bien de refuser un mariage forcé que de décider librement de leur destinée après avoir eu le temps de poursuivre des études* ».

[462] Article 146 du Code civil : « *Il n'y a pas de mariage s'il n'y a point de consentement* ».

gré sur le fondement de l'article 180 du Code civil[463]. En sorte que s'il était établi que l'initiative du mariage ait appartenu aux parents et non à la jeune femme, le mariage était annulable en raison de l'absence d'intégrité du consentement. La preuve du mariage forcé n'était pas évidente à établir, mais la philosophie de l'article 146 et de l'article 180 rendait évident que l'impulsion nécessaire à la mise en œuvre du mariage appartenait à la jeune fille.

Pour que le mariage se forme et que les consentements se rencontrent, il était indispensable que les parents de la mineure donnent leur consentement ou qu'ils se montrent en désaccord sur la question[464]. Le refus de consentir au mariage de leur enfant n'a pas à être justifié[465], tant qu'il n'est pas constitutif d'un abus de droit qui serait motivé par une volonté malveillante, ou mû par une obstination irréfléchie, ce qui constituerait une faute réparable sur le fondement de l'article 1382 du Code civil[466].

Avant la réforme de 2006, la jeune mineure disposait de l'initiative de se marier, bien que son aboutissement dépende en grande partie de la volonté des parents. Cependant, depuis la réforme, la possibilité d'une union entre mineurs n'est pas exclue, comme le rappelait le sénateur COURTEAU à l'occasion du débat de l'amendement qui unifie l'âge d'accès au mariage à dix-huit ans :

> « *Je rappellerai que, à travers l'article 145 du code civil, la loi, attentive aux situations exceptionnelles, permet au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour motifs graves. Sur ce critère vague, qui fait imaginer les raisons diverses d'avancer le mariage — grossesse, par exemple —, côté femme et côté homme, l'incapacité peut être levée au cas par cas* ».

Mais la dispense d'âge remise par le procureur de la république ne lève pas l'obstacle de l'accord parental : le mineur dispose de l'initiative de l'action, mais n'en maîtrise pas l'accomplissement.

Le mariage reflète une prérogative très intime de la personne : celle de s'offrir à une autre personne.

---

[463] TGI Versailles, 25 avril 1979 ; Gaz. Pal. 1979, 2, p. 532 ; RTDCiv. 1981, p. 142, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI et R. NERSON ; C.A. Paris, 9 janvier 1996 ; RTDCiv. 1996, p. 365, obs. J. HAUSER. Ces deux décisions ont annulé un mariage pour une « *simple insistance des parents ayant privé le consentement de l'époux de toute efficacité* ».

[464] Article 148 du Code civil : « *Les mineur ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* ».

[465] C.A. Rouen, 26 juillet 1949 ; D. 1951, p. 532.

[466] C.A. Lyon, 23 janvier 1907 ; D. 1908, jur. p. 73, note L. JOSSERAND.

Il semble que l'intimité personnelle — physique ou psychologique — du mineur soit requise pour que l'initiative d'un acte juridique lui appartienne[467]. Quoi de plus intime dans cette perspective, que le droit de disposer de son propre corps ?

320. Sur ce point, l'initiative de subir des traitements médicaux ou chirurgicaux appartient systématiquement au mineur et le médecin « *doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement* » selon l'article R. 4127-42 du Code de la santé publique. En cas d'urgence, le médecin peut passer outre l'absence de consentement des parents.

En matière de recherche biomédicale, de greffe ou de prélèvements de tissus ou de moelle[468] ou de cellules sur un mineur vivant, bien que la prise de décision appartienne au mineur, le consentement des parents est indispensable et recueilli solennellement par le président du tribunal de grande instance ou par le procureur de la république en cas d'urgence vitale pour le receveur[469].

La disposition des droits attachés au corps de l'adolescent s'impose comme le domaine dans lequel il semble avoir régulièrement l'initiative. Mais l'idée que son corps n'échappe pas encore tout à fait à l'empire de la volonté de ses parents (comme s'il continuait nostalgiquement de leur appartenir un peu) est présente dans l'absence de contrôle de l'adolescent sur l'épanouissement complet de son impulsion volontaire.

Dans le cadre du prélèvement de moelle osseuse, la question se conjugue avec d'évidentes raisons familiales liées au destinataire du prélèvement. L'article L. 1241-3 du Code de la santé publique déroge dans son premier alinéa à l'article L. 1241-2 prohibant les prélèvements de moelle osseuse sur un mineur[470]. L'article L. 1241-3 al. 1 du Code de la santé publique dispose qu' « *en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de*

---

[467] « *Nos mœurs tendent à accorder aux grands adolescents une sphère d'intimité personnelle* » (J. CARBONNIER : note sous TGI Versailles, 24 septembre 1962 ; D. 1963, p. 52).

[468] L'article L. 1231-2 du Code de la santé publique prohibe totalement les prélèvements d'organe sur une personne mineure : « *Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure* ».

[469] Article L. 1241-3 al. 3 du Code de la santé publique : « *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 de grande instance ou le magistrat 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* ».

[470] Article L. 1241-2 du Code de la santé publique : « *Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de 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* ».

cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur ».

Que la médecine se trouve face à une « *absence d'autre solution thérapeutique* »[471] indique que le recours au prélèvement de cellules hématopoïétiques sur un mineur est une situation extrême et ultime, au-delà de laquelle la situation vitale de la personne concernée se trouverait dans une issue difficilement remédiable. Dans ce scénario un peu effrayant, l'immixtion d'un refus des parents entre la volonté positive d'un de leurs enfants dans le but de sauver la vie de son frère ou de sa sœur est finalement assez peu envisageable tant le lien familial est dense. Le consentement donné par les parents s'assimile plus à un aval qu'à une autorisation de prélèvement, et son recueil par autorité de justice ressemble davantage à une précaution en faveur du médecin qu'à une solennité particulière.

Quand la trame du tissu familial est plus lâche, la volonté des parents retrouve plus d'importance. Cela demeure malgré tout très relatif : un refus exprimé quand il existe trois ou quatre degrés de collatéralité entre le donneur et le receveur est aussi difficile à envisager que quand seulement deux degrés de parenté les séparent[472]. Surtout qu'il s'agit pour l'un des parents d'un frère ou d'une sœur, d'un neveu ou d'une nièce, d'un petit-fils ou d'une petite-fille.

Dans cette sphère un peu spéciale que devient la famille quand la santé se grippe, la volonté exprimée par l'adolescent est prise en compte dans les meilleures conditions. Son accomplissement est pratiquement assuré dans la mesure où une volonté contraire des parents, même si elle est tout à fait possible, est assez peu concevable.

321. Apprendre à disposer de son corps librement ne se traduit pas uniquement dans la possibilité de décider de subir des interventions chirurgicales ou des traitements médicaux. En restant encore dans le cercle de l'intimité de l'adolescent et des droits qui y sont attachés, se trouvent, évidemment, les droits afférents à la maîtrise de sa sexualité. La majorité sexuelle est atteinte à quinze ans en France. Parfois, l'expérience de la sexualité peut déboucher, pour

[471] Cette absence d'autre solution thérapeutique est corroborée par l'aval donné par un comité d'experts prévu par l'article L. 1231-3 du Code de la santé publique dont le rôle est précisément de s'assurer qu'il n'existe aucune autre possibilité de traitement médicamenteux et que toutes les diligences ont été accomplies par l'équipe médicale afin de trouver un autre donneur compatible. Si bien que la possibilité d'un don de cellules ou de moelle osseuse intrafamilial apparaît comme l'ultime recours possible sur l'ultime personne envisageable.

[472] Article L. 1241-3 al. 2 du Code de la santé publique : « *Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solution thérapeutique, 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* ».

certaines mineures, aux découvertes précoces de la maternité, qu'elles sont en droit de ne plus accepter comme une fatalité.

La liberté de disposer de son intimité a connu des développements sensibles notamment par la loi relative à l'I.V.G. et à ses modifications. Ainsi, l'article L. 5134-1, I du Code de la santé publique expose qu'il n'est pas besoin du consentement des parents ou du représentant légal pour qu'une mineure puisse obtenir une prescription concernant des médicaments contraceptifs préventifs ou d'urgence.

322. La complète maîtrise de sa sexualité dans laquelle s'inscrivent ces dispositions du Code de la santé publique a imposé l'évolution de la loi en matière d'interruption volontaire de grossesse. Avant la réforme de 2001[473], la loi exigeait le consentement du représentant légal pour qu'une mineure puisse interrompre sa grossesse[474]. Il s'agissait sans doute d'une contradiction importante entre les dispositions préventive et curative. La mineure pouvait se prémunir seule contre une grossesse non désirée, mais elle ne pouvait pas l'interrompre sans le consentement de ses parents si elle survenait accidentellement.

Si la grossesse est appréhendée comme l'évènement qui survient immédiatement après la fécondation d'un ovule par un spermatozoïde, elle est susceptible d'exister dès le lendemain d'un rapport sexuel non protégé. La première évolution du droit est présente dans la possibilité d'obtenir un contraceptif d'urgence sans prescription médicale. L'article unique de la loi du 13 décembre 2000[475] ajoute trois alinéas nouveaux à l'article L. 5134-1 du Code de la santé publique. La mineure a désormais la possibilité d'obtenir, sans prescription et sans consultation médicales, une médication destinée à empêcher une grossesse à la suite d'un rapport sexuel non protégé. Le consentement des parents n'est pas requis si la mineure souhaite « *garder le secret* ».

Ce secret réapparaîtra lors de la présentation du projet de loi qui donnera naissance à l'évolution législative de 2001. M^me^ AUBRY exposait les motifs de l'urgence de la situation en estimant que la France comptait « *près de 10 000 adolescentes* […] *confrontées à une grossesse non désirée dont 7 000* [ayant] *recours à une I.V.G.* ». Le problème concernait les 3 000 autres adolescentes confrontées à l'impossibilité d'obtenir le consentement des

[473] Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 (JORF, 7 juillet 2001, p. 10823).
[474] Ancien article L. 162-7 du Code de la santé publique issu de la rédaction de la loi du 17 janvier 1975 : « *Si la femme est mineure célibataire, le consentement de l'une des personnes qui exerce l'autorité parentale ou, le cas échéant, du représentant légal est requis* ».
[475] Loi n°2000-1209 du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence (JORF, 14 décembre 2000, p. 19830).

parents pour diverses raisons ce qui peut parfois déboucher sur des situations dangereuses pour l'adolescente concernée :

> « *Il est parfois impossible à une jeune fille mineure de révéler à ses parents qu'elle est enceinte. La crainte d'une incompréhension majeure de la famille peut susciter des conduites dangereuses (tentative d'auto-avortement, déni de grossesse parfois prolongé jusqu'au terme). La nécessité du consentement des parents peut aussi s'avérer avoir des effets particulièrement dramatiques lorsque la mineure est enceinte à la suite d'un inceste ou d'un viol. Dans d'autres cas, malgré un dialogue entre la mineure et ses parents, une opposition persistante des parents à l'interruption volontaire de grossesse place la mineure en situation de grave détresse. Enfin, il est des situations où les parents sont absents ou injoignables* »[476].

Après le pas franchi pour la contraception d'urgence, la loi française se dirigeait vers la possibilité pour une mineure de disposer librement de sa sexualité tout en s'assurant de pouvoir en contrôler les effets non souhaités.

La loi autorise désormais une adolescente à se passer du consentement de ses parents si elle souhaite pratiquer une interruption volontaire de sa grossesse en gardant le secret. Les conditions imposées par les nouveaux articles du Code de la santé publique sont qu'elle soit accompagnée tout le long du processus par la personne majeure de son choix et qu'elle assiste, après l'opération, à une séance d'information sur les moyens contraceptifs adaptés à sa situation.

323. L'intimité corporelle est affichée par la loi comme le premier cercle dans lequel l'adolescent dispose des droits d'initiatives les plus vastes[477]. La mire de ce cercle est la sexualité pour laquelle l'adolescent dispose à la fois du pouvoir d'initiative et, sous certaines conditions de plus en plus permissives, du pouvoir de contrôle et d'accomplissement.

À mesure que le regard s'écarte du cénacle le plus intime de la personne pour se diriger vers des droits de la personnalité moins sensibles, le rôle de l'adolescent se dilue et s'amoindrit face à la place de ses parents.

---

[476] M. AUBRY : « *exposé des motifs du projet de loi n°2605 du 4 octobre 2000 relatif à l'interruption volontaire de la grossesse et à la contraception* ».

[477] « *L'examen attentif des prérogatives consenties aux mineurs tant sur le plan médical que sexuel abouti à reconnaître* de facto *au mineur un droit sur son propre corps* » (F. GISSER : « *Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité* » ; JCP 1984, I, 3142.)

Pour ce qui concerne le droit à l'image, partie intégrante des droits de la personnalité, la jurisprudence a estimé qu'il n'appartenait pas à un mineur de conclure seul un contrat portant sur son image sans l'accord de ses représentants légaux[478]. Les juges ont également considéré qu'une divulgation de la vie privée d'un mineur sans le consentement de ses responsables légaux constituait une pratique contraire à l'article 9 du Code civil[479].

324. En s'écartant encore des droits personnels de l'adolescent pour tendre vers des droits qui concernent la famille, le gouvernement des parents refait surface.

La logique des consentements est inversée : ce sont les parents qui disposent de l'initiative de l'action et, selon son âge, le mineur est sollicité pour donner son consentement à l'action juridique menée. Cela se situe assez loin de la responsabilisation participative des articles 388-1 ; 371-1 et 373-2-11 du Code civil. La voix de l'enfant n'est pas simplement entendue pour n'être éventuellement pas écoutée. Elle est une clé indispensable à l'achèvement d'une procédure engagée sous l'impulsion juridique que détiennent les parents ou des tiers.

Passés treize ans, le mineur doit donner son accord pour un changement de nom[480], un changement de prénom[481], pour être adopté en la forme plénière[482] ou simple[483]. Un indice de prise en compte de la volonté du mineur est également visible dans le deuxième alinéa de l'article 353 du Code civil qui prévoit que « *dans le cas où l'adoptant a des descendants, le tribunal vérifie en outre si l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale* »[484].

---

[478] Cass. Civ. 1, 23 octobre 1990 ; Bull. Civ. I, n°222 ; C.A. Paris, 31 octobre 1991 ; D. 1992, IR, p. 9.
[479] Cass. Civ. 1, 18 mai 1972 ; Bull. Civ. I, n°134 ; JCP 1972, II, 17209, concl. LINDON ; Gaz. Pal. 1972, p. 870.
[480] Article 61-3 al. 1 du Code civil : « *Tout changement de nom de l'enfant de plus de treize ans nécessite son consentement personnel lorsque ce changement ne résulte pas de l'établissement ou d'une modification d'un lien de filiation* ».
[481] Article 60 du Code civil : « *Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom. La demande est portée devant le juge aux affaires familiales à la requête de l'intéressé ou, s'il s'agit d'un incapable, à la requête de son représentant légal. L'adjonction ou la suppression de prénoms peut pareillement être décidée.*
Si l'enfant est âgé de treize ans, son consentement personnel est requis ».
[482] Article 345 al. 3 du Code civil : « *S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière* ».
[483] Article 360 al. 2 du Code civil : « *Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à son adoption* ».
[484] Un arrêt rendu le 2 mai 1990 par la Première Chambre civile de la Cour de cassation laisse penser qu'il s'agit bien de vérifier qu'il n'existe pas d'opposition de la part des descendants de l'adoptant : « *Attendu que, sous couvert de griefs non fondés de dénaturation et de manque de base légale, le pourvoi, en son premier moyen, ne tend en réalité qu'à remettre en cause la décision de la cour d'appel en ce qu'elle a estimé, par une appréciation souveraine, que l'adoption projetée à laquelle deux des enfants légitimes de l'adoptant étaient opposés, était de nature à compromettre la vie familiale* » (Cass. Civ. 1, 2 mai 1990 ; Bull. Civ. I, n°93 ; Defrénois 1990, p. 960, obs. J. MASSIP).

Quelles sont la place et la valeur du consentement du mineur dans ces procédures ? Est-il légitime de parler de responsabilisation ou même de « *prémajorité* »[485] dans le cadre du choix qui lui est ouvert de laisser poursuivre ou d'anéantir la procédure engagée par ses parents ou ses représentants légaux ? Dispose-t-il véritablement d'un droit subjectif ou bien ne s'agit-il que d'une prérogative qui lui est ouverte de faire obstacle à l'aboutissement du droit subjectif d'un tiers ?

325. La procédure de changement de nom de famille est singulière par rapport aux autres. Il est erroné de prétendre que le consentement de l'enfant est nécessaire pour toute procédure de changement de nom. Cette procédure ne le concerne pas : elle ne consiste pas, de la part des parents, à vouloir modifier le nom de famille de leur enfant mineur[486]. La modification du nom de famille par la voie administrative prévue à l'article 61-2 du Code civil ne concerne que la personne qui est à l'initiative de la demande. Si elle compte des descendants mineurs, la mesure prise par décret s'applique à eux de plein droit s'ils ont moins de treize ans.

Au-delà de treize ans et avant sa majorité, le consentement de l'adolescent n'est nécessaire que pour s'assurer qu'il souhaite bénéficier des effets de la procédure, engagée pour lui-même par un de ses ascendants, qui le concernent. Une telle expression n'est en rien comparable au consentement requis des parents quand leur enfant mineur souhaite ouvrir un compte bancaire ou quand il entend subir un prélèvement de moelle osseuse au profit d'un de ses parents collatéraux. Il demeure que cette possibilité offerte à l'adolescent de ne pas subir les effets d'un changement de nom qu'il n'a pas forcément souhaité est la manifestation de ce que le législateur souhaite qu'après treize ans le jeune ait une assez importante maîtrise de son état civil.

Tandis que, pour la procédure judiciaire de changement de prénom, le consentement de l'adolescent de plus de treize ans influe directement sur le déroulement de l'action et non plus seulement sur ses effets.

La différence entre ces deux influences de la volonté du mineur sur le changement de son état civil provient de ce que le nom est une institution familiale d'identification, tandis que le prénom est un élément individuel et personnel.

---

[485] F. GISSER : « *Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité* » ; JCP 1984, I, 3142.

[486] Sauf dans le cas particulier d'adjonction du nom de celui des parents qui n'a pas transmis le sien prévue par l'article 23 de la loi n°2002-304 du 4 mars relative au nom de famille modifié par la loi n°2003-516 du 18 juin 2003.

326. D'autres procédures ont un effet indirect sur l'état civil du mineur, notamment en ce qui concerne l'institution de l'adoption. Les articles 345 et 360 du Code civil obligent à recueillir le consentement de l'adolescent de plus de treize ans quand il doit être donné à l'adoption. L'enfant ne dispose pas véritablement d'un droit, au plus dispose-t-il d'une possibilité d'anéantir la procédure engagée par les adoptants et permise par ses parents biologiques ou par le conseil de famille.

Le scepticisme est de mise devant la faculté de ces prérogatives offertes au mineur pour préparer son avenir d'adulte au sens du Code civil : son avenir de majeur. Qu'en est-il concrètement de ce « *stage qui préparerait le mineur au libre exercice de ses droits civils* »[487] ?

Lorsque l'adopté consent à son adoption (qu'elle soit simple ou plénière), son choix définitif n'a pas à être éclairé. La loi n'oblige aucun acteur de la procédure d'adoption à assister le mineur dans son choix, ni les parents, ni les acteurs sociaux, ni les acteurs juridiques. Son choix de bloquer l'initiative des adoptants, son choix d'annihiler les consentements de ses parents biologiques ou du conseil de famille, son choix de changer de vie et de famille ne sont guidés que par son ressenti personnel.

Ce n'est pas cela responsabiliser un mineur et le préparer au libre exercice de ses droits civils. Lui abandonner le choix délicat de poursuivre une procédure dont il est l'objet essentiel, c'est, au mieux, lui octroyer une responsabilité un peu brutale, au pire, le laisser face à un choix qui le dépasse complètement. Car les adolescents de treize à quinze ans[488] ou de treize à dix-huit ans[489] ne sont pas tous aptes à réagir seul face à ce genre de choix de vie.

Pour un jeune adoptable au-delà de treize ans, la loi aurait dû prévoir un accompagnement social, parental ou juridique de la prise de décision concernant son avenir. Surtout que sa décision concerne la phase de rupture de la procédure : c'est le moment où la famille décide de se séparer de l'enfant et de le remettre à un tiers ou à un organisme en vue d'une adoption ultérieure. Le problème est rendu encore plus sensible parce que la loi ne demande pas que le consentement (celui de l'enfant pas plus que celui des représentants

[487] G. CORNU : « *L'âge civil* », *in* « *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER* » ; Dalloz et Sirey, 1961, Tome II, p. 18.
[488] Pour ce qui concerne l'adoption plénière, elle ne peut être prononcée pour un mineur de plus de quinze ans (article 345 du Code civil).
[489] Il n'existe pas de limites d'âge à l'adoption simple (article 360 al. 1 du Code civil)

légaux) soit libre et éclairé. L'adopté, dans ce sens, n'a pas à être mis au courant des conséquences potentielles du consentement qu'il donne[490] ou qu'il refuse.

Dans la procédure de l'adoption plénière ou de l'adoption simple, la place du consentement du principal intéressé paraît toutefois plus importante que celle des parents biologiques. Alors que ces derniers ne peuvent pas abusivement refuser de donner leur enfant à l'adoption (le tribunal pouvant décider de passer outre leur consentement dans ce cas précis), le refus exprimé par l'adolescent de plus de treize ans est un obstacle dirimant à l'adoption que le juge ne peut pas écarter.

Il n'est toutefois pas titulaire d'un droit, et bien que son consentement soit absolument indispensable pour la suite de la procédure, il serait erroné de dire que sa manifestation soit celle de la préparation à l'âge majeur. Il n'est que détenteur du pouvoir d'interrompre un processus juridique dont l'initiative et l'aboutissement lui échappent, ce qui ne doit pas pouvoir être assimilé à une responsabilisation active de l'adolescent dans le sens où il n'est pas accompagné dans sa décision ni après celle-ci.

327. L'étude particulière de la procédure de l'adoption simple révèle une singulière différence selon que l'adopté est mineur ou majeur. Tant qu'il est mineur et à partir de treize ans, son consentement revêt la même importance que dans le cadre de l'adoption plénière : il est une possibilité de blocage total de la situation et doit nécessairement s'accorder avec celui des parents biologiques pour que la procédure soit menée à bien. L'enfant adoptable dispose d'un droit de véto.

Contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple ne connaît pas de limite d'âge. Il est parfaitement envisageable qu'un beau-parent souhaite adopter l'enfant majeur dont il s'occupe depuis la jeune enfance et sur lequel il ne peut exercer aucun droit découlant de l'autorité parentale. Dans ce cas, le consentement des parents biologiques n'a plus d'importance, et l'adopté peut consentir seul[491] et se donner seul à l'adoption d'un tiers. La nuance est nette entre le majeur censé être responsable et mature, qui peut seul décider de sa filiation et le mineur qui ne dispose pas (selon le Code civil) de toutes ses capacités et qui nécessite d'être secondé par la volonté de ceux qui exercent sur lui l'autorité parentale.

[490] C'est au contraire une condition exigée par l'article 370-3 du Code civil qui concerne le droit applicable aux adoptions internationales. Le consentement des parents biologiques de l'enfant doit être libre et éclairé, notamment sur les conséquences d'irrévocabilité de l'adoption plénière s'il y a lieu.
[491] C.A. Bourges, 8 novembre 2000 ; JCP 2001, IV, 19995 ; RTDCiv. 2001, p. 577, obs. J. HAUSER.

Tant qu'il est mineur, l'adolescent n'est qu'un supplément à la volonté de ses parents, dès qu'il est majeur, il est censé être autonome et être à même de disposer seul de son avenir. Or rien n'est moins sûr et la frontière entre le stage de préparation et l'exercice effectif des droits civils semble bien floue et surtout bien artificielle.

328. La phase d'accompagnement décrite dans le Code civil n'est en fin de compte qu'un aperçu plus que sobre de l'éventail des droits dont va disposer l'adolescent quand il aura franchi l'âge des dix-huit ans. Dans ce contexte, parler de prémajorité, de majorité anticipée ou de fin de minorité aménagée n'est pas tout à fait exact. L'accompagnement de l'adolescent par le Code civil n'est que de façade, les textes n'ont pas su résoudre le paradoxe de la responsabilisation et de la protection ailleurs que dans la gestion quotidienne de son maigre patrimoine.

Dans le domaine du gouvernement de sa personne, chapelle des droits libres ouverts à l'adolescent, il faut convenir que l'évolution fut longue. Il aura fallu plus de vingt-cinq années pour que les adolescentes disposent de la possibilité de vivre pleinement leur sexualité.

L'impossibilité de concilier responsabilité juridique et protection est certainement issue du fait que le régime de protection du mineur n'est pas un régime d'assistance mais de représentation. Si l'administration légale des parents est souvent rapprochée de la tutelle des majeurs incapables, c'est aussi parce qu'elle en a les traits principaux et que les deux régimes sont assez semblables.

Certains aspects de la vie juridique de l'adolescent montrent qu'il est parfois libre de passer seul des actes. Ils sont alors soumis, soit au contrôle simultané des parents (qu'ils en aient l'initiative ou que leur consentement soit requis pour l'accomplissement), soit à la sanction ultérieure du juge (qu'il le valide ou qu'il l'annule ou le rescinde). Ces éléments permettent de se dégager d'une ressemblance trop frappante avec le régime de la tutelle : et de s'approcher, dans certains cas, de la curatelle des majeurs incapables et donc d'un régime d'assistance.

329. L'administration légale des mineurs est composée de ces deux régimes. Il est supposé permettre d'affronter avec souplesse les angoisses de l'adolescence, mais il n'y parvient que très modestement. La flexibilité sollicitée par l'adolescent semble appeler qu'à partir d'un certain âge il soit moins représenté et plus assisté dans les actes de sa vie civile. Une réforme du droit ne semble pourtant guère envisageable qui imposerait un nouvel âge

quantifié à compter duquel un mineur serait considéré comme un adolescent. La terminologie sociologique n'a pas à faire son entrée dans le droit, tant cette période de la vie subit les effets contingents du lieu, de l'environnement familial ou social et de l'individu qui la vit.

Un concept naissant dans les textes et dans les jurisprudences pourrait apparaître de façon plus évidente : le quasi-majeur.

c. Le droit à l'épreuve de l'adolescence : le quasi-majeur

330. La représentation juridique de l'individu pendant son âge précoce est généralement expliquée comme la résultante d'une nécessaire protection de son patrimoine et de sa personne. Mais ce n'est pas tout. Derrière cet argument altruiste et tourné vers l'intérêt de l'enfant, il existe une explication moins généreuse. Quand les parents ou le tuteur gèrent le patrimoine d'un mineur, certes protègent-ils ses intérêts, mais en agissant ainsi, il ne saurait être caché qu'ils sauvegardent également les leurs. Ils protègent leurs intérêts, ceux des tiers contractants, en un mot : la sécurité juridique comme le relevait M. GRIMALDI quand il écrivait que le risque existait, en le laissant contracter, que « *le mineur, s'il s'estimait perdant,* [cherche] *à récupérer sa mise au prétexte de son âge, avancé en preuve d'un consentement vicié par l'erreur ou la violence* ».

Une fois de plus, une semblable analyse, strictement patrimoniale, restreint la question à une portion infime des possibilités dont dispose le mineur. Car la question du « *fondement d'appoint* »[492] de l'incapacité du mineur trouve à se poser pour les autres matières dans lesquelles il possède, sinon un droit, au moins un pouvoir.

Le mineur est-il protégé quand ce sont ses parents qui détiennent l'initiative de son adoption ? Le mineur est-il protégé quand ce sont ses parents qui sollicitent en son nom le changement de son prénom ? Il s'agit évidemment d'actions graves et de décisions importantes, mais ce que le droit cherche à protéger, bien avant le mineur, c'est surtout l'institution familiale dans son unité.

La protection juridique du mineur ne doit pas se limiter à des considérations contractuelles d'ordre économique. Elle englobe la protection du cercle familial et, d'une certaine façon, la stabilité de la société qui l'entoure.

[492] M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 387.

Dans l'appréciation de cette logique, les cercles familiaux et patrimoniaux ne sont pas concentriques, ils sont indépendants. Il ne faudrait pas tant parler de l'autonomie du mineur adolescent que des différents domaines pour lesquels il bénéficie d'une certaine prise décisionnelle sur le processus juridique qui le concerne.

331. Le droit ne peut pas tolérer l'insécurité quand il s'agit d'un domaine privé tel que l'est la famille. Dans ces conditions, il ne peut pas être envisagé un transfert de l'initiative de certaines actions juridiques qui sont ouvertes aux parents et soumises à l'appréciation de l'enfant. La cohésion — et la cohérence — de la cellule familiale seraient en péril si le mineur disposait seul du droit de se séparer de sa famille par le biais de l'adoption plénière. Il en est de même s'il disposait seul du pouvoir de se soustraire à l'autorité parentale, s'il pouvait seul, après treize ans, se faire adopter en la forme simple. Un raisonnement identique s'applique aux changements d'état civil, au mariage…

Quand la cellule familiale est mise en danger par la décision d'un mineur, le droit laisse aux parents les clés de la décision. Soit il leur confie l'impulsion juridique nécessaire matérialisée dans l'initiative de l'action, soit il les investit de la faculté de mettre fin à l'initiative du mineur. La famille, cellule privée par excellence, reste sous la maîtrise des parents. En dehors de son intimité physique ou psychologique personnelle pour laquelle l'adolescent est libre, le seul espace dans lequel il jouisse d'une autonomie complète reste son patrimoine propre. C'est véritablement là que l'adolescent va pouvoir s'initier aux pratiques qu'il exercera quand il aura passé ses dix-huit ans. Le contrôle des parents n'est plus requis et ils n'ont d'ailleurs aucune initiative à prendre pour ce qui concerne la fortune (aussi maigre soit-elle) de leur enfant.

332. « *La libération progressive par le savoir, qui s'acquiert par l'expérience* »[493] existe déjà en grande partie au travers du travail du juge qui individualise le mineur par rapport à son âge et à son degré de maturité. À mesure que l'adolescent s'approche de sa majorité, la rescision pour lésion est admise de plus en plus étroitement. L'article 1308 du Code civil prend déjà acte de ce que la rescision d'un engagement se dissout avec l'âge grandissant du mineur quand celui-ci prend certaines décisions dans sa vie, notamment quand il entre en profession[494]. Cette disposition du Code civil ne s'applique, en théorie qu'aux mineurs qui sont en âge d'exercer une profession, ce qui ne concerne donc que les

[493] M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 386.
[494] Article 1308 du Code civil : « *Le mineur qui exerce une profession n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris dans l'exercice de celle-ci* ».

adolescents. La lésion appréciée par le juge ne peut pas se limiter à une considération qui tournerait autour de l'équilibre de la convention passée par le mineur.

D'abord, l'équilibre d'une convention passée entre un majeur et un mineur est nécessairement précaire. Ne serait-ce que par le fait que l'adolescent arrive à un âge où il commence à prendre conscience d'une certaine capacité naturelle qui le pousse instinctivement à accomplir des actes de plus en plus dangereux[495]. Pour le majeur, l'accomplissement d'un acte juridique volontaire s'apparente plus à un besoin, alors que chez le mineur, ce besoin est souvent doublé par l'envie d'exercer de nouveaux droits. Il s'agit d'ailleurs d'un argument militant en faveur de l'incapacité juridique du mineur jusqu'à sa majorité. Cette minorité « *vient à point nommé pour contenir une capacité naturelle qui, trop verte encore, risquerait d'être exercée de travers* »[496]. Le premier élément devant être pris en compte par le juge quand il examine la lésion invoquée d'un acte juridique est le degré de maturité du mineur.

Le déséquilibre vient ensuite des différents patrimoines en présence. Une dépense modeste pour un mineur de treize ans n'est pas la même que pour celui qui est à la veille de sa majorité. D'une part parce que les besoins augmentent avec l'âge et que ceux d'un adolescent ne sont pas les mêmes que ceux d'un préadolescent, d'autre part et surtout parce que le patrimoine gonfle avec l'âge et la diversité des revenus.

L'équilibre est proche de l'ajustement quand le mineur dispose d'un patrimoine relativement important et d'une faculté de discernement à l'avenant.

La combinaison de tous ces éléments conduit à penser que sur le plan patrimonial, à l'orée de sa majorité, l'adolescent est presque majeur (sur le plan juridique). Les actes qu'il accomplit sont guidés par une volonté de plus en plus mature et reposent sur un patrimoine de plus en plus important. Ses actes sont donc de moins en moins rescindables et la liberté dont il bénéficie se consolide.

333. Malgré cela, l'initiation de l'adolescent à sa future vie de majeur n'est pas sans risque lorsque, pour seul filet de sécurité, le contrôle de ses actions juridiques patrimoniales n'est assuré que par le juge *a posteriori*. Ce n'est pas un mode de responsabilisation satisfaisant que de laisser un adolescent accomplir seul des actes qu'un juge peut annuler, réduire ou rescinder selon le cas. Il est parfaitement compréhensible que le patrimoine d'un

[495] A.-M. ALLÉON, O. MORVAN, S. LEBOVICI : « *Devenir adulte* » ; PUF, 1990.
[496] M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 386.

adolescent passe au second plan derrière les intérêts de la cohésion de sa famille. Dans ce sens, une plus grande liberté de manœuvre est accordée au mineur pour gérer son patrimoine.

En 1991, M. GRIMALDI anticipait sur les dispositions de l'article 371-1 du Code civil issues de la loi de 2002 en envisageant la possibilité, précisément, d'associer le mineur à la gestion de son patrimoine. Il trouvait qu'il y avait là une possibilité de mêler responsabilisation et protection, car « *l'association du mineur à la gestion de son patrimoine peut être une bonne méthode initiatique en même temps qu'un moyen de desserrer l'étau de son incapacité : bref, un pallier vers la pleine capacité civile* »[497]. L'auteur envisage trois possibilités pour accompagner le mineur dans les derniers temps de son apprentissage. La première est l'exacte anticipation des dispositions civiles guidées par la Convention de New York : associer de façon purement factuelle l'enfant aux décisions qui le concernent et notamment à l'état de son patrimoine. Cette association purement volontaire de la part des parents aurait, selon M. GRIMALDI des vertus pédagogiques et relaxantes : « *cela l'éduquera et apaisera son impatience* ».

À l'opposé de cette conception première de l'association du mineur, peu formatrice en fin de compte, l'auteur évoque la possibilité d'offrir un mandat au mineur de gérer ses propres biens. Ceci permettrait de neutraliser la représentation légale du mineur par une voie contractuelle. Cette voie est ouverte par l'article 1990 du Code civil qui n'exclut pas que les parents puissent être les mandants de leur enfant mineur. Cette forme d'association est intéressante car elle oblige l'adolescent à se conduire de façon responsable puisqu'il doit rendre compte de la gestion de ses propres bien à ceux qui en sont en principe les uniques administrateurs. De plus, cela est assez sécurisant pour les parents qui peuvent à tout moment révoquer le mandat, soit de façon explicite soit de façon tacite en reprenant en leur nom les pouvoirs de gestion qu'ils avaient dévolus à leur enfant.

La prise en main par le mineur de son patrimoine est modulable. Elle est « *susceptible de degré selon que le mandat est général ou spécial* » précise M. GRIMALDI. Il est envisageable d'aller plus loin et, justement, d'inciter les parents à moduler le pouvoir dont leur enfant jouira sur son patrimoine afin que graduellement il se forme a des tâches juridiques de plus en plus compliquées, portant sur des biens différents ou sur des sommes de plus en plus importantes. De cette façon, il est possible de percevoir une forme plus juridique de l'institution de la tirelire chère à M. MONTANIER[498]. Il paraît difficile de donner mandat à

[497] M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 396.
[498] J.-C. MONTANIER : « *Les actes de la vie courante en matière d'incapacité* » ; JCP 1982, I, 3076.

un mineur pour gérer seul son argent de poche, puisque sa gestion relève des actes courants autorisés par l'usage. Mais en superposant un contrat de mandat sur cette institution enfantine, une issue (assez difficile à faire reconnaître devant un juge) est possible qui ouvre la possibilité aux parents de se faire rendre des comptes sur l'utilisation des deniers qu'ils concèdent à leur enfant. Quand la tirelire prend la forme d'un compte bancaire de retrait, il existe clairement un mandat derrière la restriction des possibilités de retirer l'argent offertes au mineur détenteur du compte. Il s'agirait d'une forme de mandat spécial donné par les parents sur une quotité du compte pendant une certaine période. Quand l'enfant grandit, les parents disposent à loisir de la faculté d'augmenter la quotité retirable ou de changer la périodicité de retrait.

Pour M. GRIMALDI, la technique du mandat intergénérationnel est également un moyen de remédier à la vacuité du patrimoine de l'enfant qui est très rarement garni de meubles importants ou d'immeubles. En donnant mandat à un enfant de gérer un bien dont ils sont propriétaires, les parents autorisent le mineur à administrer. Cela lui permet surtout de s'exercer à l'administration des biens qu'il acquerra quand il sera majeur[499].

Cette approche par le mandat des différentes techniques permettant de familiariser un adolescent à la conduite de son futur patrimoine invite à une série d'interrogations sur la capacité véritable du Code civil à préparer le mineur à sa majorité.

334. La place laissée par le Code civil à un régime de protection est importante. Il est vrai que le mineur est encore puissamment marqué par l'*infans*, comme si les premières années d'une vie devaient suivre la personne jusqu'au seuil de sa majorité. Le Code civil impose une forte représentation du mineur dès que les intérêts de sa famille sont en jeu et cette représentation s'affaiblit dès que le problème se tourne vers des aspects patrimoniaux. Le rôle des parents est prédominant dans toutes les procédures qui concernent l'enfant, soit dans ses rapports avec son corps, avec sa famille ou avec ses biens. C'est en somme sur les épaules du couple parental que repose toute l'architecture protectrice inspirée par le Code civil. Dans cette perspective, il est normal que ce soit entre leurs quatre mains que repose la possibilité de dégager l'enfant de l'emprise parfois étouffante de la protection imposée du Code civil. Certes le juge doit-il dans son office prendre en compte les facultés intellectuelles du mineur quand il détermine ses capacités de discernements. Mais l'action du juge

[499] De même, en garantissant ses engagements, les parents lui permettent de faire l'exercice de ses facultés de s'obliger. Mais cela sort des qualités du mandat et doit rester, selon M. GRIMALDI, une remarque en marge des analyses sur le mandat et sur l'association factuelle du mineur.

n'intervient qu'*a posteriori*. Elle ne peut se traduire que par une sanction, et non comme une responsabilisation du mineur qui doit, obligatoirement, intervenir en aval de la décision qui déclenche l'immixtion du juge dans la sphère privée : donc avant l'initiative du mineur. Dans ce cas, s'il est considéré que la première place est donnée aux parents pour ce qui concerne la protection de leur enfant, la cohérence doit permettre de conclure que la première place leur est aussi offerte pour sa responsabilisation. C'est le sens que donne l'article 371-1 al. 2 du Code civil à l'autorité parentale quand il énonce qu'elle a pour finalité l'intérêt de l'enfant pour « *le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ».

Il n'y a pas de doute à avoir : les parents sont les mieux à même de jauger les capacités de discernement de leur enfant. Le mandat étudié par M. GRIMALDI est certainement la façon la plus efficace pour les parents de prendre note de l'éveil intellectuel de leur descendance en lui offrant davantage de responsabilités. À ce titre, l'autre possibilité qu'est l'émancipation du mineur par ses parents est considérée par l'auteur comme « *une mesure trop radicale depuis qu'elle concerne les 16-17 ans* ».

335. Afin d'atténuer les effets de la protection du mineur, M. LEMOULAND[500] estime qu'il existe une autre issue à l'alternative constituée par l'autonomie et la représentation : l'assistance. En écho à plusieurs autres auteurs, M. LEMOULAND note la contradiction existante entre le besoin de protéger l'enfant et le besoin de développer son autonomie dans le but de le préparer à sa vie d'adulte. L'auteur cristallise cette contradiction autour de l'intérêt de l'enfant qui est, selon lui, différemment apprécié par le droit interne ou par le droit international. Pour le droit français, l'intérêt supérieur de l'enfant réside dans la protection qui lui est accordée alors que selon le droit international, principalement caractérisé par les stipulations de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant est de développer son autonomie.

L'auteur poursuit son analyse en constatant que l'étendue de la représentation des parents est amoindrie par différents facteurs (essentiellement l'abaissement à dix-huit ans de l'âge de la majorité).

Le bouleversement de la protection du mineur depuis trente ans conduit à se poser la question de l'avenir de cette institution, dont la lourdeur semble peu compatible « *dans*

[500] J.-J. LEMOULAND : « *L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation* » ; RTDCiv. 1997, p. 1.

l'avenir, avec l'indépendance que revendiquent les mineurs et qu'il peut paraître souhaitable de leur reconnaître si ce n'est pas préjudiciable à leur protection »[501]. La première piste étudiée par l'auteur de l'article est la multiplication de seuils d'âge afin d'accompagner sereinement l'enfant vers son âge adulte[502]. Cette technique présente aussitôt le double inconvénient de rendre extrêmement complexe la lecture de la minorité et d'obtenir une multiplicité de passages brutaux. M. LEMOULAND oriente alors sa réflexion vers la possibilité d'insérer plus d'assistance dans la protection du mineur à côté de la représentation. Il propose ainsi de l'étendre à la plupart des actes pour lesquels les parents disposent de l'initiative (changement de prénom, choix d'une école ou d'un club sportif). La frontière entre ce qui relèverait de l'assistance et de la représentation serait matérialisée par l'intérêt de l'enfant en cause. L'idée revient alors à la possibilité d'un âge limite en-dessous duquel le mineur est représenté et au-delà duquel il n'est plus qu'assisté[503].

336. La proposition est séduisante mais elle souffre toutefois de quelques faiblesses. Lorsqu'elle est présentée comme une simplification du statut des mineurs, elle ne résiste pas à l'étude approfondie de la situation. Elle conduit à la mise en place d'un régime de protection des mineurs qui s'assimile grandement à la réunion des trois régimes de protection des majeurs incapables. D'une part l'enfant est placé sous une sorte de tutelle pour tous les actes que les parents accomplissent en son nom (acte de disposition principalement sous le contrôle du juge). Ensuite il est placé sous un régime de sauvegarde de justice pour tous les actes qu'il peut accomplir seul, sauf ceux-ci à être rescindés pour lésion ou réduits pour excès. Enfin, l'adjonction de l'assistance placerait le mineur sous un régime de curatelle.

Par ailleurs, placer la frontière entre les différents types de régimes à un âge déterminé (treize ans, âge symbolique et reconnu juridiquement comme l'âge à compter duquel l'enfant est à même de discerner ce qui est bien de ce qui ne l'est pas), reviendrait à imposer un arbitraire supplémentaire dans l'enfance.

---

[501] J.-J. LEMOULAND : « *L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation* » ; RTDCiv. 1997, p. 19.

[502] « *Et peut-être au-delà, car il n'est pas du tout évident que chacun soit parfaitement à même de comprendre, au jour de son dix-huitième anniversaire, la portée de tous ses engagements* » (J.-J. LEMOULAND : « *L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation* » ; RTDCiv. 1997, p. 19).

[503] « *L'âge de 13 ans paraît s'imposer de plus en plus, en droit et en fait, comme celui des premières indépendances. Il pourrait constituer le seuil entre la période pendant la quelle l'enfant, trop jeune, ne peut agir et doit être représenté et une période ultérieure pendant laquelle il pourrait exercer ses droits avec l'autorisation du ou des titulaires de l'autorité parentale.* » (J.-J. LEMOULAND : « *L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation* » ; RTDCiv. 1997, p. 19).

Au surplus, en plaçant la question du point de vue des parents, il ne sera pas évident pour eux de faire la différence entre ce qui sera du ressort exclusif de l'enfant, ce qui relèvera de leur autorité propre ou ce qui, de l'initiative du mineur, nécessitera leur autorisation pour être mené à bien. La tâche de parent ne paraît pas être évidente sous l'emprise du droit actuel. Il est même clair qu'il n'est pas aisé de permettre l'éducation d'un enfant et de le conduire vers l'âge adulte. Mais en compliquant encore l'exercice en ajoutant une assistance à partir d'un âge déterminé de l'enfant, le rôle des parents s'en trouverait à la limite de la dangerosité. De plus, en calquant le régime de l'assistance des mineurs sur celui de la curatelle des majeurs, le sort des actes passés par un mineur sans l'assistance de son représentant légal serait la nullité relative[504]. De même, le mineur disposerait-il de la faculté de saisir le juge des tutelles en cas de refus du représentant légal de donner l'autorisation nécessaire à l'accomplissement de l'acte[505] ?

Enfin, cette conception de l'assistance du mineur compromet la faculté des parents à estimer les capacités de discernement de leur enfant. Ce serait à la loi de déterminer l'âge où l'enfant est capable d'être assisté. C'est également faire peu de cas de la situation où les parents n'ont pas la pleine conscience des actes pour lesquels ils donnent leur consentement.

Le régime de l'assistance produirait l'effet inverse que celui escompté, il ôterait un peu de leur autorité aux parents et sèmerait un peu de danger dans les actes juridiques passés par le mineur.

337. De ce point de vue, s'il faut donner une autonomie sous contrôle à un adolescent et ainsi le préparer mieux à sa vie d'adulte, s'il faut convenir de lui confier un rôle de quasi-majeur, il est préférable que cela reste dans le cadre de l'intimité familiale au lieu que cela soit dicté par la loi. Comme le soulignait M. LEMOULAND, « *le droit français reste inspiré par cette conviction que le mineur trouvera d'abord dans le cadre familial la protection qui lui est nécessaire* ». Il paraît contrapunctique de nuire à cette protection en dispersant les attributs protecteurs de l'autorité parentale par la complexification des régimes concernant la surveillance de l'adolescent. Il est important de conserver à la cellule familiale la place qu'elle doit avoir dans le cadre de l'éducation de l'enfant et donc de l'adolescent. Dans cette optique, en confiant au juge le soin de sanctionner des actes trop vite consentis par les parents ou trop

[504] Article 510-1 al. 1 du Code civil : « *Si le majeur en curatelle a fait seul un acte pour lequel l'assistance du curateur était requise, lui-même ou le curateur peuvent en demander l'annulation* ».
[505] Article 510 al. 2 du Code civil : « *Si le curateur refuse son assistance à un acte, la personne en curatelle peut demander au juge des tutelles une autorisation supplétive* ».

brutalement refusés par eux, l'origine de cette mesure s'éloigne : accompagner l'adolescent et le former à sa vie d'adulte.

De plus, cette mesure d'assistance n'est pas de nature à remplir le rôle premier des parents pendant les derniers instants de l'adolescence. Elle ne fait qu'offrir à l'adolescent une possibilité d'avoir l'initiative des actes mais elle ne lui permet pas d'en assumer l'accomplissement, celui-ci étant obligatoirement soumis à l'accord des parents.

338. En comparant les pistes ouvertes par MM. GRIMALDI et LEMOULAND, il se crée le sentiment qu'une nécessaire évolution du statut du mineur est attendue et rendue inéluctable par l'évolution incontestable de la société et de l'autorité parentale depuis trente ans. Mais la nécessité de donner à l'adolescent une autonomie plus importante conjuguée au besoin de rendre à la cellule familiale sa place d'éducatrice principale de l'enfant font que l'assistance du mineur n'est pas une voie souhaitable. L'issue prévisible de cette possibilité serait d'accroître au mieux un sentiment de responsabilité pour l'enfant qui ne résisterait pas facilement à la réalité de la vie puisque, soumis à l'approbation de ses parents, il pourrait se muer en frustration : celle de ne disposer que de l'initiative de ses actes et non de leur aboutissement. L'assistance induirait une complexification du rôle tenu par les parents, mis en face d'un éventail peu intelligible de prérogatives et de droits à exercer sur leur enfant à partir de ses treize ans. Globalement, la voie de l'assistance peut sensibiliser l'adolescent sur les droits qui lui seront ouverts après sa majorité. Mais elle ne l'y prépare guère.

339. Au contraire, la possibilité du mandat intergénérationnel prôné par M. GRIMALDI renverse les rôles entre représentants et représentés sans toutefois laisser l'enfant seul maître de ses actes puisqu'il doit rendre compte à ses mandants. Cette relation contractuelle qui s'installe entre les parents et l'enfant lui permet d'avoir un aperçu variable et résiliable à la seule volonté des représentants légaux. Par ailleurs, dans cette perspective de mandat, rien n'empêche aux parents de suivre de façon rigoureuse les agissements de leur enfant en le conseillant le cas échéant sur les actes qu'il s'apprête à suivre. En outre, le fait qu'il s'agisse d'un contrat, n'oblige pas les parents et ne complexifie pas leur tâche éducative. Le mandat leur offre au contraire un support pédagogique par l'expérience qui ne peut qu'accroitre les possibilités offertes au jeune. Grâce au mandat, le rôle de l'éducation à la vie d'adulte requise pour bien préparer l'adolescent à sa vie de majeur reste dans le cadre de la cellule familiale et ce d'autant plus qu'aucune loi n'oblige les parents à mandater leur enfant pour les représenter.

Enfin, cela concrétiserait volontairement les dispositions de l'article 371-1 al. 3 du Code civil qui invitent les parents à associer l'enfant à la vie de la famille.

340. La quasi-majorité qui se dégage du mandat parental est un élément qui met en lumière le fait que la loi seule ne peut pas — le doit-elle ? — efficacement préparer l'enfant au passage à l'âge adulte. Il est indispensable que la volonté des parents se manifeste afin que la préparation à l'âge majeur soit au summum de son efficacité. C'est en fin de compte le sens que donne la loi de 2002 à l'autorité parentale, il s'agit d'un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant et notamment pour permettre son développement dans le respect dû à sa personne. Le mandat parental permet également, et ce n'est pas un moindre effet, de concilier deux conceptions de l'intérêt de l'enfant : l'intérêt au sens international qui se dirige vers une plus grande autonomie et l'intérêt au sens interne qui s'engage vers une grande protection de l'enfant.

Le Code civil n'est pas apte à amener seul l'enfant vers l'âge adulte. Les différents seuils existants, bien que tempérés par la faculté de discernement ou l'usage, montrent que l'enfance est un âge discontinu et que, sans la participation active des parents, la discontinuité n'est pas exempte d'une certaine brutalité. Or l'ultime passage, celui vers la pleine capacité, précisément et malgré la meilleure association du mineur à la vie de sa famille, reste sans doute le plus brutal.

3. Le passage à la capacité complète

341. Devenir majeur est un cap important à franchir, la personne passe d'un régime de représentation à un régime de capacité totale, autonome, responsable. La lecture de l'article 488 du Code civil dans son premier alinéa incite à plusieurs considérations. Il repose d'abord sur le postulat qu'à dix-huit ans « *on est capable* ». Ce constat de quelques mots est sans doute juridiquement vrai, mais son énonciation dans une phrase si concise exprime également une certaine brutalité (a).

Le même alinéa énonce la capacité pour « *tous les actes de la vie civile* ». Derrière la plénitude annoncée de jouir de toutes les prérogatives de la personne se dissimule aussi une réalité moins souriante. Car si l'enfant est subitement capable de tous les actes de la vie civile, il est aussi responsable de tous ses actes. Les parents ne sont plus une barrière de protection

salutaire et les filets de sauvegarde que le droit avait tendus pour assurer les derniers pas du mineur s'évanouissent : « *ils volent* […] *de leurs propres ailes* »[506].

Le passage brutal vers la majorité met à jour deux formes de responsabilités. Une première, active, qui permet d'agir sans limite ni restriction (b). Une seconde, passive, envers évident de la première, qui oblige chaque majeur à subir les contrecoups de ses propres actes, contractuels ou non (c).

La violence décrite du passage de la minorité à la majorité est susceptible d'être partiellement atténuée par les différentes possibilités ouvertes aux parents d'offrir une responsabilisation positive antérieure aux dix-huit ans. En revanche, ils sont dans l'impossibilité de le responsabiliser quant à la portée de ses engagements, contractuels ou délictuels. De nouveau, dix-huit ans est un âge qui ne reflète pas la réalité du passage à l'âge adulte, dans la mesure où nombreux sont les grands mineurs qui ont déjà fait l'expérience de la responsabilisation positive, tandis que peu ont fait celle de la responsabilité civile, peu d'ailleurs en ont vraiment conscience.

a. Un passage brutal

342. Le droit est un langage. Le profane lui reproche souvent sa complexité et son apprentissage est long, parfois laborieux, souvent source de confusion pour le jeune juriste. Le langage juridique est aussi souvent aride pour décrire des situations factuelles que chacun traverse. Il en va ainsi du passage à la majorité, traité de façon un peu rude par le premier alinéa de l'article 488 :

> « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile* ».

En droit particulièrement, les mots ont un sens, ils ont un poids et produisent des effets. La sensation qui se dégage de cette vingtaine de mots est une sensation de certitude et d'évidence, comme si le passage d'un statut à l'autre était naturel, et qu'il se faisait sans souci. Si c'était le cas, l'exécutif de 1975 n'aurait pas eu besoin de décréter la « *mise en œuvre d'une action de protection judiciaire en faveur de jeunes majeurs* »[507]. L'article 1er de

[506] J.-J. LEMOULAND : « *L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation* » ; RTDCiv. 1997, p. 21.
[507] Décret n°75-96 du 18 février 1975 fixant les modalités de mise en œuvre d'une action de protection judicaire en faveur de jeunes majeurs (JORF, 19 février 1975, p. 2030).

ce décret résonne comme une compensation à l'austérité et la brutalité marquées par le premier alinéa de l'article 488 du Code civil[508].

343. Avec la majorité, tout s'achève ou tout commence. Le mandat qu'avait pu consentir les parents dans le but de préparer l'enfant à son avenir prend nécessairement fin. Le jeune majeur peut se donner en adoption simple, gérer, administrer, aliéner, disposer seul.

À en croire ce qu'en disent les principaux intéressés, le passage d'un statut vers l'autre n'est pas ressenti comme violent. Ils ne perçoivent pas, aux premiers jours de leur nouvelle vie, les droits nouveaux dont ils disposent. Cette absence de sensation provient certainement de ce que la plupart d'entre eux est efficacement préparée à la réalité de la vie d'adulte. Cette préparation dépend totalement de la volonté des parents. Le Code civil n'a qu'un rôle incitatif vis-à-vis d'eux, en leur proposant des moyens et des outils pour permettre un passage souple de la minorité à la majorité.

En offrant les moyens d'accompagner au mieux l'adolescence de leur enfant, la loi démontre qu'elle poursuit un objectif très nettement différent du leur. La protection du mineur ne répond pas au nécessaire besoin de préparation active que requiert l'adolescent pendant « *la minorité en sa phase critique* »[509]. Il laisse le soin aux parents d'accompagner leur enfant jusqu'à la porte de l'âge adulte, en le préparant au mieux à doubler ce nouveau cap de la vie. Car la loi est inapte à répondre à toutes les vicissitudes d'une minorité finissante que sont l'appât du gain, l'envie de gérer ou d'approcher les droits de ses parents. Tant qu'elle est mineure, la personne ne peut bénéficier d'un semblant de capacité qu'à la condition que ses parents agissent dans ce sens. Ce sont eux qui assouplissent la rigueur de la protection imposée par la loi. Ainsi que le soulignait M. GRIMALDI : « *c'est donc souvent à leurs parents que les adolescents doivent l'effectivité de leur capacité* »[510]. Ce n'est qu'ainsi que la loi peut concilier ce qui paraît définitivement contradictoire : la responsabilisation et la protection du mineur.

De cette façon, la loi est obligée de considérer les dix-huit premières années de la vie comme une période figée de l'existence qui n'évolue pas et qui nécessite une intense protection. C'est pour cela que le passage d'un statut à l'autre paraît brutal dans les textes, car

[508] article 1er du décret du 18 février 1975 : « *Jusqu'à l'âge de vingt et un ans, toute personne majeure ou mineure émancipée éprouvant de graves difficultés d'insertion sociale a la faculté de demander au juge des enfants la prolongation ou l'organisation d'une action de protection judiciaire* ».
[509] J. CARBONNIER : « *Droit Civil, les Personnes* » ; PUF, 2000.
[510] M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 397.

les mécanismes sont là dans la perspective d'empêcher un mineur, sans l'aval ou le contrôle de ses parents, d'agir seul.

Il semble qu'il appartienne à la loi d'assurer le principal : la protection du mineur, et aux parents de faciliter l'accessoire : la responsabilisation de l'adolescent. C'est uniquement quand les parents n'assurent pas le rôle qui leur échoit que le passage est brutal, voire violent.

344. La loi assure la protection du mineur, les parents assument la responsabilisation de l'adolescent. La volonté des parents vient donc en complément de la rigueur de la loi. À cet égard, les termes de l'article 371-1 du Code civil rappellent que cette volonté s'exerce grâce à l'autorité parentale dans l'intérêt de leur enfant, en l'associant éventuellement aux décisions prises qui le concernent. Dans ce sens, il existe un régime de protection impératif assuré par la loi et un régime de responsabilisation supplétif assumé par les parents. Il importe de constater que la protection du mineur, si elle veut être efficace, ne peut que connaître une interruption brutale. Il arrive un moment où il est possible de pense que l'adolescent n'a plus besoin d'être protégé dans les actes qu'il peut accomplir seul.

La détermination de ce stade peut se faire individuellement en fonction de la personnalité de chaque personne. Mais cet instant de vie peut aussi être fixé *in abstracto* pour l'ensemble de la population concernée.

Des arguments en faveur de chaque possibilité existent, ainsi qu'en leur défaveur.

Une fixation *in concreto* de l'âge de la majorité permet de tenir compte de la variabilité de la maturité chez les personnes. Certains adolescents sont matures dès qu'ils atteignent seize ou dix-sept ans, d'autres le sont plus tard et au-delà de dix-huit ans. L'âge de la majorité n'est pas fixé par le législateur mais par le juge, il s'agit d'une appréciation naturelle de la majorité[511]. L'inconvénient repose sur l'absence d'automaticité du système et sur le danger de laisser la majorité d'une personne subir l'aléa d'un jugement humain.

Globalement, les législations ont préféré une détermination statistique de la majorité en s'appuyant sur l'âge auquel la personne atteint, généralement, la maturité. Cette technique, ne pouvant pas tenir compte de la flexibilité de la période de maturation rend nécessairement brutal le passage de la minorité vers la majorité.

[511] F. GISSER : « *Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité* » ; JCP 1984, I, 3142.

Quand le mineur passe le pas de la porte vers la majorité, s'il n'a pas été accompagné dans son adolescence par ses parents, il est mis face à une première responsabilité qu'il découvre : celle d'agir.

b. La responsabilité active : le droit d'agir

345. « *…on est capable de tous les actes de la vie civile* » dispose l'article 488 du Code civil dans son premier alinéa. L'aspect solennel de cet avertissement n'a de valeur réelle que si l'adolescent n'est pas avisé de cet état de droit nouveau qui s'ouvre à lui. L'adolescent préparé *a minima* à sa vie d'adulte n'a pu s'essayer qu'à des actes mineurs. Il n'est pas à même de connaître le répertoire complet des actes qu'il peut désormais accomplir seul. Cela représente sa première responsabilité de majeur : découvrir l'éventail des droits dont il peut jouir.

Or, le passage à la majorité ne fait pas cesser l'état d'adolescence. La protection imposée par la minorité disparaît brusquement et peut laisser le jeune majeur désemparé face à l'imposant panel de droits dont il dispose. Il peut agir seul à présent : le danger réside dans un exercice hâtif et peu réfléchi de droits pour lesquels il ne bénéficie plus des protections réservées aux mineurs. M. LEMOULAND énonçait que « *l'autonomie est* [pour le mineur] *une tentation séduisante et une revendication normale* »[512], lorsque cette autonomie a fini d'être revendiquée pour être réelle, quel mécanisme juridique peut empêcher que son emploi soit abusif ?

346. La première des responsabilités incombant au nouveau majeur, est la prise en compte des dangers qui entourent les droits dont il jouit. À nouveau, une préparation efficace à ces droits par ses parents quand il était encore mineur, se révèle comme un outil important pour éviter tout débordement ou tout abus.

À ce stade de l'évolution juridique de la personne, la loi n'a plus de rôle à jouer. De même qu'il ne lui appartenait pas d'accompagner le mineur dans les années de son adolescence et de le préparer à l'âge adulte (périodes que le droit ignore), il ne lui revient pas plus de permettre au jeune majeur de prendre en compte l'étendue de ses droits civils. Là encore, le rôle des parents est primordial, même si, nécessairement, il se situe en coulisse du droit. Ils n'ont plus la faculté d'autoriser certains actes à leur enfant sur lequel leur autorité ne

[512] J.-J. LEMOULAND : « *L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation* » ; RTDCiv. 1997, p. 24.

s'exerce d'ailleurs plus[513]. Il y a fort à douter de l'efficacité d'une concertation entre les parents et l'enfant dans la mesure où, par hypothèse, celle-ci n'a pas eu lieu pendant sa minorité. De l'avis des auteurs, notamment M. LEMOULAND, c'est dans le cercle de l'intimité familiale que se résolvent les problèmes de ce type. Mais ce dernier limite son étude à la minorité et n'envisage pas que les soucis de l'adolescence puissent s'étendre après la majorité.

347. La voie ouverte par M. GRIMALDI du mandat parental n'ayant plus de sens au-delà de la majorité, l'issue qu'offre l'assistance proposée par M. LEMOULAND reprend ici un attrait plus tangible. L'auteur limite son étude à la minorité et envisage la possibilité de soumettre certains actes du mineur au contreseing de ses parents afin d'en valider la portée. Cette possibilité ne peut pas être transposée au majeur, même nouveau, sous peine d'amputer celui-ci de l'étendue de ses droits et sans remettre en cause la répartition des rôles entre la loi (protectrice) et les parents (accompagnateurs). Il n'appartient qu'aux parents d'accompagner leur enfant majeur dans le dédale de ses nouveaux droits. La question de la responsabilisation ne se posant plus (puisque l'enfant est désormais pleinement capable, quand même n'y serait-il pas prêt), le chemin de l'assistance juridique à travers la validation des actes du majeur par le contreseing de ses parents n'a plus d'objet[514]. L'assistance du majeur par ses parents n'a plus vocation à le responsabiliser, elle doit de ce fait perdre son caractère juridique et devenir une assistance du quotidien, une assistance factuelle peu perméable au droit.

348. Cette considération, autorise à revenir vers la solution avancée par M. GRIMALDI de l'association de pur fait entre l'enfant et ses parents. Mais, perdant son caractère de responsabilisation, l'association gagnera un aspect purement informatif, peu formateur, uniquement destiné à permettre à l'adolescent majeur d'embrasser plus rapidement un aperçu de ses droits. Comme le soulignait M. GRIMALDI, « *rien de tout cela ne produira d'effets juridiques propres* »[515], cela doit rester dans le cadre de l'intimité de la vie de famille.

Car il est encore possible aux parents d'apprendre au jeune majeur les rudiments de sa responsabilité d'action. C'est uniquement dans ce cadre que la famille qui entoure le jeune majeur peut agir pour lui permettre une insertion civile harmonieuse.

---

[513] Article 371-1 al. 2 du Code civil : « *Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant…* ».

[514] Par ailleurs, la validation des actes d'un majeur par le contreseing d'un tiers s'apparente très clairement à la curatelle. Sauf à considérer que le jeune majeur ait nécessairement besoin d'assistance dans les premiers temps de sa capacité, les cas d'ouvertures limitativement énoncés par le Code civil ne permettent pas d'envisager une telle possibilité.

[515] M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 396.

Il n'est est pas de même pour ce qui concerne la responsabilisation passive, le majeur doit à présent subir le revers de ses nouveaux droits : de nouvelles obligations.

c. La responsabilité passive : l'obligation de subir

349. La protection que la loi impose concernant le mineur recouvre deux domaines distincts. Le Code civil protège d'abord le mineur dans le cadre de ses actions contractuelles par le biais de l'article 1124[516]. En dehors des exceptions prévues, le mineur est interdit de manifester sa volonté dans le but de conclure un contrat ou une convention. Cette protection *a priori* se double d'une protection postérieure pour les situations où le mineur peut agir seul dans le cadre prévu par l'usage.

Le Code civil protège également le mineur des manifestations de sa volonté qui conduisent à un délit ou quasi-délit. Cette protection, prévue par l'article 1384 du Code civil permet que la responsabilité civile de ses parents soit engagée s'il est mineur vivant chez eux. De cette façon, le mineur ne peut pas agir (ou quasiment pas) et ne risque pas de subir les conséquences pécuniaires de ses actes dommageables, même s'il importe pour que la responsabilité de ses parents soient engagée qu'il en soit l'origine causale.

La place des parents est déterminante dans le passage souple de l'adolescent vers la possibilité d'agir qui lui est accordée, passé l'âge de dix-huit ans. Leur rôle est primordial pour accompagner et responsabiliser l'adolescent, mais ils ne peuvent intervenir que pour arrondir les effets un peu abrupts de la protection du mineur pour ses actes contractuels.

350. En revanche, leur influence est inexistante pour l'aider à percevoir les effets dommageables que la manifestation de sa volonté peut avoir. Les conséquences juridiques de ses actes sont prises en charge par la responsabilité civile de ses parents[517], les effets financiers étant assumés par leur contrat d'assurance. La volonté des parents n'a aucune prise sur cette protection de leur enfant mineur. Ils ne peuvent pratiquement pas s'en exonérer, ils ne peuvent pas l'écarter. Quant à la possibilité de faire participer leur enfant mineur à la

[516] Article 1124 du Code civil : « *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :*
Les mineurs non émancipés ;
Les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code ».

[517] La question que soulevait M. GRIMALDI dans sa chronique « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » concernant le fondement de cette protection du mineur resurgit à l'évocation de sa responsabilité civile. Qui protège-t-on vraiment au travers de l'article 1384 du Code civil ? À la vérité, il ne s'agit pas tant de protéger le mineur contre lui-même que d'assurer aux victimes des dommages qu'il a causés, une réparation qui aura davantage de chance d'être efficace que si le mineur était seul à l'assumer.

réparation du dommage civil qu'il a causé, cela relève, une fois encore, du cercle très privé de la famille.

351. C'est indubitablement dans le domaine de la responsabilité civile au sens strict que le passage vers la majorité est le plus brutal. Il est quasiment impossible aux parents de préparer utilement leur enfant à être pleinement responsable de ses actes.

Les possibilités envisagées par les différents auteurs pour ce qui concerne l'éveil de l'adolescent aux actes qu'il pourra accomplir une fois majeur peuvent avoir une certaine fonction dans ce cas. Dans le cadre de la loi, les dispositions de l'article 371-1 du Code civil se répètent : les parents peuvent associer l'enfant aux décisions qui le concernent. Faisant écho à la proposition de M. GRIMALDI, cela revient à l'information purement factuelle sans aucun effet juridique. Il n'est pas inerte de montrer à un jeune les effets de ses agissements. Mais, montrer, ce n'est pas apprendre. L'idée du mandat entre parents et enfant refait ici son apparition. Un mandat spécial serait envisageable, déterminé quant à l'objectif à atteindre : réparer les dommages de l'enfant grâce aux fonds de ses parents. De ce fait, le mineur intervenant au nom de ses parents, pour la réparation du dommage qu'il a lui-même causé, pourrait faire l'expérience (très fictive) de ce qu'est la responsabilité civile d'une personne majeure.

352. L'utilisation du mandat pour réparer les dommages et pour faire peser sur les épaules du responsable les effets de l'article 1384 al. 4 du Code civil est artificielle. Elle n'emporte que peu d'effets pédagogiques pour le mineur. Au mieux se sentira-t-il redevable financièrement vis-à-vis de ses parents, mais la notion de responsabilité civile ne lui sera que très superficiellement dévoilée. Cette charge de sensibilisation de l'adolescent incombe toujours aux parents, mais leur tâche semble ici plus difficile à accomplir car il leur revient également de préserver l'innocence de l'enfant.

Pour la responsabilité d'assumer ses actes, l'apprentissage des dispositions de l'article 1382 du Code civil ne peut se faire que solitairement. L'intervention des parents n'est pas apte à le préparer à cette situation, ni en amont, ni en aval de sa majorité. Dans ce contexte, c'est principalement pour ce qui regarde la responsabilité civile que la vie de la personne se modifie une fois franchi le cap de la majorité. Les atténuations que les parents pourraient mettre en place pour les effets de l'article 1384 sont trop faibles pour permettre un apprentissage correct pour l'adolescent.

De plus, tous les mineurs ne commettent pas d'actes délictuels ou quasi-délictuels. La plupart d'entre eux traversent la minorité sans causer de soucis à leurs parents. Sur ce point, comparable à l'initiative de l'action en matière contractuelle ou quasi-contractuelle, les parents n'ont absolument aucune prise, ils ne peuvent pas inciter leur enfant à mal agir ou mal agir pour lui.

353. Dix-huit ans est un âge statistique, ce n'est peut-être pas le meilleur âge pour tous les individus de la population concernée, mais c'est probablement le moins mauvais pour son ensemble. Cependant, situer à cette frontière juridique la fin de l'enfance est une erreur. À dix-huit ans, la personne baigne encore pleinement dans les troubles de l'adolescence. De l'enfance au sens commun, au sens profane, la personne ne sort pas en atteignant la majorité. Elle n'est en fait que le seuil à partir duquel la loi estime que l'adolescent a été assez longuement protégé et qu'il est désormais prêt à être « *capable de tous les actes de la vie civile* », même si les textes laissent aux parents le devoir de préparer l'enfant au passage vers la majorité.

La majorité est un témoin de maturité pour la plupart des personnes. Mais certaines vivront encore longtemps leur préparation au monde de l'adulte, tandis que d'autres seront déjà assez matures pour l'explorer pleinement. L'âge adulte n'apparaît pas nécessairement à partir de dix-huit ans, il est également possible d'y pénétrer prématurément.

§ 2 – L'âge adulte : entre majorité et minorité

354. La fin de l'enfance est un instant complexe à établir. Puberté pour les uns, majorité, adolescence pour d'autres, mariage ou premier deuil pour d'autres encore.

Pour FLAUBERT c'était relativement précoce :

> « *L'année prochaine, tu feras ta première communion : c'est la fin de l'enfance. Tu vas devenir une jeune personne. Songes-y ! C'est le moment d'avoir toutes les vertus* »[518].

Quand il écrivait ces lignes à sa nièce en 1857, l'auteur de « *Madame Bovary* » s'appuie sur une référence catholique de l'enfance qui se termine a l'occasion du sacrement de la communion. À l'époque, le concept d'adolescence babille à peine et c'est tout naturellement que FLAUBERT invite sa nièce Caroline à « *avoir toutes les vertus* » d'un adulte.

[518] G. FLAUBERT : « *Correspondance 1857. A sa nièce Caroline, 25 avril 1857* » ; Éd. GIRARD et LECLERC, Rouen, 2003.

Il est temps qu'elle se conduise comme tel[519]. La fillette ne serait surement pas considérée aujourd'hui comme une adulte, mais il n'en allait pas de même au XIX^{ème} siècle.

Ces quelques mots poussent une nouvelle fois à remettre en cause l'idée reçue selon laquelle l'enfance se termine à dix-huit ans.

La première remise en cause provient des textes juridiques qui admettent qu'il y ait des tempéraments à l'intangibilité de la frontière de la majorité à dix-huit ans. Il existe ainsi des atténuations permettant de raccourcir ou d'allonger la période imposée de la minorité (A).

La seconde considération qu'inspirent les billets de FLAUBERT est qu'il est nécessaire de s'éloigner des critères de la maturité objective ou décrétée pour s'orienter vers ceux qui ne répondent pas forcément à des préoccupations juridiques. Être adulte, c'est surtout s'émanciper de l'autorité de ses parents et voler, significativement — au-delà de ce que l'usage peut autoriser — de ses propres ailes (pour reprendre les termes de M. LEMOULAND). Être adulte c'est s'insérer dans la communauté qui préexiste à la personne et qui lui survit (B).

A – Les adultes mineurs et les enfants majeurs

355. Certaines énonciations du Code civil permettent de mettre encore plus en évidence l'amalgame persistant entre les concepts d'adulte et d'enfant d'une part, et ceux de mineur et de majeur d'autre part. En partant de l'idée selon laquelle l'enfance se termine à dix-huit ans, et qu'après débute l'âge adulte, il est légitime de s'interroger sur plusieurs dispositions qui conduisent à juxtaposer des terminologies jusqu'ici antinomiques : adulte et mineur, enfant et majeur.

En commençant par l'émancipation (1), le droit permet à ceux qu'il considère comme des enfants (âgés de moins de dix-huit ans) d'accéder à une majorité presque complète.

De l'autre côté de la barrière, il existe plusieurs possibilités pour atténuer les effets de la majorité sur des personnes que le droit considère comme adultes (âgées de plus de dix-huit ans) et qu'il ramène pourtant au rang de mineur par la limitation de leurs droits (2).

[519] Dans la même correspondance, FLAUBERT invite la jeune fille à se préparer à prendre la place de sa mère gravement malade : « *Il faut que tu remplaces ta pauvre mère qui était si bonne, si intelligente et si belle. Fais tous tes efforts pour contenter ta bonne maman et lui faire oublier ses chagrins* ».

1. L'émancipation : entrée avancée dans la majorité

356. Les modifications apportées à l'article 144 du Code civil par la loi du 4 avril 2006[520] ont notablement réduit les possibilités d'émancipations des jeunes filles par le mariage.

Cette procédure permettant à un mineur d'être affranchi prématurément de l'autorité de ses parents se devine entre la majorité et la minorité. Qu'elle soit de plein droit par le mariage (b) ou qu'elle soit l'application d'une décision judiciaire (a), l'émancipation réclame un dialogue préalable entre les parents et leur enfant. Bien que les parents en aient l'initiative juridique, c'est souvent l'enfant qui est à l'origine concrète de l'émancipation. Elle est susceptible d'être le dernier acte juridique relevant de l'autorité parentale, elle propulse l'enfant dans le monde des majeurs.

a. L'émancipation par décision de justice

357. Qu'advient-il de l'émancipation[521] dans ce clivage entre minorité et majorité ? S'agit-il d'une porte de sortie ouverte à la volonté individuelle du mineur ? Les articles 476 et suivants du Code civil répondent sans ambigüité à cette question. D'abord, l'action gracieuse n'appartient pas au mineur mais à ses parents conjointement, ou à l'un d'eux[522], ou au conseil de famille en l'absence des parents[523]. L'émancipation ne doit quand même pas devenir un moyen pour des parents peu scrupuleux de se débarrasser de l'administration légale de leur enfant[524]. C'est pour cette raison que l'émancipation ne demeure pas une institution intégralement dirigée vers les parents. Certes, l'action leur appartient-elle, mais il fait peu de doute que souvent le mineur n'est lui-même pas totalement étranger à son impulsion. Pour parfaire l'action, le juge des tutelles compétent doit s'assurer de l'existence de justes motifs pour prononcer l'émancipation et également conditionner son jugement à l'audition du mineur concerné par la mesure.

---

[520] 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 (JORF, 5 avril 2006, p. 5097).

[521] En 2003, 984 demandes d'émancipations ont été déposées devant les tribunaux (*Annuaire statistique de la Justice 2005*).

[522] Article 477 al. 2 *in fine* du Code civil : « *... à la demande des père et mère ou de l'un d'eux* ».

[523] Article 478 du Code civil : « *Le mineur resté sans père ni mère pourra de la même manière être émancipé à la demande du conseil de famille* ». À noter toutefois que selon les termes de l'article 479 *in fine* du Code civil, en l'absence de diligence de la part du conseil de famille, le mineur peut provoquer sa convocation par le juge des tutelles.

[524] Ce que le Doyen CARBONNIER dénonçait lorsqu'il traitait de « *l'émancipation exclusion* ».

Comment interpréter cette action, ouverte aux parents, et finalement soumise à de justes motifs qui relèvent souvent de la volonté du mineur, sinon comme une possibilité offerte à ce dernier de se dégager d'une minorité qu'il estime trop oppressante pour s'élancer vers la liberté de jouir « *de tous les actes de la vie civile* »[525] ?

Le regard comparé entre le texte de 1804 et celui en vigueur aujourd'hui issu de la loi 74-631 du 5 juillet 1974[526] permet d'apprécier que le changement en deux cents ans ne s'est pas simplement restreint à une modification de l'âge[527] de l'émancipation. Deux cents ans de droit moderne ont largement contribué à l'évolution nette de la physiologie générale de ce texte et de l'institution qu'il enferme.

358. L'émancipation du code Napoléon s'approche plus, dans sa logique, de l'*emancipatio* romaine que de l'émancipation d'aujourd'hui. Elle permettait en effet, sur simple déclaration du père, d'émanciper un mineur de quinze ans. Le rôle de l'institution judiciaire était limité à un simple enregistrement par le juge de paix assisté de son greffier et la voix du mineur n'était pas entendue ; même si à l'époque il n'était pas rare qu'elle ne soit guère écoutée. L'idée est assez voisine du concept romain fondé sur la Loi des XII Tables[528]. Il existait une procédure qui permettait à un père de famille de se dégager de ses responsabilités inhérentes à la naissance d'un enfant. Elle conserve également un autre attribut du droit romain, celui de la *venia aetatis*, qui permettait au mineur de 25 ans, pourtant libre de disposer de ses biens depuis l'âge de la puberté[529], de demander à l'empereur d'être dégagé

[525] Article 481 al. 1 du Code civil.
[526] Loi 74-631 fixant à 18 ans l'âge de la majorité (JORF, 7 juillet 1974, p. 7099).
[527] D'autant qu'en 1804, l'article 477 du Code civil disposait que « *Le mineur, même non marié, pourra être émancipé* […] *lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus* ».
[528] En réalité, il s'agit d'une très ancienne coutume consacrée par la loi des XII Tables. Le père de famille qui vendait trois fois son fils, une fois sa fille ou ses petits-enfants perdait sur eux sa puissance ; *Si pater filium ter vernumdabit, filius a patre liber esto*. La fiction juridique de la loi revenait à simuler, pour la forme, les ventes du père et les affranchissements de l'acheteur. Dans le cas de l'affranchissement du fils (a tierce reprise) le problème survenait lors de la troisième vente. Si l'acheteur affranchissait à nouveau le mineur, il advenait qu'il avait sur l'enfant les droits du patron. Pour parvenir à l'*emancipatio* parfaite du jeune, la loi des XII Tables prévit que la troisième vente, pour être parfaite, soit conclue sous la condition que l'enfant soit aussitôt revendu au père afin qu'il détienne sur l'enfant les droits du patron (en matière de succession et de tutelle) tout en perdant du même coup les attributs de la puissance paternelle. Le consentement de l'infans n'était pas nécessairement requis, il suffisait qu'il ne dise mot pour que son accord soit acquis. De sorte que concrètement l'*emancipatio* se faisait sans le consentement du principal intéressé. Dans le cas des descendants au premier degré du *pater familias*, l'*emancipatio* s'observe comme une faculté ouverte au père de s'affranchir de son fils et des responsabilités que la *patria potestas* lui incombe. En revanche, quand elle s'exerce sur les petits-enfants, elle n'anéantit pas pour autant la puissance paternelle qui s'exerce sur les enfants du père. Elle s'appréhende alors plus comme une exclusion des puinés de la famille par le patriarche, au détriment de la puissance paternelle dont son propre fils aurait lui-même pu être détenteur par la suite.
[529] Environ treize ans.

des garanties spéciales dont il était pourvu par la loi afin qu'aucun tiers n'abuse de sa jeunesse, pour qu'il puisse seul passer des actes de la vie civile[530].

Le texte de 1804 ne laisse aucune place à l'initiative du mineur, l'action n'appartenant qu'au père investi ici de toute la puissance directrice que lui accordait alors le législateur. La philosophie de cette disposition était en somme de permettre à un père de se délier de ses obligations paternelles, le sort et la volonté du mineur étaient extrêmement réduits et abandonnés à l'intimité des familles.

359. La loi du 14 décembre 1964[531] modifia substantiellement le droit de l'émancipation pour lui donner ses atours modernes qui ont jusqu'ici perduré. Tandis que le Code de 1804 accordait une quasi-majorité limitée aux actes d'administration, la loi de 1964 offre une capacité complète dans la vie civile et le maintien de l'incapacité de principe dans la vie commerciale. L'avis du mineur est alors sollicité. L'omnipotence paternelle sur l'incapacité de son descendant est mise de côté pour se rapprocher d'une conjugaison entre la volonté des parents, le souhait éventuel des enfants et sa prise en compte par l'autorité judiciaire. Il ne s'agit plus tant d'une liberté accordée aux parents que d'une faculté restreinte d'une part par la volonté de l'enfant et d'autre part par le juge, qui en est, finalement, le garant.

Dans ces conditions, l'émancipation moderne est certainement une possibilité d'anticiper sur l'inévitable âge de dix-huit ans pour quitter la minorité, mais il ne faut pas omettre que cette possibilité est soumise à l'initiative des parents.

Il s'agit d'une véritable institution de famille dont l'aboutissement ne peut se réaliser sans un partage consenti de son objectif entre les membres de la cellule privée. Nécessairement, si la volonté du mineur va à l'encontre de celle de ses représentants légaux sur le bien-fondé de l'action engagée par eux, le juge des tutelles la repoussera en estimant qu'elle ne repose pas sur de justes motifs.

360. Ces justes motifs peuvent-ils exister en dehors du consentement préalable du mineur ? Qui, en définitive, est à l'origine première de l'action ? La procédure exigeant qu'il

[530] Une trace de cette pratique ancestrale existait dans l'Ancien Droit, le roi pouvant accorder à un mineur une demi-capacité par une lettre de bénéfice d'âge. Même si les actes les plus graves, comme sous le droit romain, nécessitaient la participation d'un curateur spécial.

[531] Loi 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à l'émancipation et à la tutelle (JORF, 15 décembre 1964, p. 11140).

soit tenu compte de la volonté du mineur, il est difficilement concevable, qu'il ne soit pas à l'origine de l'action.

Concrètement, une discussion sur l'hypothèse de l'action peut même avoir eu lieu dans l'intimité de la cellule familiale suite à l'expression d'un souhait du mineur d'obtenir l'émancipation. L'initiative juridique d'engager l'action correspond plus à une réponse bienveillante des parents à la demande du mineur qu'à un souhait unilatéral de leur part. C'est ainsi que l'institution de l'émancipation prend toute sa valeur juridique.

361. Les termes de l'article 476 du Code civil[532] paraissent exclure un dialogue semblable dans le cadre de l'émancipation par le mariage. Pourtant, il n'en est rien, bien au contraire, la valeur juridique d'institution familiale de l'émancipation trouvait également toute sa place quand la jeune fille était émancipée par son mariage.

b. L'émancipation par le mariage

362. L'émancipation par le mariage ne concernait, par principe, que les jeunes filles de quinze à dix-huit ans par application de l'article 144 du Code civil antérieurement à sa rédaction nouvelle issue de la loi de 2006[533]. Néanmoins, le mariage avant dix-huit ans ne pouvant avoir lieu qu'avec le consentement des parents[534], l'émancipation de l'article 476 du Code civil n'était de plein droit qu'à la condition que les parents consentent au mariage de leur fille mineure.

Une première différence importante apparaît avec l'émancipation par décision de justice. Lors d'une émancipation par décision de justice, les parents n'ont pas à mener l'action gracieuse conjointement, elle peut être menée par l'un isolément de l'autre. Toutefois, en dehors de l'hypothèse où le parent qui n'est pas associé à l'action est incapable de manifester sa volonté (dissidente par essence), le juge des tutelles doit l'entendre, avant de trancher. Le point de vue divergent du parent qui ne s'est pas associé à l'action de l'autre parent est susceptible de peser dans la décision du juge. Les justes motifs avancés par le mineur lors de son audition par le juge peuvent être anéantis par les explications du parent dissident.

Pour l'émancipation de plein droit par le mariage, la situation est différente. Puisque l'émancipation de la jeune fille était acquise dès que les parents avaient consenti au

[532] Article 476 du Code civil : « *Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage* ».
[533] Il était possible, par exception, que l'homme soit concerné s'il obtenait, conformément à l'article 145 du Code civil une dispense d'âge délivrée par le procureur de la république pour des motifs graves.
[534] Article 148 du Code civil : « *Les mineurs ne peuvent contracter mariage qu'avec le consentement de leurs père et mère…* ».

mariage, il lui suffisait, pour obtenir son émancipation, de n'obtenir le consentement que d'un de ses parents, l'article 148 du Code civil prévoyant que « *en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* ».

L'émancipation par le mariage était tout aussi une institution fondée sur le dialogue familial que l'émancipation par décision de justice. Le constat est même plus évident en ce qui le concerne puisque le consentement au mariage de leur fille ne pouvait être donné qu'après sollicitation de la part de la future mariée.

L'unique différence entre les deux sortes d'émancipations est que la première est de plein droit après acceptation des parents, la seconde est appréciée par le juge après acceptation de l'intéressé, et, en fin de compte, après qu'il en eut manifesté le souhait. Mais dans les deux situations, l'abrègement de deux ou trois ans de la minorité se comprend comme un dialogue nécessaire du cercle de famille avant d'être engagé judiciairement ou obtenu par mariage. Une étude de cet ordre ne s'entendait que de façon annexe sous l'empire du droit de 1804, où émanciper un fils ou une fille était surtout un moyen de se dégager de ses obligations parentales. Le droit actuel fait de l'émancipation un dénouement anticipé de la minorité offert au mineur. Cependant, pour ne pas lui être totalement dévolue, cette solution est soumise à l'accord du parent.

363. L'émancipation se présente donc comme une passerelle offerte — sans être de libre accès — au mineur qui souhaite se libérer du fardeau de sa condition pour embrasser celle de ses parents. Cette procédure montre que l'âge de dix-huit ans est un âge qui ne reflète qu'une pâle réalité. Elle établit également que la famille est, par sa nature éducatrice et par sa fonction protectrice, l'institution de droit privé la mieux à même de jauger la maturité de l'enfant. C'est en fin de compte la famille qui décide de l'interruption avancée de la minorité de l'enfant, même si elle n'a pas la faculté d'achever l'enfance. En se référant à la dichotomie déjà mise en lumière, à savoir que le droit protège et que la famille responsabilise, il est clair à nouveau que la protection du droit prend fin quand la famille estime que l'enfant est assez responsabilisé pour affronter la vie de majeur.

C'est encore à la famille que revient la charge de solliciter l'aide de la loi quand elle estime, à l'inverse, qu'un adulte a encore besoin de protection. C'est généralement sous l'impulsion de la famille qu'une personne pourtant adulte voit ses droits atrophiés à l'équivalent de ceux d'une personne mineure.

2. Les différents allongements de la minorité d'un adulte

364. Le législateur n'a pas voulu que dix-huit ans soient une frontière aussi intouchable que les termes de l'article 488 du Code civil le laissent penser. Si cet article marque le pas entre l'enfance et l'âge adulte selon le droit, d'autres articles ou textes mettent en évidence le paradoxe suivant : certaines personnes, bien qu'âgées de plus de dix-huit ans, voient leurs droits et leurs prérogatives limités. La loi a choisi, dans plusieurs situations, de prolonger la minorité de personnes qu'elle considère pourtant comme des adultes.

En premier lieu, le droit a considéré en 1975 qu'il était judicieux de tempérer les effets de l'abaissement de la majorité à dix-huit ans. Le Gouvernement de l'époque est intervenu dans cette voie en édictant un décret « *fixant les modalités de mise en œuvre d'une action de protection judiciaire en faveur de jeunes majeurs* »[535] (a).

Cette première possibilité pour allonger les effets de la minorité d'un adulte s'interrompt, notamment, avec les vingt et un ans de l'intéressé. L'éventualité de prolonger davantage la protection d'un adulte passe alors sous le droit commun de la protection juridique des majeurs. La question se posant de savoir quel régime de protection juridique est le plus approprié dans ce cas (b).

En annexe à ces analyses, l'étude du majeur incapable en général s'impose. Il est en effet intéressant de s'interroger sur la nature de cette personne que la loi protège à nouveau (c). La question sous-jacente est de savoir s'il s'agit d'un enfant ou d'un adulte dont les droits seraient amputés ?

a. Le décret du 18 février 1975 : le jeune majeur

365. Une première remarque survient au vu de la juxtaposition de jeune et de majeur. Cette sémantique a de quoi surprendre si elle n'est pas replacée dans le contexte de 1975. Aujourd'hui, la notion de « *jeune* » ne recouvre aucune réalité sociologique concrète. Ce terme est pourtant revêtu de nos jours d'un sens péjoratif, peu enclin à inspirer la responsabilité ou la maturité. Le jeune est souvent vu comme étant à l'origine de bien des maux de la société, ce que reflètent maladroitement les titres d'articles de presse. Faire se jouxter la jeunesse, un peu folle, et la majorité, normalement assimilée à un moment de responsabilité et de maturité est une audace lexicale qui n'aurait sans doute pas eu lieu au XXI^{ème} siècle.

[535] Décret n°75-96 du 18 février 1975 fixant les modalités de mise en œuvre d'une action de protection judiciaire en faveur de jeunes majeurs (JORF, 19 février 1975, p. 2030).

Ce décret est une réaction de tempérament à la loi qui a abaissé à dix-huit ans l'âge de la majorité. Il fixe à la période comprise entre l'ancienne et la nouvelle la majorité, la possibilité d'obtenir pour le jeune majeur « *la prolongation ou l'organisation d'une action de protection judiciaire* »[536].

366. A première vue, la philosophie du texte repose sur un prolongement des effets légaux de la minorité : continuer de protéger une personne qui, selon la loi, ne devrait plus, en raison de sa majorité, en avoir besoin. Ce décret de 1975 sonne aussi comme une prise de conscience et comme une révélation implicite.

Comme une prise de conscience, tout d'abord, ce décret est le reflet que l'exécutif de l'époque était clairvoyant quant au fait que l'abaissement de la majorité à dix-huit ans n'irait pas sans souci. Le Gouvernement prenait acte de la situation précaire de ceux qui ne s'estiment pas prêts à affronter leur majorité à un âge aussi avancé que dix-huit ou seize ans. Car c'est vers eux en premier lieu qu'est tournée cette norme, ainsi que l'énonce le premier article du décret :

> « *Jusqu'à l'âge de vingt et un ans, toute personne majeure ou mineure émancipée* […] *a la faculté de demander au juge des enfants la prolongation ou l'organisation d'une action de protection judiciaire* ».

C'est aussi une révélation : le décret semble émettre l'hypothèse que l'âge statistique de dix-huit ans soit moins efficace que celui de vingt et un ans pour affirmer aussi absolument la maturité d'une personne et son entrée dans l'âge adulte. Ce texte intervient comme l'aveu d'une faille dans les effets de la loi du 5 juillet 1974. Il ressemble surtout à une possibilité de transition avant la pleine capacité, atténuation nécessaire au tranchant des termes de l'article 488 du Code civil.

Ce texte est dirigé vers deux catégories de personnes : les jeunes majeurs et les mineurs émancipés. Son action n'est pas différenciée en fonction qu'elle s'adresse à l'un ou l'autre de ces groupes. La mise en œuvre d'une action de protection judiciaire est destinée soit à atténuer les effets d'un passage trop brutal dans la majorité, soit à corriger ceux qu'une émancipation malheureuse aurait provoqués. L'objectif affiché du texte est d'offrir à des personnes « *éprouvant de graves difficultés d'insertion sociale* » des moyens de la rendre plus facile.

[536] Article 1er du décret du 18 février 1975.

Dans cette perspective, le juge des enfants dispose de plusieurs mesures dont il confie l'accomplissement aux services de la Protection Judiciaire de la Jeunesse (P.J.J.). Ces missions vont de la simple « *observation par un service de consultation ou de milieu ouvert* »[537] au « *maintien ou admission dans un établissement spécialisé assurant des fonctions d'accueil, d'orientation, d'éducation ou de formation professionnelle* »[538] en passant par une « *action éducative en milieu ouvert* »[539].

367. La simple lecture du premier article du décret indique déjà qu'il ne s'agit pas de prolonger les effets de la minorité, puisque ces aménagements visent à faciliter une insertion sociale particulièrement difficile. L'objet du décret n'est donc pas simplement de prendre le relais de la loi dans son rôle de protection du mineur. Son rôle est précisément d'offrir des outils au majeur pour s'insérer mieux dans la société. Ceci implique d'une part une protection judiciaire et d'autre part une sensibilisation au monde qui l'entoure. C'est ainsi qu'il faut comprendre la fonction d'un « *établissement spécialisé assurant des fonctions d'accueil, d'orientation, d'éducation ou de formation professionnelle* ».

Le but de ces mesures est d'« *apporter aux jeunes majeurs les plus en difficulté une aide éducative qui leur permette d'accéder le plus rapidement possible à une réelle autonomie, correspondant au statut juridique que leur confère la majorité* »[540].

368. Le constat s'impose : la mesure n'est pas dirigée dans le sens d'une protection au sens légal du terme. Le « *référentiel des mesures et des missions confiées aux services de la direction de la protection judiciaire de la jeunesse* » précise que l'intervention des éducateurs de ces services doit prendre en compte deux éléments particuliers propres à cette situation. D'une part qu'en tant que majeur, le jeune est civilement responsable ; d'autre part que la

[537] L'observation en milieu ouvert consiste en une mesure d'investigation, une enquête sociale qui se déroule sur le long terme. La famille du jeune majeur est observée pour déterminer si le jeune est en danger ou non. Le jeune est par la suite régulièrement convoqué par le juge pour que ce dernier lui explicite davantage sa situation.

[538] Cette mesure vise à retirer le majeur de son milieu actuel (soit qu'il vive seul, soit qu'il vive encore chez ses parents, ce qui sera plus probablement le cas quand il s'agit d'un mineur émancipé). Le jeune est alors confié aux soins d'un établissement éducatif spécialisé, géré la plupart du temps par une association qui a reçu une habilitation à cette fin.

[539] Le jeune majeur est ici assimilé au mineur de l'article 375-2 du Code civil, il doit être maintenu autant que possible dans son milieu actuel. L'exercice de ses droits fait l'objet d'un contrôle sans être restreint. L'avantage de cette mesure de l'action éducative en milieu ouvert (A.E.M.O.) est de permettre qu'une personne ou un service qualifié apporte aide et conseil au jeune majeur. Cette mesure peut être simple (aide et conseil confiés à un éducateur pouvant prendre la responsabilité de faire intervenir un psychologique ou un service de l'aide sociale), ou comporter des obligations à la charge du majeur, dont l'irrespect peut entraîner, selon l'article 3 du décret du 18 février 1975, la cessation de la mesure de protection.

[540] Document de travail : « *Référentiel des mesures et des missions confiées aux services de la direction de la protection judiciaire de la jeunesse* » ; Novembre 2004, p. 30.

décision de justice n'a vocation à se poursuivre que si le majeur assure les obligations qui sont à sa charge, autrement dit, cette décision prend une tournure contractuelle.

369. Ce que les éducateurs de la P.J.J. nomment le « *contrat jeune majeur* » se dégage totalement de la dimension protectrice que l'intitulé du décret pouvait laisser envisager quand ces décisions de justice s'adressent à un majeur. Le jeune n'est pas limité dans ses actes, il n'est pas protégé contre lui-même. L'aspect protecteur insinué par le décret est illusoire, le jeune majeur est assisté dans son quotidien et l'essentiel du travail éducatif est centré sur l'acquisition de l'autonomie par le majeur qui se double d'une forme contractuelle de responsabilisation. C'est à sa demande que la mesure est engagée par le juge, après que ce dernier a auditionné le jeune demandeur et qu'il l'a informé de l'immédiate interruption de la mesure s'il ne respecte pas ses engagements. Le majeur est alors responsable de l'initiative de la mesure, il pèse aussi sur ses épaules le poids de la responsabilité de son accomplissement.

Si la mesure ne prend pas fin au vingt-et-unième anniversaire du jeune, c'est en raison, soit de l'inaccomplissement de la décision du juge, soit parce que le magistrat « *estime que le jeune semble avoir acquis une autonomie suffisante pour faire face à ses responsabilités* ». Naturellement, le fait que le jeune soit majeur change considérablement la question de sa protection judiciaire, qui n'a finalement de protection que le nom. Dans le cadre des contrats jeunes majeurs, la mesure choisie par le majeur et ordonnée par le juge prend, non pas le pas sur le rôle de l'État dans sa fonction de protection, mais celui des parents dans leur rôle de responsabilisation de l'adolescent. Il s'agit d'une prise en charge étatique de la fonction parentale. Contrairement à l'action éducative pour un mineur, ici, la majorité de l'intéressé interdit l'assistance éducative qui s'adresserait aux parents. Puisqu'ils n'exercent plus sur l'adolescent les prérogatives de l'autorité parentale, l'État n'a pas à leur venir en aide dans cette tâche, il prend directement leur relais, n'impliquant les parents que pour ce qui concerne la santé du jeune majeur.

370. La situation est sensiblement identique pour le mineur émancipé, même si la philosophie qui conduit une personne émancipée à demander cette protection n'est pas la même que lorsque c'est un majeur qui agit.

L'émancipation est une institution qui produit nécessairement un dialogue dans la famille, suivi impérativement, quand il ne s'agit pas d'une émancipation de plein droit, d'une décision de justice prise dans l'intérêt de l'enfant et sur de justes motifs. Le mineur émancipé qui sollicite qu'une mesure de protection soit ordonnée le concernant inscrit sa démarche dans

une optique de renoncement puisque, par hypothèse, c'est lui qui est à l'origine de la demande de ses parents pour obtenir son émancipation.

La mesure, plus longue est, du même coup, plus formatrice. Les services de la protection judiciaire de la jeunesse ont de ce fait une latitude plus importante pour permettre au mineur émancipé d'acquérir l'autonomie que son statut, volontaire, nécessite. Le renoncement n'est quand même pas complet puisque la mesure ne permet pas au mineur émancipé de revenir sur la protection légale qu'il a abandonnée avec son émancipation. Il obtient de l'État une sensibilisation accrue au monde qui l'entoure, sans récupérer la protection légale qui s'applique au mineur non émancipé.

371. Le décret du 18 février 1975 a été promulgué à la suite immédiate de la loi de 1974 abaissant à dix-huit ans l'âge de la majorité. Il autorise le majeur ou le mineur émancipé en grande difficulté sociale à solliciter l'aide de la protection judiciaire de la jeunesse pour acquérir les automatismes sociaux qui lui manquent.

S'agit-il d'une prolongation de la minorité ou d'un retardement de l'entrée dans l'âge adulte ? La minorité étant un régime de protection de l'individu contre les excès ou les faiblesses de sa volonté, il n'est pas certain qu'il s'agisse là d'un allongement de ce statut au bénéfice des majeurs. D'ailleurs, il est difficile d'affirmer qu'ils puissent tirer un quelconque bénéfice social d'une mesure qui les replongerait dans une incapacité juridique complète. L'accomplissement des mesures choisies par le majeur ou le mineur émancipé et ordonnées par le juge s'inscrit dans l'objectif d'insérer socialement l'intéressé, de l'aider à conquérir des mécanismes de vie civile, tout en le laissant pleinement responsable de ses agissements. Il n'est pas évident qu'il s'agisse davantage d'une prolongation de l'enfance, ou d'un retardement de l'âge adulte. D'une part parce que ces concepts ne sont pas juridiques, d'autre part parce que l'ordonnance du juge des enfants n'a pas pour conséquences de modifier le statut de la personne. De plus, l'enfance est surtout marquée par une assistance quotidienne des parents. Ici, semble-t-il, c'est précisément cette assistance au quotidien qui a fait défaut, l'adolescent n'a pas été préparé à la vie de majeur. L'intervention de la protection judiciaire de la jeunesse n'est qu'une aide circonstancielle, non contraignante et qui ne repose sur aucune obligation de résultat : la mesure est interrompue « *lorsque le jeune majeur n'est pas partie prenante* »[541]. S'agissant d'une relation « *contractuelle* » entre le jeune et le juge, l'obligation du juge n'est qu'une obligation de moyens, soutenue par un devoir de conseil à

[541] Document de travail : « *Référentiel des mesures et des missions confiées aux services de la direction de la protection judiciaire de la jeunesse* » ; Novembre 2004, p. 31.

l'égard du jeune. Son rôle n'est pas de préparer une personne à utiliser des droits qu'il n'a pas encore (comme c'est le cas des parents vis-à-vis de l'adolescent mineur), mais d'assister une personne à l'utilisation des droits dont il dispose et dont il ne sait que faire.

Définitivement, l'intitulé du décret de 1975 n'est pas le reflet de la réalité et prête donc à confusion. Les mesures du juge ne protègent pas le jeune, elles l'accompagnent. À l'inverse, s'il est nécessaire de protéger un majeur, c'est n'est pas obligatoirement parce que l'accompagnement préalable a échoué. Dans ce cas, la question s'insère dans le droit commun de la protection des majeurs.

b. La protection des jeunes majeurs

372. La protection des majeurs correspond à un titre complet du Code civil[542]. La question qui se pose, relativement aux adolescents majeurs, est de savoir s'il est possible de placer un jeune majeur sous la protection de la loi quand celui-ci ne semble pas prêt à assumer ses droits. La solution consisterait, pour un jeune majeur désarmé, à le placer sous la responsabilité d'un tiers, non judiciaire, qui serait chargé, selon la gravité de la situation, de le surveiller, de l'assister ou de le représenter dans les actes de la vie civile.

La réalité de l'article 490 du Code civil rappelle qu'une telle éventualité n'est pas envisagée par le législateur :

> « *Lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de la personne par l'un des régimes de protection prévus aux chapitres suivants.*
> *Les mêmes régimes de protection sont applicables à l'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté.*
> *L'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement établie* ».

Il n'existe donc pas de régime de protection pour un majeur qui serait, non pas en difficulté sociale (pour reprendre les mots du décret de 1975), mais dans l'incapacité totale ou partielle d'assumer les droits que la majorité lui offre. La mise en place d'un régime de protection est nécessaire quand la volonté s'exprime mal ou ne s'exprime plus, et non pas quand elle est mal utilisée par méconnaissance des droits auxquels elle peut prétendre.

[542] Titre IX : « *De la majorité et des majeurs protégés par la loi* ».

Une extension des protections pour les majeurs aux personnes qui sont incapables (au sens non juridique du terme) d'assumer leurs droits n'est pourtant pas une idée irraisonnée. La protection juridique, différente de la protection judiciaire, ne s'adresse pas au même public, ne concerne pas la même juridiction et ne confierait pas l'assistance du mineur aux mêmes personnes. De plus, dans son économie générale, une protection assurée par le droit commun des incapacités des majeurs ne répondrait pas aux mêmes objectifs que la protection judiciaire. Il serait faux dans ces conditions de dire qu'une protection légale du majeur ferait double emploi avec une protection judiciaire.

La protection judiciaire accordée aux jeunes majeurs ne le protège pas mais l'accompagne dans la découverte de ses droits afin de favoriser une insertion sociale compliquée. Au contraire, le placement d'un jeune majeur (qui répondrait aux mêmes conditions d'âge que celles définies par l'article 1er du décret du 18 février 1975) sous la protection de la loi lui assurerait la prolongation des sécurités juridiques dont il profitait quand il était mineur.

Selon l'avancement de sa préparation, et en fonction de son degré de maturité, à sa demande, il pourrait bénéficier d'un des trois régimes de protection des majeurs. Or, ces régimes de protection se déclinent eux-mêmes, en filigrane très accentué, pendant la minorité de la personne, en fonction de l'avancement de son âge et en fonction de son degré de maturité. La tutelle est présente quand l'enfant est totalement incapable d'utiliser convenablement sa volonté et quand il est dépourvu de discernement. La curatelle assiste l'enfant quand, passé un certain âge, il peut accomplir certains actes avec le consentement de ses parents. Enfin, ce qui ressemble à la sauvegarde de justice existe pour les actes qu'il peut accomplir seul et qui sont, selon le cas, annulables, rescindables pour lésion ou réductibles pour excès.

373. Il n'est pas techniquement inconcevable de permettre à un jeune majeur de solliciter du juge des tutelles la prolongation de certains effets de sa minorité. Cela permettrait au majeur, qui n'est pas encore confortablement investi de l'ensemble de ses droits, de se donner le temps, limité, d'apprendre. Cela institutionnaliserait certaines situations de fait, incommodantes, qui perdurent au-delà de la minorité, et qui laissent entre les mains des parents, un reliquat d'autorité parentale qu'ils ont pourtant perdu avec la majorité de leur enfant. Cela offrirait un cadre juridique à la situation de certains grands adolescents, vivant chez leurs parents, qui sollicitent leurs conseils ou demandent leur avis avant de signer un contrat de vente ou de location. En se plaçant sous l'angle de la sauvegarde de la sécurité

juridique[543] il est rassurant pour certains parents de voir les actes de leur enfant rescindables quand ils ont été manifestement lésés parce que leur âge civil ne correspondait pas à leur maturité biologique[544]. De l'autre côté, il sera loisible à certains cocontractants du jeune majeur de solliciter le contreseing des parents curateurs dans le cas d'une location ou d'une vente d'un bien de valeur importante.

374. L'opportunité de la tutelle pour protéger un jeune majeur exige un examen plus profond. Ce régime de protection totale est mis en place quand un majeur « *a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile* » selon les termes de l'article 492 du Code civil. Une mise en place d'une tutelle pour protéger un jeune majeur ne doit pas éluder l'importance de la mesure. Il ne s'agit pas d'une simple prolongation ou d'une reprise d'une modalité de la minorité. En effet, quelles que soient ses facultés de discernement, l'article 389-3 al. 1 du Code civil autorise le mineur à agir seul dans « *les cas dans lesquels la loi ou l'usage* » le permettent. Le majeur placé sous tutelle ne semble pas bénéficier pas des mêmes largesses de la loi. L'article 502 est clair sur cette question[545] :

> « *Tous les actes passés, postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle, par la personne protégée, seront nuls de droit, sous réserve des dispositions de l'article 493-2* ».

La représentation par le tuteur est beaucoup plus complète que la représentation du mineur par ses parents qui laissent quelques interstices de liberté au mineur. Il n'est pas question de poursuivre un statut antérieur, mais, au mieux de reprendre un régime révolu, au pire de le durcir.

Imposer à un majeur un régime de protection plus intense que celui qu'il subissait quand il était mineur (et dépourvu de discernement) et où il pouvait, malgré tout, accomplir certains actes minimes, est très près d'une demande de placement sous tutelle classique. Il n'est pas envisageable qu'un tel régime de protection puisse être ouvert pour pallier

---

[543] Fondement d'appoint de l'incapacité juridique des mineurs (M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 387).

[544] G. CORNU : « *L'âge civil* », *in* « *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER* » ; Dalloz et Sirey, 1961, Tome II, p. 1

[545] Malgré la clarté affichée de cet article, un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 3 juin 1980 énonce que « *le principe, posé par l'article 502, de l'incapacité complète du majeur en tutelle ne fait pas obstacle à ce que, par application des dispositions combinées des articles 450 et 495 du Code civil, celui-ci puisse valablement accomplir certains actes de la vie courante pouvant être regardés comme autorisés par l'usage* » (Cass. Civ. 1, 3 juin 1980 ; Gaz. Pal. 1981, 1, p. 172, note J. M.). Cette réalité paraît devoir être relativisée puisque la jurisprudence exige pour l'achat modique de denrées alimentaire une justification non pas fondée sur l'usage, mais sur la nécessité (F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème éd. Dalloz 1996, p. 1091).

l'impossibilité qu'un majeur connaît de jouir effectivement de ses droits. La protection est ici trop forte, elle ne peut valablement être demandée que pour une personne qui répondrait aux critères actuels de la loi : un besoin de représentation permanent appuyé sur des raisons médicales constatant l'altération permanente des facultés mentales.

375. Différents quant aux moyens, différents quant aux buts, différents quant aux personnes considérées, les régimes de protection et la protection judicaire du décret de 1975 n'ont que peu de points communs. Ils en ont au moins un : l'un ni l'autre n'atténue la responsabilité civile qui pèse sur le majeur. L'un et l'autre ne font qu'atténuer les effets actifs de la majorité (la jouissance des droits) en reprenant les effets de la protection légale du mineur ou en prolongeant les effets de la responsabilisation des parents (tout en en atténuant les applications).

Contrairement à la décision judiciaire de protection fondée sur l'article 1er du décret de 1975, une décision de placement sous curatelle ou d'ouverture d'une sauvegarde de justice pour une jeune majeur modifierait son statut juridique. Certes serait-il toujours majeur, mais sa majorité serait provisoirement protégée. Ce n'est pas un allongement de la durée de l'enfance mais bien d'une prorogation — ou d'une reprise — de quelques-uns des effets de la minorité.

Il n'est pas question dans cette fiction de droit d'assister le majeur dans l'utilisation de ses droits et ainsi de l'aider à parfaire une responsabilisation incomplète ou prématurément interrompue (dans le cadre d'une demande de protection judiciaire par un mineur émancipé). Il est ici question d'une demande de protection légale, dans le même sens que pour le mineur.

Les objectifs et les philosophies de ces deux types de mesures ne sont pas les mêmes et conséquemment, ne visent pas les mêmes populations. Ces quelques considérations et remarques incitent à pousser plus avant la réflexion en faisant un point succinct sur le statut des majeurs protégés. Leur statut doit-il être rapproché de celui d'un enfant ou d'un adolescent, ou de celui d'un mineur ?

c. Les majeurs protégés : grands enfants ou adultes amputés ?

376. La notion de jeune majeur s'estompe quand il quitte sa vingt-deuxième année et avec laquelle s'effacent les derniers traits de l'adolescence. Le droit de protéger des jeunes

majeurs n'existe pas et si pour s'en tenir à l'article 490 du Code civil, la population de majeurs visée par les mesures de protection légales est une population dont les facultés mentales sont altérées, notamment par l'affaiblissement dû à l'âge. Les majeurs protégés sont souvent âgés.

L'examen apporté à la nature de la protection juridique accordée au mineur ainsi que celui de la protection de l'adolescent (mineur ou majeur) poussent à une série de réflexions sur la nature du statut des majeurs protégés.

Il ne fait aucun doute que c'est une catégorie d'adultes dont il s'agit. Pour la plupart, la maturité est derrière eux, ils ont connu leurs droits civils et en ont usé. Comment faut-il les apprécier une fois qu'ils ne peuvent plus veiller seuls à leurs intérêts et qu'un régime de protection leur est accordé ? En confiant leur surveillance, leur assistance ou leur représentation à leur famille ou à leur proche, la loi les fait-elle retomber en enfance ou bien change-t-elle partiellement leur statut ?

377. Quel que soit le régime de protection auquel il se trouve soumis, les intérêts du majeur sont généralement confiés à la famille. Les régimes de protection juridique recréent autour de l'incapable une cellule juridique familiale qui a pour but de veiller sur sa personne et sur ses intérêts. L'article 495 du Code civil[546] renvoie l'organisation et le fonctionnement de la tutelle des majeurs aux articles relatifs à celle des mineurs. Il n'est pas possible de manquer de s'interroger sur les conséquences à tirer de l'immixtion de l'article 450 du Code civil dans la tutelle des majeurs. Le tuteur doit prendre soin de la personne protégée, il doit également gérer ses biens en bon père de famille. Le fonctionnement de la tutelle des majeurs est globalement copié sur celle des mineurs. L'organisation, quant à elle, ne pouvant, comme pour les mineurs, reposer sur un ascendant (dont l'autorité morale s'impose sur le mineur orphelin), une fois encore, la tutelle des majeurs recrée une cellule protectrice autour de la personne protégée. Son conjoint est tuteur si la personne est mariée, et si ce n'est pas le cas, la protection est dévolue à un tiers ou à une personne morale[547].

Le régime de protection des mineurs est souvent comparé à la tutelle dont il est censé tirer la plupart de ses caractéristiques. Mais en dehors de la limitation de durée de la

[546] Article 495 du Code civil : « *Sont aussi applicables dans la tutelle des majeurs les règles prescrites par les sections 2, 3 et 4 du chapitre II, au titre dixième du présent livre, pour la tutelle des mineurs, à l'exception toutefois de celles qui concernent l'éducation de l'enfant et, en outre, sous les modifications qui suivent* ».

[547] Article 496 du Code civil : « *L'époux est tuteur de son conjoint, à moins que la communauté de vie n'ait cessé entre eux ou que le juge estime qu'une autre cause interdit de lui confier la tutelle. Tous autres tuteurs sont datifs.*
La tutelle d'un majeur peut être déférée à une personne morale ».

minorité absente du régime et de l'organisation de la tutelle, il est évident que la comparaison est biaisée et inversée. Afin de rester rigoureux, et sans se cacher derrière une question qui peut paraître de pure sémantique, ce n'est pas la minorité qui tire ses caractéristiques de la tutelle des majeurs, c'est le contraire. La tutelle des majeurs n'offre qu'une protection légale. Elle ne crée guère d'obligation morale d'éducation à l'égard du tuteur[548].

Du reste, pourquoi le ferait-elle ? La minorité est une étape liminaire au plein exercice des droits, elle est évolutive et oblige les parents à exercer l'autorité parentale en vue ce cette plénitude. Le régime de protection des majeurs n'est qu'une sauvegarde prolongée d'intérêts d'une personne dont la volonté chancelante n'est plus assez lucide pour les assurer seule. Sauf le cas marginal d'un retour à la normale des facultés mentales de l'intéressé qui se traduirait par une mainlevée de la mesure de protection, la tutelle n'a vocation à s'achever qu'avec le décès du majeur.

Il est plus approprié de rapprocher la tutelle de la minorité que l'inverse. Dans cet ordre d'idée, la personne majeure protégée ressemble beaucoup à un mineur. Mais il ne faut pas le rapprocher de l'enfant car il n'a pas à profiter de la responsabilisation ou de la sensibilisation du tuteur auquel cette charge n'est absolument pas confiée.

378. Le cas du majeur placé sous curatelle soulève les mêmes remarques. Sa mesure de protection est proche de celle du mineur, capable de discernement, mais que ses actions menées seul pourraient mettre en danger[549]. Les mainlevées de curatelle sont plus fréquentes que les mainlevées de tutelle[550]. La curatelle est par définition temporaire et l'assistance qu'elle institue doit se terminer au profit d'un retour à la vie civile autonome pour la personne protégée. Le curateur a ici un rôle plus important à tenir que le tuteur. Il peut être amené à assister le majeur, non seulement dans l'exercice ponctuel de ses droits protégés, mais aussi à l'assister dans son retour à la vie civile normale. Son statut de majeur n'est que ponctuellement modifié, puisqu'il prend quelques attributs de la minorité[551] et aussi quelques aspects de l'enfance si son curateur dispose d'un rôle de réinsertion du majeur protégé.

---

[548] Mieux, l'article 495 la prohibe clairement : « *... à l'exception toutefois de celles qui concernent l'éducation de l'enfant ...* ».

[549] Le danger pouvant le concerner lui ou sa famille comme le laisse penser l'article 508-1 du Code civil qui fait référence à la personne prodigue, intempérante ou oisive qui « *s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales* » de l'article 488 al. 3 du Code civil.

[550] Selon l'annuaire statistique de la Justice pour 2006, 5473 demandes de mainlevée de curatelle ont été déposées en 2004 et 878 demandes de mainlevée de tutelle.

[551] La référence au mineur assisté de M. LEMOULAND est ici plus évidente (J.-J. LEMOULAND : « *L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation* » ; RTDCiv. 1997, p. 19).

379. Enfin pour le majeur placé sous sauvegarde de justice, il bénéficie de la protection minimale accordée par la loi. Il ressemble vaguement au grand adolescent mineur que ses parents laissent de plus en plus libre. Mais dépourvu de toute surveillance en dehors de celle de la justice *a posteriori*, il n'a que peu d'attributs du mineur et encore moins de l'enfant.

380. L'adolescence est la large frontière qui sépare l'enfance de l'âge adulte. Son achèvement n'est pas forcément juridique, peut-être même échappe-t-il au droit pour ne provenir que d'un comportement social. Il est désormais très contestable de dire que l'enfance se termine avec la minorité, tant ces deux notions sont éloignées l'une de l'autre pour ne pas dire qu'elles sont indépendantes. Les enfants majeurs existent ainsi qu'existent les adultes mineurs, une césure nette entre adulte et enfant n'est qu'illusion.

Pourtant, certains éléments juridiques permettent de voir mieux que la fin de l'enfance existe. Si elle est perçue comme le moment où les parents cessent effectivement d'aider l'enfant à réaliser ses droits, la fin de l'enfance est le moment où la personne est insérée dans la vie civile.

B – La fin de l'enfance : l'insertion dans la société

381. La nuance que le droit ne parvient pas forcément à saisir provient de la différence qui existe entre la capacité et la volonté. À partir de cette constatation, il faut isoler la capacité d'exercer des droits attribuée à tous les majeurs, de la volonté d'exercice de ses droits que seuls ceux qui s'estiment assez préparés sont susceptibles de connaître. Dans ce cas, il faut parler d'une insertion volontaire (1).

Mais l'insertion dans la société n'est pas tout le temps laissée à la discrétion de la volonté de la personne. Il arrive que, par ses actes, la personne entre de plain-pied dans la société, l'insertion est alors obligée, elle est le résultat d'un conflit (2).

1. L'insertion volontaire : capacité d'exercice et volonté d'exercer

382. Avoir dix-huit ans, c'est être majeur, mais cela ne fait pas pour autant cesser l'enfance. Ce qui pouvait être considéré comme une vérité première est désormais une réalité caduque et l'idée reçue disparaît derrière d'évidentes constatations théoriques ou pratiques. Devenir adulte demande à chaque personne de s'insérer dans la société qui l'entoure. C'est faire le choix, volontairement ou de façon forcée, de quitter le monde de l'enfance pour être

accepté par le monde des adultes. S'insérer dans la société civile, c'est passer de l'enfance à l'âge adulte, ce qui correspond au libre exercice des droits attribués par la majorité.

Dans les temps anciens, le passage d'un âge à l'autre était entouré de certains rites. Or aujourd'hui, la confusion règne et il n'est plus aussi évident de discerner l'adulte de l'enfant. Le cercle du droit recèle-t-il des rites de passages ou est-il nécessaire d'en réinventer (a) ?

Le plus souvent, l'entrée dans l'âge adulte se fait volontairement, la liberté d'agir n'est pas subordonnée à la manifestation d'une autre volonté extérieure (b).

Cependant, s'il existe des rites de passages dans le droit, ils ne sont pas pratiqués partout de la même façon. Certains aspects sociaux, économiques ou culturels (c) ont une influence nette sur la façon dont l'enfant quitte son cocon pour s'épanouir dans l'âge adulte.

a. Réinventer des rites de passage

383. La notion de rites de passage naît sous la plume d'Arnold VAN GENNEP en 1909. L'ethnologue et folkloriste français va mettre à jour et unifier des pratiques qui existaient ou cohabitaient sans que leur utilité sociologique ait été démontrée. Le rite de passage consiste en un évènement marquant un changement de statut reconnu par l'ensemble de la communauté constituée. Sa théorie qui connut un accueil réservé va trouver un terrain de recherche favorable dans le courant des années 1970 et 1980. L'usage des rites de passage pour désigner un changement de comportement devient banal. Le concept est même devenu d'un emploi métaphorique classique dans les médias.

Amplifiée dans son contenu, déformée ou banalisée, la notion d'origine développée par VAN GENNEP repose sur un rythme ternaire qui se décompose « *en rite de séparation, rite de marge et rite d'agrégation* »[552]. Le rite de passage est souvent analysé comme un mode d'accès à un statut plus élevé, plus enviable. À ce titre, il est parfois synonyme de rite d'élévation de statut. Ces rites existent dans tous les domaines de la société tels que les différents sacrements de l'Église, les remises solennelles de diplômes, les promotions dans les sociétés commerciales, et notamment l'adolescence.

384. Le droit connaît une élévation de statut, de la minorité à la majorité. Mais aucun rite n'entoure cette élévation qui continue de marquer, dans l'inconscient général, la fin de l'enfance et le début de l'âge adulte. Les rites de passage de l'enfance à l'âge adulte existent

[552] A. VAN GENNEP : « *Les rites de passage* », Picard, 1990, p. 14.

depuis les sociétés les plus primitives. Souvent violents, ils éprouvaient la force du garçon qui pouvait, en cas de succès, prétendre faire partie des hommes. C'est pour cette raison que, dans certaines sociétés africaines, l'adolescence, en tant que stade intermédiaire entre l'enfance et l'âge adulte, ne dure qu'une semaine : le temps de passer les épreuves.

Au fil des temps, les rites ont changé et se sont civilisés tout en conservant intacte leur valeur symbolique qui fait leur importance. En effet, aux yeux des adultes comme des adolescents, le rite d'initiation permet de marquer le début de la vie d'adulte.

385. En France, la disparition du service militaire a sonné le glas du dernier rite de passage organisé par la société. Les adolescents, surtout s'ils peinent à obtenir un diplôme ou un emploi stable, n'ont plus de repère clair entre l'enfance et l'âge adulte et ne savent comment obtenir la reconnaissance des adultes qui les sortirait de cet âge de transition.

Le droit n'organise aucun rite de passage. Au contraire, l'élévation vers la majorité est brutale et brutalement décrite dans les textes. L'accompagnement du mineur vers la majorité n'est pas facilité par le droit qui laisse des perspectives aux parents et à la famille sans les baliser clairement. « *Or l'adolescence, pour être bien vécue par les jeunes comme par les adultes, doit avoir une fin la plus claire possible* »[553]. Socialement, le rite de passage nécessite des nouvelles formes afin que les adolescents puissent faire valoir leur mérite face au monde des adultes. La valorisation du mérite social apparaît ainsi comme une solution possible, le mérite étant essentiellement apprécié au regard des facultés de l'adolescent à user des prérogatives des adultes[554], soit qu'il les ait déjà acquises soit qu'il apprenne à les acquérir. Le droit ne semble pas permettre d'éprouver le mérite de l'adolescent avant de le laisser entrer dans l'âge adulte. Il n'est pas imaginable d'ôter l'automatisme de la majorité à dix-huit ans pour le remplacer par un mécanisme d'épreuves. En revanche, quand il est prématuré, ce passage est soumis à un examen.

386. Derrière les « *justes motifs* », qui doivent conduire le juge des tutelles (quand ils existent) à ordonner l'émancipation d'un mineur, se dessine une forme d'examen du mérite du jeune concerné. Il ne fait pas de doute que la maturité de l'intéressé est grandement prise en considération dans la réflexion du juge des tutelles quand il décide d'accorder ou non

[553] J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » ; Rapports du Sénat, n°242, p. 49.

[554] Solution d'ailleurs envisagée par la commission des Affaires sociales et par le groupe d'études sur les problématiques de l'enfance et de l'adolescence du Sénat dans son rapport d'avril 2003. En effet, la commission propose de valider le mérite de l'adolescent en favorisant, dans l'année qui suit le baccalauréat, les expériences de vie à l'étranger et développer l'apprentissage.

l'émancipation. Le rite de passage civiliste se trouve dans la durée de la procédure, dans son aspect solennel et social.

387. Parallèlement, de l'autre côté des dix-huit ans, se trouve un cérémonial relativement similaire quand le juge des enfants décide de lever la mesure de protection qu'il avait ordonnée sur le fondement du décret de 1975 lorsqu'il estime que le jeune est suffisamment préparé.

En fin de compte, s'il existe des rites de passage sur le plan civil, il faut considérer qu'ils ne s'adressent qu'à une partie anecdotique de la population, qu'il s'agisse d'adolescents émancipés ou en situation de détresse sociale. La soumission de leur cas à une autorité judiciaire décidant de leur autoriser ou de leur bloquer le passage vers la majorité revêt les caractéristiques d'un rite consacré par une autorité extérieure neutre. Pour cette marge de la population de la jeunesse, l'accompagnement qu'ont apporté les parents est complété par celui du juge qui, de façon officielle, extrait le jeune de sa minorité pour l'installer pleinement, document solennel à l'appui, dans son nouveau statut.

La généralisation de ce processus rituel officiel n'est pas possible à l'ensemble de la population des mineurs. Il n'est pas concevable de judiciariser la majorité, ce serait renoncer à sa logique statistique ou cela reviendrait à dévaloriser l'institution judiciaire qui n'aurait qu'un rôle d'enregistrement. Ce n'est pas non plus souhaitable. La plupart des jeunes qui doublent le cap de la majorité ont conscience de leurs nouvelles prérogatives et n'ont pas besoin de faire la preuve qu'ils sont habiles à les exercer. Car, précisément, la nuance est là et c'est en elle que se perçoit l'utilité d'un rite civil de passage. Lorsqu'il est mis entre les mains du juge, l'accompagnement vers la majorité civile repose sur l'examen par l'autorité judiciaire de l'habileté à exercer les droits ouverts au majeur.

Pour le mineur émancipé, le juge des tutelles doit répondre à sa volonté d'exercer ses droits en lui affectant la capacité d'exercice. Le raisonnement est remarquablement similaire quand l'intérêt est porté sur le jeune majeur en détresse sociale, le juge des enfants doit lui permettre d'épanouir sa volonté d'exercer en lui assurant une surveillance de sa capacité d'exercice. Pour le reste, extrêmement majoritaire, de la population, le passage d'un statut vers l'autre se fait sans contrôle ni sans aval judiciaires. Parce que cette population massive, consciente de sa nouvelle capacité l'utilisera quand elle le voudra.

La principale réponse que souhaitait apporter la commission du Sénat en 2003 consistait en une accentuation de la formation. Selon M. BRIN[555] :

> « *La politique envers les jeunes adultes doit aussi se préoccuper de la formation et notamment de la formation tout au long de la vie* »[556].

L'effort mis sur la formation montre l'importance qu'a l'accompagnement continu de la personne dans sa vie. Mais cela n'est pas transposable dans le cadre de l'exercice des droits civils. Il faut s'en remettre en amont à l'apprentissage apporté par les parents. À défaut une prise en charge momentanée par l'ordre judiciaire pallie l'inefficacité ou l'absence de préparation.

La sortie de la minorité est caractérisée par l'attribution de la plénitude des droits. Une fois que le majeur est investi de ces nouvelles prérogatives, il doit, pour quitter le monde de l'enfance s'investir dans ce nouveau monde pour en faire usage. L'insertion dans la société des adultes est l'expression d'une volonté.

b. Entrer dans l'âge adulte : une décision volontaire

388. L'âge adulte fait l'objet, pour les adolescents et pour les enfants, d'une forme de fascination et dégage un attrait particulier. Y entrer ne doit pas être l'effet de volontés autres que celle de l'intéressé. Le mécanisme de passage légal de la minorité à la majorité n'est qu'un mécanisme juridique qui n'exige pas l'exercice des droits mais n'entraîne qu'une faculté d'en user.

Considérant que la préparation à ce passage ne dépend en principe pas de la rigueur de la loi (qui se contente de protéger l'individu et les tiers contre les excès ou la duperie), le passage à l'âge adulte ne dépend pas plus d'elle. Elle ne peut dépendre que de la volonté de la personne d'utiliser ses droits, quand même n'aurait-elle pas conscience de sortir de l'enfance.

De cette façon, l'entrée dans l'âge adulte correspond davantage à un mécanisme d'insertion, indépendant de l'automatisme juridique, affranchi d'une volonté extérieure. Ainsi, l'entrée dans l'âge adulte n'est pas soumise à l'avis d'un parent ni à une action juridique de sa part. La question se situe bien loin du droit romain où la place du *paterfamilias* était

[555] Hubert BRIN est président de l'Union nationale des associations familiales.
[556] J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » ; Rapports du Sénat, n°242, p. 52.

prépondérante dans l'évolution du statut de ses enfants. De ce point de vue, l'état de la femme romaine doit être succinctement entrevu : dépendant en grande partie dans ses actes de la volonté de son père jusqu'à dépendre de celle de son époux, la femme romaine quittait-elle l'enfance ?

389. La situation de la personne ne change pas, autrement que par son statut, entre sa minorité et sa majorité. Forte de cette considération, quoique majeure, la personne ne se situe pas moins dans l'enfance tant que les droits dont elle dispose n'ont pas été utilisés. La relation avec les tiers ne change guère plus si le majeur n'utilise pas les droits que sa minorité l'empêchait d'exercer. Et, s'il était advenu que le mineur les ait utilisés à tort, l'ordre judiciaire se serait empressé de lui remémorer son statut de mineur et, éventuellement, cela aurait entraîné le rappel de sa situation d'enfant.

Seule une activité juridique autonome, libre et non contrôlée par le droit permet à la personne de manifester pour les tiers son statut de majeur. C'est par ce biais qu'il décide de quitter sa qualité d'enfant pour entrer dans celle d'adulte. L'autorité parentale ou la loi n'ont pas d'influence sur ce passage. Encore qu'il faille relativiser l'influence des parents.

Un comportement des parents, ou une action juridique de leur part, peut propulser le jeune dans le monde adulte en le contraignant à agir, qu'il se sente prêt ou non. C'est le cas quand les parents souhaitent que leur enfant quitte le domicile conjugal, ou quand, s'il l'a quitté, ils n'assument pas les obligations d'entretien et de nourriture qui leur incombent. Dans ces cas-là, ils poussent nécessairement le jeune majeur à exercer ses droits, en sollicitant la location d'un logement, l'allocation d'aides sociales, ou encore en le conduisant à agir contre ses parents dans le but de percevoir une pension alimentaire.

Quels que soient les motifs qui incitent le majeur à entrer dans le monde adulte, cette insertion, afin de se rapprocher un peu des éléments sociologiques relatifs aux rites de passage, ne peut avoir lieu que si elle est visible de l'ensemble de la population des adultes. C'est sa visibilité qui donne au majeur son statut d'adulte, autrement sa capacité d'exercice se réduite à une hibernation de ses droits et le groupe des adultes, censé l'accueillir ne peut pas lui donner acte de ce qu'il a mené a bien une épreuve de sa vie civile.

Le phénomène s'est amplifié ces dernières années et s'est pratiquement inversé « *en trente ans, le jeune de 18 à 20 ans n'ayant alors qu'une idée, celle de quitter le domicile*

familial, et celui d'aujourd'hui ne pensant plus qu'à quitter le foyer le plus tard possible, à 25, 27 voire 30 ans »[557].

La communauté des adultes ne peut pas considérer une personne majeure, vivant chez ses parents et intégralement à leur charge, sans emploi et n'ayant jamais exercé ses droits civils, comme un des siens. Elle ne pourra le faire que si cette personne exprime son envie d'y être intégrée, ce qui ne peut passer que par l'exercice effectif des droits qui lui sont offerts à sa majorité.

L'arrivée dans le monde des adultes, son insertion volontaire par la personne concernée peut varier en fonction d'influences diverses. Les études sociologiques, qui sont ici assez utiles, permettent d'établir que les principales influences sont socio-économiques.

c. Les influences socio-économiques et culturelles

390. L'ambiance sociale dans laquelle évolue le jeune influe nécessairement sur son envie de s'élancer dans le monde qui l'entoure. Dans un climat social tempéré, calme, l'envie de voler de « *ses propres ailes* » peut attirer le jeune majeur. Il peut émettre assez vite le souhait de quitter le domicile familial pour s'aguerrir à l'activité juridique autonome. La remarque de M. CHARTIER à l'occasion de son audition par la commission du Sénat en 2003 est assez éloquente : la part des jeunes qui ne veulent pas quitter l'adolescence et qui souhaitent profiter plus longtemps du confort de la vie chez leurs parents a significativement augmenté depuis trente ans, ce qui correspond à la période qui s'écoule depuis la fin de l'expansion économique des « *Trente Glorieuses* ».

Par ailleurs, l'environnement économique, qu'il s'agisse de l'économie d'un pays ou l'économie d'une famille, est également un facteur important. Le fait que ce soit dans l'aristocratie que l'adolescence est tout d'abord apparue indique que le passage de l'enfance vers l'âge adulte est retardé quand l'aisance familiale est importante. L'engagement dans le monde du travail (symbole important de l'adulte) était tardif, voire inexistant. Cette adolescence n'attendait pas, au XIX^{ème} siècle, de devenir adulte, mais bien plus l'attente de l'héritage paternel, de sa fonction, de ses titres, et de ses biens.

A l'opposé, la majorité des jeunes travaillent très tôt avec leurs parents ou comme apprentis. Mais quand l'économie d'un pays est morose, l'entrée dans la vie active intervient à un stade reculé de l'évolution de la personne. L'angoisse du chômage ou de l'emploi sous-

[557] Intervention de Jean-Pierre CHARTIER, psychologue (J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » ; Rapports du Sénat, n°242, p. 51).

qualifié pousse l'adolescent à rester chez ses parents, et à profiter de la chaleur du foyer pour poursuivre de longues études.

Il ne faut pas généraliser la situation, et il faut au contraire marteler que la plupart des passages vers l'âge adulte se produit concomitamment à la majorité : les jeunes majeurs étant de plus en plus avides d'utiliser seuls leurs droits pour ainsi manifester leur appartenance à un nouveau monde.

En plus des influences sociales ou économiques qui touchent l'ensemble de la population concernée, il existe également des facteurs culturels qui incitent ou dissuadent certains jeunes de s'intégrer dans le monde des adultes.

391. L'adolescent qui envisage de quitter l'enfance est entouré d'influences culturelles diverses. Elles dépendent de son milieu social, de la société et des différents aspects religieux environnants. Sur ce point, l'influence de la religion catholique est importante, surtout dans une société de tradition judéo-chrétienne. Il ressort que le passage de l'enfant vers l'adulte avait lieu quand le jeune quittait définitivement sa famille, non pas tant pour travailler que pour fonder la sienne propre.

Le mariage est l'événement fondateur d'une nouvelle famille et du même coup le signe du départ de l'enfant de son foyer pour créer le sien. Dans les sociétés contemporaines, le mariage n'a plus l'importance qu'il pouvait avoir il y a encore 250 ans. L'institution, malgré l'effacement de sa connotation spirituelle au profit de son aspect civil, conserve avec le temps son aura symbolique sur la vie d'une famille. En fait de rite de passage, le mariage en est un toujours actuel et vivace.

Les jeunes majeurs entrant de plus en plus tardivement dans la vie active, il aurait été cohérent de s'attendre à ce que le mariage suive cette évolution. La tendance a d'abord été contraire jusque dans le milieu des années 1970. La courbe s'est alors inversée et ne s'est pas retournée depuis. Le mariage intervient dorénavant de plus en plus tard et, sur ce plan aussi, l'âge d'entrée dans la vie d'adulte (entendue comme un mode de vie défini par une relative stabilité professionnelle et familiale) se trouve retardé. Plusieurs explications éclairent sur les raisons de ce retardement de l'union maritale.

La plus importante est une explication générationnelle, qui ne se traduit pas nécessairement par un désintérêt de la part des jeunes vis-à-vis de ce type d'union[558]. Il

[558] Ce désintérêt potentiel est d'ailleurs démenti depuis le début des années 2000 par un retour vers le mariage des jeunes générations.

s'agirait simplement, depuis quelques décennies, d'un aménagement du calendrier matrimonial, qui serait la combinaison d'un effet d'âge et de génération : les nouvelles générations se marient simplement plus tard, par goût, que leurs ascendants. La raison de ce comportement est que les jeunes privilégient aujourd'hui le mariage à l'essai en vivant leur couple en dehors de tout cadre juridique. Ils disposent pourtant de la capacité d'exercer leur droit au mariage, mais ils n'entendent pas exercer ce droit. Ici, la sociologie remet le doigt sur une dichotomie importante auparavant dégagée : la nuance entre le droit de se marier et la volonté d'exercer ce droit. Le report du mariage[559] n'indique pas à lui seul une volonté de ne pas entrer dans l'âge adulte. Mais en combinant ce report avec la période prénuptiale d'essai marital, le constat se fait de lui-même : le jeune majeur fait sciemment le choix de repousser l'acte juridique du mariage en privilégiant un temps le fait juridique de la communauté de vie[560]. Sans le cadre juridique inhérent au mariage, sans les obligations qui en découlent, ni les droits, le jeune majeur s'autorise une prolongation (légèrement artificielle toutefois) de son état d'enfant.

Une explication annexe envisage l'hypothèse que la génération en âge de se marier depuis les années 1970 rejette simplement le mariage comme institution civile ou religieuse. Cela impliquerait à nouveau une dénégation de la faculté d'utiliser le droit de se marier et manifesterait un nouveau symptôme d'un prolongement de l'enfance. À ce titre, la vie hors mariage ne souffre plus d'un rejet aussi brutal de la part de la société[561]. La tolérance à l'égard de ce comportement est plus grande. Cela induit un changement dans l'influence culturelle qui entoure les jeunes majeurs. Peu enclins à combattre une économie guère accueillante quant à l'emploi, ils ne sont plus encouragés à se marier tôt pour fonder leur propre famille et quitter le domicile parental. La réprobation sociale qui subsistait dans le milieu du XX^{ème} siècle s'est clairement atténuée, même s'ils quittent le monde de l'enfance par d'autres moyens, le comportement marital « *enfantin* » est un élément qui perdure aujourd'hui.

[559] En 1982, 83,3 % des jeunes de moins de 29 ans étaient mariés, en 2002 ils ne représentaient plus que 37,3 % du même échantillon d'âge (O. GALLAND : « *Sociologie de la jeunesse* » ; Armand Colin, 3ème éd. 2004, p. 155).
[560] Naturellement, l'intimité du couple pousserait le jeune couple à s'isoler de ses parents. Mais la règle n'est plus aussi évidente et les couples concubinaires sont de plus en plus fréquemment installés au foyer des parents d'un des concubins, parfois ils vivent de « *chez l'un* » à « *chez l'autre* » dans le but de ne pas faire supporter à un seul foyer la charge de leur vie concubinaire débutante.
[561] Le taux de naissances hors-mariage qui stagnait aux alentours de 8% dans les années 1950-1975 a connu une croissance très vive pour atteindre 44% en 2001 (O. GALLAND : « *Sociologie de la jeunesse* » ; Armand Colin, 3ème éd. 2004, p. 156).

392. L'insertion dans le monde des adultes ne se conçoit pas seulement par une intégration volontaire. Il arrive que, de son fait, ou par ses actes, l'enfant se trouve, de force, propulsé dans le monde des adultes. Cette introduction obligatoire survient souvent à l'issue d'un conflit.

2. L'insertion obligée : le résultat d'un conflit

393. Du côté des parents, l'adolescence est un moment de la vie de leur enfant qui semble difficile à vivre. La psychologie a très tôt entériné la question en développant les complexes propres à l'adolescence et en revendiquant que l'adolescence, en tant que période de construction de l'identité, serait une période de crise. Le travers critique de l'adolescence n'est pas généralisable, et nombreux sont les adolescents qui traversent cette période dans le calme, sans confrontation ni crise.

La crise de l'adolescence, quand elle survient, est la traduction d'une revendication exacerbée des droits et de l'indépendance. La crise se trahit donc à l'extérieur par des comportements excessifs, outranciers, violents dans le but de provoquer de la part de la société une intégration plus rapide dans le monde de l'adulte.

En exprimant son impatience, il arrive que l'adolescent mineur, quel que soit son âge, déclenche des mécanismes juridiques auxquels il n'avait pas pensé et qu'il ignorait parfois, qui entraînent son arrivée anticipée dans le monde de l'adulte. Sur le plan civil, le surgissement de l'enfant dans le monde adulte peut intervenir quand, précisément, un enfant fait irruption dans une jeune vie ou dans un jeune couple (a).

Sur le plan pénal, souvent le théâtre des manifestations agressives de l'adolescence, l'intrusion de l'adolescent dans le monde de la délinquance ou du crime projette celui-ci dans la sphère la plus sombre de l'âge adulte : l'obligation d'assumer sa responsabilité pénale (b).

a. Puer puerum lupus[562]

394. « *Homo homini lupus* »[563] écrivait HOBBES[564], traduisant ainsi l'idée que le seul animal pouvant vraiment nuire à l'être humain se tient sur ses pattes de derrière, décrivant une

[562] « *L'enfant est un loup pour l'enfant* ».
[563] « *L'homme est un loup pour l'homme* ».
[564] T. HOBBES : « *De Cive* » ; LGF 1996.

forme sociale d'anthropophagie qui débouchait sur un système politique appuyé sur la valeur de la force.

Ce qui peut le plus nuire à l'enfant en formation, quand il n'est pas prêt à assumer ses obligations de majeur, c'est d'être propulsé dans l'âge adulte sans avoir voulu réellement exercer les droits qui y sont attachés. Les barrières et les protections mises en place par le droit civil semblent permettre d'éviter ce type de situation. À ce détail près que ces règles existent depuis plus de deux siècles et qu'elles n'ont pas suivi nécessairement l'évolution des mentalités ou des pratiques. Au XIX^{ème} siècle, les relations sexuelles hors mariage étaient bannies et très mal considérées, l'enfant qui pouvait en naître jouissait dès la naissance de droits beaucoup moins grands que ceux d'un enfant légitime[565]. L'évolution des mentalités, la libéralisation de la sexualité ont considérablement changé l'état de la question : les enfants nés hors mariage sont de plus en plus fréquents, ainsi que les grossesses de mineures. Sans être devenues communes, les grossesses de jeunes femmes mineures[566] sont de plus en plus fréquentes[567].

Cela demeure une exception, mais certaines jeunes filles sont enceintes à l'aube de leur puberté, bien avant l'âge de la majorité. Immédiatement, cette grossesse (qu'elle soit ou non désirée, même si l'hypothèse d'une grossesse désirée avant quinze ans est difficile à concevoir) conduit à des conséquences juridiques importantes. Si la jeune femme ne souhaite pas donner suite à sa gestation, elle peut demander son interruption. Cela n'est plus un droit soumis à l'accord des parents depuis 2001. Le droit qu'elle exerce n'est pas tant réservé aux majeures qu'aux femmes, quel que soit leur âge.

395. Malgré le poids psychologique extrêmement lourd que ces jeunes filles doivent assumer quand elles décident de mette un terme à leur grossesse, sur le plan juridique, bien froid en cette matière, cela n'infléchit pas son appartenance à l'enfance.

---

[565] Notamment, l'article 757 du Code civil de 1804 prévoyait, concernant les droits à succession d'un enfant naturel reconnu, que « *si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime ; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendans, mais bien des ascendans ou des frères ou sœurs ; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendans ni ascendans, ni frère ni sœurs* ».

[566] Selon le rapport de la commission du Sénat sur les questions de l'adolescence de 2003, les grossesses d'adolescentes serait un moyen d'exprimer « *le besoin qu'ont les jeunes de marquer la fin de la période adolescente* » (J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » ; Rapports du Sénat, n°242, p. 49).

[567] En Grande-Bretagne, pour les adolescentes, le taux de natalité est de 32‰ et le taux d'avortements est de 17‰ (P. FAUCHER : « *Interruption volontaire de grossesse à l'adolescence* », inédit.)

Le contraire se produit si la jeune femme décide d'aller au terme de sa grossesse. Si tel est son souhait, elle devra assumer à l'égard de son enfant les droits et les devoirs que ses parents assument vis-à-vis d'elle : elle exercera l'autorité parentale. Le père mineur de l'enfant peut pareillement reconnaître l'enfant, sans l'assistance du représentant légal[568].

Ils ne peuvent pas s'exonérer de cette charge civile, elle incombe à tous les parents, il n'existe pas de limite d'âge inférieure pour assumer l'autorité sur l'enfant. Les parents de la mère mineure peuvent demander que leur soit confiée la tutelle l'enfant, sur le fondement de l'article 373 du Code civil[569], mais il n'est pas certain que l'impossibilité de manifester sa volonté soit accueillie par le juge pour donner droit à leur prétention[570].

Les parents mineurs ne sont plus un cas d'école. Ils doivent assurer les devoirs que leurs parents exercent pour eux, sans pouvoir les exercer pour eux-mêmes. C'est un paradoxe juridique qui procure une sensation étrange. Du fait de la naissance et de la reconnaissance de l'enfant par des parents mineurs, ceux-ci ont la capacité d'exercice de l'autorité parentale malgré une incapacité d'exercice générale du fait de leur minorité.

Peuvent-ils faire le choix volontaire de ne pas exercer ces droits et ainsi rester dans l'enfance ? La réponse ne peut être que négative, l'autorité parentale n'étant pas simplement un ensemble de droits et de devoirs purement juridiques. C'est aussi le devoir de protéger l'enfant « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* »[571]. Sauf le cas où l'autorité parentale leur est retirée, pour des motifs très restrictifs (l'enfant est-il en danger du fait de la minorité de ses parents ?), les parents mineurs sont obligés d'exercer l'autorité parentale. En exerçant des droits qui leurs sont dévolus, ils sont vus par la communauté des adultes comme faisant partie des leurs, bien que leur maturité n'ait pas été approuvée clairement par le droit.

Sur le plan civil, il existe donc une obligation de devenir adulte, c'est l'arrivée de l'enfant dans un couple d'enfants qui les pousse à se frotter à un âge qui n'est pas encore le leur. Sur le plan pénal, le résultat d'un conflit avec la société conduit à la même issue.

---

[568] La jurisprudence datant d'un arrêt du 23 mars 1884 estime qu'il ne s'agit pas d'un acte juridique mais uniquement de la démonstration d'une filiation existante. De ce fait, la reconnaissance par un père mineur est parfaitement possible.

[569] Article 373 du Code civil : « *Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause* ».

[570] L'espèce s'était présentée pour deux parents placés sous tutelle, mais la question n'a pas été soulevée pour les parents mineurs (TI. Saint-Omer, 3 mai 1989 ; JCP N, II, 89, note T. FOSSIER).

[571] Article 371-1 du Code civil.

b. La violence en tant que mode d'insertion

396. Quelques observations très succinctes et rapides sur la philosophie générale du mineur délinquant doivent être apportées afin d'étudier si leur violence à l'égard de la société peut être interprétée comme une porte vers le monde adulte.

La crise semble attachée à l'adolescence. Mais ce qui est préoccupant, c'est d'une part que le sentiment de mal-être se généralise dans cette classe d'âge, et d'autre part que quand la crise éclate, elle s'en trouve de plus en plus violente.

Le mal-être d'une partie de cette population serait dû pour l'essentiel à l'angoisse inconsciente, permanente, de ne pas être intégrés dans la société et de ne pas avoir d'avenir professionnel. Ce mal-être demande des réponses qui dépendent de réflex vitaux[572]. La réponse est soit une dérive alimentaire (boulimie), soit une dérive affective (constructions de monde rêvé, avec engagements sexuels de plus en plus précoces et de moins en moins suivis), soit enfin une dérive pécuniaire consistant à se procurer rapidement de l'argent, quel que soit le moyen employé à cet effet.

Ces trois dérives peuvent conduire l'adolescent en révolte à adopter une conduite violente[573]. Cette violence peut être auto-agressive (suicide, dans le cas de la dérive affective, anorexie dans le cas d'une dérive alimentaire) ou hétéro-agressive (délinquance).

La violence peut être un mode d'expression[574], un mode de provocation[575] ou un mode d'action[576]. Dans le premier cas, la réponse est pédagogique, dans le second elle est parentale, dans le troisième elle est répressive.

Ce troisième cas, de violence en tant que mode d'action, est intéressant, car il est difficile à tolérer puisqu'il met en péril l'institution et le dialogue social. Dans ce cas, la réponse de la société est la répression, systématique. Le mineur concerné par cette mesure de répression, pénale par définition, est-il toujours un enfant ? Rien n'est moins sûr. Il n'use pas de son droit, il n'use pas de sa liberté : il viole celui des autres et met en péril l'institution. Hormis les cas où cette situation est involontaire, l'agissement du mineur montre son vœu de

[572] Selon M. JOYEUX, président de « *Familles de France* » (J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » ; Rapports du Sénat, n°242, p. 19).
[573] L'adolescent en révolte, violent est très minoritaire dans sa classe d'âge (J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » ; Rapports du Sénat, n°242, p. 16).
[574] Quand elle est liée à une tension intérieure qui n'est pas en rapport direct avec l'événement qui déclenche cette violence.
[575] Quand elle est liée à l'acharnement de l'interlocuteur, qu'elle exprime un sentiment d'exaspération.
[576] Quand la violence est ici un moyen d'exprimer un désaccord profond en évitant une discussion pacifique.

passer outre sciemment les droits qui lui sont attribués et donc, d'engager sa responsabilité pénale.

Devient-il adulte pour autant ? Si la violence était un moyen normal de devenir adulte, cet acte de l'adolescent ne serait sans doute pas considéré comme un fait répréhensible et à ce titre, il n'y aurait pas lieu, de la part des adultes, à le réprimer. L'adolescent violent quitte très certainement le monde de l'enfance, éventuellement pour le réintégrer ultérieurement. Il se trouve alors dans un monde où les adultes l'ont parqué parce qu'ils ont estimé qu'il n'était pas digne de leur situation ni de la sienne. Il fait alors partie de « *l'enfance délinquante* » pour reprendre l'intitulé de l'ordonnance du 2 février 1945[577]. Dans cette part de l'enfance, les mineurs éprouvent un des éléments essentiels du monde des adultes : la responsabilité. Dans ce domaine, ils ne sont plus vraiment des enfants, mais ils ne sont pas encore des adultes.

397. L'enfance est un temps, plus ou moins agréable, plus ou moins long. Ce n'est pas un temps juridique, mais il n'échappe pas au regard ni à l'emprise du droit. Sans une définition de la personne juridique, il ne serait pas possible de déterminer le début de l'enfance et sans une analyse rigoureuse des derniers moments de la minorité, il ne serait pas aisé d'en fixer la fin. Le point de vue juridique ne permet pourtant pas d'en obtenir un pourtour temporel évident. Bien que le droit soit une discipline qui affectionne particulièrement la rigueur et la précision, le juriste doit se faire une raison : le temps de l'enfance lui échappe en partie pour s'appuyer sur la vie de la famille, intime, secrète, souvent cachée et sur laquelle il n'a pas de prise.

Essayer de définir l'enfance est une avancée cependant précieuse. Cela redonne toute sa place à l'intimité de la famille en respectant les choix des parents, interlocuteurs privilégiés de la vie de leur enfant. Il appartient à la loi de protéger le mineur, il revient à la société civile, en premier lieu à la famille, d'éduquer et de préparer l'enfant à sa vie d'adulte. Cela permet également de ne pas regarder l'enfant comme un mineur ni l'inverse. Il n'est pas exact de borner la fin de l'enfance au moment où le mineur atteint la majorité. Le droit s'attache à définir avec précision les contours temporels des statuts de la personne, mais il ne peut pas — le doit-il ? — esquisser les frontières du temps de l'enfance. Il doit abandonner cette prérogative à l'arbitraire de la société, à commencer par celui des parents au travers de l'autorité parentale.

[577] Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante (JORF, 4 février 1945, p. 530).

Le temps de l'enfance est imprécis, peut-être parce que l'objet de cette période se soustrait au monde du droit. L'enfant est-il juridiquement concevable ? Est-il possible de dessiner, en partant d'éléments textuels ou théoriques figés, une définition juridique du concept d'enfant ?

Chapitre Deuxième : Le concept juridique d'enfant

398. « *Qui es-tu, enfant ?* »[578] demandait Isaac, infirme et presque aveugle à son fils Jacob qui se faisait passer pour son frère Ésaü. La duperie fonctionna et celui qui avait acheté le droit d'ainesse de son frère contre un plat de lentilles obtint la bénédiction d'Isaac et déclencha contre lui la colère d'Ésaü.

En cherchant l'enfant dans la littérature du XX^{ème} siècle, il est impossible de ne pas penser au Petit Prince qui manqua tant à SAINT-EXUPÉRY et qui le décrivait dans l'épilogue de son chef d'œuvre comme un enfant rieur, aux cheveux d'or et qui « *ne répond pas quand on l'interroge* »[579] comme s'il était inconscient lui-même d'être un enfant.

De la Bible au XX^{ème} siècle, du père infirme à l'aviateur esseulé, la même question se pose au travers des âges : qui est l'enfant ?

Les sociologues ont une réponse approchante, les psychologues aussi, les médecins de même, les biologistes, les éducateurs, les enseignants également ; et le juriste point.

Le droit français ne s'est jamais vraiment soucié de définir clairement l'enfant, et, du reste, le personnage est ignoré par le Code civil, quoique son nom apparaisse çà et là à de multiples reprises, dans maints articles des nombreux chapitres de nos textes et de nos arrêts (Section 1).

Vouloir dégager une définition juridique de l'enfant repose sur le constat qu'une clarification du concept est indispensable pour attacher un droit cohérent à ce sujet. C'est un préalable qui a commandé aux législateurs de tout temps : définir le concept avant de construire le droit gravitant autour. Un deuxième constat s'impose aussitôt : si l'enfant n'est pas juridiquement défini, cela ne semble pas avoir contrarié la mise en place d'un droit de l'enfant.

[578] Gen. 27 : 18.
[579] A. DE SAINT-EXUPÉRY : « *Le Petit Prince* » ; Gallimard, coll. De la Pléiade, p. 496.

L'enfant est un personnage sensible, certains aspects de sa définition risquent de ne pas avoir les accents d'une rigueur juridique implacable. Ceci étant, l'enfant en tant que personne à part entière ne peut pas être totalement exclu du droit, et dans ces conditions, une définition la plus juridique possible s'impose. La notion d'enfant doit rassembler autour d'elle deux aspects apparemment difficiles à concilier : la responsabilité et la protection (Section 2).

Section 1 : L'enfant indéfini par le droit

399. En considérant le droit comme l'ensemble des normes nationales et internationales, annoncer que l'enfant est indéfini par lui est faux : l'article 1er de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant stipule précisément qu'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* ».

Ce premier article de la Convention est opposable à la France qui n'a pas émis de réserve le concernant. Malgré cela, l'ensemble de la Convention n'a pas été transposé en droit interne, si bien qu'il n'existe pas, en droit interne de définition claire de l'enfant (§ 1).

En revanche, certains articles du Code civil s'approchent de l'enfant dans sa personne en le chargeant de droits ou de devoirs. C'est grâce à ces dispositions éparses qu'il est possible d'essayer de dégager une ou plusieurs définitions hétéronomes de l'enfant (§ 2).

§ 1 – L'absence de définition claire de l'enfant

400. Afin de bien assimiler l'absence de définition claire de l'enfant dans le droit interne, il convient de se pencher sur les textes. L'étude qui s'ensuit est à la fois statistique (permettant de révéler le nombre d'occurrences du terme) et analytique (afin d'en déterminer le sens exact s'il existe). L'examen des textes du Code civil à cet égard est primordial (A), mais il n'est pas suffisant.

Il faut aussi essayer, dans la mesure du possible, de déterminer les différentes acceptions que les juges ont retenues quand ils sont amenés à prendre des décisions qui concernent un enfant, directement ou indirectement. Dans ce but, un aperçu succinct de la jurisprudence de la Cour de cassation est nécessaire (B).

A – L'enfant dans le Code civil

401. Le terme est assez souvent présent dans le Code civil. La préoccupation récente autour de l'intérêt de l'enfant a renforcé son apparition dans les textes[580]. Un regard unique sur les textes récents ne permettrait pas d'embrasser la complexité de la question ni l'aspect changeant de l'enfant dans le droit. C'est pourquoi, avant d'examiner l'enfant du XXI^{ème} siècle (2), il faudra commencer par regarder celui de l'apparition du Code civil, l'enfant de 1804 (1).

1. L'enfant dans le Code civil de 1804

402. Dans le Code civil de 1804, le terme « *enfant* » apparaît environ à 200 reprises. Selon l'emplacement du terme dans le code, il ressort qu'il recouvre une pluralité d'acceptions très diverses[581]. Une acception juridique prend cependant une place beaucoup importante que les autres, quand l'enfant est vu comme un descendant (a). Cette catégorie généalogique de l'enfant ne parvient pas à dissimuler l'émergence dès 1804 d'une seconde signification du terme, beaucoup moins fréquente toutefois, celle d'enfant autonome (b).

a. L'enfant descendant

403. Dans la langue française, le mot « *enfant* » recouvre de nombreux sens parmi lesquels se trouve la définition suivante :

> « *Il se dit aussi d'un Fils ou d'une Fille, quel que soit leur âge, par relation au père et à la mère, ou à l'un des deux seulement. Avoir des enfants. Être chargé d'enfants. Il laisse une veuve et quatre enfants en bas âge. Dans son extrême vieillesse, il resta entouré de ses enfants. Cette mère est faible, elle gâte ses enfants. Enfant mâle. Enfant légitime. Enfant naturel. Enfant adoptif. Enfant d'adoption. Enfant du premier lit, du second lit* »[582].

Cette définition de l'enfant met surtout l'accent sur la notion plus juridique de descendant, qu'il soit direct, collatéral, légitime, naturel ou adoptif, germain, utérin ou consanguin.

---

[580] J. RUBELLIN-DEVICHI : « *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises* » ; JCP 1994, I, 3739.
[581] L'enfant peut être vu comme un descendant, un héritier, un mineur, ou encore un être soumis à la volonté de son père, être un enfant conçu, ou bien qualifié de légitime ou de naturel.
[582] « *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, huitième édition (1932-1935).

La terminologie d'enfant vue comme un descendant est présente dans le Code civil de 1804 dès que le mot « *enfant* » peut être remplacé, sans corrompre le sens de l'article, par les mots « *fils* » ou « *fille* ». Sur les 200 occurrences où le mot apparaît, il est possible de procéder à cette inversion environ 130 fois. Ces enfants sont surtout présentés dans le droit de la filiation (articles 312 à 387), dans le droit de la minorité (articles 388 à 515) et dans le droit des successions (articles 711 à 892).

La place de l'enfant en tant que descendant dans le Code civil de 1804 marque l'avènement d'un enfant pris dans sa dimension patrimoniale ou économique. Il n'est pas considéré pour lui-même, mais en fonction de ses parents dont il dépend dans une large mesure. Ce premier sens du mot est proche des idées de successeur ou d'héritier, ou encore d'enfant soumis perceptibles dans plusieurs articles du Code civil de l'époque napoléonienne[583].

L'impression qui se dégage de ces nombreux articles montrant l'enfant soumis à ses parents n'est pas une définition de l'enfant. L'aspect essentiellement patrimonial que donnent les différentes apparitions du mot dans le Code civil de 1804 renvoie beaucoup plus à une image de la famille de l'époque. L'enfant y est défini comme la personne sur laquelle s'exerce la puissance paternelle. C'est une des grandes idées consacrées par le Code civil d'alors, bien qu'elle s'inscrive en rupture des idées des lumières de la fin du XVIII^{ème} siècle[584] qui prônaient plus ouvertement une libéralisation de la destinée de l'enfant, notamment à travers les écrits de PUFENDORF et de LOCKE.

L'enfant de 1804 est également en opposition avec celui de la Révolution. GOSSIN[585] estimait que « *après avoir rendu l'homme libre et heureux dans la vie publique, il nous restait à assurer sa liberté et son bonheur dans la vie privée.* […] *Il convenait donc, après la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de faire la déclaration des droits des époux, des pères, des fils, des parents, etc.* »[586]. Cette pensée d'un député de la Convention résume la position des révolutionnaires. La société domestique, familiale était le reflet (peut-être même le fondement) du pouvoir absolu de la monarchie. Le labeur des penseurs aurait été

[583] Le plus significatif de la soumission de l'enfant à la puissance paternelle est sans doute l'article 376 du Code civil de 1804 : « *Si l'enfant est âge de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois ; et, à cet effet, le président de tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation* ».
[584] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT, 2003, p. 101.
[585] Pierre-François GOSSIN (1753 – 1794).
[586] P. MURAT : «*La famille, la loi, l'État* » ; C.R.I.V, L.G.D.J, 1990.

incomplet si, après avoir émancipé les hommes du joug de la dictature publique, il ne les avait pas libérés des tyrannies privées du cercle de famille.

Des résonances similaires sonnent dans un discours prononcé en 1793 par BERLIER[587] dont le titre se dispense de toute analyse plus profonde :

> « *Discours et projet de loi sur les rapports qui doivent subsister entre les enfants et les auteurs de leurs jours, en remplacement des droits connus sous le titre usurpé de puissance paternelle* »[588].

Contrairement à ce qui avait pu être affirmé pendant des siècles, la puissance paternelle ne tenait plus sa légitimité de la nature mais de l'usurpation. Il s'agissait donc, sous la Révolution, de dissiper les constructions immémoriales fondées sur la tyrannie monarchique pour retrouver les relations naturelles entre les parents et leurs enfants[589].

Si l'enfant de 1804 s'était placé dans la lignée de ce que la Révolution avait commencé à bâtir, il aurait été dégagé de la puissance paternelle. Mais les acceptions du Code montrent que l'enfant reste en 1804 dans un rapport patrimonial de soumission.

404. Sur de nombreux points, le Code civil marque un retour aux droits de l'Ancien Régime. La codification du début du XIX^{ème} siècle n'était pas destinée à créer, ni à entériner le droit révolutionnaire mais à compiler et rénover l'Ancien Droit.

La vision des rédacteurs du Code, et notamment celle de PORTALIS sur cette question est assez bien résumée dans le « *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* ». À plusieurs reprises, PORTALIS rappelle que la force d'un État repose en grande partie sur la force de la famille :

> « *Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères,*

[587] Théophile BERLIER (1761 – 1844)

[588] G. LALLEMENT : « *Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, recueillis dans un ordre chronologique et historique* » ; Eymery, 1821.

[589] Dans son discours, BERLIER dépeint le tableau du système familial au début de la Révolution : « *Quel effrayant tableau présente le système actuel ! J'y vois les doux sentiments de la nature commandés par la force ; j'y vois un homme appelé à devenir libre un jour, privé de cette destination, s'il plaît à un autre homme de le tenir dans une perpétuelle minorité. Ô nature ! Sont-ce là tes droits, et n'est-ce pas en changeant ta douce direction, et en te chargeant d'attributs tyranniques que l'on t'a dépouillée de ton véritable empire ?* ».

> *les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens* »[590].

La rédaction du Code se dirige vers un retour de la puissance paternelle. Le vocabulaire relatif à l'enfant est éloquent sur ce fait, mais un extrait du Discours de PORTALIS est aussi explicite sur ce point quand il énonce que « *les enfants doivent être soumis au père* ». Le droit de la Révolution avait banni la puissance et l'obéissance de l'autorité paternelle pour leur substituer l'amour et les obligations parentaux envers les enfants. Le Code civil de 1804, retournant aux impératifs d'ordre familial et d'intérêt d'État, soumet l'affection paternelle à la tutelle de la puissance. L'amour ne doit plus être le guide du père de famille mais il doit se réduire à une limite à sa puissance :

> « [Le père] *ne doit écouter que les voix de la nature, la plus douce et la plus tendre de toutes les voix. Son nom est à la fois un nom d'amour, de dignité et de puissance : et sa magistrature, qui a été si religieusement appelée piété paternelle, ne comporte d'autre sévérité que celle qui peut ramener le repentir dans un cœur égaré, et qui a moins pour objet d'infliger une peine que de faire mériter le pardon* »[591].

405. Avec la rédaction du Code civil de 1804, l'enfant reprend plus ou moins la place qu'il occupait avant la Révolution dans sa famille. Le retour à l'Ancien Régime n'est pas total cependant, car le père ne retrouve pas tous ses pouvoirs de *paterfamilias*. Son autorité cesse avec la majorité de ses enfants qu'il ne peut plus exhéréder comme c'était le cas avant la Révolution.

La vision de l'enfant en 1804 est celle d'un descendant de deux personnes unies par le mariage[592]. Le Code civil décide de réinstaller entre eux des liens majoritairement patrimoniaux et d'autorité sous prétexte d'intérêts d'État.

Il est possible, dans ce sens, de considérer qu'il y a une inversion par rapport à l'Ancien Régime. Avant la Révolution, c'était la famille royale et la monarchie absolue qui servaient de modèle à la famille. Il apparaît en 1804 que c'est plutôt l'inverse : c'est parce que

---

[590] J.-E. PORTALIS : « *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* », prononcé le 21 janvier 1801 devant le Corps Législatif (F. PORTALIS : « *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* » ; Joubert 1844).
[591] *Id.*
[592] « *Les enfants qui naissent d'un mariage régulier sont appelés légitimes, parce qu'ils sont le fruit d'un engagement dont la légitimité et la validité ne peuvent être incertaines aux yeux de la loi* », *in* J.-E. PORTALIS : « *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* », prononcé le 21 janvier 1801 devant le Corps Législatif (F. PORTALIS : « *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* », Joubert 1844).

l'enfant est soumis à la puissance de son père qu'il adhère plus facilement à une société autoritaire. Or la société se dirige en 1804 vers le Premier Empire dont l'aboutissement ultime est de considérer l'empereur comme le père de tous les Français. La société patriarcale du Premier Empire trouve ses fondements et sa force dans la « *petite patrie* » patriarcale qu'elle crée au sein de chaque cellule familiale.

406. Le premier sens du mot « *enfant* » révèle donc un premier aspect purement patrimonial et soumis. L'enfant est vu comme un fils ou une fille de famille, soumis à la puissance du père et destiné à hériter sa fortune à sa mort.

L'enfant du Code de 1804 ne répond pourtant pas uniformément à une description aussi reculée que celle-ci. La lecture globale et systématique du Code de 1804 montre l'existence d'une deuxième interprétation possible dans plusieurs articles. Dans ces dispositions, l'enfant est considéré pour lui-même presque comme une personne autonome.

b. L'enfant autonome

407. L'enfant considéré pour lui-même est beaucoup moins représenté que l'enfant pris comme descendant d'un parent. Tandis que le second est présent environ 130 fois dans le Code civil de 1804, le premier n'apparaît qu'à moins d'une trentaine d'occurrences environ. Dans cette acception, le terme « *enfant* » peut être remplacé par le mot « *personne* » ou par l'expression — consacrée par le dictionnaire — « *garçon ou fille qui est en bas âge* »[593], bien que la notion de « *bas âge* » soit relative à l'âge de la personne de référence.

Dans cette notion émergente de l'enfant en tant que personne, il apparaît qu'il est cette fois totalement déconnecté de la puissance que ses parents exercent sur lui. Le Code de 1804 prête plus attention à sa personnalité et à son âge, renversant la situation par rapport au descendant, cet enfant-là mérite l'attention, éventuellement des soins ou une protection.

Des occurrences éparses se retrouvent dans le droit de la filiation[594], ou dans le droit des donations et testaments[595]. La plupart des références se situent dans le droit de l'état civil (articles 34 à 101)[596]. Le cantonnement de l'enfant en tant que personne à des

[593] « *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, huitième édition (1932-1935).
[594] Article 312 al. 2 du Code civil de 1804 : « *… s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois-centième jour jusqu'au cent-quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant…* ».
[595] Article 1049 du Code civil de 1804 : « *… avec la charge de rendre ces biens aux enfans nés ou à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs, donataires* ».
[596] Notamment l'article 55 du Code civil de 1804 relatif aux déclarations de naissance : « *Les déclarations de naissance seront faites, dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu : l'enfant lui sera présenté* ».

considérations de police administrative conforte le point de vue déjà énoncé concernant l'enfant en tant que descendant. Dans le Code de 1804, l'enfant n'est une personne autonome que si sa fragilité nécessite l'attention de la communauté des adultes ou lorsque cette attention est sollicitée par l'arrivée de l'enfant en son sein. L'enfant dégagé de la soumission de ses parents n'existe pas réellement. Car, dans le droit de l'état civil, si l'enfant n'est pas regardé comme étant sous l'autorité ou sous la puissance d'un tiers, ce n'est pas qu'il n'y est plus placé, c'est simplement qu'il n'y est pas encore placé. Ainsi, dans sa relation avec la puissance publique, l'enfant est une personne autonome, parce qu'il n'est pas placé sous l'autorité paternelle tant que l'identité du père n'est pas clairement définie.

La puissance du père ne s'exerce que s'il existe un père. Par analogie, l'article 58 du Code civil de 1804 montre que l'autorité civile ne s'exerce qu'une fois l'enfant déclaré :

> « *Toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né, sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été trouvé.*
> *Il en sera dressé un procès-verbal détaillé qui énoncera en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal sera inscrit sur les registres* ».

Étrangement, l'enfant en tant que personne autonome est un enfant qui n'a pas d'existence juridique prouvée. Il a acquis, par la naissance, la personnalité juridique, et celle-ci lui est reconnue. Mais dès lors qu'il est enregistré à l'état civil, il disparaît des dispositions du Code civil. L'enfant assimilé à une personne autonome en 1804 ne l'est pas par une libération, il ne l'est que parce qu'il n'est pas encore soumis à la puissance d'un tiers.

Cette remarque conduit à noter que l'enfant est comme protégé, par défaut, par l'État avant que d'être confié aux soins de ses parents. De sorte que la personne autonome de l'enfant existe dans le Code de 1804 tant qu'elle n'est pas encore placée sous l'autorité de la puissance paternelle.

408. Le temps passe et le Code civil existe toujours deux cents ans après sa rédaction. Le regard de la population sur l'enfant a changé, les lois ont évolué en même temps que les mœurs ou les mentalités. La puissance paternelle a disparu, l'enfant lui, est toujours là, entre les lignes du Code civil moderne.

2. L'enfant du troisième millénaire

409. Au XXI[ème] siècle, bien sûr, le mot « *enfant* » est toujours présent dans le Code civil, mais au lieu de le trouver à environ 200 reprises, il est présent à plus de 450 occurrences dans le Code civil moderne. Les deux mêmes grandes catégories sont présentes, l'enfant en tant que personne (a) et l'enfant en tant que descendant (b). Mais dans l'espace de deux siècles, le sens des mots a changé et l'émergence de l'enfant autonome s'est grandement confirmée.

Autant dans les développements consacrés au Code civil de 1804, l'importance de la place de l'enfant vu comme un descendant de ses parents soumis à la puissance paternelle, reflétait l'ensemble de la philosophie générale du législateur de l'époque quant au gouvernement de la famille ; dans ces conditions, il était judicieux qu'il fasse l'objet d'une étude préalable. Autant, dans les développements présents, il paraît plus cohérent de débuter par l'enfant en tant que tel, dans la mesure où cette catégorie de représentation de l'enfant a pris une place privilégiée au vu de l'intérêt croissant des politiques diverses à son égard.

a. L'enfant autonome

410. Le clivage entre l'enfant en tant que tel et l'enfant descendant de ses parents s'est considérablement accentué en deux cents ans. Les acceptions secondaires relevées dans le Code civil de 1804 ont quasiment disparu pour se rattacher à l'une ou l'autre des définitions principales. Lors de la rédaction du Code civil, moins d'une trentaine d'apparitions de l'enfant en tant que tel existaient sur une perception d'environ 200 occurrences du mot. La proportion a été bouleversée par le fil des temps puisque dans le Code civil contemporain, le mot apparaît à 450 reprises, un tiers étant consacré à l'enfant.

La répartition générale est aujourd'hui sensiblement la même que dans le Code de 1804. Il faut toutefois ajouter les mentions présentes dans le Code de la nationalité (articles 17 à 33-2 du Code civil), ainsi que les dispositions consacrées à l'enregistrement des actes de l'état civil (article 34 à 101 du Code civil).

Ce qui a le plus changé en deux siècles concerne essentiellement le regard que le législateur porte sur l'enfant quand il traite de la filiation. Il n'est plus aussi évident de remplacer le mon « *enfant* » par les termes « *fils* » ou « *fille* », l'acception de la terminologie employée est plus neutre. L'enfant n'est plus automatiquement lié à ses ascendants, il n'est

plus vu comme l'affirmation de la puissance paternelle. L'article 310-1 du Code civil[597] témoigne qu'en matière de filiation le point de vue du législateur a été profondément modifié, concernant la dichotomie retenue en 1804 entre la filiation naturelle et légitime, concernant également le regard porté sur la personne de l'enfant :

> « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* ».

Dans cet article, l'enfant est une personne, il n'est pas réduit à son rôle de descendant, même si le sens de l'article ne serait pas trop modifié en traitant d'une fille ou d'un fils à la place d'un enfant. Mais en procédant à cette inversion de termes, l'article 310-1 du Code civil verrait son sens légèrement perturbé. Car, les mots « *fils* » ou « *fille* » expriment l'idée, précisément, qu'il y a des parents dont l'identité juridique est vérifiée sur la base d'une filiation légalement établie. En retenant le mot « *enfants* » dans le cas présent dans son sens de « *descendants* », l'article 310-1 du Code civil devient nécessairement redondant, puisqu'un descendant a obligatoirement une filiation légalement établie, sans laquelle il ne peut prétendre descendre de quiconque. En revanche, en analysant l'enfant en tant que personne dans cet article important du droit moderne de la filiation, l'article 310-1 du Code civil prend toute sa valeur en créant une distinction entre les personnes dont la filiation est légalement établie (et qui entrent dans la famille de leurs auteurs), et celles dont la filiation n'est pas — ou pas encore — établie et qui, par définition, n'ont pas – ou pas encore – de famille.

Cette insertion de la personne de l'enfant, indépendamment du lien qui l'unit à son ascendance n'est pas isolée en droit de la filiation. L'esprit qui habitait en 1804 le droit français de la filiation s'est transformé. Il n'est plus question au XXI^{ème} siècle que la loi soit l'outil d'exercice de la puissance paternelle[598] sur les enfants. Les rapports familiaux ont été modifiés durant la deuxième moitié du XX^{ème} siècle : les enfants ne sont plus systématiquement assimilés aux descendants de leurs parents, la puissance paternelle est à ce titre remise en cause. Ce ne sont plus les enfants qui sont en situation de devoir permanent à l'égard des « *auteurs de leurs jours* » (obéissance absolue et infini respect), ce sont à présent

[597] Inséré par la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 mars 2002, p. 4161).
[598] La puissance paternelle n'existe d'ailleurs plus, elle a été remplacée par la notion d'autorité parentale par la loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 juin 1970, p. 5227). Cette loi prévoyait la création notamment de l'article 371-2 du Code civil qui définissait les devoirs de protection des parents en précisant que « *l'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* ».

les parents qui ont des devoirs vis-à-vis de leurs enfants, vus comme des personnes à part entière.

411. Ceci étant, le remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale ne suffit pas à lui seul à expliquer le bouleversement du regard porté sur l'enfant dans sa famille. Un autre élément a déterminé la place croissante de l'enfant dans la société civile du XX^{ème} siècle : l'intérêt de l'enfant. Cette notion est aujourd'hui présente dans la plupart des textes relatifs à l'autorité parentale[599] ou dès qu'il s'agit de dispositions en lien direct avec l'enfant. L'existence d'un intérêt propre à la personne de l'enfant a évidemment conduit à lui trouver un défenseur efficace dans la personne du juge des enfants[600].

La conjonction de la disparition de la puissance paternelle et de la place prépondérante de l'intérêt de l'enfant en droit de la famille (particulièrement pour ce qui concerne le droit de la filiation), a contribué dans une large part à la redéfinition du centre essentiel de la famille. Cependant qu'en 1804 la famille avait pour but de légitimer le pouvoir en place et la construction de la société napoléonienne, deux siècles plus tard elle s'est recentrée sur son objectif historique principal : l'enfance.

C'est particulièrement pour cette raison que le terme « *enfant* » est davantage présent dans le Code civil moderne qu'il ne l'était dans celui de 1804. C'est aussi pour ces motifs que son acception a changé dans bien des domaines, la place de l'enfant n'est plus, dans la société civile contemporaine, une place de second rang, une place accessoire. L'enfant occupe aujourd'hui une place centrale dans la famille qui doit porter sur lui toute son attention et sa bienveillance, ce qui correspond à l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant.

412. Bien que la place de l'enfant en tant que personne ait très significativement crû depuis le début du XIX^{ème} siècle, l'enfant réduit à sa fonction de descendance n'a pas pour autant totalement disparu du Code civil, même si sa croissance est nettement moindre. De plus, son analyse est également intéressante car la puissance paternelle ayant disparu, l'idée de soumission qui se dégageait de l'acception terminologique en 1804 est fatalement limitée ou anéantie. De sorte que, aujourd'hui, l'enfant, même quand il n'est considéré que dans sa relation à ses père et mère, par le biais d'un point de vue économique, n'a plus du tout le même visage qu'à l'époque de la rédaction du Code civil.

[599] L'expression « *intérêt de l'enfant* » *in extenso* apparaît dans treize articles du Code civil.
[600] « *…magistrat tutélaire dont les pouvoirs sont quasiment discrétionnaires, déjuridicisés et délégalisés* » (P. MALAURIE : « *Cours de droit civils, la famille* » ; Cujas 1999).

b. L'enfant descendant

413. En nombre, la notion d'enfant descendant a beaucoup augmenté en deux cents ans. Environ 130 reprises de cette signification existaient en 1804, il en est recensé environ 290 de nos jours. L'augmentation du nombre de termes relatifs à l'enfant en tant que descendant de ses parents s'explique surtout par l'importance croissante du nombre de textes concernant l'enfant en deux siècles.

Cette incrémentation du nombre d'occurrences liées à cette acception du mot « *enfant* » s'explique aussi par l'assimilation des héritiers à l'enfant. En 1804, dans certains articles du Code civil, le mot « *enfant* » ne prenait son sens que lorsqu'il reflétait l'aspect purement matériel, économique de l'héritier (à l'exclusion de l'aspect génétique décelable dans la notion de descendant). L'article 317 du Code civil de 1804 renvoyait à cette notion d'héritier en remplaçant ce terme par celui, plus générique et moins matériel d'enfant, bien que cela ne suffise pas à lui ôter son caractère purement successoral :

> « *Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque ou cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque ou les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession* ».

Dans cet exemple, le mot « *enfant* » ne renvoie pas à la notion de « *fils* » ou de « *fille* » puisqu'il est, précisément en opposition avec ceux qui sont bien descendants du mari. Dans cet article, l'enfant est pris comme un héritier éventuellement usurpateur, puisqu'il est placé dans un contexte à l'issue duquel il peut perdre son ascendance, mais surtout (c'est le thème central de cet article), la succession du mari de sa mère.

414. L'augmentation importante de ce sens du mot enfant s'explique donc en partie par le rattachement des définitions secondaires recensées dans le Code de 1804. Une fois ce constat établi, il convient de remarquer que par ailleurs, en proportion, l'enfant en tant que descendant n'a pas tellement évolué en 200 ans. Il représente, aujourd'hui, comme en 1804, environ deux tiers des cas.

Il faut considérer que la définition de cet enfant-là a obligatoirement été modifiée avec le temps, d'une part par l'intégration de la notion d'héritier à cette définition, d'autre part

avec la modification générale de la philosophie qui entoure l'enfant et avec la prise en compte croissante de son intérêt.

415. La répartition dans le Code civil moderne de l'enfant vu sous l'angle d'une descendance est sensiblement équivalente à celle de 1804. L'emploi de ce terme est présent en droit de la filiation et en droit des successions principalement. Le sens que recouvre le descendant a toutefois considérablement changé depuis la rédaction du Code civil.

La première modification substantielle est inhérente aux changements considérables qu'a connus le schéma familial. Il s'agissait au début du XIX^{ème} siècle d'une famille reposant pour l'essentiel sur l'autorité indiscutable du père et sur les moyens dont il disposait pour la faire respecter par ses enfants. De plus, la famille d'alors était une famille presque exclusivement appuyée sur l'institution du mariage : le divorce n'était pas courant et les familles recomposées n'existaient pratiquement pas. L'enfant s'installait donc dans la lignée de deux personnes, et non dans celle d'éventuels beaux-parents.

La multiplication des formes de familles possibles et par-là des schémas de filiation et de succession a contraint le législateur a inversé la proposition de 1804 en plaçant l'enfant non plus sous la domination du père mais sous une protection parentale conjointe : c'est l'intérêt de l'enfant qui l'a poussé à définir l'autorité parentale.

La question soulevée du sens de l'enfant dans ces conditions se repose. Faut-il encore parler véritablement de descendant ? La notion même de « *fils* » ou de « *fille* » est marquée par d'importantes modifications, au premier rang desquelles se trouve l'abolition de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle.

L'enfant appréhendé par le juriste lors de la création du Code civil, comme un moyen d'exprimer la puissance du père a perdu tout son caractère de soumission à l'égard de ses parents. Il s'approche davantage de l'enfant en tant que tel, sans en être totalement similaire. Il persiste, dans la notion de descendance dans le Code du XXI^{ème} siècle une prépondérance de la réalité économique sur la personnalité de l'enfant. L'enfant n'est cependant pas réduit à l'expression de l'héritier : il n'y a plus aujourd'hui que des aspects patrimoniaux dans le fait d'être le descendant d'une autre personne. Cela s'est compliqué d'autres éléments importants, dépendants parfois de questions administratives ou sociales. En matière de nationalité notamment, la question de la descendance trouve parfois à se poser quand il ne s'agit pas de regarder l'enfant sous l'angle de sa personnalité complète. Ainsi, l'article 21-14-1 al. 2 du Code civil dispose-t-il que « *en cas de décès de l'intéressé, dans les*

conditions prévues au premier alinéa[601]*, la même procédure est ouverte à ses enfants mineurs qui, au jour du décès, remplissaient la condition de résidence prévue à l'article 22-1* ». L'enfant évoqué dans cet article du Code n'est pas pris pour lui-même, il n'est considéré qu'en regard d'un de ses ascendants. Il n'y a pas dans cet article de connotation économique dans la relation qui unit l'enfant à son ascendant prédécédé. Il est de ce fait exclu d'y décerner un héritage purement patrimonial, au contraire, bien qu'il y ait un semblant de succession dans cet article, il s'agit avant tout d'une question administrative qui a pour objet de permettre l'accomplissement de l'identification de la personne de l'enfant en lui donnant une nationalité. Du reste, le parent n'y est pour rien : l'action prescrite à l'article 21-14-1 al. 2 du Code civil est simplement ouverte à l'enfant descendant. Le lien de filiation n'entraîne pas d'automatisme dans l'acquisition de la nationalité dans cette perspective.

416. L'enfant descendant aujourd'hui ne se résume plus à être l'expression d'une soumission ou d'un rapport économique entre lui et ses parents. Des éléments propres à assurer sa personnalité autonome s'adjoignent, comme c'est le cas en matière de nationalité.

Dans ses rapports de filiation, le descendant a perdu la soumission à la puissance paternelle comme ce pouvait être le cas en 1804. C'est principalement l'insertion et le développement de l'intérêt de l'enfant et l'autorité parentale qui ont modifié cette donnée centrale comme l'atteste notamment la rédaction de l'article 371-1 du Code civil qui conjugue précisément ces deux notions modernes essentielles dans son premier alinéa. Le dernier alinéa est quant à lui assez éclairant sur la nature de la relation qui s'est installée dans la famille depuis deux cents ans :

> « *Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ».

Le rapport de soumission totale qui existait sous l'Empire, imité de la monarchie absolue, s'est émoussé avec le temps et l'évolution des mœurs. Il s'est lentement dirigé vers un rapport d'autorité entre l'enfant et ses parents avant de se muer en un rapport d'association. De sorte que l'autorité parentale a perdu de sa puissance pour acquérir une sagesse, dirigée vers l'enfant : il s'agit d'abandonner une autorité qui soumet pour adhérer à une autorité qui associe.

---

[601] Article 21-14-1 al. 1 du Code civil : « *La nationalité française est conférée par décret, sur proposition du ministre de la défense, à tout étranger engagé dans les armées françaises qui a été blessé en mission au cours ou à l'occasion d'un engagement opérationnel et qui en fait la demande* ».

417. L'évolution de la famille et la mutation de la puissance paternelle en autorité parentale ont donc intensément renouvelé l'image de l'enfant dans le Code civil. L'enfant considéré pour lui-même s'est beaucoup développé et l'enfant pris pour le descendant de ses parents a vu son image se corriger considérablement.

Il demeure que la définition de l'enfant est floue. Cela peut être expliqué par l'ambivalence de la notion : à la fois personne autonome et personne soumise à l'autorité d'autres personnes. Le Code civil, malgré son évolution moderne indéniable, n'a pas pris le parti de donner de l'enfant une définition unique, cette possibilité semblant pour le moins complexe à approcher, tant l'enfant est une notion protéiforme.

La définition de l'enfant donnée par le Code civil, ou du moins celle dégagée à partir d'articles importants et significatifs, n'est guère satisfaisante car elle ne permet pas de percevoir suffisamment l'enfant dans son individualité et dans sa richesse. De même qu'elle ne permet par non plus de saisir les différents moments de l'enfance, dans la mesure où, la temporalité de l'enfance reste unitaire dans le Code civil : l'enfant est nécessairement mineur. D'ailleurs, revient-il au législateur de déterminer des catégories spécifiques d'enfants ? Lui appartient-il de définir les temps de l'enfance et d'y attacher des droits ? Est-il possible que la loi, dans sa généralité, puisse prendre le temps de définir l'enfant en tant que tel ? Ce n'est pas le rôle de la loi de déterminer les cas précis, c'est une tâche qui appartient à la jurisprudence.

B – L'enfant dans la jurisprudence

418. Le rôle de la jurisprudence est d'appliquer le droit général exprimé dans la loi à des situations factuelles concrètes. Il s'agit de son principal devoir, lequel s'accompagne forcément d'un apport de précisions à la langue un peu abstraite de la législation en vigueur. Dans ce labeur consistant à rendre plus précis le langage du droit, la question se pose de savoir comment les juges abordent l'enfant.

Contrairement à la loi, l'enfant n'est pas réduit aux limites temporelles de la minorité et le juge prend soin, dans le vocabulaire qu'il utilise, de distinguer l'enfant selon son âge, afin de le dégager de la conception réductrice de la loi (1).

419. Par la suite, en fonction des différents sens que la loi donne de l'enfant, la jurisprudence s'attache-t-elle à apporter des précisions sur sa définition légale ? La question est centrale, surtout quand elle est replacée dans une époque où la famille a connu des changements brutaux dans sa forme et dans son organisation (2).

1. Les différents âges de l'enfance

420. Pour synthétiser les âges de l'enfance, afin de ne pas pénétrer trop dans les limites des sciences médicales ou paramédicales, il est préférable d'en déterminer cinq. Ils s'étendent de la conception à la fin de l'enfance quand l'évolution de la personne a eu lieu normalement, sans volonté de la part de la mère de procéder à une I.V.G. et sans sortie prématurée vers l'âge adulte par l'arrivée d'un nouveau-né ou par une confrontation avec le droit pénal.

L'embryon (a) est la première phase de l'enfance. Elle débute au moment de la conception pour se terminer après environ huit semaines d'aménorrhée. C'est la phase la plus fragile de l'enfance, qui exige attention et protection.

Jusqu'à l'accouchement, l'enfance connaît une période fœtale (b) qui débouche en principe sur l'âge du babillement (c) qui s'étend jusqu'aux environ de trois ou quatre ans.

A partir de quatre ou cinq ans et jusqu'à la puberté (dont la définition était complexe), l'enfant à proprement parler existe et au-delà, jusqu'à la sortie de l'enfance, il s'agit de l'adolescent (d).

Il ne semble pas pertinent de consacrer des développements trop longs à l'utilisation du mot « *enfant* » par la jurisprudence. En effet, ce terme comprend de très nombreuses acceptions. L'enfant est un mot générique qui englobe dans l'esprit commun et dans le vocabulaire général, les grandes périodes de l'enfance. De cette façon, l'enfant est aussi bien un bébé qu'un adolescent, le terme est parfois même utilisé pour parler d'un adulte, si des parents sont toujours vivants. Il serait, dans ces conditions, extrêmement compliqué de distinguer l'enfant pris pour lui-même de l'enfant vu comme un héritier ou comme un descendant. Au surplus, autant les décisions qui comportent les termes « *embryon* », « *fœtus* », « *bébé* » ou « *adolescent* » sont-elles limitées à une trentaine pour chaque catégorie, autant, le nombre de décisions utilisant, d'une façon ou d'une autre, le mot « *enfant* » dépasse-t-il le millier ce qui rend l'analyse détaillée pratiquement impossible et, en tout état de cause, oiseuse.

Ces raisons conduisent à limiter l'étude de la terminologie des âges de l'enfance aux quatre catégories définies, en éludant le sujet de l'utilisation du mot « *enfant* ».

a. L'embryon

421. Le mot embryon n'est pas fréquent dans l'ordonnancement juridique consolidé. Il apparaît principalement dans le Code pénal ou dans le Code de la santé publique et de façon anecdotique dans le Code du travail.

Le terme d'embryon n'est pas usité fréquemment par la jurisprudence. D'autant qu'à la vingtaine d'arrêts recensés, il faut soustraire ceux dans lesquels le mot est employé au sens figuré, entendant une notion de germe ou de début d'existence[602]. Il ne reste alors qu'une quinzaine d'arrêts dans lesquels le terme est employé dans son sens biologique.

La notion d'embryon dans la jurisprudence n'est pas très nette. Ce qui ressort toutefois de façon assez claire d'un arrêt rendu le 25 juin 1991 par la Première Chambre civile de la Cour de cassation[603], c'est que l'embryon n'est pas né, contrairement à l'enfant. Indépendamment de ce premier aspect, le terme ne semble pas être utilisé rigoureusement par la jurisprudence.

Il renvoie parfois à un être viable (comme c'est le cas dans l'arrêt du 25 juin 1991) et parfois à un être non viable, notamment dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 18 janvier 2001[604]. Un troisième arrêt en la matière semble révéler un aspect curieux de l'utilisation du terme dans la jurisprudence en général, qui confirme d'une certaine façon l'arrêt de 2001. Dans un arrêt de la Chambre criminelle du 29 janvier 2003[605], la Haute juridiction criminelle traite à nouveau d'embryons dans le cadre d'un processus d'aide médicale à la procréation dans lequel les embryons étaient congelés. La terminologie n'est pas spécifique à la jurisprudence, les revues scientifiques traitent aussi d'embryons congelés. Mais le fait que la jurisprudence s'en empare montre que l'embryon quand il est congelé perd un peu de son humanité, ce qui confirme l'idée que pour le droit l'embryon n'est pas une personne.

Il ressort de ces arrêts que la notion d'embryon n'est pas nettement appréhendée par le juge et qu'elle renvoie indistinctement à un être viable ou non viable. Quelle que soit la signification donnée par le juge, l'embryon n'est pas une personne.

---

[602] « *… l'embryon de comptabilité produite par les époux …* » (Cass. Crim. 1er juin 2005 ; inédit).
[603] Cass. Civ. 1, 25 juin 1991 ; Bull. Civ. I, 1991, n°213, p. 139 ; D. 1991, n°39, p. 566 ; RTDCiv. déc. 1991, p. 753 ; Defrénois, 15 janv. 1992, n°1, p. 45 ; JCP 1992, II, 21784.
[604] Cass. Soc. 18 janvier 2001 ; Bull. Civ. V, 2001 n°14, p. 9.
[605] Cass. Crim. 29 janvier 2003 ; inédit.

b. Le fœtus

422. Selon la médecine, le fœtus est le stade qui suit la période embryonnaire. Il s'agit d'un être viable, à partir de la vingt-deuxième semaine d'aménorrhée, mais pas encore totalement formé et autonome. Le stade de fœtus s'interrompt avec la naissance. Dans la jurisprudence, le terme de « *fœtus* » est beaucoup plus présent depuis les années 2000 avec l'augmentation des litiges liés à l'indemnisation des décès *in utero* à la suite de comportements dangereux.

Selon la jurisprudence, pas plus que l'embryon le fœtus n'est une personne. Ce refus est constant, même si parfois, dans l'emploi de son vocabulaire, la Cour de cassation montre certaines hésitations. Notamment, dans un arrêt de la Première Chambre civile du 10 décembre 2002[606], la Cour de cassation traite de la naissance d'un fœtus prématuré. La confusion est amplifiée alors que la Cour traite par la suite de ce dernier comme d'un nouveau-né ou comme un enfant.

La jurisprudence de la Cour de cassation se démarque de l'acception médicale en confondant le nouveau-né avec le fœtus. Elle se rapproche en cela de certains auteurs qui envisagent la possibilité d'un « *fœtus ex-utero* »[607]. Dans ce sens, le fœtus est un stade qui ne s'achève pas nécessairement avec la naissance dès que la formation de l'être humain n'est pas totalement achevée ou que la naissance arrive prématurément.

423. La question de l'existence du fœtus et des différents problèmes qui peuvent survenir pendant la grossesse est devenue particulièrement sensible après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17 novembre 2000[608]. Dans l'arrêt « *PERRUCHE* », la Cour distingue plus clairement les deux cas : celle du fœtus et celle de l'enfant. Dans le problème du diagnostic de la rubéole qui n'a pas été correctement prononcé par les médecins, la maladie avait des effets sur la formation du fœtus[609], mais la

[606] Cass. Civ. 2, 10 décembre 2002 ; inédit.
[607] A. BELAUD-GUILLET *:* « *Le statut du fœtus ex utero, du droit à la vie au droit sur la vie* » ; Petites Affiches, 16 septembre 1998, p. 8.
[608] Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000 ; Bull. AP, n°9 ; D. 2001, p. 332, note D. MAZEAUD et note P. JOURDAIN ; JCP 2000, II, 10438, rapport P. SARGOS, concl. contr. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS ; Gaz. Pal. 2001, p. 37, note J. GUIGUE, CCC. 2001, n°39, note L. LEVENEUR ; RTDCIV 2001 p. 103, obs. J. HAUSER, p. 149, obs. P. JOURDAIN.
[609] « *… il est tout aussi constant qu'aucune thérapie quelconque, pratiquée en début de grossesse, n'aurait pu supprimer, voire limiter les effets de la rubéole sur le fœtus* ».

responsabilité des médecins n'étant pas engagée sur la question de la transmission de la maladie[610] elle l'était sur la question de la naissance de l'enfant[611].

La distinction s'opère nettement entre le fœtus qui subit les effets de la maladie contractée par sa mère pendant la grossesse et l'enfant qui naît handicapé du fait de cette affection. La même dichotomie revient dans les arrêts prononcés par la même juridiction le 13 juillet 2001[612]. La question de la personnalité du fœtus était sous-jacente dans ces affaires civiles. Le problème avait été beaucoup plus clairement abordé dans différents arrêts prononcés par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. C'est à l'occasion d'un de ses arrêts que la juridiction pénale a eu l'occasion d'affirmer la non-personnalité du fœtus, qui, quoique viable, n'est pas né vivant[613].

Les juridictions du fond semblent plus attentives à l'exactitude des termes qu'elles emploient. C'est ainsi à bon escient que la Cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt du 13 décembre 1999[614], utilise le mot « *fœtus* » pour faire référence au stade de développement post-embryonnaire intra utérin.

424. Dans ce bref résumé des arrêts qui emploient le mot « *fœtus* », il est possible de constater plusieurs hésitations. Tout d'abord, une hésitation portant sur la vie même du fœtus. Le terme étant indifféremment employé pour désigner l'enfant né ou le fœtus *stricto sensu*. Cette hésitation terminologique de la part de la jurisprudence n'est sans doute pas annonciatrice d'un changement de position sur la personnalité de l'enfant non-né. Mais elle est en revanche révélatrice d'un sentiment d'inadéquation de la jurisprudence avec l'opinion publique qui paraît beaucoup plus attachée à la personnalité juridique du fœtus.

Il y a aussi une seconde hésitation, plus technique, relevée dans l'arrêt prononcé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 30 juin 1999. L'ambiguïté est plus subtile et concerne l'âge d'un fœtus ; il arrive que les magistrats de la Haute juridiction ne fassent pas clairement la différence entre l'embryon et le fœtus.

---

[610] « *… il est constant que les praticiens sont étrangers à la transmission à la mère de la rubéole* ».
[611] « *… il s'ensuit que la seule conséquence en lien avec la faute des praticiens est la naissance de l'enfant* ».
[612] Cass. Ass. Plén. 13 juillet 2001 (trois espèces) ; Bull. 2001, n°10, p. 20 ; D. 30 août 2001, p. 2325 ; JCP. 2001, II, 10601 ; RTDCiv. 2001, p. 850 ; Droit et Patrimoine 2001, n°98, p. 28, p. 101 ; Revue Juridique Personnes et famille, Oct. 2001, n°10, p. 20.
[613] Cass. Crim. 30 juin 1999 ; Bull. Crim. 1999, n°174, p. 511 ; D. 2000, n°12, p. 181 note G. ROUJOU DE BOUBÉE et B. DE LAMY ; JCP. 2000, II, 10231 note G. FAURÉ ; Dr. Pén. n°4, p. 4 note M.-L. RASSAT ; D. 2000, n°17, p. 169 note L. DUMAINE et C. DESNOYER.
[614] C.A. Toulouse, 13 décembre 1999 ; inédit.

La jurisprudence définit le fœtus comme n'étant pas une personne juridique. Sur cette question, la solution est stable, elle a été rappelée dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 27 juin 2006, par un attendu désormais bien connu :

> « *Le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendu au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus* » [615].

Malgré les arguments constants invoqués par les demandeurs aux pourvois dans les affaires où la qualification d'homicide involontaire repose sur la personnalité juridique de l'enfant conçu, pour la Cour de cassation, depuis 1999, « *autrui* » n'est pas un fœtus.

c. Le bébé

425. L'évocation de ce terme, assez proche d'une onomatopée peut légitimement surprendre dans l'espace assez rigoriste de l'examen de la jurisprudence. Une telle étude pourrait même apparaître comme superfétatoire. Mais le mot « *bébé* » a une fonction sociale déterminante. Les dictionnaires le définissent comme un « *petit enfant* »[616], renvoyant l'idée des premiers pas de la personne juridique. L'étymologie du terme est issue du mot « *bobine* » d'où découlent « *babillage* » et « *babillement* », « *bambin* » et le mot anglais « *baby* » qui apparaît au XVIII^{ème} siècle et d'où est dérivé le mot français correspondant, qui entre à la même époque dans notre vocabulaire.

Il est impossible de nier à ce mot une consonance affectueuse et tendre, sentimentale et maternelle. Il devient de ce fait difficile d'envisager que la jurisprudence ait su se saisir de ce terme sans le dénaturer ou sans le rendre imperméable à toute connotation affectueuse. Une fois dégagé de ces considérations, le cas du bébé en jurisprudence est assez paradoxal. Il apparaît relativement souvent dans les lignes des magistrats, essentiellement en matière commerciale ou sociale, lorsqu'il s'agit de traiter de vêtements ou de matériel de puériculture. Dans un arrêt du 1er mars 2000, la Chambre sociale de la Cour de cassation[617] utilisait le mot pour renvoyer à l'idée d'un enfant en bas âge.

[615] Cass. Crim. 27 juin 2006 ; inédit.
[616] « *Dictionnaire de l'Académie Française* » ; Fayard, huitième édition (1932-1935).
[617] Cass. Soc. 1er mars 2000 ; inédit.

426. Un arrêt de la Chambre criminelle[618] dégage une définition temporelle de la notion. La chambre de l'accusation de la Cour d'appel de Paris a renvoyé en juin 1997 un homme devant la Cour d'assises du département de l'Yonne sous le chef d'assassinat sur mineur de quinze ans. L'arrêt révèle la jalousie de l'accusé envers « *l'amour que sa concubine portait à leur enfant de 16 mois* ». L'assassinat a consisté en la noyade de l'enfant depuis un pont de l'Yonne. La décision de la Cour de cassation ajoute que « *le corps sans vie du bébé a été découvert quelques jours plus tard en amont d'une écluse* ». Le fait de donner un semblant d'âge à la terminologie renforce la sensibilité de l'arrêt, cela contribue à en préciser les éléments de faits. Il s'agit de l'unique décision où le terme soit lié à une référence d'âge.

En fait de précision, la Chambre sociale se révèle souvent moins hermétique à l'utilisation de termes profanes dans ses décisions. Elle n'hésite pas à afficher un certain pragmatisme terminologique qui contribue, de la même façon, à accentuer, sans alourdir, la description des faits. C'est de cette façon que, dans un arrêt du 28 avril 1993[619], la juridiction sociale de la Cour de cassation décrit le travail d'une employée de maison auquel s'était ajoutée « *la tâche de s'occuper d'un bébé* ». S'occuper d'un bébé est une tâche différente que de s'occuper d'un enfant ou de surveiller un adolescent. L'emploi d'un terme, sinon précis du moins évocateur, contribue à la clarté de la décision.

427. L'utilisation du terme « *bébé* » pour faire référence à la personne de l'enfant dans ses premières années est anecdotique. Elle dénote cependant, principalement pour la juridiction sociale de la Cour de cassation, une volonté de simplifier et d'alléger le langage juridique.

Il y a également ici les premiers signes d'un morcellement de l'enfance par les juges de la Haute juridiction. Une analyse de cet ordre, peut conduire à considérer que cette division de l'enfance en plusieurs tranches serait un reflet du partage semblable de la vie anténatale en période fœtale et période embryonnaire.

Les premiers effets d'une vulgarisation du langage du droit et de son ouverture au regard du profane se font également sentir.

[618] Cass. Crim. 15 octobre 1997 ; inédit.
[619] Cass. Soc. 28 avril 1993 ; inédit ; mais aussi Cass. Soc. 24 novembre 1992 ; Bull. Civ. V, 1992, n°566.

d. L'adolescent

428. Arrivé à l'époque ultime qui ouvre sur l'adulte, il convient de rappeler en quelques mots que l'âge adolescent ne correspond pas à une période finie. La notion n'est pas tangible, pas plus que ne le sont les adolescents eux-mêmes. Il serait surprenant que la jurisprudence de la Cour de cassation, dont le rôle principal est d'unifier l'interprétation du droit, se saisisse de ce terme, par sensibilité insaisissable, dans ses décisions. L'utilisation de ce vocable dans un arrêt de principe de la Cour de cassation ne ferait que compliquer la question juridique du flou sociologique dont est auréolé le concept.

Cependant, dès la fin des années 1970, la Cour de cassation insère ce vocabulaire dans une de ses décisions[620]. L'incertitude qui rôde autour de la période de l'adolescence est ici particulièrement révélée par l'emploi du terme « *adolescent* » pour caractériser un jeune homme, « *Stéphane VARVOGLY, âgé de dix-neuf ans* ». Bien que l'arrêt de la Cour se situe à la fin des années 1970, ce qui correspond à une époque ou la majorité était depuis longtemps installée à l'orée de la dix-neuvième année, les faits de l'espèce se déroulent en 1973, alors que la minorité durait jusqu'à vingt et un ans. La situation particulière de cette décision rendue en 1978 et se rapportant à des faits de 1973 complique l'étude. Il est possible de croire que les magistrats n'auraient pas utilisé le terme « *adolescent* » si le jeune Stéphane avait été majeur à l'époque des faits.

429. La corrélation entre minorité et adolescence semble de rigueur en examinant un arrêt rendu par la même juridiction le 30 mai 1981[621]. Dans cette décision, intervenant après appel contre une ordonnance du juge des enfants, la Cour cite la décision des premiers juges sans reprendre à son compte le mot « *adolescent* » auquel elle préfère le mot « *mineur* »[622].

Que l'adolescence soit intimement liée selon les juges à la minorité semble s'imposer comme une caractéristique des juridictions civiles. Il en va de même pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui prononce un arrêt en 1982 dans la rédaction duquel il n'est pas laissé de place au doute sur la question :

> « *… en effet, le poids d'un adolescent de quinze ans*
> *n'est pas sensiblement différent de celui d'un enfant*

[620] Cass. Civ. 1, 5 décembre 1978 ; Bull. Civ. I, n°373, p. 290 ; D. 1980, p. 353.
[621] Cass. Civ. 1, 30 mai 1981 ; Bull. Civ. I, n°236 ; Gaz. Pal. 1982, p. 391, note J. M.
[622] « *… afin d'assurer «* la mise en place de barrières entre cet adolescent et sa mère *», qui l'avait élevé ; attendu qu'il ne résulte ni des énonciations des juges du fond, ni du dossier de la procédure, ni d'aucun autre moyen de preuve que le mineur concerné ait été entendu par le juge des enfants…* ».

de quatorze ans et la surcharge n'a pas gêné le cyclomoteur dans sa manœuvre… »[623].

Une précision s'installe dans la décision citée. En attachant l'adolescence à la minorité, les précédentes décisions en avaient fixé l'achèvement, par ailleurs aléatoire selon que le problème est soulevé avant ou après la réforme du 5 juillet 1974. L'arrêt de la Chambre criminelle de 1982 indique une limite entre l'enfance et l'adolescence qu'elle situe à quinze ans. À cette frontière, l'enfant cède sa place à l'adolescent. Le juge civil ne s'était pas risqué à déterminer les bords de l'adolescence. Peut-être les textes sur lesquels il doit s'appuyer ne le lui permettent-ils pas.

430. Le droit pénal offre des seuils d'âges méconnus du droit civil. Notamment, l'article 222-25 du Code pénal[624] établissant à quinze ans la majorité sexuelle d'une personne[625]. Cette ligne entre l'enfance et l'adolescence tracée par l'arrêt de la Chambre criminelle de 1982 est intéressante car elle s'approche singulièrement de la définition commune de l'adolescence qui coïncide souvent avec la puberté et l'apprentissage de la sexualité. Le juge pénal considère alors l'adolescent comme une jeune personne, libre de profiter des plaisirs de son corps et non majeure à un âge situé entre quinze et dix-huit ans, limites fixées par la loi.

La position de la Chambre criminelle se manifeste rarement, bien que ses décisions où figure le mot « *adolescent* » soient nombreuses, il y apparaît souvent comme une citation du mémoire déposé par le demandeur en cassation ou comme une motivation de l'arrêt attaqué et non comme une motivation de la Cour. Les juges du droit pénal ont réitéré leur attachement à ce que l'adolescence soit confinée entre quinze ans et la majorité dans un arrêt de 1997[626]. Les faits concernaient un mineur « *âgé de quinze ans et deux mois* » que la Cour qualifie dans sa motivation[627] d'adolescent. La terminologie s'est maintenue depuis lors dans de multiples décisions[628].

---

[623] Cass. Crim. 8 décembre 1982 ; inédit.

[624] Article 222-25 du Code pénal : « *Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ».

[625] La majorité sexuelle correspond à l'âge à partir duquel une personne peut librement consentir à des relations sexuelles avec une autre, sans que la majorité du partenaire soit une condition suffisante pour rendre le comportement de ce dernier pénalement répréhensible.

[626] Cass. Crim. 22 janvier 1997 ; Bull. Crim. n°22 p. 53.

[627] Motivation similaire dans un arrêt ultérieur où l'adolescent de seize ans était accusé du crime de son père et de cinq autres personnes (Cass. Crim. 8 octobre 1997 ; inédit).

[628] Notamment : Cass. Crim. 8 octobre 1997 ; inédit (concernant un adolescent de seize ans). Cass. Crim. 25 octobre 2005 ; Bull. Crim. n°262 p. 918.

Bien que le contentieux mettant en cause des adolescents connaisse une inflation sensible depuis le début des années 2000, la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne l'utilise plus dans ses motivations. Elle se limite à des citations du mémoire ou des motivations d'appel. L'usage du mot « *adolescent* » par la juridiction disparaît pendant plusieurs années. Il faut attendre un arrêt du 1er octobre 2003[629] pour que les hauts-magistrats l'utilisent à nouveau. Or, rompant avec l'habitude précédente, l'adolescent dont il est question[630] est âgé de moins de quinze ans :

> « *… ayant alors décidé de se faire passer pour un adolescent de quatorze ans…* ».

Les décisions récentes de la Chambre criminelle ne rapportent pas de certitudes sur l'usage du mot « *adolescent* » ni sur l'acception que les juristes peuvent placer derrière cette terminologie. En matière pénale, depuis le début des années 1980, une évolution de la sémantique autour de cet âge de l'enfance est visible. D'abord figée entre le début de la seizième année et la fin de la minorité, l'adolescence s'est ouverte à une période plus vaste et moins facile à définir. L'évolution semble se confirmer, et la Chambre criminelle paraît abandonner sa vision un peu étriquée de l'adolescence dans un arrêt du 30 janvier 2007. Dans cette décision, la Cour résume les éléments factuels de l'espèce :

> « *… le 18 août 2002, six adolescents encadrés par Choukri O… et Cécile K…* » [631].

Les six jeunes personnes étaient âgées de quatorze à seize ans selon les énonciations de l'arrêt attaqué[632] ce qui dénote un changement dans l'attitude des magistrats pénalistes dans l'appréciation de l'adolescence. Ils paraissent abandonner leur définition un peu stricte pour aborder un point de vue plus souple, plus en prise avec la réalité de cette période de l'existence, plus floue et plus fluctuante que ne saurait l'être un arrêt de la Cour de cassation.

431. La jurisprudence des chambres civiles paraît plus évasive sur ce thème que la jurisprudence criminelle. Un arrêt de la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation[633] introduit l'idée qu'il puisse exister, à partir d'un âge qu'elle estime à dix-sept ans, une

[629] Cass. Crim. 1er octobre 2003 ; Bull. Crim. n°176 p. 703. Même analyse dans : Cass. Crim. 20 septembre 2005 ; inédit ; Cass. Crim. 11 mai 2006 ; Bull. Crim. n°132 p. 482.
[630] Il n'est pas exactement question d'un adolescent mais d'un majeur se faisant passer pour tel sur un site de discussion sur Internet dans le but de soustraire à son interlocuteur, qu'il soupçonne de pédophilie, des photographies ou des vidéos à caractère pornographique représentant des mineurs de quinze ans.
[631] Cass. Crim. 30 janvier 2007 ; inédit.
[632] C.A. Orléans, 22 novembre 2005 ; inédit.
[633] Cass. Civ. 2, 16 juillet 1987 ; inédit.

catégorie interne à l'adolescence : les grands adolescents[634]. Cette catégorie semble néanmoins sujette à caution, puisque la même juridiction semble l'oublier dans sa décision du 3 mars 1988[635].

L'attitude de la jurisprudence française face à l'adolescence n'est pas évidente à capter et l'examen des arrêts criminels ou civils fait état d'une lecture évolutive du concept d'adolescence. L'Assemblée plénière de la Cour n'est pas plus éloquente et n'utilise qu'exceptionnellement une référence à l'adolescence dans ses décisions[636]. Le rôle de la plus haute formation judiciaire française n'est pas d'harmoniser le vocabulaire utilisé par les chambres de la Cour de cassation.

Il est cependant intéressant de constater qu'en la matière, s'agissant même de mineur d'un âge avancé (seize ou dix-sept ans), l'Assemblée plénière ne se risque pas à employer une terminologie semblable à celle des chambres de la Cour. La rigueur qui préside aux débats et aux décisions de cette formation ultime est peut-être à l'origine d'un souhait de ne pas utiliser un vocabulaire dont les contours ne sont pas encore clairement définis, ni par la jurisprudence des juridictions inférieures, ni par les sciences humaines et sociales.

Il n'est pas nécessairement souhaitable que la plus haute formation judiciaire française se saisisse des questions terminologiques, il est même plutôt appréciable qu'elle ne s'en saisisse pas, afin de laisser une certaine latitude d'appréciation aux juridictions du fond, seule à même de permettre à l'adolescence de garder cet aspect un peu flou.

432. La loi attache des sens particuliers à l'enfance qui se définissent soit comme un enfant autonome soit comme un descendant. Dans son objectif d'appliquer la loi générale à la situation factuelle concrète, les mêmes sens du mot « *enfant* » apparaissent logiquement dans la jurisprudence, ce qu'il convient alors d'examiner succinctement.

2. Les différentes significations de l'enfant

433. Dans le Code civil deux grandes significations coexistent pour le terme « *enfant* », selon qu'il est considéré en tant que tel ou comme descendant de ses parents. Toutefois, il faut s'attendre à ce que la jurisprudence, placée dans son rôle d'interprétation de la loi,

[634] « *… les parents de ce «* grand adolescent *» n'avaient pas manqué à leur devoir de surveillance…* ».
[635] « *… cet adolescent de plus de seize ans…* » (Cass. Civ. 2, 3 mars 1988 ; Bull. Civ. II, n°58, p. 31).
[636] Cass. Ass. Plén. 13 décembre 2002 (deux espèces) ; Bull. Crim. 2002, p. 35 (Ces deux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sont les seuls répertoriés où le mot « *adolescent* » apparaisse pour ce qui concerne les décisions de cette formation).

circonscrive plus en détails la personne définie par le Code civil. Dans ce cadre, il est remarquable de pouvoir constater que les juges ne se limitent pas à la dualité réservée par la loi. Dans les arrêts, les jugements et les décisions, l'enfant apparaît dans sa dimension familiale, fils ou fille de parents ; il apparaît également isolément, pris dans sa dimension personnelle. Les catégories définies par la loi et décrites spécifiquement dans le Code civil sont là : l'enfant en tant que tel (a) et l'enfant en tant que descendant (b). L'intérêt premier de l'analyse de la jurisprudence pour tenter de produire les différents sens du terme, réside notamment dans la précision que les juges vont apporter à ce mot que la loi ne définit que peu.

De plus, alors que la loi ne peut se permettre une définition plurielle qui nuirait à une précision plus fine de la terminologie, l'application du droit peut accéder à une approche plus concrète de l'enfant.

Ainsi, à l'enfant dans son contexte familial et à l'enfant dans sa plénitude personnelle, il faut ajouter l'enfant dans sa conception patrimoniale (d), ce qui apparaît le plus souvent dans le droit des successions, l'enfant est alors vu comme un héritier.

Ce serait toutefois limiter l'enfant à des dimensions superficielles si l'enfant isolément et l'enfant parmi sa famille n'étaient pas pris en considération. L'enfant est un être dont la vocation est de s'épanouir, ce que la République reconnaît depuis que l'enseignement est obligatoire et gratuit. L'enfant jusqu'à ses seize ans est un élève, ce qui l'implique nécessairement dans la vie de la société qui l'entoure, ce qu'il convient de prendre en compte en étudiant l'enfant dans son milieu social (c) à travers le regard jurisprudentiel.

a. L'enfant dans sa dimension individuelle

434. La question ne se pose pas tant ici d'étudier les cas où la jurisprudence s'intéresse à la personne de l'enfant que des cas où l'enfant est pris pour lui-même, indépendamment de ses parents, indépendamment de sa famille ou de son patrimoine.

Ainsi, loin de vouloir analyser les termes qu'utilisent les juges lorsqu'ils envisagent le gouvernement de la personne d'un enfant, il s'agit en réalité de voir dans quelles occurrences le mot « *enfant* » (ou ses synonymes en fonction de l'âge de la personne concernée, depuis la période prénatale jusque l'accession à l'âge adulte) est utilisé quand c'est à lui seul que la justice s'intéresse.

Les cas où les juges portent leur attention à un enfant sont restreints. Il faut écarter les situations où l'enfant ne paraît que par le hasard d'une procédure ou par l'évocation de sa

personne si celle-ci est annexe à l'affaire envisagée. Il convient de limiter l'analyse aux cas où l'enfant est personnellement évoqué dans l'affaire, et non les cas où il pourrait en être la cause directe ou indirecte[637].

435. Cette perspective autorise à se pencher sur le cas de l'enfant quand il est victime d'un dommage, d'un délit ou d'un crime. Le cas d'espèce le plus révélateur de l'utilisation d'une terminologie relative à l'enfant par la jurisprudence quand il est pris pour sa personne seule est celui où il n'y a aucun doute sur son caractère d'enfant. C'est le cas où il est victime du crime d'infanticide. Il est pertinent à ce propos de regarder comment la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'accommode de son orthodoxie lexicale quand elle doit rendre un arrêt à ce sujet. Dans un arrêt qu'elle a prononcé le 19 janvier 1993[638], la juridiction pénale a été confrontée à l'espèce d'une femme qui, accouchant seule des suites d'une grossesse qu'elle a menée à l'insu de son époux, croyait[639] son enfant mort-né. Elle abandonne la petite créature, enfermée dans un double sac plastique, sur le bûcher de la maison, avant de se faire accompagner par son époux chez les voisins en prétextant une hémorragie. L'époux, intrigué par les bruissements venant du bûcher, aurait sans doute fait feu sur le sac plastique si sa curiosité ne l'avait incité à l'ouvrir pour constater lui-même l'état de détresse dans lequel se trouvait ce qu'il pensait être un animal blessé moribond. La chambre d'accusation de Paris dans son arrêt du 2 octobre 1992 renvoie la mère devant la Cour d'assises de l'Yonne sous l'accusation de tentative d'infanticide.

L'éventail lexical utilisé par la Chambre est plutôt inhabituel en comparaison à l'application de ses juges pour bien cercler l'adolescence dans des bornes de temps restreintes. Loin de se limiter à la reprise des termes du mémoire de l'avocat[640], la Chambre criminelle s'attache à donner une teinte beaucoup plus réaliste à l'exposé de la situation ; alors qu'il aurait été légitime de trouver cela dans le mémoire, normalement plus proche de la réalité des faits que l'arrêt de la juridiction, en principe plus neutre voire plus âpre. Les extraits du mémoire ne sont pas explicites quant au sexe de l'enfant. Cette absence d'explicitation tranche très nettement avec la description de l'arrêt qui traite « *d'une petite*

[637] Notamment les cas de contestation de filiation appuyée sur la possession d'état (Cass. Civ. 1, 19 mars 1996 ; inédit) ou les situations dans lesquelles l'enfant n'intervient que comme le prétexte d'un contrat de travail (Cass. Soc. 28 avril 1993 ; inédit).
[638] Cass. Crim. 19 janvier 1993, inédit.
[639] L'arrêt de la Chambre criminelle précise « *que, selon ses déclarations, voyant l'enfant inerte et la croyant mort-née…* ».
[640] Le mémoire traite d'un « *enfant nouveau-né* » ou d'un « *enfant* ».

fille ». La juridiction parle aussi d'un « *bébé* » alors qu'il était prévisible de s'attendre à une terminologie plus juridique et moins sensible de la part de ces magistrats.

Cela traduit-il une volonté de la part des juges de la Cour de rendre moins arides leurs arrêts lorsqu'ils sont amenés à traiter de l'enfant nouveau-né en tant que victime ? Cela induirait l'idée que l'âge de la victime entre en compte pour autoriser un vocabulaire aussi proche de la réalité et aussi éloigné du strict lexique juridique. Il est difficile de s'empêcher de rapprocher cette espèce de celle déjà examinée dans laquelle la Chambre criminelle traite de l'adolescence[641]. Dans cet arrêt, quoique annexes à la situation décrite[642], il existait des enfants potentiellement victimes que le mémoire décrit comme des « *jeunes enfants* ». La cour prend acte de l'existence de ces victimes potentielles mais, contrairement à l'arrêt de 1993, elle se contente de les qualifier de « *mineurs* »[643].

La personnalisation de l'enfant, en étendant la simple notion juridique de mineur à des traits relatifs à l'âge (« *bébé* ») ou au sexe (« *petite fille* »), semble se limiter, pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation au cas de l'enfant victime directement concerné par l'affaire. L'éloignement de l'enfant du cœur de l'affaire paraît effacer cette sensibilisation des termes des juges.

La place de victime de l'enfant apparaît comme déterminante pour permettre une forme lexicale plus douce. Dans l'arrêt de 2001[644] relatif à la possibilité de consacrer un embryon comme victime d'un accident de la route, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, en excluant l'embryon du champ de l'article 221-6 du Code pénal, exclut de lui consacrer une terminologie moins juridique[645]. Une semblable remarque peut être faite sur un arrêt antérieur qui refuse de qualifier de délit d'homicide involontaire le fait d'interrompre une grossesse par une lourde erreur d'appréciation du corps médical. La Chambre criminelle limite son vocabulaire à des considérations juridiques, exemptes d'éléments de vocables

[641] Cass. Crim. 1er octobre 2003 ; Bull. Crim. n°176 p. 703.
[642] Intervention d'une personne majeure se faisant passer pour un mineur (adolescent de quatorze ans) afin de soustraire des photographies à caractère pornographique et pédophile de la part d'un tiers.
[643] Le même emploi du mot « *mineurs* » se retrouve pour qualifier les potentielles victimes d'une personne pédophile dans un arrêt du 17 novembre 1992 (Cass. Crim. 17 novembre 1992 ; Bull. Crim. 1992, n°379 p. 1042).
[644] Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001 ; D. 2001, n°36, p. 2907, chron. J. PRADEL.
[645] « *…s'oppose à ce que l'incrimination prévue à l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus* ».

profanes permettant d'indiquer le sexe ou l'état d'avancement du fœtus : « *fœtus* » ou « *enfant à naître* »[646].

D'autres espèces de la Chambre criminelle semblent confirmer l'analyse tendant à déterminer le vocabulaire utilisé pour définir l'enfant en fonction de son caractère de victime. Dans une décision rendue en 1997[647], les hauts-magistrats avaient à connaître d'un cas d'assassinat sur mineur de quinze ans. Tandis que l'article 221-3 du Code pénal définit ce crime[648] en se contentant d'énoncer que la victime est un « *mineur de quinze ans* », la Cour de cassation va donner un éclairage plus sensible de la situation en parlant d'un « *enfant de 16 mois* » ou encore d'un « *bébé* ». L'emploi assez rare en jurisprudence du terme « *bébé* » renforce l'idée que la terminologie utilisée quand l'enfant est victime d'un crime ou d'un délit est spécialement nuancée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

436. Des constatations de même nature peuvent être faites à propos des arrêts des chambres civiles de la Haute juridiction judiciaire. Un arrêt du 10 juillet 2001[649] concerne la situation d'une personne atteinte peu après sa naissance d'une méningite purulente avec abcès cérébraux qui n'avait pas été diagnostiquée par son médecin à la fin des années 1970. Ce qui est intéressant dans cette décision, c'est que l'enfant concerné n'est pas victime d'une affection consécutive à une négligence du médecin qui l'a traité peu après sa naissance. La Cour dégage la responsabilité juridique du corps médical[650]. Pourtant, la juridiction ne se restreint pas à l'utilisation d'un vocabulaire purement juriste. Elle ne se contente pas de dire qu'il s'agissait d'un mineur à l'époque des faits ou d'un enfant. Elle parle d'un « *bébé* », terme qui induit une idée de jeunesse évidente et de fragilité.

L'examen succinct de ces quelques circonstances jurisprudentielles tend vers une conclusion qui serait de l'ordre de l'adoucissement de la terminologie juridique quand l'enfant concerné par les éléments de l'espèce est victime, d'une infraction pénale ou d'un dommage civil. C'est séduisant, mais l'étude d'autres décisions montre que, pour des éléments similaires où l'enfant est considéré comme victime, le vocabulaire utilisé retrouve

---

[646] « *… que cet acte a provoqué une rupture de la poche des eaux rendant nécessaire l'expulsion du fœtus…* » (Cass. Crim. 30 juin 1999 ; Bull. Crim. 1999, n°174, p. 511 ; D. 2000, n°12, p. 181 note G. ROUJOU DE BOUBÉE et B. DE LAMY ; JCP. 2000, II, 10231 note G. FAURÉ ; Dr. Pén. n°4, p. 4 note M.-L. RASSAT ; D. 2000, n°17, p. 169 note L. DUMAINE et C. DESNOYER).

[647] Cass. Crim. 15 octobre 1997 ; inédit.

[648] Article 221-3 al. 2 du Code pénal : « *… lorsque la victime est un mineur de quinze ans et que l'assassinat…* ».

[649] Cass. Civ. 1, 10 juillet 2001 ; inédit.

[650] « *Il n'était en rien établi que M. LAMOTHE, médecin,* […] *ait été en présence de symptômes lui permettant de soupçonner une atteinte de cette nature et d'ordonner des mesures exploratoires, telle une tomodensitométrie, qui en 1979, était un examen d'exception* […] *la cour d'appel a pu déduire que M. LAMOTHE n'avait pas commis de faute* ».

l'implacable rigueur du droit. Loin des « *bébé* », « *jeune homme* » ou « *petite fille* », l'arrêt rendu le 13 juillet 2001 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation[651] qualifie de « *fœtus* » ou simplement d'« *enfant* » le nouveau-né affecté d'une malformation suite à une erreur d'appréciation d'un gynécologue. Bien que ce nouveau-né victime d'une affliction pathologique puisse être considéré comme sensiblement équivalent dans l'idée à celui décrit dans l'arrêt du 10 juillet 2001, l'Assemblée plénière ne colore pas son arrêt de termes reflétant l'âge, le sexe ou la fragilité de la personne.

Lorsque la même juridiction rend quelques mois auparavant l'arrêt « *PERRUCHE* »[652], bien qu'en l'espèce il n'ait jamais été contesté que l'enfant en cause ait été victime d'une atteinte rubéolique liée, selon l'arrêt, à une erreur de diagnostic des médecins empêchant la mère d'exercer son choix en matière d'interruption volontaire de sa grossesse, la juridiction traite l'enfant sans considération supplémentaire pour son état. Il demeure « *enfant* » ou « *mineur* » mais n'est jamais qualifié d'un terme qui lui donnerait une empreinte plus sensible.

437. L'appréciation par la jurisprudence de l'enfant dans son individualité se retrouve à l'opposé naturel de la victime : le responsable. Comment les juges qualifient-ils l'enfant quand il se trouve jugé comme responsable d'un dommage ou coupable d'un délit ou d'un crime ?

Dans un contexte particulier — les conséquences judiciaires des actes commis par des Français ou contre des Français ou encore sur le territoire français après la fin de la seconde Guerre mondiale — la Cour de cassation a eu à évoquer la situation d'un jeune de 18 ans[653]. La seule référence que la Chambre criminelle, dans cet arrêt du 3 août 1950[654], fait à propos du jeune homme est de le qualifier de « *mineur* » ou de le considérer comme un « *inculpé* ».

---

[651] Cass. Ass. Plén. 13 juillet 2001 (trois espèces) ; Bull. 2001, n°10, p. 20 ; D. 30 août 2001, p. 2325 ; JCP. 2001, II, 10601 ; RTDCiv. Octobre – décembre 2001, p. 850 ; Droit et Patrimoine 2001, n°98, p. 28, p. 101 ; Revue Juridique Personnes et famille, Oct. 2001, n°10, p. 20.

[652] Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000 ; Bull. AP, n°9 ; D. 2001, p. 332, note D. MAZEAUD et note P. JOURDAIN ; JCP 2000, II, 10438, rapport P. SARGOS, concl. contr. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS ; Gaz. Pal. 2001, p. 37, note J. GUIGUE, CCC. 2001, n°39, note L. LEVENEUR ; RTDCIV 2001 p. 103, obs. J. HAUSER, p. 149, obs. P. JOURDAIN.

[653] Cette décision intervient dans le cours des différents procès intentés à la suite du massacre de la ville d'Oradour-sur-Glane. Paul GRAFF, 18 ans à l'époque des faits, était le seul mineur engagé dans la division « *Das Reich* » qui a perpétré l'encerclement, l'envahissement, le regroupement et le massacre des femmes dans l'église et la fusillade des hommes dans le chai Denis. Paul GRAFF a été condamné à une peine de six ans de prison à la suite de différents rebondissements judiciaires et politiques de l'époque.

[654] Cass. Crim. 3 août 1950 ; Bull. Crim. 1950 n°227 ; « *grands arrêts de la jurisprudence criminelle* » ; n°100, p. 381, note M. PUECH ; D. 1950 p. 701, note H. DONNEDIEU DE VABRES ; Sirey, I, p. 65, note L. DUCOUR.

Une lexicologie similaire est visible dans un arrêt du 11 juin 1953 rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation[655] et dans d'autres espèces de la même Chambre[656].

438. En dehors des procès de droit pénal où l'enfant pourrait être déclaré coupable, les procès civils peuvent le déclarer responsable. Dans ces cas-là, la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation adopte une approche similaire à celle de la Chambre criminelle.

Dans le cadre d'une situation faisant intervenir la responsabilité des instituteurs du fait des élèves mineurs dont ils ont la charge, sur le fondement de l'article 1384 al. 6 du Code civil, la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation examine le cas d'un garçon « *âgé de 12 ans* » qui a causé un dommage à un de ses congénères en jouant au football dans une cour de récréation. Si la Haute juridiction discute la responsabilité de l'instituteur, elle ne revient pas sur celle de l'enfant, responsable du dommage causé à son camarade :

> « *Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, que, dans une cour de récréation d'une école, le mineur X..., âgé de 12 ans, qui jouait au ballon, fut blessé par un ballon lancé par un autre élève ; que son père a demandé à l'État la réparation du préjudice subi par l'enfant…* »[657].

Le regard porté sur cet attendu de l'arrêt est révélateur de l'utilisation d'une terminologie propre selon que l'enfant considéré est victime d'un préjudice ou en est responsable. La Deuxième Chambre civile énonce que la victime est un « *enfant* » tandis que le responsable de son préjudice est un « *élève* », comme exclu du champ de l'enfance.

La question de la responsabilité d'un enfant trouva à se reposer quelques mois plus tard lors de l'examen de la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur vivant chez eux, sur le fondement du même article 1384 pris dans son quatrième alinéa. À l'occasion d'un examen par la plus haute formation de la Cour de cassation dans l'un des arrêts du 9 mai 1984[658], de nouveau une opposition entre victime et responsable[659] du dommage voit le jour.

---

[655] Cass. Crim. 11 juin 1953 ; Bull. Crim. 1953 n°202 ; GAJC, Cujas, n°33 p. 132, note M. PUECH ; JCP 1953, II, 7708, note J. BROUCHOT ; RSC 1954, p. 117, note P. LEGAL. Dans cette décision un « *mineur de 16 ans* » est déclaré « *coupable du crime d'incendie volontaire* » puis condamné à un placement de deux ans dans une maison d'éducation surveillée.

[656] Cass. Crim. 13 décembre 1956 ; Cass. Crim. 26 mars 1968 ; Bull. Crim. 1968, n°104 ; Cass. Crim. 1er Avril 1968 ; Bull. Crim. 1968, n°114.

[657] Cass. Civ. 2, 2 mars 1984.

[658] Cass. Ass. Plén. 9 mai 1984, « *FULLENWARTH* » ; Bull. 1984, 4 ; D. 1984. p. 525 ; RTDCiv. 1984, p. 508.

L'Assemblée plénière ne semble pas, dans son verbe, exclure le responsable de l'âge de l'enfance. Pour autant, en comparant le préambule de l'arrêt (consacré à la motivation du renvoi de la cause en Assemblée plénière par le Premier Président de la Cour de cassation) au corps même de la décision, il semble que la terminologie change sensiblement. Le préambule explique longuement que Pascal FULLENWARTH est un enfant âgé de sept ans, reprenant à loisir le terme « *enfant* » en le faisant occasionnellement suivre du patronyme du jeune. Le corps de la décision est autre. Le mot « *enfant* » a disparu pour la victime comme pour le responsable, le premier étant qualifié de « *camarade* » lorsque le second reste cantonné à la qualité juridique de « *mineur* », spécialement dans le rappel du principe de l'article 1384 al. 4 du Code civil :

> « *… pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime…* ».

Cet attendu, qui répond à « *la question de principe* » dégagée par l'ordonnance du Premier président de la Cour de cassation du 17 mars 1983, pose un léger problème de rigueur juridique au vu du texte de l'article 1384 que la Cour applique[660]. L'arrêt a simplement écarté l'enfant du texte pour se limiter au qualificatif de « *mineur* » qu'elle transforme alors en substantif ce qui lui confère une importance plus grande sur le plan grammatical. « *L'enfant FULLENWARTH* » présenté dans le mémoire et rapporté dans le préambule de l'arrêt a disparu de la décision, au profit du statut de mineur.

439. Le même jour, la Haute juridiction rassemblée prononce un autre arrêt[661] dont les faits[662] diffèrent sensiblement de ceux de l'arrêt « *FULLENWARTH* ». En cette occasion, s'agissant de la chute d'un enfant provoquant la blessure d'un autre, la Cour paraît faire état d'une plus grande mansuétude terminologique. Contrairement à Pascal FULLENWARTH, Éric

---

[659] En l'espèce, Pascal FULLENWARTH, sept ans, blesse un de ses camarades en jouant avec un arc et des flèches qu'il avait lui-même confectionnés. L'arrêt rapporte qu'il le blesse légèrement une première fois à la poitrine, puis, persistant dans son action, éborgne David FELTEN, de deux ans son cadet, par la deuxième flèche décochée. La Cour d'appel de Metz dans son arrêt du 25 septembre 1979, retient la responsabilité de Pascal FULLENWARTH en raison de ce que « *l'enfant FULLENWARTH a commis un acte objectivement fautif* ».

[660] Article 1384 al. 4 du Code civil, rédaction issue de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 en vigueur en 1984 : « *Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ».

[661] Cass. Ass. Plén. 9 mai 1984 ; Bull. AP. 1984, n°1 ; JCP 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; D. 1984, n°37 p. 525, Concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; Defrénois 1984, p. 557, note R. LEGEAIS.

[662] Dans l'arrêt « *GABILLET* », la situation rapporte qu'Éric, trois ans, fait une chute d'une balançoire de fortune en tenant un bâton. C'est le bâton qui éborgne son camarade Philippe NOYE.

GABILLET est entouré de mots plus profanes que la rigueur juridique du mineur. La cour utilise le mot « *enfant* » qu'elle avait refusé dans l'arrêt précédent et semble lui donner acte de sa jeunesse en retenant « *que le jeune Éric avait l'usage* » du bâton.

L'âge du responsable d'un dommage, dans le contexte de l'utilisation de l'article 1384 al. 4 du Code civil influe sur le vocabulaire qu'utilise la Cour pour le caractériser. La comparaison des arrêts « *FULLENWARTH* » et « *GABILLET* » semble montrer que la Cour fait preuve d'un pragmatisme lexical plus généreux quand il s'agit d'un enfant de trente-six mois qui fait une chute maladroite d'une balançoire de fortune un bâton à la main, que pour un mineur de sept ans qui, sciemment, construit un arc et des flèches pour pratiquer un jeu pour le moins dangereux avec un camarade de cinq ans. La faculté de discernement n'intervient que modérément ici dans la mesure où il est malaisé de concevoir qu'un enfant de trois ans ait à l'esprit la confection d'une arme, de munitions et leur utilisation sur un camarade, *a fortiori* plus jeune que lui. Bien qu'un enfant puisse parfois se montrer dur quand il s'en prend à un de ses congénères, il demeure que la cruauté, comme le sadisme, requièrent une certaine forme de maturité pour pouvoir s'épanouir avec douleur sur d'autres individus plus fragiles.

Ces remarques tendent à être confirmées par l'étude d'arrêts plus récents mettant en cause des jeunes gens plus proches de la majorité civile et plus éloignés des dangers d'une enfance irréfléchie.

La Cour de cassation a examiné deux cas dans deux arrêts du 13 décembre 2002[663]. Les espèces sont sensiblement identiques et mettent en scène des adolescents dans une situation sportive. Une chute consécutive à une action physique a entraîné dans chaque espèce des dommages à un des jeunes présents. Retenant la responsabilité des parents du fait du « *mineur habitant avec eux* », la Cour éloigne à chaque fois l'enfance des responsables des dommages. Qualifiés « *mineur* » par les arrêts, les responsables en cause sont incorporés dans la masse des personnes âgés de moins de dix-huit ans. L'Assemblée plénière n'apporte aucune précision terminologique sur leur âge (adolescent, enfant) ni aucune suggestion implicite quant à leurs facultés de discernement.

440. Cette étude rapide sur la terminologie de la jurisprudence quand l'enfant est pris dans son individualité est révélatrice de plusieurs éléments principaux.

Tout d'abord, contrairement à ce que l'implacable vocabulaire judiciaire pourrait laisser croire — impression accentuée par l'âpreté du vocabulaire législatif utilisé — l'enfant

[663] Cass. Ass. Plén. 13 décembre 2002 ; Bull. 2002, n°5.

ne se résume pas à l'expression de la minorité. La jurisprudence ne le confine pas au cadre aride dans lequel la loi l'a engoncé. La loi ne pouvant pas se permettre, pour des raisons de généralisation et de lisibilité, d'intégrer les critères de jeunesse, de fragilité ou de responsabilité dans sa rédaction, il revenait aux juges d'intégrer tout ce que l'enfant traduit d'humanité et de candeur.

Cependant, la jurisprudence n'accorde pas un vocabulaire juridique atténué à toutes les situations. Il apparaît que la caractéristique de victime, conjuguée à un bas âge, joue en faveur d'un champ lexical plus proche de l'enfant que du mineur. Bien qu'il semble naturel que la jurisprudence se montre plus magnanime envers l'enfant victime qu'envers le responsable d'un délit ou d'un dommage, il demeure que ces derniers ne sont pas affranchis de la bienveillance normale des juges envers l'enfant. Les termes utilisés dans l'arrêt « *GABILLET* » mettent en évidence que le jeune âge du responsable d'un dommage attire la commisération des juges qui ne semblent pas vouloir durcir davantage leur décision en enfermant l'enfant entre les murs parfois austères de la minorité.

De plus, le fait que l'enfant soit la victime d'un dommage ou d'une affliction, n'entraîne pas, à l'inverse, une empathie jurisprudentielle systématique. Il importe pour que s'exprime la relative souplesse des juges à l'égard de l'enfant que sa situation personnelle ne soit pas éclipsée par l'importance de la question juridique. Ainsi quand la question de la responsabilité du médecin du fait d'une naissance se pose, la considération de la jurisprudence à l'endroit de l'enfant est plus importante si la question relève d'un cas d'espèce que si elle soulève un problème plus vaste. La comparaison des arrêts de principe prononcés par la Cour de cassation à propos de l'affaire « *PERRUCHE* » en novembre 2000, avec l'arrêt concernant un cas particulier en juillet 2001 est à ce titre éclairante. Tandis que la question de la méningite purulente appelle une décision d'espèce, s'adaptant aux contours de la situation particulière qu'elle traite, celle de l'arrêt « *PERRUCHE* » distancie la simple douleur des hommes pour traiter un problème éminent de droit. L'importance de la question efface, en augmentant, la réalité de la situation et le juge prend le pas sur l'homme : les inclinations naturelles du second à l'égard de l'enfance sont alors masquées par les préoccupations juridiques du premier. Quand la question s'aggrave, les sentiments humains reculent pour laisser place à la rigueur du droit. VAUVENARGUES prétendait que « *on ne peut être juste si on n'est humain* »[664], il n'empêche que la rigueur, la lisibilité et l'efficacité de la jurisprudence

[664] L. DE CLAPIERS, marquis de VAUVENARGUES : « *Réflexions* ».

commandent à ceux qui en sont les moteurs de s'émanciper de la foule émotive des hommes quand ils veulent en soigner les grands maux.

441. Le vocabulaire utilisé par la jurisprudence quand elle s'arrête sur l'enfant dans sa dimension individuelle montre qu'elle n'est pas imperméable à une certaine dose d'humanisme dans l'aride milieu juridique. La question trouve à nouveau à se poser quand, s'éloignant du seul enfant, il est considéré dans la sphère de sa famille.

b. L'enfant dans sa sphère familiale

442. La thématique abordée dans la question de l'enfant dans sa sphère familiale pose la question de l'utilisation de la terminologie par la jurisprudence quand elle doit examiner l'enfant, non plus dans son individualité, mais en concurrence avec sa famille. Subséquemment, une autre question se pose : comment considérer la notion de « *famille* » quand l'enfant est placé à son centre ?

En se limitant à l'enfant au sens commun dans sa famille, le champ de la question se restreint à l'examen de l'enfant avec ses parents. La notion même de parents n'est pas évidente à cerner, elle peut intéresser les parents immédiats (père et mère) les parents biologiques ou les parents adoptifs, les collatéraux des père et mère, les aïeux, les bisaïeux. Il s'agit de considérer l'enfant dans sa relation avec les personnes auxquelles il est lié par une filiation ascendante.

Mais rien n'interdit à la jurisprudence d'être saisie de la question de l'enfant dans sa relation avec les personnes auxquelles il est lié par une filiation descendante : ses propres enfants.

Quand il est question de l'enfant dans son entourage parental (ascendant ou descendant), l'esprit s'arrête presque aussitôt sur plusieurs thèmes centraux du droit de la famille, notamment sur l'autorité parentale qui s'exerce sur lui ou qu'il exerce sur ses enfants, au divorce où il est susceptible d'être un objet de convoitise et à la filiation dont il est l'acteur central.

➢ *L'autorité parentale : l'enfant objet*

443. L'article 371-1 du Code civil dans son deuxième alinéa explique que l'autorité parentale « *appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et*

permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». La loi ne distingue pas selon que les père et mère sont majeurs ou mineurs, de sorte qu'il est tout à fait possible qu'un mineur soit détenteur de l'autorité parentale. Cette hypothèse ne semble toutefois pas avoir donné lieu à des éléments de jurisprudence, ainsi la notion de parent et l'autorité qui en dépend ne sont-elles pas encore jointes à celle de l'enfance.

L'autorité parentale, bien qu'entièrement tournée vers l'intérêt de l'enfant depuis les années 1990, conserve certains aspects de l'ancienne puissance paternelle du Code de 1804. Cela est spécialement sensible quand les juges expliquent dans de multiples espèces que les parents « *exercent sur l'enfant* » l'autorité dont ils sont titulaires. L'enfant est ainsi soumis à une autorité détenue par ses parents. La notion d'autorité parentale se retrouve dans plusieurs situations civiles ou pénales. C'est le cas notamment, pour ce qui concerne ces dernières, quand une juridiction répressive est saisie concomitamment de la répression d'une infraction et d'un retrait d'autorité parentale sur celui des parents qui a commis le délit sur son enfant.

Dans ces situations, la juridiction pénale a, face à elle, deux cas d'enfant : tout d'abord l'enfant dans sa dimension individuelle puis l'enfant comme personne soumise à l'autorité parentale. Dans un arrêt du 16 février 2005[665], la Chambre criminelle de la Cour de cassation a connu d'une affaire d'agressions sexuelles aggravées d'un père sur son fils « *âgé de 3 à 4 ans* ». La question de la culpabilité du père était moyennement discutée devant la Cour, le pourvoi ne consistant qu'à « *remettre en question l'appréciation souveraine* » des juges du fond sur ce point. En revanche, le pourvoi soutenait que la Cour d'appel de Lyon[666] avait accentué la répression pénale d'une peine complémentaire en retirant totalement l'autorité parentale au père condamné. Ici, bien que se trouvant dans la situation où un mineur est victime d'une infraction pénale, la Cour de cassation n'emploie pas une terminologie plus douce. Elle se limite à rappeler que le retrait de l'autorité parentale appuyée sur l'article 378 du Code civil[667] est une « *mesure de protection des enfants d'ordre purement civil* ». L'enfant en lui-même semble étranger à la question du retrait de l'autorité qui s'exerçait sur lui. L'enfant, victime des agressions sexuelles de son père, a disparu pour laisser place au mineur

[665] Cass. Crim. 16 février 2005 ; inédit.
[666] C.A. Lyon, 16 mars 2004 ; inédit.
[667] Article 378 du Code civil : « *Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant.*
Ce retrait est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part d'autorité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants ».

soumis à son autorité parentale. Le vocabulaire de la Cour semble faire une différence entre l'enfant victime et le mineur soumis à l'autorité parentale.

444. Un arrêt de la Première Chambre civile du 3 novembre 2004 pose une problématique comparable et autorise à porter un regard approchant. La question se posait de savoir si un mineur placé sous la responsabilité de l'Aide sociale à l'enfance était toujours dans la situation de danger dans laquelle il se trouvait à l'origine de son placement quelques années auparavant. Dans un même attendu d'espèce, la question du danger auquel était exposé l'enfant et l'autorité parentale s'exerçant sur lui cohabitent. Les mots employés par la Cour sont à nouveau révélateur de la distinction qu'elle opère entre la personne en danger et l'autre :

> « *... ayant constaté que le père n'avait plus l'exercice de l'autorité parentale, même s'il en avait le droit et que le mineur était pris en charge par le service de l'Aide sociale à l'enfance qui en assumait la garde en application de l'article L. 222-5 du Code de l'action sociale, la cour d'appel a estimé souverainement que l'état de danger dans lequel se trouvait l'enfant lors du renouvellement de la mesure de placement du 28 août 2002 avait disparu* » [668].

L'enfant est exposé au danger, tandis que le mineur est soumis à l'autorité parentale. Cela tend à appuyer l'idée déjà esquissée que la jurisprudence accorde plus de souplesse à son vocabulaire quand l'enfant est victime d'un fait ou exposé à un danger.

445. Un point de vue analogue se retrouve dans un autre arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 mai 2004 qui différencie encore le mineur soumis à l'autorité parentale et l'enfant coupable d'un délit[669] :

> « *Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que la circonstance que les mineurs avaient été confiés, par leurs parents, qui exerçaient l'autorité parentale, à une association gérant un établissement scolaire spécialisé, n'avait pas fait cesser la cohabitation des enfants avec ceux-ci…* » [670].

Un fois encore, une frontière se dresse entre l'enfant et le mineur.

[668] Cass. Civ. 1, 3 novembre 2004 ; Bull. Civ. I, n°246, p. 205 ; RTDCiv. 2005, n°1, p. 100, obs. J. HAUSER.
[669] L'espèce présente deux mineurs placés dans un centre spécialisé pour jeunes aveugles et jeunes sourds qui se sont rendus coupables des délits de violences aggravées et d'extorsion de fonds sur un troisième jeune.
[670] Cass. Crim. 18 mai 2004 ; Bull. Crim. 2004, n°123, p. 470 ; RTDCiv. 2005, n°1, p. 140, obs. P. JOURDAIN.

446. Cette frontière met en évidence une distorsion entre la voix de la jurisprudence et le verbe de la loi. Il est rare, dans le titre IX du livre premier du Code civil relatif à l'autorité parentale, que le mot « *enfant* » soit absent d'un article sur le sujet. Dans l'esprit de la loi, l'autorité parentale est un ensemble de prérogatives dévolu aux parents et s'exerçant sur l'enfant.

Mais ce n'est pas tout, bien que s'exerçant sur lui, l'enfant n'en est pas étranger pour autant, la loi invite même les parents à l'associer à l'exercice de l'autorité qu'ils ont sur lui[671]. La loi du 4 mars 2002[672] s'est attachée à faire de l'autorité parentale une affaire de famille[673], il semble que la jurisprudence s'astreigne à laisser l'autorité parentale aux parents, repoussant du champ de son examen l'enfant qui reste pour elle un mineur[674].

447. Il existe plusieurs explications possibles à ce décalage entre le texte de la loi et la plume de la jurisprudence quand elle s'intéresse à l'enfant dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale.

D'abord, la jurisprudence peut vouloir limiter son vocabulaire en la matière en s'appuyant sur la philosophie même de l'autorité parentale. L'article 371-1 al. 2 du Code civil est explicite sur cette question, elle ne s'exerce que sur un mineur[675]. Dans cette optique, la jurisprudence, en n'utilisant pas le mot « *enfant* » quand elle traite de l'autorité parentale se conforme strictement à l'esprit de la loi. Mais c'est ici un amalgame entre la minorité et l'enfant qui n'est pas satisfaisant et qui masque mal une interprétation erronée des dispositions de l'article 371-1 du Code civil. D'une part, c'est méconnaître en substance l'intitulé du chapitre premier du titre IX qui n'est pas ambigu sur le thème[676]. D'autre part, en éclipsant la personne de l'enfant derrière son statut juridique de mineur, la Cour de cassation choisit de réduire l'enfant à l'expression de son âge. Or, la mise en œuvre des dispositions relatives à l'autorité parentale n'est pas figée pendant la période de vie où elles trouvent à

---

[671] À ce titre, le troisième alinéa de l'article 371-1 du Code civil est éloquent : « *Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ».

[672] Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 mars 2002, p. 4161).

[673] En comparaison, les articles 371-1 et 371-2 anciens du Code civil placent bien davantage l'enfant sous la coupe de la puissance de ses parents. L'article 371-1 ancien du Code civil disposait que l'enfant « *reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation* ».

[674] Un point de vue similaire se dégage d'une lecture d'autres espèces. Cass. Mixte. 9 février 2001 ; Bull. Ch. M. 2001, n°1, p. 1 ; Dr. Fam. avril 2001, n°4 p. 21, note P. GUERDER ; JCP, 25 avril 2001, n°17 p. 817, note T. FOSSIER ; JCP N, n°7, p. 323, note T. FOSSIER. Cass. Civ. 1, 12 décembre 2000 ; Bull. Civ. I, n°322, p. 209 ; JCP, 25 juillet 2001, n°30 p. 1503, note S. JOLLY-ABRAVANEL ; D. 2001 p. 2064, note J. RAVANAS. Cass. Civ. 1, 23 février 1999 ; Bull. Civ. I, n°66 p. 43. Cass. Civ. 1, 2 décembre 2997 ; Bull. Civ. I, n°344, p. 234.

[675] Article 371-1 al. 2 : « *…jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant…* ».

[676] Chapitre premier du titre IX du livre premier du Code civil : « *De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant* ».

s'appliquer à l'enfant. Les éléments de jurisprudence examinés ne permettent pas de différencier selon que l'autorité parentale s'applique à un enfant en bas âge ou à un jeune adolescent. Bien que les attributs n'en changent pas avec l'âge de l'enfant (les parents ne perdent pas de prérogatives sous prétexte que leur enfant mûrit, grandit, évolue), la pratique de l'autorité mue avec les changements des enfants.

448. Les juges décident apparemment, dans leur vocabulaire, de ne pas intégrer l'enfant à l'autorité parentale. C'est une affaire d'adultes. Ce sentiment est renforcé par un rappel de la Chambre mixte de la Cour de cassation dans son arrêt du 9 février 2001. La Cour énonce que « *l'article 374, alinéa 3, du Code civil ne mentionne pas l'enfant parmi les demandeurs habilités à obtenir une modification des conditions d'exercice de l'autorité parentale…* »[677].

L'enfant n'est en somme qu'un vecteur d'exercice de l'autorité que ses parents détiennent sur lui. Il peut, à leur discrétion, participer à sa mise en place, mais il n'est pas concerné par les décisions la modifiant, la restreignant, la limitant ou l'interdisant.

Si l'autorité parentale est dirigée vers l'enfant et exercée dans son seul intérêt, elle demeure une affaire de « *grandes personnes* », affaire à laquelle le mineur est, pour la jurisprudence, totalement étranger.

Le divorce, situation où l'enfant peut parfois se trouver objet de convoitise, est également un thème du droit de la famille où la terminologie de la jurisprudence peut être intéressante à étudier.

➢ *Le divorce : l'enfant sujet*

449. « *Le divorce est, autour de nous, une souffrance et, en chacun de nous, une question morale* » constate, amer, M. CORNU en prolégomènes infrapaginaux de son étude de la question[678]. Le contexte moral du divorce avait été maintes fois abordé par Françoise DOLTO lors de ses conférences filmées. L'éminente pédopsychiatre exposait qu'il était important, pour que la rupture se fasse le moins douloureusement possible pour le jeune enfant, qu'il ait bien conscience que si le couple marié se séparait, ses parents restaient

[677] Cass. Mixte. 9 février 2001 ; Bull. Ch. M. 2001, n°1, p. 1 ; Dr. Fam. avril 2001, n°4 p. 21, note P. GUERDER ; JCP, 25 avril 2001, n°17 p. 817, note T. FOSSIER ; JCP N, n°7, p. 323, note T. FOSSIER.
[678] G. CORNU : « *Droit civil, la famille* » ; Montchrestien, 8ème édition, 2003, p. 489, note infrapaginale n°1.

présents pour lui. Une traduction juridique de ce point de vue psychologique est évoquée dans les deux premiers alinéas de l'article 373-2 du Code civil[679].

Quels qu'attentifs puissent être les parents à l'avenir de leur enfant dans une procédure de divorce, il reste que rarement l'enfant en sort indemne. Le divorce des parents est autour d'eux une souffrance.

Les conséquences du divorce sur l'enfant sont multiples. Il serait redondant de reprendre les éléments liés à l'autorité parentale déjà examinés. Il n'est pas vain, en revanche, de poser un regard rapide sur la terminologie utilisée par la jurisprudence quand elle est saisie d'un problème de résidence habituelle[680] de l'enfant ou d'une question de pension alimentaire.

450. La résidence habituelle et le droit de visite sont des conséquences du divorce qui intéressent immédiatement l'enfant du couple en voie de séparation. Cependant, ce n'est pas à l'enfant de décider s'il vivra chez l'un de ses parents ou s'il ira voir à l'occasion celui chez lequel il ne vit pas. Un arrêt de la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation[681] le rappelle en expliquant qu'un cour d'appel viole l'article 288 ancien du Code civil[682] en décidant que « *l'exercice du droit de visite et d'hébergement de la mère sur son enfant mineur s'exercera à l'amiable et au gré de ce dernier* ». L'enfant du couple n'a pas à choisir les modalités. Il est cependant un enfant, bien que qualifié de mineur par la Cour. Cette dernière précision n'a de sens que parce que l'enfant majeur n'est pas soumis à ce droit de visite et d'hébergement.

Des constatations lexicologiques identiques peuvent être faites sur d'autres jurisprudences dans des domaines divers se rapportant aux conséquences personnelles ou pécuniaires du divorce.

---

[679] Article 373-2 du Code civil : « *La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.*
Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ».

[680] Auquel sont jointes les questions du droit de visite et du droit d'hébergement.

[681] Cass. Civ. 2, 22 octobre 1997 ; Bull. Civ. II, n°255, p. 150 ; JCP 1998, II, 10014, note T. GARÉ ; D. 1998, somm. 293, obs. N. DESCAMPS-DUBAELE ; RTDCiv. 1998, p. 95, obs. J. HAUSER.

[682] Article 288 ancien du Code civil : « *Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants et doit être informé, en conséquence, des choix importants relatifs à la vie de ces derniers. Il y contribue à proportion de ses ressources et de celles de l'autre parent.*
Un droit de visite et d'hébergement ne peut lui être refusé que pour des motifs graves.
Il peut être chargé d'administrer sous contrôle judiciaire tout ou partie du patrimoine des enfants, par dérogation aux articles 372-2 [ancien] *et 389* [ancien]*, si l'intérêt d'une bonne administration de ce patrimoine l'exige* ».

En matière de pension alimentaire, la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a décidé que les ressources des parties doivent être estimées pour fixer le montant de la « *pension alimentaire due au titre de la contribution à l'entretien de l'enfant commun* »[683]. De même pour ce qui concerne la fixation de la prestation compensatoire, la Cour de cassation estime que « *le juge ne peut prendre en considération les sommes versées par l'autre conjoint au titre de la contribution à l'entretien des enfants* »[684].

La présence de l'enfant est beaucoup plus perceptible dans ce domaine qu'elle ne l'est dans l'examen de l'autorité parentale. Toutefois, la jurisprudence affiche une neutralité visible quant à la qualification qu'elle donne de cet enfant. Certes, reste-t-il un mineur, mais il n'est pas autrement qualifié par les juges. Il n'y a pas de tendresse particulière : le juge intègre l'enfant à la procédure de divorce, sans doute pour éviter d'en faire une victime de celle-ci ou pour ne pas le réduire à l'objet des convoitises de ses parents.

451. Dans le cadre du divorce, contrairement à l'autorité parentale, l'enfant est totalement présent dans la procédure. L'article 259 du Code civil dispose en effet que les enfants du couple peuvent être entendus, excepté « *sur les griefs invoqués par les époux* ». L'enfant a donc son mot à dire pour ce qui peut concerner, non le divorce au fond, mais ses conséquences pour la vie de la famille. Le verbe de la Cour de cassation dans le domaine du divorce semble donner acte à la loi de ce que l'enfant ne se réduit pas à un mineur dans ce cadre. Le divorce du couple a nécessairement des conséquences pour lesquelles il doit pouvoir intervenir.

Dans le divorce, il importe de distinguer la séparation et la fin du couple marital, qui ne relève que du seul choix des époux, des effets personnels et patrimoniaux de la procédure qui, nécessairement, interviennent sur le quotidien de l'enfant. À sa façon, la jurisprudence insère l'enfant à la procédure en ne se limitant pas à le qualifier de mineur. Le divorce concerne l'enfant dans son aspect individuel, il est partie intégrante de la famille de ses parents, même s'ils décident quant à eux, de mettre fin à leur relation de couple.

[683] Cass. Civ. 2, 17 octobre 1985 ; Bull. Civ. II, n°157 ; RTDCiv. 1987, p. 303, note J. RUBELLIN-DEVICHI.
[684] Cass. Civ. 1, 25 mai 2004 ; Bull. Civ. I, n°148 ; D. 2004, IR, n°1709 ; Gaz. Pal. 2004, n°2556, concl. J. SAINTE-ROSE ; Defrénois 2004, n°1677, obs. J. MASSIP ; Dr. Fam. 2004, n°122, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RTDCiv. 2004, p. 492, obs. J. HAUSER.

Pour paraphraser les mots de M. TERRÉ, la famille est pareillement une condition du divorce[685].

En dehors des attributs de la parenté, et loin des soucis du divorce, s'il est un domaine qui ne saurait exister sans l'enfant, c'est naturellement la filiation.

➢ *La filiation : l'enfant personne*

452. « *La filiation est le lien qui unit un enfant à son père et à sa mère. En tant que telle, elle fonde la parenté et résiste aux turbulences qui peuvent faire vaciller ou éclater la cellule familiale* »[686]. Depuis 1972 et avec l'évolution de la pratique judiciaire, le droit français de la filiation s'est lentement tourné vers l'intérêt de l'enfant, au point d'en faire un centre de gravité avec l'ordonnance du 4 juillet 2005[687]. Cela est vu comme un aboutissement ou comme un danger, selon qu'il est jugé que l'intérêt de l'enfant y est préservé ou exposé.

La question de la filiation se sépare en deux axes majeurs : la filiation biologique[688] et la filiation juridique. L'intérêt de l'enfant est au cœur des préoccupations de la jurisprudence lorsqu'elle se penche sur les contestations de filiations biologiques et sur les questions de filiations juridiques.

En fait de filiation, la jurisprudence est innombrable ; il s'agit d'en faire ressortir les grands aspects au travers d'arrêts essentiels sur la question, bien que le choix soit nécessairement restrictif.

453. Concernant la filiation biologique, un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation est relativement représentatif de la sémantique utilisée par la jurisprudence quand il s'agit de filiation et de la place de l'enfant dans ce domaine.

L'arrêt du 12 janvier 2000[689] concerne le cas d'une substitution d'enfant depuis le Brésil vers la France[690]. Cette affaire est le confluent du droit civil de la filiation (pour toutes

---

[685] « *Il y aurait là de quoi remettre peut-être en cause l'idée, fort répandue chez les juristes, suivant laquelle le mariage est une condition de la famille, alors que c'est plutôt la famille qui est une condition du mariage* ». F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème éd. Dalloz 1996, p. 258.

[686] L. FABIUS, J.-P. BRET : « *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir. Tome I* » ; Rapport de l'Assemblée Nationale, 6 mai 1998, p. 25.

[687] Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (JORF, 6 juillet 2005, p. 11159).

[688] La filiation biologique correspond à ce que M. CORNU appelle la filiation par nature, par opposition à la filiation juridique qui comprend les filiations adoptives (adoption simple ou adoption plénière) et l'assistance médicale à la procréation.

[689] Cass. Crim. 12 janvier 2000 ; Bull. Crim. 2000, n°21, p. 45.

[690] Deux concubins ont ramené du Brésil vers la France un nouveau-né avec la complicité frauduleuse de deux médecins. Grâce à eux, ils ont pu obtenir de faux certificats de naissance qui leur ont permis de déclarer l'enfant

les conséquences juridiques liées à l'établissement de la filiation par déclaration de la naissance en mairie) et du droit pénal. Dans cette décision, où pourtant l'enfant n'est victime d'aucun délit mais en est l'objet, à aucun moment le terme « *mineur* » n'apparaît. La Cour parle bien d'un enfant, nouveau-né qui a été déclaré comme enfant d'un couple qui ne l'a ni conçu, ni porté, ni accouché. C'est l'enfant qui est au cœur de la problématique.

454. En se rapprochant du droit de la filiation pur, il est intéressant de regarder un arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 7 mars 2000[691]. La décision oppose ici nettement l'enfant et le mineur. Le mineur est identifié dans ses rapports juridiques avec la personne morale qui le représente à l'instance[692], alors que l'enfant est celui qui a des liens de filiation établis avec le père[693] auquel il est réclamé une pension alimentaire.

Ici le mineur fait référence à un critère d'âge : il n'est pas capable d'agir seul, il a besoin d'être représenté. Ce n'est pas le cas de l'enfant, qui, indépendamment de tout critère lié à son âge, est le fils du défendeur. Dès qu'il s'agit d'un problème lié à la capacité de l'intéressé, c'est au mineur qu'il est fait référence. En revanche, si le regard se pose sur la personne physique, indépendamment peut-être d'une connotation juridique, c'est à la notion d'enfant qu'il est fait appel[694].

455. Pour terminer avec la question de l'enfant dans sa sphère familiale, il faut avoir un dernier regard sur la question de l'enfant adopté, en apportant sensiblement les mêmes constatations : l'enfant est adopté mais le mineur est représenté par ses parents. Ainsi la question du consentement à l'adoption plénière d'un jeune Marocain concernera-t-elle « *le représentant légal du mineur* » alors que la procédure d'adoption en tant que telle concerne un enfant[695]. Il semble que la jurisprudence procède souvent à ce genre de dichotomie entre le

---

subtilisé comme étant le leur auprès de l'officier de l'état civil de la mairie de Rosny-sous-Bois. Les concubins ont été poursuivis puis renvoyés devant le Tribunal correctionnel de Paris du chef de substitution, simulation ou dissimulation d'enfant. La Cour d'appel de Paris les a condamnés, en seconde instance, à trois ans d'emprisonnement avec sursis.

[691] Cass. Civ. 1, 7 mars 2000 ; Bull. Civ. I, n°76 p. 52.

[692] « *L'office cantonal de l'Enzkreis, agissant en qualité de curateur du mineur* ».

[693] « *M. X… devait être réputé le père de l'enfant Holger Y…* ».

[694] Une remarque semblable peut être faite à partir de la lecture d'un autre arrêt. Cass. Civ. 1, 21 septembre 2005 ; Bull. Civ. I, n°340, p. 282 ; RTDCiv. 2005, n°4, p. 769, obs. J. HAUSER ; D. 2006, n°3, p. 207, obs. M. LAMARCHE. La Cour distingue à nouveau entre le mineur représenté par sa mère lors d'une action en recherche de paternité et l'enfant, seul titulaire de l'action. Le critère d'âge et de capacité est pris en considération : l'enfant n'a pas d'âge pour être titulaire de l'action qui lui est reconnue par la loi, tandis que, pour être représenté par sa mère lors d'une action, il est indispensable que l'enfant ne puisse pas agir seul. L'incapacité juridique commande qu'on qualifie un enfant de mineur ou qu'on ne lui ajoute aucun qualificatif s'il n'a pas besoin d'être représenté.

[695] Cass. Civ. 1, 25 janvier 2005 ; Bull. Civ. I, n°34 p. 27. Cass. Civ. 1, 10 octobre 2006 ; Bull. Civ. I, n°431, p. 370. Cass. Civ. 1, 10 mai 1995 ; Bull. Civ. I, n°198, p. 142 ; Petites Affiches, 13 mars 1996, n°32 note J. MASSIP.

mineur incapable représenté par un tiers (le plus souvent ses parents) et l'enfant titulaire de droits et de prérogatives.

456. De ces quelques éléments jurisprudentiels, il est possible de tirer des informations concernant la terminologie des juges dans leurs rapports avec l'enfant quand il est pris dans son milieu familial. Il ressort que deux éléments s'opposent : le mineur et l'enfant. Ils ne s'opposent toutefois pas systématiquement, et il n'est pas rare que l'enfant soit qualifié de mineur, ce qui traduit un amalgame des notions.

Dans la majeure partie des cas, la jurisprudence s'attache à utiliser le mot « *enfant* » quand il est partie à l'affaire et que c'est à sa personne que la décision s'intéresse. C'est le cas en matière de filiation et parfois en matière de divorce.

En revanche, le terme « *mineur* » est réservé aux cas où la personne concernée n'est pas partie à l'instance — notamment les situations d'études de l'autorité parentale — et dans lesquels c'est l'incapable qui prime sur la personne de l'enfant.

Une analyse sur le même mode doit être faite pour ce qui concerne l'enfant dans son milieu social.

c. L'enfant dans son milieu social

457. L'environnement social de l'enfant n'est pas très vaste, comparé à celui d'un adulte. Sa vie professionnelle ne saurait débuter avant qu'il n'atteigne l'âge de seize ans. Dans ce contexte, l'épanouissement social de l'enfant se trouve dans les milieux de vie qu'il partage avec d'autres, en dehors de son cercle de famille, comme à l'école. Mais il faut aussi envisager le cas de l'adolescent placé en apprentissage qui débute sa vie professionnelle.

458. La vie professionnelle émergeante de l'enfant le fait-elle entrer de plain pied dans le monde adulte ? La jurisprudence de la Cour de cassation estime-t-elle, dans sa façon de formuler ses décisions, que l'enfant reste un enfant, éventuellement caractérisé par son âge et son incapacité, ou qu'il est devenu adulte ? Autrement dit : le statut social, complément de la personne prévaut-il sur le statut juridique de mineur ou sur la personne de l'enfant ?

L'interrogation autour de l'apprenti enfant ne se pose pas souvent dans les recueils de jurisprudence. Ce sont surtout les juridictions sociales et criminelles de la Cour de cassation qui sont saisies de ces affaires.

Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation apporte les premiers éléments de réponse. Elle estime dans un attendu de principe que « *lorsque la résiliation du contrat d'apprentissage intervient sur accord exprès des parties, elle doit être constatée par écrit signé par l'employeur, par l'apprenti ainsi que, s'il est mineur, par son représentant légal* »[696]. L'enfant a-t-il disparu au profit de l'apprenti ? Il est tentant de répondre affirmativement à cette interrogation tant le contexte de l'arrêt prête à étudier les conséquences sociales de la rupture du contrat. La jeunesse de l'apprenti n'entre pas en ligne de compte dès que l'espèce porte sur les relations professionnelles qu'il entretient avec sa hiérarchie. Une absence de qualification particulière relative à l'apprenti enfant est souhaitable. Il n'est pas envisageable qu'une juridiction prenne en compte la jeunesse d'une personne, même de façon implicite dans l'expression d'une décision de justice, pour atténuer les conséquences des actes juridiques qu'elle passe dans le cadre de sa vie professionnelle. Les relations de travail qu'entretiennent un apprenti et son employeur relèvent du seul droit du travail, indépendamment des circonstances particulières, liées à l'âge de l'apprenti, qui pourraient entourer la conclusion du contrat de travail. De cette façon, quand un arrêt de la Cour de cassation, ou un arrêt des juges du fond, traite la question des relations entre un apprenti et son employeur, peu important l'âge du premier, il n'a pas à infléchir son vocabulaire en qualifiant l'apprenti d'enfant ou de mineur.

D'autres décisions de la Chambre sociale[697] vont dans le même sens et se contentent de qualifier l'intéressé d'apprenti dans les relations qu'il entretient avec son employeur. Le statut de mineur n'est mentionné qu'en ce qui concerne sa représentation par son parent.

Quand il est pris dans son travail, l'enfant s'efface derrière son statut social. Il est apprenti, sa minorité n'étant qu'un élément supplémentaire indépendant de son cadre professionnel. Cependant, la question de l'apprentissage dépasse amplement la juridiction de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

459. Il existe d'autres cas où l'enfant est un apprenti, notamment en matière de responsabilité civile, sur le fondement de l'article 1384 du Code civil pris dans son sixième alinéa. Une décision de 1985 prononcée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation[698] pose la question de la concurrence entre la responsabilité des parents ou celle de l'artisan

[696] Cass. Soc. 1er février 2005 ; Bull. Civ. V, n°40, p. 37.
[697] Cass. Soc. 10 avril 2002 ; inédit. Cass. Soc. 18 juillet 2001 ; inédit. Cass. Soc. 12 mars 1987 ; Bull. Civ. V, n°138, p. 88. Cass. Soc. 13 mai 1976 ; Bull. Civ. V, n°282 p. 233.
[698] Cass. Crim. 2 octobre 1985 ; Bull. Crim. n°294.

quand un apprenti mineur, provoque des dommages à un tiers pendant ses heures et sur son lieu de travail. La réponse de la juridiction est de considérer que sur son lieu de travail et pendant ses heures d'activités, la responsabilité du commettant se substitue à celle des parents. La Cour ne traite pas du mineur, elle traite de l'apprenti. Ici le rôle social est déterminant de la responsabilité engagée, l'enfant s'efface et l'apprenti fautif engage la responsabilité de l'artisan qui l'a engagé[699].

460. Il importe peut-être de poser un bémol à la clé de cette analyse. Le statut d'apprenti n'est pas un statut normal pour un enfant, il n'est ouvert qu'à partir d'un certain âge et postule au départ une certaine maturité de la part du jeune pour s'insérer dans une vie professionnelle. Sans se lancer dans des comparaisons maladroites, il serait possible de dire que l'apprentissage est à la vie professionnelle ce que l'adolescence est à la vie d'adulte : une phase d'insertion volontaire pour une préparation active à une vie future. Conséquemment, quand un jeune signe un contrat d'apprentissage, il endosse un aspect social qui n'est pas principalement celui des autres jeunes de son âge. Il choisit ainsi, d'une façon délibérée, d'adhérer à un monde et à un milieu qui ne sont pas son environnement traditionnel. Il quitte les berges de l'enfance pour avancer un peu plus rapidement vers les rives de l'âge adulte. Dans ce sens, il n'est que juste que la Cour de cassation, quelle que soit sa formation, accorde à l'apprenti la place qu'il a choisie. Ce serait négliger les choix d'un jeune que de ramener ses vœux à l'expression de la volonté encore fragile de l'enfant. L'apprentissage participant de la responsabilisation de l'enfant, c'est naturellement que la jurisprudence le voit, non plus comme un simple enfant mais surtout comme un apprenti, une personne qui veut entrer dans la vie professionnelle et qui doit, à ce titre, être considéré comme tel et non plus comme un enfant. Par delà la question de la terminologie, et en s'intéressant également un peu au fond, la philosophie générale de la jurisprudence de la Cour de cassation est plus claire, quand entrent en concurrence la responsabilité des parents du fait de l'enfant mineur vivant avec eux et celle de l'artisan du fait de son apprenti. Dans la perspective, même symbolique, de responsabiliser l'enfant, il convient d'en prendre acte et d'engager la responsabilité de l'employeur et non celle des parents, la jurisprudence ayant reconnu, à ce titre que « *les différentes responsabilités du fait d'autrui sont alternatives et non cumulatives* »[700].

[699] Les mêmes constatations doivent être faites dans une affaire antérieure. Cass. Crim. 14 mai 1980 ; Bull. Crim. n°146 ; RTDCiv. 1981, p. 158, note G. DURRY.
[700] Cass. Civ. 2, 18 mars 1981 ; Bull. Civ. II, n°69 ; D. 1981, IR, 319, obs. C. LARROUMET.

461. Qu'en est-il si l'enfant est replacé dans son milieu social de référence : l'école ? Il est question alors des cas de jurisprudences mettant en cause des élèves. La nuance n'est pas si mince entre l'élève et l'apprenti. Contrairement à l'apprenti, l'enfant est élève à tout âge, dès qu'il s'assied sur les bancs d'une école ou d'une institution d'enseignement et jusqu'à ce qu'il la quitte. Ensuite — et ici la nuance se situe sur le plan de l'expression de la volonté — l'enfant ne choisit pas d'être élève. La scolarité étant obligatoire en France, le statut d'élève est un statut subi et non choisi, ce qui le différencie totalement de l'apprenti.

Si la différence de statut est sensible, la nuance dans le traitement par le vocabulaire des juridictions ne l'est pas. En effet, la Cour de cassation, quand elle est saisie d'un dommage causé à un élève ou par un élève se contente de qualifier celui-ci d'élève. Elle reprend toutefois, à l'occasion les différentes atténuations qu'elle peut retenir quand elle s'occupe de l'enfant dans sa dimension individuelle[701]. L'exemple d'un arrêt de la Chambre criminelle[702] du 31 janvier 1995 illustre concrètement le vocabulaire employé par la Cour quand un enfant est pris comme victime[703] alors qu'il se trouve dans la position d'un élève. Dans cette espèce, les termes utilisés par la Cour sont variés parmi l'éventail des termes utilisables (enfant, mineur, élève, camarade). Selon que l'enfant est pris comme victime, comme soumis à l'autorité de l'instituteur ou représenté par ses parents, la Cour utilise une terminologie adaptée. Il est qualifié d'enfant quand il est vu comme victime[704], élève quand il est appréhendé dans ses rapports avec son enseignant[705], et mineur quand l'arrêt est en rapport avec sa représentation par ses parents[706]. L'absence d'expression particulière de fragilité vis-à-vis de l'enfant de neuf ans vient peut-être de ce que cet élève était « *indiscipliné et perturbateur* » selon l'arrêt d'appel[707].

462. En société, l'enfant appréhendé par la jurisprudence semble perdre de sa candeur au profit d'une appellation sociale rigide : élève ou apprenti. Certes en va-t-il de la clarté des

[701] Sur ce point, Cass. Civ. 2, 7 juin 1990 ; Bull. Civ. II, n°129, p. 67 ; Cass. Civ. 2, 2 février 1994 ; Bull. Civ. II, n°44 p. 26 ; Cass. Civ. 2, 4 juin 1997 ; Bull. Civ. II, n°168 p. 100.
[702] Cass. Crim. 31 janvier 1995 ; Bull. Crim. N°38 p. 89.
[703] Un jeune garçon de neuf ans est sévèrement tiré par l'oreille par son enseignant dans le but de le ramener face au tableau noir. L'enseignant ne lâchera l'oreille de l'élève que quand il se laissera tomber au sol. L'instituteur a été condamné pour violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail de moins de huit jours commises sur une personne hors d'état de se protéger elle-même.
[704] « *L'article 2 précité ne permet pas d'exclure la réparation du préjudice, de quelque origine qu'il soit, causé à l'enfant volontairement ou non par l'instituteur lui-même…* ».
[705] « *… l'action civile en réparation du dommage ne pouvait être suivie contre l'instituteur, par l'élève représenté par ses parents…* ».
[706] « *… à verser aux époux X… agissant tant en qualité de leur fils mineur qu'en leur nom personnel…* ».
[707] C.A. Amiens, 2 novembre 1993 ; inédit.

arrêts, mais leur statut n'étant pas le même, une nuance dans la terminologie employée aurait pu être apportée.

La notion d'élève n'emporte-t-elle pas une certaine fragilité par rapport à celle d'apprenti ou de commis ? L'enfant n'est-il pas un peu plus dépendant de l'autorité de l'adulte, n'est-il pas un peu plus placé sous la responsabilité d'une institution républicaine que le commis ou l'apprenti ? Ces derniers apparaissent davantage dans une situation adulte que l'élève.

PRÉVERT ne dépeignait pourtant pas un adulte quand il décrivait son cancre dessinant « *sur le tableau noir du malheur* »[708].

463. Les juges quand ils traitent de l'enfance dans son milieu social s'attachent à son statut plus qu'à sa jeune personnalité. C'est lui attacher de l'importance. Est-ce le cas quand l'enfant est considéré face à son patrimoine ?

d. L'enfant et son patrimoine

464. De par son aspect fragile, candide et peu responsable, il n'est pas habituel qu'un enfant soit à la tête d'un patrimoine. Cela fait partie des anomalies que le droit ne gère pas en dehors de la jurisprudence et du statut des mineurs. Dès le moment où, conçu, il naît viable, l'enfant à tout âge est habile à succéder.

La jurisprudence, à nouveau, fait écran avec la qualité d'héritier que l'enfant acquiert dès le décès de la personne à laquelle il succède. Les juges s'éloignent de la notion d'enfant telle qu'elle est dans le Code civil, dans la mesure où, cette appellation désigne, de façon générale, toute personne qui possède un lien de filiation avec le *de cujus*[709]. Partant, le terme « *enfant* », trop général, est pratiquement absent des rares espèces[710] qui traitent des héritiers mineurs. L'unique élément permettant de différencier l'héritier est son qualificatif de mineur. En dehors de cette précision sémantique, la Cour de cassation n'apporte aucun élément supplémentaire lié à la fragilité du mineur ou à son âge.

---

[708] J. PRÉVERT, G. LEFEUVRE : « *Le Cancre* » ; Complexe, 2006.

[709] Article 734 du Code civil : « *En l'absence de conjoint successible, les parents sont appelés à succéder ainsi qu'il suit :*
1° Les enfants et leurs descendants… ».

[710] Cass. Civ. 1, 11 décembre 1985 ; Bull. Civ. I, n°350, p. 314 ; D. 1986, n°27, note J. MASSIP. Cass. Com. 26 mai 1983 ; Bull. Civ. IV, n°152. Cass. Civ. I, 13 décembre 1988 ; Bull. Civ. I, n°362, p. 245. Cass. Civ. 1, 3 décembre 1996 ; Bull. Civ. I, n°439, p. 305. Cass. Crim. 1er juin 1965 ; Bull. Crim. n°149. Cass. Soc. 17 décembre 1964 ; Bull. Civ. V, n°858. Cass. Civ. 1, 26 mars 1962 ; Bull. Civ. 1, n°177. Cass. Civ. 1, 14 mars 1995 ; inédit. Cass. Civ. 1, 21 octobre 1997 ; inédit. Cass. Civ. 1, 5 janvier 1999 ; inédit.

465. À nouveau ici, la qualité l'emporte sur la personnalité et sur ses particularités. Lorsqu'un enfant (au sens non juridique du terme) est héritier, il perd de sa jeunesse pour pénétrer d'un bloc dans le droit des successions. Il n'attire plus guère la bienveillance des magistrats : il est héritier comme un majeur le serait. Ce faisant, la jurisprudence accède à la logique de l'article 725 du Code civil : il n'y a pas plusieurs catégories de personnes ayant la qualité de successible, il n'y a qu'un groupe, celui des héritiers.

466. L'examen de la sémantique de la jurisprudence dans les différentes acceptions qu'elle peut donner de l'enfant montre que les juges ne sont pas insensibles à l'enfance. Elle a irrigué l'aridité du vocabulaire juridique sans que les juges s'en émeuvent. Toutefois, la rigueur juridique prend le dessus dès que l'enfant qui n'est plus pris individuellement, mais dans sa dimension patrimoniale.

Ainsi, dans son milieu familial ou social, ainsi qu'en tant qu'héritier, l'enfance s'efface-t-elle derrière la qualité de la personne : élève, apprenti, commis, héritier, successible ou mineur.

Les décisions ne montrent finalement qu'un semblant de sensibilité qu'en présence d'un jeune enfant victime ou responsable d'un dommage ou d'un délit. En dehors de ce cas particulier (et dans les conditions déjà examinées), l'enfant vu par la jurisprudence se résume souvent à un mineur.

La voix du juge entretient l'amalgame entre les deux notions, cependant que le droit, à travers le Code civil a essayé de donner des définitions concrètes à l'enfance. Et même si ces définitions restent attachées à d'autres, elles ont le mérite d'exister et de permettre une approche de l'enfance selon le droit.

§ 2 – Les définitions hétéronomes de l'enfant

467. Le Code civil permet d'entrapercevoir l'enfant dans plusieurs de ses articles. En effet, certaines de ses dispositions autorisent une approche plus conceptuelle de cette personne floue. Le halo d'incertitude qui entoure l'enfant dans le Code civil provient notamment de ce qu'il n'existe pas plusieurs peintures de l'enfant. Il n'est pas dépeint dans ses obligations scolaires, il n'est pas dépeint dans ses droits quotidiens, ni dans ses prérogatives juridiques. Sur ce point ; il est courant de retenir l'objection classique que les droits de l'enfant sont énumérés dans le Code civil au titre des tutelles et des mineurs. Mais cette objection d'évidence ne tient pas la contre remarque que l'enfant et le mineur sont dissociables et

doivent être dissociés. La minorité est un statut qui concerne toute personne âgée de moins de dix-huit ans, tandis que l'enfant est une personne dont l'âge n'est pas fixé.

Dans cet ordre d'idées, une fois de plus, ramener l'enfant à la définition du mineur donnée par l'article 388 du Code civil est réducteur et simpliste : l'enfant ne saurait se réduire à un âge et cette définition appuyée sur la maturité biologique de l'individu ne repose sur rien de véritablement tangible.

Si l'enfant ne se trouve pas dans les articles relatifs à la minorité, il existe pourtant dans le Code. Pour le trouver et ainsi tenter d'aborder une définition de son concept, il faut s'éloigner des droits et obligations qui, exceptionnellement, peuvent lui échoir : droits sur son patrimoine, droits sur l'état de sa personne, son état civil, obligations d'ordre contractuel ou délictuel. Ces attributs du mineur sont exceptionnels, ils ne sont dus qu'au hasard d'un décès ou grâce à la volonté libératrice de ses responsables légaux.

468. Afin d'essayer de croquer l'enfant dans sa véritable définition, il faut s'éloigner du mineur et tendre vers les droits et les devoirs traditionnels de l'enfant : ceux qui ne sont codifiés qu'en tant qu'ils représentent la traduction juridique d'une coutume morale de bonne économie de la famille.

C'est dans sa famille que l'enfant naît et c'est en elle qu'il reçoit ses premiers droits et endosse ses premières obligations. Le milieu familial permet de dessiner une définition de l'enfant qui se rapporte à celle de ses parents, véritables détenteurs de droits, autres que de simples obligations naturelles. Il n'est donc pas possible de déterminer l'enfant indépendamment de ses parents : l'obscurité qui entoure cette personne ne s'éclaire qu'à la lumière de sa parenté, la définition est hétéronome. Cette définition peut se décliner par l'apport de deux niveaux d'analyse, en examinant d'abord ses ascendants directs (A) avant d'envisager le reste de sa famille (B).

A – L'enfant et ses parents

469. Les dispositions relatives aux successions ouvrent un doute sur la notion de parent[711]. La parenté, au sens du Code civil, représente l'ensemble des personnes affiliées au défunt. La portée de ce sens doit être réduite, il faut s'entendre sur le fait que la parenté est

[711] Article 731 du Code civil : « *La succession est dévolue par la loi aux parents et au conjoint successible du défunt dans les conditions définies ci-après* ». L'article 734 définit la notion de parent comme concernant, indistinctement, les descendants ou les ascendants du défunt.

limitée, dans le cadre de cette étude, aux parents, au sens commun du terme : ceux que le juriste appellerait « *ascendants en ligne directe au premier degré* ».

Certaines obligations naturelles de l'enfant vis-à-vis de ses parents sont retranscrites dans le Code civil sous de rares articles. Pourtant, c'est dans ces lignes éparses que se dessinent les contours de l'enfant.

Il y a d'abord une obligation unilatérale d'honneur et de respect prévue depuis 1804 à l'article 371 du Code civil (1) et il y a ensuite une obligation réciproque d'aliments prévue aux articles 203 et 205 du Code civil (2).

1. L'article 371 du Code civil : l'honneur et le respect

470. Le seul commandement de Dieu à Moïse accompagné d'une promesse est le cinquième[712] :

> « *Honore ton père et ta mère, afin que tes jours soient longs dans le pays que Jéhovah, ton Dieu, te donne* »[713].

Ce commandement biblique[714] fait le lien entre les quatre premiers commandements de Dieu et les cinq suivants : davantage tournés vers les hommes. Il représente le fondement de toute la société en ce qu'il oblige l'enfant, dans sa famille, à observer ses parents comme s'il observait Dieu, à les respecter comme s'il Le respectait, à leur obéir comme s'il Lui obéissait[715].

L'inobservation de cette règle multiséculaire a toujours plongé les chroniqueurs dans une forme de perplexité angoissante. Un sermon de Pierre l'Ermite[716] à la fin du XII^{ème} siècle renseigne sur l'attachement que les sociétés de toutes les époques ont porté à cet enseignement :

---

[712] Selon les versions, ce commandement est soit le cinquième soit le quatrième. Toutefois, dans la référence biblique que sont le Livre de l'Exode et le Deutéronome, ce commandement est placé en cinquième position. C'est en s'appuyant sur une version remaniée par le catéchisme romain qu'il est permis de penser que ce commandement est le quatrième : « *... se souvenant opportunément du quatrième commandement de la loi mosaïque* » (A. SÉRIAUX : « *"*Tes père et mère honoreras*", réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain* » ; RTDCiv. 1986, p. 265).

[713] Ex. 20 : 12.

[714] « *Honore tes père et mère, comme Jéhovah, ton Dieu, te l'a ordonné, afin que tes jours soient prolongés et que tu sois heureux sur la terre que Jéhovah, ton Dieu, te donne* » (Deu. 5 : 16).

[715] Un parallèle doit être effectué avec le récit de la Genèse dans lequel le bonheur d'Adam passait par son obéissance à Dieu, son père et son créateur. Le récit du jardin d'Éden avec l'interdiction de toucher au fruit de la connaissance du bien et du mal montre que le bonheur promis par Dieu dans ce jardin paradisiaque terrestre passait par l'observation inconditionnelle des exigences de Dieu.

[716] Prédicateur français de la fin du XI^{ème} siècle, principal inspirateur de la Première Croisade.

> « *Le monde traverse des temps troublés. Les jeunes d'aujourd'hui ne pensent à rien si ce n'est qu'à eux-mêmes. Ils n'ont aucun respect pour les parents ou les personnes âgées. Ils s'impatientent contre toute contrainte. Ils parlent comme s'ils savaient tout, et ce qui nous semble sage à nous est folie pour eux. En ce qui concerne les filles, elles sont effrontées, impudiques et sont mal élevées en paroles, en comportement et en habillement* »[717].

La reprise du cinquième commandement du Décalogue dans le Code civil de 1804 semble revêtue d'une obsolescence doublée d'une forme d'impérialisme parental dépassé. Il faut mettre en relation les sanctions prévues de cet article dans le code Napoléon au regard des peines prévues par la suite du Décalogue pour ceux qui maudissaient[718] leurs parents ou pour ceux qui les dédaignaient[719].

Le Code de 1804 prévoyait un échantillon de peines privées, assurées par la puissance publique, détenu par le père, seul titulaire de l'autorité pendant son mariage avec la mère de l'enfant[720]. Si le père ressentait du mécontentement vis-à-vis de ses enfants, il pouvait, après en avoir requis le président du tribunal d'arrondissement aux fins d'exécution, les « *faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois* »[721]. La peine d'enfermement sur réquisition du père mécontent permettait de garantir l'efficacité des dispositions de l'article 371 du Code civil.

En 1804, l'honneur et le respect dus aux parents ne sont pas de vains mots. Deux siècles ont passé et en deux cents ans, les mœurs familiales se sont adoucies en faveur des enfants. Aujourd'hui, l'article 371 est un vestige suranné d'une puissance paternelle au cœur de l'autorité parentale moderne ; il est apparemment devenu symbolique.

471. Mais les symboles font partie des éléments nécessaires de la vie juridique moderne[722]. Il n'a jamais été question d'abroger l'article 371 du Code civil[723]. L'autorité

---

[717] J. RICHARD : « *Histoire des croisades* » ; Fayard, 1999.
[718] « *Celui qui maudira son père ou sa mère sera puni de mort* » (Ex. 21 : 17).
[719] « *L'œil qui se moque d'un père et qui dédaigne l'obéissance envers la mère, les corbeaux du torrent le perceront et les petits de l'aigle le dévoreront* » (Pro. 30 : 17).
[720] Article 373 ancien du Code civil : « *Le père seul exerce cette autorité durant le mariage* ».
[721] Article 376 ancien du Code civil.
[722] « *Ces maximes, indispensables dans un système de droit coutumier, ne sont pas absentes d'un système de droit écrit. Certaines ont pris place dans le Code civil, comme la règle «* en fait de meubles possession vaut titre *» dans l'article 2279, et la règle «* pater is est quem nuptiae demonstrant *» dans l'article 312* » (L. PEYREFITTE : « *Considérations sur la règle «* aliments n'arrèragent pas *» »* ; RTDCiv. 1968, p. 286).
[723] « *Il serait quelque peu paradoxal qu'à l'étude on supprime toute référence à des valeurs morales dans l'un des livres suprêmes du droit, alors que, dans le même temps, à la ville, on déplore l'absence de repères, la*

parentale du Code civil apparaît de nos jours plus comme une mission que comme un pouvoir, ce qu'elle était en 1804. Ceci induit l'idée que la définition de l'enfant par rapport à ses parents — à ses père et mère — se soit modifiée depuis 1804.

L'examen du Code de 1804 aurait conduit à attribuer un qualificatif général de soumission à l'enfant en regard de ses parents, et surtout de son père, détenteur de la puissance paternelle. L'article 371 apparaissant non seulement comme un préambule à la présentation des articles relatifs à la puissance paternelle[724] mais surtout comme un préalable indispensable à son épanouissement. Tout le droit de la famille d'alors reposait sur cette notion, parfois oubliée de nos jours, de piété filiale. L'équilibre de la société civile reposait, selon PORTALIS[725] toute entière sur celui de la cellule familiale, garanti par cet honneur et ce respect dus aux parents. L'enfant de Napoléon est un instrument d'équilibre civil, soumis à la puissance du père et à l'autorité de la mère :

> « *… l'enfant apparaît en 1804 comme un pion dans un système préétabli, politique, économique et idéologique* »[726].

Il y a deux siècles, l'enfant était un outil, instrumentalisé dans un dessein plus vaste : celui de l'équilibre de la nation autour de laquelle tout semble graviter. Dans cette appréhension générale, la portion de phrase « *à tout âge* » prend une ampleur particulière. L'honneur et le respect, examinés sous l'angle de l'obéissance inconditionnelle aux parents ne s'infléchit pas avec la majorité. La célébration du mariage de l'enfant majeur restait soumise à des formalités civiles obligatoires qui mettaient en évidence la soumission de l'enfant à ses parents[727]. Le choix du gendre ou de la bru participait pareillement de l'équilibre familial dont les parents sont conjointement gardiens dans le Code Napoléon[728]. Même dans son mariage, et « *à tout âge* », l'enfant demeurait soumis à la volonté de ses parents[729].

---

déshérence des valeurs, l'anomie destructrice » (L. FABIUS, J.-P. BRET : « *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir. Tome I* » ; Rapport de l'Assemblée Nationale, 6 mai 1998, p. 39).

[724] Titre IX du Code civil dans sa rédaction de 1804 : « *De la puissance paternelle* ».

[725] Cf. supra en page 261.

[726] G. RAYMOND, C. MARIE : « *Métamorphoses de l'enfant dans le Code civil, la chrysalide devient papillon* » ; *in* « *Évolution de l'enfant dans le Code civil français* » ; Colloque, Poitiers, 19 novembre 2004.

[727] Article 151 du Code civil de 1804 : « *Les enfans de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148, sont tenus, avant de contracter mariage, de demander, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés, ou dans l'incapacité de manifester leur volonté* ».

[728] Cette formalité simplifiée par l'usage des temps a finalement disparu en 1933.

[729] Cependant, il faut noter qu'un entêtement opposé entre l'enfant et ses parents finissait par permettre le mariage en passant outre l'accord des parents. L'article 152 du Code civil de 1804 prévoyait qu'un acte de sommation respectueuse « *sur lequel il n'y aurait pas de consentement au mariage, sera renouvelé deux autres*

472. La situation est totalement différente aujourd'hui. La famille demeure, certes, un pilier d'équilibre de la société, mais elle n'est plus totalement tournée vers le père. Le chef de famille a vécu laissant depuis 1972 la place à l'intérêt de l'enfant. Le schéma familial s'en trouve d'autant bouleversé : il gravite désormais autour de l'enfant, au lieu d'être centré sur le chef de famille légitime comme c'était la règle au début du XIX^{ème} siècle.

Malgré cela, l'article 371 continue de prescrire l'honneur et le respect aux enfants. Bien que relégué aux symboles du Code civil, la Cour de cassation s'en est servie pour fonder l'obligation des enfants d'assurer une sépulture digne à leurs parents indépendamment de l'actif successoral échu[730].

S'il n'a pas été jugé opportun d'abroger l'article 371 du Code civil, c'est que son fond a évolué nécessairement en même temps que la société. Il était synonyme de soumission d'un individu à ses parents en 1804, l'idée s'est modifiée depuis, notamment en fonction de l'âge de l'enfant.

473. L'honneur et le respect sont des valeurs ignorées par l'enfant en bas âge bien qu'elles lui soient naturelles : un enfant de deux ans ne peut pas remettre en cause la valeur des jugements de ses père et mère.

La difficulté s'amplifie quand l'enfant est illuminé des premières lueurs du discernement vers l'âge de raison[731]. À cette époque, l'honneur et le respect sont dus aux parents dans le sens biblique de l'obéissance aveugle. L'enfant est encore trop jeune pour pouvoir discerner ce qui est bon ou mauvais pour lui : il doit s'en remettre à la sagesse[732] de ses parents pour le guider sur la voie de l'épanouissement physique ou psychique. L'autorité parentale est respectable et doit être respectée. L'obéissance de l'enfant peut éventuellement être sanctionnée par des mesures de coercition privée limitée à une juste mesure[733] : l'équilibre de la cellule familiale passe épisodiquement par des gestes ayant pour objectif de renforcer la sage valeur des paroles parentales[734].

---

fois, de mois en mois ; et un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage ».

[730] Cass. Civ. 1, 14 mai 1992 ; D. 1993, p. 247, note J.-F. ESCHYLLE ; JCP 1993, II, 22097, note F. TESTU ; JCP N 1993, II, 137 ; note P. SALVAGE ; Defrénois 1992, 1435, obs. J. MASSIP ; RTDCiv. 1993, p. 171, obs. J. PATARIN.

[731] Période où s'éveille le raisonnement et non le caractère raisonnable.

[732] L'*auctoritas* selon le droit romain.

[733] Cass. Crim. 4 décembre 1908, S. 1910, 1, p. 160.

[734] La *potestas* selon le droit romain.

474. La loi permet une émancipation progressive de l'enfant à mesure qu'il s'approche de sa majorité. Les domaines dans lesquels sa volonté est amenée à s'exprimer se multiplient quand il est à l'orée de sa quatorzième année. L'honneur et le respect qu'il doit à ses parents au sens de l'article 371 du Code civil se muent. Par la force des choses et par l'autorisation de la loi, l'obéissance aux parents ne peut plus être aussi aveugle qu'auparavant. Les décisions prises par les parents dans le cadre de l'autorité parentale qu'ils exercent sur l'enfant sont même susceptibles d'être empêchées par la volonté de l'enfant. Le troisième alinéa de l'article 345 du Code civil[735] illustre clairement la possible remise en cause de la décision parentale[736] (pour sage qu'elle puisse être) par la volonté de l'enfant de treize ans.

Une question se pose alors bien légitiment : le refus de se donner à l'adoption marque-t-il un manque de respect ou d'honneur à l'égard de ses parents et de plus, le troisième alinéa de l'article 345 du Code civil ne vient-il pas compromettre l'efficacité de l'article 371 en le contredisant ? La réponse ne peut être que négative à cette double interrogation. D'une part il ne saurait exister un quelconque manque de respect ou d'honneur là où la loi donne son autorisation à reconsidérer le souhait premier des parents. D'autre part, l'article 345 n'entre pas en contradiction avec les dispositions de l'article 371 puisqu'il appartient précisément aux parents, dans le cadre de l'exercice normal de leur autorité, d'associer l'enfant dans les décisions qui le concernent selon le dernier alinéa de l'article 371-1 du Code civil.

Cette disposition particulière de l'article 371-1 du Code civil révèle la transformation que le législateur a voulu marquer à la portée de l'article qui le précède immédiatement. Que l'enfant respecte et honore ses parents quel que soit son âge est une chose que le législateur ne remet aucunement en question. Mais il imprime une connotation évolutive à la double notion d'honneur et de respect dès l'instant qu'il invite les parents à prendre en considération les souhaits de leur enfant[737].

475. L'article 371 du Code civil trouve toujours à s'appliquer, et l'obéissance, sous-jacente à l'honneur et au respect prodigués par le Code civil, peut être contrainte dans certains cas.

---

[735] Article 345 al. 3 du Code civil : « *S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière* ».

[736] En fait de décision parentale, il ne s'agit que de la manifestation d'une volonté potentiellement validée par une autre volonté. Le placement en adoption d'un enfant de plus de treize ans s'apparente davantage à un souhait. Il ne devient une décision à part entière que s'il est confirmé par le consentement de l'enfant concerné.

[737] Sans pour autant les y obliger.

Parmi les conséquences liées au divorce des parents, le droit de visite et d'hébergement de l'enfant mineur permet de replacer en partie la rigueur de l'article 371, au cœur des différends familiaux. Il convient de rappeler en premier lieu que l'enfant ne peut pas décider de l'opportunité d'une visite chez le parent auprès duquel n'est pas fixée sa résidence habituelle[738]. Le respect et l'honneur dus aux parents s'interprètent également comme l'obligation à la charge de l'enfant d'entretenir des relations avec celui de ses parents avec lequel il ne vit pas habituellement[739]. La question de la sanction s'est naturellement posée. Une première sanction plane au-dessus du parent chez lequel est fixée la résidence habituelle de l'enfant. La Cour d'appel de Rennes dans un arrêt du 18 mars 1982 a assorti sa décision d'une astreinte afin d'assurer l'efficacité de la mesure contre le parent gardien de l'enfant[740]. Mais dans cet arrêt, il ne s'agit pas tant de sanctionner l'obéissance de l'enfant à entretenir des relations avec son parent éloigné que d'obliger le parent chez qui réside l'enfant à le présenter à son ancien conjoint[741].

La Cour de cassation a toutefois estimé dans plusieurs espèces que l'obligation d'assurer cette visite autorisait le parent chez qui l'enfant réside habituellement à user de toute l'autorité nécessaire pour obliger l'enfant à visiter le parent chez qui la résidence habituelle n'est pas fixée[742]. La stricte obéissance à cette obligation incombe aux parents. À charge pour eux de se donner les moyens d'y arriver sous peine d'être sanctionnés. Ceci étant, l'âge et la

---

[738] Cass. Civ. 2, 7 octobre 1987 ; Bull. Civ. II, n°190. Cass. Civ. 2, 11 octobre 1995 ; Bull. Civ. II, n°232 ; RTDCiv. 1996, p. 141, obs. J. HAUSER. Cass. Civ. 2, 22 octobre 1997 ; Bull. Civ. II, n°255, p. 150 ; JCP 1998, II, 10014, note T. GARÉ ; D. 1998, somm. 293, obs. N. DESCAMPS-DUBAELE ; RTDCiv. 1998, p. 95, obs. J. HAUSER.

[739] Sur ce point, une question subsidiaire se pose sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 373-2 du Code civil qui dispose que « *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* ». Cet article met à la charge des parents l'obligation d'entretenir personnellement des relations avec ses enfants. Il n'existe aucune disposition explicite obligeant l'enfant à une quelconque réciprocité vis-à-vis de ses parents. Les dispositions relatives au droit de visite et d'hébergement, pas plus que celles concernant l'autorité parentale, n'imposent à l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses parents, quand même ne seraient-ils pas séparés. L'article 371 du Code civil ne porte-t-il pas dans sa lettre une exigence générale de symétrie des enfants envers leurs parents de tout ce que ces derniers ont fait pour eux ? Les quatorze mots de l'article 371 ne peuvent-ils pas être assimilés à une sorte de miroir présenté aux enfants qui réfléchirait à leur charge l'ensemble des bienfaits que leurs parents ont eu pour eux ? La jurisprudence pourrait donner une valeur de cette dimension à cet article. Elle l'a déjà fait pour des dispositions que l'on pensait anecdotiques. Ainsi a-t-elle dégagé un principe général de responsabilité du fait des choses au visa de l'article 1384 al. 1er du Code civil, ou encore l'enrichissement sans cause issu de l'article 1371 du Code civil. L'article 371 du Code civil pourrait trouver une valeur nouvelle, sous la forme d'un principe général ordonnant aux enfants une attitude déférente à l'égard de leurs parents, de sorte qu'ils leurs seraient redevables à vie des bienfaits que leurs ainés leur auraient prodigués pendant leur enfance.

[740] C.A. Rennes, 18 mars 1982 ; D. 1983, IR, p. 449, obs. A. BÉNABENT.

[741] L'obligation de respecter ce droit de visite est pénalement sanctionnée par la répression du délit de non-présentation d'enfants. Le délit et sa répression sont prévus aux articles 227-5 à 227-11 du Code pénal. La non-présentation d'enfants est passible d'une amende de 15 000 € et d'une peine d'un an d'emprisonnement.

[742] Cass. Crim. 12 mai 1954 ; D. 1955, p. 229, note P. BOUZAT. Cass. Crim. 29 avril 1976 ; JCP 1976, II, 18505, note A. VITU.

maturité de l'enfant sont susceptibles d'exonérer le parent qui ne pourrait utilement y résister, ce qui constitue, selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, un cas de force majeure qui se conjugue avec l'inanité de la contrainte sur les enfants à partir d'un âge s'approchant de celui de la majorité[743].

Ces éléments permettent d'apprécier l'évolution de la portée de l'article 371 ainsi que les limites du devoir qu'il impose. L'enfant n'est pas dispensé de respecter ni d'honorer ses parents, mais sa maturité grandissante atténue ce devoir.

476. La condition d'âge — ou plus exactement la non-condition d'âge — de l'article 371 a-t-elle perdu de sa portée avec la disparition des éléments propres au mariage des majeurs depuis la loi du 2 février 1933 ? Autrement dit, le fait d'être majeur dispense-t-il l'enfant de respecter ou d'honorer ses parents ? Nullement. La majorité emporte toutefois certains changements dans la nature du respect et de l'honneur que l'enfant doit à ses parents. L'obéissance discernée nettement en arrière-plan des dispositions de l'article 371 du Code civil entre en conflit avec le premier alinéa de l'article 488 du Code civil qui dispose qu'une fois majeur, la personne est capable de tous les actes de la vie civile. La majorité ne donne pas droit à l'enfant de désobéir à ses parents, elle leur retire le pouvoir de décider pour lui ou en son nom, ce qui l'émancipe de l'obéissance du fait qu'il n'y a plus lieu à obéir. L'article 371 du Code civil s'en trouve largement vidé de sa substance quand l'enfant est majeur, l'obéissance aux aînés représentant l'essentiel de ce que véhiculent le respect et l'honneur.

La majorité permet même à l'enfant d'inverser la logique et de s'affranchir totalement de ce que les notions d'honneur et de respect inspirent habituellement au commun des personnes. M. SÉRIAUX[744] relève l'éventail des droits ouverts à l'enfant qui sont en opposition avec l'honneur et le respect, notamment le droit de l'enfant à changer de prénom, ou à changer de nom quand il lui a été transmis par le mari de sa mère naturelle.

De là, les obligations civiles, appuyées sur l'article 371 du Code civil, laissent place à une forme générale de révérence des enfants à l'endroit de leurs aînés. La révérence naturelle des enfants envers leurs parents ne peut pas servir à justifier un comportement contractuel[745]. Bien que la crainte révérencielle ne soit pas une cause de nullité du contrat, quand elle n'est pas accompagnée de violence, le droit dispense l'enfant majeur du respect et

[743] Cass. Crim. 14 mars 1972 ; JCP 1973, II, 17405, note M. A.
[744] A. SÉRIAUX : « *"*Tes père et mère honoreras*", réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain* » ; RTDCiv. 1986, p. 265.
[745] L'article 1114 du Code civil dispose à ce titre que « *la seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou tout autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat* ».

de l'honneur qu'il doit à ses parents quand ils ont sur lui une influence de nature à corrompre son consentement à mariage. C'est ainsi que le Tribunal civil de Montpellier a décidé d'annuler un mariage « *auquel l'époux a consenti par suite d'une contrainte morale émanant* » notamment de ses père et mère[746]. La circonstance qu'il s'agisse d'une contrainte morale peut laisser penser qu'elle s'apparente à une forme de violence engageant la nullité du mariage dans sa forme contractuelle en comparaison avec la violence de l'article 1109 du Code civil[747]. Ce point est plus tard éclairci par un jugement du Tribunal de grande instance de Versailles qui décide l'annulation d'un mariage « *en cas de simple insistance de la part des parents ayant privé le consentement de l'époux de toute efficacité* »[748]. Une confirmation viendra ultérieurement de la Cour d'appel de Paris qui décidera dans le même sens[749]. De cette façon, il apparaît que la jurisprudence prend acte des changements intervenus quant à l'obéissance que les enfants devaient à leurs parents au-delà de leur majorité. En matière de mariage, autant ils n'étaient pas obligés de suivre leurs conseils quand leurs parents n'approuvaient pas le choix de l'élu(e), autant aujourd'hui, la jurisprudence autorise-t-elle absolument les enfants à remettre en cause un choix qu'ils ont fait en s'appuyant sur l'obéissance naturelle qu'ils doivent à leurs parents. Révérencieux : oui, servile : non.

477. La jurisprudence, enfin, a estimé que l'honneur et le respect dus aux parents leur survivaient. Ainsi, l'enfant doit-il assumer les frais d'obsèques de ses parents, « *même s'il a renoncé à leur succession* »[750]. Il s'agit d'une ultime marque de reconnaissance que le droit met à la charge des enfants. Elle accompagne le flot des hommages posthumes que les enfants doivent consacrer à leurs parents[751]. Elle se mêle à la scrupuleuse observation des ultimes volontés du défunt dans ce qu'elles peuvent avoir d'original ou de personnelles dès qu'elles sont exprimées dans un testament[752].

---

[746] Trib. Civ. Montpellier, 16 juillet 1946 ; Gaz. Pal. 1946, 2, p. 183.
[747] Article 1109 du Code civil : « *Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ».
[748] TGI Versailles, 25 avril 1979 ; Gaz. Pal. 1979, 2, p. 532 ; RTDCiv. 1982, p. 142, obs. R. NERSON, J. RUBELLIN-DEVICHI.
[749] C.A. Paris, 9 janvier 1996 ; RTDCiv. 1996, p. 365, obs. J. HAUSER.
[750] Cass. Civ. 1, 14 mai 1992 ; D. 1993, p. 247, note J.-F. ESCHYLLE ; JCP 1993, II, 22097, note F. TESTU ; JCP N 1993, II, 137 ; note P. SALVAGE ; Defrénois 1992, 1435, obs. J. MASSIP ; RTDCiv. 1993, p. 171, obs. J. PATARIN.
[751] « *Fleurir sa tombe, prier pour lui, est-ce une obligation de justice que les enfants du trépassé remplissent envers lui ? On l'admettra volontiers, à condition de s'en tenir à la consécration d'obligations naturelles puisque aussi bien le droit positif n'a cure de ces dernières marques d'honneur…* » (A. SÉRIAUX : « *"*Tes père et mère honoreras*", réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain* » ; RTDCiv. 1986, p. 279).
[752] Cass. Civ. 1, 27 janvier 1981 ; Bull. Civ. I, n°32.

478. L'article 371 du Code civil donne le ton sur la place dans sa famille et permet de cerner une définition assez précise du concept d'enfant par rapport à ses parents. Il est intéressant de noter en premier lieu que, malgré l'immutabilité du texte depuis le Code Napoléon, son sens et sa portée ont changé au gré des modifications des lois qui l'entourent, elles-mêmes inspirées par les évolutions de la société. Soumis à l'implacable autorité de son père au début du XIX^{ème} siècle, l'enfant avait une place annexe, une place soumise qui permettait d'assurer d'une certaine façon la sécurité et la stabilité de la cellule familiale. Il importe ici de ne pas perdre de vue que le Code de 1804 est un outil de stabilisation de la société qui participe à la mise en place d'un pouvoir politique ferme. La famille, socle de la société civile de l'après-Révolution, représente le pilier sur lequel repose une grande partie de la politique de BONAPARTE. Pour que le pouvoir politique soit respecté, il était nécessaire que le pouvoir familial le soit autant. L'autorité, la légitimité et la souveraineté du père de famille sur son logis devaient être absolument incontestables, inviolables et intangibles. Par le biais des dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, le Code de 1804 s'était assuré la soumission de l'épouse à son mari. L'article 371, avec les dispositions, révolues depuis, qui en assuraient la sanction et l'efficacité, garantissait la sujétion complète de l'enfant à la volonté de son père. Cet article, au cœur de la logique familiale de l'époque, place l'enfant dans une situation d'attente, irresponsable par le jeu des articles relatifs à la charge de responsabilité des parents, incapable par le truchement des dispositions concernant sa minorité : l'enfant est un outil, un instrument, incompétent pour la vie civile.

479. Les changements dans les mœurs, l'évolution de la société, l'accès de l'enfant à l'apprentissage et à la connaissance, l'élévation des esprits et l'intégration de la filiation naturelle dans le cercle des familles reconnues n'ont pas eu raison du texte de l'article 371 du Code civil. Mais il n'occupe plus la place déterminante qui était la sienne deux siècles auparavant. Il ne semble pas possible de dire avec précision — ni justesse — si sa place a augmenté ou baissé dans l'échelle des valeurs sociales. Évaluer la place faite de nos jours au respect et à l'honneur est un défi. « *L'article incriminé* »[753] conserve une place de premier ordre dans la logique civile de la famille. Mais il n'est plus le pilier du XIX^{ème} siècle, il en est le guide, l'inspirateur. Les textes sur l'autorité parentale, les successions, prennent une partie de leur source dans l'honneur et le respect des enfants vers leurs parents. La notion de soumission a disparu. Il ne serait pas sérieux de prétendre que l'enfant soit devenu l'égal des

[753] A. SÉRIAUX : « "Tes père et mère honoreras", *réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain* » ; RTDCiv. 1986, p. 265.

parents, il n'a jamais été question de cela. Mais loin de leur être asservi pendant les premières années de sa vie, l'enfant leur offre un honneur et un respect aux contours variables.

D'abord obéissant pendant les premiers temps, il leur est associé avant de leur garder une révérence consciencieuse une fois détaché de leur autorité par la majorité. Il n'est plus un simple outil servile du père de famille, il est devenu au fil des décennies un élément fondamental de la cellule sans lequel la famille ne peut pas s'épanouir totalement. L'enfant est devenu un gage de réciprocité potentielle des bons soins que les parents ont eus à son endroit :

> « *Sa fonction est seulement de maintenir une équivalence quantitative ou qualitative entre deux patrimoines, alors que, le don des parents, parce qu'il est don, n'attend rien en retour* […] *à moins, justement, que l'occasion se présente un jour pour les enfants de donner à leur tout un peu de leur être, un peu de leurs biens à leurs parents ; mais le don initial n'est pas la mesure du contre-don ultérieur* »[754].

L'enfant ne doit pas oublier, et c'est notamment l'objet de l'article 371 du Code civil, qu'il doit être l'obligé de ses parents de lui avoir accordé le bien le plus précieux, celui sans lequel rien d'autre n'existe : la vie.

480. L'honneur et le respect aux parents relèvent encore en grande partie du précepte juridique moral dont la véritable consistance est assurée par des dispositions périphériques examinées.

Parmi elles, une disposition est la traduction matérielle de cette morale parfois un peu compliquée à saisir. Il s'agit de l'obligation faite aux enfants de nourrir leurs parents quand ils sont dans le besoin.

2. Les articles 205 et 203 du Code civil : l'obligation alimentaire mutuelle

481. L'article 205 du Code civil sonne comme une mise en garde en exergue de la fin de l'enfance :

> « *Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin* ».

[754] A. SÉRIAUX : « *"*Tes père et mère honoreras*", réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain* » ; RTDCiv. 1986, p. 267.

Ces mots n'ont pas changé depuis 1804[755] et sont la traduction d'une solidarité intergénérationnelle qui permet aux parents, après avoir tant donné de leur temps, de leur argent et de leur énergie pour l'établissement et l'éducation de leur enfant, de savoir se reposer sur leur descendance en cas de nécessité.

Toutefois, cette dette alimentaire des enfants envers leurs parents n'a longtemps trouvé sa réciprocité logique que dans la famille légitime. L'article 203 dispose en effet que « *Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ». L'extension de ces lignes, pourtant très explicites, se fera à la fin des années 1990 par un arrêt de la Cour d'appel de Versailles :

> « *Les enfants naturels ont les mêmes droits et les mêmes devoirs que les enfants légitimes dans leurs rapports avec leurs père et mère.*
> *Ainsi, comme pour des parents mariés, les parents naturels ont l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants conformément aux dispositions de l'article 203 du Code civil* »[756].

La mise en œuvre de l'article 205 du Code civil est soumise à plusieurs conditions.

Tout d'abord, la loi exige que le parent soit placé dans un état de besoin, dont la charge de la preuve incombe à celui qui réclame le bénéfice de l'article[757].

Ensuite, une seconde condition est apparue dans le texte de l'article 207 du Code civil avec la loi de 1972. Depuis, l'alinéa 2 de cet article dispose que « *quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire* ».

Cette condition de réciprocité a été inspirée en 1972 par la nécessité d'exclure du bénéfice des dispositions de l'article 205 les parents ingrats qui auraient négligé pendant l'enfance de leur descendance de leur porter les soins nécessaires. De cette façon, le parent qui abandonne ses enfants aux soins de l'autre parent, sans leur apporter les aliments nécessaires qu'exige leur entretien ne peut pas invoquer utilement les aliments auprès de ses enfants s'il advient qu'il soit dans le besoin.

---

[755] En dehors de la modernisation de l'orthographe des mots « *enfans* » et « *ascendans* » par la loi n°72-3 du 3 janvier 1972 relative à la filiation (JORF, 5 janvier 1972, p. 145).
[756] C.A. Versailles, 3 octobre 1996 ; D. 1998, Somm. p. 30, obs. F. GRANET.
[757] Cass. Soc. 6 mars 1985 ; Bull. Civ. V, n°152.

La combinaison des trois articles met en place un régime d'entraide entre les différents membres d'une famille, et fait peser, sur les épaules de l'enfant et à tout âge, la charge de nourrir ses parents en tant que de besoin. Ces articles apparaissent comme le complément usuel de l'article 371 du Code civil[758].

482. D'autres conditions se posent en complément de celles exigées pour les parents (besoin et absence d'ingratitude). L'autre condition est posée par l'article 208 et complétée par l'article 209 du Code civil. Pour que l'enfant soit obligé de verser une pension alimentaire à son parent dans le besoin, il importe qu'il soit lui-même assez fortuné pour cela. La précarité ou la fragilité financière du débiteur d'aliments sont des raisons suffisantes pour limiter sa dette de façon à ne pas l'entraîner aussi sur la pente de la créance d'aliment[759].

L'article 205 place l'enfant dans une position particulière au sein de la cellule familiale. Cet article ne devrait pas, normalement, trouver à s'appliquer. La piété filiale suffit en principe[760] et la seule constatation du besoin d'un ascendant doit pouvoir déclencher en l'enfant un sentiment d'affection de nature à lui venir en aide[761]. L'article 205 du Code civil n'est qu'un moyen de stimuler la piété filiale et de la rendre plus efficace à défaut d'être généreuse ou spontanée.

L'article 205 n'a normalement pas vocation à s'appliquer, il n'est que l'instrument qui viendra à l'occasion, dégripper les rouages de la piété filiale. Ce texte traduit alors plusieurs idées.

483. D'une part, il évoque qu'en matière d'aliments, l'enfant doit à ses parents ce qu'ils lui ont dû. Il y a une impression d'égalité que ne vient atténuer aucune condition d'âge. Les espèces relatées par la Cour de cassation mettent en situation des enfants majeurs. Mais

[758] Il est possible de continuer de soutenir que les obligations que l'article 205 du Code civil met à la charge des enfants sont superflues et que l'article 371 du Code civil contient nécessairement l'obligation de venir en aide à ses parents démunis. La notion d'honneur dû aux aînés ne peut pas ne pas comporter cette basique obligation alimentaire.

[759] Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 3 octobre 1996, la fragilité de la situation financière du père a justifié que soit également condamnée la grand-mère dans une proportion minime en considération de ses revenus et le grand-père dans une part importante pour les mêmes raisons.

[760] « *Même légalement consacrée, cette dette est fondée, de façon particulièrement évidente ici, sur le droit naturel* » (A. SÉRIAUX : note sous Cass. Civ. 1, 12 juillet 1994 ; JCP 1995, II, 22425).

[761] Dans l'hypothèse où l'enfant viendrait spontanément en aide à ses parents, non démunis, dans le but de leur éviter l'installation en maison de retraite, il est fondé à demander, une fois ses parents décédés, une indemnisation à prélever sur l'actif successoral. La Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 12 juillet 1994 (Cass. Civ. 1, 12 juillet 1994 ; Bull. Civ. I, n°250 p. 181 ; D. 1995, p. 624, note M. TCHENDJOU ; JCP 1995, II, 22425, note A. SÉRIAUX ; Defrénois 1994, p. 1511 ; RTDCiv. 1995, p. 373 ; RTDCiv. 1995, p. 407.) que le fait de s'occuper de ses parents avec un dévouement admirable et hors des limites de la simple piété filiale (l'enfant avait pour eux fait le sacrifice de son avenir professionnel), indépendamment de l'état de nécessité des parents, justifiait que soit mise en œuvre l'action *de in rem verso*.

au fond, rien n'empêche dans l'absolu un enfant mineur de venir en aide à ses parents démunis. La condition mise en place pour la personne de l'enfant concerne avant tout la garniture de son patrimoine. S'il n'en dispose pas ou qu'il est insuffisamment garni, que l'enfant soit majeur ou non, l'application de l'article 205 du Code civil sera contrariée par l'effet de l'article 209 du Code civil. La situation n'est pas impossible, et laisse imaginer un mineur, venant à la succession de son père qui hérite un patrimoine important au détriment de sa mère avec laquelle son père n'était pas marié. Le mineur à la tête d'un patrimoine important doit des aliments à sa mère si elle se trouve démunie[762]. En fait d'aliments, l'article 205 du Code civil combiné à l'article 203 fait office de miroir entre les enfants et leurs parents. L'impression d'égalité est renforcée par l'ajustement d'équilibre énoncé aux articles 208 et 209 du Code civil. Il est question dans l'article 205 que l'enfant vienne en aide à ses parents démunis, il n'est pas question que ceux-ci deviennent une charge excessive pour leur descendance.

484. D'autre part, le mécanisme du deuxième alinéa de l'article 207 du Code civil indique que la piété filiale ne peut être judiciairement invoquée qu'en tant que l'autorité parentale a été exercée, et ce dans l'intérêt de l'enfant. Il n'est pas légitime qu'un parent puisse solliciter les aliments à une personne à qui il ne les a pas donnés spontanément. Cet élément soulage le poids qui pèse sur les épaules de l'enfant : la créance d'aliments entre les mains des parents est suspendue à la condition qu'ils aient été normalement généreux avec lui.

Cela entraîne une autre conséquence. La suspension de la créance d'aliments à la condition que le parent démuni ait été bon et ait exercé loyalement la mission de l'autorité parentale devrait logiquement inciter les parents à une forme de piété parentale. En d'autres termes, si le parent veut un jour pouvoir s'appuyer sur son enfant, il faut avant tout qu'il lui ait prodigué les soins nécessaires à son éducation, à son entretien et à sa nourriture. La place de l'enfant dans la cellule familiale se révèle à la lumière d'un élément nouveau : l'enfant est un investissement à long terme. C'est la loi qui prévoit que ce qui a été donné doit pouvoir être reçu dans le mécanisme de cet article. De sorte que le don de soi de la part des parents n'est jamais complètement gratuit. La loi entretient en eux une forme d'espoir d'un éventuel retour sur investissement dans le cas où ils se trouveraient dans le besoin.

[762] Il convient à nouveau de s'interroger sur la question de savoir s'il ne s'agirait pas là d'une manifestation évidente du respect que l'enfant doit naturellement à sa mère.

485. M. SÉRIAUX trouvait qu'il y a un élément un peu choquant dans l'arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 1994. Il estimait qu'il appartenait à l'enfant de prouver qu'il n'avait pas eu d'intention libératoire à l'égard de ses parents. Qu'ainsi, son geste bienveillant à leur égard, son dévouement sans limite, sa piété filiale exacerbée, n'était pas un don à titre gratuit, ce qui aurait été une cause, mettant ainsi un obstacle à l'action entreprise sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

Afin de ne pas mettre en péril la construction jurisprudentielle autour de l'action *de in rem verso*, l'auteur proposait que l'enfant qui réclamait à la succession de ses parents une indemnité pour les bons soins qu'il leur avais prodigués, prouve qu'il n'avait pas l'intention de leur faire don de son temps, de son énergie et de son argent. L'éminent professeur estimait que « *c'est à celui qui prétend avoir enrichi autrui sans cause de prouver cette absence de cause* ». Autrement dit, pour suivre le raisonnement de l'auteur, l'enfant qui entend être indemnisé pour les soins spontanés et dépassant largement les exigences de la piété filiale, doit prouver qu'il n'a fait qu'investir son temps et ses sacrifices dans l'objectif d'obtenir un retour sur son investissement. M. SÉRIAUX concluait sa note sur l'interpellation suivante :

> « *Même s'il est excessif, le dévouement envers ses parents ne doit-il pas par nature s'abîmer dans les sphères insondables du don et du pardon ?* »[763].

En rapprochant cette ultime remarque de celle qu'il formulait dans son article concernant l'article 371 du Code civil et l'analyse globale de l'autorité parentale contemporaine[764], à propos du fait que tout ce que pourront donner les enfants à leurs parents n'équivaudra jamais ce que les seconds ont fait pour les premiers[765], il est pensable que l'auteur postule que les générosités envers les parents doivent être mises sur le compte d'un droit naturel, normal. La proposition débouche donc logiquement sur l'abandon des sommes versées et leur oubli rapide : le don et le pardon.

486. Cette analyse est excessive et l'idée que l'enfant doive tout à ses parents repose sur une pétition de principe difficile à soutenir. Tout d'abord, l'auteur semble omettre que les parents ingrats existent ainsi que les enfants généreux et désintéressés. En faisant porter le

[763] Cass. Civ. 1, 12 juillet 1994 ; JCP 1995, II, 22425, note A. SÉRIAUX.
[764] A. SÉRIAUX : « *"*Tes père et mère honoreras*", réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain* » ; RTDCiv. 1986, p. 265.
[765] « *Le don initial n'est pas la mesure du contre-don ultérieur* » (A. SÉRIAUX : « *"*Tes père et mère honoreras*", réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain* » ; RTDCiv. 1986, p. 267).

fardeau de la preuve de l'absence de cause sur les épaules de l'enfant, en énonçant « *qu'il prouve, s'il l'ose, que son soi-disant dévouement à l'égard de ses parents n'était point dicté par la seule affection mais par un souci implicite de se les rendre débiteurs !* », il n'évoque pas les différentes façons de prouver cela, or, la preuve de l'absence de cause existerait si l'enfant avait été généreux avec des parents qui auraient été ingrats. Cela reviendrait à légitimement couvrir d'opprobre une Causette qui engagerait l'action *de in rem verso* contre la succession d'un Jean VALJEAN… mais serait-il possible de lui reprocher une telle demande si elle s'était occupée aussi bien des TENARDIER ? Existe-t-il une quelconque cause recevable à leur enrichissement sur le compte de l'enfant qu'ils ont si longtemps martyrisée ? La seule preuve de l'ingratitude des parents envers leur enfant suffirait à établir l'absence de cause réclamée par M. SÉRIAUX.

Au-delà de ces considérations littéraires illustratives, la logique développée par M. SÉRIAUX ne correspond pas à la philosophie générale de l'assistance aux parents démunis. La loi impose dans l'article 208 du Code civil un équilibre entre ce qui est donné et ce qui est reçu. L'enfant ne doit pas tout donner à ses parents dans le besoin, mais juste ce qui est nécessaire. C'est la raison pour laquelle la loi prévoit un mécanisme permettant au juge d'assortir « *la pension alimentaire d'une clause de variation* »[766]. Ce qu'énonce M. SÉRIAUX apparaît ainsi en contradiction avec l'esprit de la loi en la matière : il n'est pas souhaitable que les enfants soient indéfiniment débiteurs d'aliments auprès de leurs parents. Ce qu'il faut retenir de l'arrêt de 1994, c'est que les bienfaits de l'enfant envers ses « *vieux parents* » avaient en l'espèce « *excédé les exigences de la piété filiale* ». Il ne fait pas de doute que c'est cet excès que les juges ont voulu réduire au profit de l'enfant. La loi invite au don de soi, mais le dépassement de soi doit être ramené à la juste mesure du besoin qu'il satisfait.

Ce qui heurtait la sensibilité de M. SÉRIAUX était le fait qu'un enfant puisse espérer un retour sur l'investissement en temps et en argent que lui avaient coûté ses vieux parents. Il apparaît pourtant que c'est ce que la loi prévoit au bénéfice des parents en entretenant en eux l'espoir qu'un jour, s'il advenait que la vie de leur troisième âge soit difficile, leurs enfants leur viendraient en aide. Le retour sur l'investissement doit être juste : la loi et le juge y veillent dans le cadre de l'obligation d'aliments que les enfants doivent à leurs parents pauvres. L'action *de in rem verso* est un moyen pour le juge de veiller à l'équilibre des prestations bienveillantes des enfants envers leurs parents quand ils dépassent

[766] Article 208 al. 2 du Code civil.

ce que l'entendement normal accepte pour ce qui concerne la piété filiale, au-delà des aliments dus.

487. Un dernier élément est à envisager quant à la place de l'enfant dans la cellule familiale. Les articles 205 et consorts du Code civil le situent dans une position d'aide, de soutien éventuel à une famille défaillante. Ce n'est pas une place anodine, ce n'est pas une mince responsabilité que celle de venir en aide à ceux qui l'ont élevé, nourri, éduqué.

Il s'agit au contraire d'une responsabilisation de l'enfant dans le cadre de sa vie d'adulte. L'enfant ne court pas le risque d'assister un parent passif puisque la loi exige une condition de réciprocité. La piété filiale telle qu'elle est exposée dans ces articles implique une forme de reconnaissance à l'égard des personnes qui se sont bien occupées de l'enfant et qui ont été de bons parents. Il y a dans ce domaine une forme de responsabilité particulière de l'enfant à l'égard de ses parents ; il est susceptible de devenir pour eux ce qu'ils ont été pour lui : un nourricier.

L'enfant apparaît dans ces articles comme une réserve offerte aux parents pour les lendemains difficiles.

488. L'image de l'enfant qui se dessine à la lecture de ces quelques dispositions du Code civil est contrastée. Il est parfois perçu comme un investissement à long terme, parfois comme une personne financièrement traitée égalitairement avec ses parents ou encore comme une personne qui deviendrait parent nourricier pour de ses parents nourriciers. Il faut surtout retenir de ces analyses que l'enfant n'est débiteur d'aliments de ses parents qu'à la condition essentielle qu'il en ait été auparavant le créancier.

S'il a pu réclamer des aliments à ses parents pendant sa minorité ou pendant les moments difficiles de sa majorité[767], il est légitime que ses parents puissent lui en réclamer quand eux se trouvent dans une situation de fragilité.

Dans ces dispositions, l'enfant n'apparaît pas comme un élément annexe de la famille nucléaire : il en est une partie intégrante, réserviste du besoin de ses parents si ceux-ci

[767] La Cour de cassation retient que l'enfant majeur peut demander une pension alimentaire sur le fondement de l'article 203 du Code civil lorsqu'il n'a pas terminé ses études (Cass. Civ. 2, 29 mai 1963 ; JCP 1964, II, 13651, note R. SAVATIER. C.A. Paris, 17 juin 1965 ; D. 1966, p. 130, note A. ROBERT. Cass. Civ. 1, 18 mai 1972 ; D. 1972, p. 672. Cass. Civ. 2, 22 octobre 1980 ; Bull. Civ. II, n°215. Cass. Civ. 2, 6 février 1985 ; Bull. Civ. II, n°32). En revanche, la jurisprudence refuse le paiement d'une pension alimentaire pour les enfants qui ont organisé leur impécuniosité (Cass. Civ. 1, 25 juin 1996 ; D. 1997, p. 455, note D. BOURGAULT-COUDEVYLLE).

le sollicitent. Ces articles affirment la place entière et la responsabilité qui sont celles de l'enfant moderne.

489. L'enfant ne doit pas se résumer à une analyse au travers de sa famille nucléaire. Le Code civil n'a pas été écrit à une époque où les enfants vivaient isolés du reste de leur famille. La famille moderne, composée d'un père, d'une mère et des enfants n'est pas celle de 1800 qui comptait souvent, en sus, les aïeux, les parents collatéraux ou les bisaïeux. Ainsi, se limiter à tenter d'apporter une définition de l'enfant uniquement en fonction de ses ascendants en ligne directe au premier degré reviendrait à souscrire à un examen incomplet.

L'enfant doit être observé dans sa famille complète et non pas seulement dans sa parenté directe.

B – L'enfant et sa famille

490. Au XIX[ème] siècle, le Code civil était rédigé en conformité avec l'état de la société d'alors et en considération de ses mœurs. Dans cette idée, la famille légitime était la seule qui vaille, la famille naturelle n'existe que par une forme de tolérance muette à son égard[768]. L'enfant est donc légitime la plupart du temps, naturel occasionnellement, adultérin rarement et très marginalement incestueux. Dans cette logique constructive de la famille légitime, l'enfant n'a pas vocation à devenir parent avant de se marier, ce qui exclut *de facto* l'idée qu'un mineur puisse être parent. De cette façon, le droit de la filiation naturelle est réduit à portion congrue, un chapitre[769], deux sections et douze articles[770] encadrent amèrement la filiation négligée par le droit de l'époque. Qu'un enfant puisse devenir parent est une perception combattue par l'article 334 qui énonce la forme authentique de la reconnaissance, excluant de ce fait la possibilité pour un mineur de reconnaître son enfant.

L'enfant de 1804 illustré dans le Code civil ne peut pas avoir d'enfant : il représente la fin de la famille de ses parents.

491. La situation a beaucoup évolué : ce n'est plus le cas de nos jours. Dans la société du XXI[ème] siècle, l'enfant dès la puberté peut être amené à assumer une filiation. L'article 328 du Code civil dénote la prise en compte par le droit de cet élément en énonçant que « *le parent, même mineur, à l'égard duquel la filiation est établie a, pendant la minorité de*

[768] « *Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* » avait proclamé BONAPARTE devant le Conseil des Cinq-Cents qui s'apprêtait à légiférer sur cette matière.
[769] Chapitre III du titre VII du livre I[er] : « *Des enfans naturels* »
[770] Articles 331 à 342 du Code civil de 1804

l'enfant, seul qualité pour exercer l'action en recherche de maternité ou de paternité ». L'enfant moderne peut avoir des enfants.

Il ne serait donc pas complet de n'envisager l'enfant que dans sa ligne ascendante (1), il faut également l'étudier au vu de sa ligne descendante (2).

1. L'enfant et ses aïeux

492. L'article 371-4 du Code civil dispose notamment que « *l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants* ». La rédaction de cet article, issue de la loi de 2002[771], érige en droit de l'enfant la possibilité d'entretenir des liens étroits (dont le contenu échappe en partie au droit[772]) avec ses ascendants tous degrés et toutes lignées confondues. La lettre du droit est vaste mais la pratique réduit le champ d'application de l'article à une catégorie de personnes assez restreinte. Les différentes dispositions relatives à l'autorité parentale excluent de fait les ascendants premiers que sont les parents.

L'article 373-2 du Code civil, concernant les principes de l'exercice de l'autorité parentale par des parents séparés, énonce dans son deuxième alinéa que « *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* »[773]. L'idée de maintien évoquée par cet article implique qu'avant la séparation des parents, ils entretenaient déjà des relations personnelles avec l'enfant.

La rédaction antérieure des dispositions concernant les relations entre l'enfant et ses ascendants permet un éclairage sur le sens des dispositions nouvellement rédigées. L'ancien article 371-4 du Code civil prévoyait que « *Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents* ».

Ce sont surtout les grands-parents qui sont concernés par l'article 371-4 du Code civil. Les relations avec les grands-parents sont naturelles, elles participent et contribuent au développement normal de l'enfant. Il n'est pas recommandable qu'un enfant soit coupé de la famille ascendante de ses parents. Ses origines, son histoire, ses douleurs parfois sont entre les

[771] Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 mars 2002, p. 4161).
[772] La terminologie est vague, certes, mais il est possible de s'entendre sur ce que les « *relations personnelles* » recèlent de tendresse entre les personnes concernées. Cela correspond à recevoir l'enfant, aller le voir, l'inviter, lui faire des cadeaux, lui écrire, lui téléphoner. C'est ce que le droit englobe dans les notions générales de « *droit de visite* », « *droit d'hébergement* » et « *droit de correspondance* ».
[773] Les dispositions de cet article concernant les relations personnelles que l'enfant doit entretenir avec ses parents ont une portée plus importante que la valeur d'un symbole. Cette vingtaine de mot rend ce besoin naturel opposable au parent peu délicat qui ne prendrait pas soin d'assurer cette nécessité en empêchant les contacts entre l'enfant et l'autre parent (M. DOURIS : « *L'enfant à particularités* » ; thèse, Lyon, 2006, p. 99).

mains de ses aïeux qui représentent souvent une forme de mémoire vivante du passé de la famille. L'aspect psychologique de l'affaire ne doit pas masquer l'impact pratique qu'une ouverture aux relations avec les grands-parents permet. Dans une société active où les revenus du travail représentent l'essentiel des ressources d'une famille, la possibilité de confier, occasionnellement les enfants aux grands-parents est courante. Cette disposition du Code civil permet d'assurer une cohésion familiale entre les différentes générations.

493. La rédaction de l'article 371-4 du Code civil telle qu'issue de la loi de 2002 appelle quelques commentaires

La première remarque procède d'une comparaison entre les relations personnelles nouées entre l'enfant et ses grands-parents et celles maintenues entre lui et ses parents séparés selon les articles 371-4 et 373-2 du Code civil.

Selon le second de ces articles, « *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant* ». C'est un devoir à la charge des parents que de créer, entretenir et maintenir, des relations personnelles avec l'enfant. Ce devoir fait écho en grande partie à l'article 203 du Code civil qui leur enjoint d'« *élever leurs enfants* ». La situation est normale, le Code civil ne fait qu'ajouter un poids juridique supplémentaire à l'égard des parents pour qu'ils soient, le cas échéant, obligés de respecter ce devoir qui ne saurait être plus naturel[774]. Le débiteur de l'obligation d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant est le parent, l'enfant étant le créancier. À charge pour lui de faire respecter ce droit, soit personnellement au-delà de sa majorité[775] soit par l'intermédiaire de ses parents pendant sa minorité.

Le contraste existe entre cet article et celui concernant les grands-parents. Il énonce que le droit d'entretenir des relations personnelles avec eux appartient à l'enfant. C'est un droit de l'enfant, une possibilité qui lui est ouverte, une faculté qui lui est accordée. Ainsi, s'il ne souhaite pas entretenir de relations personnelles avec ses grands-parents, rien ne paraît

[774] En l'état de la jurisprudence, l'application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 373-2 du Code civil se confond avec la question de la résidence habituelle de l'enfant et avec celle du droit de visite et d'hébergement (C.A. Montpellier, 13 janvier 2004 ; Cass. Civ. 1, 17 janvier 2006 ; Bull. Civ. I, n°10). Pourtant, dans l'hypothèse d'un droit de visite épars (une fin de semaine sur deux par exemple), l'alinéa 2 de l'article 373-2 du Code civil devrait pouvoir permettre à l'enfant d'obtenir des relations personnelles avec celui de ses parents auprès duquel n'est pas fixée la résidence habituelle : téléphone, courrier postal, courrier électronique. L'enfant doit apparaître comme le créancier de ce devoir de maintenir des relations personnelles avec lui, ce qui ne doit pas se résumer à un droit de visite ou d'hébergement.

[775] L'article 373-2 du Code civil ne fait pas référence à l'âge de l'enfant, il est possible d'envisager que l'observation de ce devoir soit réclamé en justice par un majeur.

l'y obliger. L'enfant apparaît là comme le seul à décider de ses contacts avec son ascendance[776].

Aussitôt, une deuxième comparaison doit être faite avec l'ancienne rédaction de l'article 371-4[777] du Code civil. Il disposait que « *les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents* ». La loi de 1970 reconnaissait aux grands-parents un droit entier de relations personnelles avec leurs petits-enfants que la loi de 2002 a inversé.

494. M. CORNU s'est étonné de cette situation et a trouvé anormal que « *la loi de 1970 ait été reçue comme la reconnaissance de la grand parenté et que* […] *la loi de 2002 en soit la méconnaissance* », il *« appelle à un rééquilibrage »* de la situation au profit des grands-parents qui *« doivent être reconnus comme ayant, en leur seule qualité,* […] *un droit propre à l'entretien de relations avec leurs petits-enfants* »[778].

Un rééquilibrage qui permettrait de revenir dans les termes de la loi de 1970, une forme de droit, ouvert aux grands-parents d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants. Ce n'est pas là ce qui est communément entendu par « *rééquilibrage* », il s'agit d'avantage d'instituer un déséquilibre inverse, en faveur des grands-parents au détriment de l'enfant. Ce n'est pas plus sain que de laisser à l'enfant le choix de voir ou non ses grands-parents. Pire, cela participerait, au même titre que la rédaction actuelle de l'article 371-4 du Code civil, à un risque de désolidarisation du lien familial en laissant le choix aux grands-parents d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants. Les relations personnelles (affectueuses la plupart du temps) entre les membres d'une famille, quel que soit le degré de filiation qui les lie[779], ne doivent pas rester dans l'ordre de la faculté, de la permission, de la possibilité libre et éventuelle offerte à une personne. De même que les

[776] Cette faculté d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents semble inspirée par les stipulations de l'article 8, 1 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant. Ce paragraphe dispose notamment que « *Les États 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* ». Une autre illustration existe dans le même texte dans les stipulations de l'article 5 qui énoncent que « *les États 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* ».

[777] Issue de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 juin 1970, p. 5227).

[778] G. CORNU : « *Droit civil, la famille* » ; Montchrestien, 8ème édition, 2003, p. 155.

[779] Le Tribunal de grande instance de Paris a étendu l'application de l'article 371-4 du Code civil dans sa rédaction de 1970 aux arrière-grands-parents (T.G.I. Paris, 3 juin 1976 ; D. 1977, p. 303, note M. DE CAZALS).

parents doivent des relations personnelles à leurs enfants, les grands-parents devraient être assujettis à une obligation similaire.

Il faut toutefois atténuer le propos à la lumière des particularités qui affectent la « *grand parenté* ». Le devoir d'entretenir des relations personnelles entre l'enfant et ses parents fait partie des attributs normaux de l'autorité parentale dans ce qu'elle contient le devoir d'élever l'enfant. Ensuite, concernant les parents, en estimant que ces relations naturelles reposent sur une question de résidence familiale, la réciproque logique de cette obligation se trouvera dans l'article 371-3 du Code civil[780] concernant la résidence de l'enfant mineur chez ses parents. Est-il risqué, en disjoignant la question des relations personnelles entre les parents et leur enfant de la notion de résidence, d'absoudre l'enfant d'une réciprocité à l'égard de l'obligation imposée à ses parents ? En séparant la question de la résidence des relations personnelles de l'enfant avec ses parents, cela induit que les parents doivent, quelque soit son âge, entretenir des relations personnelles avec leur enfant. Aussitôt le reflet de cette obligation se lit dans les mots de l'article 371 qui imposent à l'enfant l'honneur et le respect à ses parents. Il s'agit même, de la plus élémentaire marque d'honneur et de respect que d'entretenir des relations personnelles avec ses parents.

495. Le rééquilibrage auquel M. CORNU invite devrait, non pas accorder un droit aux relations personnelles aux grands-parents (ce qui entraînerait que ce droit soit opposable aux petits-enfants), mais plus un devoir à l'une ou l'autre partie qui connaîtrait une symétrie du même ordre que celle des parents à l'égard de leur enfant.

La première question est de définir le débiteur des relations personnelles dans la configuration des grands-parents et des petits-enfants : laquelle des deux parties doit des relations personnelles à l'autre ?

Pour cette question, deux niveaux d'analyse sont envisageables.

Si ce problème est examiné sous l'angle de la nécessaire solidarité entre les générations[781], il est du devoir moral des moins âgés de prendre soin des moins jeunes[782].

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

[781] D'une morbide modernité depuis les désastres engendrés par l'épisode estival caniculaire d'août 2003 qui ne faisait finalement que mettre en évidence l'isolement parfois fatal auquel sont exposées certaines personnes âgées. L'isolement allant parfois même au-delà de la fatalité des décès puisque le 3 septembre 2003, Jacques CHIRAC, Président de la République et Bertrand DELANOË, Maire de Paris, assistaient à la cérémonie d'inhumation au cimetière parisien de Thiais des 57 victimes parisiennes de la vague de chaleur exceptionnelle du début du mois d'août dont les dépouilles n'avaient pas été réclamées par leurs proches.

Dans cette optique, la rédaction du Code civil devrait être modifiée de façon que les petits-enfants soient redevables de relations personnelles envers leurs grands-parents. Il serait possible de concevoir une rédaction nouvelle du premier alinéa de l'article 371-4 du Code civil :

> « *L'enfant doit entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent compromettre ces relations* ».

Une rédaction de cet ordre permet de résoudre la question de la réciprocité des relations personnelles dues par les parents à leurs enfants sans exagérer l'efficacité de l'article 371 du Code civil.

Néanmoins, l'évolution du Code civil ne va pas dans le sens d'une prise en compte des intérêts des grands-parents, ils semblent parfois à l'opposé de celui de l'enfant auquel le législateur donne une place de plus en plus importante depuis les trente dernières années.

De plus, en fait de rééquilibrage, une disposition mettant un devoir d'entretenir des relations personnelles avec leurs grands-parents à la charge des petits-enfants poserait la question de la réciprocité.

Dans ces conditions, mettre en place un devoir d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents à la charge de l'enfant n'est pas souhaitable, ni vraiment dans l'air du temps, ces relations devant pourvoir à l'intérêt de l'enfant et non à celui des grands-parents.

496. Il convient de renverser l'angle de vue et de ne plus considérer ce devoir comme une bienveillance à l'égard des personnes âgées mais comme un lien condescendant envers les générations montantes.

L'article 371-4 pourrait être ainsi rédigé :

> « *Chacun doit entretenir des relations personnelles avec ses descendants. Seuls des motifs graves peuvent compromettre ces relations* ».

---

[782] Sur ce problème, M. CORNU semble adopter l'idée que la question soit résolue sous l'angle des égards dus aux anciens quand il écrit que « *dans la suite des développements* » il ne parlera « *plus que des grands-parents mais en posant, une fois pour toutes, que les mêmes égards sont dus le cas échéant aux arrière-grands-parents et à tout autre ascendant* » (G. CORNU : « *Droit civil, la famille* » ; Montchrestien, 8ème édition, 2003, p. 155, note infrapaginale n°12 *in fine*).

Une redondance maladroite existerait peut-être avec les dispositions de l'article 373-2 al. 2 du Code civil. La formulation nouvelle ainsi proposée rendrait superflu cet alinéa de l'article 373-2 du Code civil, puisqu'elle poserait le même devoir et la même intangibilité souhaitée des relations parents-enfants.

Ce devoir serait-il réciproque ? La mise en place d'un devoir relationnel envers les grands-parents permet-elle d'envisager la pareille de la part des petits-enfants ? Il existe, sous-jacent au devoir d'honneur et de respect dû aux parents, un devoir d'entretenir avec eux des relations personnelles de la part des enfants. Ce devoir filial est-il extensible à l'ascendance d'un degré supérieur à celui des parents ? Une jurisprudence lointaine semble aller dans cette direction. Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 8 juillet 1857[783] énonce, sur le fondement de l'article 371 du Code civil, que « *le droit de visite des grands-parents n'est exceptionnel ni dans son principe ni dans son étendue ; il ne peut être mis en échec que s'il est inconciliable avec les prérogatives des parents ou avec l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

497. En l'état du droit, la volonté de rééquilibrer les prérogatives de l'enfant au profit des grands-parents n'est pas d'actualité. En lui offrant un droit à entretenir des relations personnelles avec eux, l'article 371-4 du Code civil donne aux petits-enfants un ascendant sur leurs ascendants, prérogative qui ne semble pas connaître de symétrie juridique au profit des grands-parents. Ce n'est pas aussi paradoxal qu'il peut y paraître vu que les relations personnelles sont dans l'intérêt de l'enfant et qu'un élément similaire est présent dans les relations qu'il entretient avec ses parents et qui lui sont dues.

498. La nuance entre les relations que l'enfant connaît avec ses ascendants provient de ce qu'il peut exiger que soit respecté le devoir de relation de ses parents et qu'il ne peut y avoir d'opposition à ce qu'il entretienne des relations personnelles avec ses aïeux.

La titularisation du droit d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents entre les mains de l'enfant peut faire surgir des problèmes si l'harmonie familiale est compromise et qu'apparaissent les situations conflictuelles. Le cas le plus fréquent se crée quand les parents mettent un grain de sable dans la mécanique fluide des relations entre les petits-enfants et les grands-parents[784]. Si l'enfant est seul titulaire du droit à entretenir des

[783] Cass. Civ. 8 juillet 1957 ; DP. 1857, 1, p. 273 ; S. 1857, 1, p. 721 ; Grands arrêts n°56 ; C.A. Paris, 8 avril 1965 ; JCP 1966, II, 14566.

[784] Les relations entre l'enfant et ses grands-parents peuvent devenir l'objet de conflits familiaux à la suite du divorce des parents ou du décès d'un des deux. Le conflit naît alors le plus souvent entre gendre (ou bru) et

relations personnelles avec ses grands-parents, il est en principe seul[785] à pouvoir le faire valoir en justice contre ses parents. Ce n'est pas que ce semble retenir la pratique qui montre que les grands-parents sont la plupart du temps à l'origine de l'action.

C'est dans cette possibilité d'agir en reconnaissance du droit de leurs petits-enfants que se situe le rééquilibrage que M. CORNU appelle de ses vœux. Grands-parents et petits-enfants semblent cotitulaires du droit d'entretenir ensemble des relations.

499. *A priori*, l'article 371-4 du Code civil place l'enfant dans une position de supériorité juridique par rapport à ses aïeux. Situation en complète contradiction avec l'esprit qui irrigue la logique familiale au travers de l'article 371 du Code civil. Comment l'enfant peut-il devoir honneur et respect à ses père et mère si, dans le même temps il dispose à leur encontre d'un droit à entretenir des relations normales avec des grands-parents ? La notion de « *droit* » développée dans l'article 371-4 du Code civil ne reflète pas la justesse du concept. Ce droit qui dérange tant certains auteurs en ce qu'il corrompt l'équilibre familial n'est en fait que la manifestation — peut-être un peu maladroite — de l'intérêt de l'enfant. L'article 371-4 du Code civil aurait certainement gagné en clarté si, au lieu d'inscrire un droit à l'actif de l'enfant, le législateur avait fait valoir que les relations personnelles avec ses ascendants sont dans son intérêt.

Loin des concepts juridiques intrinsèquement déséquilibrés de droit, de créancier ou de débiteur, la situation se serait alors trouvée dans une configuration de bon sens : il est bon que l'enfant ait des contacts avec ses grands-parents, de même qu'il est sain pour les deux parties, qu'il y ait des relations stables et chaleureuses entre elles.

En considérant que c'est l'intérêt de l'enfant et l'équilibre familial qui se dissimulent finalement derrière l'idée peu habile de « *droit* », la dimension de la valeur de l'enfant dans sa famille élargie est mieux révélée. Il n'est pas redevable d'un droit de visite auprès de ses ascendants, pas plus qu'ils ne lui doivent une attention particulière. Le fait d'être un enfant ne justifie pas que toutes les attentions lui soient dues. Dans ce contexte, l'enfant se retrouve comme un lien intergénérationnel avec ses aïeux, lesquels, en contrepartie, participent à son éducation et à son établissement psychologique et matériel.

---

beaux-parents, les premiers refusant que les seconds puissent voir, correspondre ou héberger leur enfant. Les liens d'alliance exacerbent les velléités de garder pour soi le privilège de profiter de la chaleur de l'enfant.

[785] M. CORNU s'interroge à ce titre : « *Verra-t-on des enfants, forts de leur «* droit *», plaider contre des parents qui leur refusent de voir leurs grands-parents, ou contre des grands-parents qui refusent de les voir ?* » (G. CORNU : « *Droit civil, la famille* » ; Montchrestien, 8ème édition, 2003, p. 156, note infrapaginale n°14).

C'est ainsi que s'organise une bonne entente dans la cellule familiale élargie et cela correspond plus à l'économie générale des relations que doit entretenir l'enfant avec le reste de sa famille. Des relations personnelles à double sens s'inscrivent mieux dans la réciprocité de l'obligation d'aliments de l'article 203 et de l'article 207 al. 2 du Code civil et dans le fait qu'en cas de décès des père et mère, il appartienne aux grands-parents des deux lignées de donner leur consentement à mariage pour un mineur[786].

500. L'enfant tel qu'il est vu par le Code civil n'est plus le fidèle reflet de l'enfant moderne. Le Code reste silencieux sur le cas, de moins en moins rare, de l'enfant qui a des descendants.

2. L'enfant et ses enfants

> « *Croyez-moi, les enfants n'aiment que l'inconnu* »[787].

Il faut peut-être voir, derrière l'inconnu, les délices mystérieuses des choses interdites par les parents. Des interrogations se posent aussitôt quand l'inconnu est envisagé sous l'angle de ce que l'enfant méconnaît par son jeune âge ou par la protection de ses parents. L'enfant envisage-t-il d'être parent ? L'enfant aime-t-il les enfants ? L'enfant aime-t-il ses enfants ? L'enfant est-il mature pour avoir des enfants ?

La réalité du droit n'apporte pas de réponse globale à toutes ces questions. D'ailleurs, la question première est de savoir si le droit prévoit qu'un enfant puisse se trouver être parent. Il n'y a pas davantage de réponse à cette interrogation. Un arrêt du 23 mars 1884 énonce malgré tout qu'un mineur peut reconnaître un enfant. De cette jurisprudence, il est convenu de déduire qu'à défaut de le prévoir spécialement, le droit l'a admis particulièrement : l'enfant peut être placé à la tête d'une descendance et se trouver dans la situation d'un chef de famille, ce qui lui confère la possibilité que soit rédigé à son attention un livret de famille[788].

---

[786] Article 150 du Code civil : « *Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent…* ».

[787] A. DE MUSSET : « *A quoi rêvent les jeunes filles* » ; acte I, scène 4, Gallimard.

[788] La naissance d'un enfant hors du mariage donne droit à l'établissement d'un livret de famille. À ce propos, l'instruction générale relative à l'état civil précise que « *ce livret peut être demandé par le père ou la mère mineur ou majeur protégé sans qu'une autorisation du représentant légal soit exigée* » en s'appuyant sur les termes du décret n°74-449 du 14 mai 1974 (JORF, 18 mai 1974, p. 5349). Toutefois, le début de la spirale du paradoxe apparaît dès qu'il appartient à l'enfant demandeur du livret de famille de justifier de son domicile, quand il décide de demander la délivrance de son livret auprès de l'état civil de son lieu de résidence. Depuis le décret n°97-851 du 16 septembre 1997 (JORF, 18 septembre 1997, p. 13548) modifiant les dispositions du

501. Cette situation reconnue, il faut reconnaître son corollaire qui est la dévolution normale de l'autorité parentale à ceux qui, quoique mineurs, se trouvent en situation de parenté. Il est possible que l'esquisse de cette perspective, sur laquelle le droit dans son ensemble est silencieux[789], procure des impressions de vertiges. Cette question apparaît manifestement comme se trouvant aux confins de ce que le droit peut compter de plus paradoxal. Elle conduit à s'interroger, en cascade, sur le statut de l'enfant, sur celui du parent mineur, sur celui du parent majeur et embrasse, dans sa globalité toutes les branches du droit qui touchent, de près ou de loin, aux attributs de l'autorité parentale et à son exercice.

C'est justement ici, dans l'exercice de l'autorité parentale, que se situe le cœur du paradoxe, qui s'accentue à mesure que le sujet s'approche de l'âge du début de la puberté et qu'il s'éloigne de celui de la majorité.

L'autorité parentale est attribuée aux parents[790], dès la rédaction de l'acte de naissance et rétroactivement depuis la naissance de l'enfant. C'est une logique naturelle qui découle de la rédaction de l'article 371-1 du Code civil dans lequel la limite fixée à l'autorité parentale est la majorité de l'enfant. L'autorité parentale est donc restreinte dans le temps à une durée maximale de dix-huit années. La loi, dans la généralité de la rédaction des dispositions du Code civil concernant l'autorité parentale, ne détermine pas de seuil d'âge concernant les parents. Elle retient uniquement que l'autorité parentale « *appartient aux père et mère* ». Il est concevable de songer à deux jeunes adolescents juste pubères[791], qui se trouvent parents et qui, par l'effet de la loi, se voient reconnaître l'autorité parentale sur leur enfant. La situation ne manque pas de susciter une certaine curiosité puisque voici deux

---

décret n°53-914 du 26 septembre 1953, l'attestation sur l'honneur ne suffit plus. De ce fait, l'officier de l'état civil compétent pour délivrer le livret de famille à raison de la résidence du parent fait office de coordinateur à l'égard des officiers de l'état civil détenteurs des actes de naissances des parents. Pour s'assurer que le parent requérant est bien résidant de la commune sur le territoire de laquelle l'officier de l'état civil exerce, celui-ci devra demander un justificatif. L'instruction générale relative à l'état civil prévoit que « *la justification de la résidence pourra se faire par tous moyens, notamment par la production d'un titre de propriété, d'un certificat d'imposition ou de non-imposition, d'une quittance de loyer, d'assurance pour le logement, de gaz, d'électricité ou de téléphone* ». Il est légitime de s'interroger sur l'efficacité de ce procédé pour ce qui concerne des mineurs. La justification du domicile des parents majeurs, ne peut suffire dans la mesure où rien n'établit que le parent mineur vit encore sous leur toit. L'unique option offerte au parent pour obtenir la délivrance de son livret de famille est de s'adresser, dès la naissance de son enfant, à l'officier de l'état civil, non de sa résidence, mais du lieu de naissance de son enfant, également compétent pour rédiger un livret. Il faut rappeler, que, par chance, la délivrance d'un livret de famille n'est pas obligatoire.

[789] Qu'il s'agisse du législateur, du juge, du praticien ou du théoricien.

[790] S'agit-il d'une attribution ou d'une reconnaissance ? Selon M. CORNU, « *c'est la loi qui* [énonce que l'autorité parentale appartient aux parents]*, mais avec un air de reconnaître plutôt que de conférer l'autorité. Comme s'il fallait lire que, de droit naturel, les enfants sont sous l'autorité de leurs parents* » (G. CORNU : « *Droit civil, la famille* » ; Montchrestien, 8ème édition, 2003, p. 153).

[791] L'actualité montre que la question se pose toujours plus précocement. La presse internationale relatait en mars 2009 la situation d'une jeune Brésilienne de neuf ans, enceinte de deux jumeaux à la suite des viols multiples commis sur elle par son beau-père.

enfants, détenteurs conjointement d'une autorité dans le but d'éduquer, protéger un enfant, alors qu'ils ne disposent pas, pour eux-mêmes, de ce même pouvoir de direction.

En ce qu'elle est un ensemble de droits et de devoir, l'autorité parentale comporte un grand nombre de conséquences juridiques, qui s'inscrivent à l'actif de ses détenteurs. Ces droits et devoirs sont en lien avec le patrimoine, mais aussi avec la responsabilité civile des parents, et avec la vie sociale de l'enfant.

502. Un problème de taille risque de se produire dès que les parents mineurs vont vouloir exercer leur autorité parentale sur leur enfant.

Le souci ne se révèlera pas dans le cadre de l'intimité familiale. Le devoir d'éducation et de protection de l'enfant renvoie essentiellement à la douceur du foyer. « *L'enfant a besoin de soins, de direction, de vigilance, d'attention, de tendresse…* » selon M. CORNU[792]. Ces qualités ne sont pas l'apanage des parents majeurs, l'adolescent de treize ans offre autant de chaleur à son cadet qui vient de naître que s'il avait deux fois cet âge.

La complication naît dès que l'exercice de l'autorité parentale s'immisce dans la mise en œuvre de droits subjectifs, normalement inaccessibles aux mineurs.

503. La jurisprudence concernant le droit au respect de la vie privée fondé sur l'article 9 du Code civil impose que « *la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur est soumise à l'autorisation de la personne ayant autorité sur lui* »[793]. La Cour de cassation ne paraît pas installer d'exigence de majorité à la charge de la personne ayant autorité sur le mineur[794]. Ainsi, le parent mineur de l'enfant pourrait volontiers autoriser seul la divulgation d'éléments concernant la vie privée de son descendant. Toutefois, cela semble contraire à la teneur de l'arrêt selon lequel un mineur ne dispose pas isolément de sa vie privée. Il est en principe incapable de tout acte de disposition. Si la minorité n'est pas un empêchement à ce que le parent mineur dispose de la vie privée de son enfant, cela induit qu'il peut disposer pour autrui d'un droit dont il ne dispose par pour lui-même. Or ici, le droit s'approche d'une forme de contradiction. Il est difficile de concevoir comment un mineur pourrait être plus capable de disposer des droits d'autrui que de ses propres droits.

---

[792] G. CORNU : « *Droit civil, la famille* » ; Montchrestien, 8ème édition, 2003, p. 153.
[793] Cass. Civ. 1, 18 mai 1972 ; Bull. Civ. I, n°134 ; JCP 1972, II, 17209, concl. LINDON. C.A. Paris, 14 février 2002 ; D. 2002, p. 2004, note J. RAVANAS. Nullité de la convention portant sur le droit à l'image d'un mineur qui n'a pas été autorisée par son représentant légal (C.A. Paris, 31 octobre 1992 ; D. 1992, IR, 9).
[794] Il faut convenir qu'en 1972, la question de la minorité du représentant légal ne se posait que peu.

Dans la situation d'un parent mineur, l'autorisation pourrait être soumise à celle subséquente de ceux qui exercent sur lui l'autorité parentale. Ce raisonnement est tenable s'il s'appuie sur le fait qu'un mineur ne peut disposer sans l'accord de ses représentants légaux. En effet, l'acceptation de divulguer des informations concernant la vie privée est un acte de disposition relatif à des droits extrapatrimoniaux que seuls peuvent accomplir les représentants légaux agissant en son nom.

Cependant, vouloir soumettre cette autorisation à l'autorisation d'autoriser du parent majeur entre en conflit avec l'article 389-3 du Code civil qui dispose dans son premier alinéa que « *l'administrateur l'égal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* ». L'article 389-3 al. 1er du Code civil exclut de la représentation des parents les actes autorisés par la loi et l'usage. Si l'autorité parentale est considérée comme un ensemble de droits accordés aux parents dans le but d'élever leur enfant, l'autorisation des parents majeurs ne doit pas être exigée pour l'épanouissement des droits inhérents à l'autorité parentale dévolue à leur enfant mineur. Dans le cadre juridique ainsi mis en place, le parent, même mineur, est seul à décider pour son enfant quand cela concerne la direction de sa personne.

504. La situation semble juridiquement satisfaisante pour ce qui concerne les droits extrapatrimoniaux de la personnalité. La situation de droits patrimoniaux encadrés par l'autorité parentale qui sont normalement du ressort des parents ne semble pas aussi simple à cerner. La nature même de ces droits est plus palpable, plus facile à identifier. Les interlocuteurs du parent mineur sont plus sensibles aux questions patrimoniales qu'extrapatrimoniales.

Le parent mineur peut-il gérer seul le patrimoine de son enfant ? Un parent mineur peut-il administrer l'immeuble que son enfant aurait acquis par legs ? L'article 389-4 du Code civil autorise chacun des parents à accomplir seul les actes pour lesquels le tuteur n'aurait pas besoin d'une autorisation judiciaire. Aux termes de l'article 456 du Code civil, « *le tuteur accomplit seul, comme représentant du mineur, tous les actes d'administration* » ce qui renvoie entre autres aux baux, et aux aliénations modestes de mobilier. Comment envisager un mineur de quatorze ans donnant à bail un immeuble que son enfant aurait hérité ? Il paraît

évident que l'exercice de l'autorité parentale se heurte ici à la circonspection logique du preneur à bail qui peut légitimement avoir des doutes sur la validité d'un tel contrat[795].

Les textes relatifs aux droits des parents dans le cadre de leur autorité ne laissent pas la place à une représentation en cascade dans l'espace contractuel du parent à l'égard de son enfant. Ainsi, il ne semble pas automatique que le parent mineur puisse être représenté par son parent majeur quand il agit au nom de son enfant. La validité d'un contrat passé en représentation d'un mineur ne repose pas sur la majorité du représentant mais sur sa qualité de parent. La pratique est toutefois difficile à imaginer et les références, en dehors de l'aspect propre au contrat, peuvent poser problèmes dans des domaines divers et plus quotidiens que la location d'un immeuble appartenant à un mineur d'un âge très bas. Ainsi, la scolarisation de l'enfant ou à son placement en crèche et les questions liées aux problèmes médicaux et à la compétence du parent pour prendre les décisions médicales pour l'enfant, sont-ils autant de problèmes difficilement solubles.

505. La gestion du quotidien peut aussi se révéler source de confusions juridiques. L'autorité parentale contient également l'obligation alimentaire. La pratique la plus simple, qui correspond à la situation la plus courante (quand le parent mineur vit encore chez ses parents), voudrait que les grands-parents pourvoient aux aliments de leur descendance, au premier comme au deuxième degré.

Naturellement, la plupart du temps, ce devoir est rempli spontanément[796]. Mais les dispositions combinées des articles 203, 205 et 207 du Code civil peuvent trouver à s'appliquer au cas où les grands-parents hésitent pour remplir leur obligation naturelle. Un arrêt[797] rappelle qu'en cas d'insuffisance de patrimoine des père et mère pour assurer leur

[795] Le preneur à bail aurait-il le même doute si le bailleur âgé de quinze ans était émancipé par mariage et agissait sur ses propres biens ?

[796] Il s'agit d'une espèce d'obligation naturelle de la part des grands-parents à l'égard de leurs petits-enfants. Aussi, la question qui se posait pour l'enfant particulièrement attentif peut trouver à se poser pour les grands-parents très généreux. La jurisprudence a considéré qu'un enfant qui s'était montré exagérément précautionneux à l'égard de ses vieux parents était admis à demander une indemnité à l'occasion de leur succession (Cass. Civ. 1, 12 juillet 1994 ; Bull. Civ. I, n°250 p. 181 ; D. 1995, p. 624, note M. TCHENDJOU ; JCP 1995, II, 22425, note A. SÉRIAUX ; Defrénois 1994, p. 1511 ; RTDCiv. 1995, p. 373 ; RTDCiv. 1995, p. 407). L'inverse est-il possible ? Les grands-parents qui ont spontanément contribué à l'entretien de leurs petits-enfants, au détriment du confort de leur retraite ou, le cas échéant, au péril de leur situation professionnelle, peuvent-ils demander une indemnité à leur enfant sur le fondement du principe de l'enrichissement sans cause ?

[797] Cass. Civ. 1, 6 mars 1990 ; JCP 1991, II, 21664, note T. GARÉ ; Defrénois 1990, p. 944, obs. J. MASSIP.

obligation alimentaire à l'égard de leur enfant, les grands-parents peuvent être obligés de s'acquitter du complément de la pension alimentaire nécessaire à l'entretien de l'enfant[798].

506. Au reste, même si le patrimoine du parent mineur est suffisant, sa disposition est à nouveau problématique. Le parent mineur peut-il utiliser son patrimoine personnel dans le but de remplir ses obligations découlant de l'autorité parentale ? Ce problème semble beaucoup plus compliqué que celui de savoir s'il peut inscrire son enfant en crèche ou à l'école ou encore s'il peut administrer et gérer le patrimoine de son enfant. La philosophie retenue de la lecture de l'article 389-3 du Code civil est de considérer que la loi autorise le parent mineur à assumer ses devoirs de parents envers son enfant. Ainsi peut-il gérer le patrimoine de son enfant ou diriger sa personne. Mais il n'y a pas d'éléments précis dans l'article précité permettant d'affirmer que la loi autorise le mineur à utiliser les droits nécessaires à l'accomplissement de son devoir parental. Les termes du Code civil ne répondent pas à la question de savoir si le parent mineur peut utiliser son patrimoine personnel (à supposer qu'il en ait un) dans le but d'assurer l'entretien de son enfant. Si le parent mineur est propriétaire d'un bien, il n'est pas certain qu'il puisse le vendre ou le louer seul afin d'en tirer les revenus nécessaires à l'entretien de sa descendance.

En admettant qu'il le puisse, un autre problème surgirait : le fait que la loi lui donne l'autorisation de gérer son propre patrimoine dessaisit-il ses parents majeurs de leurs prérogatives sur ce même patrimoine ? Aucune disposition ne permet d'assurer cela, les parents majeurs du mineur demeurent gestionnaires légaux des biens du mineur. Le souci est à ce moment beaucoup plus épineux car l'hypothèse est celle d'une configuration particulière d'un patrimoine sur lequel plusieurs personnes peuvent avoir des droits, sans que pour autant la sécurité des tiers soit assurée.

L'impact de l'article 389-3 du Code civil est limité aux actes que la loi autorise le parent à accomplir en considération de son autorité parentale en faveur de l'enfant dans sa personne et son patrimoine. Il ne déclenche pas pour autant une forme d'émancipation généralisée et automatique du fait de la parenté. Le parent mineur peut agir par les prérogatives de son autorité sur la personne et sur le patrimoine de son enfant, mais ne peut

[798] « *L'obligation que l'article 203 du Code civil met à la charge des père et mère de nourrir, entretenir et élever leurs enfants n'exclut celle que les articles 205 et 207 du Code civil imposent en leur faveur aux autres ascendants que dans la mesure où les parents peuvent faire face à leurs propres obligations* » (Cass. Civ. 1, 6 mars 1990).

pas, en faveur de son enfant, agir sur son propre patrimoine[799], ni probablement sur sa propre personne.

507. De multiples questions annexes peuvent se poser. Il en est toutefois une, non négligeable qui soulève des perspectives juridiques intéressantes et dont la solution n'est pas évidente.

Qu'advient-il si l'enfant commet un acte qui entraîne un préjudice à l'encontre d'un tiers ?

La solution juridique en matière de responsabilité civile ne pose pas tellement de problème. L'application désormais acquise de l'art 1384 du Code civil est déclenchée aussitôt, sauf faute manifeste de la victime ou force majeure. La responsabilité des parents mineurs est engagée. En effet, l'article 1384 al. 4 du Code civil ne pose que trois conditions pour être applicable, d'une part un fait de l'enfant ayant entraîné directement un dommage, d'autre part l'attribution de l'autorité parentale aux parents et de troisième part la résidence de l'enfant avec ses parents. La minorité, une fois encore, n'est pas un empêchement à l'engagement de l'article en cause. Le parent mineur est, logiquement, responsable du fait de l'enfant sur lequel il exerce l'autorité parentale et qui habite avec lui[800]. La responsabilité des

[799] La complexité du problème juridique posé d'une façon générale par le parent mineur s'intensifie si s'élève un contentieux entre deux parents mineurs, non mariés – par hypothèse, sinon ils seraient émancipés et toutes les questions relatives à la séparation des parents seraient régies par le droit commun applicable aux majeurs – et séparés. La saisine du juge aux affaires familiales dans le but d'intervenir en la matière est assez vite réglée par l'article 373-2-8 du Code civil qui permet au ministère public, lui-même saisi par un tiers parent ou non, de saisir à son tour le juge afin de trancher un éventuel différend relatif à l'exercice de l'autorité parentale ou à l'entretien des enfants. Un litige engagé en vue d'obtenir la déchéance de l'autorité parentale concernant l'un des parents doit être appréhendé avec une grande vigilance dans la mesure où, de même qu'il est impossible de considérer la minorité comme un obstacle à la reconnaissance de l'autorité parentale, le statut de mineur ne doit pas entrer en ligne de compte comme motif unique de retrait ou de déchéance. Pour ce qui relève de la pension alimentaire, il faut établir deux situations. Si les parents mineurs ont un patrimoine propre, le juge peut-il condamner celui des deux chez lequel la résidence habituelle n'est pas fixée à disposer de son patrimoine pour entretenir son enfant ou, doit-il condamner les parents majeurs (grands-parents de l'enfant) à disposer du patrimoine de leur enfant mineur (parent de l'enfant) dans le but d'assurer l'entretien de l'enfant ? Si les parents ne disposent pas d'un patrimoine garni, ce qui est la règle selon M. CORNU, les cas où l'enfant est propriétaire de bien étant « *relativement rares* » (G. CORNU : « *Droit civil, la famille* » ; Montchrestien, 8ème édition, 2003, p. 190), comment le juge doit-il s'y prendre pour fixer la pension sur la base des ressources du débiteur ? Le débiteur n'ayant, par hypothèse, aucune ressource, doit-il prendre en compte les ressources du parent majeur chez lequel il vit ? La même question se pose pour évaluer les besoins de l'enfant. Le juge doit-il examiner les ressources des parents majeurs chez lesquels vivent le parent mineur et l'enfant ?

[800] La rédaction de l'article 1384 al. 4 du Code civil est ambiguë. Le fait de vivre avec ses parents, n'équivaut pas à vivre chez eux. Il aurait été possible d'opposer efficacement cet argument si la rédaction avait fait intervenir l'adverbe « *chez* » au lieu de l'adverbe « *avec* ». L'enfant qui habite « *avec* » ses parents mineurs n'habite pas chez eux mais chez ses grands-parents ou sous le toit d'une association. Ceci dit, il semble que l'autorité parentale détenue par les représentants légaux de l'enfant soit la condition essentielle pour engager le mécanisme de l'article 1384 al. 4 du Code civil.

grands-parents n'a aucune raison d'être engagée, l'alinéa 4 de l'article 1384 du Code civil ne vise, explicitement, que les parents, à l'exclusion de tout autre membre de la lignée[801].

L'objectif de l'article 1384 du Code civil n'est pas réellement de décharger un mineur de la responsabilité d'un dommage qu'il aurait causé. La question ne se pose pas en termes moraux, mais en termes pécuniaires. L'article 1384 du Code civil installe un système de réparation permettant aux personnes auxquelles l'enfant a porté préjudice d'obtenir la réparation que leur accorde le principe général dégagé par l'article 1382 du Code civil. Ce dispositif repose entièrement sur le postulat que les parents ont un patrimoine qui permette de réparer les dommages de leurs enfants et de venir en garantie de leur responsabilité civile. Les engrenages du mécanisme se bloquent si ce dernier rouage est ôté et que le parent est privé d'un patrimoine substantiel, à même d'absorber la réparation exigée. Les produits d'assurance sont là pour éviter ce grippage général de la responsabilité civile du parent du fait de son enfant mineur vivant avec lui. Mais ce renfort financier ne vaut que si l'insolvabilité du responsable est conjoncturelle, ce qui est le cas quand le parent, bien que majeur, ne dispose pas d'un patrimoine suffisant. Mais un mineur n'est pas insolvable en raison d'un patrimoine peu élevé, il est insolvable parce qu'il est mineur. Cette minorité l'empêche d'utiliser son patrimoine, et, surtout, lui interdit de conclure un contrat de disposition sur son patrimoine, notamment un contrat d'assurance. Ainsi, en engageant la responsabilité civile du parent mineur d'un enfant pour le dommage causé par ce dernier, cela n'emporte aucune incidence quant à la réparation du préjudice causé puisque aucun contrat d'assurance ne vient garantir la réparation matérielle du dommage.

La compagnie d'assurance des grands-parents peut-elle être appelée en garantie du parent mineur ? Il ne saurait être question de garantir le parent mineur pour une responsabilité qui n'est pas engagée en raison d'un dommage dont il est la cause directe. Le contrat d'assurance n'a pas pour vocation de prémunir celui qui le contracte contre la responsabilité de son enfant du fait du dommage causé par son descendant au second degré.

508. Le Code civil ne répond pas encore à toutes les interrogations que suscitent la minorité du parent. Il existe pourtant certaines façons de procéder pour éviter ces blocages ou ces désagréments.

La première possibilité repose sur l'effet de la volonté.

[801] La responsabilité des grands-parents ne paraît pouvoir être engagée que sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du Code civil si les conditions sont remplies.

Le parent mineur peut, sur le fondement de l'article 377 al. 1er du Code civil[802] déléguer son autorité parentale, temporairement, aux personnes chez lesquelles il vit effectivement (la plupart du temps, les grands-parents). Cette première solution permet d'évincer les problèmes patrimoniaux, mais aussi les problèmes qui surviennent dans le quotidien de l'éducation de l'enfant (crèche, école, autorisation médicale).

509. Sur le fondement de l'alinéa suivant du même article[803], une deuxième possibilité, contentieuse est envisageable, qui déléguerait l'autorité parentale, non sur la volonté du parent, mais sur celle d'un tiers, après constat que le parent est dans l'impossibilité d'exercer ses prérogatives. La minorité, n'est pas une cause suffisante en la matière. Il n'est pas admissible qu'elle ne soit pas un obstacle à la dévolution de l'autorité parentale et en même temps la considérer comme une impossibilité objective de l'exercer. Il faut que l'exercice de l'autorité parentale soit suffisamment paralysé par les effets de la minorité du parent pour que le juge décide qu'il est dans l'impossibilité de l'exercer. Sur ce point, le contrôle de la Cour de cassation[804] paraît assez réduit puisqu'elle a admis qu'une « *cour d'appel apprécie souverainement que le fait, pour le père de l'enfant, d'être difficilement joignable et de ne pas prendre réellement en compte les besoins de sa fille au regard des démarches inhérentes à l'exercice de l'autorité parentale caractérise l'impossibilité d'exercer visée à l'article 377 al. 2* » du Code civil.

510. Une autre possibilité, innovante, consisterait à décider que l'autorité parentale s'exerce sur le descendant en ligne directe au premier degré et sur les autres descendants. Cependant, pour ces derniers, qui se limitent concrètement aux petits-enfants, la minorité des parents ne complique l'exercice de l'autorité parentale que pour ce qui concerne le patrimoine. Il faut donc prévoir une autorité parentale conjointe entre les parents mineurs et les grands-parents pour ce qui relève du gouvernement de la personne de l'enfant (y compris ses droits extrapatrimoniaux) et une autorité parentale exclusive, entre les mains des grands-

[802] Article 377 al. 1er du Code civil : « *Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental d'aide sociale à l'enfance* ».

[803] Article 377 al. 2 du Code civil : « *En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental d'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale* ».

[804] Cass. Civ. 1, 5 avril 2005 ; Bull. Civ. I, n°162 ; AJFam. 2005, p. 273, obs. H. GRATADOUR ; Dr. Fam. 2005, n°155, note P. MURAT.

parents pour tout ce qui touche au patrimoine de l'enfant. Cela évite les incertitudes quant au patrimoine de l'enfant et du parent mineur, ainsi que les questions de responsabilités.

511. Enfin, une dernière solution consisterait à élargir le champ de l'article 476 du Code civil relatif à l'émancipation de plein droit par le mariage. Le fait est que la situation du parent mineur, n'est plus celle d'un enfant. Il est projeté, de façon peut-être un peu violente, dans l'âge adulte, de par sa position de chef de famille. L'émancipation de plein droit à cause du mariage a pour objectif de permettre aux époux d'assurer une vie de famille saine en leur donnant les moyens d'assumer les droits et les devoirs attachés à leur qualité. Il serait tout aussi sain que l'enfant sur lequel repose la charge d'un autre enfant, soit dégagé du carcan de la minorité pour pouvoir, pleinement, assurer sa charge de parent. Toutefois, l'émancipation par la filiation pouvant intervenir plus précocement que l'émancipation par le mariage[805], il peut s'avérer utile de soumettre la nouvelle capacité du parent émancipé à une forme de curatelle dont son parent serait titulaire.

512. L'image actuelle dessinée par le Code civil de l'enfant qui a des enfants est très contrastée et très ambivalente. Parfois parent quand il dirige la personne de son enfant, ou enfant quand il en gère le patrimoine ou qu'il essaie de gérer le sien, l'enfant titulaire de l'autorité parentale apparaît comme un chef de famille à l'autorité limitée.

Le Code civil ne permet pas, en l'état actuel du droit, de faire de lui un parent complet, ni de le défaire complètement de son infantilité. Son statut juridique, conjugué à l'autorité parentale s'exerçant sur lui bloque l'épanouissement de ses prérogatives attachées à son statut de parent.

Ce paradoxe juridique met l'accent sur une question consubstantielle majeure dans l'ambivalence perçue entre le parent et l'enfant quand ils sont réunis dans la même personne. Généralement l'enfant a droit à la protection du parent responsable. Or dans la situation extraordinaire et encore marginale où l'enfant est aussi parent, les deux idées sont antagoniques : l'enfant ne peut pas être à la fois responsable et protecteur, protégé et protégeant.

[805] *De facto*, l'émancipation par le mariage semble une disposition désuète oubliée par le législateur quand il a modifié l'âge d'accès au mariage de l'article 144 du Code civil par la loi n°2006-399 du 4 avril 2006. C'est une erreur car la possibilité de se marier avant l'âge de la majorité est toujours possible bien que réduite à l'expression d'une réquisition du procureur de la République qui continue à pouvoir accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves selon l'article 145 du Code civil.

Il est pourtant indispensable, dans l'optique de pouvoir dégager une définition conceptuelle générale de l'enfant, de parvenir à concilier responsabilisation et protection.

Section 2 : Concilier responsabilité et protection de l'enfant

513. L'enfant ne peut pas se définir uniquement dans sa relation avec autrui, ascendant ou descendant. Le droit, dans sa fonction de langage spécifique attaché à une discipline rigoureuse, doit définir chaque concept pour lui-même et non pas en fonction d'un autre. L'enfant ne doit pas échapper à cette règle.

Mais en le définissant, ou du moins en essayant, il ne faut pas pour autant le dénaturer et lui faire perdre ses caractéristiques sociologiques premières que sont la fragilité, la candeur et parfois la naïveté, souvent l'immaturité. La tâche est compliquée du fait que l'enfant appartient à chacun, dans sa vie et dans sa chair. Chaque individu a sa définition de l'enfant qui renvoie à son histoire personnelle, à son sentiment ou à ses souvenirs. Par sa nature, l'enfant ne doit pas appartenir au droit. Mais le droit doit le gérer, l'encadrer et l'entourer de sa protection.

L'incertitude majeure de l'enfant en tant que concept est qu'il est une personne évolutive dans le temps qui a vocation à s'extirper de sa condition pour embrasser celle de l'adulte. Si l'enfant est une chrysalide, l'adulte est son papillon[806].

L'évolutivité de l'enfant pose un obstacle à une définition rigide par le droit. À cet égard, le législateur s'est employé à imprimer un effet évolutif à la définition qu'il donne de l'autorité parentale en soumettant à la bienveillance des parents le fait que l'enfant soit, en fonction de son âge et de sa maturité, associé aux décisions qui le concernent.

514. C'est autour de cette évolution de la personne de l'enfant que s'articule la difficulté de l'insérer dans le monde juridique. L'enfant fragile exige la protection de la loi, mais l'adolescent en passe de devenir adulte aspire à être responsabilisé en vue d'atteindre sereinement l'âge adulte. PROUST écrivait que « *l'adolescence est le seul temps où l'on ait appris quelque chose* »[807]. Cette référence exprime l'idée que la protection ne doit pas être

[806] G. RAYMOND ; C. MARIE : « *Métamorphoses de l'Enfant dans le Code civil, la chrysalide devient papillon* », *in* « *Évolution de l'enfant dans le Code civil français* » ; Colloque, Poitiers, 19 novembre 2004.
[807] M. PROUST : « *À la recherche du temps perdu. À l'ombre des jeunes filles en fleurs* », Gallimard.

uniforme pendant le temps de l'enfance car elle risque de provoquer un étouffement de l'adolescent préjudiciable pour sa vie d'adulte.

Il est manifeste alors que l'enfant n'est pas évident à croquer et que son évolution rend son portrait difficile à peindre. Il faut à chaque instant reposer le fusain pour bien imprimer chacun des caractères du personnage, tant il est complexe (§ 2).

La seconde conséquence de l'apprentissage de l'enfant concerne son entrée inexorable dans le monde des adultes. Le Code civil ne permet pas d'apprécier ce passage de façon constructive, il ne fait que définir un âge, arbitraire, à partir duquel l'enfant, selon la loi, cesse d'en être un. Il est constant que cet âge ne correspond pas nécessairement à une réalité sociologique. Il convient donc, dans une certaine mesure, d'assouplir ou de rénover certaines dispositions législatives dans le but de prendre en considération le fait que l'enfant est avant tout un adulte en devenir (§ 1).

§ 1 – L'enfant : un adulte en devenir

515. La coexistence, autour d'un signe diacritique des mots « *enfant* » et « *adulte* » est révélatrice de la réalité de la fin de l'enfance et de la complexité qui tient dans ce moment charnière de l'existence où l'enfant fait connaissance avec les premiers droits de l'adulte. Il s'agit de l'adolescence. Il n'est cependant pas exact de croire que l'adolescent est plus adulte que l'enfant. Il est plus proche de la sortie de l'enfance, mais il doit, comme son cadet, être soumis à une protection en même temps qu'élevé vers une forme de responsabilité. Tout est une question de dosage : l'enfant doit être plus protégé que l'adolescent qui doit être davantage responsabilisé que l'enfant.

C'est dans ce creuset de vie que doivent fusionner ces deux éléments primaires que sont la responsabilisation (B) et la protection (A) de l'enfant pour fondre le lingot de l'adulte.

A – Protéger l'enfant

516. Protéger l'enfant est le premier devoir des parents dans le cadre de l'autorité parentale qui leur échoit selon les termes de l'alinéa 2 de l'article 371-1 du Code civil[808]. La protection de l'enfant est un devoir assumé en première ligne par les parents (1), il s'agit de

[808] Article 371-1 al. 2 du Code civil : « *Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité…* ».

leur enfant, c'est à eux de le protéger, contre lui-même, contre les autres et de lui épargner les aléas difficiles de l'existence, contre lesquels sa jeunesse et sa fragilité ne peuvent rien.

Cependant, la famille n'est pas un berceau infaillible et l'enfant, bien que ses parents soient présents dans sa vie, peut se trouver en proie à des dangers. Lors, selon la gravité de la situation, c'est à la société civile de prendre le relais des parents et d'assurer la protection de l'enfant (2).

1. La protection par le milieu familial

517. Selon LEROUX, le programme de l'avenir passait par la famille, il fallait qu'elle « *soit telle que l'homme puisse se développer et progresser dans son sein sans en être opprimé* »[809]. Cette sollicitation repose sur l'idée qu'en même temps que la famille protège, elle doit aider à progresser.

La cellule familiale est le cénacle protecteur de l'enfant, c'est son devoir principal de ne pas soumettre l'enfant au milieu extérieur. Que la famille protège l'enfant, représente une fonction normale de la famille (a) qui est socialement admise (b).

a. Une protection normale de l'enfant

518. La source juridique du devoir de protection de l'enfant dans sa famille est l'article 371-1 du Code civil qui définit l'autorité parentale. Il s'agit du cœur du système entier de protection de l'enfant. En général, l'attention bienveillante des parents suffit à protéger l'enfant contre les multiples agressions extérieures ou contre lui-même. L'article 371-1 al. 2 du Code civil n'a qu'une valeur de recommandation à l'égard des parents dans le traitement quotidien de l'enfant. M. CORNU appelait les parents à être attentifs à leurs enfants, l'attitude responsable d'une famille ne saurait mieux être décrite.

Il faut garder à l'esprit que la protection de l'enfant vise avant tout à lui épargner les dangers journaliers auxquels les parents doivent veiller et vis-à-vis desquels ils sont peut-être moins vigilants.

La protection délimitée par l'article 371-1 al. 2 du Code civil s'appuie sur trois grands axes : la sécurité, la santé et la moralité.

[809] P. LEROUX : « *De l'Humanité, de son principe et de son avenir, à Béranger, doctrine, livre III, Chap. 1* » ; Perrotin, 1845.

➢ *La protection de la sécurité de l'enfant*

519. Le qualificatif « *familial* » est occasionnellement précédé de substantif « *cellule* ». Pour l'enfant, parfois, la cellule familiale est synonyme de prison, surtout quand l'enfant commence à ressentir des velléités de liberté pressantes à l'approche de la majorité. En réalité, l'aspect cellulaire de la famille devrait davantage inspirer une notion de confort, une forme d'enveloppe protectrice, pas tout à fait hermétique, qui protège l'enfant contre les agressions extérieures ou contre les dangers de la vie quotidienne.

La définition de l'autorité parentale enjoint aux parents d'assurer en premier la sécurité de leur enfant. Pour cela, il est indispensable que les parents puissent se prémunir des aléas de l'insécurité en gardant l'enfant auprès d'eux. La loi pourvoit à ce besoin en obligeant l'enfant à rester au domicile tant que ses parents ne lui ont pas donné la permission de le quitter. Il s'agit de l'article 373-3 du Code civil qui dispose que « *l'enfant ne peut, sans permission de ses père et mère*[810]*, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi* »[811].

Les cas de nécessité prévus par la loi sont compilés génériquement sous l'article 375 du Code civil :

> « *Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel…* ».

Il est permis au juge, en vertu de l'article 375-3[812] du Code civil de retirer l'enfant de son milieu actuel, même si l'article 375-2[813] du Code civil appelle à une attention

[810] L'article 371-4 du Code civil a une valeur pratique reposant sur le respect de l'intégrité familiale et le respect de son intimité. Toutefois, s'il était question d'étudier l'efficacité de cette mesure, il serait donné de s'interroger sur son aspect peu tangible : « *il est illusoire de fixer la résidence habituelle d'un enfant de 14 ou 15 ans chez l'un de ses parents sans son assentiment* » (H. BLOSSE-PLATIÈRE, O. MATOCQ : « *La parole de l'enfant dans le divorce de ses parents* » ; Petites Affiches, 3 mai 1995, p. 85). Cette réflexion va de paire avec l'analyse faite par la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui estimait que le délit de non-représentation d'enfant n'était pas constitué quand un parent ne pouvait, en raison de l'âge proche de la majorité de son enfant, exercer une contrainte sur l'enfant pour l'obliger à se rendre au domicile de l'autre parent (Cass. Crim. 12 mai 1954 ; D. 1955, p. 229, note P. BOUZAT. Cass. Crim. 29 avril 1976 ; JCP 1976, II, 18505, note A. VITU).

[811] À comparer avec l'article 374 du Code civil de 1804 : « *L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus* ».

[812] Article 375-3 du Code civil : « *S'il est nécessaire de retirer l'enfant de son milieu actuel, le juge peut décider de le confier :*

particulière quand il s'agit de prendre cette mesure. Le sentiment qui se dégage de la confrontation de ces trois textes est que la maison familiale est un lieu protégé dans lequel doit résider une paix et une harmonie propres à l'éveil et à la sécurité de l'enfant. La maison est un sanctuaire et la loi présume qu'y règnent paix, ordre et sécurité pour l'enfant.

En cas de doute sur la valeur de cette présomption, l'article 375-2 du Code civil donne la possibilité au juge de désigner « *une personne qualifiée* » dans le but de l'informer périodiquement de la situation en suivant « *le développement de l'enfant* » dans son milieu familial. Si la présomption est combattue, soit par l'examen premier des faits, soit par l'analyse de la personne désignée par le juge, cela met en évidence que le sanctuaire familial est violé et que la sécurité de l'enfant n'est plus assurée par ses parents. Alors, l'enfant leur est retiré.

520. La maison familiale, refuge de l'enfant apparaît comme le principal outil de protection non juridique du mineur. Le fait de pouvoir garder l'enfant auprès de soi est un moyen offert aux parents pour assurer sa sécurité. En principe, la sécurité de l'enfant est également garantie à l'école. Ce n'est pas le cas quand l'enfant est dans la rue. Pourtant, ces trois milieux qui coexistent, sont les secteurs naturels de vie de l'enfant. Ils constituent chacun une référence importante pour lui.

M. PETITCLERC[814] évoquait en 2003 les implications de ces trois domaines dans la vie de l'enfant et l'influence des uns sur les autres pour estimer sa marginalisation :

> « *Les adolescents circulent quotidiennement sur trois lieux, et ces trois lieux constituent chacun une référence forte. Il s'agit de la famille, de l'école et de la rue.* […] *La culture de la rue est marquée par un certain code de l'honneur, un mode spécifique d'organisation, comme l'économie parallèle, un code de communication largement influencé par les médias et le rôle des aînés. On peut ainsi mesurer la marginalisation d'un jeune selon le temps qu'il passe dans la rue : si celle-ci représente un espace*

1° À l'autre parent ;
2° À un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ;
3° À un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé ;
4° À un service départemental de l'aide sociale à l'enfance… ».

[813] Article 375-2 du Code civil : « *Chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel…* ».

[814] Jean-Marie PETITCLERC est intervenu auprès de la commission des affaires sociales et du groupe d'études sur les problématiques de l'enfance et de l'adolescence dans le cadre du rapport d'information du Sénat publié en 2003 sur l'adolescence en crise. Il était alors directeur de l'association du Valdecco, chargé de mission auprès du conseil général des Yvelines.

de circulation, le jeune est bien intégré ; si elle est
un lieu de vie, le jeune est marginalisé »[815].

Cette remarque met en avant le rôle essentiel que jouent d'abord la maison familiale et ensuite l'école dans la sécurité et la socialisation de l'enfant.

521. Le domicile des parents — la maison familiale — en ce qu'il représente le lieu ou s'exerce principalement l'autorité parentale, est l'assise de la justification de la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur. L'article 1384 al. 4 conditionne la mise en cause de la responsabilité civile des parents à l'exercice de l'autorité parentale et à la résidence commune avec l'enfant. Le fait que la responsabilité soit engagée quand même l'enfant habiterait temporairement chez ses grands-parents[816], ou serait placé temporairement dans une institution spécialisée[817] s'explique par le fait que la maison familiale reste la résidence de l'enfant tant que les parents ne l'en ont pas libéré. Cette responsabilité s'appuie également sur l'idée qu'en laissant l'enfant aux soins d'un tiers, les parents ne l'affranchissant pas de devoir revenir à la résidence familiale, ils lui font courir le risque d'être moins protégé qu'il ne le serait au sein de leur ménage.

Assurer la sécurité de l'enfant fait partie des missions naturelles, normales, évidentes de la famille. Dans cette mission, la résidence familiale fait office de premier rempart contre le danger extérieur tout en favorisant l'intégration de l'enfant dans sa famille[818]. M. PETITCLERC l'exprimait, dans la mesure où l'enfant doit être socialisé, il importe que la maison ne soit pas une barrière infranchissable, une forme de poche imperméable de laquelle il ne pourrait jamais s'extirper. C'est dans ces limites que la sécurité de l'enfant est assurée par les parents dans leur maison.

« *Maison des mères ! C'est toujours*
La plus aimée et la meilleure »[819].

La famille est un lieu de vie, et c'est dans ce milieu privilégié que les parents doivent prendre également soin de la santé de l'enfant.

---

[815] J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » ; Rapports du Sénat, n°242.
[816] Cass. Civ. 2, 18 septembre 1996 ; Bull. Civ. II, n°217 ; D. 1998, Chron. p. 327, G. BLANC ; Dr. Fam. 1997, n°83, note P. MURAT ; RTDCiv. 1997, p. 436, Obs. P. JOURDAIN. Cass. Civ. 2, 5 février 2004 ; Bull. Civ. II, n°50 ; RJPF. 2004-9, p. 39, note F. CHABAS ; Petites Affiches, 24 juin 2005, note D. BERTOL.
[817] Cass. Civ. 2, 9 mars 2000 ; Bull. Civ. II, n°44 ; R. p. 397 ; D. 2000, IR, p. 109 ; JCP. 2000, II, 10374, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; Petites Affiches, 9 novembre 2000, note Y. DAGORNE-LABBÉ.
[818] « *Le domicile est dominé par la culture familiale et par les parents* » (J.-L. LORRAIN : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » ; Rapports du Sénat, n°242).
[819] G. RODENBACH : « *La jeunesse blanche, la maison paternelle* » ; Mercure de France, 1970.

➢ *La protection de la santé de l'enfant*

522. La protection de la santé de l'enfant relève de l'intimité de la famille quoique parfois, elle puisse se trouver en concurrence avec la santé publique pour ce qui concerne les vaccinations[820] contre certaines pathologies.

En principe, le droit n'intervient pas dans la gestion sanitaire de la famille. Il n'appartient pas au législateur d'expliquer les rudiments de la santé de l'enfant aux parents. Cependant, l'autonomie de l'autorité parentale en matière de soins connaît plusieurs limites. La volonté des parents en fait de santé peut être contrariée, soit par l'enfant lui-même, soit par le corps médical. Ces limites ont pour objet de permettre à l'enfant ou au corps social de prendre la suite des parents quand leur volonté, en toute bonne foi, est néfaste pour la vie de l'enfant.

523. En premier lieu, la volonté des parents ne suffit pas pour conférer à un de leurs enfants des vertus thérapeutiques. Dans une fratrie, si la santé, ou la survie, de l'un des enfants nécessite une greffe de moelle osseuse, la médecine privilégie la compatibilité avec un de ses frère ou sœur. En intervenant en faveur de la santé de l'un, les parents assurent normalement leur devoir de protection de la santé prévu par l'autorité parentale. Mais ils risquent, en permettant le prélèvement sur l'autre, de porter atteinte à sa santé. La santé de l'enfant malade est en opposition avec celle de l'enfant sain. Les parents ne peuvent pas ici assumer efficacement leur devoir sans se trouver en contradiction sur les intérêts de leurs enfants.

Dans ce cas, l'article L. 1241-3 du Code de la santé publique[821] prévoit que l'enfant dispose du consentement final. Les parents décident du prélèvement, et y consentent devant le Président du Tribunal de grande instance. Un comité d'experts est chargé de contrôler divers éléments médicaux (notamment la compatibilité avec un autre donneur) et que l'enfant ne refuse pas l'opération. Si c'est le cas, son refus « *fait obstacle au prélèvement* ».

524. Protéger la santé de l'enfant consiste à décider ce qui est bon pour son état général. Mais ce qui est bon pour les uns ne l'est pas nécessairement pour d'autres, ou même

[820] Le Code de la santé publique prescrit l'obligation de faire certaines vaccinations à un enfant en bas âge (vaccinations antidiphtérique, antitétanique, antipoliomyélitique).
[821] Article L. 1241-3 du Code de la santé publique : « *Par dérogation aux dispositions de l'article L. 1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur* ».

n'est pas objectivement bon. Une deuxième limite est posée par le droit dans le cadre de la direction de la santé de l'enfant par ses parents.

Il arrive parfois que les convictions personnelles des parents représentent une menace pour leur santé ou celle de leurs enfants. Ces convictions personnelles, souvent inspirées par la religion ou par l'appartenance à un mouvement sectaire, sont généralement soutenues de bonne foi par les parents. L'article 16-3 du Code civil[822] met en place l'intangibilité du corps humain en dehors des nécessités médicales. Ce principe fait prévaloir la volonté de l'esprit sur les besoins du corps en soumettant une intervention thérapeutique ou un soin médical au consentement du malade. La jurisprudence avait, par anticipation, consacré ce principe :

> « *Le médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat pour l'intéressé* »[823].

L'autorité parentale s'exerce sur ce domaine. Les parents peuvent refuser une intervention chirurgicale. Toutefois, la médecine peut passer outre quand la survie de la personne est menacée de façon extrême. Le Conseil d'État, bien qu'ayant relevé que « *l'obligation pour le médecin de sauver la vie ne saurait prévaloir de façon générale sur celle de respecter la volonté du malade* », a posé une exception à ce principe :

> « *Cependant, compte tenu de la situation extrême du patient, et en choisissant d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état, les médecins n'ont pas, en l'espèce, commis de faute* »[824].

Le monopole de la volonté des parents se heurte à la situation d'urgence à laquelle est parfois confronté le corps médical. Les médecins peuvent ainsi, par exemple, passer outre

---

[822] Article 16-3 du Code civil : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique pour 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 ».

[823] Cass. Civ. 1, 11 octobre 1988 ; JCP 1989, II, 21358, note A. DORSNER-DOLIVET ; D. 1989, somm. p. 317, obs. M. PENNEAU.

[824] C.E. 26 octobre 2001 ; D. 2002, IR, 3252 ; JCP 2002, II, 10025, note L. MOREAU ; JCP, I, 124, n°14 et suivants, obs. G. VINEY ; Gaz. Pal. 2002, 1451, note P. FRION ; Petites Affiches, 15 janvier 2002, note J. CLÉMENT ; Petites Affiches, 19 août 2002, note C. GUETTIER ; RFDA. 2002, p. 146, concl. D. CHAUVAUX, note D. DE BÉCHILLON ; Dr. Fam. 2002, n°53, note P. FRION ; AJDA 2002, p. 259, note M. DEGUERGUE ; RTDCiv. 2002, p. 484, note J. HAUSER ; RDSS. 2002 p.41, note L. DUBOUIS.

le refus des parents de transfuser le sang de leur enfant quand la situation l'exige et quand le traitement envisagé n'est pas excessif[825].

La protection de la santé connaît déjà deux limites, une première inspirée par les risques de l'intervention chirurgicale envisagée, une seconde nécessitée par l'urgence vitale de la situation. Il en existe une troisième reposant sur l'intimité du corps de la jeune femme.

525. L'abaissement de fait de l'âge des premières expériences sexuelles a provoqué, malgré le développement des campagnes de prévention en matière de contraception, une précocité des grossesses inattendues. La jeune femme enceinte ne pouvait pas, jusqu'à récemment, interrompre sa grossesse sans le consentement de ses parents. Ceci impliquait qu'elle devait nécessairement s'ouvrir à eux sur son état et risquer de subir leurs reproches ou leur colère. Le refus des parents de consentir à l'intervention enfermait la jeune femme dans sa grossesse en la contraignant à son aboutissement ou, pire, à procéder à un avortement clandestin, glauque, dangereux, parfois mortel.

La prise en compte de cette situation s'est manifestée par la mise à jour des dispositions du Code de la santé publique sur la question. Aujourd'hui, l'article L. 2212-7 du Code de la santé publique dans ses deuxième et troisième alinéas[826] prévoit que la femme mineure peut garder le secret autour de sa situation. Les parents, malgré l'obligation des médecins d'essayer d'obtenir le consentement l'enfant pour les informer, peuvent ne pas être mis au courant de la grossesse de leur fille.

526. Choisir ce qui est bon fait partie intégrante de la prérogative parentale dans la direction des choix sanitaires de l'enfant. La liberté de choix n'est pas absolue et la volonté des parents, ou leur conviction de bien faire, se heurte à des limites prévues par le droit. Les limites à l'exercice de l'autorité parentale en la matière protègent l'enfant contre les dangers d'une intervention thérapeutique risquée. Elles lui garantissent une pratique médicale efficace

[825] Dans l'espèce réglée par l'arrêt du Conseil d'État en 2001, il était question d'un témoin de Jéhovah, conscient de son état, qui refusait une transfusion sanguine, proscrite par les lois de son ordre. En passant outre, et dans la situation d'urgence de l'espèce, les médecins n'ont pas commis de faute.

[826] Article L. 2212-7 al. 2 et 3 du Code de la santé publique : « *Si la femme mineure non émancipée désire garder le secret, le médecin doit s'efforcer, dans l'intérêt de celle-ci, d'obtenir son consentement pour que le ou les titulaires de l'autorité parentale ou, le cas échéant, le représentant légal soient consultés ou doit vérifier que cette démarche a été faite lors de l'entretien mentionné à l'article L. 2212-4.*
Si la mineure ne veut pas effecteur cette démarche ou si le consentement n'est pas obtenu, l'interruption volontaire de grossesse ainsi que les actes médicaux 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 ».

et rapide dans les situations d'urgence, indépendamment de la volonté des parents. Elles lui assurent enfin, une autonomie sur son propre corps et sur les conséquences de sa sexualité.

Choisir ce qui est bon pour l'enfant ne se limite pas aux questions de sécurité et aux questions de santé. L'article 371-1 du Code civil oblige également les parents à assurer la protection de l'enfant dans sa moralité.

➢ *La protection de la moralité de l'enfant*

527. CAMBACÉRÈS disait que « *la morale est le sentiment du bien et du mal, du juste et de l'injuste, de l'honnête et du déshonnête* ». Les parents ont le devoir de choisir ce qui est bien, juste et honnête pour leurs enfants et de les protéger du mal, de l'injuste et du déshonnête.

Ce devoir doit être rapproché de celui de l'article 213 du Code civil qui prévoit que « *les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille* ».

La direction morale de la famille, ou la protection de la moralité de l'enfant, se traduit, entre autres, par le choix éventuel de la religion qu'embrasse l'enfant. Il n'est pas possible, en droit français, que l'enfant fasse un choix de religion seul[827]. Cependant, la coutume reconnaît qu'un enfant proche de la majorité peut s'émanciper du choix confessionnal de ses parents pour adopter sa propre foi. À ce titre, un arrêt du 11 juin 1991 prononcé par la Première Chambre civile de la Cour de cassation, semble s'en remettre à une forme d'opportunité pour définir si la conversion d'une jeune femme doit être soumise à l'autorité parentale :

> « *Attendu que c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation de l'opportunité de faire précéder immédiatement au baptême de Catherine X..., que les juges du fond, qui ont relevé que celle-ci était née de parents catholiques et avait été baptisée dans leur religion, ont estimé qu'il convenait d'attendre qu'elle soit devenue majeure pour exercer son choix* »[828].

La Cour de cassation ne relève pas de problème de capacité, mais simplement un souci d'opportunité. La religion est une espèce de guide moral que l'enfant peut choisir

[827] Des législations étrangères ont adopté une forme anticipée de majorité en matière de religion. En Suisse, à seize ans, en Angleterre à douze ans et à compter de dix ans en Allemagne, le mineur peut choisir sa propre confession.
[828] Cass. Civ. 1, 11 juin 1991 ; Bull. Civ. I, n°196, p. 129 ; D. 1991, p. 521, note P. MALAURIE.

librement quand il est majeur ou, s'il n'existe pas d'opposition de la part des parents lu de contradiction manifeste avec leur mode de vie, quand il s'approche de la majorité.

528. Mais la moralité de l'enfant n'est pas qu'une affaire de choix de religion. La moralité de l'enfant est soumise de nos jours à l'influence grandissante des médias. Les parents doivent veiller à ce que cette influence reste positive, enrichissante et ne perturbe pas l'enfant dans son évolution. Il importe que les médias ne soient pas une source de dépravation des jeunes générations.

En 1998, en terme de temps, les enfants de quatre à dix ans passaient en moyenne cent minutes par jour devant un écran de télévision ; et deux heures par jour entre dix et quatorze ans. Pour les médias écrits, une commission veille depuis 1949 à ce que toutes les publications françaises ou importées destinées à la jeunesse ne comportent « *aucune illustration, aucun récit, aucune chronique, aucune rubrique, aucune insertion présentant sous un jour favorable le banditisme, le mensonge, le vol, la paresse, la lâcheté, la haine, la débauche ou tous actes qualifiés crimes ou délits ou de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse ou entretenir des préjugés ethniques* ». La France exerce un contrôle strict pour ce qui concerne la presse destinée à l'enfance. La moralité de l'enfant n'est pas en danger, même s'il lit des journaux d'informations qui lui sont destinés. Ce n'est pas le cas de la télévision.

Au premier rang des défauts de l'écran se place la violence. Présente dans les journaux télévisés, ou dans les fictions diffusées par les chaines, cela laisse croire que la violence est banalisée. Le spectacle quotidien de la violence à la télévision est susceptible d'exacerber les pathologies sociales déviantes[829] s'il est combiné à des facteurs sociaux défavorables[830].

L'État ne peut pas contrôler ce que regardent les téléspectateurs d'un jeune âge. Aussi, depuis novembre 1996, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a-t-il mis en place un dispositif de classification et de programmation des films, dessins-animés et documentaires qui repose sur une signalétique par pictogramme. Le but de ce système est de permettre aux parents, dans le cadre du devoir de surveillance de la moralité de l'enfant, d'évincer les jeunes du spectacle télévisuel quand il leur est déconseillé. En 1998, 80 % des foyers connaissaient

[829] Les effets de la télévision sur la violence des jeunes est à relativiser. L'île de Sainte-Hélène, dans l'Atlantique, ne reçoit la télévision que depuis 1995. Un chercheur britannique, curieux de l'effet que peut avoir la télévision moderne sur une population qui, contrairement aux populations des pays industrialisés, ne l'a pas vu évoluer. Ce chercheur n'a pas noté de changement remarquable dans le comportement des iliens.

[830] C'est le cas quand se cumulent un environnement urbain dégradé, des liens familiaux précaires et des références culturelles moindres.

cette signalisation et 84 % d'entre eux l'utilisaient, ce qui révélait l'efficacité de la mesure mise en place. Mais elle connaît logiquement des limites liées à la vitesse de communication des informations. La journée du 11 septembre 2001 a clairement posé le problème de millions d'enfants qui, rentrant de l'école, ont été confrontés, toutes chaines confondues, aux images des plus célèbres immeubles New yorkais en flamme et à leurs occupants en perdition. La violence du traumatisme a été telle que les préfectures avaient mis en place des cellules psychologiques destinées à accueillir les jeunes enfants les plus émus.

La moralité de l'enfant n'est pas directement en cause quand il regarde les journaux télévisés. Mais elle peut l'être quand la diffusion d'images crues et parfois dures pour leur âge, a des conséquences sur leur moral, et sur leur équilibre psychologique. Les parents n'ont toutefois pas beaucoup de moyens pour anticiper sur cette question, en dehors de l'interdiction de regarder les journaux télévisés[831]. Les moyens de communication modernes sont un outil d'information indéniable, mais la violence des images et le poids de la parole sont également des facteurs de perturbation pour la moralité de l'enfant. La mission de veille attribuée aux parents passe nécessairement pas une vigilance vis-à-vis des outils médiatiques, en premier lieu pour ce qui concerne la télévision.

529. La télévision est une nouveauté du XX^{ème} siècle et la petite lucarne a suscité les inquiétudes, les joies ou les angoisses des parents. Mais cet outil actif est aujourd'hui en concurrence avec d'autres outils, plus modernes de communication, notamment Internet.

À la fin du siècle dernier, 30 à 40 % des jeunes de moins de dix-neuf disposaient chez eux d'un micro-ordinateur avec une connexion à Internet. Aujourd'hui, près du double de cette proportion accède quotidiennement à la toile et à une forme virtuelle d'existence. Le problème des informations que véhicule ce nouveau moteur de communication a vite été au

[831] Interdire les enfants de regarder les journaux télévisés suscite des interrogations et soulève une contradiction avec l'article 17 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant qui souligne « *l'importance de la fonction remplie par les médias* ». La question des journaux télévisés pour les jeunes dépasse certainement la question de leur moralité. Mais compte tenu de l'impact que les images ou la voix peuvent avoir sur les jeunes consciences, la dimension éducative d'un programme télévisé qui leur soit destiné et qui diffuse des éléments d'informations de leur niveau doit être évaluée pour offrir un outil supplémentaire aux parents dans le cadre de la mission que lui assigne l'autorité parentale. La préoccupation avait atteint jusqu'aux principaux intéressés. Lors du cinquième Parlement des Enfants en 1998, une classe de l'école publique mixte de Rouillon (dans la Sarthe) avait soumis à l'Assemblée Nationale une proposition de loi « *visant à la création d'un journal télévisé pour enfants* ». L'exposé des motifs avançaient que, « *à la différence des films d'horreurs, les images choquantes des actualités parlent de la réalité* » et traumatisent les jeunes gens, jusque dans la nuit qu'il commencent immédiatement après le journal, dans leur crainte de voir leurs proches « *eux aussi touchés par la maladie ou la mort* ». L'article 3 de la proposition des jeunes députés concluait à la nécessité de créer un journal télévisé pour les enfants, « *dans lequel on pourrait évoquer la maladie, la mort, sans en montrer les images choquantes* ». Sur ce point, la France accusait un certain retard puisque la plupart des pays européens connaissaient (depuis l'innovation de la Grande-Bretagne en 1972 sur la BBC) des diffusions d'actualité pour les enfants.

cœur des débats. Aux États-Unis, le législateur avait été censuré en 1996 pour la mise en place d'un contrôle étatique pour éviter la transmission de contenus pornographiques aux enfants. En France, la censure était venue du Conseil constitutionnel dans une décision du 23 juillet 1996[832]. Les Sages de la rue Montpensier avaient estimé qu'une réglementation visant à organiser un contrôle des messages diffusés sur Internet était contraire la Constitution. Le juge constitutionnel, comme son homologue américain, refusait d'explorer de façon spécifique la question de la diffusion d'éléments néfastes pour les enfants sur Internet. L'État n'intervenant pas, c'est à nouveau aux parents d'assumer cette charge de veiller sur la moralité de l'enfant. Les outils mis à leur disposition sont ceux des logiciels informatiques (systèmes d'exploitation, fournisseurs d'accès à Internet…). Mais la difficulté s'accentue avec le progrès des techniques et le développement des instruments d'information.

Protéger la moralité de l'enfant répond au devoir de l'éduquer convenablement. Mais ce devoir de protection se complique avec le temps et recoupe des champs de plus en plus nombreux. L'enfant n'est plus une personne isolée, au sein du ménage de ses parents. Il dispose d'une multitude de fenêtres ouvertes sur le monde. La tentation de céder aux appels des choses interdites, tellement séduisantes, grandit avec l'évolution des technologies de communication modernes. La protection de la moralité de l'enfant devient d'autant plus compliquée que les outils à la disposition des familles n'ont pas forcément suivi l'évolution de la technologie ambiante.

530. De ce point de vue, il convient de s'interroger sur la reconnaissance sociale de ce devoir de protection, ce qui conduit d'une certaine manière à prendre positions sur les façons que la société a instituées pour permettre aux parents d'accomplir sereinement leur devoir. Il est nécessaire que la loi soit associée à l'action des parents afin que leur travail du quotidien soit appuyé par l'effet prophylactique de la loi.

Que les parents protègent la sécurité, la santé et la moralité de l'enfant est un élément positif, mais il est important que la loi les seconde dans cette œuvre pour que l'action des uns soit améliorée par la sanction de l'autre.

[832] Décision n°96-378 DC du 23 juillet 1996 sur la loi du 10 juillet 1996 portant réglementation des télécommunications.

b. La reconnaissance sociale de la mission protectrice des parents

531. L'autorité que les parents détiennent sur leurs enfants leur alloue les prérogatives primaires nécessaires pour le protéger dans sa sécurité, sa moralité et sa santé. Cet ensemble de droits et de devoirs détenu par les parents est complété par un arsenal juridique déployé en vue de les assister dans cette tâche journalière.

Ce n'est pas parce que les parents détiennent l'autorité parentale sur leur enfant qu'ils l'exercent à bon escient. Il appartient alors au droit de dresser des frontières, dissuasives entre ce que les parents pensent relever de leur autorité et ce qui s'avère être excessif.

Afin d'éviter que l'autorité bienveillante que les parents détiennent par la loi sur leurs enfants ne se retournent contre eux, le droit pénal a mis en place une série de sanctions destinées à réprimer les abus d'autorité.

À plusieurs reprises, la question douloureuse de l'excision s'est posée. En 1984, le Tribunal de grande instance de Créteil[833] a estimé que cette mutilation rituelle ne relevait pas de l'exercice normal de l'autorité parentale. Concluant que le respect des coutumes étrangères ne devait pas se montrer contraire à l'ordre public français, il a décidé de renvoyer la question devant une Cour d'assises car ce n'était pas, selon lui, un justificatif au crime d'homicide volontaire. Dans une affaire similaire, la Chambre criminelle de la Cour de cassation[834] a estimé que cette pratique était constitutive du crime de violence exercée par une mère légitime sur un enfant de moins de quinze ans.

La Cour de cassation pose ici une première frontière entre ce qui relève de l'autorité parentale et ce qui tombe sous le coup de la loi pénale[835].

---

[833] T.G.I. Créteil, 1er mars 1984 ; JDJ n°124, avril 1993, p. 41.

[834] Cass. Crim. 20 août 1983 ; Defrénois 1985, p. 63.

[835] En fait de rite religieux, si la question de l'excision a été résolue par la sanction du droit pénal, il reste la question de la circoncision. C'est aussi un signe d'appartenance aux religions juives et musulmanes. Mais cette ablation d'une partie du prépuce peut également se justifier pour des raisons thérapeutiques (ce qui n'est pas répréhensible). Il existe une tolérance pour ce rite. Il n'a jamais fait l'objet de poursuites pénales. Il s'agit d'une atteinte à l'intégrité physique, ce qui contrevient aux termes de l'article 16-3 du Code civil. Du reste, un arrêt de la Cour d'appel de Paris engage la responsabilité du médecin qui a pratiqué une circoncision rituelle sur un enfant, en dehors de toute nécessité médicale et en se contentant du consentement d'un seul des parents (C.A. Paris, 29 septembre 2000 ; D. 2001, p. 1585, note C. DUVERT). Qu'il s'agisse d'une atteinte à l'intégrité physique est certain, s'agit-il pour autant d'une mutilation dans la mesure où les conséquences ne sont pas du tout les mêmes que pour la jeune fille ? Cela ne doit pas être pris sous l'angle d'un mauvais traitement à enfant, ce qui outrepasserait les prérogatives de l'autorité parentale, mais doit être apprécié au regard de la protection de

532. La frontière entre ce qui appartient au domaine de l'autorité parentale et ce qui répond du droit pénal se trouve dans d'autres situations. Où se trouve la limite entre les punitions qui sont de l'ordre de l'exercice normal de l'autorité parentale et les violences pénalement réprimées ?

Ultime manifestation de la puissance paternelle, le châtiment corporel a interpellé les juges européens. La Cour européenne des droits de l'homme[836] a jugé qu'un châtiment corporel pouvait être antagonique avec la dignité et l'intégrité physique de la personne protégée par l'article 3 de la Convention. Cependant, pour dépasser l'exercice normal de l'autorité parentale, « *l'humiliation et l'avilissement doivent se situer à un niveau particulier et différer en tout cas de l'élément habituel inhérent à chaque peine* ». Selon l'arrêt, le fait d'infliger à un jeune garçon trois coups chaussures de sport par-dessus son short et en l'ayant prévenu trois jours à l'avance ne constitue pas un fait répréhensible.

Pour la jurisprudence française, les parents sont titulaires d'un droit de correction normal sur leurs enfants. C'est un reliquat de la puissance paternelle validé par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 décembre 1819[837]. La barrière entre ce qui est permis et ce qui est interdit est franchie quand la correction dépasse la mesure de ce qui est toléré pour entrer sur le terrain des violences.

La sanction pénale ne peut intervenir qu'*a posteriori* pour délimiter ce qui est juste de ce qui est excessif en matière d'autorité parentale. La loi du 10 juillet 1989[838] a mis en place un premier dispositif permettant une sensibilisation des parents sur cette question. C'est cette loi qui a installé pour la première fois en France un service d'appels téléphoniques ouvert en permanence pour les enfants et pour les familles désireuses d'avoir des informations sur ces problèmes.

533. La prévention connaît cependant des limites inhérentes au public auquel elle s'adresse. La sensibilisation sur la fragilité des enfants ne peut atteindre que les personnes déjà attentives à la question. Il appartient alors au droit pénal, de mettre en place un éventail de mesures dissuasives pour toutes les atteintes à l'enfance. Dans ce domaine, parmi les plus

---

sa santé (si c'est une circoncision thérapeutique) ou du choix de la religion, ce qui relève de la protection de la moralité et de la direction morale de l'enfant (article 213 du Code civil).

[836] CEDH, 25 mars 1993 ; JCP 1994, II, 22262, note P. MAZIÈRE ; Gaz. Pal. 1994, 2, p.481, note P. DHÉRY.

[837] Cass. 17 décembre 1819, S. Chron.

[838] Loi n°89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance (JORF, 14 juillet 1989, p. 8869).

odieux (l'atteinte à la sexualité de l'enfant[839]), l'âge de la victime et ses liens avec l'auteur de l'agression sont souvent les critères déterminants de la sanction, ce sont des circonstances aggravantes.

534. Les parents bénéficient donc d'un appui de la loi pénale pour ce qui concerne la protection de la sécurité et de la santé de leur enfant.

La moralité de l'enfant n'est pas en reste et les parents peuvent également compter sur le soutien du droit pour protéger leur enfant, notamment dans ses loisirs et dans son accès à la culture.

Les maires et les préfets disposent de la police des spectacles. Les autorités locales et préfectorales peuvent interdire l'accès des mineurs à n'importe quel spectacle, divertissement ou établissement de loisirs. Cependant, le maire ne peut exercer ce pouvoir de police que s'il existe un trouble à l'ordre public, limite que ne connaît pas l'autorité préfectorale. Selon les termes de l'ordonnance du 5 janvier 1959[840], le préfet peut interdire l'accès des mineurs à tout établissement offrant, quelles qu'en soient les conditions d'accès, des distractions ou des spectacles. Le critère retenu est que ces distractions ou ces spectacles ou la fréquentation de l'établissement qui les diffuse soient de nature à exercer une influence néfaste sur la santé ou la moralité de la jeunesse.

La question de la protection de la moralité de l'enfant n'est pas du seul ressort des parents. L'autorité parentale ne suffit pas à préserver la jeunesse des dangers qui la guettent. C'est pourquoi l'État, sans prendre le relais de leurs prérogatives ni de leurs devoirs, assure une sorte de continuité de la protection dans les milieux où celle des parents peut s'avérer inefficace ou ne peut plus s'exercer.

C'est pourquoi le Code de la famille et de l'aide sociale protège l'enfant dans ses loisirs récréatifs des vacances scolaires.

L'hébergement des enfants âgés d'au moins six ans est soumis, pour ce qui concerne les conditions sanitaires, matérielles, morales et éducatives, au contrôle de l'autorité publique. Le ministre chargé de la Jeunesse et des Sports a la possibilité de suspendre de toutes fonctions de directions ou d'encadrement, toute personne dont le maintien en fonction

[839] Les atteintes à la sexualité de l'enfant sont le viol, les agressions sexuelles avec ou sans violence, et le proxénétisme.
[840] Ordonnance n°59-28 du 5 janvier 1959 réglementant l'accès des mineurs à certains établissements (JORF, 6 janvier 1959, p. 313).

serait susceptible de porter atteinte grave à la santé ou à la sécurité matérielle ou morale des mineurs.

535. Ces mécanismes mettent en évidence que les parents n'ont pas seuls la charge de protéger leur enfant. L'autorité parentale ne peut pas contrôler tous les déplacements de l'enfant ni gérer tous ses comportements. Il importe donc, nécessairement, que l'État intervienne comme complément des parents. Son rôle consiste, d'une part à limiter l'action parentale en établissant des frontières entre ce qui se fait et ce qui ne se fait pas. Il intervient également pour protéger l'enfant dans ses relations avec les tiers ; relations qui sont susceptibles d'échapper à la vigilance des parents. Le droit intervient enfin pour protéger l'enfant quand l'autorité parentale de ses parents ne peut pas le protéger.

Ce n'est pas le seul rôle du droit. Bien que l'autorité parentale soit en principe suffisante pour assurer la protection de l'enfant dans sa sécurité, sa santé ou sa moralité, la loi prévoit qu'en cas de défaillance grave de la part des parents, il appartienne à la société civile d'y pourvoir.

2. La protection par la société civile

536. Il ne fait pas partie des attributions régaliennes de l'État de s'immiscer dans l'intimité des familles. Il ne lui appartient, en principe, pas de remplir le rôle attribué naturellement aux parents par le seul fait de la naissance de l'enfant. L'autorité parentale telle qu'elle est définie dans l'article 371-1 du Code civil suffit normalement à assurer la protection morale, éducative et sanitaire de l'enfant.

Cependant, il peut arriver que les parents manquent à leur devoir et que l'exercice normal de l'autorité parentale soit compromis ou, pire, détourné. La famille cesse d'être le cocon protecteur de l'enfant et devient pour lui un lieu de danger. Dès cet instant, l'État prend la charge de veiller à la protection de l'enfant. Les parents sont susceptibles, eux-mêmes, de devenir des tiers contre l'influence desquels il faut prévenir l'enfant.

Le déclenchement des mécanismes de prise en charge de la protection de l'enfant par la société civile n'est pas évidemment lié à une défaillance du rôle des parents. Une défaillance n'est qu'un signe passif de la protection des parents. Pour que l'État prenne le relais, il faut soit une défaillance assez grave pour qu'elle suffise à compromettre la sécurité, la moralité et la santé de l'enfant, soit une compromission du devoir de surveillance et son détournement de son objectif principal de protection. Ainsi, soit l'enfant est en danger du fait

de l'absence de protection de ses parents, soit il est en situation de danger à cause de ses parents. C'est alors que la protection étatique s'instaure.

Son but est de pallier les défaillances de la famille (a), en s'entendant sur le fait que les défaillances peuvent être passives, ou actives quand les actions positives des parents sont un danger pour l'enfant.

L'inconvénient quand l'État prend la place des parents, repose sur le fait que son action est nécessairement plus encadrée et plus visible. Les différentes mesures de protection de l'enfance sont parfois contradictoires dans les textes. Cela entraine des difficultés dans leur mise en pratique (b).

a. Pallier les insuffisances de la famille

537. La place de l'État quand la famille n'assure plus ses prérogatives de protection a été clairement énoncée par M^me^ RUBELLIN-DEVICHI :

> « *L'État intervient désormais davantage pour prendre le relais des solidarités familiales défaillantes et vérifier que la famille ou l'aide sociale agissent dans l'intérêt de l'enfant, plutôt que pour jouer le rôle de gardien de l'ordre public* »[841].

C'est par le biais de l'article 375 du Code civil que le juge des enfants peut prendre des mesures d'assistance éducative dans certains cas précis[842]. Cette procédure vise deux hypothèses particulières : protéger l'enfant contre son environnement social immédiat (famille, tuteur, secte…) et le protéger contre lui-même en prévenant, en amont, l'accomplissement ou la réitération d'actes délinquants.

---

[841] J. RUBELLIN-DEVICHI : « *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises* » ; JCP 1994, I, 3739.

[842] Article 375 du Code civil : « *Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil général, 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.*
Elles peuvent être ordonnées en même temps pour plusieurs enfants relevant de la même autorité parentale.
La décision fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse, lorsqu'il s'agit d'une mesure éducative exercée par un service ou une institution, excéder deux ans. La mesure peut être renouvelée par décision motivée.
Cependant, lorsque les parents présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l'état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale, une mesure d'accueil exercée par un service ou une institution peut être ordonnée pour une durée supérieure, afin de permettre à l'enfant de bénéficier d'une continuité relationnelle, affective et géographique dans son lieu de vie dès lors qu'il est adapté à ses besoins immédiats et à venir.
Un rapport concernant la situation de l'enfant doit être transmis annuellement au juge des enfants ».

L'intervention de l'autorité judiciaire est encadrée dans une procédure qui garantit au mieux les intérêts de la famille et de l'enfant contre l'arbitraire du juge des enfants. Le fait est que le rôle de ce magistrat n'est pas anodin. Il lui appartient, quand il estime que les critères prévus par la loi sont remplis, d'assister ou de supplanter la famille par un organisme ou par un tiers. Si son rôle est transcrit dans des termes plus proches du non-juriste, il appartient au juge des enfants de remettre en cause — ou de nier — les compétences éducatives ou protectrices de la famille, alors que ce sont ses deux rôles principaux.

Cette charge est lourde de conséquences car, contrairement aux autres magistrats du siège, la décision du juge des enfants influe directement sur la cellule familiale. Ses décisions laissent nécessairement des traces sur la vie familiale et sur l'existence de l'enfant. Elles sont effectivement prises à une époque de la vie où la personne se construit. Les ordonnances du juge des enfants ne sont pas comparables aux actes d'instruction d'un juge en prise avec des affaires de majeurs. Assister une famille, agir sur la façon dont les parents éduquent leur enfant, retirer un enfant de sa cellule familiale, sont autant de décisions qui pèsent nécessairement sur la vie du jeune. Les pouvoirs concédés au juge d'instruction ont fait de ce magistrat la personne « *la plus puissante* » de France. Les illustrations vosgiennes ont toujours un fond de réalité. Mais le juge des enfants, par les pouvoirs qui lui sont accordés, est sans doute le juge qui a le rôle le plus sensible sur la vie d'un enfant, donc sur celle d'un homme ou d'une femme.

538. Le devoir du juge est d'autant plus complexe que sa saisine est aisée. L'article 375 dresse la liste exhaustive des personnes susceptibles de signaler un problème relevant de la compétence du juge. La particularité du juge des enfants dans le cadre des mesures prévues aux articles 375 et suivants du Code civil provient de ce qu'il peut être saisi par « *le mineur lui-même* ».

Ce mode de saisine reste rare. Il est souvent difficile pour l'enfant de verbaliser par écrit la situation qu'il endure. De plus, saisir un juge suppose d'avoir connaissance de l'existence de celui-ci. Enfin, l'enfant répugne le plus fréquemment à impliquer les membres de sa famille dans une procédure judiciaire.

Il demeure que l'enfant qui se sent en danger, ou qui estime que les conditions de son éducation sont gravement compromises peut saisir le juge. La question se pose naturellement de savoir si un juge doit tenir pour véritable toutes les saisines qui lui sont adressées par un mineur. Le sujet de la faculté de discernement a été abordé par la

jurisprudence, notamment dans un arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 21 novembre 1995. La Cour énonce que les articles 375 du Code civil et 1186 et 1191 du nouveau Code de procédure civile prévoient « *qu'en matière d'assistance éducative le mineur peut lui-même saisir le juge des enfants pour lui demander d'ordonner des mesures et qu'il peut également lui-même interjeter appel des décisions de ce juge et faire choix d'un avocat ; qu'il incombe seulement aux juges du fond de vérifier qu'il possède un discernement suffisant pour exercer ces prérogatives* »[843].

La diligence du juge des enfants est le plus souvent sollicitée par le parquet. C'est à cet acteur de la vie judicaire que sont transmis les renseignements en relation avec la vie familiale d'un enfant. Il opère un premier tri entre ce qui relève de la compétence du juge des enfants ou de la compétence d'autres juridictions[844]. Il appartient également au Procureur de la République de vérifier si les faits relatés dans les rapports qui lui sont transmis ne sont pas de nature à autoriser des poursuites contre le mineur quand il a accompli des infractions pénales.

539. Une fois résolue la question de la saisine, l'office du juge se complique. Son action est subordonnée à l'appréciation d'un élément très subjectif : le danger.

Les dispositions de l'article 375 du Code civil exigent que la santé, la moralité ou la sécurité de l'enfant soient en danger pour que le juge ordonne des mesures éducatives. Le danger sanitaire ou en matière de sécurité se manifeste quand les parents n'assurent pas eux-mêmes volontairement le minimum des soins nécessaires à l'enfant ou qu'ils le privent sciemment d'aliments ou d'affection. Ce danger peut se révéler par des mauvais traitements physiques. La question des impacts psychologiques a été soulevée en jurisprudence. La Cour de cassation a retenu que l'état de dépendance dans lequel se trouve la mère de l'enfant vis-à-vis de la grand-mère de l'enfant auprès de qui il a été confié, est de nature à compromettre gravement l'éducation de ce dernier, indépendamment du confort matériel garanti par les ressources de la grand-mère[845].

Cette décision souligne que le confort matériel n'est pas suffisant pour justifier les impacts psychiques négatifs que peuvent avoir les relations entre une grand-mère et sa fille

[843] Cass. Civ. 1, 21 novembre 1995 ; Bull. Civ. I, n°418, p. 292 ; D. 1996, 420, note A. GOUTTENOIRE ; RTDCiv, 1996, p. 140, obs. J. HAUSER.
[844] Le juge des tutelles ou le juge aux affaires familiales peuvent également être saisis.
[845] Cass. Civ. 1, 23 mars 1994 ; Bull. Civ. I, n°110, p. 82.

sur l'éducation de l'enfant. Dans ce sens, la Cour explique que le danger ne doit pas seulement être physique, il peut aussi être moral.

La rédaction de l'article 375 du Code civil issue de la loi du 5 mars 2007[846] entérine cette position de la Cour de cassation en précisant les atteintes au développement de l'enfant pouvant entraîner une implication du juge des enfants[847].

540. Quand il doit agir, le juge des enfants dispose d'une gamme relativement vaste de mesures éducatives prévues par le Code civil. Comme leur nom le laisse entendre, l'objectif premier de ces mesures est d'assister la famille, ce que l'article 375-2 du Code civil confirme quand il énonce dans son premier alinéa que « *chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel…* ».

Dans ce cadre posé par la loi, la mesure éducative la moins perturbatrice pour la famille est l'assistance éducative en milieu ouvert. Ces mesures n'emportent pas d'effet sur l'exercice des droits des parents. Ils restent dépositaires de l'autorité parentale qu'ils exercent sans restriction, mais sous le contrôle, *a posteriori* du juge. C'est l'objet du rapport que doivent lui remettre périodiquement les éducateurs à qui incombent la mesure et le suivi de son efficacité[848].

Le milieu actuel de l'article 375-2 du Code civil est le plus souvent le cocon familial. Le fait d'y maintenir l'enfant est sans doute la mesure la plus respectueuse des droits des parents qui conservent toutes les prérogatives liées à l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant. De plus, il s'agit d'une mesure qui s'inscrit dans l'intérêt de l'enfant dans la mesure où, en n'extirpant pas l'enfant de son milieu familial, la loi le préserve contre l'éventuel traumatisme d'être séparé de ses parents, ce que les psychologues dénoncent comme une mesure douloureuse pour l'enfant.

Le juge dispose d'une dualité de possibilités. Il peut ordonner une mesure d'assistance éducative simple. Dans ce cas, il désigne une personne ou un service chargé de rendre visite régulièrement à la famille et d'assister les parents dans leur charge éducative et protectrice. C'est l'éducateur ou le service chargé de l'assistance qui est apte à décider de

[846] Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance (JORF, 6 mars 2007, p. 4215).
[847] L'article 14 de la loi du 5 mars 2007 insère dans le premier alinéa de l'article 375 du Code civil des références au développement physique et social de l'enfant : « *… ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social…* ».
[848] Article 375-2 al. 1er *in fine* : « *Cette personne ou ce service est chargé de suivre le développement de l'enfant et d'en faire rapport au juge périodiquement* ».

l'intervention éventuel d'un psychologue pour surmonter les difficultés morales énoncées par l'article 375-2 du Code civil.

Le juge peut subordonner la poursuite de l'assistance éducative en milieu ouvert en imposant des obligations aux familles qui ne s'impliqueraient pas assez dans la mesure. Les obligations imposées par le juge peuvent être directes quand elles concernent les parents. C'est le cas quand l'ordonnance du juge des enfants leur enjoint de suivre une cure de désintoxication ou un suivi psychologique. Cela permet au juge d'inciter davantage les parents dans l'effort qu'il leur demande et d'exercer une certaine pression sur eux.

Les obligations peuvent concerner indirectement les parents quand elles pèsent sur l'enfant par leur intermédiaire. Il peut s'agir de l'obligation leur incombant de faire respecter les horaires scolaires à leur enfant, ou un suivi psychologique.

Cette mesure judiciaire d'assistance vient soutenir des parents parfois désœuvrés face à l'immensité de leurs devoirs. La loi, sans prendre totalement le relais, vient prêter la main à ces parents isolés. Ils restent libres d'agir pour leur enfant, leur action est uniquement surveillée par le juge à qui sont transmis régulièrement les rapports des éducateurs. L'autorité parentale est placée sous une forme allégée de sauvegarde de justice, soumise à un contrôle régulier et une assistance permanente.

541. Quand le milieu de vie est par trop instable ou problématique, le juge peut décider de placer l'enfant. L'ordonnance de placement retire l'enfant de son milieu actuel et le place dans un contexte en théorie plus paisible. Les dispositions de l'article 375-3[849] du Code civil permettent un placement souple de l'enfant.

La rédaction de l'article 375-3 du Code civil a été également modifiée par la loi du 5 mars 2007. Antérieurement à cette législation, le premier alinéa de l'article énonçait que

[849] Article 375-3 du Code civil : « *Si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier :*
1°A l'autre parent ;
2°A un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ;
3°A un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ;
4°A un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ;
5°A un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé.
Toutefois, lorsqu'une requête en divorce a été présentée ou un jugement de divorce rendu entre les père et mère ou lorsqu'une requête en vue de statuer sur la résidence et les droits de visite afférents à un enfant a été présentée ou une décision rendue entre les père et mère, ces mesures ne peuvent être prises que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers. Elles ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'aura le juge aux affaires familiales de décider, par application de l'article 373-3, à qui l'enfant devra être confié. Les mêmes règles sont applicables à la séparation de corps ».

« *s'il est nécessaire de retirer l'enfant de son milieu actuel* », le juge des enfants pouvait décider de le confier à un panel de personnes ou d'organismes. La rédaction nouvelle de l'alinéa premier de cet article met en exergue la réalité de la mission du juge en la matière et souligne sa véritable motivation. Actuellement, le placement de l'enfant dans un milieu différent de son milieu actuel est possible « *si la protection de l'enfant l'exige* ». Cette nouvelle formulation appelle plusieurs remarques.

542. Tout d'abord, la philosophie de l'article 375-3 du Code civil change et guide davantage le juge des enfants dans son travail. L'ancien alinéa premier de l'article 375-3 du Code civil laissait au juge l'appréciation de la nécessité de retirer l'enfant de son milieu actuel, à charge pour lui de décider si le danger prévu à l'article 375 du Code civil était assez grand pour permettre le placement de l'enfant. La rédaction nouvelle explicite davantage le problème en le déplaçant sur la question de la protection de l'enfant, indépendamment de la question du danger de l'article 375. Ainsi, quand le juge estime, au vu des rapports sociaux et des rapports éducatifs, que la protection de l'enfant n'est plus assurée par le milieu actuel, il prend la décision de l'en retirer.

Cette nouvelle rédaction de l'article 375-3 du Code civil révèle également le rôle du juge et celui de l'État en cas de défaillance du rôle protecteur du milieu actuel. L'insertion dans l'article de la notion de protection invite à s'interroger sur la justification du placement d'un enfant dont l'éducation serait en danger aux termes de l'article 375 du Code civil. L'altération de la mission éducative de la famille est-elle une justification au placement de l'enfant ? La Cour de cassation avait, notamment dans l'arrêt de mars 1994, laissé la détermination de la nécessité du placement à l'appréciation souveraine des juges du fond[850]. Dans cette question d'espèce, le problème soulevé reposait précisément sur une question d'éducation. La Cour de cassation estimait que l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens[851] avait constaté que « *Mme Y... dénie aux époux X... tout droit sur l'éducation de leur fils, et qu'il résulte des rapports des services sociaux que son comportement intransigeant et autoritaire, de même que la dépendance dans laquelle elle tient sa fille, sont de nature à compromettre l'éducation de l'enfant* ».

Dans cet arrêt, la mission éducative du milieu actuel est explicitement compromise. Il n'est pas évident qu'une jurisprudence semblable puisse être rendue dans le contexte de la nouvelle rédaction de l'article 375-3 du Code civil.

[850] Cass. Civ. 1, 23 mars 1994 ; Bull. Civ. I, n°110, p. 82.
[851] C.A. Amiens, 17 décembre 1992 ; inédit.

Il semble que lorsque seule l'éducation de l'enfant est en jeu, une assistance éducative en milieu ouvert doive prévaloir, et mieux : suffire.

543. Quand l'enfant est écarté de son milieu actuel, l'autorité parentale continue d'être exercée par le parent auquel l'enfant a été retiré. Le placement de l'enfant n'est pas le synonyme d'un retrait de l'autorité parentale. Cependant, les actes relevant de l'éducation et de la surveillance de l'enfant sont à la charge de la personne ou de l'organisme auquel il a été confié. Les parents conservent un droit de visite et de correspondance avec leur enfant, qui peuvent faire l'objet d'une suspension par le juge des enfants. Les parents restent en principe débiteurs de leur obligation d'entretien et participent aux frais engendrés par le placement de leur enfant. Ceci ne s'applique pas quand l'enfant est confié, aux termes de l'article 375-3 du Code civil, « *à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ». Dans ce cas, les parents sont totalement dégagés de cette obligation, et l'entretien de l'enfant est pris en charge par le budget de l'État.

Dans ce cadre ultime, grave et rare des mesures d'assistance éducative, le juge dispose d'une grande latitude vis-à-vis du jeune placé. C'est lui qui décide des modalités d'exercice des droits de visite et de correspondance, et peut, à tout instant, moduler les mesures qu'il a prises en fonction de l'évolution du contexte familial et social.

544. Le fait que l'autorité parentale subsiste au placement de l'enfant est un signe de la mission confiée à l'État. Le quotidien d'un enfant placé échappe nécessairement au contrôle de ses parents. C'est pour cela que la mission d'éducation et de protection que l'autorité parentale leur confie n'est plus assurée par eux. Quand la famille n'est plus un lieu de protection pour l'enfant, c'est à la société civile de protéger l'enfant ainsi que de l'éduquer. Le rétablissement de la situation par le juge à la fin de la mesure (ou pendant celle-ci), montre également que le rôle de l'État est provisoire. La vocation de la mesure éducative, placement ou assistance éducative en milieu ouvert, est d'assister ou de reprendre la famille dans ses rôles éducatif et protecteur.

La mission d'éducation et de protection de l'État quand il pallie aux insuffisances du milieu familial et qu'il en retire l'enfant, ne se limite pas à une prise en charge quotidienne du mineur à la place des parents. L'article 375-4[852] du Code civil promeut la mixité des

[852] Article 375-4 du Code civil : « *Dans les cas spécifiés aux 1°, 2°, 4° et 5° de l'article précédent, le juge peut charger, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert d'apporter aide et conseil à la personne ou au service à qui l'enfant a été confié ainsi qu'à la famille et de suivre le développement de l'enfant.*

mesures en autorisant le juge des enfants à accompagner la famille tandis qu'il confie l'enfant à un tiers ou à un organisme. Ce mélange des mesures éducatives, indispensable à la réintégration programmée de l'enfant dans son milieu d'origine, est souvent mis en place en pratique par les juges.

545. Néanmoins, cette alliance de la prise en charge de l'enfant par un tiers et l'assistance éducative aux parents et aux familles n'est pas possible pour tous les types de placement. Les dispositions de l'article 375-4 du Code civil interdisent que l'assistance éducative en milieu ouvert soit ordonnée simultanément à un placement auprès d'un service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

Or le placement pour les raisons spécifiées à l'article 375 d'un enfant auprès des services de l'aide sociale à l'enfance est, pratiquement, le même qu'un placement auprès d'un service de la protection judiciaire de la jeunesse. Les textes prohibent le cumul des deux mesures dans le cas d'un recours à l'aide sociale à l'enfance. Ce qui met en péril l'efficacité de la mesure du juge des enfants.

b. Concilier la pratique et les textes

546. Le plus souvent, le placement d'un enfant en dehors de son milieu actuel vise le retour de l'enfant dans ce milieu. Il est donc souhaitable, quand un magistrat prend la lourde décision de retirer la surveillance et l'éducation d'un enfant à ses parents, de préparer l'enfant et ses parents à un retour ultérieur à la norme.

Dans cet objectif, l'article 375-7 al. 4[853] du Code civil prévoit que le juge des enfants accorde aux parents auxquels l'enfant a été retiré un droit de visite et d'hébergement ainsi qu'un droit de correspondance.

La philosophie générale du placement de l'enfant dans un cadre plus protecteur repose donc sur la continuité des liens avec son milieu familial classique. La logique, contenue essentiellement dans l'article 375-4 du Code civil, est de prodiguer un soin éducatif à l'enfant simultanément à un suivi éducatif à la famille. Dans la plupart des cas, le placement de l'enfant auprès d'un tiers est couplé à une assistance éducative en milieu ouvert auprès des

Dans tous les cas, le juge peut assortir la remise de l'enfant des mêmes modalités que sous l'article 375-2, troisième alinéa. Il peut aussi décider qu'il lui sera rendu compte périodiquement de la situation de l'enfant. »

[853] Article 375-7 al. 4 du Code civil : « *S'il a été nécessaire de confier l'enfant à une personne ou un établissement, ses parents conservent un droit de correspondance ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement. Le juge en fixe les modalités et peut, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou de l'un d'eux, est provisoirement suspendu. Il peut également décider que le droit de visite du ou des parents ne peut être exercé qu'en présence d'un tiers désigné par l'établissement ou le service à qui l'enfant est confié* ».

parents. Cela permet au magistrat de garantir d'une part l'effort éducatif constant auprès de l'enfant, et d'autre part l'aide matérielle et morale auprès des parents. Cette aide soutenue, permet d'envisager un retour de l'enfant dans les meilleures conditions.

C'est d'ailleurs souvent ce que retiennent les magistrats comme motivation dans ces circonstances précises :

> « *… en faveur de la mineure une mesure d'assistance en milieu ouvert afin de veiller au bon déroulement du droit de visite accordé à la mère, M^me^ Marcelline X… et à la mise en place de relations constructives entre celle-ci et la famille d'accueil* »[854].

Lorsque la mesure de placement est ordonnée en faveur d'un tiers ou d'un service différent de l'aide sociale à l'enfance, l'article 375-4 du Code civil autorise le couplage de la mesure avec une assistance éducative en milieu ouvert. Précisément, ce n'est pas le cas quand le placement de l'enfant se fait auprès d'un service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

547. À deux reprises, la Cour de cassation[855] a dû rappeler que le placement auprès de l'aide sociale à l'enfance était incompatible avec un suivi de la famille de l'enfant et son assistance éducative.

À ce stade, il importe de reprendre les raisons du placement d'un enfant auprès de l'aide sociale à l'enfance. L'aide sociale à l'enfance a vocation à recevoir les enfants depuis leur naissance jusqu'au-delà de leur majorité (quand ils ont souscrit une protection jeune majeur). Les enfants accueillis sont potentiellement les mêmes que ceux qu'accueillent les services de la protection judiciaire de la jeunesse quand ils sont placés sur décision judiciaire. Toutefois, les enfants placés auprès des services judiciaires sont majoritairement des mineurs de plus de dix ans.

Les structures d'accueil des enfants en danger, placés sur décision de l'autorité judiciaire, disposent d'un nombre de places limité, inhérent au besoin d'intimité des enfants qui leurs sont confiés. Quand le juge des enfants décide du placement d'un enfant, l'endroit du placement est subordonné aux places disponibles dans les structures d'accueils dont il

[854] C.A. Rennes, 10 janvier 1992 ; inédit.
[855] Cass. Civ. 1, 29 juin 1994 ; Bull. Civ. I, n°229, p. 167 ; Defrénois 1995, p. 321, note J. MASSIP. Cass. Civ. 1, 27 mai 2003 ; Bull. Civ. I, n°128, p. 99 ; D. 2003, IR, 1601 ; JCP 2004, I, 109, n°5, obs. T. FOSSIER ; Defrénois 2003, p. 1496, obs. J. MASSIP.

dispose. L'efficacité du placement exige souvent qu'il soit conjugué à une assistance éducative en milieu ouvert, mais quand le juge des enfants décide d'un placement auprès d'un foyer d'aide sociale à l'enfance, la loi l'en empêche. La mesure perd alors de son efficacité. Dans l'arrêt prononcé par la Première Chambre civile de la Cour de cassation en 2003, les faits montraient le placement d'une jeune fille dans un foyer de l'aide sociale à l'enfance combiné à une mesure d'assistance en milieu ouvert. La combinaison des mesures a été renouvelée à trois reprises, sans que le Conseil général des Vosges (responsable du foyer dans lequel était l'enfant) ne manifeste d'opposition. La Cour d'appel de Nancy décide le renouvellement de la mesure, d'une part en raison de l'absence d'opposition du Conseil général à l'occasion des précédents renouvellements, d'autre part parce que le service de l'aide sociale à l'enfance n'a pas montré l'inutilité de l'opération.

La Cour de cassation ne retient pas les motivations de l'arrêt d'appel. Elle estime implicitement que l'utilité de la mesure, pas plus que l'absence d'opposition du gardien ne justifient une violation de l'article 375-4 du Code civil. La mesure d'assistance en milieu ouvert est annulée.

Les raisons qui justifient l'impossibilité de mêler le placement d'un enfant dans une structure de l'aide sociale à l'enfance et une assistance en milieu ouvert sont multiples, reposant notamment sur l'impact pécuniaire que ces mesures peuvent avoir sur le budget d'un département.

548. Cette barrière disposée entre les mesures en milieu ouvert et le placement dans un foyer de l'aide sociale à l'enfance montre les limites de la prise en charge par l'État de la mission d'éducation et de protection quand la famille est défaillante. En effet, quand l'État doit prendre la relève de la famille d'un enfant, et dans le cadre d'une réinsertion dans son milieu normal, il doit assurer non seulement l'éducation de l'enfant mais aussi, en quelque sorte, la rééducation de sa famille.

Pallier les carences éducatives ou protectrices de la famille ne doit pas se résumer à une mise à l'écart de l'enfant de son milieu d'origine, il importe également de permettre à ce milieu de recevoir à nouveau l'enfant.

549. La mission traditionnelle de la famille est de protéger l'enfant dans sa croissance. C'est le sens premier des dispositions relatives à l'autorité parentale.

À cette mission primaire de protection est adossée une mission éducative, car l'autorité parentale, sert aussi à « *assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ». Or, éduquer et permettre le développement de l'enfant, c'est aussi le sensibiliser à la société qui l'entoure : c'est le responsabiliser.

B – Responsabiliser l'enfant

550. Responsabiliser l'enfant est la seconde tâche des parents dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale. Permettre à l'enfant d'affronter pleinement et de façon épanouie sa vie d'adulte, c'est d'abord lui dispenser les enseignements nécessaires à l'intégration des données de la société : c'est l'éduquer, ce qui n'a rien d'insultant[856]. Faire l'éducation de l'enfant est un des piliers de l'œuvre familiale. Aux parents revient le devoir d'apprendre les bonnes manières, politesse, hygiène, respect, morale. Il s'agit de valeurs familiales avant d'être des valeurs de la société civile, les unes étant le socle des autres.

Si les parents sont les premiers à œuvrer dans le sens de l'éducation de l'enfant, il ne faut pas négliger qu'ils sont secondés par l'institution centrale de la république en la matière : l'école. Au-delà de l'éducation au sens strict, qui relève principalement du domaine familial, il y a l'apprentissage des savoirs. Or l'enseignement est surtout dévolu à l'école. Responsabiliser un enfant, c'est lui apprendre les grands traits de la société et de la vie (1).

L'éducation et l'apprentissage de l'enfant sont un premier pas vers l'âge adulte. Ils sont des éléments primordiaux à la deuxième facette de la responsabilisation de l'enfant. Car éduquer, c'est « *l'art de révéler à l'être humain le sens intime qui doit gouverner ses actes* »[857], c'est le préparer à sa vie d'adulte, à sa vie de citoyen. Cet ordre d'idée conduit à dire que la responsabilisation de l'enfant doit mener vers son autonomie, c'est une façon de l'émanciper de la protection de ses parents et de leur propre système de valeurs et d'opinions (2).

1. Apprendre

551. L'article 1er de la loi du 11 juillet 1975 était ainsi formulé :

> « *Tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation.*

[856] Cf. la campagne publicitaire menée par Daniel ROBERT en 1994 pour la mise en antenne de la Cinquième, chaîne du savoir : « *éduquons, c'est une insulte ?* ».
[857] H. BORDEAUX : « *Les pierres du foyer* » ; Plon.

> *Cette formation scolaire est obligatoire entre six et seize ans*[858].
> *Elle favorise l'épanouissement de l'enfant, lui permet d'acquérir une culture, le prépare à la vie professionnelle et à l'exercice de ses responsabilités d'homme et de citoyen. Elle constitue la base de l'éducation permanente. Les familles sont associées à l'accomplissement de ces missions* ».

La question du droit à l'éducation se pose-t-elle dans un pays où le taux de scolarisation atteignait en 2002 environ 97 %[859] ? Le système scolaire se situe au cœur de la société et dénote l'importance que la nation attache à l'éducation de ses enfants et à leur responsabilisation. Là se situent la raison et le but de l'éducation de l'enfant : le préparer à l'exercice de ses responsabilités.

552. L'article L. 111-2 du Code de l'éducation[860] souligne que « *les familles sont associées à l'accomplissement* » des missions de l'école, notamment dans la tâche d'acquisition des connaissances. Le Code de l'éducation met en place dans son article L. 122-1-1 les objectifs de l'enseignement scolaire et institue le socle commun des connaissances[861].

Le droit rêve l'élève idéal[862] : celui qui, au terme de sa scolarité obligatoire, a acquis toutes ces connaissances. L'inconvénient de ce schéma idéal réside dans ce que les parents ne sont pas tous aptes à assister leur enfant dans le processus d'acquisition du savoir.

La crise économique et la dégradation de la situation de l'emploi, sa précarisation et sa paupérisation, ont des effets sur la santé, le logement et le niveau de vie des individus. Ceci ne peut pas être sans incidence sur les méthodes du système éducatif et notamment sur le lien entre l'école et les parents. De ce fait, il existe un décalage de plus en plus important

---

[858] L'article 1er de la loi du 11 juillet 1975 est devenu l'article L. 111-2 du Code de l'éducation institué en 2005 qui compile l'ensemble des textes législatifs épars en la matière. La scolarité obligatoire de six à seize ans a été énoncée, plus loin sous l'article L. 131-1 du même Code.

[859] Selon les données statistiques de l'OCDE et de l'UNICEF.

[860] Loi n°75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation (JORF, 12 juillet 1975, p. 7180).

[861] Article L. 122-1-1 al. 1 du Code de l'éducation : « *Ce socle comprend :*
- *la maîtrise de la langue française ;*
- *la maîtrise des principaux éléments de mathématiques ;*
- *une culture humaniste et scientifique permettant le libre exercice de la citoyenneté ;*
- *la pratique d'au moins une langue vivante étrangère ;*
- *la maîtrise des techniques usuelles de l'information et de la communication* ».

[862] « *... l'élève rêvé...* » (L. FABIUS, J.-P. BRET : « *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir. Tome I* » ; Rapport de l'Assemblée Nationale, 6 mai 1998, p. 71).

entre le savoir dispensé à l'école et la culture familiale. Dans certaines familles ouvrières, les parents éprouvent des difficultés pour aider leur enfant dans le travail scolaire[863].

553. Cette situation de décalage pose un problème d'envergure dans la coopération que doivent mener l'école et la famille dans l'éducation de l'enfant. Cet obstacle ouvre sur une alternative. Soit la famille et l'école se cantonnent dans des missions d'éducation différentes, soit elles se trouvent en concurrence sur des domaines ou des matières qui leurs sont propres.

Lorsque le décalage entre les connaissances scolaires dispensées et la culture familiale est trop important, l'apprentissage de l'enfant est sectorisé, cloisonné. La cellule familiale abandonne à l'école tout ce qui relève de la transmission de savoir, se réservant le domaine de la sensibilisation de l'enfant au quotidien qui l'entoure. Le rôle institutionnel de l'école est avant tout d'offrir le savoir à tous, sans distinction. Mais ce n'est pas tout car il ne faut pas négliger le rôle de socialisation de la vie scolaire. Le respect des aînés, la rigueur, le sérieux et l'inculcation de la valeur du travail et du labeur se font à l'école. L'école est encore le lieu où les personnalités s'affirment et où l'enfant peut s'émanciper du carcan des règles des adultes en créant, à l'envi, ses propres règles. Il n'est pas réfutable que l'école soit un agent de socialisation, mais elle ne vient qu'en seconde place par rapport à la cellule familiale qui détient la primauté dans ce domaine. La primauté n'est pas l'exclusivité et ce serait amoindrir l'œuvre de l'école que la réduire à un puits de savoir. Sur le plan de la socialisation, école et famille sont complémentaires car la socialisation de l'école ne répond pas aux mêmes exigences que celle de la famille.

La force socialisatrice de l'école est plus restreinte que celle de la famille car elle ne peut pas viser les mêmes objectifs. L'article 371-1 du Code civil dispose dans son dernier alinéa que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ». L'association de l'enfant aux décisions de la famille qui le concernent s'explique notamment par le fait que l'enfant est partie intégrante de la famille[864], tandis que l'élève n'est pas partie intégrante de son établissement scolaire. L'école socialise moins l'enfant « *faute de temps et d'espace, certes, mais aussi faute d'enjeux que les relations entre élèves puissent s'approprier l'intérieur de l'organisation* »[865]. Entre la socialisation de

[863] « *En 1994, l'INSEE a révélé ainsi que 45 % des ouvriers non qualifiés se jugeaient dépassés pour aider les enfants dans le travail scolaire, ce taux atteignant 92 % au niveau du lycée* » (L. FABIUS, J.-P. BRET : « *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir. Tome I* » ; Rapport de l'Assemblée Nationale, 6 mai 1998, p. 71).
[864] Certains auteurs estiment que l'enfant est la famille en ce sens qu'il ne saurait y avoir de famille sans enfant. Une famille sans enfant est un couple (L. GRIFFON : « *Droits de famille et communauté de vie* » ; thèse, 2000).
[865] O. GALLAND : « *Sociologie de la jeunesse* » ; Armand Colin, 3ème éd. 2004, p. 98.

la famille et celle de l'école, il n'y a pas de concurrence de principe, mais une nécessaire complémentarité.

554. Le problème s'intensifie quand la complémentarité devient privilège, et que la socialisation du quotidien, normalement territoire réservé de la famille, se trouve dévolue à l'école. Cette situation se crée quand les parents démissionnent de leurs prérogatives traditionnelles d'apprentissages des valeurs de la vie. La manifestation de cet abandon des valeurs familiales se traduit généralement dans l'absence de réaction des parents face au non respect de ses obligations scolaires par l'enfant. L'éducation donnée par les parents est le support préalable à l'instruction diffusée par l'école car c'est elle qui forge l'aptitude et la persévérance face au travail.

Ce n'est évidemment pas le rôle de l'école de reprendre l'éducation des parents pour qu'ils éduquent, qu'ils élèvent mieux leurs enfants. Sur ce point le consensus est présent. Ceci posé, quel doit être le rôle de l'école si l'éducation primaire des enfants n'a pas, en amont, été bien faite ? L'école doit-elle redéfinir les règles de vie sociales auprès de l'enfant ? De fait, le vol, la tricherie ou le mensonge sont des valeurs admises dans certaines cultures familiales. Ce ne sont pas des fautes, ce n'est pas grave puisque l'enfant le voit faire dans sa famille. Revenir sur cette éducation (au risque d'entrer en conflit avec elle) ce n'est que faire un rappel des valeurs de la loi.

Il n'est pas du ressort de l'école d'élever les enfants ni d'éduquer les parents. En revanche, l'État doit veiller à ce que la mission éducative des parents, instituée par la loi dans l'article 371-1 al. 3 du Code civil, soit assurée. Le Code de l'éducation rappelle que les parents ont ces devoirs minimum d'éducation vis-à-vis de leur enfant, c'est l'objet notamment de l'article L. 131-3 qui reprend les dispositions des articles L. 552-4[866] et L. 552-5[867] du

[866] Article L. 552-4 du Code de la sécurité sociale : « *Le versement des prestations familiales afférentes à un enfant soumis à l'obligation scolaire est subordonné à la présentation soit du certificat d'inscription dans un établissement d'enseignement public ou privé, soit d'un certificat de l'autorité compétente de l'État attestant que l'enfant est instruit dans sa famille, soit d'un certificat médical attestant qu'il ne peut fréquenter régulièrement aucun établissement d'enseignement en raison de son état de santé.*
Les prestations ne sont dues qu'à compter de la production de l'une des pièces prévues à l'alinéa ci-dessus. Elles peuvent toutefois être rétroactivement payées ou rétablies si l'allocataire justifie que le retard apporté dans la production de ladite pièce résulte de motifs indépendants de sa volonté.
Un arrêté interministériel fixe les modalités d'application du présent article et, notamment, le délai dans lequel les pièces citées au premier alinéa du présent article doivent être produites ».

[867] Article L. 552-5 du Code de la sécurité sociale : « *Le droit aux prestations familiales des personnes regardées comme sans domicile fixe, pour l'application de la loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe, est subordonné à la justification, par les intéressés, de l'assiduité des enfants soumis à l'obligation scolaire dans un établissement d'enseignement, pendant une durée mensuelle minimum fixée par un arrêté interministériel. Le même arrêté définit les conditions dans lesquelles doivent être fournies les justifications ainsi exigées* ».

Code de la sécurité sociale qui soumettent le versement des prestations sociales à la preuve de l'inscription de l'enfant dans un établissement scolaire, afin d'établir qu'il répond bien à ses obligations scolaires. Le Code de l'éducation veille également à ce que les responsables municipaux dressent chaque année une liste des enfants scolarisables sur le territoire de leur commune. Cette liste est rapprochée de celle que les responsables d'écoles doivent dresser en début d'année scolaire selon l'article R. 131-3 du Code de l'éducation[868]. Si des enfants en âge d'être scolarisés ne le sont pas, il appartient au maire, selon l'article R. 131-4 du Code de l'éducation[869], de le signaler à l'inspecteur d'académie.

555. L'obligation scolaire qui incombe aux parents ne porte pas uniquement sur l'inscription de leur enfant dans un établissement. Le contrôle exercé par l'État est constant et continu sur l'ensemble de l'année scolaire. À ce titre, l'article L. 131-8 du Code indique que « *Les seuls motifs réputés légitimes sont les suivants : maladie de l'enfant, maladie transmissible ou contagieuse d'un membre de la famille, réunion solennelle de famille, empêchement résultant de la difficulté accidentelle des communications, absence temporaire des personnes responsables lorsque les enfants les suivent. Les autres motifs sont appréciés par l'inspecteur d'académie. Celui-ci peut consulter les assistantes sociales agréées par lui, et les charger de conduire une enquête, en ce qui concerne les enfants présumés réfractaires* ». L'inspecteur d'académie, chargé de contrôler l'assiduité des élèves pendant l'année scolaire, adresse un avertissement aux personnes responsables de l'enfant quand elles n'ont pas justifié l'absence de l'élève malgré la demande du chef d'établissement.

---

[868] Article R. 131-3 du Code de l'éducation : « *Chaque année, à la rentrée scolaire, le maire dresse la liste de tous les enfants résidant dans sa commune et qui sont soumis à l'obligation scolaire. Sont mentionnés sur la liste les nom, prénoms, date et lieu de naissance de l'enfant, les nom, prénoms, domicile, profession des personnes qui en sont responsables.*
La liste scolaire est mise à jour le premier de chaque mois. Pour en faciliter l'établissement et la mise à jour, les directeurs des écoles ou les chefs des établissements scolaires, publics ou privés, doivent déclarer au maire, dans les huit jours qui suivent la rentrée des classes, les enfants fréquentant leur établissement. L'état des mutations sera fourni à la mairie à la fin de chaque mois. Les conseillers municipaux, les délégués départementaux de l'éducation nationale, les assistants de service social, les membres de l'enseignement, les agents de l'autorité, l'inspecteur d'académie, directeur des services départementaux de l'éducation nationale ou son délégué ont le droit de prendre connaissance et copie, à la mairie, de la liste des enfants d'âge scolaire. Les omissions sont signalées au maire, qui en accuse réception ».

[869] Article R. 131-4 du Code de l'éducation : « *Le maire fait connaître sans délai à l'inspecteur d'académie, directeur des services départementaux de l'éducation nationale, les manquements à l'obligation d'inscription dans une école ou un établissement d'enseignement ou de déclaration d'instruction dans la famille prévue par l'article L. 131-5 pour les enfants soumis à l'obligation scolaire.*
Sont également habilitées à signaler lesdits manquements à l'inspecteur d'académie les personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article R. 131-3 ».

La scolarisation de l'enfant, à laquelle se mêle nécessairement une forme de socialisation, est contrôlée et sanctionnée[870] par l'État. C'est ainsi que l'apprentissage de l'enfant est une mission partagée par la famille et par la société civile. L'apparence donnée à la scolarisation de l'enfant par les premiers articles du Code de l'éducation est telle qu'elle donne l'impression que la scolarisation est uniquement le fait de l'État et que les parents sont tenus à l'écart des choix pédagogiques de leur enfant. Il n'en est rien car s'il leur incombe de scolariser leur enfant, ils ne sont pas pour autant obligés de l'inscrire dans un établissement scolaire public. Le choix de l'enseignement est libre, et le juge n'a pas à s'immiscer dans le cercle familial à ce sujet[871]. Les parents sont libres d'inscrire leur enfant dans un établissement public ou privé. Ils peuvent également décider de choisir un enseignement en dehors du cadre scolaire, en scolarisant l'enfant dans sa famille.

556. Apprendre c'est éduquer l'enfant. Mais l'éducation de l'enfant ne se limite pas à des questions scolaires au sens de l'article L. 122-1-1 du Code de l'éducation. Éduquer, c'est aussi ouvrir à ce que l'école ne peut pas montrer parce qu'elle est laïque[872], ce qui consiste à éveiller l'enfant aux questions d'ordre spirituel. Dans ce domaine, l'État s'efface. Il s'agit d'une prérogative appartenant uniquement aux parents qui leur permet d'interdire à l'enfant d'avoir des relations avec la religion. Inversement, elle autorise les parents à intégrer une religion ou un mouvement sectaire avec leur enfant.

L'éducation choisie par les parents n'est toutefois pas laissée à leur convenance sans contrôle. Une première vérification est faite par la famille elle-même. Les grands-parents peuvent intervenir auprès des instances judiciaires s'ils estiment que les parents font un exercice de l'autorité parentale qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

Le contrôle est également exercé par les institutions sociales et scolaires quand l'enfant est scolarisé dans un établissement. Enfin, le contrôle est exercé par le juge des

---

[870] Lorsqu'un enfant n'est pas inscrit par ses responsables légaux, l'inspection d'académie prend contact avec eux. En cas de persistance à refuser l'inscription de l'enfant malgré les injonctions de l'inspection, les parents risquent une peine de prison pouvant aller jusqu'à huit jours. Pour ce qui concerne l'absentéisme scolaire, la loi a longtemps prévu une sanction pécuniaire par le non-versement des prestations familiales. La loi n°2004-1 du 2 janvier 2004 (JORF, 3 janvier 2004, p. 184) a abrogé cette forme de punition. Le décret n°2004-162 du 19 février 2004 (JORF, 20 février 2004, p. 3446) a remplacé cette sanction négative par une sanction pénale positive : une amende de quatrième classe à l'encontre des parents qui n'ont pas pris les mesures nécessaires pour remédier à l'absentéisme de l'enfant.

[871] CA. Paris, 1er février 1989 ; D. 1990, jur. p. 48.

[872] Article L. 141-4 du Code de l'éducation : « *L'enseignement religieux ne peut être donné aux enfants inscrits dans les écoles publiques qu'en dehors des heures de classe* ».
Article L. 141-5 du Code de l'éducation : « *Dans les établissements du premier degré publics, l'enseignement est exclusivement confié à un personnel laïque.* »

enfants et par les services qui dépendent de lui pour ce qui concerne les mesures d'assistance éducative.

557. Socialiser l'enfant, lui donner les éléments de connaissance nécessaires pour affronter le monde des adultes, l'éveiller aux savoirs primordiaux, sont des prérogatives partagées par la famille et l'État. L'éducation, l'apprentissage, la socialisation et l'éveil de l'enfant ne sont pas une charge assez simple pour que la société civile se dégage de leur mise en pratique par les parents. Du reste, l'importance de la place de l'école dans la socialisation de l'enfant est grandissante à côté de celle de la famille. Ne serait-ce que parce que la famille demeure un lieu privilégié pour certains domaines (notamment la scolarité ou la santé) mais où l'enfant ne partage par spontanément ses soucis plus intimes relevant de l'apprentissage de la sexualité ou des usages interdits.

La scolarité s'allongeant, et l'hétérogénéité sociale du monde scolaire s'accroissant, les établissements deviennent de plus en plus des lieux de rencontres et de longue cohabitation entre personnes très diverses. Ce sont les temps extérieurs aux horaires de cours qui sont dévolus aux relations entre les élèves. Au cours de ces moments, l'enfant prend sa dimension sociale réelle en n'étant plus soumis à l'autorité d'un enseignant.

La socialisation de l'enfant dans l'école (et pas nécessairement par elle) est une forme d'éducation qu'il faut prendre en compte à côté de celle de la famille :

> « *La culture juvénile qui s'est construite à partir de l'affaiblissement du rôle socialisateur de l'école, en opposant ses contenus culturels au modèle scolaire qui, lui, ne se définit qu'en termes de canaux institutionnels, se construit également — si ce n'est contre — du moins à côté de la culture familiale* »[873].

558. Le but poursuivi par l'apprentissage de l'enfant est son épanouissement personnel dans la vie sociale qui l'entoure et la facilitation de son accès à la vie d'adulte. Dans cette perspective, éduquer libère.

2. Libérer

559. Une meilleure conscience de son environnement permet en principe à la personne de s'émanciper de ses craintes ou de ses angoisses et de la protection de ses aînés. C'est ainsi

[873] O. GALLAND : « *Sociologie de la jeunesse* » ; Armand Colin, 3ème éd. 2004, p. 99.

que la main des parents lâche celle de l'enfant quand il sait marcher, ou qu'un jour il va s'acheter seul ses friandises.

La libération de l'enfant, pour être efficace, doit être progressive. Or, cela, la loi ne le permet pas clairement. La séparation reste franche entre le régime de la protection et celui de l'exercice, entre l'époque de l'apprentissage et celle des essais, entre la minorité et la majorité. La plupart des actes auxquels l'enfant est sensibilisé lui sont inaccessibles tant qu'il n'est pas majeur. Sur ce point, la rédaction de l'article 488 du Code civil est claire, c'est à dix-huit ans, et pas avant que la personne « *est capable de tous les actes de la vie civile* ».

Du point de vue strict de la loi, l'intérêt de l'enfant mineur commande que ses actes juridiques lui soient autorisés quand il a atteint un âge suffisamment mature pour qu'il ait pleine conscience de ce qu'il fait. En revanche, en s'écartant de ce niveau d'analyse, sur le plan de l'apprentissage des choses de la vie, il est clair que cette attitude protectrice n'est pas cohérente ni tellement pédagogique. Comment l'enfant, devenu majeur, peut-il s'approprier des prérogatives auxquelles il n'aura été que sensibilisé ? Peut-il pratiquer efficacement ce qu'il n'a aperçu qu'en théorie ?

Écarter l'enfant tant qu'il n'est pas en âge de comprendre les mystères de la scène de la vie juridique est salutaire. Mais quand il devient plus mature, « *faut-il toujours l'écarter, pour l'en abriter, de l'activité juridique ? Ou faut-il l'y laisser accéder progressivement, en le libérant par paliers de son incapacité ?* »[874].

Les arguments en faveur d'une sortie de minorité aménagée sont assez nombreux.

560. En premier lieu, la vie sociale du mineur adolescent a profondément changé depuis ces vingt dernières années. Il est parfois lycéen dans une ville éloignée de son domicile ou apprenti. Peut-être a-t-il l'occasion de poursuivre une partie de sa scolarité dans un autre pays. L'éloignement de son domicile manifeste une forme d'indépendance, d'autonomie que ses parents lui concèdent. S'il doit vivre loin d'eux, il lui faut les moyens de cette distance et il est nécessaire qu'il puisse s'émanciper de la représentation de ses parents dans le cadre de sa vie quotidienne isolée.

Les moyens juridiques actuels ne permettent pas à l'adolescent de prendre un bail sans l'accord de ses parents[875]. Ils ne lui permettent pas plus de dépenser le revenu de son

[874] M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 386.
[875] C.A. Aix-en-Provence, 7 juin 2000 ; Loyers et copr. 2000, n°265.

travail[876] éventuel en dehors de ce qui est courant[877], y compris dans la location d'un véhicule quand elle n'est pas lésionnaire[878].

561. En deuxième lieu, l'interdiction posée d'agir dans la vie juridique n'est pas pédagogique puisqu'elle sépare l'aspect théorique de l'aspect pratique. Or l'éducation de l'enfant n'est libératrice qu'à la condition naturelle que son apprentissage conceptuel de la vie d'adulte soit complété par une immixtion progressive dans son utilisation tangible. La situation actuelle du droit civil entraîne une libération brutale de la capacité aux premières lueurs de la dix-neuvième année. Le majeur est alors confronté à l'exercice de ce qu'il n'a qu'aperçu jusque-là.

562. Enfin, la minorité protectrice de l'enfant ne l'éduque pas. Du reste, il faut convenir que la protection n'est pas facilement compatible avec l'éducation ni avec la responsabilisation de l'enfant. Formellement, l'enfant est représenté dans tous les actes susceptibles d'engager sa responsabilité civile, quelle qu'en soit la nature. S'il provoque un dommage, ce sont ses parents qui sont responsables pour lui sur le fondement de l'article 1384 du Code civil. S'il souhaite disposer de ses droits, ses parents doivent accepter dans le cadre de la représentation légale pure et simple, selon l'article 389-3 du Code civil[879]. S'il souhaite disposer de ses meubles ou de ses immeubles, ses parents doivent obtenir l'accord du juge des tutelles selon l'article 389-5 du Code civil[880].

En dehors du cadre des actes conservatoires et des actes d'administration non lésionnaires, l'adolescent ne peut, seul, accomplir sa vie juridique.

563. M. GRIMALDI écrivait que « *le Code civil permet au juge de valider l'acte passé par un adolescent* »[881]. Précisément, l'intervention du juge dans le processus de manifestation de l'activité juridique de l'enfant est postérieure à l'acte. Il n'y a pas ici de libération du potentiel juridique de l'enfant mineur, il n'y a là qu'une validation *a posteriori* et *in concreto*

---

[876] « *Il serait logique qu'il pût vendre, seul – et lui seul ? –, le vélomoteur qu'il a valablement acquis ; qu'il pût disposer, seul – et lui seul ? –, des revenus de son travail* » (M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 395).

[877] Il s'agit ici d'une forme améliorée de l'institution de la tirelire de M. LEMOULAND.

[878] Cass. Civ. 1, 4 novembre 1970 ; Bull. Civ. I, n°294 ; D. 1971, 186.

[879] Notamment en matière de droit à la vie privée, « *la divulgation de faits relatifs à la vie privée d'un mineur est soumise à l'autorisation de la personne ayant autorité sur lui* » (Cass. Civ. 1, 18 mai 1972 ; Bull. Civ. I, n°134 ; JCP 1972, II, 17209, concl. LINDON ; Gaz. Pal. 1972, p. 870).

[880] Article 389-5 al. 3 du Code civil : « *Même d'un commun accord, les parents ne peuvent ni vendre de gré à gré, ni apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, ni contracter d'emprunt en son nom, ni renoncer pour lui à un droit, sans l'autorisation du juge des tutelles. La même autorisation est requise pour le partage amiable, et l'état liquidatif doit être approuvé par le juge des tutelles* ».

[881] M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 388.

de son action. La possibilité offerte au juge est d'apprécier selon l'usage ou selon la lésion dont aurait été victime l'enfant. M. GRIMALDI retient que la lésion n'a rien de commun avec la question de la capacité[882]. Mais tandis que la lésion entre personnes majeures répond à des exigences économiques (déséquilibre manifeste entre les parties, l'article 1674 du Code civil précise que la rescision pour lésion a lieu « *si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble* »), la lésion d'un mineur s'apprécie sur des critères beaucoup plus subjectifs. Ces critères d'appréciation livrés au juge reposent sur l'âge de l'enfant, l'état de sa fortune et l'utilité ou l'inutilité de la dépense.

Concrètement, plus l'enfant grandit et s'approche de la majorité et moins les actes qu'il aura passés seront aisément rescindables pour lésion. Le contrat signé par un adolescent de seize ans qui acquiert un vélomoteur pour se rendre sur son lieu de travail avec ses revenus n'est pas rescindable au regard des conditions retenues par la jurisprudence. Il n'en serait pas de même s'il achetait une voiture (par définition inutile) ou un vélomoteur de collection (par essence onéreux).

La sagesse relative de l'enfant qui grandit conjuguée à l'approvisionnement de son patrimoine garantit à la fois la sécurité des tiers et sa sécurité juridique personnelle. Ainsi, plus il s'approche des portes de la majorité et moins le nombre d'actes rescindables est important, ils finissent presque à la marge du contentieux en la matière[883]. La lésion est donc nécessairement en rapport avec l'appréciation de la capacité de la personne.

564. L'incapacité du mineur est souvent comparée à celle du majeur sous tutelle, à ce détail près que le majeur sous tutelle ne peut accomplir aucun acte[884]. Le mineur, pendant toute la durée de sa naturelle incapacité, peut accomplir certains actes, lesquels sont parfois rescindables ou annulables. Mais il reste frappé de son incapacité qui se désagrège au profit des actes qu'il passe et qui sont moins rescindables ou annulables à mesure qu'il grandit.

La logique soutenue par M. GRIMALDI repose sur l'idée que la protection devient inutile à mesure que l'enfant grandit et qu'elle est incompatible avec la libération progressive des aptitudes juridiques de la personne.

---

[882] La rescision pour lésion moderne s'appuie sur un adage romain : « *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus* ».

[883] Selon les statistiques du ministère de la justice, plus l'âge du mineur est élevé, plus les actions sont rares. Quand les actions sont menées, elles aboutissent rarement à la rescision du contrat.

[884] Article 502 du Code civil : « *Tous les actes passés, postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle, par la personne protégée, seront nuls de droit, sous réserve des dispositions de l'article 493-2* ».

À comparer le mineur incapable avec les majeurs incapables, le sort de l'adolescent en fin de minorité est assez semblable à celui du majeur placé sous sauvegarde de justice. Si ce n'est que ce dernier est en principe capable et ses actes peuvent, exceptionnellement, faire l'objet d'une action en rescision pour lésion ou d'une action en réduction pour excès ; tandis que le premier, exceptionnellement capable, peut voir ses actes subir le même sort.

Techniquement, il ne paraît pas impossible d'envisager une sortie de majorité aménagée, et facultative, en suivant pour cela la progression inscrite au registre des protections des majeurs, allant de l'incapacité totale tolérant des exceptions pour les jeunes mineurs, jusqu'à la capacité de principe, soumise à un contrôle du juge des tutelles en passant par un apprentissage associatif[885] ressemblant à la curatelle.

565. Un encadrement ainsi structuré de la fin de la minorité permettrait une évolution de l'apprentissage offert à l'enfant sur les mécanismes des droits auxquels il sera confronté quand il aura quitté son statut.

Cependant, un changement juridique de cet ordre ne va pas sans poser quelques soucis. Le premier étant de déterminer l'âge à compter duquel l'enfant peut quitter l'incapacité totale dont il est normalement couvert. Placer une frontière entre l'incapacité de principe et une incapacité aménagée ne peut pas se faire de la même façon qu'entre la minorité et la majorité, puisqu'il importe de s'assurer que l'enfant dispose des facultés minimales pour exercer des droits en association avec ses représentants légaux. À l'inverse de la majorité dont la limite est fixée arbitrairement par la loi pour l'ensemble d'un groupe générationnel, l'âge où l'enfant commence à faire preuve d'une maturité suffisante doit être apprécié concrètement. L'opposition décrite par M. GISSER[886] entre la détermination qualitative individuelle de la maturité et la détermination quantitative, globale réapparaît ici. Mais, au lieu de s'opposer, ces deux modes de détermination de la maturité se complètent. D'un côté, la personne est face à un passage obligatoire, indépendant de sa maturité, et qui la déracine de sa minorité pour la repiquer dans le terreau de la majorité. Sauf les aménagements

[885] La notion d'association sous-tend la logique de l'article 371-1 du Code civil relatif à l'autorité parentale. M. GRIMALDI estime également que c'est un moyen offert aux parents d'émanciper progressivement l'enfant bien que cette faculté leur soit ouverte en dehors d'un cadre juridique clair. « *L'association du mineur à la gestion de son patrimoine peut être une bonne méthode initiatique en même temps qu'un moyen de desserrer l'étau de son incapacité : bref, un pallier vers la pleine capacité civile* » (M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 397).

[886] F. GISSER : « *Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité* » ; JCP. 1984, I, 3142.

prévus pour les jeunes majeurs, la personne ne dispose pas de la possibilité de stagner dans le statut de mineur. Le système quantitatif est ici à l'apogée de son expression, et l'âge de la majorité est ainsi fixe, à dix-huit ans.

En complément de ce passage obligé, viendrait s'inscrire une évolution progressive de la fin de minorité qui s'appuierait, non sur l'appréciation abstraite d'un âge (ce qui pourrait se révéler dangereux), mais sur l'appréciation concrète de la maturité de l'enfant.

La première étape de cette progression serait franchie sous l'impulsion des parents[887]. Cette mesure combinerait efficacement les obligations d'éducation et d'association dépeintes dans l'article 371-1 du Code civil. À la requête des parents, le juge des tutelles pourrait examiner la possibilité de permettre à l'enfant d'agir seul pour administrer son patrimoine et d'agir avec l'aval de ses représentants légaux pour ce qui concerne les actes de dispositions. La procédure obligerait le juge des tutelles à s'assurer que l'enfant est capable de discernement (sur la foi d'expertises diverses) et qu'il consent à cette mesure.

Cette première évolution vers la pleine majorité s'inspire principalement du régime applicable aux majeurs placés sous curatelle. À cet égard, les dispositions de l'article 510[888] du Code civil ainsi que celles de l'article 510-3[889] du Code civil s'appliqueraient à la situation du mineur en sortie progressive de minorité. Cette étape initiale[890] pourrait se poursuivre jusqu'à la majorité civile de l'enfant. Elle pourrait encore évoluer dans une forme encore plus libre de l'exercice des droits du mineur.

566. Cette ultime étape de la progression de l'enfant vers la sortie de sa minorité rejoint la détermination quantitative, statistique de la maturité. Il serait possible de permettre, à partir de seize ans, à un mineur d'obtenir un exercice de ses droits sous le contrôle d'un juge. Retenir l'âge de seize ans s'appuie sur l'analyse de l'article 477 du Code civil qui offre l'émancipation à un mineur à compter de cette frontière. Cet âge semble assez éloigné de

[887] L'impulsion juridique de la demande des parents peut être sollicitée par l'enfant ou se faire sur leur propre constatation de la maturité du mineur.

[888] Article 510 du Code civil : « *Le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, sous le régime de la tutelle des majeurs, requerrait une autorisation du conseil de famille. Il ne peut non plus, sans cette assistance, recevoir des capitaux ni en faire emploi.*
Si le curateur refuse son assistance à un acte, la personne en curatelle peut demander au juge des tutelles une autorisation supplétive. »

[889] Article 510-3 du Code civil : « *Dans les cas où l'assistance du curateur n'était pas requise par la loi, les actes que le majeur en curatelle a pu faire seul restent néanmoins sujets aux actions en rescision ou réduction réglées à l'article 491-2, comme s'ils avaient été faits par une personne sous la sauvegarde de justice.* »

[890] La durée de cette étape peut varier. En effet, le critère de la faculté de discernement est présent dans plusieurs dispositions civiles (articles 388-1, 410, 411 et 415 du Code civil). M. GISSER en fixe une limite approchante aux alentours de quinze ans, tout en s'appuyant sur les propos du Docteur GUILLIBERT qui l'estime aux environs de quatorze ans.

l'enfance et assez proche de la majorité pour que la loi décide qu'un mineur émancipé ne soit plus un danger pour lui-même ni une incertitude quant à la sécurité juridique des tiers.

Dès seize ans, il serait envisageable d'offrir à un mineur la possibilité de solliciter du juge des tutelles la mise en place d'un régime inversant la logique de la fin de la minorité décrite pas M. GRIMALDI. Actuellement, le mineur est incapable de droit, ses actes pouvant faire l'objet d'une rescision pour lésion de plus en plus rare à mesure qu'il approche de la majorité. Dans ces conditions, rien n'empêcherait que ce mineur, normalement incapable, soit alors capable et que ses actes soient placés sous la surveillance du juge. Le mineur de seize ans, aux portes de la majorité disposerait alors de quatre possibilités selon qu'il se sent à même ou non d'expérimenter les prérogatives qui lui seront par la suite dévolues. Il peut d'abord rester mineur s'il ne s'estime pas capable d'exercer ses droits. Il peut solliciter auprès de ses parents une mesure d'association. Il peut également demander au juge une surveillance de ses actes. Il peut enfin demander son émancipation à ses parents.

567. Le premier avantage de ces mesures d'accompagnement progressif de l'enfant dans la fin de sa minorité est, naturellement une meilleure maîtrise des droits civils et une simplification de la vie autonome du vieux mineur, car « *nul ne peut vivre sa vie s'il ne peut contracter* »[891]. Se dévoile alors le deuxième avantage, sans doute encore plus déterminant que le premier. En abondant pleinement avec M. GRIMALDI, il convient d'aller plus loin dans son sens : nul enfant ne peut vivre sa vie si ses parents ne peuvent contracter. L'avantage qui se présente en permettant au mineur capable de discernement de demander les conseils et l'aide de ses parents réside aussi beaucoup dans la solution du problème des parents mineurs. Le problème principal auquel se heurte l'enfant en charge d'un enfant est l'impossibilité dans laquelle il se trouve de décider pour lui-même dans le cadre de l'accomplissement des prérogatives liées à l'autorité parentale. Ainsi lui est-il difficile de contracter une assurance civile, ou d'inscrire son enfant à la crèche sans l'intervention de ses propres parents. Que les parents interviennent pour contracter, en son nom, un engagement civil peut surprendre, mais répond finalement à l'exigence du droit. Mais le cadre légal est plus confus quand le mineur veut agir dans le cadre de son autorité parentale et qu'il peut se heurter à l'incompréhension de son interlocuteur[892].

[891] M. GRIMALDI : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 398.
[892] L'hypothèse d'un enfant de seize ans cherchant à inscrire son enfant de trois ans à l'école maternelle sans la présence physique de ses parents laisse coi.

La définition du cadre légal d'assistance quand le mineur est capable de discernement autorise que les parents aident l'enfant dans les missions de son autorité parentale. L'accomplissement se ferait alors de façon plus cohérente et moins floue.

568. La question de l'émancipation progressive de l'enfant vers la majorité et l'appropriation par la personne du mineur de ses droits à venir s'est aussi posée aussi sous l'angle de l'exercice de ses droits en justice. L'actuel article 388-1 du Code civil est issu de la loi du 8 janvier 1993[893], elle-même largement inspirée de l'article 12 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, qui stipule le droit d'expression pour les enfants. Ce droit est garanti par les États parties, notamment dans le cadre de l'audition de l'enfant en justice.

L'étude de cet article montre déjà des similitudes avec ce qui pourrait exister pour aménager la sortie de la minorité. Cette disposition du Code civil prévoit trois conditions pour que l'enfant puisse être entendu par le juge.

L'enfant ne peut être entendu par le juge que dans les procédures le concernant. La référence au divorce est juste voilée, surtout quand l'article 373-2-11 du Code civil prévoit dans son 2° que le juge prend en considération « *les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1* » du Code civil.

Le fait que l'enfant soit concerné par la procédure en question signifie que l'enfant doit avoir un intérêt personnel en jeu. L'opposition à l'audition est possible si l'absence d'intérêt est prouvée.

L'audition de l'enfant par le juge est intéressante sur ses modalités. Car, en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant, le juge pourra lui adjoindre la représentation, le conseil ou l'assistance d'un tiers. Cette disposition montre que pour ce qui concerne la matière sensible de l'audition de l'enfant par le juge, la loi a pris des initiatives permettant d'entendre l'enfant « *capable de discernement* ».

Il est aisé de sentir la façon dont le juge va procéder pour entendre l'enfant capable de discernement. Il l'assistera d'un avocat quand son âge ne permettra pas de garantir une pleine conscience de ses déclarations et l'auditionnera seul dans le cas contraire, quand il approchera de la majorité.

[893] 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 (JORF, 9 janvier 1993, p.495).

569. Responsabiliser l'enfant est une tâche ardue. Les parents sont les principaux acteurs de ce travail consistant à propulser efficacement l'enfant dans le monde des adultes. Mais, l'œuvre éducative des parents et de l'institution de l'école se heurte au paradoxe juridique de la fin de l'enfance. S'il est confié aux parents et à l'école le devoir d'apprendre à l'enfant les rudiments de sa vie d'adulte, il n'est octroyé aux responsables légaux que marginalement le pouvoir de l'émanciper progressivement de leur autorité protectrice. Or, les mécanismes envisagés[894] ne sont possibles que si les parents en ont connaissance. Sur ce point, il est facile d'appréhender l'absence de sensibilisation des parents par l'État. De fait, ce n'est pas à l'État d'éduquer les parents pour leur montrer les mécanismes juridiques à leur disposition pour associer leur enfant à l'art d'être un adulte. Il faut admettre que les moyens décrits sont peu connus en général. C'est à l'État en revanche qu'il revient de donner des moyens plus nets aux parents pour résoudre la contradiction qui existe entre le fait d'éduquer l'enfant et celui de ne pas pouvoir l'émanciper de leur protection juridique.

C'est à la lumière des difficultés juridiques existant dans le fait d'être parent qu'il ressort à l'évidence que l'enfant est un personnage central.

§ 2 – L'enfant : une personne centrale

570. Le XXI^{ème} se situe loin de la conception annexe de l'enfant qui prévalait dans le Code de 1804. L'enfant est aujourd'hui un sujet de droit à part entière, considéré par le droit interne, comme par le droit international.

La prise en compte de cette personne a été relativement longue. Elle s'est manifestée pendant cette dernière décennie au travers des nombreuses réformes du droit de la famille (B) qui ont placé les intérêts familiaux sur le même plan — sinon sur un plan secondaire — que les intérêts de l'enfant.

Dans l'esprit de ces réformes, il n'était plus envisageable que l'enfant soit une question accessoire et que sur lui priment les questions financières de la famille ou les questions de son gouvernement. Une notion centrale a émergé des lignes du Code civil pour venir irriguer les débats parlementaires : l'intérêt de l'enfant (A).

[894] Association, délégation, mandat sont les voies juridiques explorées par M. GRIMALDI.

A – L'émergence de l'intérêt de l'enfant

571. La notion d'enfant est une nébuleuse complexe où se mêlent des considérations juridiques, sociologiques ou médicales. De cette façon, l'enfant ne paraît pas clairement dans le monde du juriste, il reste dévolu à l'appréciation de tel juge ou de telle juridiction.

Les concepts gravitant autour de cette notion sont aussi évanescents. Ainsi, la définition de l'intérêt de l'enfant est-elle quasiment impossible à apporter, sauf à le considérer comme un contenant dont le contenu peut éventuellement être catalogué (1).

Malgré cela, l'intérêt de l'enfant est un concept qui irrigue massivement la doctrine et la jurisprudence. La loi, dans son rôle de synthèse des opinions, ne fait pas exception à ce mascaret qui déferle dans les textes juridiques depuis une quarantaine d'années (2).

1. L'intérêt de l'enfant en question

572. Malgré les nombreux travaux doctrinaux[895] sur la question, il n'existe pas de définition claire de l'intérêt de l'enfant. C'est une « *notion magique* » tançait le Doyen CARBONNIER[896].

Cette notion semble absente du Code civil de 1804. Aucun article n'y fait référence. Pourtant, si le Code d'origine l'a oubliée, la jurisprudence[897] comme la doctrine[898] s'est assez vite emparée de la question pour la dégager de l'emprise de la puissance paternelle.

La mention concrète de l'intérêt de l'enfant n'attend pas l'adoption de la Convention de New York[899] pour apparaître en droit français. L'article 57 du Code civil avait

---

[895] J. RUBELLIN-DEVICHI : « *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises* » ; JCP 1994, I, 3739 ; C. NEIRINCK : « *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents* » ; thèse, Montpellier, LGDJ 1984 ; M. DONNIER : « *L'intérêt de l'enfant* » ; D. 1959, Chr. P. 179 ; Y. LEGUY : « *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales* » ; thèse Rennes 1974 ; R. LE GUIDEC : « *L'intérêt de l'enfant en droit civil français* » ; thèse Nantes 1973.

[896] J. CARBONNIER : note sous C.A. Paris, 10 avril 1959 ; D. 1960, p. 673.

[897] A compter de 1821, la jurisprudence s'approprie les dispositions de l'article 302 du Code de 1804 pour permettre, quand « *le plus grand avantage des enfants* » l'exige, que l'enfant soit confié en cas de divorce, non à celui des parents qui l'obtient, mais à celui contre lequel il a été prononcé.

[898] « [La puissance paternelle est] *dans l'intérêt des enfants sans doute, car il faut à leur faiblesse un protecteur, un guide à leur inexpérience…* » (C. DEMOLOMBE : « *Cours de Code Napoléon* » ; 12ème éd, 1861, t. VI).

[899] Article 3, 1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant : « *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* ».

inclus cette mention quand le prénom choisi pour l'enfant semblait contraire à son intérêt et que l'officier de l'état civil devait, dans ce cas, informer le procureur de la République[900]. De même, l'article 311 du Code civil incorpore depuis 1972[901] la mention de l'intérêt de l'enfant pour désigner le moment où il a été conçu, ce fait juridique est présumé « *avoir eu lieu à un moment quelconque* […] *suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant* ». Encore, l'article 348-3 concernant l'adoption, et datant de la loi de 1966[902], estime que « *le tribunal qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu* » d'ordonner la restitution de l'enfant après que les parents biologiques ont délivré leur consentement.

Depuis lors, le Code civil contient quinze articles faisant référence expressément à l'intérêt de l'enfant[903]. L'analyse doctrinale de l'intérêt de l'enfant s'est appuyée largement sur l'opinion du Doyen CARBONNIER[904] selon laquelle il ne peut s'étudier de la même façon selon que la famille est unie ou ne l'est pas :

> « *… l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui des parents ; partant, ce que les parents en décideront. Toutefois, la présomption ne peut jouer qu'autant que la famille forme un bloc…* ».

573. Le danger de considérer que l'intérêt de l'enfant est semblable à celui des parents dans le cadre d'une famille unie est que l'intérêt des parents prévale sur celui de l'enfant. Toutefois, en dehors d'une manifestation exagérée et de la prise d'une décision qui soit manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant (bien que conforme à celui des parents), l'appréciation de l'intérêt de l'enfant dans la famille unie reste en principe une question relevant de l'intimité de la cellule familiale. Le juge ne s'immisce qu'exceptionnellement dans cet espace.

Le cas est inverse quand la famille est séparée et l'appréciation de l'intérêt de l'enfant se manifeste dès avant la séparation de ses parents. Son avis peut être recueilli quand se pose la question de sa résidence ou de l'autorité parentale qui s'exercera sur lui.

L'office du juge est délicat, car l'intérêt de l'enfant ne connaissant aucune définition précise relève de l'appréciation juridique d'une situation factuelle. Lors, une

[900] Article 57 al. 3 du Code civil : « *Lorsque ces prénoms ou l'un deux, 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 peut saisir le juge aux affaires familiales* ».
[901] Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 relative à la filiation (JORF, 5 janvier 1972, p. 145).
[902] Loi n°66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption (JORF, 12 juillet 1966, p. 5956).
[903] Articles 57 ; 311 ; 337 ; 348-3 ; 353 ; 371-1 ; 371-4 ; 373-2 ; 373-2-1 ; 373-2-7 ; 373-2-9 ; 373-3 ; 375-1 ; 375-5 ; 375-7 du Code civil.
[904] J. CARBONNIER : « *Droit civil, t.2 La famille, les incapacités* » ; PUF Coll. Thémis, 8ème éd. 1969.

question s'installe, lancinante mais inévitable : comment apprécier l'intérêt de l'enfant ? Quels sont les critères susceptibles d'en appréhender le contenu ?

574. Le premier élément d'analyse repose sur l'appréciation concrète de la situation appliquée à l'enfant, ce qu'inspire en grande partie le texte de l'article 373-2-11 du Code civil dans son 4° quand il estime que le juge doit prendre en considération « *le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant* ». L'intérêt de l'enfant n'est pas uniforme et varie en fonction de son âge, de son sexe, et de son origine sociale. C'est aussi en cela que l'intérêt de l'enfant a judicieusement été classé parmi les « *notions à contenu variable* » par le Doyen CARBONNIER[905].

Les différents éléments de droit prenant en compte l'intérêt de l'enfant permettent, sinon d'en dessiner parfaitement le contenu, au moins de déterminer approximativement le cadre dans lequel évolue la notion.

575. L'intérêt de l'enfant exige nécessairement des prolégomènes. Pour qu'il y ait intérêt de l'enfant, il faut qu'il y ait enfant. Ce qui suppose qu'il existe comme personne et qu'il soit dégagé de son unité avec la mère. Quand l'enfant est encore à l'état d'embryon ou de fœtus, son intérêt (quand il est pris en compte) s'efface derrière celui de sa mère. La survie de la mère est une raison d'interrompre la grossesse, quand même en irait-il de la survie de l'enfant. Une fois cet épisode fœtal passé, l'intérêt de l'enfant doit s'émanciper de celui de ses parents. Il doit avoir un intérêt propre. Mais pour justifier que les parents ou bien le juge soient en charge de la protection de cet intérêt, il faut que l'enfant n'en ait pas conscience lui-même : il ne doit pas être en mesure de se conduire selon son propre intérêt. En somme, tant que l'enfant n'est pas à même de se conduire seul selon son intérêt[906], les parents doivent agir, non en fonction de leur intérêt mais pour celui de leur enfant.

Les préliminaires de la question ainsi posés, le cadre dans lequel doivent évoluer parents et juge attend d'être dessiné de façon plus complète. L'absence de discussion autour de ce que contient l'intérêt de l'enfant a conduit vers cette dérive qui a fait de cette notion la panacée[907] juridique de bien des jugements. Effectivement, cette formule permet de justifier

[905] J. CARBONNIER : « *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille* » (C. PERELMAN, R. VANDER ELST : « *La notion à contenu variable en droit* » ; Bruylant, 1984).

[906] L'âge à partir duquel l'enfant est capable de discernement est suffisamment avancé pour qu'on puisse considérer que l'enfant connaît son intérêt propre et peut agir en conséquence.

[907] « *L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qui en est fait aujourd'hui. À la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions du droit familial.*

toute décision judiciaire sans avoir à l'argumenter, se suffisant à elle-même, elle explique les retraits d'autorité parentale, les choix de résidence habituelle de l'enfant, les modifications de prénoms sur décisions de justice. En droit, l'intérêt de l'enfant fait écran à toute justification supplémentaire.

576. Il apparaît cependant au travers des dispositions du Code civil que certains éléments permettent de mieux comprendre ce que cache la notion d'intérêt de l'enfant. Le troisième alinéa de l'article 57 du Code civil est peut-être celui qui englobe le plus le concept. Cet alinéa rappelle que « *lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autre 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…* ».

La première constatation que cet extrait appelle concerne une question de temps. Il est indéniable que l'intérêt de l'enfant concerne le confort de son mode de vie actuel[908]. Mais ici, la sollicitude du législateur à l'égard du nom de l'enfant ne peut pas se résumer à la question du bien-être[909] actuel de l'enfant. L'enfant qui naît ne peut pas avoir conscience de ce que son prénom conjugué à son nom peut être ridicule ou injurieux[910]. L'intérêt de l'enfant contenu dans le troisième alinéa de l'article 57 du Code civil repose sur une analyse prospectrice de l'intérêt à venir de l'enfant et non de son intérêt présent. Cela est particulièrement révélateur dans un arrêt célèbre de la Cour d'appel de Rennes, qui, du reste s'était méprise sur la vocation des marques automobiles à perdurer dans le temps :

> « *N'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant l'attribution d'un prénom qui a été choisi par les parents sans arrière-pensée, même si, associé au nom patronymique, il évoque inévitablement un modèle de voiture, alors que cet inconvénient est*

Pourtant, rien de plus fuyant, rien de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire » (J. CARBONNIER : note sous C.A. Paris, 10 avril 1959 ; D. 1960, p. 673).

[908] La question est assez rapidement réglée au vu des articles affairant à l'autorité parentale ou à la résidence habituelle de l'enfant.

[909] La notion d'intérêt de l'enfant n'est pas traitée de la même façon dans tous les pays. Ainsi, la Grande-Bretagne préfère la notion de « *welfare of the child* » ainsi que l'Allemagne qui parle de « *Kindeswohl* » (D. YOUF : « *Penser les droits de l'enfant* » ; Questions d'éthique ; PUF, 2002).

[910] La Cour d'appel de Besançon a décidé dans un arrêt du 18 novembre 1999 que le prénom Zébulon ne peut pas être rejeté car « *n'est pas d'apparence ridicule, péjorative ou grossière,* […] *n'est pas complexe,* […] *ne fait pas référence à un personnage déconsidéré de l'histoire ou de la littérature* » (C.A. Besançon, 18 novembre 1999, D. 2001, jur. p. 1133, note PHILIPPE).

> *appelé à disparaître et qu'un changement entraînerait pour l'enfant un trouble certain* »[911].

Il n'est pas question d'un intérêt présent ou proche. Il s'agit d'un intérêt à long terme, quand l'enfant aura conscience de ce qu'implique son nom ou son prénom.

577. La deuxième leçon à tirer de cet article, n'est en fait qu'une confirmation : l'intérêt de l'enfant doit s'émanciper de la volonté des parents. C'est particulièrement vérifié dans l'article 57 du Code civil, le choix du prénom relevant du seul choix des parents[912].

Le troisième renseignement vient de l'article 57 lui-même en ce sens que l'intérêt de l'enfant englobe son identité, laquelle doit contribuer à son épanouissement personnel et ne pas être un handicap ou un obstacle à celui-ci. L'intérêt de l'enfant est d'essence individuelle, son bien-être passe d'abord par une individualité conforme à un intérêt objectivement apprécié par le juge.

578. L'intérêt de l'enfant est aussi garanti par le bien-être qu'il peut connaître dans sa famille, c'est l'objet des articles relatifs à l'exercice de l'autorité parentale et à la fixation de la résidence de l'enfant après le divorce de ses parents. Dans ce contexte judicaire ou extrajudiciaire, l'intérêt de l'enfant répond à une double exigence. D'abord le bien-être actuel, puis le choix du meilleur cadre de vie pour assurer sa maturation[913] jusqu'à l'âge adulte à partir duquel il choisira de quitter le domicile qui lui est offert. Quand la loi laisse une grande latitude d'appréciation, que ce soit aux représentants légaux, au juge ou aux autorités administratives, la décision doit suivre le principe de l'intérêt de l'enfant. Cette décision est celle qui sera la plus bénéfique à l'adulte qu'il sera.

Quand un juge aux affaires familiales tranche, sur le fondement des articles relatifs à l'autorité parentale ou à la résidence de l'enfant, après un divorce, il ne doit pas se prononcer chez quel parent l'enfant sera le plus heureux, ni chez lequel il trouvera le meilleur bien-être. La décision du juge doit offrir à l'enfant l'endroit qui réunira les meilleures conditions pour favoriser sa maturation.

---

[911] C.A. Rennes ; 4 mai 2000 ; JCP 2001, IV, 2655. L'enfant était prénommée « *Mégane* », ses parents portaient le nom « *RENAULT* ».

[912] Article 57 al. 2 du Code civil : « *Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère...* ».

[913] « *Il s'agit d'un intérêt spécifique propre à l'enfant en tant que jeune, ce que l'on appelle parfois son intérêt éducatif... Son intérêt, il ne sait pas l'apprécier lui-même, et ce n'est pas au surplus, son intérêt de l'instant présent, c'est plutôt son intérêt à venir, son intérêt d'homme dans un futur indéterminé* » (J. CARBONNIER : « *Droit civil, t.2 La famille, les incapacités* » ; PUF Coll. Thémis, 8ème éd. 1969).

Ainsi, l'intérêt de l'enfant n'est-il pas donné immédiatement, puisque les parents, pas plus que l'enfant lui-même, n'en sont porteurs. La détermination de cet intérêt appelle pour chaque situation concrète, une analyse, une réflexion, et dans une certaine mesure un débat sur ce que doit ordonner l'avenir de l'enfant. Il en va de même quand les parents prennent des décisions relatives à la scolarisation ou à la santé de l'enfant. Il ne s'agit pas de décider en fonction d'un choix personnel immédiat mais bien de voir ce qui, pour l'avenir de l'enfant est le meilleur choix. Cela revient à choisir l'orientation scolaire répondant le mieux à ses capacités ou à ses besoins, indépendamment des souhaits — ou des frustrations — propres aux parents.

579. En principe, les parents sont les mieux à même de connaître l'intérêt de l'enfant. Ils sont porteurs de l'affection indispensable pour porter intuitivement l'enfant vers son intérêt naturel. Mais cela n'est possible que dans la condition que pour les parents, l'enfant soit un autre. Quand les parents ne sont pas capables de s'entendre sur l'intérêt de l'enfant, ou qu'ils sont dans l'impossibilité de le faire, ou encore que leurs décisions mettent manifestement l'enfant en danger, c'est à l'autorité judiciaire de prendre le relais. Sa tâche est logiquement moins naturelle, c'est pourquoi les juges s'entourent d'experts pour déterminer de façon plus ou moins fiable l'intérêt de l'enfant. Ces investigations qui revendiquent la caution scientifique de leurs méthodes sont uniquement une recherche argumentée de l'intérêt de l'enfant. Insuffisantes à elles seules, elles doivent servir de pièces parmi d'autres dans le cadre du débat qui s'installerait autour de l'intérêt de l'enfant.

La notion d'intérêt de l'enfant et sa prise en compte par la doctrine et la jurisprudence montre que la personne de l'enfant n'est plus accessoire et qu'elle fait partie intégrante de la vie juridique. Son développement dans la loi et la jurisprudence atteste également du caractère central de l'enfant aujourd'hui.

2. Le développement de l'intérêt de l'enfant en jurisprudence

580. La notion d'intérêt de l'enfant existait en droit français avant l'adoption de la Convention de New York qui l'a fait connaître plus largement. La Convention a permis l'adoption de certaines lois qui ont inséré l'intérêt de l'enfant dans plusieurs dispositions du

Code civil. C'est notamment le cas de la loi du 8 janvier 1993[914] qui réforme le droit de la filiation. Elle inscrit l'intérêt de l'enfant au cœur du Code civil.

Certaines décisions qui ont suivi ou immédiatement précédé l'adoption de la loi de 1993 vont dans le sens d'un intérêt de l'enfant désolidarisé des intérêts de la famille[915] tout en indiquant que la paix des familles doit imposer des limites à ces intérêts[916].

Depuis 1993, l'enfant est entendu par le juge aux affaires familiales quand il doit trancher la question de l'autorité parentale et de la résidence habituelle. La jurisprudence a su délier l'intérêt de l'enfant de ceux des parents et à su imposer des limites à l'intérêt de l'enfant. Ce faisant, la jurisprudence a admis que les parents n'étaient pas forcément les mieux placés pour juger de l'intérêt de l'enfant[917] et que celui-ci ne devait pas systématiquement aller à l'encontre de celui des parents.

581. Le premier travail consistant à disjoindre l'intérêt de l'enfant de celui des parents a été fait rapidement par la jurisprudence. Il lui restait à prendre acte d'un autre élément essentiel de la philosophie générale de l'intérêt de l'enfant : l'enfant n'a pas nécessairement conscience de ce que son intérêt commande. Il y a là une des raisons pour lesquelles le juge aux affaires familiales peut entendre l'enfant sans en suivre les volontés ou les souhaits. La Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 juin 1993[918], rappelle cette règle primordiale de l'indépendance qui existe entre le souhait de l'enfant et son véritable intérêt. Ainsi, ce que l'enfant veut, n'est pas forcément dans son intérêt. Dans cette espèce, il était reproché à la Cour d'appel de Paris d'avoir fixé la résidence habituelle de l'enfant chez sa mère, consécutivement à son déménagement en province, alors qu'il exprimait dans plusieurs de ses courriers sa volonté de rester chez son père avec lequel il entretenait des relations privilégiées. Dans un attendu d'une tranchante concision, la Haute juridiction énonce que « *les dispositions de l'article* [290, 3° ancien du Code civil] *n'imposent*

[914] 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 (JORF, 9 janvier 1993, p.495).
[915] « *En matière de droit de la famille, toutes mesures concernant les enfants ne doivent être prises que dans leur intérêt, indépendamment des souhaits même légitimes exprimés par les adultes* » (C.A. Nancy, 13 mai 1991 ; inédit).
[916] « *Les enfants mineurs* [n'ont] *pas à dicter leur loi à leurs parents et l'une des règles fondamentales* [est] *que les enfants doivent entretenir, dans la mesure du possible, des relations avec chacun de leurs parents* » (C.A. Metz, 2 février 1995 ; inédit).
[917] « *Convaincus que les parents savent ce qui est bon pour l'enfant, les Français ont tendance à considérer qu'ils sont mieux à même que lui de connaître ses aspirations, ses intérêts et de faire valoir ses droits* » (J. RUBELLIN-DEVICHI : « *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises* » ; JCP 1994, I, 3739).
[918] Cass. Civ. 2, 25 juin 1993 ; Bull. Civ. II, n° 185.

pas au juge de se conformer aux souhaits des enfants en ce qui concerne les modalités d'exercice de l'autorité parentale »[919].

582. Une fois l'intérêt de l'enfant détaché de sa volonté propre ou de celle de ses parents, il restait à utiliser ce concept de façon constructive. Son envol et son utilisation majeure se sont produits dans les litiges familiaux consécutifs au divorce des parents. La jurisprudence s'est saisie de ce moyen pour justifier toutes les solutions juridictionnelles en matière de résidence habituelle[920] ou d'autorité parentale. Qu'il s'agisse du droit de visite[921], d'une autorisation de sortie du territoire[922], d'une adoption simple[923], d'une action relative à la réparation d'une violation du droit à l'image[924], l'intérêt de l'enfant apparaît toujours comme la norme indispensable à la motivation de la décision.

L'intérêt de l'enfant et sa propagation dans la jurisprudence montrent qu'avant tout élément, il est décisif dans les décisions familiales. Le sort et la vie quotidienne de la famille ne sont plus uniquement dictés par la volonté des parents. À elle ne se substitue pas pour autant celle de l'enfant, mais son intérêt est pris amplement en considération pour déterminer au mieux la façon dont il pourrait acquérir sa maturité pour entreprendre de façon bénéfique sa vie d'adulte.

Il n'est pas donc pas tout à fait exact d'énoncer que l'enfant a pris une place centrale en droit depuis ces trente dernières années. Il est inexact également de postuler que son intérêt prime sur celui de ses parents ou sur ceux de la cellule familiale auquel il appartient. Il est plus rigoureux de dire qu'il s'agit d'un rééquilibrage des intérêts en présence. Cela s'inscrit depuis quelques décennies dans le cadre du renouveau d'un État-providence qui prend à sa charge la reconnaissance de l'intérêt de l'enfant à travers l'appréciation du juge. L'enfant demeurant incapable, il n'est pas encore juridiquement apte à déterminer seul la nature de son intérêt. C'est dans ce sens que doit s'analyser la décision de la Cour de cassation de 1993. Certes s'agissait-il dans cette affaire d'un enfant de douze ans, mais l'attendu dégagé par la juridiction a vocation à s'inscrire plus largement dans une analyse globale de l'enfant et ne saurait se limiter à ceux qui, selon les critères retenus habituellement,

[919] C.A. Paris, 21 octobre 1991 ; inédit.
[920] Cass. Civ. 2, 25 juin 1993 ; Bull. Civ. II, n° 185 ; C.A. Rennes, 10 octobre 1992 ; inédit ; Cass. Civ. 1, 13 mars 2007 ; inédit.
[921] C.A. Nancy, 22 février 1993 ; inédit. C.A. Rennes, 7 janvier 1993 ; inédit ; Cass. Civ. 1, 30 octobre 2006 ; inédit.
[922] C.A. Nîmes, 14 janvier 1993 ; inédit.
[923] Cass. Civ. 1, 3 octobre 2000 ; Bull. Civ. I, n°229, p. 151.
[924] Cass. Civ. 1, 27 février 2007 ; inédit.

ne sont pas encore pourvus de faculté de discernement. À ce stade, il est légitime de penser que l'intérêt de l'enfant reste encadré très nettement par la minorité dont il est couvert. Le mineur n'est pas capable de connaître l'intérêt de l'enfant. Ce n'est pas parce qu'une certaine forme de capacité juridique a été reconnue à l'enfant qu'il devient aussitôt apte à déterminer son intérêt. Quand même l'enfant ou l'adolescent ne seraient pas des êtres déraisonnables, quand même importe-t-il d'avoir connaissance de leur opinion pour toute décision les concernant, quand même l'adolescent peut-il prendre certaines décisions le concernant, il demeure que l'enfant ou l'adolescent mineur n'a pas, selon la loi, la maturité suffisante pour connaître son intérêt. Sur ce point, il reste sous la responsabilité de ses parents, ou en cas de désaccord, sous celle du juge.

L'importance prise par les questions relatives à l'intérêt de l'enfant vient notamment de ce que la Convention de New York traite dans son article 3 de l'intérêt supérieur de l'enfant. Certains ont pu y voir le fait que l'intérêt de l'enfant devait primer sur tous les autres. Mais la jurisprudence, tout en accordant une place centrale à cet intérêt, ne s'est pas accordée à en faire une norme suprême en matière de décisions concernant les enfants.

La place de l'enfant s'est intensifiée depuis l'adoption de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. La loi a changé dans de nombreux domaines, surtout en droit de la famille, pour offrir à l'enfant la place qui lui revient, celle de personne à part entière, intégrée parfaitement dans le groupe familial.

B – Les réformes du droit de la famille

583. Les réformes du droit de la famille sont nombreuses et débutent avec la loi de 1972 relative à la filiation[925] et avec celle de 1975[926] relative au divorce. Les réformes se sont figées pendant vingt-cinq ans, jusqu'à ce qu'un important mouvement de réforme plus complet apparaisse à la fin des années 1990. La réforme la plus visible du droit de la famille a été la loi sur le PaCS[927]. Son impact sur le droit de l'enfant est inexistant puisque de l'enfant, le PaCS ne traite pas. C'est l'une des grandes questions non résolues de ce texte : comment concilier l'enfant avec ce nouveau mode de parentalité (1).

[925] Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 relative à la filiation (JORF, 5 janvier 1972, p. 145).
[926] Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce (JORF, 12 juillet 1975, p. 7171).
[927] Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (JORF, 16 novembre 1999, p. 16959).

Depuis 2000, les réformes concernant de près ou de loin l'enfant se sont succédé à un rythme soutenu. En 2002[928], un premier élan a concerné le droit du nom de famille qui bouleverse la logique patronymique qui avait jusque-là prévalu. Cette loi sera complétée ultérieurement par une loi de 2003[929]. Ces lois instaurent un nouveau mode de dévolution du nom qui permet de mieux prendre en compte les souhaits des enfants.

En 2002[930] également, le parlement s'est saisi de la question de l'autorité parentale. La refonte de l'autorité parentale n'est pas d'une envergure exceptionnelle mais elle place également l'enfant au centre des préoccupations normales de la famille

Les deux réformes les plus importantes en matière de droit de la famille ont attendu le changement de majorité parlementaire. 2004[931] sera l'année de la réforme du divorce. L'enfant était le principal oublié du droit du divorce avant cette réforme. Il est désormais au cœur des préoccupations des différents intervenants à la procédure de séparation de ses parents.

Le train des réformes s'achève en 2005[932] avec l'ordonnance sur le droit de la filiation[933] qui met à jour les évolutions jurisprudentielles acquises après deux cents ans de pratique.

L'ensemble des réformes postérieures au PaCS de 1999 s'inscrivent toutes dans l'optique de favoriser l'intérêt de l'enfant, lequel se trouve mis au cœur des préoccupations du droit de la famille moderne (2).

1. Le PaCS

584. Le pacte civil de solidarité créé en 1999 recouvre deux réalités différentes qui n'ont pas les mêmes implications en droit de la famille relativement à la personne de l'enfant. Le PaCS étant un contrat conclu entre deux personnes, peu important leur sexe, pour organiser leur vie commune, il peut ouvrir sur deux types de convention. Soit la convention est conclue entre deux personnes de même sexe, ce qui implique un couple, normalement

[928] Loi n°2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille (JORF, 5 mars 2002, p. 4159).
[929] Loi n°2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille (JORF, 19 juin 2003, p. 10240).
[930] Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 mars 2002, p. 4161).
[931] Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce (JORF, 27 mai 2004, p. 9319).
[932] Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (JORF, 6 juillet 2005, p. 11159).
[933] L'ordonnance du 4 juillet 2005 a été ratifiée par la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 (JORF, 18 janvier 2009, p. 1062).

stérile, soit elle est conclue entre deux personnes de sexes différents, ce qui induit un couple naturellement fécond.

Sur ces points, les règles juridiques sont très différentes. Elles sont incomplètes et non satisfaisantes pour les couples hétérosexuels (a), elles sont inexistantes et sont de l'ordre du tabou pour les couples homosexuels (b).

a. L'enfant du PaCS hétérosexuel

585. La volonté du législateur de 1999 était de ne pas faire du PaCS une institution. Dans cette optique, sa nature est uniquement contractuelle, et s'appliquent dès lors les règles classiques en matière de droit des contrats. Pourtant, il ne s'agit pas d'un contrat « *classique* », malgré l'article 515-1 du Code civil qui dispose que le « *pacte civil de solidarité est un contrat* ». S'agit-il d'un contrat dans le sens où l'entend un lexique de termes juridiques ?

> « *Convention faisant naître une ou plusieurs obligations ou bien créant ou transférant un droit réel* » [934].

Certes, le PaCS est un contrat, mais c'est aussi bien plus qu'un simple contrat. Il ne se contente pas d'unir deux volontés, il unit deux personnes pour une durée indéterminée et la plus longue possible. La décision du Conseil Constitutionnel rendue à ce propos le 9 novembre 1999 est d'une grande importance, car elle permet de définir le PaCS comme un contrat spécial :

> « *… la vie commune mentionnée par la loi déférée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple…* » [935].

Le PaCS est donc un contrat qui institue une « *vie de couple* », tout comme le mariage, à cette différence près que le PaCS n'oblige pas les partenaires à la fidélité mutuelle[936]. Mais l'autre différence flagrante entre le mariage et le PaCS est que le premier

[934] S. GUINCHARD, G. MONTAGNER : « *lexique de termes juridiques* » ; Dalloz 1995.
[935] Décision N° 99-419 DC du 9 Novembre 1999 (JORF, 16 novembre 1999, p. 16962).
[936] L'ordonnance rendue par le Président du Tribunal de grande instance de Lilles le 5 juin 2002 (D. 2003, p. 515) semble remettre en cause l'absence d'obligation de fidélité dans le PaCS. Cette décision estime « *que l'obligation de devoir exécuter loyalement le devoir de communauté de vie commande de sanctionner toute forme d'infidélité entre partenaires* ». L'ordonnance conclut à la résiliation du PaCS aux torts du partenaire indélicat, méconnaissant ainsi les dispositions de l'article 515-7 du Code civil alors applicables qui ne prévoyaient pas de résiliation contentieuse du contrat. C'est pourquoi l'ordonnance appuie son raisonnement sur le droit commun des contrats (article 1134 du Code civil) au lieu de se fonder sur l'article 515-7 du Code civil qui aurait dû présenter la règle en la matière.

ouvre droit à une filiation fondée sur la présomption de paternité, quand l'autre ne donne accès qu'à une filiation sur reconnaissance. Car la loi du 15 Novembre 1999 n'a pas modifié le droit de la filiation[937].

Les différences existantes entre la filiation issue du mariage et la filiation issue du PaCS sont minces. M. TERRÉ explique que la filiation du mariage est par « *essence indivisible* »[938], sous-entendant ainsi qu'elle est nécessairement rattachée à la mère et au père. Cette indivisibilité est fondée sur l'acte de naissance sur lequel est établie la maternité et sur la présomption de paternité, prérogative de l'époux de la mère. L'enfant né du mariage bénéficie d'une filiation indivisible grâce au lien de droit qui unit ses parents. Mais le mariage est bien davantage qu'un simple lien de droit, c'est aussi une institution qui veut se montrer garante d'un certain mode de vie fondé sur le respect, l'assistance et la fidélité entre les époux. Longtemps il a été considéré comme gage de durée, faisant dire à M^me^ RUBELLIN-DEVICHI qu'un « *enfant vaut bien un mariage* ».

586. Que reste-t-il des obligations entre les époux ? L'article 212 du Code civil dispose que « *les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* », ce sont les quatre obligations traditionnelles du mariage. Or une obligation n'a de force que si elle est garantie par une sanction, et depuis quelques années, la seule sanction garantissant ces obligations est le divorce pour faute. Ces obligations ne sont plus contraignantes. Pour autant, l'aspect institutionnel du mariage demeure dans ce qu'il peut encore sembler être un espoir de durée. Mais l'argument ne résiste pas à l'implacable science des statistiques dont les dernières publiées par l'INSEE révèlent que quatre mariages sur dix finissent par un divorce après avoir duré moins de cinq ans.

Le « *mariage-institution* » semble donc avoir vécu. De là à dire que le mariage n'est plus qu'un contrat unissant deux personnes de sexe opposé, il n'y a qu'un pas. Ce serait nier au mariage la force symbolique qu'il puise depuis les fondements de notre société. Ce serait vouer à l'oubli les siècles pendant lesquels la famille s'est construite autour de lui. Ce serait négliger ce que M. MURAT appelle « *un règlement global de la vie en couple* ».

Toute proportion gardée, le PaCS vise ce même objectif de « *règlement global de la vie en couple* ». Pour s'en convaincre, il suffit de relire l'article 515-1 du Code civil :

---

[937] La loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (JORF, 24 juin 2006, p. 9513) et qui réforme en partie dans ses articles 25 et suivants les articles du Code civil relatifs au PaCS n'a pas modifié cela davantage.

[938] F. TERRÉ, D. FENOUILLET ; « *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités* » ; Dalloz 1996, 6ème édition, p. 580.

> « *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu entre deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

Hormis les considérations financières, fiscales, successorales et symboliques, sur quel fondement repose la différence de filiation entre l'enfant du PaCS et l'enfant du mariage ? Dans l'état actuel de la législation, l'enfant du PaCS est un enfant, semblable à l'enfant né du concubinage. Pourtant, les ressemblances sont plus frappantes entre l'enfant du PaCS et l'enfant du mariage qu'entre l'enfant du PaCS et l'enfant des concubins.

Les parents de l'enfant né dans le cadre d'un PaCS sont liés — à défaut d'être unis — par un contrat. Au sens strict, le mariage est un contrat. En outre, ces deux contrats ont pour but le « *règlement global de la vie de couple* ». La notion de « *vie de couple* » ayant été expressément mise en avant par le Conseil Constitutionnel, qui d'ailleurs, ne manque pas, dans le même considérant, de faire un parallèle entre la communauté de vie du PaCS et celle du mariage :

> « *... la vie commune* […] *suppose* […] *une vie de couple qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage…* ».

Entre l'enfant du PaCS et l'enfant du mariage, la différence est si mince que M. MURAT indique même qu' « *il n'aurait pas été techniquement impensable de rattacher au PaCS hétérosexuel une présomption de paternité* » [939].

Cette dernière considération montre que le droit de la famille moderne ne répond pas assez précisément aux nouvelles situations nées du PaCS. Qu'au-delà de la question de la présomption de paternité, les lacunes sont nombreuses en ce qui concerne les enfants nés de parents partenaires d'un PaCS.

587. Si le PaCS était un contrat comme les autres, il serait soumis à l'article 1134 du Code civil et sa rupture serait obligatoirement consentie par les deux partenaires. Mais le PaCS se distingue encore du contrat « *classique* » par la simplicité — pour ne pas dire la facilité — de sa rupture. L'article 515-7 du Code civil prévoit les différentes possibilités de rupture d'un PaCS. Il dispose notamment que « *Le partenaire qui décide de mettre fin au*

[939] P. MURAT : « *Vers la fin des filiations légitime et naturelle* » ; Droit de la famille, Hors-série, Décembre 2000.

pacte civil de solidarité le fait signifier à l'autre ». Ce cinquième alinéa de l'article 515-7 du Code civil introduit une rupture unilatérale du PaCS, ce que les parlementaires de l'opposition avaient appelé un droit de répudiation lors des débats sur la loi du 15 Novembre 1999.

En insérant le PaCS dans l'ordonnancement légal sans prendre le soin d'y apporter les modifications indispensables, le gouvernement a délibérément introduit un îlot d'insécurité familiale pour les partenaires du PaCS et pour leurs enfants, notamment au regard de la rupture du pacte.

Lorsqu'un mariage échoue, le juge est obligatoirement saisi. Il règle les problèmes liés à la résidence habituelle de l'enfant et à l'exercice de l'autorité parentale, mais aussi les soucis d'ordre financier qui pourraient survenir du fait de la séparation des époux. Pour l'enfant du PaCS, considéré comme un enfant hors mariage comme les autres, rien de tout cela ; il s'agit d'une importante lacune du droit de la famille.

Cela peut se comprendre pour des concubins, dans la mesure où leur union est fondée sur une liberté totale. M. TERRÉ s'interroge même sur la réalité des liens à rompre[940], dans la mesure où aucun lien de droit n'unit les deux concubins. La simple faculté de passer devant le juge aux affaires familiales s'inscrit dans la logique du concubinage. Rien n'a été conclu lors de sa naissance, rien n'a été prévu pendant sa vie, quelle raison justifierait que les concubins soumettent les conditions d'exercice de l'autorité parentale au juge lors de la rupture de leur union ?

588. La philosophie du PaCS est différente. Il ne s'agit pas, comme pour le concubinage, d'une « *union de fait* […] *entre deux personnes* […] *qui vivent en couple* »[941], il s'agit comme l'indique l'article 515-1 du Code civil d'une union de droit entre deux personnes « *pour organiser la vie commune* ». Il existe dans le PaCS une volonté de prévoir l'avenir, c'est le sens du terme « *organiser* ». Dans cette optique, la loi prévoit le mode d'organisation des biens du couple, ainsi que les droits fiscaux et sociaux. Mais la loi a tant fait pour éviter de mêler PaCS et famille qu'elle en a oublié que du PaCS pouvait naître l'enfant. Or cet enfant ressemble beaucoup plus à l'enfant des époux qu'à l'enfant des concubins. Pour l'instant, son sort lors de la rupture de l'union de droit qui unit ses parents reste entre leurs mains, de telle sorte que quand ceux-ci auront fini de régler la liquidation des

[940] « *À tel point qu'il n'y a même pas, semble-t-il, de lien à rompre, puisque l'union est libre* » (F. TERRÉ, D. FENOUILLET : « *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème éd. Dalloz 1996, p. 536).
[941] Article 515-8 du Code civil : « *Le concubinage est 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* ».

biens de leur union, la question de leur enfant sera certainement posée dans des termes de conflit.

Les dispositions légales n'interdisent pas aux partenaires d'un PaCS de prévoir dans leur pacte un recours obligatoire au juge des affaires familiales, fondé sur l'article 374 du Code civil, lors de la dissolution de leur union. Les conseils du notaire sont alors primordiaux.

L'intérêt de ces enfants ne justifiait-il pas que la question de l'exercice de l'autorité parentale, lors de la dissolution du pacte, soit obligatoirement confiée au juge des affaires familiales ? Dans le contexte de la discussion de la loi du 15 Novembre 1999, une disposition de ce genre aurait été trop audacieuse. Pourtant, les dispositions de la charte parentale proposée par l'APGL[942], dans le cadre d'une coparentalité, laissent entrevoir cette possibilité.

Pour pallier ces lacunes, il aurait suffit de soumettre le sort des enfants du PaCS à la décision du juge aux affaires familiales. Il n'aurait pas été impensable d'insérer une disposition à cet effet dans le Code civil.

Ces problèmes se posent logiquement pour les enfants de couples hétérosexuels signataires d'un PaCS. Ils ne se posent pas pour les couples homosexuels – *a priori* stériles – dont les préoccupations sont davantage liées à la conception même d'un enfant biologique. Question que la loi de 1999, pas plus que celle de 2006, n'ont abordée. Le sujet reste très sensible.

b. L'enfant du PaCS homosexuel

589. Entre l'être et le paraître, la frontière est parfois mince. Un couple homosexuel peut paraître avoir eu un enfant, pourtant, sa filiation n'est pas établie à l'égard des deux membres du couple, mais seulement à l'égard de l'un d'eux. En outre, biologiquement, aujourd'hui, l'enfant ne peut être conçu que grâce à l'intervention d'une personne extérieure au couple. C'est sur le plan du « *mode de conception* » que la question se situe.

[942] L'association des parents gays et lesbiens a offert en 2000 aux parents homosexuels ayant opté pour une coparentalité (situation où l'enfant est conçu dans le cadre de deux couples homosexuels), la possibilité de signer une charte pour respecter au mieux les intérêts de l'enfant. Cette charte prévoit les modalités des droits de visite et d'hébergement, la répartition des charges financières relatives à la contribution à l'entretien de l'enfant et la possibilité de saisir, en fin de PaCS, le juge aux affaires familiales pour régler les questions d'attribution de la résidence et d'autorité parentale. Cette charte, assimilable à un accord, pouvait être pris en compte par les juges comme l'indique le 1° de l'article 373-2-11 du Code civil : « *...la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure* ».

Le recours à la maternité de substitution — ou recours à une mère porteuse — se rencontre quand un couple stérile demande à une femme extérieure au couple de mettre au monde un enfant avant de l'abandonner à son profit. La conception de l'enfant peut être entièrement extérieure au couple (quand l'enfant est conçu par un autre couple) ou partiellement extérieure (quand l'enfant est conçu avec les gamètes mâles ou l'ovule d'un membre du couple). Dans le cadre des couples homosexuels, le recours aux mères porteuses est surtout susceptible de se rencontrer parmi les couples gays, les couples lesbiens pouvant porter l'enfant.

Mais cette technique de procréation a été condamnée par la jurisprudence en 1991[943]. Avant cela, en 1989, la première chambre civile de la Cour de Cassation avait décidé qu'une association dont l'objet était de favoriser ce type de pratique était illicite[944].

À cette prohibition prétorienne, il fallait ajouter une interdiction légale. Les lois « *bioéthiques* » de 1994 ont apporté l'interdiction de principe ainsi que les modes palliatifs exceptionnels à la stérilité.

La loi du 29 Juillet 1994[945] insère les articles 16 à 16-9 et 311-19 à 311-20 dans le Code civil. Là où la Cour de Cassation parlait d'une « *indisponibilité du corps humain* », le Code civil se contente de consacrer sa non-patrimonialité dans l'article 16-5. Mais c'est l'article 16-7 qui répond le plus précisément à la question de la maternité de substitution en prévoyant que « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

590. Le principe est donc posé. Il souffrira les exceptions portées par la loi du 29 Juillet 1994[946] relative aux techniques d'aides médicales à la procréation (AMP) et insérées dans le Code de la santé publique aux articles L. 152-1 et suivants. Néanmoins ces exceptions ne permettent toujours pas aux couples gays de recourir à une tierce personne pour concevoir un enfant.

Le juge en 1991, le médecin et le législateur en 1994 se sont opposés à la maternité de substitution, que ce soit pour les couples hétérosexuels ou pour les couples gays

[943] Cass. Ass. Plén. 31 Mai 1991 ; D 1991, p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; JCP 1991, II, 21752, communication J. BERNARD, concl. DONTENWILLE, note F. TERRÉ ; RTDCiv 1991. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; Defrénois 1991, p. 948. obs. J. MASSIP.
[944] Cass. Civ 1. 13 Décembre 1989 ; D 1990. 273, rapp. J. MASSIP.
[945] Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain (JORF, 30 juillet 1994, p. 11056).
[946] Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (JORF, 30 juillet 1994, p. 11059).

(même si la seconde loi *bioéthique* fait référence à des exigences de différenciation des sexes dans les couples pour avoir recours aux techniques de l'AMP). Pour les couples gays, en dehors de l'hypothèse de la coparentalité, l'enfant naturellement conçu n'existe pas. Pour les couples lesbiens, cet enfant se crée avec l'intervention d'un tiers.

591. Le couple homosexuel est naturellement stérile. Pourtant, il se peut qu'un couple homosexuel éduque un enfant conçu en son sein. C'est le cas des couples lesbiens.

Ces couples composés de deux femmes peuvent donner vie à un enfant si l'une des deux partenaires du couple accepte d'avoir une relation sexuelle avec un homme extérieur au couple. Quand l'homme est lui-même gay et vivant en couple, il s'agit de coparentalité, mais ce n'est pas toujours le cas.

Parfois, l'une des partenaires du couple accepte d'avoir une relation sexuelle avec un homme. Mais cette pratique n'est pas fréquente, car les partenaires sont fidèles l'une à l'autre. De plus, il s'agit d'une première étape à franchir pour des personnes que le choix de vie tourne plus volontiers vers des relations charnelles avec des personnes de leur sexe.

Le regard du juriste doit se porter sur les conséquences de cette filiation.

L'enfant va naître dans un couple lesbien alors qu'il a été conçu selon un mode naturel de conception. La filiation de cet enfant sera établie vis-à-vis de sa mère biologique. Rien ne s'oppose à ce qu'elle soit également établie à l'égard de son père. Cependant, celui-ci devra s'effacer pour laisser la place à la vie de couple des deux femmes. Il pourra visiter l'enfant, mais il ne pourra pas participer activement à son éducation. De sorte que la filiation sera valable quant au titre, mais elle ne souffrira pas l'expertise de la possession d'état. Pour autant, dans le cas où le père reconnaîtrait l'enfant, il pourrait être contraint de pourvoir à son éducation, conformément aux dispositions de l'article 203 du Code civil :

> « *Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* ».

Un arrêt du 3 Octobre 1996 rendu par la Cour d'Appel de Versailles[947] vient élargir cet article en précisant que « *comme les parents mariés, les parents naturels ont l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants conformément aux dispositions de l'article 203* ». Le père naturel se voit alors cantonné à l'assistance pécuniaire de son enfant. Un enfant qu'il connaît de nom, sans assister à son éducation.

[947] CA Versailles, 3 Octobre 1996 ; D. 1998, Somm. 30, obs. F. GRANET.

Le père d'un enfant qu'élèverait un couple de lesbiennes doit se garder de reconnaître celui-ci afin de mettre de son côté le plus de chances d'être à l'abri de l'obligation d'entretien incombant aux parents. Est-il dégagé de toute obligation vis-à-vis de son enfant ? Une fois de plus la réponse est négative : l'article 342 du Code civil autorise la mère pendant la minorité de l'enfant ou à défaut ce dernier dans les deux premières années de sa majorité, à exiger de « *celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception* » qu'il participe financièrement à l'entretien de l'enfant. C'est l'action à fin de subsides. Peu importent les conditions de ressources de la mère[948], il suffit qu'elle prouve l'existence de relations intimes pendant la période de conception de l'enfant. Mieux, la mère peut prouver par tout moyen que l'enfant est bien celui du défendeur à l'action[949].

592. Avoir un enfant naturellement n'est pas évident pour les partenaires homosexuels d'un PaCS. La solution ultime pour ces couples stériles réside dans l'adoption d'un enfant. Mais la procédure est loin de leur être ouverte aisément, les présidents de conseils généraux ainsi que la jurisprudence du Conseil d'État sont encore réticents à délivrer les agréments administratifs aux personnes qui souhaitent adopter seules et qui ne cachent pas leur homosexualité.

La question de la filiation dans le PaCS, et par là celle de l'enfant, a été vastement éludée des débats parlementaires[950]. Mais en négligeant d'aborder ce thème, le législateur ne se préservait pas du débat de société lancinant autour de la question de l'adoption par les couples homosexuels. Pourtant, M^me^ BOUTIN avait mis en garde le législateur contre le risque qui existait de laisser cette question sans réponse :

> « *Le PACS interroge […] sur l'enfant, notamment au regard de cette très forte demande de la communauté homosexuelle sur l'adoption et les techniques artificielles de procréation* »[951].

Le PaCS n'apporte pas de solutions innovantes pour l'enfant. Il représente un peu l'oubli majeur de cette loi nouvelle qui bouscule les principes multiséculaires en matière de famille.

---

[948] « *Quelle que soit la situation matérielle de la mère, celle-ci est en droit de réclamer des subsides à celui que la loi met dans l'obligation de contribuer à l'entretien de l'enfant* » (Cass. Civ 1. 22 Juillet 1986 ; Defrénois 1986. 1433, obs. J. MASSIP).

[949] Cass. Civ 1, 9 Mars 1983 ; Gaz. Pal. 1983, 2, 561, Note J.M.

[950] « *Le pacte civil de solidarité n'a aucune incidence sur la filiation et l'état des personnes et n'a donc eu, en aucun cas, pour effet de modifier le droit régissant l'adoption* » (Réponse de la Ministre de la Justice à la question de M. PEYRAT qui l'interrogeait sur les incidences du PaCS avec le droit de l'adoption, question n°24 752 du 27 avril 2000).

[951] C. BOUTIN, JORF-AN, débats, 5 novembre 1998, pp. 7949-7959 ; 7965-8005.

Les oublis de la loi de 1999 relative au PaCS laissent perplexe. Il aurait été cohérent de l'inscrire dans la lignée de la promotion de l'intérêt de l'enfant et d'y intégrer des éléments en matière de filiation. Ce ne fut pas l'angle de réflexion adopté pour la réforme de l'autorité parentale en 2003.

2. Les autres réformes du droit de la famille

593. Les dispositions insérées par les lois portant réforme du droit de la famille postérieures à l'adoption du PaCS montrent un recentrage de cette branche du droit qui coïncide avec une nouvelle définition de la famille.

La famille n'est plus définie comme au XIX^{ème} siècle, ce n'est plus un groupe d'individus placé sous la direction omnipotente d'un chef. La notion de « *chef de famille* » disparaît du Code civil en 1970, la puissance maritale ayant été abolie en 1938. Avant cette abolition, sous l'empire de l'article 213[952] du Code civil de 1804, le mari devait protection à sa femme, laquelle lui devait obéissance. Dans ce cadre juridique, la puissance paternelle s'appréciait comme une source de protection pour l'épouse avant d'être dirigée vers les enfants. Ceux-ci bénéficiaient concomitamment des gages de protection déférés à l'épouse par le mari. L'abolition de la puissance maritale, et avec elle la mise en place d'une égalité dans le couple, conduit à revisiter totalement l'idée d'autorité parentale en même temps qu'elle incite à reconsidérer la notion de famille. La puissance maritale conduisait à laisser les enfants en arrière-plan de la famille. Mais l'autorité parentale, en ce qu'elle appartient conjointement aux deux parents, indique qu'elle se tourne nécessairement vers eux. La réforme de l'autorité parentale de 2002 entérine cet état de fait. Les débats au Parlement ont montré que le législateur prenait en considération l'intérêt de l'enfant. M. AYRAULT précisait dans l'exposé des motifs de la proposition de loi à l'origine de la réforme que « *l'intérêt de l'enfant doit demeurer au cœur de l'autorité parentale* ».

Dont acte, l'article 2 de la loi du 4 mars 2002 insère l'article 371-1 du Code civil qui prévoit que l'autorité parentale a « *pour finalité l'intérêt de l'enfant* ».

Cette référence expresse à l'intérêt de l'enfant dans le texte de la loi consacre une approche différente de l'autorité parentale. Ce n'est plus une puissance, c'est un ensemble de droits-fonctions. Dans sa marche vers l'autonomie, l'enfant n'est plus un sujet de puissance, c'est un acteur de l'autorité, c'est vers lui qu'elle est tournée.

[952] Article 213 du Code civil de 1804 : « *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* ».

594. Cette première étape modifie intensément le visage du droit de la famille puisque les dispositions qui touchent l'autorité parentale dans les domaines différents sont nécessairement dès lors tournées vers l'intérêt de l'enfant.

Ainsi en va-t-il du nom de famille, réformé en 2002, une loi du 18 juin 2003 venant ajuster les éléments imparfaits de la première réforme. Notamment, la loi de mars 2002 n'assurait pas une égalité parfaite entre les parents dans la transmission du nom, puisqu'en l'absence de déclaration conjointe de choix du nom à la naissance de l'enfant, celui-ci prenait automatiquement le nom de son père, quand même l'aurait-il reconnu postérieurement à la mère. Ainsi, l'article 311-21 issu de la loi du 4 mars 2002 a-t-il été modifié dans ce sens. L'économie générale de la proposition de loi du sénateur de RICHEMONT[953] était de rétablir cette égalité entre le père et la mère qui s'inscrit dans la logique du droit de la famille moderne inspiré par les grandes réformes des années 1970.

L'égalité de pouvoirs entre le père et la mère est dans l'intérêt de l'enfant pour ce qui commande son éducation et sa santé, c'est aussi le cas pour ce qui concerne son identité à l'état civil. C'est dans ce sens qu'allait la refonte de la réforme du nom de famille proposée par le Sénat en 2003.

595. Dans le même sens, la réforme du divorce a permis, en 2004, que les procédures de séparation des couples mariés ne se limitent pas aux conséquences parentales. L'accent a été mis sur l'apaisement des conflits afin, une fois de plus, de préserver l'intérêt de l'enfant :

> « *Les effets de cette procédure sont pourtant connus : elle aiguise les conflits par la recherche et la justification de faits fautifs qui impliquent l'entourage du couple ; elle s'avère souvent traumatisante pour les enfants qui voient leurs père et mère se déchirer en compromettant de façon durable les relations parentales après le divorce* »[954].

Le juge n'est plus là uniquement pour homologuer la séparation du couple, il doit s'assurer que les éléments de règlement du conflit proposés par les parents, dans le cadre du divorce par consentement mutuel, préservent suffisamment les intérêts des enfants. C'est le sens donné à l'article 232 du Code civil qui prévoit dans son second alinéa que le juge « *peut*

[953] H. DE RICHEMONT, proposition de loi relative à la dévolution du nom de famille, déposée au Sénat le 7 mars 2003.
[954] Projet de loi relatif au divorce, présenté au Sénat par M. PERBEN, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice le 9 juillet 2003.

refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants »[955].

Le juge aux affaires familiales n'apparaît plus uniquement comme chargé de la liquidation du couple, il lui appartient également de préserver l'intérêt des enfants dans toutes les procédures de divorce.

L'enfant, pour sa part, n'est plus un élément annexe de la famille, son intérêt dans la rupture du couple est pris en compte à un niveau égal que ceux du couple lui-même.

596. La dernière réforme, la plus spectaculaire tant elle remet en cause deux cents ans de pratique jurisprudentielle, est celle de l'ordonnance de juillet 2005 relative à la filiation ratifiée par la loi du 16 janvier 2009.

Cette ordonnance parachève deux siècle ans de construction prétorienne et de stratification du droit. Le droit de la filiation de 1804 proclamait la suprématie indiscutable de la famille légitime sur la famille naturelle. La conséquence de cette inégalité entre les familles a été l'inégalité entre les enfants qui en sont issus. L'enfant légitime, seul, disposait jusqu'en 2002 de la plénitude de ses droits[956]. Les réformes successives ont contesté cette suprématie de la famille légitime au point de ne conserver dans le Code civil qu'une trace anecdotique des différentes filiations, sans que l'étendue des droits soit conséquemment inégalitaire. La dualité de filiation entre les enfants nés du mariage et ceux qui sont nés en dehors n'avait plus de justification. Elle alourdissait inutilement la stratification des différentes réformes depuis les années 1970.

Le droit de la filiation avait, pendant deux siècles, lentement glissé de l'intérêt de la famille légitime vers l'intérêt de l'enfant. Mais la lente évolution du droit, par le biais de la jurisprudence principalement, n'a pas permis une meilleure lisibilité du droit positif, ce qui, nuisant à la stabilité du droit, nuisait du même coup à la stabilité de la filiation et de l'état des enfants, et donc à leur intérêt.

Le risque devenait que la filiation soit trop simple à contester ce qui n'allait pas dans l'intérêt de l'enfant.

---

[955] La même sollicitude est apportée à l'intérêt de l'enfant quand le juge refuse d'homologuer la convention et qu'il lui est loisible de valider les mesures provisoires. L'article 250-2 du Code civil prévoit que cette homologation peut être décidée « *sous réserve qu'elles soient conformes à l'intérêt de l'enfant* ».

[956] Article 760 ancien du Code civil : « *Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes* ».

Cet élément a été amplement pris en compte par la réforme de 2005. L'intérêt s'est décalé de la famille vers l'enfant. Il n'est plus tant question de protéger la paix familiale que de faire au mieux pour que l'état juridique de l'enfant soit le plus proche possible de sa vérité biologique tout en préservant son équilibre psychologique dans le sein de sa famille. Les modes de contestation de la filiation sont certes plus nets, mais les délais sont plus courts afin de préserver l'équilibre émotionnel de l'enfant. Sa vie sociale et psychologique n'était pas préservée quand, sous l'application du droit précédent, sa filiation juridique, corroborée par une possession d'état constante et paisible était remise en cause[957]. Les prescriptions imposées par le nouveau droit en la matière permettent de limiter les risques d'une filiation contestée tardivement qui nuirait à l'équilibre familial de l'enfant. Le nouveau droit semble avoir fait en sorte que l'intérêt de l'enfant soit toujours préservé en évitant, d'une part les conflits de filiations — qui étaient plus fréquents sous l'ancien droit — et les filiations vacantes.

597. Il demeure cependant un cas où la loi n'a pas prévu qu'il pouvait subsister une filiation vacante, manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant.

L'article 336 du Code civil énonce que « *la filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi* ». En éludant les raisons susceptibles d'ouvrir droit à cette contestation, il est possible d'accéder à une contestation de la filiation maternelle d'un enfant dont les parents sont mariés. L'action se prescrivant par dix ans selon les délais de l'article 321[958] du Code civil, elle peut aboutir à une remise en cause de la filiation maternelle. Or, cette filiation maternelle sous-tend indispensablement la filiation paternelle obtenue par présomption sur le fondement de l'article 312[959] du Code civil. Potentiellement, une action de cet ordre est susceptible de mettre à mal toute la filiation de l'enfant. Si tel est le cas, qu'advient-il de l'enfant ? Par hypothèse, la filiation maternelle ne peut pas être restaurée par

[957] Article 339 ancien du Code civil : « *La reconnaissance peut être contestée par toutes personnes qui y ont intérêt, même par son auteur.*
L'action est aussi ouverte au ministère public, si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée. Elle lui est également ouverte lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption.
Quand il existe une possession d'état conforme à la reconnaissance et qui a duré dix ans au moins depuis celle-ci, aucune contestation n'est plus recevable, si ce n'est de la part de l'autre parent, de l'enfant lui-même ou de ceux qui se prétendent les parents véritables ».

[958] Article 321 du Code civil : « *Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité* ».

[959] Article 312 du Code civil : « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ».

le biais d'une reconnaissance qui serait forcément mensongère. Il reste au père la possibilité de le reconnaître, sans que cela soit une obligation.

La faille dans la réforme de 2005 est ici présente : elle permet au ministère public de détruire une filiation, sans lui donner les moyens de réparer ce qu'il a détruit. Le parquet ne peut pas agir en établissement de la filiation, cette action restant réservée à l'enfant. Pourtant, le parquet est sensiblement le défenseur de l'intérêt de l'enfant dans le contexte de l'article 336 du Code civil, puisqu'il lui appartient de remettre en cause une filiation qu'il sait erronée. L'absence de contrepartie constructrice montre que le parquet ne peut pas reconstruire ce qu'il a détruit.

Cependant, une objection se dresse. Si le parquet représente le protecteur de l'intérêt de l'enfant, une action qu'il mènerait en recherche d'une filiation serait légitimement perçue comme une sanction à l'encontre de la personne vers qui l'action est dirigée. De sorte qu'une action de cet ordre aurait des difficultés à être bien appréhendée en droit, l'action en établissement de filiation ne devant pas être perçue comme une sanction à l'égard du parent véritable.

598. Toutefois, la loi du 16 janvier 2009, apporte une modification à l'article 315 du Code civil en prévoyant *in fine* que le mari peut également reconnaître l'enfant de la mère. Ceci implique qu'en cas d'anéantissement de la filiation maternelle à la suite d'une action du Ministère public, sur le fondement de l'article 336 du Code civil, si l'aboutissement de l'action anéantit du même coup la présomption de paternité, elle n'efface pas la reconnaissance volontaire que le mari aurait pu souscrire. Dans cette optique, il apparaît que la maternité peut-être judiciairement rétablie par la possibilité ouverte à l'épouse d'adopter l'enfant de son conjoint.

599. Les différentes réformes récentes relatives au droit de la famille concentrent leurs efforts sur l'intérêt de l'enfant. Il devient un élément déterminant de la politique familiale, il fait partie intégrante de la famille.

> « *L'évolution des mœurs a conduit le législateur à considérer que l'enfant ne pouvait plus être en dépendance…* »[960].

La famille ne se limite plus au couple ; la famille, dans son avenir, c'est l'enfant.

[960] G. RAYMOND, C. MARIE : « *Métamorphoses de l'Enfant dans le Code civil, la chrysalide devient papillon* », *in* « *Évolution de l'enfant dans le Code civil français* » ; Colloque, Poitiers, 19 novembre 2004.

Conclusion de la première partie

600. Les clichés sur l'enfant et sur l'enfance sont nombreux. Chétif, fragile, gauche, immature, dangereux pour lui-même et pour les autres, l'enfant reste dans l'opinion collective une personne à protéger. Mais l'opinion collective ne fait pas le droit, et le juriste a trop longtemps ignoré l'émergence de cette personne. Les lois relatives à l'interruption volontaire de la grossesse et les différentes lois portant sur la bioéthique depuis le milieu des années 1990 ont saisi le droit. La question d'une définition complète de l'enfant s'impose comme la nécessité de combler un retard important dans ce domaine.

L'enfant ne se définit pas uniquement à partir de clichés, même si certains révèlent une réalité manifeste. Ainsi, la fragilité, l'immaturité sont des éléments constitutifs de sa personnalité qui exigent que le droit protège l'enfant. Sa protection se réalise d'abord dans le cénacle de l'intimité familiale. Le Code civil de 1804 avait parié sur l'immaturité complète de l'enfant pour que la protection qui lui est due s'exerce autocratiquement par son père. C'est le sacre de la puissance paternelle comme mode de protection autoritaire de l'enfant. Le changement des mentalités et l'évolution des points de vue sur l'enfant ont progressivement conduit à modifier la façon dont il doit bénéficier de protection. La puissance s'efface lentement derrière l'autorité, elle-même augmentée d'une donnée fondamentale et moderne : la nécessité que cette autorité soit guidée par l'intérêt de l'enfant.

La famille connaît ses imperfections et ses crises. Autant, le « *bon père de famille* » existe, autant le parent idéal est une chimère. Face aux négligences familiales, l'État apparaît comme un protecteur secondaire de l'enfant. Des lois sociales ont vu le jour progressivement pour que la protection de l'enfance soit une question relevant également des services publics afin de pallier aux errances parfois dramatiques des familles.

Mais la protection légitime de l'enfant ne fait pas tout. Car si l'enfant est un être fragile, il a aussi vocation à s'insérer dans la société des adultes et à y exercer un rôle responsable, de citoyen et de parent. Restreindre l'enfant à un être à protéger est une erreur, il

a également besoin d'apprendre son rôle de futur adulte. Il importe donc qu'à côté de la protection qu'ils lui doivent naturellement, les parents s'astreignent à le responsabiliser. La responsabilisation de l'enfant doit être envisagée de deux façons. La première est la responsabilisation par l'expérience, qui consiste à permettre à l'enfant encore mineur de pratiquer les responsabilités d'adulte en étant soutenu par ses parents. Cette première approche nécessite que les règles de la minorité soient revisitées ou réexaminées pour qu'un espace se crée où l'enfant pourrait faire ses premiers pas de responsable. Du reste, il peut arriver, à l'occasion d'accidents de vie, que l'enfant soit brutalement précipité dans l'âge adulte. S'il apparaît que nul enfant ne peut être préparé à ce type d'incertitudes, il est également visible que le droit n'envisage pas ces situations. Le cas de l'enfant responsable de son enfant est un exemple autrefois anecdotique qui gagne en fréquence et qui, nécessairement, un jour, interpellera le juriste avec d'autant plus de force qu'il aura longtemps été relégué aux questions marginales ne nécessitant pas de réaction législative. Anticiper sur cette question est le gage d'une réaction juridique appropriée et réfléchie le moment venu au lieu d'une réponse précipitée et provoquée par l'urgence d'une situation de fait.

La responsabilisation de l'enfant et, d'une certaine façon, sa socialisation, transite également par l'apprentissage des sanctions et des punitions. À nouveau, la famille est le lieu privilégié où s'inculquent les sanctions et où s'exerce une certaine forme de justice privée, normalement bienveillante et guidée par l'intérêt de l'enfant. Mais il arrive naturellement que les actes de l'enfant sortent du cadre de la famille et que la sanction dépasse celui de l'autorité parentale. Lors, c'est à l'autorité publique, sanctionnée par le droit qu'il appartient de répondre aux actes de l'enfant. La responsabilisation n'est pas seulement l'apprentissage, c'est aussi la confrontation avec la réalité coercitive de la société. Cependant, la réponse du droit aux actes d'un enfant ne doit pas être identique à celle qu'il apporterait aux actes d'un adulte. Dans ce sens, la répression de l'enfant doit être adaptée à son âge et à sa maturité, en plus d'être, comme pour l'adulte, adaptée à l'acte commis.

Ces premiers éléments permettent d'apprécier déjà la complexité de la situation de l'enfant en droit, sans permettre de masquer d'autres interrogations également complexes. L'enfant ne saurait se contenter d'une définition conceptuelle. Il exige également une définition temporelle autorisant l'étude de l'enfant dans un temps défini. Essayer de savoir quand débute l'enfance et tenter de fixer la frontière entre l'enfant et l'adulte est une tâche difficile qui soulève des questionnements au-delà du thème de l'enfance pour se diriger vers la définition de la personne même. De même, l'essai consistant à encadrer la fin de l'enfance

suppose que la notion de minorité soit revisitée et que soit remis en cause le parallélisme entre enfance et minorité ou entre adulte et majorité. Il semble que la naissance et la majorité ne soient pas représentatives de la réalité de l'enfance et que d'autres solutions doivent être trouvées pour encadrer avec davantage de clairvoyance le temps de l'enfance en droit.

Le droit a occasionnellement la possibilité de s'affranchir de l'opinion publique pour esquisser des éléments de réforme permettant de remettre en cause ces clichés. Revisiter les postulats et les pétitions de principes devrait permettre d'aller au-delà de simples ajustements circonstanciels. Il faut considérer d'abord l'enfant dans sa plénitude temporelle, en amont de la naissance et en aval de sa majorité. L'idée que le fœtus n'est pas un enfant doit être remise en cause afin de donner un espace plus grand à la volonté de la mère sur la réalisation juridique de celui qu'elle porte. La loi donne une place prépondérante aux parents dans l'aboutissement de la grossesse et la survie de l'embryon. Il faut contester la non-personnalité du fœtus et faire enfin coïncider la volonté de la mère et la personnalité de son enfant. Ce sont ses choix intimes, personnels, parfois viscéraux qui conduisent à la confirmation ou à la négation de la personnalité de l'embryon.

La loi donne une importance capitale aux parents dans l'épanouissement intellectuel et physique de l'enfant. Il convient d'aller au bout de cette construction en permettant aux parents d'assister l'enfant dans son évolution, en prenant en compte, non pas sa fragilité présente mais son autonomie à venir. La loi se dote de moyens essentiels pour la protection de l'enfance et prend acte depuis trente ans de la place de l'enfant dans sa famille et dans la société. Il est indispensable, pour une conception moderne de l'enfant, que le droit de l'enfant s'unifie et soit complété autour des éléments fondamentaux de la personne de l'enfant : la fragilité et l'immaturité qui doivent naturellement inciter la société et le droit à le protéger et à le responsabiliser.

Le droit français a pris conscience depuis plus de trois décennies que l'enfant existait et a tenté de lui donner une place à part entière dans son ordonnancement. Dans ce sens, il a été précurseur et a permis de donner un élan nouveau à la question de l'enfance en général. La volonté de prendre en compte l'enfance comme un moment particulier de la vie a connu un regain d'importance avec la rédaction de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant en 1989. Ce texte moderne inscrit ce sujet dans le socle du XXI^{ème} siècle et fait de l'enfant un acteur nouveau du monde moderne.

L'ENFANT ET LE DROIT

Résumé

Mots clés : adolescence, Convention internationale des droits de l'enfant, définition, droits de l'enfant, enfance, enfant, majorité, minorité, personnalité juridique.

L'article 1er de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, en ce qu'il esquisse pour la première fois une définition temporelle de l'enfant, tente de combler une lacune que la force de l'habitude avait installée. Le droit de l'enfant présente cette particularité unique d'exister sans que le sujet sur lequel il porte ait été défini. Si l'enfant est présent en droit, il n'intervient pas en tant que personne mais uniquement sous la forme du statut qui lui est conféré : celui du mineur. L'usage pris consistant à identifier l'enfant au mineur (et l'adulte au majeur) doit faire l'objet d'un réexamen minutieux. Il importe que le juriste revienne sur ce qu'il considère comme acquis et qu'il forge une définition la plus complète possible de l'enfant afin de pouvoir déterminer ses caractéristiques propres, sources de sa spécificité.

Ce n'est qu'à cette condition, préalable et indispensable, que le droit de l'enfant peut être étudié. Or ce droit, peu visible et par là difficilement appréhensible, est relativement méconnu. Le texte de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 fait office de référence à suivre pour adopter des mesures législatives propres à l'enfance. Mais loin de n'être qu'un cadre juridique, cette Convention est en réalité un outil de premier ordre, au cœur de considérations doctrinales internationales. Seule une analyse de la Convention et des recommandations du Comité des droits de l'enfant permet d'en saisir l'ampleur et l'intérêt. De plus, ce n'est qu'à partir d'une compréhension complète du droit international sur cette question que le droit interne de l'enfant peut lui être comparé.

THE CHILD AND THE LAW

Summary

Keywords : adolescence, international Convention on the rights of the child, definition, rights of the child, childhood, child, majority, minority, legal entity.

The first article of the international Convention on the rights of the child, because it draws for the first time a temporal definition of the child, tries to fill a gap installed by custom. The right of the child presents this peculiarity to exist, without any definition of the subject it is concerned with. If the child is present in the law, he's represented by his status of minor, but not as a person. The assimilation of the child to the minor (and the adult to the major) has to be strictly revised. The lawyer must reconsider his certainties to build a definition of the child, as complete as possible, in order to determine his characteristics from which proceeds his specificity.

It is only to this condition, initial and crucial, that the right of the child can be studied. Now, this right, not very perceptible and therefore, understandable with difficulty, is relatively underestimated. The text of the international Convention on the rights of the child of 1989 seems to be a kind of guide to follow in order to adopt some new laws specific to childhood. But, it is not simply a juridical frame, this Convention is in reality an essential juridical tool, in the heart of many international doctrinal opinions. Only a global view of the Convention and the recommendations of the Committee of the rights of the child allows understanding their extent and their interest. Moreover, it is only through a complete knowledge of the international law about this question that the internal law can be compared with it.

– UNIVERSITÉ DE NANTES –
– FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES –

– École doctorale : *Droit, Économie-Gestion, Environnement, Sociétés, Territoires* –

Année : 2008 / 2009 *N° attribué par la bibliothèque*

|__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE NANTES
Discipline : Droit

Présentée et soutenue publiquement
par

Yves HONHON
Le 12 juin 2009

L'ENFANT ET LE DROIT

Tome II

Directeur de thèse

Monsieur Raymond LE GUIDEC
Professeur à l'Université de Nantes

JURY

Madame Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI
Professeur émérite à l'Université Jean MOULIN (Lyon III)

Monsieur Jean HAUSER
Professeur à l'Université MONTESQUIEU (Bordeaux IV)

Monsieur Pierre MURAT
Professeur à l'Université de Grenoble II

Monsieur Jean-Pierre ROSENCZVEIG
Président du Tribunal pour enfants de Bobigny

Partie II : Le droit de l'enfant

601. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 a été signée par la France[961] le 26 janvier 1990, ratifiée par le Parlement le 2 juillet 1990[962], et entrée en vigueur, conformément à l'article 49, 2[963] de la Convention le 6 septembre de la même année[964]. À plusieurs égards, ce texte international semble avoir une valeur de commencement.

Tout d'abord, il paraît entamer une première reconnaissance de l'enfant en tant que personne au plan du droit international. La Convention proclame dans son préambule que les États parties reconnaissent « *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* ». Cette reconnaissance de la part de l'ONU a presque la valeur d'un aveu : celui d'avoir omis, dans ses précédents travaux, la personnalité entière et fragile de l'enfant.

[961] La France est le vingt-deuxième État à avoir ratifié la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[962] Loi n°90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant (JORF, 5 juillet 1990, p. 7856).
[963] Article 49, 2° de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Pour chacun des États qui ratifieront la présente Convention ou y adhéreront par le dépôt du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion, la Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra le dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion* ».
[964] Décret n°90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990 (JORF, 12 octobre 1990, p. 12363).

Cette révélation de la Convention est toutefois à relativiser puisque les États ont gardé à l'esprit lors de leurs travaux 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 les Nations Unies en 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* ».

602. Cette Convention de droits marque le commencement de la mise à la charge des États parties de certaines obligations liées à l'enfance[965]. En France, bien que l'enfant ait déjà été pris en compte dans certaines procédures[966], c'est sous l'impulsion de ce texte que le législateur prend des dispositions concernant, notamment l'audition du mineur en justice[967].

Dans ce contexte, et compte tenu des éléments juridiques avancés dans la législation française, le traité apparaît comme le déclencheur d'un mouvement global d'insertion de l'enfant dans l'ordonnancement juridique des États.

603. Toutefois, l'analyse du préambule du texte établit que, loin d'être un point de départ, le texte de portée contraignante depuis son entrée en vigueur internationale le 2 septembre 1990[968], est le fruit d'une longue réflexion, compromis de cultures, de religions et de points de vues différents sur l'enfant et sur l'enfance. Les États parties rappellent dans l'antépénultième paragraphe du préambule qu'ils tiennent « *dûment compte de l'importance*

[965] Article 4 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États 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* ».

[966] La loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce (JORF, 12 juillet 1975, p. 7175) avait institué dans l'article 290, 3° anc. du Code civil la faculté de prise en compte par le juge du divorce des « *sentiments exprimés par les enfants mineurs lorsque leur audition a paru nécessaire et qu'elle ne comporte pas d'inconvénients pour eux* ». Cette disposition a été modifiée par la loi n°87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale (JORF, 24 juillet 1987, p. 8253). Cette loi qui officialise le remplacement du terme « *garde* » par la locution « *autorité parentale* » crée à la charge du juge une obligation de motiver spécialement son refus d'entendre un enfant de plus de treize ans. Malgré ces prises en considération anticipées des « *sentiments* » de l'enfant, ceux-ci n'avaient vocation à être entendus que dans le cadre de la procédure de divorce des parents.

[967] C'est la 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 (JORF, 9 janvier 1993, p. 495) qui pose le droit commun de l'audition du mineur en justice, en insérant l'article 388-1 du Code civil.

[968] Conformément à l'article 49, 1° de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui dispose que « *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* ». Le vingtième instrument de ratification a été déposé le 3 août 1990 par le Soudan, le Bénin et le Bengladesh.

des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant ». De plus, le préambule se fait l'écho des précédentes œuvres internationales en matière de droit de l'enfant. Les rédacteurs rappellent les prémices de la Convention de 1989 élaborés dans la Déclaration de 1924[969] ou encore dans celle de 1959[970] ainsi que le fondement intellectuel principal qu'est la Déclaration Universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

De cette façon, l'examen de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ne peut pas se limiter à considérer cet instrument international comme un commencement, comme une impulsion juridique dirigée vers le droit des États parties. Il faut étendre cette considération à la possibilité que la Convention soit également la synthèse de l'évolution juridique de la place de l'enfant dans la société.

Dans cette perspective, ni tout à fait début, ni complètement aboutissement, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant doit être regardée comme une transition entre un passé juridique flou pour l'enfant et un avenir — sinon certain — davantage tangible sur le plan juridique.

604. Lors, il ne semble pas envisageable de n'étudier que le droit positif de l'enfant, dans le sens où son existence trouve nécessairement ses fondements dans une progression intellectuelle multiséculaire. De fait, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est largement appuyée sur une philosophie évolutive de l'enfant dont les origines remontent à l'Antiquité.

Aussi, avant d'étudier le droit international de l'enfant (Chapitre premier) qui a en partie provoqué l'émancipation de l'enfant comme sujet de droit à part entière dans les ordres juridiques nationaux (Chapitre deuxième), il semble fondamental de revenir de façon assez détaillée sur les sources philosophiques de cette branche du droit (Chapitre liminaire), en tant qu'elles ont permis, au fil des siècles, de concilier ce qui a longtemps prévalu comme inconciliable : la notion de droit et celle d'enfant.

[969] Déclaration de Genève du 26 septembre 1924. (Cf. infra en page 479).
[970] Déclaration des Droits de l'enfant du 20 novembre 1959. (Cf. infra en page 486).

Chapitre Liminaire : Concilier le droit et l'enfant[971]

605. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est perçue comme le signe de l'accession tant attendue de l'enfant dans la sphère protectrice des droits de l'homme. Pourtant, son préambule mentionne que chacun peut revendiquer les droits contenus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme au titre de son article 2, 1° qui stipule que « *chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans cette Déclaration, 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* ». Or, cette mention inclut nécessairement l'enfant, pour lequel la Déclaration de 1948 prévoyait également une protection particulière[972]. Dans cet ordre d'idées, il apparaît à nouveau que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant répond à un besoin d'intégrer plus spécifiquement un sujet de droit à l'ensemble des prérogatives prétendument universelles que l'Assemblée générale des Nations unies avait préalablement proclamées.

Ces éléments tendent à établir que la préoccupation principale des Nations Unies en 1989 repose surtout sur un besoin d'intégrer aux droits de l'homme le sujet de droit qu'elles avaient jusqu'alors un peu perdu de vue : l'enfant.

De fait, les grandes déclarations des droits du XVIII[ème] siècle avaient surtout limité leur universalité à la question de l'homme adulte, sans considération pour la femme, ni pour l'épouse, ni, *a fortiori*, pour l'enfant. La logique prévalant dans les déclarations de droits du XVIII[ème] siècle se retrouvait alors presque naturellement dans le Code civil de 1804 qui mettait en scène le résultat d'une révolution qui avait offert une place importante à la notion de propriété privée[973]. Si bien que la société que dessine le Code de 1804 s'identifie à l'image

[971] Les développements de ce chapitre s'appuient pour l'essentiel sur la thèse de doctorat de M. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT, 1997.

[972] Article 25, 2° de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « *La maternité et l'enfance ont droit à une aide et une à protection spéciales. Tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage, jouissent de la même protection sociale* ».

[973] Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

d'une population masculine et propriétaire, manifestant librement sa volonté par l'intermédiaire de contrats. La société libre et nouvelle que proposaient les rédacteurs du Code civil limitait son ouverture d'esprit aux hommes libres[974].

606. La deuxième moitié du XX^{ème} siècle revient sur la suprématie du chef de famille mâle proclamée dans la Déclaration de 1789 et précisée dans le Code civil de 1804 puisqu'elle ouvre des droits à la femme et en crée pour l'enfant.

La question de la dichotomie entre l'enfant et le reste de la société civile n'est pourtant pas une préoccupation contemporaine, surtout depuis que l'homme s'interroge sur la capacité raisonnable de l'enfant. Elle a été l'objet d'une évolution philosophique et sociale remontant point de vue d'ARISTOTE (Section 1) pour atteindre la conception moderne des droits de l'enfant et leur émergence par le biais de l'ONU (Section 4).

Mais avant d'aboutir à ce que le juriste contemporain connaît des droits de l'enfant, il conviendra de l'étudier dans la période du Moyen Âge (Section 2). La principale évolution ayant permis la prise en compte de l'enfant comme sujet de droit à part entière est son individualisation juridique à compter du siècle des Lumières (Section 3).

➢ *La raison de l'enfant*

607. Ce n'est pas tant la conjonction des droits de l'enfant et des autres membres de la société civile qui préoccupe depuis longtemps, que la coexistence d'un être supposé inférieur, éventuellement doué de droits et de raison avec d'autres êtres doués de raison, de droits et de pouvoir.

La première préoccupation ancestrale a été de savoir si l'enfant était doué de raison. À cette première interrogation, il convient d'opposer une première remarque sur ce que les philosophes appelaient « *enfant* ». La nomenclature d'enfant n'est pas liée à une condition d'âge, le statut de la personne n'évoluant pas avec l'élévation de l'âge. Dans

---

Article 17 : « *La propriété 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* ».

[974] L'esclave n'est pas concerné par les droits de l'homme de 1789 pas plus qu'il ne l'est par les dispositions du Code civil (malgré une abolition dans les colonies proclamée par la loi du 16 pluviôse an II qui sera abrogée ensuite par Napoléon I^{er}). Quoiqu'un édit royal du 3 juin 1315 de Louis X *Le Hutin* ait ordonné que « *le sol de France affranchit celui qui le touche* », il faudra attendre la reprise de ce principe lointain dans l'article 7 du décret du 27 avril 1848 relatif à l'abolition de l'esclavage dans les colonies et possessions françaises (JORF, 29 avril 1848, p. 194) prévoyant que « *le principe que le sol de France affranchit l'esclave qui le touche est appliqué aux colonies et possessions de la République* » et abolissant définitivement l'esclavage sur le territoire français.

l'Antiquité grecque, pas plus que pendant le Moyen-âge, la minorité n'avait pas beaucoup de sens. Pour les philosophes antiques, l'idée d'enfant renvoie ainsi à celle de descendante directe. Mais l'utilisation du terme « *enfant* » ne s'attache pas au sexe féminin. Pour le philosophe[975], l'enfant est aussi un descendant direct de sexe masculin.

La question de sa faculté de raisonner n'est pas résolue par une analyse circonstanciée de son statut. Ainsi, n'est-il pas question de savoir si l'enfant peut raisonner, mais de savoir si l'être humain, dont l'enfant est un spécimen, est doué de la faculté de raisonnement.

608. Ce qui va permettre à l'homme de se distinguer de la bête est qu'il cherche un but au-delà de sa simple survie matérielle. Il cherche à vivre heureux, dans des conditions de bien-être et de bonheur, ce que l'animal méprise car il l'ignore. Le moyen pour l'homme de faire la nuance entre ce qui sera bon pour lui et ce qui sera mauvais, entre le bien et le mal, est la parole. C'est par la verbalisation de la situation que l'homme a, au fil des temps, différencié ce qui relevait du bien-vivre et du mal-être. La parole, et par la suite le partage raisonné des connaissances, a permis l'installation en tribu, en village, en cité. Pour ARISTOTE, et après lui les autres philosophes antiques et modernes, le verbe est la manifestation tangible de la raison. Dès lors que l'enfant parle, dès lors qu'il sait identifier ses parents et voir en eux une raison supérieure à la sienne et plus sage, il est doué d'une raison qu'il faut alors éduquer et développer[976].

L'appréhension de la parole et son acquisition par l'enfant permet de distinguer deux temps des premières années de la vie et de comprendre que l'enfant qui ne parle pas ne peut pas être titulaire de droits ni concerné par l'application d'un droit, même naturel comme celui d'appartenir à une famille.

Dans ses travaux[977] du début du XX^{ème} siècle, le psychologue Sàndor FERENCZI s'approprie un ancien vocable latin, l'infans, pour distinguer l'enfant qui parle de celui qui ne parle pas[978].

Pour s'en remettre aux conceptions philosophiques classiques que sont celles d'ARISTOTE, l'infans, ne parlant pas, n'est donc pas doué de raison. Dans cette considération,

[975] Notamment pour ARISTOTE.
[976] La partie rationnelle de l'âme de l'enfant domine sa partie irrationnelle ce qui justifie, selon ARISTOTE, que l'enfant reste soumis à l'autorité de ses parents dans l'objectif de cultiver sa raison et diminuer ses passions.
[977] S. FERENCZI : « *Confusion de langue entre les enfants et l'adulte* » ; Payot, 2002.
[978] L'étymologie du mot vient du latin *in* privatif et de *fans*, participe présent de *fari* (parler).

l'infans dénué de raison ne peut pas être sujet de droit puisqu'il ne peut pas les appréhender. Dans l'Antiquité romaine, il était même privé du droit (fondamental aujourd'hui[979]) d'appartenir à une cellule familiale. Alors que cette appartenance est presque automatique aujourd'hui, elle était soumise à un rituel dans l'Antiquité romaine. Le père de famille (*paterfamilias*) qui refusait que l'enfant de son épouse entre dans sa famille avait le droit de demander qu'il soit mis à mort en le déposant à terre ou sur un tas d'ordure. La Loi des Douze Tables donnait au *paterfamilias* la *vitæ necisque potestas* qui correspond au pouvoir de vie et de mort sur ses enfants, ses esclaves et sa femme[980].

609. Tant qu'il n'est pas doté de la parole, ARISTOTE considère l'enfant égal à la bête, estimant que « *l'âme de l'enfant ne diffère pas pour ainsi dire de celle des bêtes* »[981]. Il s'agit ainsi d'une conjonction entre la philosophie classique et le droit romain, l'infans n'étant pas considéré comme un sujet de droit.

La conception aristotélicienne ne se limite cependant pas à la question de l'infans. Pour le philosophe classique, la rigueur impose que l'enfant, même doué de raison, ne soit pas nécessairement compatible avec le droit.

Section 1 : L'incompatibilité aristotélicienne

610. Le point de vue du philosophe antique repose sur deux angles d'étude. Le premier angle s'appuie sur l'examen de l'enfant dans sa famille, espace traditionnel de protection de l'enfant (§ 1). Pour ARISTOTE, l'enfant n'a pas de raison de se trouver seul dans la cité, sauf si le *paterfamilias* est absent (§ 2), c'est l'objet du second angle de l'analyse aristotélicienne.

§ 1 – L'enfant dans sa famille

611. Dans sa famille, selon ARISTOTE, l'enfant est un dominant potentiel s'il s'agit d'un garçon, ou une dominée s'il s'agit d'une fille (celle-ci n'ayant pas vocation naturelle à avoir un rôle dominant dans la société). Tant qu'il se trouve sous l'autorité puissante du père, l'enfant n'a aucune possibilité de remettre en cause sa place dans la famille ni la condition de

[979] Article 7, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *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 être élevé par eux* ».
[980] G. RAYMOND : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 2006, p. 26.
[981] D. YOUF : « *Penser les droits de l'enfant* » ; PUF 2002, p. 11.

son père. Dans cet espace clos qu'est la famille, domaine de l'économique reposant sur l'inégalité selon ARISTOTE, les relations juridiques entre l'enfant et ses parents sont inutiles (A), l'enfant est un être soumis (B).

A – L'inanité des relations juridiques

612. L'étude des droits de l'enfant par ARISTOTE s'appuie sur une distinction entre la vie de la famille et la vie de la cité.

Dans l'espace domestique de la famille, la vie est régie par une inégalité nécessaire entre le père d'une part ; la femme, l'esclave et l'enfant d'autre part. Tandis que le premier, disposant de la *patria potestas* cumule les rôles d'époux, de maître et de père, les trois suivants, *sub manu*[982] sont intimement liés à l'unique volonté du *paterfamilias*. Ainsi, les relations juridiques dans la vie de famille n'existent pas, puisque les *sub manu* n'ont pas de droits à revendiquer, tandis que le *paterfamilias* n'a pas besoin du droit pour faire valoir ses prérogatives, lesquelles dépendent plus de la nature et d'un dieu que de la raison humaine. C'est ce qui fera dire à ARISTOTE que la loi n'existe « *que pour les hommes chez lesquels l'injustice peut se rencontrer* »[983].

Pour ARISTOTE, seule la société politique, dans laquelle les citoyens vivent de façon égale, est un milieu où existe le droit. En effet, selon le philosophe antique, le droit n'a de sens que dans l'optique d'échanges commerciaux et de répartition équilibrée des biens et des ressources, ce dont sont exclus l'épouse, l'esclave et l'enfant. De plus, les rapports familiaux sont d'autant moins fondés sur l'égalité qu'ils reposent davantage sur l'idée que l'épouse, l'esclave et l'enfant sont des éléments du *paterfamilias*, postulant qu'ils ont été sa propriété comme l'exprime ARISTOTE :

> « *En effet, il n'existe pas d'injustice au sens absolu du mot à l'égard de ce qui nous appartient en propre : mais ce qu'on possède en pleine propriété (l'esclave), aussi bien que l'enfant jusqu'à ce qu'il ait atteint un certain âge…* ».

Dès l'instant où la famille est considérée au sens large (esclave inclus) comme une entité unique sous l'emprise de la *patria postestas* dépendant du père, il est difficile d'envisager que le droit puisse avoir une place dans ce milieu. Le droit ayant vocation à régler les situations conflictuelles entre les personnes, et éventuellement les injustices entre elles, il

[982] « *Sous la main* ».
[983] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 28.

n'a pas sa place dans un milieu où chaque personne procède intégralement d'une autre. La théorie aristotélicienne estime que le *paterfamilias*, en tant qu'être rationnel, ne peut pas être injuste à l'égard de son esclave ou de son enfant dans la mesure où l'un comme l'autre dépendent de lui en tant qu'ils font partie intégrante du père ou du maître. Or si le père ou le maître porte atteinte aux intérêts de ses esclaves ou de ses enfants, il se porte préjudice à lui-même.

613. Cependant, l'identité entre le père et le fils ne repose pas sur les mêmes fondements que l'identité entre le maître et l'esclave. Si la seconde est essentiellement fondée sur une communauté d'intérêts[984], la première s'appuie plus sur une communion corporelle. L'enfant n'a pas d'intérêt en commun avec son père puisqu'il a vocation à se séparer de lui et à vivre une vie autonome ainsi qu'à fonder une famille indépendante de celle de son père. En revanche, contrairement à l'esclave, corporellement, l'enfant procède du père. Dans ces conditions, le père ne peut pas être injuste avec son enfant dans la mesure où il découle de lui, il est une partie de lui-même.

Tout acte émanant de la *patria potestas* est donc un acte nécessairement juste car le maître ne peut pas retourner sa raison contre ses intérêts ni le père contre sa chair.

Ces éléments conduisent à exclure l'idée de droit dans les relations familiales. Le droit, régulateur des comportements sociaux, n'a pas lieu d'être dans un milieu où l'injustice ne peut pas se concevoir. Dès lors, ARISTOTE s'attache à définir un autre mode de régulation du comportement. Mais celui-ci ne s'appuie pas sur des normes définies par des éléments extérieurs, il n'existe pas dans la famille de norme au sens moderne du terme : expression de la volonté générale. Ce n'est d'ailleurs pas une question de volonté, mais d'affection.

➢ *La philia, fondement de l'harmonie domestique*

614. Avant de voir en quoi le ciment de l'harmonie domestique relève plus du sentiment inorganisé et spontané que de l'implacable rigueur du domaine juridique, il importe de distinguer deux notions souvent présentes dans la philosophie classique, antique. En effet, il arrive régulièrement que l'idée d'amitié soit confondue avec celle de *philia* bien que ces deux inclinations divergent au niveau de l'intensité du sentiment. Les deux notions reflètent des sentiments profonds de partage et d'affectivité entre les êtres. Mais si l'amitié est une

[984] « *... l'esclave est une partie de son maître, il est en quelque sorte une partie vivante du corps de ce dernier mais une partie séparée ; de là vient qu'il existe une certaine communauté d'intérêts et d'amitié entre maître et esclave* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 28).

volonté désintéressée de partager et de mettre en commun les revenus de ce qui nous appartient en propre, elle se nourrit de ce que la *philia* commande. La *philia* est certes un partage désintéressé, mais il ne se fait pas par choix, car elle lie plus les personnes qui sont placées dans une configuration d'inégalité alors que l'amitié est un lien qui unit des personnes supposées parfaitement égales entre elle[985]. Aussi l'amitié est-elle présente dans la cité et la *philia* dans la famille, notamment entre l'enfant et son père, la première nécessitant l'appui de l'idée de commerce, quand la seconde repose sur un sentiment commun : celui d'appartenir à une seule entité.

615. La question du droit dans les relations familiales à l'époque antique est subordonnée à celle de savoir s'il existe une relation égalitaire entre les membres de la famille. Or, dans la mesure où ARISTOTE estime que l'enfant procède de ses parents (pris individuellement ou collectivement), il s'excipe qu'il n'existe aucune hiérarchie entre l'enfant et le père, le premier faisant partie intégrante du second[986]. Dans ce sens, il n'existe pas de droit dans le cadre de la famille. Au mieux les sentiments familiaux, combinés au fait que l'enfant procède intégralement de ses parents, permettent d'assurer une harmonie collective, le cas échéant sanctionnée par une justice. Mais la particularité de ce succédané d'autorité juridique dans le milieu familial est qu'elle ne repose que sur la volonté d'une personne, s'exerçant sur une autre personne. En somme, si le *paterfamilias* exerce sa puissance sur son enfant, celui-ci étant une partie de lui-même, il apparaît qu'il l'exerce sur lui-même. La justice paternelle doit donc être un recours exceptionnel sur l'enfant précisément parce que la relation entre le père et l'enfant repose sur la *philia* qui consiste davantage à aimer qu'à être aimé.

616. L'amour paternel se traduit d'abord par le fait de donner le jour à ses enfants[987] mais il s'émancipe assez rapidement des contingences naturelles pour prendre une dimension sociale et familiale. C'est le père qui, assurant l'entretien et l'éducation de l'enfant, lui prodigue son amour, qu'ARISTOTE compare à une autorité de type royal, en voyant le père dans le rôle du roi bienfaiteur et l'enfant dans celui du sujet bénéficiaire des bienfaits. Mais, note le philosophe, « *le père excède en bienfaits le roi puisqu'il donne le plus grand des biens : l'existence* ».

---

[985] « *Dans l'amitié parfaite règne une égalité arithmétique* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 29).

[986] ARISTOTE défendait ainsi l'idée que ce qui procède d'une chose appartient proprement à la chose dont il procède. Cette idée est présente dans l'adage latin « *accessorum sequitur principale* ».

[987] « *Ce qui, de l'avis général est le plus grand des dons* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 31).

Sitôt ce premier pas franchi, il est perceptible que la relation entre le *paterfamilias* et l'enfant est déséquilibrée, puisque le père donne au fils ce qu'il ne pourra jamais lui rendre d'aucune façon : la vie, le savoir et la santé. L'idée de justice sur laquelle s'appuie l'harmonie familiale impose qu'en contrepartie des bienfaits paternels, l'enfant soit redevable de quelques devoirs, fussent-ils moraux. À ce titre, ARISTOTE s'éloigne de la conception persique de l'autorité parentale qui, en échange des bienfaits parentaux, autorise les parents à se servir de leur enfant comme d'un esclave. Il préconise davantage un équilibre relatif entre parents et enfants. En retour des bienfaits prodigués par leurs parents, les enfants leur doivent l'obéissance, le respect et l'amour. Bien sûr le tribut est maigre en regard de ce que les parents ont donné, mais le sentiment de justice sur lequel se fonde la *philia* familiale impose que les sentiments reconnaissants des enfants vis-à-vis des parents soient sans limite et sans condition. Ainsi l'enfant, sans parvenir à égaler les douceurs parentales, donne-t-il à sa mesure le meilleur de lui-même pour compenser ce que ses parents, son père spécialement, lui offrent.

617. L'harmonie familiale repose donc sur cet ensemble inégalitaire fondé sur la rencontre des bienfaits parentaux et de la reconnaissance filiale : la *philia* forme originale de justice *a priori* inégale entre les parents (surtout le père) et les enfants. Mais à y regarder de plus près, cette harmonie n'est pas saine puisque l'enfant reste débiteur à l'égard des parents. Ils lui ont offert une existence, une éducation. Ils l'aiment et lui dispensent des bienfaits. En retour l'enfant leur doit une reconnaissance et une piété filiales, sans perdre de vue qu'il leur doit la vie.

B – Un être soumis

618. Le concept de justice familiale qui s'appuie sur la *philia* domestique implique, à défaut d'égalité entre les protagonistes familiaux, une certaine réciprocité entre leurs droits et leurs obligations. De ce point de vue, la théorie aristotélicienne repose sur un déséquilibre apparent entre les faveurs qu'a le père à l'égard de son enfant et la piété filiale due au *paterfamilias*. Pour équilibrer les bienfaits parentaux, l'autorité parentale perse permettait aux parents de disposer physiquement de leur enfant comme d'un esclave. Ce concept révoltait ARISTOTE qui concevait le pouvoir exercé par les parents comme un moyen de les émanciper de leurs limites corporelles et spirituelles pour les guider vers la connaissance et, pour les garçons, vers la citoyenneté.

En apparence, cette conception antique de la *patria potestas* est assez proche de la conception moderne de l'autorité parentale développée dans l'article 371-1 du Code civil qui mentionne que l'autorité parentale « *appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* ». Mais l'apparence est illusoire, car s'il ne préconise pas de laisser le père disposer tyranniquement de la force de son enfant, ARISTOTE équilibre les relations père-enfant en rappelant qu'en remerciement des bienfaits de son père (au rang desquels figure l'existence), l'enfant lui doit sa vie. Ainsi, si le père la lui a donnée, il peut la lui reprendre. Aussitôt s'éloignent les rives modernes du droit civil, car dans ces conditions, l'enfant apparaît comme un être soumis à la volonté paternelle.

L'analyse de la pensée antique débouche alors sur un duo d'interrogations pour ce qui concerne l'enfant dans sa sphère familiale. Tout d'abord, si la vie de l'enfant appartient à son père pendant le temps où il n'est pas encore un citoyen, l'enfant peut-il être considéré comme un sujet de droit ? (1) et ceci d'autant que la notion même de droit est exclue par ARISTOTE de la vie de famille. En poussant plus avant le regard, il est légitime de se demander si l'enfant peut être considéré comme une personne dans l'Antiquité (2).

1. L'enfant est-il un sujet de droit ?

619. Si cette question principale ne se pose plus au XXI^{ème} siècle, c'est qu'elle fait partie des données acquises de la société moderne. Est-ce à dire que cette interrogation figurait au rang des questions de société de l'époque antique ? Ce n'est pas le cas, car, de même que la réponse est certaine de nos jours, elle l'était à cette époque ancestrale : l'enfant n'est pas, pour ARISTOTE, un sujet de droit. Si la question se pose aujourd'hui, c'est uniquement dans le but de révéler que notre époque a autorisé des changements notoires par rapport à celle d'ARISTOTE, et aussi pour essayer de comprendre comment, dans la logique du philosophe antique, une telle conclusion est permise.

Plusieurs paramètres autorisent l'éviction de l'enfant de la catégorie des sujets de droit. Tout d'abord, ARISTOTE part de l'idée de principe que l'enfant est une partie intégrante

des parents[988]. Dès cet instant, il n'est pas évident de concevoir que l'enfant puisse être titulaire de droits d'une part, et qu'il puisse les exercer de façon autonome d'autre part.

a. L'enfant n'est pas titulaire de droits

620. L'enfant n'est pas titulaire de droits selon ARISTOTE. Pourtant, ARISTOTE décrit les bienfaits que les parents doivent à l'enfant :

> « *A la mère revient le devoir d'assurer la nourriture et au père l'éducation* »[989].

Il est possible de croire que l'enfant est alors titulaire du droit d'exercer contre ses parents une action (de quelque nature qu'elle puisse être) en vue d'obtenir de leur part ces bienfaits naturels. D'autant qu'ARISTOTE précise que cette charge éducative et nourricière ne dépend pas seulement du cercle familial mais qu'elle répond à une exigence commune, à une obligation collective reposant sur la société entière[990].

Dans ce cadre, l'enfant serait dépositaire du droit d'agir contre ses parents — ou contre la société — dans le but d'obtenir de l'un ou l'autre les bienfaits auxquels il aspire. Ceci serait réalisable si l'enfant baignait, comme ses parents, dans une sphère de droit positif et non de droit naturel. Or, la philosophie aristotélicienne prévoit très clairement que l'enfant, exclu de la sphère politique de la cité, n'évolue que dans la sphère privée de la famille, laquelle n'est composée que de droit naturel. L'étude de la famille à l'époque antique sous l'angle de notre droit moderne viendrait à considérer que l'éducation et la nourriture que doivent respectivement le père et la mère à l'enfant sont de l'ordre des obligations naturelles[991], au même titre que l'obligation mutuelle contemporaine de fournir aliment à ses frères et sœurs. Dans cette optique, exclu de la vie politique de la cité et cantonné à une distribution volontaire des bienfaits parentaux dans la vie familiale, l'enfant n'est pas titulaire de droits. Dans ce premier axe, il ne répond pas à la définition classique d'un sujet de droit.

Quand même serait-il titulaire de droits, pourrait-il les exercer ?

---

[988] « *Ce qu'on possède en pleine propriété (l'esclave), aussi bien que l'enfant jusqu'à ce qu'il ait atteint un certain âge et soit devenu indépendant, sont pour ainsi dire une partie de nous-mêmes* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 28).

[989] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 33.

[990] « *Le soin de l'enfant relève de la communauté et non de l'initiative privée contrairement à ce qui se passe à notre époque où chacun veille à l'éducation de ses propres enfants en particulier* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 34).

[991] « *Obligation qui n'est pas juridiquement sanctionnée par le droit, à la différence de l'obligation civile, et qui peut trouver son origine dans une obligation civile imparfaite* […] *ou un devoir de conscience non consacré par le droit* » (R. CABRILLAC (dir) : « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » ; Litec 2002 p. 267).

b. L'enfant ne peut pas exercer de droits

621. Le deuxième attribut d'un sujet de droit, lorsqu'il est titulaire de prérogatives particulières, c'est de pouvoir les exercer. L'exercice des droits va de concert avec le fait que la personne en soit titulaire. Cet exercice peut être personnel, mais peut aussi intervenir par l'intermédiaire d'un tiers quand la personne n'est pas apte à les exercer seuls. Ayant exclu la possibilité que l'enfant antique soit titulaire de droits selon la philosophie d'ARISTOTE, la question de savoir s'il peut en exercer est vaine. Toutefois, la rigueur appelle à s'interroger sur la question de savoir s'il pourrait en exercer dans l'hypothèse où il en serait titulaire.

En considérant que l'enfant antique est titulaire d'un droit d'aliment contre sa mère et d'éducation contre son père, peut-il exercer et, le cas échéant, faire valoir ses droits ?

La conception aristotélicienne s'oppose à cette idée de façon irrévocable puisqu'il part de l'idée que le père est supérieur à l'enfant en dignité car il lui a donné ce que nul autre pourra lui offrir : la vie. Partant de ce constat, l'enfant lui doit l'obéissance, le respect, l'honneur et l'amour afin de rééquilibrer, tant qu'il est possible, les droits et obligations entre eux. Les devoirs de l'enfant à l'égard de son père (mais aussi de sa mère) sont un obstacle à ce qu'il puisse faire valoir ses droits à leur encontre. De fait, si l'action de ses droits ne remet en cause ni l'obéissance ni l'amour (il existe des enfants contemporains qui décident d'agir contre leurs parents en leur manifestant malgré tout de l'amour dans le but d'obtenir par voie de justice le versement de la pension alimentaire que les parents devraient spontanément verser), elle porte atteinte à l'honneur et au respect qu'inconditionnellement il leur doit.

Dans la philosophie d'ARISTOTE, cette idée est exclue, puisque seuls l'obéissance, le respect, l'honneur et l'amour de l'enfant envers ses parents permettent d'essayer de rendre aux parents ce qu'ils ont donné à l'enfant. Dans ces conditions, il n'est pas possible d'envisager que l'enfant puisse porter atteinte à ces vecteurs d'équilibre de la sphère familiale.

622. Si l'enfant ne peut agir seul, est-il envisageable que ses parents agissent en son nom ? En écartant le fait que la mère n'agit pas dans la cité ni vraiment dans l'intimité de la famille (en dehors de son devoir d'aliment à l'égard de l'enfant), est-il possible qu'elle agisse contre le père pour protéger les intérêts de l'enfant ?

À nouveau, cette éventualité est écartée du fait même que les préceptes fondamentaux de la philosophie d'ARISTOTE les excluent. Le fait que l'enfant procède de ses

parents empêche ces derniers d'agir au nom de leur enfant contre eux-mêmes dans la mesure où cela reviendrait à contester leur propre mode d'éducation.

623. Dans les mêmes conditions, une action de l'enfant contre un tiers n'appartenant pas à la cellule familiale est exclue, d'une part parce que l'enfant n'a pas de lien avec la cité et d'autre part parce que les parents agissant ne feraient que défendre leur propre prérogative et non celle de l'enfant.

Pour toutes ces raisons, soit qu'il ne dispose pas de droits en propre soit qu'il ne puisse pas les exercer s'il en disposait, l'enfant n'est pas un sujet de droit pour ARISTOTE. S'il n'est pas sujet, il verse naturellement dans la catégorie opposée des objets de droits, sur lesquels s'exercent les prérogatives des tiers, de ses parents et de la cité. Cela reviendrait à l'exclure de la catégorie des personnes.

2. L'enfant est-il une personne ?

624. Dans la famille antique, au sens premier du terme[992], le *paterfamilias* régnait en maître sur sa descendance, sur son épouse et sur son esclave le cas échéant. Chaque relation entre le père et les autres membres de la famille s'appuie sur une inégalité fondée sur un mécanisme propre selon ARISTOTE. Si le mari est supérieur à son épouse, c'est que la nature l'a voulu ainsi. Donnant à l'homme une intelligence et une force supérieures à celle de la femme, il lui est supérieur en dignité. Mais l'épouse garde sa place dans la famille et agit de façon autonome, ARISTOTE condamnant l'époux qui « *étend sa domination sur toutes choses* »[993]. L'épouse a donc une place dans la famille et influe sur la vie de celle-ci.

Les situations de l'enfant et de l'esclave sont différentes à cet égard, l'un comme l'autre ne disposant d'aucun droit dans l'espace familial. Mais à nouveau, les ressemblances entre esclave et enfant s'effacent quand l'état de leur relation avec le *paterfamilias* est rigoureusement examiné. Alors qu'il existe une altérité entre l'homme et son épouse, il y a une communauté entre le maître et l'esclave et entre l'enfant et son père. Dans le premier cas, cette communauté s'inspire d'une relation pécuniaire (l'esclave est un bien du maître, intégré dans son patrimoine) alors que dans le second cas, l'enfant est partie du père (il s'agit d'une identité ontologique).

---

[992] La notion de « *famille* » a évolué avec le temps. À l'origine, on la trouve comme « *une assemblée de personnes vivant sous le même toit* » (ROISIN, 1337), avant que le sens n'acquiert celui qu'on lui connaît aujourd'hui d'un « *ensemble des personnes vivant sous le même toit, et unies par les liens du sang* » (B. PALISSY : « *Discours admirables* » ; Ed. Paléo, 2000).

[993] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 30.

À cet égard, la question de la personnalité de l'esclave ne se pose guère (et du reste, ARISTOTE ne l'étudie pratiquement pas), en tant que bien du maître, il est éloigné de la catégorie des personnes et intègre celle des biens, des choses.

En revanche la personnalité de l'enfant mérite d'être examinée. Le point de départ de cette réflexion pourrait s'appuyer, précisément, sur l'identité entre le père et son fils. De sorte que si l'un embrasse l'existence de l'autre, si l'enfant est intégré dans le père, il devrait en suivre les caractéristiques juridiques et pouvoir prétendre à la personnalité. Deux obstacles se dressent face à cette façon de voir.

625. Le premier est que l'intégration entre l'enfant et son père n'est pas parfaite. Même s'il existe une identité de principe entre eux, elle est doublée par un droit de propriété du père sur son enfant. L'étude de l'origine de ce droit de propriété, montrerait qu'elle se distingue là aussi de celle de l'esclave. Pour l'esclave l'origine du droit du maître est une acquisition, une cession de patrimoine dans le but d'y intégrer un élément nouveau. Pour l'enfant, cela s'inspire davantage de l'accession de propriété. ARISTOTE rappelle que « *ce qui procède d'une chose appartient proprement à la chose dont il sort* ». Aussi, quoique partie intégrante du père, l'enfant est-il sa propriété par accession au sens moderne du terme[994]. Ce phénomène d'accession permet au père de détenir l'enfant sous son autorité, mais autorise l'enfant à bénéficier de sa personnalité.

Sous cet angle, l'enfant, quoique ne disposant ni de droits ni de la possibilité de les exercer, est une personne. Mais un deuxième argument met un terme à ce point de vue, toujours en s'appuyant sur l'idée que l'enfant est la propriété du père.

626. De nouveau, en se fondant sur l'idée que l'enfant est la propriété du père, il faut en tirer les conclusions qui s'imposent. Le père, en tant que propriétaire, peut utiliser l'enfant (droit d'usage), il peut profiter des fruits que l'enfant produirait (droit de jouissance) et il doit également pouvoir vendre ou détruire son enfant (droit de disposer librement de la chose dont la personne est propriétaire). Si les deux premiers démembrements de la propriété (*usus* et *fructus*) ne posent pas de soucis, ni n'entravent la personnalité de l'enfant, le troisième (*abusus*) est plus délicat. Défini classiquement comme un « *attribut du droit de propriété qui permet de disposer librement d'un bien par un acte matériel ou juridique* »[995], l'*abusus*

[994] Article 546 du Code civil : « *La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement.*
Ce droit s'appelle droit d'accession ».
[995] R. CABRILLAC (dir) : « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » ; Litec 2002 p. 3.

autorise le propriétaire à céder la chose ou à la détruire. La destruction d'un meuble ou d'un immeuble n'est pas difficile à envisager. En revanche, s'agissant d'un être vivant, cette prérogative du propriétaire s'envisage comme la mise à mort de l'individu par son propriétaire. Si la question de la personnalité ne peut se régler uniquement par l'aptitude d'un individu à détenir et à exercer des droits, elle se résout de façon définitive dans l'aptitude à être titulaire de sa propre vie.

La conception aristotélicienne de la relation entre l'enfant et son parent apporte un élément essentiel dans la négation de la personnalité de l'enfant à l'époque antique. Afin d'équilibrer la balance des bienfaits et des devoirs entre l'enfant et ses parents, ARISTOTE charge l'enfant d'une série d'obligations naturelles et empruntes de piété filiale (obéissance, respect, honneur, amour et assistance quand ils vieillissent). Mais alors que les bienfaits des parents pour l'enfant sont naturels (ils chérissent une partie d'eux-mêmes), ce n'est pas forcément le cas dans l'autre sens. Les parents ne peuvent que projeter le bienfait de leur enfant, puisque, s'ils ne le faisaient pas, c'est à eux-mêmes qu'ils causeraient du tort. Mais l'enfant, par une forme naturelle de défiance, peut être enclin à ne pas donner à ses parents tous les bienfaits qu'ils attendent. C'est pourquoi, afin de mettre le poids d'une sanction sur les épaules de l'enfant et ainsi l'inciter à respecter ses obligations envers ses parents, ARISTOTE rappelle que si les parents ont donné la vie à l'enfant, ils peuvent aussi bien la lui reprendre. Le premier droit de l'homme moderne, le droit à la vie[996], est ignoré par ARISTOTE.

L'enfant n'est donc pas titulaire de sa propre existence, donc de sa destinée. Si la personnalité devait se limiter à une prérogative, indépendamment de la titularisation des droits et de leur exercice, c'est certainement à la faculté d'un individu d'être maître de son existence et de posséder les données de sa vie. Tant qu'un individu dispose de son droit sur sa vie, il entre et demeure dans la catégorie des personnes[997]. Le fait de la part d'ARISTOTE de refuser à

[996] En bonne place dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 3 : « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* »), le droit à la vie est aussi reconnu par l'article 6 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui stipule que « *les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie* ».

[997] La situation plus moderne de la mort civile pose question. Le fait d'être déchu presque intégralement de ses droits et de leur exercice retranche-t-il au mort civil sa personnalité ? Avant qu'elle ne soit abrogée par la loi du 31 mai 1854 portant abolition de la mort civile (JORF, 2 juin 1854, p. 652), la question de la mort civile faisait débat quant à la personnalité subsistante du condamné. Le fait de se voir déchu de tous ses droits civils, de voir son mariage dissous, d'ouvrir la succession et de considérer comme inexistant le testament éventuellement préétabli par l'individu civilement mort sont-ils de nature à le retrancher de la catégorie des personnes ? La réponse à cette question semble négative, et ce n'est pas l'inexistence des droits qui suffit à retirer la personnalité. POTHIER estimait que « *les personnes qui sont l'objet de nos lois sont celles qui jouissent de la vie civile. La vie civile n'est autre chose que la participation d'une personne aux droits de la société civile. La mort civile est le retranchement de cette société et la privation de ces droits* ». Être mis au ban de la société n'est pas systématiquement le signe d'un abandon de la personnalité, car le mort civil peut continuer de contracter pour

l'enfant d'être maître de sa vie, et de déposer celle-ci entre les mains de ses parents écarte l'enfant de la communauté des personnes.

627. Cela fait-il de l'enfant un bien au même titre que l'esclave qui est dans le patrimoine du maître ? Rien n'est plus fragile que cette idée puisque l'enfant, quoique dépourvu de personnalité, doit continué d'être considéré comme une partie intégrante du père. Dans ce sens, il ne peut pas appartenir au père en étant à l'actif de son patrimoine. Ni tout à fait bien, ni réellement personne, l'enfant d'ARISTOTE s'assimile à une chose innommée.

L'enfant existe dans la cellule familiale, il est l'objet d'attentions et des bienfaits des parents. Ce n'est pas le cas dans la cité, de la sphère duquel l'enfant est écarté par la philosophie aristotélicienne.

§ 2 – L'enfant dans la cité

628. La place de l'enfant dans la cité est minime, minimaliste. Si l'enfant existe aux yeux de la cellule politique en tant que citoyen potentiel (à la condition qu'il soit mâle), il n'est pas intégré à son droit et reste sujet à celui de la famille (B). Pour pouvoir intégrer le droit de la cité et approcher la vie politique (par opposition à la vie familiale), il importe que l'enfant s'émancipe de l'autorité de ses parents et accède à la qualité de citoyen. Or, cette qualité est réservée aux hommes, ce qui incite à distinguer entre l'enfant fille et le fils, ce dernier étant porteur de la potentialité de devenir citoyen (A).

A – L'enfant et le fils

629. L'égalité entre les humains n'était pas une préoccupation majeure de l'Antiquité, et sur ce point, la philosophie générale de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est très loin de la conception aristotélicienne de la famille et de la société. Celle-ci prône clairement dans son article 2 le principe de non-discrimination entre les enfants[998], peu important leur origine ou leur sexe[999]. Or précisément, la société décrite et théorisée par

gagner sa vie (quoique la question de son patrimoine se pose légitimement). Les lois anciennes relatives à la mort civile ne semblent pas exciper de la mort civile la déchéance de la personnalité civile. Celle-ci paraît subsister tant que la personne est maîtresse de sa vie.

[998] Cf. infra en page 493.

[999] Article 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États 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* ».

ARISTOTE établit nettement une distinction entre l'homme et la femme, ce qui implique nécessairement un traitement différent entre le garçon et la fille. C'est la raison pour laquelle le fils est considéré comme un citoyen potentiel, tandis que la fille ne peut espérer atteindre que le statut d'épouse.

➢ *L'enfant mâle : un citoyen « en puissance »*

630. La société d'ARISTOTE dans sa conception philosophique est essentiellement inégalitaire car chaque élément doit répondre d'une place qui lui est propre où il tient un rôle qui lui est particulier :

> « *Les choses sont distribuées d'une façon bien déterminée ; être ici ou là ne leur est pas indifférent, mais qu'au contraire chaque chose possède dans l'univers un lieu propre conforme à sa nature* »[1000].

La notion de justice ne repose donc pas sur une question d'égalité entre les individus mais sur une idée d'organisation. La société est juste si chacun tient la place que la nature lui a attribuée, l'esclave ne s'identifie pas à l'enfant, qui n'est pas l'égal de l'homme qui est lui-même supérieur à la femme.

Si le monde d'ARISTOTE est considéré comme un ensemble inégal d'hommes et de femmes libres, il faut examiner la question de la place de l'enfant, non au regard de ce qu'il est, mais à la lumière de ce qu'il peut devenir. Il est clair alors que les possibilités ne sont pas les mêmes selon que l'enfant est un garçon ou une fille[1001].

La famille selon ARISTOTE répond de l'autorité du père sur l'ensemble du groupe, notamment sur l'épouse. L'homme recevant de la nature le don du commandement, et l'épouse celui de la soumission[1002], mais cette inégalité de façade n'est pas vaine, d'une part parce qu'elle fonde l'harmonie du foyer, ce qui assure la direction aisée de la famille pour le père, et d'autre part parce qu'elle s'appuie sur une complémentarité. Si, pour ARISTOTE, l'un des sexes est « *fort* » et que l'autre est « *faible* » ce n'est pas seulement dans l'optique d'assurer la domination de l'un sur l'autre, c'est pour permettre à cette complémentarité des

---

[1000] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 15.

[1001] Les écrits d'ARISTOTE mentionnent souvent l'enfant en tant que fils. La question de la fille, qu'il s'agisse de la jeune personne de sexe féminin ou de la descendante en ligne directe d'un couple composé d'un homme et d'une femme libres, n'est pratiquement jamais traitée dans les textes du philosophe. Aussi, le terme d'« *enfant* » renvoie-t-il généralement à l'idée de « *fils* ».

[1002] « *La famille est l'union de celui dont la nature est de commander avec celui dont la nature est d'être commandé, en vue de leur protection commune* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 21).

genres d'assurer la survie de la cellule familiale[1003]. Si la nature ouvre à l'homme et à la femme des destinées différentes dans la famille, elle ne leur donne pas non plus accès aux mêmes mondes. L'autorité de l'homme sur son épouse n'est pas du même ordre que celle du maître sur l'esclave. En dehors de sa force, l'homme est également plus intelligent que l'épouse, ce qui lui ouvre la voie vers la sphère politique dont l'épouse est exclue.

631. Sur ces considérations, il est évident, à nouveau, que l'enfant n'aura pas le même sort selon qu'il naît garçon ou fille. Du reste, la notion d'enfant pour ARISTOTE ne relève pas d'une considération d'âge, mais davantage d'une considération de sexe. Le fils dispose d'un avenir politique et pourra un jour se libérer de la domination du père, tandis que la fille, bien qu'appelée à s'émanciper également du pouvoir du *paterfamilias* ne pourra jamais qu'évacuer cette autorité pour s'installer sous celle de son mari. M. YOUF résume ainsi la conception d'ARISTOTE :

> « *Si l'on naît et meurt esclave ou femme, on naît enfant mais on ne le demeure pas jusqu'à la mort* »[1004].

Le père seul peut conduire l'enfant à la qualité de citoyen, en l'aidant à s'épanouir et à mûrir la partie rationnelle de son âme dont l'esclave est démuni[1005] et que la femme possède en qualité médiocre[1006] selon ARISTOTE. Pendant un temps très long, les enfants[1007] restent dominés par le plaisir de jouer et la quête d'agréable. Seul un père peur juguler ce besoin et aider l'enfant à aller vers la connaissance et vers la citoyenneté. C'est ainsi qu'il développera la partie rationnelle (délibérative) de l'âme de l'enfant jusqu'à ce qu'elle soit assez mature pour permettre à l'enfant de s'émanciper de l'autorité naturelle et protectrice des parents et ainsi accéder au statut de citoyen.

De cela il découle que, tant qu'il n'est pas citoyen, l'enfant est exclu de la vie de la cité, et donc totalement écarté de la notion de droit.

[1003] « *… l'un des sexes a été fait plus fort et l'autre plus faible, de façon que l'un soit plus circonspect en raison de sa timidité et que l'autre, au contraire, soit plus apte, par son courage, à défendre son foyer ; que d'autre part, enfin, l'un puisse acquérir les biens du dehors, et l'autre assurer leur conservation une fois entrés dans le ménage* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 21).

[1004] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 24.

[1005] L'esclave « *est totalement dépourvu de la partie délibérative de l'âme* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 24).

[1006] « *… la femme est sous la domination de son mari parce que, bien que possédant la partie délibérative de l'âme, celle-ci est "*démunie d'autorité*"* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 24).

[1007] Il s'agit des garçons dans l'idée d'ARISTOTE, les filles restent toute leur vie dominées par la quête d'agréable, ce qui nécessite leur domination et leur protection, d'abord par leur père et ensuite par leur mari.

B – L'enfant exclu du droit de la cité

632. La cité est le domaine de la politique, par opposition à la famille qui est le domaine du droit naturel, de la *philia*.

C'est dans la famille que naît la cité[1008], c'est en elle que naissent les citoyens.

La femme, l'esclave et la fille sont naturellement exclus de la cité. Ils ne disposent pas d'une forme d'âme assez évoluée pour permettre leur épanouissement naturel dans le monde de la politique. L'enfant quant à lui en est physiologiquement et temporairement exclu. Il dispose d'une vocation naturelle à l'intégrer, mais doit, le temps de son enfance, en acquérir les rouages complexes. C'est le rôle du père d'accomplir cette formation.

L'enfant étant éloigné de la dimension citoyenne de sa vie, il ne répond pas non plus du droit de la cité, il reste cantonné à l'application de la raison du père, avec tout ce que cela doit comporter de bienfaits et de sanctions.

633. Qu'il soit considéré dans le cadre de sa famille ou dans celui de la cité, l'enfant selon ARISTOTE ne doit pas être mêlé à la notion de droit. Dans la famille, cette idée n'a pas de sens puisque les membres qui la composent ne sont pas égaux. Quant au domaine de la cité, en raison de sa faible maturité et de son besoin d'apprendre les rudiments de la vie citoyenne, l'enfant n'est pas concerné.

Ainsi pour la philosophie aristotélicienne, l'idée que les termes « *enfant* » et « *droit* » puissent être accolés n'a pas de sens.

Elle n'en a guère plus quand l'enfant est étudié pendant la période médiévale.

Section 2 : L'enfant médiéval

634. La période médiévale s'étend sur un millénaire grossièrement entre 500 et 1500[1009]. Pour la France, il s'agit d'une période de construction de l'identité, de construction

[1008] C'est de la famille aussi que la cité procède. Les familles se sont agglomérées en village, dans le but d'une protection plus ferme, puis les villages entre eux se sont constitués en cités dans le même objectif et dans le but de promouvoir des intérêts communs. La famille est ainsi le socle fondateur de la cité.

[1009] Les discussions historiques sur la question sont nombreuses, délimiter cette période par des dates ne représente qu'une commodité, les événements limitant cette ère historique variant en fonction des peuples et des régions. En France, il est généralement retenu que le début du Moyen-âge coïncide avec le baptême de Clovis (25 décembre 498) et s'achève avec la fin de la Guerre de Cent Ans (Bataille de Castillon, victoire française des armées de Charles VII sur les armées anglaises d'Henri VI, le 17 juillet 1453).

du droit et d'affirmation de l'autorité royale sur l'ensemble du territoire. Ce millénaire imprime également sa marque sur la perception que la société a de l'enfant. Mais la perception de ce personnage familial porteur d'espoir n'est pas homogène sur l'ensemble du pays. La France est effectivement partagée entre le droit romain et le droit coutumier, le premier régissant le droit du Sud du pays et le second s'appliquant au Nord.

L'enfant médiéval n'était dont pas uniformément apprécié sur le territoire. Toutefois, avant d'examiner les premiers essais théoriques sur cette question par Jean BODIN (§ 3), avant même d'étudier la façon dont le droit écrit et le droit coutumier ont appréhendé ce personnage (§ 2), il semble utile de considérer le point de vue de Saint-Thomas d'Aquin[1010] qui sacralisa la famille à travers le droit canon (§ 1). Cette rapide introduction permet d'embrasser un panorama synthétique de la question à une époque où l'Église représentait dans le monde occidental la première source de connaissances et la principale référence culturelle ou comportementale.

§ 1 – Saint-Thomas d'Aquin et le « *bien de l'enfant* »

635. Pas plus que pour ARISTOTE n'existe-t-il de relations juridiques au sens strict dans la famille selon Saint-Thomas. Toutefois, l'homme d'église se distingue du philosophe grec dans son étude des relations prévalant entre l'homme et son épouse. Tandis que la doctrine aristotélicienne voyait une inégalité entre les deux, appuyée sur une complémentarité naturelle dictée par le rapport des forces et des sensibilités, Saint-Thomas envisage une certaine réciprocité entre l'homme et la femme, non plus axée sur la nature, mais sur une forme de rapport d'obligation. L'homme doit des bienfaits à l'épouse[1011] en échange desquels elle doit des bienfaits à l'époux[1012]. Fort de ce constat, l'union même entre l'homme et la femme n'est plus simplement une question de nature visant à la régénération et à la survie de l'espèce[1013]. Ce n'est plus une simple réalité naturelle dérivant « *nécessairement des principes d'une nature, par exemple s'élever dans l'air est naturel au feu* ». L'union entre l'homme et la

[1010] Thomas d'Aquin (1225 – 1274) représente une importante source de connaissances sur cette période de l'histoire européenne qu'il marqua de son empreinte théologique et analytique. Sa doctrine familiale et son point de vue sur la situation de l'enfant a longtemps été suivi par les préceptes catholiques.
[1011] Notamment la protection de sa personne et celle de la famille.
[1012] Notamment la reconstitution des forces du mari par son entretien et l'apport régulier de nourriture.
[1013] À cet égard, Saint-Thomas d'Aquin invite à considérer qu'en dehors de quelques volatiles, le couple humain est le seul qui, après l'acte charnel de reproduction, reste en couple. Alors que pour les oiseaux il s'agit de répondre à une nécessité naturelle visant à empêcher l'oisillon de succomber à une velléité prématurée de découverte du vol solitaire, chez l'homme, c'est la raison qui pousse l'homme à ne pas abandonner l'épouse et l'enfant dans le but de donner à ce dernier les capacités de connaissance et de force nécessaires à son évolution dans le monde des adultes.

femme devient un besoin naturel réalisé notamment par la volonté d'agir et motivé par une raison lucide[1014].

636. La raison, en prenant part à l'union matrimoniale, en bouleverse la mise en œuvre et le sens, et change également la vision que la philosophie pouvait avoir jusque-là de l'enfant et de sa place dans la famille. Objet de pouvoir permanent pour ARISTOTE jusqu'à la mort du *paterfamilias*, siège de l'exercice de la puissance paternelle pour le droit de la République romaine jusqu'à la *mancipacio* ou jusqu'au décès du *paterfamilias*, l'enfant cesse d'être, pour Saint-Thomas d'Aquin, une fin en soi, ce qui limite d'autant l'emprise que pouvait exercer ses parents sur lui. L'enfant devient une des finalités du mariage contracté raisonnablement, la finalité première même car il est au croisement des intérêts humains et divins : peupler et régénérer la Création de Dieu. Toutefois, en tant qu'il est à la fois dans l'intérêt des hommes et dans celui de Dieu de voir naître et grandir des enfants, il est constant que le sort de l'enfant ne se limite pas à sa personne et que les bienfaits que lui prodiguent parents et société ont pour objectif d'assurer le bien de l'espèce.

La notion de « *bien de l'enfant* » régulièrement présente dans les écrits de Saint-Thomas ne dissimule donc pas les prémices de la notion moderne d'intérêt de l'enfant. Elle n'est que le signe de l'intérêt que les hommes doivent porter à l'enfant dans le but de l'intérêt commun[1015]. En somme l'enfant dépasse l'intérêt particulier de ses parents et devient le vecteur de l'intérêt général. L'entité individuelle participe au bonheur de la cellule qui lui est supérieure qui favorise l'épanouissement du tout. C'est le pilier de la conception philosophique de Saint-Thomas : l'homme en tant qu'entité individuelle, friable, fragile et imparfaite, participe à la grandeur de Dieu, au sommet de toute hiérarchie, cause véritable, impeccable et unique de toute vie et de toute existence.

[1014] Sur cette question du besoin d'une volonté éclairée pour s'unir, la conception de Saint-Thomas est en rupture avec les considérations de ses contemporains. Il estimait que l'homme et la femme décidant de s'unir n'étaient pas mus par une réalité naturelle visant simplement la préservation de l'espèce dans les meilleures conditions. Dès lors, l'enfant fille ou garçon ne devait pas accepter le mariage forcé par la volonté de ses parents sous les raisons d'un arrangement financier ou pour se préserver une bonne descendance. Malgré l'état des mœurs de l'époque, dominant le Moyen-Âge, Saint-Thomas parvient à faire édicter par l'Église la proclamation de la libre disposition de la personne pour se marier ou pour entrer dans les ordres : « *Une jeune fille n'est pas soumise à son père à la façon d'un esclave, à tel point qu'elle ne puisse disposer elle-même de son corps : elle dépend en réalité de son père quant à son éducation. Conservant donc sa liberté, elle peut se soumettre à un tiers sans le consentement paternel, de même un jeune homme et une jeune fille peuvent entrer en religion sans le gré de leurs parents, car ils peuvent disposer d'eux-mêmes* » (St-Thomas d'Aquin : « *Principes de la réalité naturelle* » ; N^{lles} Ed. Latines, 1994).

[1015] « *De tous les actes naturels, seule la génération intéresse le bien commun, car si la mandication et le rejet des humeurs superflues intéressent l'individu, la génération, elle, tend à la conservation de l'espèce. Puisque la loi est faite pour le bien commun, tout ce qui a trait à la génération doit donc plus que tout le reste être réglé par les lois divines et humaines* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 51).

637. Si l'intérêt de l'enfant renvoie à la prise en compte la personne de l'enfant pour considérer ce qui est le mieux dans son intérêt, celle de « *bien de l'enfant* » de Saint-Thomas n'est qu'une façon détournée de traiter de l'intérêt commun à travers la personne de l'enfant, le tout dans la perspective de glorifier Dieu.

Dans cette géométrie philosophique, Saint-Thomas énonce que les bienfaits prodigués à l'enfant se répercutent sur la société dans sa globalité. Ainsi, ce qui est bon pour l'un l'est aussi pour l'ensemble auquel il appartient. Il y a ici un nouvel éloignement avec la conception aristotélicienne qui séparait de façon intangible la société citoyenne de la cellule familiale. Dans la philosophie aquinate, toute création émanant de Dieu, il n'est pas concevable que les différents ordres de la nature n'interagissent pas entre eux.

Saint-Thomas retient que le bien de l'enfant, et par là celui de la société toute entière, passe essentiellement par l'éducation, ce qui implique que l'enfant ait « *des parents certains et connus, ce qui ne se produirait pas si aucun lien obligatoire ne liait l'un à l'autre, l'homme à la femme* ». Cela passe en premier lieu par le besoin d'établir certainement la paternité, et ainsi exclure la polyandrie (qui compromettrait l'identification du père et ainsi poserait problème pour l'éducation de l'enfant) et l'infidélité (qui provoque la même incertitude[1016]). La bonne éducation de l'enfant se pose également comme une exigence d'exclusivité des parents pour cette tâche et donc pour l'enfant. Dans ce sens, la génération de l'espèce, fin première du mariage, ne doit pas s'assimiler à un droit mais à un devoir. Aussi Saint-Thomas estime-t-il que la fornication est un péché presque aussi grave que l'homicide[1017].

638. Une fois posées les règles de principes du mariage, assurant tant l'équilibre de l'enfant dans sa famille que la sécurité sociale, il convient d'établir, d'après Saint-Thomas, les différentes charges relatives à l'enfant dans le couple parental.

Un premier renversement s'opère au regard de la philosophie antique. Ce n'est plus le père qui assure l'éducation de l'enfant mais la mère. De ce fait, quoique la mère soit moins importante en dignité que le père, elle occupe une place plus importante dans le mariage puisque c'est à elle que revient la responsabilité d'élever l'enfant pour en faire un

[1016] L'infidélité de la femme étant plus grave que celle de l'homme puisqu'elle pose la question de la réalité de la paternité du mari.

[1017] « *L'émission désordonnée de sperme, au contraire, est opposée au bien de la nature, c'est-à-dire à la conservation de l'espèce ; aussi après le péché d'homicide qui détruit la nature humaine déjà en acte, c'est ce péché là qui empêche la génération de la nature humaine qui nous paraît tenir la seconde place* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 53).

homme vertueux. Mais la femme seule ne peut rien. Elle a besoin de l'assistance continue de l'époux. Car l'enfant de Saint-Thomas, comme pour ARISTOTE, reste gouverné par les passions de son jeune âge, lesquelles doivent être dominées rapidement pour permettre à l'éducation de la mère de s'installer et d'irriguer la partie délibérative de l'âme et permettre l'apprentissage de la raison. Si l'amour maternel permet d'inculquer avec patience les rudiments de la connaissance du monde, seule l'énergie et la puissance paternelles permettent de dompter les passions de l'enfant. C'est parce que ce couple pédagogique doit perdurer et s'assister constamment que Saint-Thomas s'oppose au concubinage, à la polyandrie et à la polygamie. Ces situations, par trop aléatoires ou ne permettant pas au père de se concentrer sur son seul enfant, ne garantissent pas une éducation saine et prolongée, fruit d'une collaboration complète et régulière. Un enfant bien éduqué, par des parents solidaires, dans le respect de la religion catholique[1018] et dans l'objectif de tendre vers la vertu, c'est l'assurance d'une société cohérente et d'un Dieu glorifié.

Tandis que le philosophe grec abandonnait au droit de la cité les questions de patrimoine, Saint-Thomas en fait une question familiale, centrale pour l'enfant, primordiale pour l'équilibre de l'intérêt général. La nouveauté de cette conception ne réside pas seulement dans la transmission du patrimoine du père à l'enfant[1019] qui inclut une dimension matérielle opposée à l'aspect purement intellectuel développé par ARISTOTE. La nouveauté se situe aussi dans ce que cette situation instille un peu de droit positif dans le droit naturel de la famille. Ainsi, non seulement les sphères familiale et citoyenne ne sont-elles plus hermétiquement disjointes, mais encore sont-elles mêlées dans le but de favoriser l'intérêt collectif par l'intermédiaire du bien de l'enfant.

639. La vie de famille est complémentaire entre l'homme et la femme, mais il y règne malgré tout une hiérarchie au sommet de laquelle se trouve le père, cumulant les rôles décrits par ARISTOTE : le maître, le mari et le père. Supérieur aux autres en dignité, le père est le chef de la société familiale dans laquelle il doit faire régner l'ordre et la paix. Alors qu'ARISTOTE estimait que le père pouvait reprendre ce qu'il donnait (et notamment la vie), Saint-Thomas estime que si le droit de correction du père sur l'enfant est nécessaire pour réfréner les

[1018] Les parents devant, en sus de l'éducation vertueuse, assurer l'éducation en vue du culte de Dieu.
[1019] Ce que Saint-Paul avait déjà envisagé auparavant.

pulsions enfantines néfastes à l'objectif éducatif de la mère[1020], il ne peut pas disposer de la vie de son enfant.

Dans l'acception moderne du terme, l'enfant de Saint-Thomas n'est pas titulaire de droits subjectifs. Toutefois, en regard de l'enfant d'ARISTOTE, il appartient malgré cela à la catégorie des personnes dans le sens où sa vie ne lui échappe pas. De plus, Saint-Thomas fixe une limite d'âge à la soumission de l'enfant à son père. À partir de 25 ans, le jeune homme peut contracter seul. En outre, il dispose théoriquement de la liberté nuptiale et religieuse lui permettant d'accéder seul aux fiançailles[1021], au mariage et aux vœux religieux[1022].

640. Le point de vue thomiste sur la famille et sur l'enfant semble poser les bases d'un droit moderne et paraît laisser entrevoir les prémices des droits de l'homme. Ce point de vue est tout de même très éloigné de la philosophie contemporaine et de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989. Cependant, il est possible de constater un frémissement dans l'appréhension de la personne de l'enfant. Soumis au père et à la mère pour son éducation, son bien commence à être pris en compte et proposé par Saint-Thomas comme le fondement du bien commun.

Ces théories auront quelque influence sur les droits français du Moyen-âge, droit coutumier et droit romain.

§ 2 – Droit coutumier et droit écrit

641. L'œuvre de Saint-Thomas a été de rédiger une synthèse sur le monopole législatif de l'Église au XIII^{ème} siècle.

Néanmoins, à côté de la mainmise du clergé sur les mœurs de l'époque médiévale, il existait un conglomérat de droits, d'inspiration religieuse, qui gouvernait la vie des personnes, la gestion des biens et des ressources et la situation de la cellule familiale. La place de l'enfant à cet égard n'était pas la même selon qu'il vivait dans un pays de coutume (A) ou dans un pays de droit écrit (B).

[1020] « *Les enfants, à cause de la violence des passions qui obscurcissent le jugement, ont besoin d'instruction mais aussi de correction* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 56).

[1021] Saint-Thomas fixe à sept ans l'âge à partir duquel un enfant peut se fiancer, car c'est l'âge où il peut aller à l'école et être suffisamment développé pour faire des promesses pour l'avenir.

[1022] L'accès au mariage ou aux vœux religieux est possible à partir de quatorze ans. C'est à cet âge que Saint-Thomas estime que l'enfant est à même d'assurer des obligations personnelles comme entrer en religion ou se marier.

A – L'enfant de droit coutumier

642. Cicéron disait que « *la coutume est le droit qu'un long espace de temps a rendu obligatoire par la volonté de tous, sans intervention de la loi* »[1023]. Dans la France médiévale, les pays de coutume au Nord du pays étaient un assemblage de droits différents et nombreux. Ces coutumes locales étaient attestées juridiquement afin d'être érigées en règles contraignantes[1024].

Dans le droit coutumier, la place de l'enfant varie sensiblement en fonction des lieux et en fonction du temps. Cependant, certains traits de caractère sont communs qui peuvent être synthétisés, sur le plan de l'autorité parentale, de la soumission à la puissance paternelle et de l'émancipation de la cellule familiale.

Le droit coutumier prend ses distances avec les conceptions d'ARISTOTE et de Saint-Thomas d'Aquin dans ce qu'il partage généralement la puissance de correction entre les deux parents, mariés ou non. La mère n'est pas l'égale de l'époux, mais elle le complète et pallie son absence, ce que Saint-Thomas n'envisageait pas, ni ARISTOTE. Lorsque le père était à la maison, il gouvernait sur la discipline et sur l'autorité indistinctement sur ses serviteurs, son épouse et ses enfants. Mais en son absence, l'épouse d'ordinaire effacée, prenait la place du père pour assurer l'ordre et la discipline dans la famille.

L'influence thomiste par opposition à la domination totale du père sur l'enfant développée par ARISTOTE trouve un écho dans les pays de coutume : le père ne dispose pas de la vie de son enfant. Le droit de correction est maintenu, aussi étendu sur l'enfant qu'il l'est sur l'épouse, mais il ne peut pas le mettre à mort. La sanction ultime, celle par laquelle le père se défait de son enfant est l'expulsion de la maison familiale.

[1023] La définition de la coutume par les historiens modernes est qu'il s'agit d'un « *droit territorial, non écrit à l'origine, consacré par le temps et fondé sur une présomption de consentement général* » (R. CABRILLAC (dir) : « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » ; Litec 2002 p. 114).

[1024] Au Moyen Âge et sous l'empire de l'ancien droit, la coutume avait une place importante dans l'ordre juridique en France. Dans les pays dits « *de coutume* » (globalement la moitié Nord de la France), il était procédé à une enquête par *turbe* — du latin : la foule. Dans cette enquête les témoins ne sont pas entendus séparément mais viennent déposer par turbe. Cette enquête a pour but de valider une coutume. C'était souvent un groupe de dix personnes qui élisait un des leurs, ce dernier parlant devant le juge au nom des autres. Il confirmait au juge si le groupe considère ou non qu'une coutume existe. La décision de la turbe doit être prise à l'unanimité : s'il y a une voix dissidente dans le groupe la preuve de la coutume ne peut être établie. Cette procédure sera règlementée par une ordonnance royale de Saint-Louis en 1270.
À l'origine la turbe est l'expression de la conscience populaire. Plus tard, aux XIV^{ème} et XV^{ème} siècles, le sens de cette procédure se perd et on voit dans la turbe un témoin collectif. Or, un seul témoin ne suffit pas. On décide alors qu'une seule turbe ne suffit plus et on exige pour faire la preuve de la coutume, deux turbes de dix personnes chacune.

643. Comme pour ARISTOTE et Saint-Thomas, l'enfant n'est pas dégagé de la puissance paternelle par la majorité, dont l'accès varie considérablement selon le sexe et la dignité[1025]. L'enfant, bien que majeur, reste sous l'influence de son père dont il continue de recevoir les corrections éventuelles. Le majeur accédait malgré cela à une panoplie assez vaste des droits civils modernes tels que le pouvoir de contracter[1026], d'ester, de tester. Mais il devait, la plupart du temps, obtenir une autorisation de son père.

Pour s'émanciper pleinement de cette autorité, dans les pays de coutume, l'enfant devant quitter le domicile conjugal (ou en être exclu par le père). S'il le faisait pour accomplir un métier différent de celui de son père, pour se marier[1027] ou entrer dans les ordres, il obtenait la majorité juridique en même temps qu'il acquérait son indépendance à l'égard de son père et de sa mère.

Dans les pays de droit écrit, la situation n'était pas la même et les différences visibles s'appuyaient sur l'origine romaine du droit.

B – L'enfant de droit écrit

644. Dans les pays de droit écrit, la cohésion familiale repose moins sur le sentiment d'appartenir à une même entité que sur la question du patrimoine. Inspirée par le droit romain et son héritage antique, la gestion de l'autorité familiale est entre les mains exclusives du *paterfamilias*, figuré par le plus ancien ascendant mâle de la famille dans la lignée paternelle. C'est à lui que revient la charge d'éduquer l'enfant et de le corriger pour qu'il ne s'éloigne pas des vertus que son père lui transmet.

Cependant que le droit coutumier dresse un aperçu extrapatrimonial des punitions que le père peut infliger à son enfant[1028], la question de la sanction dans le droit romain ne

[1025] Pour la coutume de Paris, les jeunes roturiers devenaient majeurs à quatorze ans pour les garçons et douze pour les filles. Les nobles accédaient à la majorité à vingt et un ans pour les garçons et quinze pour les filles. La majorité en Normandie était fixée sur une maxime générale qui connaissait cependant des exceptions : « *On n'est majeur qu'à vingt ans* » (D. HOUARD : « *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie* » ; Ed. Le Boucher, 1780, p. 197).

[1026] « *Si un mineur a contracté en minorité et que devenu majeur il exécute son contrat, ce contrat acquiert alors toute validité, et il ne peut plus être attaqué que par les moyens de rescision que les majeurs peuvent proposer* » (D. HOUARD : « *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie, Tome troisième* » ; Ed. Le Boucher, 1780, p. 200).

[1027] Cette disposition valait également pour la femme : « *Une femme mariée ne retombe pas en garde, quand son mari meurt, avant qu'elle ait vingt ans ; et malgré sa minorité, elle exerce tous actes permis aux majeurs, si ce n'est celui de l'aliénation de ses biens pour laquelle elle est tenue de se faire autoriser par justice ou par ses parents* » (D. HOUARD : « *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie, Tome troisième*» ; Ed. Le Boucher, 1780, p. 200).

[1028] D. HOUARD : « *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie, Tome deuxième* » ; Ed. Le Boucher, 1780, p. 121 et suivantes, article « *enfant* »).

s'appréhende qu'à travers le patrimoine. Certes l'aspect corporel des châtiments n'est-il pas oublié, mais il s'éclipse relativement vite derrière les pénitences financières que le père peut infliger à son enfant.

Au rang des punitions extrapatrimoniales, l'échelle des châtiments pouvait aller jusqu'à l'enfermement de l'enfant sur simple demande du père[1029].

Sur le plan patrimonial, les sanctions habituelles du père pouvaient être complétées par des mesures d'éloignement de l'enfant du patrimoine familial. Le père pouvait notamment exhéréder l'enfant. La conduite de la famille ne se limitait pas à un monopole paternel sur la discipline et la morale, elle était accompagnée par une gestion totale du patrimoine familial. Les enfants ne pouvaient rien posséder en propre et leur subsistance financière était complètement subordonnée à la volonté de leur père. De sorte qu'en plus de pouvoir exclure physiquement l'enfant de la famille (quoique l'exclusion soit temporaire), le père pouvait également le contraindre financièrement.

645. La question de l'émancipation de l'enfant se règle à la façon du droit romain classique. Tant qu'il est sous l'autorité d'un *paterfamilias* et qu'il n'a pas été émancipé par lui (tacitement[1030] ou expressément[1031]), l'enfant n'est pas libéré de la puissance paternelle, quel que soit son âge.

L'époque médiévale, inspirée par ARISTOTE, fondée sur le droit romain et théorisée par Saint-Thomas d'Aquin ne laisse pas encore de place à l'enfant. Cette personne se cantonne encore à être le descendant d'un père sur lequel s'exerce une puissance autoritaire et parfois illimitée. Ceci étant, la question précisément de l'absence de limite de la puissance paternelle a été relativisée par Saint-Thomas et nuancée par la coutume.

[1029] Idée qui sera présente dans l'article 376 du Code civil de 1804 : « *Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois ; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation* ».

[1030] Le fils de famille qui recevait une donation de son père lors de son mariage était considéré comme émancipé et capable juridiquement. La conjonction du symbole de l'enfant qui quitte le domicile parental en prenant une épouse et l'image du père qui lui confie un patrimoine propre suffisait à permettre à l'enfant de devenir à son tour *paterfamilias* et d'exercer sur sa maison la puissance paternelle que son père lui laisse. Cette pratique est assez proche de l'émancipation de plein droit par le mariage du Code civil.

[1031] L'émancipation expresse relevait d'un cérémonial plus protocolaire. Il appartenait au père d'accompagner son fils devant le juge. À genoux devant son père, tête nue et regard baissé, l'enfant devait solennellement prier son père de le libérer de la puissance paternelle et de l'autoriser à vivre en dehors de la maison familiale. Si le père acceptait la requête de l'enfant, le juge officialisait la situation en émancipant l'enfant. Cette procédure, abstraction faite de son aspect solennel et cérémonial, est assez proche de l'émancipation par voie de justice du Code civil.

A l'extrême fin du Moyen Âge, tandis que les premiers ors de la Renaissance apparaissent, Jean BODIN viendra théoriser à nouveau la famille, reléguant l'enfant à une place inférieure et en réaffirmant l'importance de la puissance paternelle, socle de la cohésion familiale et sociale.

§ 3 – BODIN : la restauration de la puissance absolue du père

646. La philosophie de Jean BODIN[1032] repose sur un espoir et un regret : l'espoir de ne pas voir ses théories cantonner aux bibliothèques et aux musées comme jadis PLATON ou Thomas MORE[1033] ; le regret d'avoir vu l'Empire romain sombrer faute d'autorité et de puissance.

Son espoir ne fut pas vain et les idées de sa théorie eurent un impact important sur la société de son époque, notamment sur le droit de la famille de la fin du Moyen Âge et du début de la Renaissance (B). Dans un certain sens, le fond de ses idées, appuyées essentiellement sur la restauration de l'autorité du père par la puissance paternelle et le droit sur ses enfants, sans restaurer l'Empire déchu, permit d'assurer la cohésion de la société absolutiste (A).

A – La puissance paternelle garante de la cohésion de la société

647. La philosophie bodinienne s'oppose à la théorie aristotélicienne de la constitution des cités et des conglomérats humains. Tandis que le philosophe grec pensait que l'amitié entre les peuples et le besoin de regroupement avaient conduit à l'installation des grandes villes pour se protéger, BODIN, partageant l'idée de MACHIAVEL estime au contraire que c'est la violence qui a conduit les hommes les plus forts à imposer leur autorité et leur puissance aux plus faibles :

> « *... il sera montré ci-après par le témoignage indubitable des plus véritables historiens, c'est à savoir de THUCYDIDE, PLUTARQUE, CÉSAR, et même les lois de SOLON, que les premiers hommes n'avaient d'honneur plus grand que de tuer, massacrer, voler ou asservir les hommes… En quoi*

[1032] Jean BODIN (1529 – 1596), philosophe, jurisconsulte et politicien français. Il influença largement l'évolution sociale européenne du XVI[ème] siècle avec ses théories du « *bon gouvernement* » qui s'opposent à « *l'heureux gouvernement* » d'ARISTOTE. On lui doit notamment le concept de souveraineté sur lequel repose toute sa théorie politique et familiale.

[1033] « *Toutefois, nous ne voulons pas aussi figurer une République en idée sans effet, telle que Platon et Thomas le More Chancelier d'Angleterre ont imaginé* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 81).

> *il appert que DÉMOSTHÈNE, CICÉRON et ARISTOTE se sont mépris, suivant l'erreur d'HÉRODOTE qui dit que les premiers Rois ont été choisis pour leur justice et vertu aux temps qu'ils ont figuré héroïques* »[1034].

S'appuyant sur les vérités historiques, BODIN renverse le point de départ de la philosophie classique selon lequel l'homme est naturellement bon. Il estime que la force seule assure la pérennité de l'espèce et que c'est sur la force que le gouvernement doit exister, non pour gouverner heureusement mais droitement[1035]. Pour assurer la cohésion de la société, il faut un « *droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine* ».

La souveraineté, assise sur la puissance d'un seul, est le socle de la société sans lequel, pour BODIN, celle-ci se délite comme un bateau privé de sa quille. BODIN place la famille au cœur des préoccupations de son temps, elle doit être le modèle d'absolutisme qui guide l'État. De même qu'il faut un souverain absolu à la tête de l'État, il faut un souverain absolu à la tête de la famille. S'éloignant des idées de Saint-Thomas d'Aquin, Jean BODIN replace le père en autorité absolue sur la famille. Sa puissance est absolue (1), ce qui réduit d'autant l'espace de libre évolution de l'enfant (2).

1. La puissance absolue du père de famille

648. Alors qu'ARISTOTE avait séparé la famille de la cité, BODIN estime au contraire qu'elles sont intimement liées. ARISTOTE estimait que la cité regroupe les citoyens égaux entre eux, et que la famille était le lieu privilégié du droit naturel où évoluent des êtres inégaux en force, intelligence et dignité. Pour BODIN, en plus d'être l'origine de la cité, la famille est sa principale composante, celle par laquelle la cité se régénère, par laquelle elle vit et change. Ainsi, l'image de puissance qui doit conduire aux destinées de la cité doit-elle se retrouver dans la famille entre les mains du père. Dans sa famille, le père est souverain après Dieu et même le roi ne peut pas remettre en cause son autorité.

La puissance du mari s'exerce sur son épouse dès que le mariage est consommé. Toutefois, une condition persiste : il est important que le mari ne soit ni esclave ni enfant de

[1034] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 66.

[1035] ARISTOTE estimait que le politique était une « *société d'hommes assemblés pour bien et heureusement vivre* », mais, relevant dans l'histoire humaine des contre-exemples de cités bien gouvernées mais malheureuses ou de cités mal gouvernées mais heureuses, BODIN énonce que le gouvernement des hommes doit se dégager des considérations de bonheur et de plaisir pour se concentrer sur l'idée que les hommes doivent être droitement menés.

famille, auquel cas, il serait placé, lui, sa femme et ses enfants, sous la puissance de l'aïeul le plus ancien. Le pouvoir de commander, l'autorité et la puissance sont les clés d'une cohésion de l'ensemble de la cité. Dans ces conditions, il n'est pas possible de dégager un homme de l'autorité de son aïeul sans créer un autre chef et une dissonance dans les autorités, ce que le bien de la cité ne peut pas tolérer.

La puissance de l'homme sur son épouse notamment ne se limite pas à une autorité morale et à une supériorité physique. BODIN semble l'étendre théoriquement jusqu'à la peine de mort domestique, citant favorablement les exemples de Rome et Marseille qui mettaient à mort les femmes ivrognes, et les exemples de Rome, de la Grèce antique et d'Israël qui tuaient les femmes adultères.

S'il reste évasif sur la question de la peine de mort de l'époux sur sa femme, il ne l'est pas pour ce qui concerne la répudiation qu'il estime être un besoin social évident, permettant à l'homme de changer de femme si elle ne lui convient pas. Ce droit absolu de changer d'épouse permet aux femmes de craindre la sanction en cas de désobéissance ce qui renforce la puissance du père et l'unicité de la cellule familiale.

Dans les idées de BODIN, l'enfant perd la place que Saint-Thomas avait su lui donner. Sa volonté n'est plus prise en compte, son patrimoine n'existe plus, il n'a pas de droit, seuls les devoirs moraux lui sont imputés. Pour BODIN, si la famille est une cellule, le père est son geôlier.

2. Régression de la place de l'enfant dans sa famille

649. La situation de l'enfant suit généralement celle de l'épouse, c'est aussi le cas dans la philosophie de BODIN. Cependant, s'il reconnaît, comme avant lui l'ont reconnu ARISTOTE et Saint-Thomas d'Aquin, que le *paterfamilias* dispose de plusieurs autorités et commande à plusieurs catégories de personnes, BODIN établit une distinction fondamentale entre le rôle de père et les autres rôles. Il rappelle notamment que « *le prince commande aux sujets, le magistrat aux citoyens, le père aux enfants, le maître aux disciples, le capitaine aux soldats, le seigneur aux esclaves* »[1036]. S'appuyant sur les différents rôles de l'homme qui commande, il démontre que seul le père est légitime naturellement dans la détention de son autorité et de sa puissance sur ses enfants. Il fonde son raisonnement sur la ressemblance entre le père et Dieu :

[1036] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 75.

> « *Mais de tout cela, il n'y en a pas un à qui nature donne aucun pouvoir de commander et encore moins d'asservir autrui, hormis au père, qui est la vraie image du grand Dieu souverain, père universel de toutes choses…* »[1037].

Le parallèle qu'établit BODIN entre Dieu et le père de famille est à l'origine de toute la théorie qu'il construira sur le sujet de la puissance du *paterfamilias* sur l'enfant. De même, il contribuera à asservir l'enfant à la puissance paternelle.

Pour BODIN, le père est à l'image de Dieu, mais pas seulement dans ce qu'il est la cause efficiente de la vie de l'enfant (ce qu'ARISTOTE avait jadis déjà énoncé). BODIN énonce en sus que le père est source de nourriture, de connaissances, de force, d'autorité ; raisons pour lesquelles le père détient la puissance sur son enfant.

Le père de famille voit son image dépasser les limites traditionnelles de la famille et la théorie de BODIN va inverser la logique précédente des philosophes classiques et antiques. Contrairement à ARISTOTE qui prônait que le père soit à l'image de l'autorité de la Cité, BODIN estime que le père, reflet de Dieu sur terre, doit être le modèle dont s'inspire la cité pour s'organiser. Il va en faire le modèle de la souveraineté, de même que le père règne sans partage sur sa famille, le souverain doit régner sans partage sur la cité.

650. Puisque la théorie classique qui faisait découler l'autorité du père de l'autorité du souverain est inversée, les conséquences factuelles sur la famille le sont aussi. ARISTOTE et Saint-Thomas chargeaient l'enfant de devoirs vis-à-vis de ses parents eu égard aux bienfaits qu'ils avaient pour lui. Ces bienfaits étaient naturels, relevant de l'amour légitime que des parents peuvent avoir pour leur enfant. Mais dans la conception théorique de BODIN, la logique est totalement renversée, ce n'est pas parce qu'ils ont pour lui quelque bienfaits que l'enfant doit une révérence permanente à ses parents (et surtout à son père) ; c'est parce que ce père est l'image de Dieu que « *se fondent les devoirs des enfants envers leur père. Ils doivent aimer, révérer, servir, nourrir le père et ployer sous ses mandements, en toute obéissance, supporter et couvrir les infirmités et imperfections et n'épargner jamais ses biens ni son sang pour sauver et entretenir la vie de celui auquel il tient la sienne* »[1038]. Pour BODIN, l'amour paternel à l'égard de l'enfant n'est que conséquente à la vénération que ses

[1037] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 75.
[1038] *Ibid.*, p. 76.

enfants ont pour lui en tant qu'image de Dieu. Il ne minimise pas l'amour des parents[1039], mais il la place en seconde position derrière la puissance nécessaire au maintien de la cohésion familiale.

Or pour BODIN, la puissance paternelle, socle de toute fondation de la cité saine et viable, a été galvaudée par ARISTOTE, dévoyée par les Romains et a causé la chute des empires les plus solides, au rang desquels, précisément, l'Empire Romain. Lors, après avoir érigé théoriquement la puissance comme indispensable à la cité, BODIN envisage-t-il la façon d'assurer l'obéissance des enfants envers le père.

651. BODIN renie l'opinion aristotélicienne et la conception de Saint-Thomas : l'obéissance des enfants ne peut pas reposer sur la *philia*, ce sentiment est trop fragile selon BODIN et trop souvent liés aux tempéraments propres de l'enfant ou à ses passions enfantines. Or, l'équilibre social et l'unité familiale ne peuvent pas reposer sur un sentiment friable, fragile. Repoussant les sentiments familiaux nobles, BODIN, à l'inverse de ses prédécesseurs prône que l'obéissance des enfants repose sur la crainte, ce qui implique que le père dispose d'un arsenal punitif impressionnant, et surtout : effrayant.

Autant BODIN n'évoque pas de certitude pour la mise à mort de l'épouse, autant il est catégorique : le père doit disposer du droit de vie et de mort sur son enfant. Le jurisconsulte estime que c'est en raison du transfert de ce droit à l'autorité publique que l'Empire romain a chuté. Selon lui, l'autorité publique ne peut pas prononcer de peine appropriée car elle ne peut pas s'immiscer dans les complexités de l'intimité familiale. Les raisons qui motivent le père de mettre à mort son enfant son connues de lui seul et fondées sur un mélange de reproches objectifs (que la puissance publique peut comprendre) et de sentiments intimes (difficilement démontrables) :

> « *La justice publique ne prend jamais connaissance du mépris, désobéissance et irrespect envers les père et mère* »[1040].

En raison du dessaisissement des parents de leur justice familiale, la crainte révérencielle naturellement due aux parents se dissout dans la crainte lointaine des tribunaux, qui ne sanctionnent les enfants que quand leur situation, en plus d'être licencieuse, est

[1039] « *L'affection et amour est si grande des père et mère envers l'enfant que la loi n'a jamais présumé qu'ils fassent rien qu'au profit et honneur des enfants* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 76).
[1040] *Ibid.*, p. 77.

doublée d'une condition oisive[1041]. Dès l'instant que la crainte des parents est détournée de l'esprit de l'enfant, l'autorité familiale est sapée et la cité est en danger.

652. Outre l'arsenal de sanctions physiques que le père peut déployer contre son enfant, BODIN estime qu'il doit s'étoffer d'une panoplie de sanctions visant la fin ultime : maintenir l'enfant sous la domination absolue du père. BODIN indique que l'enfant ne doit être propriétaire d'aucun bien physique et que les biens maternels doivent revenir au père.

La pensée philosophique de la fin du Moyen Âge et du début de la Renaissance peut se résumer comme une négation de la personne[1042] de l'enfant, en refusant de lui attribuer un droit quelconque, jusqu'au droit d'être titulaire de sa propre vie. Cette pensée n'est pas simplement un retour à la conception aristotélicienne refusant à l'enfant le statut de personne. Elle va au-delà de la philosophie classique en inversant la charge des devoirs et en sublimant la personne du père à travers l'image de Dieu.

653. À ce titre, le père a-t-il des obligations envers son enfant ? La réponse de BODIN est ambiguë sur ce sujet. Il estime que le père doit être obligé de « *nourrir l'enfant tant qu'il est impuissant et l'instruire en tout honneur et vertu* ». Pour autant, il ne semble pas qu'il s'agisse d'une obligation à l'égard de l'enfant auquel rien n'est dû et qui ne doit avoir aucun droit. S'il s'agissait d'une obligation à l'égard de l'enfant en tant qu'humain, cela impliquerait que cette obligation puisse être sanctionnée par l'autorité publique. Une telle idée serait contraire à la toute puissance paternelle devant laquelle seule Dieu tient autorité. BODIN estime d'ailleurs qu'il n'est pas concevable que la justice des hommes intervienne si le père abuse de son autorité ou s'il ne prodigue pas suffisamment de soins naturels à son enfant. Pour justifier ce point de vue, BODIN explique que le père qui n'assure pas le bienfait de son enfant est un « *insensé* » auquel la justice doit commisération et tolérance, notamment en lui

[1041] « *... les enfants n'ayant aucune crainte des parents et de Dieu, encore se garantissent assez des magistrats la plupart desquels ne punissent ordinairement que les bélîtres* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 77).

[1042] ARISTOTE n'était pas très clair sur le statut de l'enfant de l'Antiquité. En constatant qu'il ne disposait d'aucun droit et que, s'il en avait eus, il n'aurait pas pu les exercer ; en plaçant sa vie entre les mains d'un tiers, jusqu'à l'en déposséder, il était possible de déterminer que pour ARISTOTE, l'enfant n'est pas une personne. Pour autant, il n'était pas possible, l'excluant de la catégorie des personnes, de l'inclure dans celle des biens. Pour BODIN, la question est poussée jusqu'au bout du raisonnement. L'enfant n'est titulaire d'aucun droit, il ne possède aucun patrimoine, il ne dispose pas de sa propre vie : il est exclu de la catégorie des personnes. Appartient-il à celle des biens ? Pour BODIN, en plus de le priver de tout droit, il est possible de disposer de l'enfant et de son corps en le vendant, en le troquant ou en l'échangeant. Ici, l'enfant voit sa place réduite au minimum puisque, bien que libre dans le domaine public quand il est assez âgé, il est totalement sous l'empire de son père dans le domaine domestique, qui peut en disposer à sa guise, sans aucune gêne ni aucun risque d'ingérence extérieure en tant qu'image de Dieu dans sa famille.

adjoignant l'aide d'un curateur spécial[1043]. Le père qui tue son enfant sans raison, le père qui ne nourrit pas ou n'éduque pas son enfant n'est pas justiciable de ses méfaits devant la justice des hommes, aux yeux de laquelle il n'est pas sensé. Car cette obligation d'être un « *bon père de famille* » ne découle pas d'une logique humaine mais est imposée par Dieu et la nature, ceux-là qui lui ont donné l'enfant, ceux-là encore qui l'ont pourvu de l'autorité, de la puissance et de la gloire, ceux-là enfin qui ont fait de lui le socle de toute société équilibrée, unifiée et raisonnable : une société droitement gouvernée.

Si le droit de corriger, punir, sanctionner et tuer l'enfant émane de Dieu, sa limite n'est pas de l'ordre de l'humain. BODIN estime que l'équilibre à cet éventail de peines domestiques est créé par l'intermédiaire de la souffrance du père qui punit, souffrance induite par sa conscience, manifestation corporelle du Saint-Esprit. Dieu donne des droits, il les limite également.

654. En France, le pouvoir royal s'installe tranquillement dans cette deuxième moitié du XVI^{ème} siècle et sa puissance augmente doucement pour atteindre son apogée à la fin de la Renaissance. BODIN a intensément participé à la théorisation de l'absolutisme français ainsi qu'il a largement contribué à la définition de la notion de souveraineté dont il puise le modèle dans la famille. Pour les monarques de cette époque, la philosophie bodinienne est séduisante, permettant de rompre avec les préceptes religieux parfois étriqués, et autorisant l'émancipation d'un droit royal, renforçant l'autorité du souverain sur la population. Dans ce sens, Jean BODIN eut une influence remarquée sur le droit de la famille d'alors.

B – L'influence de la pensée de BODIN sur le droit de la famille

655. Les théories de BODIN ont été amplement adoptées par le pouvoir royal du début de la Renaissance. Il n'était plus question que les sujets du roi adhèrent à sa personne, mais au contraire que la souveraineté s'asseye sur la puissance et la révérence des sujets à l'égard du monarque. Acquiesçant aux idées bodiniennes, l'État royal du XVI^{ème} siècle décida de mettre la main sur le droit de la famille (2), écartant l'Église et les papes. La contradiction peut sembler évidente puisque la légitimité du pouvoir en place découlait de Dieu, dont la famille était à l'image (1).

[1043] « *Les lois ont pourvu des curateurs à de tels gens et leur a ôté la puissance sur autrui, attendu qu'ils ne l'ont pas sur eux-mêmes* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 78).

1. La famille à l'image de Dieu

656. La pensée de BODIN passe par l'assise de la société civile à travers le modèle familial. Ce point de vue a été rapidement intégré dans l'ordonnancement juridique du début du XVII^{ème} siècle comme l'atteste le préambule de la déclaration royale de Louis XIII du 26 novembre 1639 :

> « *Comme les mariages sont le séminaire des États, la source et l'origine de la société civile, et le fondement des familles, et dans lesquelles la naturelle révérence des enfants envers leurs parents est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain…* ».

De même que Dieu règne exclusivement sur le monde qu'il a créé, la pensée de BODIN, s'inspirant de la puissance divine pour établir les fondements de la société civile, nécessite que la puissance soit concentrée entre les mains d'un seul personnage : le père. Cela impliquait, d'une part l'éradication des droits de l'épouse, et l'absolutisme sur l'enfant.

657. Les droits de l'épouse[1044] furent rapidement supprimés au profit de l'époux. Le Moyen Âge était parvenu à donner quelques prérogatives éparses à l'épouse que la mise en place des idées bodiniennes lui retira prestement. Pour garantir une suprématie absolue du mari sur son épouse, il fallait d'une part qu'elle ne puisse rien faire sans lui et d'autre part que, s'il advenait qu'elle accomplisse un acte juridique quelconque, il soit déclaré nul. L'approche bodinienne de la famille impliquait aussi que l'épouse tienne une place sans avenir par rapport à l'enfant mâle. Pour atteindre ce but, il était important qu'en plus de n'avoir aucun droit en dehors de son époux, elle ait un statut juridique inférieur à celui de l'enfant porteur d'espoir. Pour cela, l'autorisation expresse du mari était indispensable à tout acte juridique de l'épouse qui ne pouvait contracter seule que dans le cadre des besoins courants du ménage. Tout acte conclu en dehors du consentement marital était déclaré nul de plein droit, sans discussion.

658. Placée au cœur de la logique de BODIN, la puissance du mari s'exerçait aussi par la violence et par la puissance de sanction de l'époux sur sa femme. Délaissant la publicité parfois scandaleuse des tribunaux, l'époque lui préféra la discrétion d'une lettre de cachet

[1044] La question des droits de la fillette ou de la jeune femme ne se pose pas, dans la mesure où elle est réglée par le statut juridique de l'enfant dans la famille.

permettant au mari de faire enfermer la femme dans le secret des geôles du roi après une enquête expédiée.

Vis-à-vis de l'enfant, la puissance du père dans les pays de droit romain est également renforcée[1045]. L'émancipation par volonté tacite du père est abandonnée, le consentement à mariage est soumis à l'autorisation du père. De plus, les moyens traditionnels de sanctions paternelles sont renforcés, la violence paternelle s'installe comme un mode de vie classique de la famille de la Renaissance, sous-tendue par une crainte de l'exhérédation, punition pécuniaire redoutable dans une société où l'émancipation se traduisait par l'échéance du patrimoine d'un aïeul.

659. Les récits d'ARIÈS mettent en évidence la place de l'enfant dans l'iconographie de l'Ancien Régime, et plaident pour une prise en compte de sa personne. Mais si l'image établit qu'il existe des enfants à cette époque, ce dont il n'était d'ailleurs pas permis de douter, elle ne dévoile pas la réalité de leur situation, misérable et soumise à la volonté du père.

Ainsi que la famille est soumise au père, l'ordre juridique dont elle dépend s'évade des dispositions du droit canonique pour devenir un monopole royal. La famille est au cœur de l'absolutisme, c'est également une part essentielle de la philosophie bodinienne.

2. Le droit de la famille : monopole royal

660. Encadrée par un espoir et un regret, la philosophie de BODIN aspire surtout à restaurer la puissance perdue de l'Empire romain en l'appliquant à la monarchie française. Pour cela, il était primordial que le pouvoir royal ne laisse pas l'Église régir les mentalités et les comportements familiaux. Le milieu du XVI^{ème} siècle est le théâtre des premiers frémissements d'une autorité civile prenant le pas sur l'autorité religieuse en matière familiale. Surtout que l'époque est riche en mouvements, le Concile de l'Église se tient à Trente entre 1545 et 1563 sur l'insistance des Protestants. Le pouvoir royal français attendait beaucoup de ce concile de la contre-Réforme pour voir évoluer les règles du mariage notamment. Anticipant sur les décisions conciliaires, un édit royal de février 1556 promulgué par Henri II marque la première modification du droit canonique. Il établit plusieurs âges de majorité et d'accès au mariage. L'homme peut accéder au mariage à quinze ans et la femme à

[1045] Le renforcement était assez relatif dans les pays de droit coutumier, l'enfant continuant de disposer de ses biens proprement acquis, sous réserve de l'usufruit général du père. Il continuait aussi d'être émancipé par le mariage et la majorité. Toutefois, la modification la plus sensible est la possibilité facile pour le père de faire enfermer son enfant, soit dans une maison de force soit dans une geôle royale, par le biais d'une lettre de cachet et sans passer par l'entremise de la justice.

treize ans, mais ne peuvent décider seuls de leur union. La majorité nuptiale n'est atteinte qu'à vingt-cinq ans pour la femme et trente ans pour l'homme. L'autorité du père de famille sur l'enfant s'exerce jusqu'à trente ans pour l'homme. Sa violation pouvait entrainer l'exhérédation.

Afin de faciliter la question de la preuve et de s'éloigner des conclusions du Concile de Trente, l'État royal impose, dans l'ordonnance de Blois de 1579, prise par Henri III, que les paroisses se dotent de registres mentionnant l'âge des mariés et la réalité de leur consentement ou celui des parents. Les sanctions imposées par l'édit de 1556 et reprises à Blois en 1579[1046] ne semblant pas suffisantes pour maintenir l'emprise des parents sur le consentement au mariage, la déclaration de Louis XIII de 1639 vient ajouter les sanctions plus fermes pour finir d'asseoir la puissance du père ; l'enfermement judiciaire et les lettres de cachet.

Le glissement du contrôle du mariage et du droit de la famille s'achève par l'ordonnance de Saint-Germain de 1667 par laquelle Louis XIV exige, dans son article 8[1047], que les registres paroissiaux soient tenus en double exemplaire dont l'un est déposé au greffe, à la sénéchaussée ou au baillage local et que chaque acte, précise l'article 9[1048], mentionne les personnes présentes. L'âge des personnes se mariant, prévoit l'article 7[1049], devant être clairement énoncé dans l'acte afin de pouvoir faire état de preuve devant une autorité judiciaire. De plus, les prêtres ne peuvent marier que des enfants de leur paroisse, afin d'éviter les unions surprises.

[1046] Notamment la condamnation à mort des séducteurs. Toute personne ayant séduit un mineur sous prétexte de mariage sans le consentement des parents était condamnée à mort. Auparavant, il était exigé que cette séduction soit accompagnée de violence et que la victime, non consentante ou privée de l'efficacité du consentement de ses parents, soit transportée d'un lieu à un autre, ce qui définissait l'idée de « *rapt* ». Mais l'ordonnance de Blois écartent ces conditions restrictives et énonce que l'absence de consentement des parents suffit à caractériser le délit, entraînant, en plus des sanctions pénales, la nullité du mariage.

[1047] Article 8 de l'ordonnance royale de Saint-Germain-en-Laye d'avril 1667 : « *Seront faits par chacun an deux registres pour écrire les bâptèmes, mariages et sépultures en chacune paroisse, dont les feuillets seront paraphés et cotés par premier et dernier par le juge royal du lieu où l'église est située : l'un desquels servira de minute et l'autre sera porté au greffe du juge royal pour servir de grosse ; lesquels deux registres seront fournis annuellement aux frais de la fabrique avant le dernier décembre de chacune année, pour commencer d'y enregistrer par le curé ou vicaire les bâptèmes, mariages et sépultures, depuis le premier janvier ensuivant, jusqu'au dernier décembre inclusivement* ».

[1048] Article 9 de l'ordonnance royale de Saint-Germain-en-Laye d'avril 1667 : « *Dans l'article des bâptèmes, sera fait mention du jour de la naissance, et seront nommés l'enfant, le père et la mère, le parrain et la marraine ; et aux mariages seront mis les noms et les surnoms, âges, qualités et demeurent de ceux qui se marient, s'ils sont enfants de famille, en tutelle, curatelle, ou en puissance d'autrui, et y assisteront quatre témoins qui déclareront sur les registres s'ils sont parents, de quel coté et quel degré ; et dans les articles de sépultures sera fait mention du jour du décès* ».

[1049] Article 7 de l'ordonnance royale de Saint-Germain-en-Laye d'avril 1667 : « *Les preuves de l'âge, du mariage et du temps du décès, seront reçues en bonne forme qui feront loi et preuve en justice* ».

L'État royal prend désormais le contrôle du droit de la famille et assure au père une puissance de gouvernement absolue sur son épouse et ses enfants. Les droits de l'enfant sont totalement oubliés, autant que l'enfant lui-même est nié dans sa personnalité par cette période de l'histoire. Il est partie du père dont il dépend entièrement, physiquement, moralement, financièrement. Dans ces conditions, les droits de l'enfant ne peuvent pas éclore, car cela nécessite que l'enfant soit pris comme entité individuelle et soit dégagé de l'emprise de son père.

Il faudra attendre les Lumières et les mouvements de pensée qui ont sous-tendu la Révolution de 1789 pour que l'enfant ne soit plus assimilé à son père et prenne une dimension individuelle, prémices de la création de ses droits propres.

Section 3 : L'individualisation de l'enfant

661. ARISTOTE et BODIN, ainsi que Saint-Thomas d'Aquin ont englobé l'enfant dans la masse familiale, les deux premiers ayant même nié sa personnalité pour aller, comme BODIN jusqu'à en faire un bien à la disposition libre du père. La révolution intellectuelle viendra d'outre-Manche à travers les écrits de Thomas HOBBES, qui est le premier à individualiser l'enfant et à l'extraire de sa cellule familiale pour l'étudier en tant que personne unique.

Les textes de HOBBES posent les fondations de la notion de droits de l'homme en postulant dès le départ que, contrairement aux penseurs précédents, l'humanité s'est forgée sur l'égalité des hommes. Dans cette optique, le point de vue du philosophe anglais s'inscrit en très nette opposition avec la conception aristotélicienne et la pensée bodinienne (§ 1). La révolution opérée par HOBBES permettra ensuite à d'autres philosophes d'envisager l'attribution de droits à l'enfant, ce fut le cas de PUFENDORF (§ 2) dont les théories permirent à LOCKE d'envisager clairement un glissement sensible des droits de l'homme vers l'enfant (§ 3).

§ 1 – HOBBES : la contestation de la construction aristotélicienne

662. La pensée de HOBBES s'affirme en opposition du socle aristotélicien : c'est une révolution, au sens premier du terme. HOBBES s'affranchit du philosophe antique, en accord avec BODIN, et énonce que le ciment de la société ne se trouve pas dans une idée d'amitié

entre les peuples, mais repose tout entier sur l'obéissance du plus grand nombre à celui qui détient la souveraineté, et garantit l'unité, la cohésion. Il n'est pas évident de saisir les arguments du philosophe britannique relatifs à l'enfant si les fondements de sa théorie sur la société globale ne sont pas explicités.

Pour cette raison, il semble nécessaire d'énoncer rapidement les seconds (A) avant d'examiner les premiers (B).

A – Le renversement du schéma philosophique classique

663. Le schéma philosophique antérieur à HOBBES repose sur deux piliers issus de la théorie d'ARISTOTE et de celle de Jean BODIN. La pensée hobbesienne s'affranchit des réflexions du philosophe antique en énonçant que la société n'est pas hiérarchisée et inégalitaire (1), et s'émancipe de BODIN en avançant que la famille doit être à l'image de la cité et non l'inverse (2).

1. L'égalité entre les hommes à l'état de nature

664. En posant le regard sur la notion de « *révolution* », il semble évident qu'en la matière, la seule vraie révolution qui ait bouleversé la période contemporaine de BODIN et HOBBES est celle de la Terre. ARISTOTE et BODIN vivaient à une époque où le géocentrisme était la règle[1050] et où toute pensée philosophique devait s'appuyer sur le fait que l'univers était hiérarchisé (avec la Terre en son centre) et finalisé.

HOBBES renonce à entériner cette façon de voir, et affiche sa préférence pour les théories galiléennes, énonçant que la Terre tourne autour du soleil : c'est l'émergence de l'héliocentrisme, qui dépeint un univers constitué de corps mobiles errant sans but. La pensée du philosophe anglais bouleversera l'ordre établi puisque, au lieu de chercher à expliquer les moyens par lesquels les individus atteignent un but préexistant, il va chercher à démontrer les mécanismes rationnels permettant d'obtenir l'objectif indéfini de l'évolution.

665. Partageant la pensée de BODIN, HOBBES énoncera également que fonder la cohésion de la cité sur l'harmonie et l'amitié n'est pas possible. Il revendique la construction d'un souverain unique, dépositaire de l'ensemble des forces des autres hommes pour assurer la sécurité, garantir l'unité et promouvoir la justice et la paix. Mais contrairement à BODIN qui

[1050] Contestée et remise en cause par ARISTARQUE de SAMOS et COPERNIC, la théorie opposée qui place le soleil au centre de l'univers ne connaîtra son apogée qu'avec GALILÉE au milieu du XVII^{ème} siècle.

expliquait cette communion des forces privées en une force publique par le biais d'une animosité entre individus inégaux, HOBBES part du postulat exactement inverse : l'égalité entre les individus à l'état de nature. Il réfute l'idée antique de la spontanéité de la construction tribale dans l'objectif d'une solidarité de sécurité, de même qu'il réfute l'idée d'une harmonie naturelle entre les êtres. Il privilégie l'idée qu'à l'état naturel, l'homme est isolé, solitaire et renfermé, peu enclin à aller vers l'autre. C'est la première base de l'égalité entre les hommes.

Pour s'opposer à l'idée bodinienne d'une altérité entre les hommes ayant conduit à la guerre et au besoin de s'allier pour assurer la paix, HOBBES énonce que c'est au contraire l'égalité entre eux qui les a conduits naturellement à s'opposer et à se battre :

> « *C'est pourquoi si deux hommes désirent la même chose alors qu'il n'est pas possible qu'ils en jouissent tous les deux, ils deviennent ennemis : et dans la poursuite de cette fin chacun s'efforce de détruire ou dominer l'autre* »[1051].

Pour le philosophe anglais, à l'inverse de la position antique : si l'humanité s'est agglomérée en tribus et en cités, ce n'est pas la manifestation d'une altérité mais au contraire le signe d'une égalité naturelle qui pose le socle des droits de l'homme modernes.

Ce n'est pas l'unique point de confrontation avec BODIN.

2. Remise en cause du modèle familial du souverain

666. Le schéma construit par BODIN, s'appuyant en partie sur la conception aristotélicienne se décompose en deux temps. D'abord l'autorité du *paterfamilias* est à l'image de celle de Dieu : omnipotente et totale sur le serviteur, l'épouse, l'esclave et l'enfant. Cette première phase peut être qualifiée de descendante. Puis dans un second temps, l'autorité du père sert de modèle au souverain de la société : absolue sur l'ensemble de ses sujets. Cette deuxième période est ascendante.

Dans la pensée hobbesienne, le contraire est de rigueur, même si les modalités d'exercice de la souveraineté s'appuient également sur la puissance. Pour le philosophe d'outre-Manche, la collectivité des individus belliqueux et égaux dans l'état de nature commence par confier à un souverain la multiplicité de leurs forces privées. Désireux avant tout de garder la vie et de se prémunir contre une mort violente, ils s'engagent par contrat,

[1051] T. HOBBES : « *Du Citoyen* » ; Flammarion, 2002.

chacun avec chacun, à remettre entre les mains d'un tiers leur droit illimité sur tout et à autoriser ce tiers à promulguer des lois bénéfiques pour la collectivité. Ici, la puissance emprunte un chemin ascendant.

Ce n'est qu'une fois qu'il détient la puissance que le souverain peut la redistribuer entre les sujets, empruntant alors une voie descendante. De plus, lorsque la puissance souveraine redescend vers les sujets, puisque ceux-ci y ont préalablement renoncé, elle n'est pas restituée totalement. Donc, non seulement ce n'est plus le souverain qui est à l'image du *paterfamilias*, image de Dieu dans sa famille, mais c'est le père de famille qui bénéficie d'une déclinaison de l'autorité souveraine, et non son image parfaite. Les changements sont aussitôt perceptibles, l'autorité du père, imitation de l'autorité souveraine sera d'autant plus limitée qu'elle ne peut plus s'appuyer sur une délégation divine.

667. Les bases de la conception hobbesienne établissent que dans le modèle familial, les changements par rapports aux conceptions classiques et antiques seront également sensibles.

B – La famille et l'enfant selon HOBBES

668. Pour HOBBES, il n'existe pas d'autorité naturelle, et le père, pas plus que le souverain, n'est légitime à gouverner son enfant s'il n'a pas reçu cette autorité de la puissance publique. Il rappelle que rien dans le statut de père n'emporte l'autorité naturelle sur l'enfant[1052]. Frontalement, HOBBES s'oppose à ARISTOTE en dénonçant « *ceux qui ont tâché d'appuyer la puissance des pères sur leurs enfants* [et qui] *n'ont donné jusqu'ici aucune raison de cette autorité, que l'ordre de la génération* »[1053]. La première altercation intellectuelle entre les deux hommes intervient à partir du point de vue aristotélicien selon lequel « *ce qui procède d'une chose appartient proprement à la chose dont il sort* ». HOBBES récuse cet argument, énonçant une vérité première pour l'époque, que l'enfant nait du commerce charnel de deux personnes, un homme et une femme. S'il acquiesce à l'idée qu'il ne puisse y en avoir qu'un qui détienne l'autorité sur l'enfant, il repousse celle que ce soit naturellement le père. Affirmant la logique de sa théorie, HOBBES reprend la méthode qui lui a permis de définir l'autorité publique et la délégation des multiples puissances privées à son

[1052] Pour vérifier cela, HOBBES prend deux propositions. La première : « *Socrate est un homme, donc il est un animal* », est naturellement vraie car le terme « *homme* » contient intrinsèquement l'idée d'animalité sur laquelle se fonde l'humanité. La seconde : « *Sophronisque est père de Socrate, donc il en est seigneur* » n'est pas vraie. Le terme « *père* » ne contient pas naturellement l'idée que le père d'un homme est son maître ni que son enfant est son esclave.
[1053] T. HOBBES : « *Du Citoyen* » ; Flammarion, 2002.

profit par l'intermédiaire du contrat. À l'état de nature, l'enfant en tant qu'être faible et fragile ne peut prétendre ni à la force ni à la ruse pour asseoir son pouvoir illimité sur toute chose. Lors, il se place sous l'autorité naturelle de la première personne qu'il voit : sa mère. À nouveau, HOBBES réfute l'argument classique de l'autorité naturelle du père, dans la mesure où le mariage n'existant pas à l'état de nature, il est impossible de savoir certainement qui est le père de l'enfant, ni même de le présumer. L'autorité sur l'enfant est déposée entre les mains de la mère.

La nature des liens entre la mère et l'enfant est contractuelle selon HOBBES, même s'il précise que la notion de contrat est exclue puisque les enfants « *ne peuvent point contracter de société parce qu'ils ne savent pas ce que c'est* ». Toutefois, en échange de la vie et de la protection octroyée par la mère, l'enfant passe avec elle le contrat de lui être soumis et obéissant. De fait, quand la force de l'enfant dépassera celle de la mère, le risque sera accru de voir l'enfant devenir l'ennemi de la mère.

669. Dans le droit positif, l'idée de contrat renait d'abord entre l'homme et la femme à travers le mariage par lequel l'épouse abandonne sa soumission à l'époux[1054]. L'idée essentielle de HOBBES n'est pas tant que le plus fort domine la société domestique que celle de l'unité fondamentale de l'autorité qui ne doit sous aucun prétexte être partagée au risque de créer « *inévitablement* » une guerre. En se soumettant à son époux par contrat du mariage, l'épouse accepte que ses enfants soient sous l'autorité du père.

670. Pour le reste, les idées de HOBBES en matière de gouvernement de la famille sont très proches de celles de BODIN : le pouvoir est absolu entre les mains du père dont dépend l'émancipation de l'enfant. Il n'est pas question, dans la philosophie du penseur britannique, d'une majorité qui émanciperait automatiquement l'enfant de l'autorité du père.

La différence avec BODIN est que pour HOBBES, l'enfant est un être humain à part entière, un individu isolé des autres et qui ne peut pas être identique au père, lequel ne peut plus revendiquer sur lui un droit de mort. Pour la première fois, l'enfant est clairement une personne, titulaire de sa propre existence.

[1054] Ici encore HOBBES écarte la possibilité que cette soumission s'appuie sur la nature. Il énonce que cela vient de ce que la plupart des cités et des nations sont régies par des hommes, souvent plus forts et plus intelligents, mais qui ne sont toutefois pas à l'abri de la ruse des femmes. Cependant, la nature n'a rien à y faire, puisqu'il cite le cas de la reine régnante qui épouse un de ses sujets : celui-ci se soumet à sa souveraine par le mariage.

671. Même s'il ne s'agit que de la première pierre des fondations de l'édifice des droits de l'enfant, la pensée de HOBBES est le préalable indispensable à la mise en place de droits subjectifs pour l'enfant. Cela n'était pas envisageable tant que l'enfant était pris comme partie intégrante du père.

Depuis ce point de départ, PUFENDORF commencera à établir les premiers pans juridiques de droits de l'enfant

§ 2 – PUFENDORF : les prémices des droits de l'enfant

672. Les théories de PUFENDORF[1055] achèvent le cheminement de HOBBES en affranchissant définitivement la pensée moderne de l'identité ontologique entre le père et l'enfant prônée par ARISTOTE. Ce faisant, il est le premier à placer l'enfant parmi les personnes, non plus comme l'ont fait ses prédécesseurs en omettant de dire qu'il est un bien, mais en affirmant la séparation, dès la conception, entre la mère et son enfant.

La principale nouveauté de sa théorie est d'inscrire explicitement l'enfant au rang des personnes (A) et de lui donner des droits. Ce qui implique par ailleurs de revoir l'approche de ses prédécesseurs sur la question du gouvernement de la famille (B).

A – Inscription explicite de l'enfant au rang des personnes

673. Si l'enfant est clairement inscrit dès avant sa naissance comme une personne indépendante de sa mère (2), cette affirmation repose sur une vision de la société légèrement différente de celle de HOBBES (1).

1. Une société de devoirs réciproques

674. PUFENDORF est surtout connu pour son avancée par rapport à HOBBES dans le domaine du passage de l'état de nature[1056] à la civilisation. Là où HOBBES énonçait qu'un contrat social unique permettait à l'humanité de s'agglomérer et de se soumettre à un gouvernement autoritaire, PUFENDORF dégage un double contrat. Il critique la vision

[1055] Samuel VON PUFENDORF (1632 – 1694) est un contemporain suédois de HOBBES. Philosophe et jurisconsulte, il a largement contribué à insuffler un esprit égalitariste à la Constitution américaine de 1787.

[1056] Il énonce d'abord, contrairement au philosophe anglais, que l'état de nature n'est pas composé d'hommes tels qu'on les connaît, il faut les imaginer solitaires, non solidaires et dépourvus de parole, ne subsistant que par une raison fragile, sans l'instinct permettant aux autres animaux de survivre. À cet état de nature pur et simple, il préfère un état de nature pondéré où l'homme parle et raisonne suffisamment pour pouvoir communiquer, échanger et s'assembler.

hobbesienne en ce qu'elle contraint l'ensemble de l'humanité à s'assembler, faisant peu de cas de ceux qui préfèrent vivre éloigné de la civilisation.

Aussi, lors d'un premier contrat, (auquel nul n'est obligé de souscrire, ce qui implique que ceux qui n'y souscrivent pas se chargent de leur propre subsistance sans le secours des autres) les hommes décident-ils de quitter l'état de nature pour former un groupe unique. Ce n'est que dans un second pacte, qui achève le contrat social, que cette formation collégiale décide de confier la garantie de sa sécurité et de son bien-être à un souverain.

La nouveauté tient dans ce que le souverain est une entité différente du reste du groupe, de sorte que l'éviction du souverain n'entraîne pas la dissolution du groupe. La deuxième conséquence de cette nouveauté, est que le souverain est partie au contrat, à ce titre, contrairement à la philosophie de HOBBES, il doit répondre de sa charge de dirigeant. La promesse réciproque est ainsi formulée : les citoyens obéissent à condition que le souverain les protège. Communiant avec la pensée de HOBBES, PUFENDORF suit, pour la distribution du pouvoir, le même cheminement (ascendant puis descendant). Il entérine ainsi la fracture avec la conception classique : c'est la famille qui doit être le reflet de la société et non la société qui doit s'apparenter au gouvernement de la famille. Dès lors, si les devoirs sont réciproques dans la société, ils doivent l'être pareillement dans la famille, ce qui nécessite que l'enfant soit une personne séparée de ses parents.

2. L'enfant : une personne séparée de ses parents

675. L'affirmation que le pouvoir politique peut être repris par ceux qui le donnent assure la garantie des droits naturels et la stabilité du pouvoir souverain, ainsi que la sagesse raisonnée de ses mesures. La logique de PUFENDORF s'alignant sur celle de HOBBES, la sphère familiale doit être à l'image de la sphère politique des citoyens, ce qui implique deux conséquences nouvelles par rapport aux penseurs classiques.

La première conséquence de la théorie politique de PUFENDORF est qu'en principe, les membres de la famille sont égaux, quel que soit leur rang et leur statut. À l'instar de la construction de sa théorie politique, il débute sa théorie du droit familial en partant de l'état de nature pondéré dans lequel tous les humains sont égaux et où, donc, l'homme et la femme sont égaux. Même si PUFENDORF retient que l'homme, par sa force et son intelligence est supérieur à la femme, il n'en déduit pas que l'un puisse s'arroger des droits de domination sur l'autre. La vie maritale reste marquée par la domination contractuelle de l'homme sur la

femme, mais uniquement sur ce qui concerne le mariage, pour ce qui intéresse la vie en dehors de l'union, la femme reste libre. Par ailleurs, les mariés ne s'unissent plus seulement pour assurer la génération, ce n'est plus simplement un devoir humain, c'est aussi pour « *se donner l'un à l'autre un secours et un plaisir mutuels* »[1057]. De plus, il limite l'autorité du mari sur l'épouse en distinguant la société civile de la cellule domestique, dans la mesure où les pouvoirs du souverain sur son peuple ne légitiment pas que l'homme puisse corriger ou sanctionner ou encore tuer son épouse : la violence légitime reste à l'État.

L'assouplissement des relations entre l'homme et l'épouse s'est étendu à la considération que PUFENDORF porte à l'enfant.

Toujours dans la lignée de son principe fondamental d'égalité à l'état de nature, PUFENDORF affirme que l'enfant est un être humain comme les autres qui dispose dès la naissance des mêmes droits que les autres, sa fragilité ou son intelligence limitée ne justifiant pas qu'il puisse en être privé.

676. La seconde conséquence de l'influence de la société civile sur la famille est que, de même que le dirigeant n'est pas inclus dans les sujets, l'enfant n'est plus la chose des parents. Le philosophe suédois combat l'axiome aristotélicien de l'identité ontologique entre le père et son enfant. De là part également la remise en cause de la pensée bodinienne s'appuyant sur la patrimonialisation de l'enfant à l'égard du père qui peut en disposer librement allant jusqu'à nier l'existence de l'enfant placée tout entière entre les mains du père.

L'issue de cette théorie est d'admettre l'enfant de façon définitive et claire dans la catégorie des personnes juridiques et de lui attribuer des droits de l'homme, naturels, au premier rang desquels se trouve le droit à la vie et à sa protection.

677. L'enfant du milieu du XVII^{ème} siècle est enfin dissocié de ses parents, et enfin acquiert des droits, parmi lesquels le plus important et peut-être le plus révolutionnaire par rapport à la pensée classique : la vie. Dès l'instant où l'enfant n'est plus la propriété exclusive de son père, dès qu'il accède au statut de personne individualisée, le gouvernement familial ne peut plus s'exercer comme le préconisaient ARISTOTE, BODIN, ou Saint-Thomas.

B – <u>Repenser le gouvernement de la famille</u>

678. Puisque PUFENDORF place l'enfant dans le monde des personnes, il était nécessaire qu'il définisse avec rigueur le début de cette immixtion. Dans ce domaine, le

[1057] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 114.

penseur suédois ne se contente pas d'une fragile avancée et ne limite pas son idée à l'insertion de l'enfant dans le monde des personnes quand il naît. Selon lui, l'homme est personne « *aussitôt qu'il commence à jouir de la vie et du sentiment en qualité de substance particulière, quand même il ne serait pas encore sorti du sein de sa mère* »[1058]. L'affirmation n'est pas ambiguë et entraine les conséquences juridiques logiques que PUFENDORF ne nie pas ; la personne bénéficie de droits, notamment le respect de sa vie :

> « *Si donc on blesse de propos délibéré le corps d'un enfant qui est encore dans le sein de sa mère, on fait par là du tort non seulement au père et à la mère, mais encore à l'enfant même, de sorte que, quand celui-ci est parvenu à l'âge d'homme fait, il peut à mon avis, poursuivre en son propre nom la réparation de cette injure s'il en a connaissance* »[1059].

Le principe est posé : l'enfant n'est pas la chose de ses parents, ni un de leurs biens composant leur patrimoine. Dès avant la naissance il dispose d'une vie propre et de sentiments individuels qui l'inscrivent dans l'humanité et le monde des personnes. L'idée de PUFENDORF contrarie totalement les pensées classique et antique : l'enfant est une personne, il a droit au respect et à la protection de sa vie dès le début de son existence, il se détache de ses parents avant même de naître. Ce point jette les bases d'une pensée moderne qui ne peut que bouleverser la puissance paternelle jusque-là envisagée comme absolue et découlant naturellement de l'acte générateur.

679. Ceci étant, le jurisconsulte scandinave ne renie pas totalement l'influence du don de la vie sur l'autorité des parents sur leur enfant[1060]. Il prend la génération de l'espèce comme un des explications de l'autorité des parents sur leur enfant, mais il refuse d'y voir une raison exclusive de toute autre considération. Comme l'enfant est un être humain, une personne dotée des mêmes droits naturels que ses parents, il importe de fonder la puissance des parents sur un événement plus raisonné que la nature. Pour qu'une personne s'arroge une autorité sur une autre, il faut que la personne soumise l'accepte. L'enfant ne déroge pas à ce principe. Il n'ignore pas que l'enfant ne dispose pas de la raison suffisante pour contracter.

[1058] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 120.
[1059] *Id.*
[1060] « *Cela posé, il n'y a point de doute, que l'acte de la génération ne donne lieu à un père et une mère, d'acquérir sur leurs enfants un droit valable et par rapport aux enfants eux-mêmes et par rapport à tout autre, en sorte que, comme celui qui est maître d'une chose, est aussi maître des fruits qu'elle produit, de même celui, sous la puissance de qui est une personne, ait le droit le plus prochain sur les enfants qui sont nés d'elle* » (*Ibid.*, p. 122).

Mais de même qu'il a attribué la parole et la raison à l'homme dans l'état de nature, le philosophe va envisager que dès sa naissance l'enfant soit doué de raison et de la parole[1061]. Dans ce contexte, l'enfant conscient de sa personne et de la fragilité de son être ne peut qu'envisager raisonnablement de se placer sous la protection d'un tiers et sous son autorité pour apprendre l'usage des choses, le développement de sa raison. Ce serait la seule attitude raisonnable pour garantir ses droits.

Fidèle à la modélisation de la famille sur la cité, PUFENDORF énonce que si l'enfant accepte raisonnablement (quoique cela soit fictif) sa soumission aux parents, il est normal que les parents s'obligent à son égard. Le penseur estime que les parents s'obligent à lui devoir soutien, nourriture et éducation, et que c'est sur ces devoirs vers l'enfant que se fonde l'autorité paternelle[1062].

680. Le pouvoir paternel n'est donc plus un droit absolu sur l'enfant. L'auteur suédois exclut totalement que le père puisse disposer de la vie de son enfant de quelque façon que ce soit. Or, puisque la vie de l'enfant débute *in utero*, il exclut l'avortement, l'infanticide, l'exposition et l'abandon. Il ne souhaite pas retirer le droit de corriger l'enfant, mais PUFENDORF le limite à un droit de sanction léger. En outre, ce pouvoir autoritaire n'appartient plus exclusivement au père. La figure paternelle n'est plus la seule à être à l'origine de la conception de l'enfant. La mère prend une place importante. Cependant, la philosophie de PUFENDORF reste inscrite dans la logique bodinienne qui ne remet qu'à un parent l'autorité et la puissance sur l'enfant. Ainsi, même si dans la pratique Pufendorfienne l'autorité est-elle partagée entre les parents, il ne parvient pas à faire en sorte que théoriquement cette puissance soit exercée par les deux parents, alors que chacun d'eux est débiteur d'obligations à l'égard de l'enfant selon sa propre théorie égalitaire.

681. PUFENDORF limite l'exercice de la puissance dans son ampleur à l'égard de l'enfant, il limite également son exercice dans le temps. Mais il reste à nouveau enfermé dans les conceptions classiques et soumet l'émancipation de l'enfant à une demande faite au père de famille qui peut la refuser. La conception patriarcale de la famille demeure dans cette philosophie du Nord de l'Europe. En revanche, pour ce qui touche au mariage, PUFENDORF

[1061] La parole étant, depuis la philosophie antique, la condition préalable à l'émergence de la raison.
[1062] Ces propos du milieu du XVII[ème] siècle résonnent nécessairement dans l'oreille du juriste moderne, car ils ne sont pas sans évoquer les dispositions de l'article 371-1 du Code civil.
.

affirme l'autonomie et l'exclusivité de la volonté de l'enfant, indépendante de celle des parents[1063].

682. La pensée de PUFENDORF est moderne, elle brise la vision imposée par ARISTOTE et reprise en partie par Jean BODIN qui instituait une autorité absolue du père sur l'enfant qui était dans son patrimoine. Définitivement, l'enfant est une personne, égale dès la naissance à ceux qui partagent son statut. Pour autant, le philosophe suédois ne parvient pas à se dégager de la notion d'obéissance. Cet obstacle l'empêche d'attribuer des droits à l'enfant qui lui soient propres et qui ne dépendent pas de la volonté des parents.

Cet empêchement intellectuel sera dépassé par John LOCKE.

§ 3 – LOCKE : la première manifestation des droits de l'enfant

683. La pensée de John LOCKE s'inscrit dans la lignée de la pensée de HOBBES enrichie et complétée par les idées de PUFENDORF. S'appuyant sur les pensées de ces deux philosophes, il s'oppose à nouveau aux idées d'ARISTOTE, de BODIN et de FILMER, consacrant un ouvrage entier à démonter les arguments philosophiques de ce dernier, beaucoup plus aristotélicien que son époque.

Les fondements théoriques de la pensée de LOCKE sont les mêmes que pour ses prédécesseurs : liberté et égalité naturelles de tous les hommes. Il réfute les arguments d'ARISTOTE en s'aidant de cette liberté et de cette égalité originelles pour tous les humains. Le raisonnement de LOCKE n'est toutefois pas identique à celui de HOBBES et PUFENDORF, précisément parce que ceux-ci ne sont pas parvenus à dépasser la question de la concentration de la puissance sur l'enfant entre les seules mains du père.

La première évolution marquante de la pensée de LOCKE sur celles des autres philosophes est de dissocier le gouvernement politique du gouvernement familial en cessant de partir du principe que l'un (quel qu'il soit) soit le reflet de l'autre.

En dissociant les idées d'un gouvernement de tous et du gouvernement familial, LOCKE énonce que ce n'est pas parce que la cité a besoin que le pouvoir qui s'exerce sur elle soit entre les mains d'un seul qu'il faut que ce soit de même dans la famille.

[1063] Même s'il précise que le respect naturel (et contractuel) auquel s'engage l'enfant exige qu'il demande l'autorisation à ses parents avant de se marier. Mais cela reste formel et ne s'inscrit pas fondamentalement dans la conception philosophique de PUFENDORF.

Compte tenu de ce changement théorique, la notion de puissance alors présente dans le gouvernement de la cité s'évanouit dans une idée d'autorité pour la famille, de même que l'aspect monoparental se divise en une autorité parentale (A). Les changements sont nombreux en la matière, la nouvelle « *autorité parentale* » nécessitant une étude approfondie (B) afin de percevoir les droits qu'elle met en place au crédit de l'enfant.

A – La naissance de l'autorité parentale

684. La prémisse de LOCKE repose sur l'idée que tous les hommes sont libres et égaux. À l'état de nature, l'homme et la femme sont égaux et vivent dans un état précaire nécessitant, pour la survie de l'espèce, l'installation en société civile afin de préserver les intérêts de chacun. Alors que la force supérieure et l'intelligence plus mûre de l'homme étaient des arguments pour les philosophes classiques dans le but de soumettre la femme à la volonté de l'homme et ainsi permettre au père de détenir seul la puissance sur l'enfant, LOCKE va combattre cette idée.

S'agissant de la relation à l'enfant, la force ni l'intelligence ne sont utiles. Ce dont l'enfant a besoin au début de sa vie c'est de douceur et de protection, d'intelligence et de sentiments, de nourriture et d'éducation.

Se fondant sur l'égalité naturelle entre l'homme et la femme, LOCKE estime qu'il n'est pas cohérent que l'homme soit seul détenteur de la puissance sur l'enfant. Il énonce en outre que, compte tenu de leur complémentarité, il est préférable que l'enfant voie l'autorité pesant sur lui exercée par deux personnes au lieu d'une seule.

L'égalité et la complémentarité des époux permettent à LOCKE de dépasser l'obstacle que HOBBES et PUFENDORF n'étaient pas parvenus à contourner. L'avancée est majeure et nécessite une terminologie rénovée. LOCKE crée l'autorité parentale, estimant que l'idée de puissance paternelle était erronée[1064].

Au-delà d'une simple modification terminologique, c'est tout le gouvernement de la famille qui est repensé. L'autorité n'étant plus l'exclusivité du père, il est normal que cela

[1064] « *Je crois qu'il n'y a point de mal à employer des mots nouveaux, lorsque les anciens et les ordinaires font tomber dans l'erreur, ainsi qu'a fait apparemment le mot pouvoir paternel, lequel semble faire résider tout le pouvoir des pères et mères sur leurs enfants, dans les pères seuls, comme si les mères n'y avaient aucune part. Au lieu que si nous consultons la raison ou la révélation, nous trouverons qu'ils ont l'un et l'autre un pouvoir égal : en sorte que je ne sais s'il ne vaudrait pas mieux appeler ce pouvoir, le pouvoir des parents ou le pouvoir des pères et des mères* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p.146).

entraîne quelques changements. Même s'il n'affirme rien clairement là-dessus, en filigrane de son œuvre, certains droits de l'enfant sont déjà perceptibles chez LOCKE.

B – Les premiers droits de l'enfant

685. Dans sa vision juridique de la famille, LOCKE donne une définition nouvelle du gouvernement des parents. La notion d'autorité parentale naît doucement sous la plume du philosophe anglais (1). Lors, tandis qu'il ébauche les premiers traits de l'acception moderne de la notion, il dégage également les premiers droits de l'enfant (2).

1. La définition de l'autorité parentale

686. La naissance de l'autorité parentale repose sur deux idées. D'une part celle que l'enfant dispose de la même égalité à la naissance que les autres humains et d'autre part qu'il ne dispose pas d'une raison suffisante pour exercer les droits qui lui sont reconnus. Pour LOCKE, seule une personne douée de toutes ses facultés de raisonner peut profiter de sa liberté et jouir de ses droits. Il énonce que « *les enfants ne naissent pas dans cet état de pleine égalité* » car il ne dispose pas de l'entendement nécessaire pour appréhender son espace ni pour exercer pleinement leur droit.

LOCKE estime que les enfants sont à l'égal de leurs parents, mais qu'ils ne sont libres qu'en tant qu'un tiers pourra exercer en son nom les droits dont il est titulaire. Car pour pouvoir être totalement libre, il faut disposer totalement de sa raison pour pouvoir comprendre les méandres de la loi. Car c'est elle qui pose les limites de la liberté pure qui est destructrice pour LOCKE car elle autorise chacun à agir comme il veut sans prendre en considération les existences des autres. Le rôle de la loi est de contrôler la liberté, de la conserver et de l'accroître, ainsi, pour être bien libre, il importe de pouvoir appliquer la loi, ce qui nécessite l'attribut et l'usage de la raison, ce dont l'enfant ne dispose pas entièrement. Il est donc important que l'enfant soit protégé de l'exercice des droits des autres hommes et qu'il soit guidé vers la voie du plein épanouissement de l'exercice de sa liberté. C'est là qu'interviennent les parents. Car, bien que n'ayant pas la possibilité de jouir de sa raison, il est voué à en profiter un jour, c'est dans sa potentialité à jouir de ses droits que l'enfant trouve la source de son humanité et qu'il puise son égalité avec les autres membres de la société.

L'autorité parentale proposée par LOCKE est un ensemble de devoirs incombant aux parents dans le but de développer la partie raisonnable de l'enfant. Ce n'est pas un

privilège naturel mais un moyen en vue d'une fin : développer sa nature et sa liberté, promouvoir sa sécurité et son intelligence.

687. Une fois encore, LOCKE s'oppose aux conceptions précédentes, antiques et classiques. Refusant l'idée que la puissance paternelle soit un droit offert aux parents de disposer de l'enfant, il était normal qu'il s'éloigne également de l'absolutisme de l'autorité et des sanctions qui en découlent.

Dans cet ordre d'idées, LOCKE privilégie une autorité parentale partagée, limitée et raisonnée. La patrimonialité des enfants est exclue et les père et mère ne disposent plus du droit de mort sur leur enfant. L'enfant n'appartient qu'à lui-même, son corps est dissocié de celui des parents, de même que ses biens ne sont plus leur propriété exclusive. LOCKE est le premier à promouvoir l'idée d'une émancipation systématique à partir d'un âge où l'enfant est raisonnable, capable de discernement. À cet âge, l'enfant est dégagée de la tutelle matérielle et intellectuelle de ses parents, et devient un être libre, comme son père et sa mère. Alors, ils « *ne connaissent d'autre contrainte que celle qui leur est commune, c'est-à-dire le droit naturel ou civil de leur pays* »[1065]. Une fois qu'il atteint l'âge de la majorité, une fois que l'enfant accède à la pleine liberté, il est naturellement libéré de l'autorité des parents qui perdent de ce fait le droit de le commander, mais pas celui d'être honorés et respectés par lui.

La théorie de LOCKE parachève l'évolution vers les débuts de l'autorité parentale. Elle installe les premiers droits et devoirs entre le couple parental et l'enfant. Le modernisme de ce point de vue est saisissant au vu des dispositions de l'article 371-1 du Code civil prévoyant dans son deuxième alinéa que l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs. À l'orée de cette définition nouvelle des relations entre le couple parental, désormais solidairement redevable des bienfaits naturels à l'enfant, et l'enfant, libérable de leur autorité quand vient la majorité, certains droits de l'enfant sont perceptibles.

2. Les droits pour l'enfant contenus dans l'autorité parentale

688. Les changements opérés par LOCKE dans sa mise en forme nouvelle des relations entre les parents et l'enfant sont tels qu'il ne pouvait pas se permettre d'aller au-delà de ces principes neufs sans risquer d'atténuer leur portée. C'est la raison pour laquelle il n'affirme

[1065] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 151.

pas explicitement qu'il existe des droits de l'enfant, ni qu'il dispose de certaines prérogatives propres, relativement à la cité ou à ses parents.

LOCKE atténue un peu l'opinion classiquement admise que l'enfant a des devoirs envers ses parents. Tandis que HOBBES, BODIN et PUFENDORF voyaient encore des devoirs civils, il va insidieusement faire glisser cette vérité acquise vers l'obligation morale permettant ainsi d'évincer la sanction mortelle de l'éventail des punitions parentales et de faire reposer l'autorité parentale non plus sur un mécanisme automatique mais sur un contrat naturel[1066].

En filigrane de la définition de l'autorité parentale se lisent les principaux droits de l'enfant que sont le droit à la vie, à l'éducation et à la protection. Ces droits n'ont pas besoin d'être entérinés par la société civile, LOCKE explique bien qu'il s'agit de droits naturels, dus à tout enfant par ses parents, sans droits pour eux sur leur progéniture. Les parents sont-ils à ce point dépourvus de droits sur leur enfant ? Ils conservent la maîtrise de la discipline et de l'autorité sur l'enfant et disposent à ce titre du droit de le sanctionner et de le punir légèrement. Cependant, au lieu que ce pouvoir soit une prérogative exclusive au service des parents, il s'agit en réalité d'un moyen de guider l'enfant vers la liberté et l'égalité, vers sa vie d'adulte. En somme, punir et sanctionner perdent leur valeur de « *droit régalien* » parental pour devenir un moyen de hisser l'enfant aux pinacles de la connaissance et de la liberté. Ainsi, au lieu d'être exclusivement tournés vers eux, ces droits parentaux s'insèrent dans la vie familiale, comme un moyen de conduire et diriger l'enfant vers sa vie d'adulte, ce qui est selon LOCKE l'essence de la vie des parents.

Le philosophe britannique marche dans les empreintes laissée par l'imposante foulée de HOBBES appuyée par le pas soutenu de PUFENDORF. Il achève la dissolution de la puissance paternelle en dégageant l'enfant de la volonté des parents et pose les premières pierres de l'édifice des droits de l'enfant modernes, bien que ces fondations n'aient qu'une visibilité réduite. Là où ARISTOTE et Saint-Thomas d'Aquin concevaient des droits de l'enfant métaphoriques, relevant d'une forme de morale commune découlant de l'idée que l'enfant n'avait qu'une personnalité juridique anémiée, LOCKE exprime clairement la personnalité juridique de l'enfant, à laquelle s'attache le droit naturel à l'égalité et à la liberté, dont les parents sont garants et responsables.

[1066] « *Aucune de ces obligations n'investit qui que ce soit de la moindre autorité, ni du moindre droit de légiférer vis-à-vis des personnes qui en sont redevables* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p 151).

689. La philosophie moderniste de John LOCKE tranche avec les conceptions précédentes et ouvre la voie à une reconnaissance et un développement accrus des droits de l'enfant. Ceux-ci émergent à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème}.

Section 4 : L'émergence des droits de l'enfant

690. Le parcours philosophique de l'enfant, étudié dans la cellule familiale et parfois dans la cité, est long depuis ARISTOTE jusqu'à l'ère des Lumières. C'est sur la base des idées anglaises et suédoises que la pensée européenne s'est construite et que l'image de l'enfant dans la société a changé. Tout à fait personne depuis HOBBES et LOCKE, exclus avec eux du patrimoine paternel où l'avaient enfermé ARISTOTE et BODIN, l'enfant du XVIII^{ème} siècle réclame légitimement un statut, puisqu'il ne peut plus être réduit à une part intégrante d'un tiers ou à un morceau de son patrimoine. La période qui commence avec la fin du siècle des Lumières et qui s'étend jusqu'au crépuscule de la Première Guerre mondiale va voir s'épanouir la notion d'enfant.

Il n'est plus étudié sous l'angle des devoirs qui lui incombent envers ses parents mais au contraire à la lumière de ce qu'eux doivent faire pour lui. Deux grands axes se détachent des devoirs parentaux contenus dans la toute jeune autorité parentale définie et théorisée par LOCKE.

D'une part, il y a l'éducation de l'enfant qui doit déboucher naturellement sur son aptitude personnelle à appréhender le monde, ses mécanismes et ses réalités. Sur cette voie, les parents doivent guider l'enfant, cadre dans lequel la permissivité doit s'accorder avec la rigueur et l'encadrement.

D'autre part, il y a la protection de l'enfant contre les dangers du monde extérieur et contre les affres de sa propre « *passion enfantine* » pour reprendre les termes d'ARISTOTE. À l'inverse du domaine de la découverte, le cadre de la protection de l'enfant ne laisse pas de place à la permissivité qui serait aussitôt un signe de laxisme parental et de danger pour l'enfant. La protection de l'enfant exige rigueur et attitude permanentes, ce qui par ailleurs fonde la jurisprudence moderne relative à la responsabilité des parents du fait de leur enfant

mineur vivant chez eux de l'article 1384 du Code civil[1067]. Tout relâchement quant à la protection de l'enfant s'assimile à une faute parentale faisant courir un risque à l'enfant.

Aussitôt, la question de la mixtion des deux grands devoirs parentaux se pose, et le dosage entre la liberté d'apprendre et la prohibition du danger devient un problème. Selon l'époque, les théories se sont montrées parfois permissives, prônant une éducation riche de découvertes et d'apprentissages libres, parfois protectrices, privilégiant la sûreté de la personne de l'enfant au détriment de son apprentissage.

Le droit positif de l'enfant naîtra bien avant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, et apparaîtra au plan international avec la Déclaration de Genève de 1924. Cette première avancée est le signe de la prise en compte juridique de l'enfant (§ 3). Elle est le compromis entre deux approches philosophiques prenant pour point de départ la pensée des Lumières et cherchant à allier la protection et la libéralisation de l'enfant (§ 2). Ces théories ont été pratiquées successivement dans un temps très restreint, entre la Révolution Française et le Code civil de 1804 (§ 1).

§ 1 – Promotion et négation de l'enfant : de la Révolution au Code civil

691. La Révolution de 1789 est une évolution majeure qui peut se résumer en une phrase : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* »[1068]. Il s'agit d'une traduction juridique de la pensée de base de LOCKE selon qui la naissance entraînait l'égalité pour tous, indépendamment de l'âge et de la condition sociale. Point de départ philosophique des agissements révolutionnaires ultérieurs, cette Déclaration des droits ambitionne de libérer l'homme de l'oppression du pouvoir royal. Mais, précise GOSSIN, il est impossible de libérer la société si toutes les niches de tyrannie privée ne sont pas supprimées. Ainsi, si la société civile est libérée, il convenait également de lever les écrous de la cellule familiale. Précédant la théorie, la philosophie a libéralisé les relations privées dans le cercle de l'intimité de la famille (A), érigeant à côté de la grande Révolution de la nation, une petite Révolution de la

[1067] Cass. Civ. 2, 19 février 1997, « *BERTRAND* » ; Bull. Civ. II, 1997, 56 ; GAJC, 11ème éd. n°208-209 ; D. 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; D. 1997, somm. p. 290, obs. D. MAZEAUD ; JCP 1997, II, 22848, concl. KESSOUS, note G. VINEY ; Gaz. Pal. 1997, 2, p. 572, note F. CHABAS ; Dr. Fam. 1997, p. 83, note P. MURAT ; Petites Affiches, 15 septembre 1997, note G. LEBRETON.

[1068] Article 1er de la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen du 26 Août 1789 : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ».

famille. Mais la rapide émancipation des enfants et la libéralisation des mœurs ont naturellement conduit à des excès en réaction desquels le Code de 1804 a été rédigé (B).

A – La petite Révolution de la famille

692. En Février 1793, le député BERLIER prononça un discours dont le titre résumait la pensée philosophique révolutionnaire relativement à la famille :

> « *Discours et projet de loi sur les rapport qui doivent subsister entre les enfants et les auteurs de leurs jours, en remplacement des droits connus sous le titre usurpé de puissance paternelle* ».

La terminologie du titre du discours est assez précise pour entendre clairement que les droits que les parents détenaient jusqu'alors sur leur enfant étaient usurpés, ainsi que l'était l'autorité royale sur le peuple. L'idée principale développée pendant la Révolution sur la liberté des hommes repose sur l'état de nature galvaudé par la civilisation et par les lois des hommes. Aussi, pour privilégier des rapports harmonieux entre les parents et l'enfant, était-il nécessaire d'effacer les lois humaines. Dans un discours prononcé à l'Assemblée Nationale en 1791, MIRABEAU estimait déjà que « *moins les lois accorderont au despotisme paternel, plus il restera de force au sentiment et à la raison* »[1069]. L'absolutisme est aboli, tant pour le pouvoir royal que pour la puissance paternelle.

Si le père demeurait le chef de famille légitime, puisant la légitimité de son autorité dans la force que lui confère la nature, les pouvoirs que les hommes lui accordent ne sont plus entre ses mains, mais déférés à des tiers pour éviter les dérives que l'Ancien Régime connaissait : cachet, punitions corporelles lourdes, peine de mort domestique. L'institution éphémère[1070] des tribunaux de famille devait permettre de déléguer à une assemblée familiale la question des litiges relatifs aux sanctions infligées aux enfants. Autant la théorie était séduisante[1071], autant la pratique fut décevante, abandonnant rapidement les questions d'autorité au profit des successions litigieuses et des exhérédations abusives.

693. La Révolution ayant aboli l'aspect intemporel de la monarchie, elle a également mis un terme à la puissance paternelle. Supprimant son caractère viager, imposé par

---

[1069] H.-G. DE RIQUETTI-MIRABEAU : « *Œuvres de MIRABEAU : précédées d'une notice sur sa vie et ses ouvrages* » ; Guien et Compagnie, 1822, p. 171.

[1070] Créés par un décret du 16 août 1790, les tribunaux de famille ont été supprimés par une loi du 9 ventôse an IV (28 février 1796).

[1071] Les tribunaux devaient se réunir en forme arbitrale avec les membres de la famille et délibérer de façon égalitaire.

l'idéologie de l'Ancien Régime, la Révolution détermina un seuil au-delà duquel l'enfant était libéré de l'autorité de son père. La majorité émancipatrice est la création la plus durable de la Révolution sur le plan familial : après quelques hésitations, l'âge de la majorité est fixé à vingt et un ans par la loi des 20 et 25 septembre 1792, précédée par le décret du 28 août 1792 qui abolissait la *patria potestas*.

Insufflée par LOCKE, repris par ROUSSEAU, l'idée de la majorité émancipatrice permet de mettre un terme temporel à l'autorité parentale, qui s'en trouve ainsi rationnalisée. Elle autorise aussi d'envisager l'enfant comme une personne individualisée, qui ne peut rester indéfiniment sous l'autorité d'un tiers, quel qu'il soit. Libéré de la tutelle parentale, ouvert au monde, l'enfant majeur accédait au domaine plein des droits de l'homme. Exclu auparavant par son jeune âge, son intempérance et sa fragilité, il ne peut prétendre, tant qu'il est mineur qu'à la protection et à l'éducation de ses parents.

694. L'Ancien Régime privilégiait également des sanctions non physiques au premier rang desquelles se trouvait le droit paternel d'exhéréder ses enfants. Ce moyen de pression était le plus efficace contre les enfants turbulents et peu obéissants, lesquels avaient tout intérêt à rester dans le cadre des lois imposées par le père s'ils souhaitaient pouvoir obtenir son patrimoine à cause de mort.

Le droit d'exhéréder son enfant était un droit totalement discrétionnaire qui s'appuyait davantage sur un pouvoir de disposer de sa fortune plutôt que sur un droit de famille. En outre, ce pouvoir du père donnait l'impression que cette puissance s'exerçait sur les enfants par-delà la mort du *paterfamilias*. Aussi, la Révolution décida-t-elle de supprimer le droit de tester, malgré l'opposition qui avançait l'idée que cela saperait l'autorité des pères et mettrait en danger l'équilibre de la société. Un décret du 7 mars 1793 entérine que « *la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre vifs, soit par donation contractuelle en ligne directe, est abolie* ».

L'ultime punition pécuniaire qui permettait aux pères de maintenir l'enfant sous leur coupe est abolie par la Révolution. Cette période de l'Histoire montre que la notion d'égalité est exacerbée à l'extrême et que les parents ne disposent plus d'un droit sur l'enfant autre que celui de l'éduquer et de le protéger. Les sanctions disparaissent, mais les écarts et les dérives observés à partir de 1792 incitent le législateur du Code civil de 1804 à revoir l'abolition des droits parentaux de sanction sur l'enfant.

B – La réaction du Code civil

695. Le Code civil est l'œuvre majeure de la législation de BONAPARTE, dont la figure de proue, l'orateur phare est Jean-Etienne PORTALIS. Véritable voix de la législation moderne française, c'est lui qui porte les premiers coups, sanglants, aux esprits révolutionnaires et à leur avide appétit de modernisation outrancière :

> « *Les familles se forment par le mariage, et elles sont la pépinière de l'État. Chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes* »[1072].

Cette attaque portée de l'immortel juriste n'est pas la plus virulente contre l'esprit qui animait la Révolution, il condamnait également avec véhémence le profit que les gouvernements successifs avaient tiré des lois privées pour renforcer le pouvoir du droit public et ainsi promouvoir les intérêts de la nation au détriment de celui des personnes. « *Tout devient droit public* » s'était-il alors insurgé en estimant que « *on ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux : on ne voit que l'objet politique et général ; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens* ». La sentence du jurisconsulte est sévère et s'apparente à un revirement brutal, à une restauration des préceptes de l'Ancien Régime.

696. Alors que le mariage révolutionnaire notamment se limitait à l'union libérée de deux personnes égales, le mariage civil de 1804 revient sur la libération des mœurs et remet à l'ordre du jour les différents éléments de solennité que la Révolution avait effacés. L'égalité des parents est également remise en cause, et les théories philosophiques britanniques et suédoise sont abandonnées, c'est le retour à la domination du père sur la cellule familiale. PORTALIS estime dans son discours préliminaire que « *le mari est le chef de ce gouvernement. La femme ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari. Celui-ci administre tout, il surveille tout, les biens et les mœurs de sa compagne* »[1073].

Le Code civil de 1804 marque une certaine attirance de ses rédacteurs pour les préceptes antiques au détriment des conceptions modernes. Ainsi, si c'est à l'homme de gouverner la famille, c'est parce que « *l'autorité maritale est fondée sur la nécessité de*

[1072] J.-E. PORTALIS : « *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* » ; prononcé le 21 janvier 1801 devant le Corps Législatif (F. PORTALIS : « *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* » ; Joubert 1844).
[1073] *Ibid*., p. 73.

donner, dans une société de deux individus, la voix pondérative à l'un des associés, et sur la prééminence du sexe auquel cet avantage est attribué ».

Les bases familiales du Code civil sont très proches des préceptes d'ARISTOTE, et l'enfant, libre sous la Révolution et égaux à ses parents, retourne à l'état que la nature lui donne, dominé notamment par sa faiblesse naturelle. Il doit « *être soumis au père* »[1074]. Les révolutionnaires avaient effacé la puissance et l'obéissance de l'enfant derrière l'amour et l'affection que lui devaient les parents. Mais PORTALIS et les rédacteurs du Code civil ne voient pas le gouvernement familial sous cet angle et estiment que l'avenir de la société, et d'une certaine façon la sécurité de la civilisation, transitent forcément par un gouvernement familial fort. Alors que l'amour et l'affection guidaient la bienveillance du père à l'égard des enfants sous la Révolution, ils deviennent des sentiments qui doivent se contenter de limiter l'autorité du père, et non d'encadrer son entendement.

Pour autant, l'aspect barbare des peines privées et domestiques de l'Ancien Régime ne sont plus d'actualité avec le droit postrévolutionnaire. Le père ne peut plus tuer son enfant sous prétexte qu'il ne lui voue pas une obéissance inconditionnelle. Il récupère le droit de tester, sans toutefois pouvoir exclure l'enfant de sa succession. Il reconquiert aussi son autorité de correction et de punition, éventuellement appuyée par celle du juge.

697. La législation intermédiaire entre l'Ancien Régime et le droit civil moderne avait imposé un statut spécial pour les enfants naturels, inspiré d'une déclaration de ROBIN :

> « *Il y a une loi antérieure, une loi supérieure à la loi civile, savoir la loi de la nature qui impose aux père et mère le devoir de nourrir, d'élever et d'assurer l'existence et la conservation des enfants auxquels ils ont donné le jour* »[1075].

Pour les contemporains de PORTALIS et les législateurs du Consulat, le statut de l'enfant naturel est exclu, il ne doit pas bénéficier des bienfaits des parents et ne doit pas être soumis à l'autorité parentale[1076]. Le Code de 1804 refuse implicitement dans l'article 373 que la puissance paternelle puisse s'exercer sur l'enfant naturel[1077]. Bien qu'il ne puisse bénéficier de la puissance paternelle dans ce qu'elle contient de bienfaisant à son égard, l'enfant naturel,

---

[1074] Idem.
[1075] L. ROBIN : « *Opinion et projet de décret sur les enfants naturels* » ; Impr. Nat. 1792.
[1076] « *Les enfants qui naissent d'un mariage régulier sont appelés légitimes, parce qu'ils sont le fruit d'un engagement dont la légitimité et la validité ne peuvent être incertaines aux yeux de la loi* » (J.-E. PORTALIS : « *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* », prononcé le 21 janvier 1801 devant le Corps Législatif, *in* F. PORTALIS : « *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* » ; Joubert 1844, p. 38).
[1077] Article 373 du Code civil de 1804 : « *Le père seul exerce cette autorité pendant le mariage* ».

efficacement reconnu par son père et sa mère, peut subir l'aspect négatif de la puissance du père. Effectivement, l'article 383 du Code civil de 1804 prévoit que les mesures coercitives de punition paternelle sur l'enfant son communes aux enfants légitimes et naturels. Autrement dit, avec l'avènement du premier code de législation civile, les enfants naturels ne peuvent bénéficier de la puissance, mais ils peuvent en pâtir. La place de l'enfant naturel dans l'ordonnancement de la famille du nouveau régime législatif est le paradigme de la distinction entre les exigences d'éducation et les soucis d'obéissance. Il ne peut pas bénéficier de l'éducation que les autres parents doivent à l'enfant légitime, mais il peut souffrir de leur puissance s'il n'assure pas son devoir d'obéissance.

698. En matière de lois familiales, la succession en opposition des régimes révolutionnaires et du Code civil est une manifestation des différentes formes d'autorité parentale.

Les révolutionnaires voyaient dans l'enfant une potentialité à exacerber et à développer afin de lui faire acquérir la pleine liberté à laquelle il aspire par les lois de la nature. Mais le Code civil, lui, voyait davantage l'enfant comme la pépinière de la nation, source de ses forces vives qu'il fallait protéger à outrance, au risque de développer dans une mesure presque aristotélicienne, la puissance du père sur lui.

La succession, rapide dans l'Histoire — à peine une douzaine d'années — de deux modes de fonctionnement aussi différents met en exergue les différentes approches possibles concernant les droits de l'enfant.

§ 2 – Les différentes approches philosophiques modernes

699. L'édification des droits de l'enfant est affaire de compromis entre le modèle révolutionnaire et le modèle du Code civil de 1804, l'un étant parfois à l'extrême opposé de l'autre sur l'échelle du schéma de l'autorité parentale. De sorte que, en regardant de près les idées révolutionnaires et celles du Code civil, il est clair que les premières cherchaient à donner une grande liberté à l'enfant, quand les secondes cherchaient, sous couvert d'une puissance paternelle forte, à protéger l'enfant, source de vie pour la nation.

De là se dégagent deux grandes conceptions des droits de l'enfant, une école protectionniste (A) et une approche libérationniste (B). Ces deux modes de pensée ont sous-tendu l'adoption de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et continuent aujourd'hui d'en discuter la philosophie générale.

A – L'approche protectionniste des droits de l'enfant

700. La thèse protectionniste qui soutient une partie de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant repose sur l'idée que l'enfant n'est pas assez autonome ni assez doué pour profiter seul des droits qui lui sont reconnus. Dans ces circonstances, il nécessite l'appui d'autres personnes, matures et responsables pour l'aider à exercer ses droits et le protéger dans cet exercice.

Toutefois, cette école ne reprend pas les schémas antiques ou classiques, et ne donne pas aux parents la puissance totale sur l'enfant. Du reste, le parent n'est plus le seul à pouvoir protéger l'enfant dans l'exercice de ses droits. De fait, les différentes expériences historiques relatives à la place de l'enfant ont montré que le parent n'était pas forcément le mieux placé pour protéger la personne de l'enfant ni l'exercice de ses droits. C'est la raison pour laquelle la protection de l'enfant est confiée en premier lieu aux parents et en second lieu à l'État chargé de vérifier que la protection de l'enfant est bien assurée par les parents.

Car la protection de l'enfant ne se limite plus uniquement à la sauvegarde de ses intérêts patrimoniaux. Depuis la combinaison des théories de HOBBES, LOCKE et PUFENDORF, l'enfant a droit à l'éducation et à la sécurité. Ces droits reconnus à l'enfant sont normalement exercés en collaboration avec les parents. Mais dès que des droits sont reconnus aux enfants et que la gestion de l'exercice quotidien des droits est confiée aux parents, il faut aussi poser un contrôle cohérent à cet ensemble, au lieu de quoi les théories modernistes sur l'enfant et ses droits resteraient des vœux pieux.

701. À cet égard, le rôle de l'État est double, au même titre que celui des parents. Pour ceux qui se revendiquent de l'école protectionniste, la personne et les droits de l'enfant doivent être protégés de lui-même et des tiers. Dans cette conception de l'existence de l'enfant, sa protection contre lui-même est d'abord assurée par ses parents qui veillent à ce qu'il apprenne les règles de la vie en société. Dans ce cadre l'éducation et la protection se recoupent afin de donner un guide général à l'enfant de nature à ne pas être un danger pour lui.

La protection de l'enfant passe également par la sauvegarde de ses intérêts juridiques vis-à-vis des tiers. C'est pour cela que la théorie de LOCKE a développé l'idée que l'enfant soit, pendant la période de sa minorité, sous la tutelle juridique de ses parents[1078].

[1078] Idée que l'on retrouve dans le Code civil, mais qui n'apparaît pas de façon aussi évidente dans le droit révolutionnaire.

Malgré cette première frontière protectrice, il arrive un âge où l'enfant se sent suffisamment fort, assez assuré pour essayer de profiter seul de ses droits, outrepassant la volonté de ses parents et tentant de contracter au-delà de ce qui lui est permis. À ce moment, l'État se doit d'intervenir pour prévenir et corriger ces excès de « *passion enfantine* ».

L'État tient également un rôle important dans le cadre de la protection de la personne de l'enfant contre les tiers. Car, même si les parents assument cette tâche en premier, ce qui revient à la conception Aristotélicienne de l'identité entre les parents et l'enfant, il est important qu'un tiers supérieur puisse garantir la sécurité de l'enfant contre les abus des parents eux-mêmes, qui ne sont pas toujours bienveillants.

L'école protectionniste a eu quelque influence sur la rédaction de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Influences relativisées par la position inverse : celle de l'école libérationniste des droits de l'enfant.

B – L'approche libérationniste des droits de l'enfant

702. À l'inverse de la position défendue par ceux qui considèrent que l'enfant doit être protégé contre les excès de la vie, la position libérationniste estime que l'enfant est assez autonome pour que lui soient confiés des droits qu'il pourrait exercer seul. Aussitôt, la conception classique des parents qui agissent au nom de leur enfant doit être revue. Ils ne doivent plus être vus comme ceux qui agissent mais uniquement comme ceux qui guident et qui permettent à l'enfant de s'épanouir dans les droits qui lui sont reconnus.

Cette configuration modifie également la perception du rôle et de la place de l'État. Il ne fait plus office de protecteur de l'enfant à l'égard des tiers (parents inclus), mais doit permettre à l'enfant de profiter pleinement de l'exercice de ses droits.

L'État n'est plus le gardien des abus contre l'enfant, il devient le garant de l'exercice de ses droits. Il doit permettre aux parents d'assurer pleinement leur rôle de guide dans la vie de l'enfant et également à l'enfant d'obtenir le respect de ses droits.

La perception même du cœur de la question (l'autorité parentale) est conséquemment modifiée. Dans la mesure où le rôle des parents n'est plus tant de protéger l'enfant contre lui-même et contre les tiers mais au contraire, par le biais de l'éducation et de l'apprentissage, de lui permettre de s'ouvrir au monde, de s'y épanouir et d'en profiter. Dès cet instant, la question des droits de l'enfant se décline en celle de la responsabilité des

parents. Dans la philosophie libérationniste, la responsabilité des parents est de permettre à l'enfant de grandir, de s'épanouir, d'accéder à l'âge adulte de la meilleure façon possible.

M. ROSENCZVEIG estimait que la notion d'autorité parentale relevait d'un pouvoir discrétionnaire entre les mains des parents et que cette autorité n'était pas satisfaisante car ne faisant pas suffisamment valoir les droits des enfants, et notamment les devoirs des parents. Il préférait que lui soit substituée la notion de responsabilité parentale plus à même de définir que ce sont les parents qui sont redevables à l'égard de la société.

Le rôle central de l'autorité parentale dans l'approche libérationniste est de soutenir l'enfant. D'après les partisans de cette école de pensée, l'enfant est, dès sa naissance, considéré comme un citoyen, et non, comme le soutiennent les défenseurs de l'école protectionniste, comme un citoyen en puissance. L'autorité parentale ne doit donc pas s'assimiler comme un moyen de cadrer ces droits, mais au contraire comme un vecteur d'épanouissement des prérogatives citoyennes dont dispose l'enfant dès sa naissance.

703. À partir de ces fondements idéologiques, les droits de l'enfant vont commencer à émerger de façon plus visible.

§ 3 – La genèse de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989

704. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est, par la force des volontés des Nations unies, l'instrument juridique le plus visible pour ce qui concerne la vie quotidienne et les droits des enfants. Elle répond à une volonté internationale de prononcer des droits spécifiques pour les enfants, considérés comme personnes spécifiques. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est l'aboutissement d'un travail assez long qui a débuté dans le courant du XIX^{ème} siècle et qui s'est poursuivi notamment avec la Déclaration des droits de l'enfant du 26 septembre 1924 (« *Déclaration de G*enève ») qui marque les premiers pas vers celle de 1989 (A). En même temps, cette première esquisse des droits modernes de l'enfant est aussi la première pierre de la préoccupation des Nations unies relativement à l'enfance (B).

A – La Déclaration de Genève : la prise de conscience internationale

705. La Déclaration de Genève ressemble plus à une liste de souhaits internationaux qu'à une déclaration de droits classique. Certains l'ont appelée « *La déclaration des droits de l'homme applicable à l'enfant* »[1079], car selon eux elle se contentait d'énumérer les droits de l'homme que la Société des Nations pouvait reconnaître à l'enfant.

Contrairement à ce qui est ordinairement véhiculé sur cette première déclaration d'intentions louables, il ne s'agit pas d'une déclaration issue des nations unies ni des peuples comme l'est la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, inspirée, créée, rédigée et adoptée par une institution internationale regroupant les différents États du monde. Il s'agit en réalité d'une déclaration d'intentions mise en place à l'issue de la Première Guerre mondiale par un groupe de personnes ne dépendant d'aucun État, forme primitive d'une organisation non-gouvernementale moderne. Le reproche habituel formulé à l'encontre de cette première Déclaration est qu'elle est totalement dépourvue de force contraignante et qu'il ne s'agit alors que d'un catalogue de principes qui n'engage guère plus qu'elle ne contraint. C'est oublier un peu vite que cette Déclaration de 1924 ne visait aucunement à devenir une norme de droit international, mais qu'elle cherchait à se cantonner à demeurer un guide intellectuel pour les États, sans plus de force contraignante ou obligatoire.

L'histoire de la Société des Nations a vite oublié les premiers moments de cette Déclaration, ainsi que son auteur. Or, un rapide aperçu sur sa vie (1), avant que d'être adoptée par la Société des Nations permet de mieux comprendre en quoi il ne s'agit que d'un pas intellectuel (2), non formalisé, vers une reconnaissance juridique ultérieure des droits de l'enfant.

1. L'historique de la Déclaration de 1924

706. Lors des précédentes périodes belliqueuses de l'humanité, un soin jaloux avait été pris pour épargner, autant que possible, les populations civiles les plus fragiles : femmes, mères, vieillards, enfants, en dehors des scènes de pillages et de sac. Le développement des armes à feu a induit que ces populations protégeables étaient de moins en moins protégées pendant les périodes de guerre. À l'issue de la Première Guerre mondiale, la situation est visible sur le territoire européen. En France, des villages entiers des régions les plus

[1079] G. RAYMOND : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 2006, p. 22.

exposées[1080] ont été rasés de la carte sans se soucier des populations fragiles. Mais le plus grave ne se déroule pas sur le territoire français. La guerre de 1914 – 1918 est le premier combat mondial à avoir été le théâtre d'opérations d'exterminations annexes aux questions militaires. C'est ainsi que le gouvernement « *jeunes-turcs* » décide le 24 avril 1915[1081] d'entreprendre l'extermination de tout le peuple arménien considéré comme séditieux. La guerre environnante offre un odieux camouflage pour permettre ce genre d'atrocités sans inquiéter outre mesure la communauté internationale. Les effets du génocide sont pluriels. Le premier effet est la destruction des populations civiles arméniennes les plus fragiles et les moins informées. Le second est le déplacement de centaines de milliers de personnes, hommes, femmes, enfants, vieillards, qui se réfugient alentour, dans les Balkans et en Russie, dans des conditions d'hygiène et de salubrité déplorables. Pour horrible que cela puisse paraître, et sans minimiser aucunement l'abominable souffrance infligée aux victimes premières du génocide, c'est la situation des survivants, des fuyards qui attirera le regard de ceux qui, à l'issue de la guerre, se soucient du sort des enfants.

707. L'idée de la Déclaration de Genève germe dans l'esprit d'Eglantyne JEBB, britannique, fondatrice de *save the children fund* en mai 1919 à Londres[1082]. Effrayée par l'état des enfants russes et arméniens, elle propose à l'Union internationale de secours aux enfants de rédiger une Déclaration d'intentions dirigée vers l'ensemble des hommes et des femmes responsables d'enfants. Le conseil général de cette Union vote le texte dans sa session du 23 février 1923[1083], texte ensuite adopté par le comité exécutif de l'Union le 17 mai de la même année puis ratifiée par les membres du Conseil général le 28 février 1924.

Cette Déclaration adoptée en Suisse au début du siècle n'a aucune prétention juridique, elle se limite à un quintette de droits reconnus à l'enfant, sans sanction ni coercition à l'égard des parents qui ne les respecteraient pas[1084]. Pour autant, l'inspiratrice de cette

[1080] Une vingtaine de villages champenois et lorrains ont été totalement détruits, sans préoccupation des belligérants pour les populations civiles. Ils n'ont jamais pu être reconstruits à leur emplacement géographique d'origine. De même la ville de Reims a subi des pertes humaines et matérielles colossales.

[1081] Sur ordre du Gouvernement, ce matin-là, six cents notables arméniens sont assassinés à Istanbul. L'ordre émanant de l'autorité centrale est aussitôt relayé dans les provinces reculées de l'Empire Ottoman par télégramme : « *Le gouvernement a décidé de détruire tous les Arméniens résidant en Turquie. Il faut mettre fin à leur existence, aussi criminelles que soient les mesures à prendre. Il ne faut tenir compte ni de l'âge, ni du sexe. Les scrupules de conscience n'ont pas leur place ici* ».

[1082] Eglantyne JEBB fonda cette association avec sa sœur Dorothy BUXTON en visant le but qu'elle puisse déployer ses réseaux à travers le monde. Quatre-vingt-dix ans plus tard, cette fondation existe toujours et remplit précisément le but que lui avaient assigné ses fondatrices.

[1083] Archives d'État de la Ville de Genève.

[1084] À l'époque, il ne s'agit pas encore d'une déclaration mais d'une simple charte : *the chidren's charter*.

Déclaration s'attriste du fait que son travail n'a qu'une portée relative au vu de la tâche à accomplir :

> « *Je suis convaincue que nous devrions exiger certains droits pour les enfants et œuvrer vers une reconnaissance générale de ces droits* »[1085].

L'objectif de la fondatrice de *save the children fund* n'est nullement de rendre sa charte obligatoire à tous les parents du monde, mais surtout de faire au mieux pour que ces droits soient connus du plus grand nombre et reconnus par les plus grands du monde.

Son vœu est exaucé, la Déclaration est adoptée par l'Assemblée générale de la Société des Nations le 26 septembre 1924.

2. L'esprit de la Déclaration de 1924

708. La Déclaration de Genève n'a pas de velléité juridique de portée mondiale, au risque de redite : il ne s'agit que d'une déclaration d'intentions. À ce titre, elle n'a pas été renégociée ou reformulée par la Société des Nations qui s'est contentée de l'adopter dans les termes choisis par l'Union internationale de secours aux enfants en février 1923. Cette déclaration se scinde en deux grandes parties. Autant le préambule apparaît comme le fondement de l'idéologie véhiculée par le texte (a), autant la liste des articles révèle les ambitions utopistes des rédacteurs (b).

a. Le préambule : une Déclaration aux hommes

709. L'apostrophe du préambule est très concise et directe :

> « *Par la présente Déclaration des droits de l'enfant, dite déclaration de Genève, les hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur, affirmant leurs devoirs, en dehors de toute considération de race, de nationalité, de croyance* ».

710. Le premier indice de ce que cette Déclaration n'a pas de vocation juridique est révélé par l'analyse de l'auteur et des destinataires. Contrairement à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989, il ne s'agit pas d'une réunion d'États[1086]

[1085] E. JEBB : « *Lettre d'accompagnement de la charte des enfants à la Société des Nations* » ; Archives d'État de la Ville de Genève.
[1086] Préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 : « *Les États parties à la présente Convention…* ».

décidant de convenir ensemble des droits à reconnaître à l'enfant. Il s'agit d'hommes et de femmes qui déclarent à l'humanité les devoirs qu'elle devrait s'obliger à accomplir pour assurer le bien-être de tous ses enfants.

Un deuxième indice provient de ce que cette Déclaration ne crée rien de nouveau, et que dans ce sens, elle ne doit pas s'analyser comme une obligation entre les hommes et les femmes du monde. Il ne s'agit que de l'affirmation des devoirs, et non la révélation ni la création, ni encore l'imputation des devoirs. L'influence de la philosophie des Lumières, en particulier celle de LOCKE et HOBBES est très sensible ici. Il ne s'agit pas tant de créer un corpus juridique de devoirs nouveaux à la charge des parents que de leur révéler les devoirs naturels qu'ils ont à l'égard de leur enfant, charge naturelle de veiller à leur développement qu'il ne peut assumer seul[1087].

Dans ce contexte, le préambule pose les bases de l'économie générale du texte. Il n'est pas question d'imposer par un vecteur international nouveau[1088] une série de règles contraignantes à l'attention des parents. Ce n'est pas un code de devoirs parentaux, c'est une compilation ramassée des devoirs moraux que tout parent devrait mettre en œuvre pour assurer (sans garantir) le bien-être de l'enfant. Le préambule de la Déclaration de 1924 énonce qu'il n'y a pas de volonté de prescrire ce que les parents doivent faire, mais uniquement de leur inspirer ce qu'ils devraient faire. La nuance est sensible et renvoie à la frontière entre le devoir moral et l'obligation juridiquement sanctionnée.

711. Enfin, plus qu'une déclaration, l'esprit même du préambule imprime une forme de mea culpa général dans le fait que les « *hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur* ». Loin d'une simple affirmation ou d'une déclaration, la reconnaissance mentionnée dans les premières lignes du texte induit l'idée qu'auparavant, l'humanité n'avait cure de ce qu'elle devait donner le meilleur d'elle-même à l'enfant. Le préambule s'inscrit presque dans les lignes d'une coulpe battue en signe de repentir actif de ce que les parents du monde n'avaient jusque-là par pris assez conscience de leurs devoirs à l'égard des enfants, au point de les plonger, sans discernement dans les affres et les souffrances de la guerre achevée.

[1087] L'enfant étant définie par KANT comme « *l'incapacité de se servir de son entendement sans la direction d'autrui* ».
[1088] La Société des Nations a été fondée le 14 février 1919 à la suite du Traité de Versailles.

En second plan de l'adresse principale dirigée vers l'humanité, il y a, à peine perceptible, comme un repentir unanime des adultes vers les enfants, les premiers n'ayant pas été à même de voir ce que le bien-être des seconds exigeait.

Cette même expression, en double teinte, se retrouve dans les cinq articles de la Déclaration.

b. Les articles : un ensemble de devoirs moraux

712. Le corps des articles contenu dans la Déclaration de Genève de 1924 est maigre : un rapide quintette de dispositions morales où s'entrecoupent des propositions volontaristes évasives et des considérations de repentir par rapport à ce que l'homme a pu faire aux enfants par le passé.

L'ensemble des droits contenus dans la Déclaration n'est pas juridique. Il n'y a pas de cohérence juridique ni de volonté législative.

Sans détailler l'ensemble des imprécations morales prévues par la Déclaration, il est aisé de s'apercevoir qu'il n'y a ni débiteur ni créancier de ce qui fut appelé « *les premiers droits de l'enfant* ». À titre d'exemple, la rédaction de l'article 1er de la Déclaration est caractéristique du ton pris pour la suite du texte :

> « *Article 1er : L'enfant doit être mis en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement* ».

La rédaction de cette disposition est révélatrice de ce que la Déclaration ne se place pas sur un plan juridique mais sur un plan moral. Il n'est pas précisé si ce sont les parents qui doivent assurer le développement normal de l'enfant, ou si c'est l'État qui doit s'occuper de l'épanouissement spirituel. Les débiteurs sont totalement indéfinis. De même, il n'est pas possible de dire que l'enfant est créancier du droit de se développer de façon normale. Aussi, les dispositions prévues en 1924 n'engagent-elles personne, ni créancier, ni débiteur. L'article 2 est encore plus révélateur, en ce qu'il met en évidence que la Déclaration s'apparente plus à une pétition de principes qu'à un catalogue de droits reconnus à l'enfant :

> « *L'enfant qui a faim doit être nourri ; l'enfant malade doit être soigné ; l'enfant arriéré doit être encouragé ; l'enfant dévoyé doit être ramené ; l'enfant orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus* ».

En reprenant les devoirs traditionnels des parents à l'égard de l'enfant, la Déclaration de Genève ne fait qu'entériner ce qui est naturel dans la conception de la relation entre parents et enfant. Elle ne fait que reconnaître des évidences.

713. Contrairement à ce qui a été dit, la Déclaration de Genève n'a jamais eu vocation à embrasser une quelconque force obligatoire. Elle est toujours restée cantonnée (de l'aveu même de ses inspirateurs) à une règle morale, sorte de catalogue minimaliste de ce que chaque parent devrait faire pour son enfant, sans la moindre volonté de l'y obliger.

Cependant, cette première Déclaration, bien que ses effets soient limités, marque le début d'un renouveau et d'une évolution vers la reconnaissance générale de l'enfant à l'échelon international, et l'adoption définitive de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant en 1989.

B – L'ONU et l'enfant

714. L'Organisation des Nations unies est à la Seconde Guerre mondiale ce que la Société des Nations était à la première, toutes proportions gardées. L'œuvre centrale de cette nouvelle entité mondiale est la paix et la prévention de la guerre pour les peuples. Heurtée par les atrocités commises à une échelle sans précédent sur les populations civiles pendant la pire période du conflit, les peuples se sont rassemblés pour prendre acte de ce que l'avenir du monde ne pouvait se construire sans poser la paix comme préalable indispensable à toute évolution. Or, en considérant la génération comme but premier de tout individu, il faut placer l'enfant au centre des préoccupations de l'homme adulte. C'est dans ce sens que l'ONU se dote en premier lieu d'une charte qui dirige son action vers l'enfant (1) et qu'un de ses organes crée en 1959 une Déclaration des droits de l'enfant, à mi-chemin entre la Déclaration de Genève et la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 (2).

1. L'enfant au cœur du dispositif de l'ONU

715. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 est une convention née des différents acquis philosophiques et juridiques antérieurs. Sa différence fondamentale avec tout ce qui précède est qu'elle repose non pas sur des théories ou sur des points de vue isolés mais sur des acquis et sur des expériences. En ce sens elle est unique et, contrairement à ce qui lui a précédé, elle tend à obliger les signataires du texte.

Elle a été rédigée, comme les textes à vocation mondiale, au sein de l'Organisation des Nations unies.

Cette organisation, créée au sortir de la Seconde Guerre mondiale a pour objet de promouvoir la paix et de protéger les générations futures des torrents de souffrance déversés par les deux guerres du XX^{ème} siècle. Volontairement dirigée vers la jeunesse mondiale, la Charte de l'ONU débute sur la première résolution du préambule :

> « *Nous, peuples des Nations Unies, résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre…* ».

La direction prise par cette première résolution du préambule de la Charte des Nations unies du 26 juin 1945 est celle de l'enfance. L'idée de « *générations futures* » indique clairement que c'est à l'enfant que les cinquante et un premiers pays signataires ont pensé en adoptant ce texte.

L'enfant, en tant qu'il est porteur de l'avenir et qu'il doit faire l'objet des protections les plus importantes, est immédiatement au cœur de l'Organisation internationale. Pour aller au-delà et promouvoir ces générations futures, il était nécessaire que l'ONU se dote d'une structure parallèle uniquement destinée à l'aide à l'enfance. C'est ainsi que l'UNICEF[1089] naît en 1946.

À l'origine, cette institution devait assurer une aide d'urgence pour les enfants souffrant de la famine à cause de la Seconde Guerre mondiale. Le but était d'éradiquer les principales affections et de réduire la famine mondiale. Dès 1950, l'œuvre de cette organisation est élargie aux pays en voie de développement. La question principale de l'enfant dans le dispositif de l'ONU exigeait qu'une deuxième impulsion naisse à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, à l'instar de la Déclaration de Genève en 1924.

Une nouvelle Déclaration est rédigée et adoptée dans ce sens le 20 novembre 1959.

2. La Déclaration des droits de l'enfant de 1959

716. L'économie générale du texte de 1959 est totalement différente de celle de la Déclaration de Genève. Alors que le texte de 1924 n'affirmait que des principes évidents de

[1089] À l'origine, l'ONU créa *the united nations international children's emergency fund* qui comportait dans son titre l'idée d'urgence liée à la situation d'après-guerre. En 1950, l'aspect urgent de sa mission ayant disparu, l'appellation officielle devient *united nations children's fund*, mais l'acronyme demeure UNICEF.

comportement face à l'enfant, le texte de 1959 prend acte des atrocités dont l'enfant a été victime pendant la Seconde Guerre mondiale et estime que le temps des proclamations de principes évasifs est dépassé. En 1959, l'ONU abandonne le ton moraliste et un peu éploré de la Déclaration de Genève. La jeune organisation mondiale adopte un ton juridique proche de celui qu'elle avait adopté quelques années auparavant dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

717. Cependant, la Déclaration de 1959 n'est pas encore tout à fait l'aboutissement des philosophies antérieures, notamment celle de LOCKE. Certes les créanciers sont-ils clairement identifiés dans la personne de l'enfant, mais les débiteurs des devoir énumérés dans la Déclaration, quoique identifiables, ne sont pas soumis à l'obligation de les respecter. Les rédacteurs de la Déclaration se limitent à une aimable invitation respectueuse :

> « *L'Assemblée générale proclame la présente Déclaration des droits de l'enfant afin qu'il ait une enfance heureuse et bénéficie, dans son intérêt comme dans l'intérêt de la société, des droits et libertés qui y sont énoncés ; elle invite les parents, les hommes et les femmes à titre individuel, ainsi que les organisations bénévoles, les autorités locales et les gouvernements nationaux à reconnaître ces droits et à s'efforcer d'en assurer le respect au moyen de mesures législatives et autres adoptées progressivement en application des principes suivants…* »[1090].

Le vocabulaire choisi par l'Assemblée générale est bien un vocabulaire juridique[1091], qui n'était pas visible dans la Déclaration de 1924, il demeure que l'aspect contraignant n'est toujours pas présent. En se rapprochant des deux grands modes de pensées relatifs aux droits de l'enfant, il est visible que les devoirs inhérents à la charge de parents ne sont garantis par aucune autorité étatique, de sorte qu'il est laissé à l'appréciation des parents de s'organiser pour respecter ou faire respecter les droits de l'enfant. À cet égard le deuxième alinéa du septième principe est éloquent, il conseille les parents sans que l'État ne vienne contrôler la prise en compte de l'intérêt de l'enfant comme guide principal de l'autorité parentale :

> « *L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de*

[1090] Proclamation générale de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959.
[1091] Principe 3 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 : « *l'enfant a droit, dès sa naissance, à un nom et à une nationalité* ».

> *son orientation ; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents* ».

Cette disposition marque bien la responsabilité des parents dans l'éducation et l'orientation morale de l'enfant, mais elle n'indique pas que l'État soit garant de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les ménages.

718. La Déclaration de 1959 marque une avancée certaine vers la finalisation des premiers droits de l'enfant au sens moderne du terme. Elle affirme un certain réalisme par rapport à la vision un peu utopique de la Déclaration de 1924, sans toutefois se donner les moyens de son objectif. Bien que les droits énoncés en 1959 soient juridiquement exposés, bien que le créancier de ces droits soit l'enfant, l'absence de sanction étatique éventuelle, organisée et planifiée par la Déclaration, limite son objet à un premier socle juridique pour construire des droits plus élaborés.

Trente années seront nécessaires pour que la Convention des droits de l'enfant voie le jour, elle sera adoptée le 20 novembre 1989 et se présentera comme le droit international de l'enfant.

Chapitre Premier : Le droit international de l'enfant

719. Dans un autre Léviathan[1092], M. AUSTER écrivait que « *négliger les enfants c'est nous détruire nous-mêmes. Nous n'existons dans le présent que dans la mesure où nous mettons notre foi dans le futur* ». Cet extrait d'un roman de la fin du XX^{ème} siècle ne peut laisser indifférent tant à cette époque l'enfant est placé au cœur des préoccupations des législateurs et des théoriciens du droit. La notion d'intérêt de l'enfant a pris depuis le milieu des années 1960 son envol dans la jurisprudence[1093] jusqu'à acquérir la place qu'il connaît aujourd'hui dans les textes de droit interne sur la famille. Pour reprendre le verbe du Doyen CARBONNIER :

> « *L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qui en est fait aujourd'hui. À la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions du droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, rien de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire* »[1094].

Loin des pensées d'ARISTOTE ou de BODIN, l'enfant du troisième millénaire s'est totalement émancipé de la personne de son père. Il n'existe plus entre eux cette identité ontologique qui fondait absolument la puissance du père sur l'enfant. Lors, l'identité propre de l'enfant s'affirme en face de celles de ses parents (ce qui a été fait dans le troisième principe de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959), il convient de lui octroyer des droits propres et des devoirs.

Le souffle pacifique de l'ONU après la Guerre de 1939 – 1945 a ouvert la voie à une reconnaissance internationale de la personne de l'enfant débutée dès 1924 à Genève. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 est l'aboutissement complexe de deux millénaires de points de vue philosophiques, mêlés à des considérations pratiques et urgentes d'après-guerres, le tout dans une alchimie de compromis

[1092] P. AUSTER : « *Léviathan* » ; Actes Sud, 1993.
[1093] J. RUBELLIN-DEVICHI : « *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises* » ; JCP 1994, I, 3739 ; R. LE GUIDEC : « *La notion d'intérêt de l'enfant en droit français* » ; thèse, Nantes, 1973.
[1094] J. CARBONNIER : « *Droit civil, t.2 La famille, l'enfant, le couple* » ; PUF Coll. Thémis, juin 2002.

entre les vues occidentales judéo-chrétiennes et les considérations des autres civilisations. À ce titre, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant apparaît comme la fin d'un long cheminement intellectuel, culturel et historique et il aurait été facile de croire qu'elle s'affichait comme une déclaration parfaite, maîtrisant tant le destinataire des droits que leur contenu.

720. La réalité du constat est autre, et sans jeter le discrédit sur l'extraordinaire travail de synthèse ni sur les considérables avancées juridiques apportées par la Convention de New York, il faut reconnaître qu'il demeure depuis son adoption certaines imperfections.

Une première critique peut être portée sur la définition préalable de l'enfant faite par le premier article de la Convention. Bien qu'il s'agisse d'un progrès colossal sur les déclarations précédentes de 1924 et 1959 qui n'expliquaient pas à qui étaient destinés les droits affirmés, la définition de l'enfant proposée par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant n'est pas complète et offre une vision lacunaire du véritable récipiendaire des droits. De sorte que l'efficacité de la Convention peut s'en trouver limitée (Section 2).

721. En outre, la réalité de l'application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant montre que ses stipulations ne sont pas universellement prises en compte et rencontrent certaines difficultés d'application (Section 3).

Avant d'analyser l'application de la norme internationale concernant les droits de l'enfant, il importe d'en faire une étude complète, afin d'en dégager les principales inspirations philosophiques et les principaux objectifs (Section 1).

Section 1 : Présentation de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

722. Il aura fallu que trente années s'écoulent pour que l'ONU, par l'intermédiaire de l'UNICEF se dote d'une nouvelle norme internationale relative aux droits de l'enfant. Comme la Déclaration de 1959, la Convention de 1989 s'appuie sur les acquis préalables de l'histoire

et de la philosophie. Elle réitère dans le huitième alinéa de son préambule son attachement aux avancées des précédents textes internationaux[1095].

L'article 49 prévoit l'entrée en vigueur du texte le trentième jour suivant le dépôt du vingtième instrument de ratification auprès du Secrétaire Général des Nations unies. Pour la France, le décret du 8 octobre 1990[1096] précise que la Convention est entrée en vigueur depuis le 6 septembre 1990, à la suite de la promulgation de la loi du 2 juillet 1990[1097] qui en autorisait la ratification.

723. Le chemin parcouru depuis la Déclaration de Genève de 1924 est très important. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 est l'aboutissement du processus et permet d'obtenir une véritable norme internationale, réellement juridique, et, surtout, relativement contraignante à l'égard des États-parties. La Convention de 1989 achève le juridisme des droits de l'enfant à l'échelon international (§ 1), en même temps qu'elle les dote d'une force contraignante (§ 2). La marque que cette norme est une pierre solide dans l'édifice des droits de l'enfant est que depuis son entrée en vigueur internationale, elle a été complétée par des protocoles supplémentaires facultatifs qu'il faut également examiner (§ 3).

§ 1 – Compléter le juridisme des déclarations antérieures

724. Qu'il s'agisse de la Déclaration de Genève de 1924 ou de celle de l'UNICEF en 1959, les droits de l'enfant étaient proclamés, criés à la face du monde, mais ils n'avaient pas de force juridique valable. Au reste, étaient-ils vraiment juridiques ? Catalogue de souhaits de bonne volonté pour la première, répertoire de principes salutaires pour la deuxième, il n'y avait dans ces textes internationaux que la manifestation de vœux généraux pour le bien-être de l'enfant[1098].

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant tranche totalement avec ces manifestations antérieures de volontés internationales bienfaisantes. Elle prend acte

[1095] Alinéa 8 du préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *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…* ».

[1096] Décret n°90-917 du 8 octobre 1990 portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New-York le 26 janvier 1990 (JORF, 12 octobre 1990, p. 12363).

[1097] Loi n°90-548 du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant (JORF, 5 juillet 1990, p. 7856).

[1098] Au surplus, les textes de 1924 et 1959 n'avaient pas, dans leur intitulé d'intention juridique clairement établie. Au contraire, la Déclaration affirme plus volontiers une forme d'affirmation qu'une réelle recherche de contrainte.

des atrocités commises dans le passé dont les premières victimes sont les enfants et dans le même temps proclame que l'enfant, bien que personne humaine à part entière et, à ce titre, autorisé à revendiquer les droits de l'homme qui lui sont attachés, exige une protection particulière[1099].

Dès le moment où la Convention internationale relative aux droits de l'enfant annonce dans son préambule que l'enfant a besoin d'une protection particulière inhérente à son jeune âge et à sa faible maturité[1100], elle impose l'idée que l'enfant est une personne humaine particulière, dépendant à la fois des droits de l'homme et des droits propres à son âge.

Le préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 précise que les droits reconnus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 sont applicables à l'enfant. Il énonce en effet « *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* ». Une première étape vers la reconnaissance de droits spécifiques à l'enfance est franchie ici puisqu'en reconnaissant que l'enfant dépend aussi des droits de l'homme, l'ONU reconnaît explicitement que l'enfant a des droits.

725. Dans cette optique, il ne restait plus qu'à l'ONU à reconnaître des droits spéciaux pour l'enfant (A), ce qui induit nécessairement des devoirs pour la famille (B), exigeant, pour être efficaces, une garantie étatique importante (C).

A – Donner des droits à l'enfant

726. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 octroie une série de droits subjectifs à l'enfant en tant que personne humaine à part entière. Naturellement, cela exige que la panoplie des droits accordée soit examinée.

[1099] Alinéa 4 du Préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *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…* ».

[1100] Alinéa 9 du Préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Ayant présent à l'esprit que comme indiqué dans la déclaration des droits de l'enfant, adopté le 20 novembre 1959 par l'assemblée générale des Nations Unies, "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"…* ».

727. Les droits de l'enfant énoncés dans la Convention sont avant tout des droits de l'homme. Toutefois, compte tenu de sa fragilité et de son manque de maturité, l'enfant a besoin d'être particulièrement protégé, ce qui va entraîner des droits spécialement protecteurs à son égard dont un adulte ne pourrait pas bénéficier.

Il est possible de distinguer trois grandes catégories de droits propres à l'enfant.

D'une part les droits que l'enfant partage avec les adultes qui sont à la fois des droits de l'homme et des droits de l'enfant (1). D'autre part, les droits qui sont propres à l'enfant en raison de son âge et de sa maturité, ils ont un impact protecteur plus important, précisément en raison de la personne à laquelle ils s'adaptent (2). De troisième part, la Convention réaffirme une série de droits politiques et de libertés que l'enfant acquiert dès la naissance (3) mais que sa fragilité et son immaturité obligent à adapter pour lui.

1. Les droits de l'homme de l'enfant

728. Les premiers paragraphes du préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant instaurent une évidence ; l'enfant est un homme au sens de la Déclaration des droits de l'homme :

> « *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…* »[1101].

Du fait de son appartenance à la communauté des hommes, l'enfant peut revendiquer l'application de l'ensemble des droits proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. De ce point de vue, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant peut apparaître comme une répétition adaptée des droits de l'homme de 1948, relevant de la même « *utopie* »[1102], inspirée par la même philosophie et poursuivant les mêmes objectifs. Mais la réalité est autre et les droits de l'homme que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant reprend sont souvent ajustés à la personne de l'enfant. L'article 1er de la Convention stipule une définition de l'enfant qui insère le

[1101] Préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, paragraphe 3, inspiré par l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

[1102] « *Par certains côtés, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est utopique…* » (G. RAYMOND : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 2006, p. 23).

destinataire des articles du texte dans une limite d'âge. Cette limite d'âge tranche totalement avec l'esprit de la Déclaration de 1948 qui ne définit pas l'homme. L'homme ne se définit pas, il est. Et aussi évident qu'est l'homme dans la Déclaration, l'enfant nécessitait une définition précise qui implique que l'idée même d'enfant n'était pas naturelle. Partant de ce constat, l'esprit de la Convention de 1989 est plus facile à saisir : les droits qui y sont proclamés ne sont pas naturels, contrairement à ceux de 1948. Ainsi, quand la Déclaration de 1948 énonce que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* », l'ONU ne fait que reprendre l'idée maîtresse de la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen du 26 Août 1789 qui était de proclamer « *dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme* »[1103].

729. L'économie générale du texte de New York de 1989 n'est pas la même que celle de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Le texte universel de 1948 ne faisait que montrer les droits naturels inhérents à tout être humain. Aussi, quand la Déclaration énonce l'égalité entre tous les hommes dans le premier article, elle ne fait que rendre visible une vérité première qui n'a pas besoin de se justifier comme émanant directement du droit naturel. Inversement, quand la Convention de 1989 proclame l'égalité entre les enfants du monde, elle est contrainte de le justifier. Il ne peut pas s'agir d'un droit naturel puisqu'il s'applique à une catégorie de personnes identifiées et dont la définition dépend d'un temps de vie. Aussitôt, la réalité tangible de la Convention de 1989 paraît nette : elle crée un droit particulier pour une catégorie particulière de personnes alors que la Déclaration de 1948 rend visibles des droits préexistants, naturels, s'appliquant à tous les hommes. Le lien entre les deux est que la Déclaration universelle des droits de l'homme sert de fondement à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

730. Pour cette raison, les droits de l'homme réaffirmés dans la Convention de New York sont systématiquement, en raison du positivisme de la Convention, appuyés sur une garantie étatique. Cette implication des États est perceptible dès l'intitulé du texte. S'agissant d'une convention internationale, elle est le produit d'un échange de volontés plurielles qui engagent chaque État signataire de la Convention. De nouveau, c'est la force contraignante, essence d'une convention, qui donne sa valeur réelle aux droits qui y sont énoncés : ils ne peuvent pas être naturels puisqu'ils nécessitent un accord de volontés pour être efficaces, à la

[1103] Préambule de la de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789.

différence, fondamentale, du texte de 1948 et avant lui, de celui de 1789, lesquels, loin de s'imposer à l'homme, ne faisaient que révéler ce qui leur préexistait.

731. La distinction entre ce qui relève de la Déclaration de droits et ce qui répond aux exigences d'une Convention internationale est particulièrement visible dès le premier paragraphe du deuxième article de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant :

> « *Les États 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* ».

Cet article représente l'obligation pour les États ayant adopté cette convention de ne pratiquer aucune discrimination dans l'application des droits énoncés[1104]. Cette disposition de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est présentée le plus souvent comme un article prohibant la discrimination entre les enfants. Cette analyse est exacte, mais en forçant un peu le trait de l'examen de cette stipulation, il est possible de s'apercevoir qu'elle est le versant positiviste du très naturel article 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui affirme l'égalité entre tous les êtres humains. Mais tandis que la Déclaration de l'ONU affirme l'égalité comme une évidence, la Convention de l'UNICEF la détaille et l'explique. Quand les enfants sont égaux devant les droits de la Convention, c'est que les États parties s'interdisent d'opérer des traitements différents entre les destinataires des droits.

732. La question soulevée par le positivisme réaliste et pragmatique de la Convention de New York est celle de savoir s'il était possible — et finalement plus simple à appréhender — d'énoncer que les enfants sont tous égaux entre eux.

L'idée d'égalité développée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme invite à considérer chaque individu comme disposant des mêmes prérogatives qu'un autre.

[1104] Le deuxième paragraphe de cet article impose aussi la non-discrimination et oblige que « *les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination…* ».

Ainsi, tout homme bénéficie de la même protection, peut jouir des mêmes droits et embrasser et disposer des mêmes libertés que son contemporain. C'est le sens à donner de l'article 1er de la Déclaration de 1948.

La différence apportée par la Convention de New York est qu'elle s'applique à l'enfant, qui, « *en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux…* »[1105]. Ce qui justifie l'adoption par l'ONU d'une Convention spécialement dédiée à l'énoncé et à l'application des droits de l'enfant, c'est que le récipiendaire des droits n'a pas la même maturité que l'homme qui dispose des droits de la Déclaration de 1948. Il n'a pas la même maturité, ni la même intelligence, ni la même force : il n'a pas le même âge.

733. M. RAYMOND semble regretter qu'il n'existe « *aucune référence dans le texte de cette Convention à des seuils d'âge* » bien connus notamment du droit français et qui permettent « *à l'enfant d'accéder progressivement à la majorité* » [1106]. Ce soupir doctrinal ne s'appuie pourtant pas sur une réalité exacte. D'une part parce qu'en fait de seuil d'âge, la Convention en connaît un et non des moindres, celui de dix-huit ans[1107], ensuite parce qu'il semblerait plus rigoureux de parler de seuils permettant à l'enfant d'accéder progressivement à la responsabilité d'adulte plutôt qu'à la majorité, enfin parce, même si la Convention ne fait pas référence explicitement à ces seuils, elle ne les ignore pas pour autant, et elle en tient compte.

Elle en tient précisément compte dans cet article 2 prévoyant la non-discrimination entre les enfants au lieu d'énoncer un principe d'égalité générale. Cela répond du même coup à la question de savoir si la non-discrimination imposée par l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant équivaut à l'affirmation d'une égalité entre les enfants devant les droits mis en place. La réponse ne peut être que négative. Comment envisager qu'un enfant de trois ans jouisse de la même façon de la liberté d'expression prévue à l'article 13, 1 qu'un enfant de seize ans ? Certes le seuil d'âge n'est-il pas clairement envisagé, mais il n'est pas nié pour autant, puisque la Convention rappelle expressément l'idée de capacité de discernement dans l'article 12, 1 :

> « *Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer son opinion…* ».

[1105] Paragraphe 9 du préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1106] G. RAYMOND : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 2006, p. 23.
[1107] Article 1er de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

De même, toujours dans l'article 2 de la Convention, le principe de non-discrimination trouve nécessairement ses limites dans l'âge de l'enfant auquel la Convention s'applique. D'ailleurs, si la Convention fait référence à l'ensemble des questions qui pourraient entraîner une discrimination, elle n'inclut pas clairement l'âge comme critère ne devant pas donner lieu à discrimination.

734. Il n'a pas été donné de définition de la discrimination au sens de la Convention[1108]. C'est le Comité des droits de l'homme qui en esquisse une définition dans son Observation générale n°18 de 1989. Selon lui, la discrimination « *doit être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »[1109]. La première lecture de cette définition invite à un saisissant parallèle entre la notion de non-discrimination et celle d'égalité. Mais le Comité précise aussitôt que « *la jouissance des droits et des libertés dans des conditions d'égalité n'implique pas dans tous les cas un traitement identique* ». Le Comité des droits de l'homme prend en compte la situation particulière de certaines catégories d'hommes et de femmes particulièrement touchés par la vie (personnes souffrant d'un handicap) ou par la situation géopolitique de leur pays (expatriés, réfugiés auxquels il convient d'apporter une attention particulière).

À plus forte raison, l'enfant répond à cette exigence. Sa fragilité et sa maturité en évolution constante appellent la communauté des adultes à le regarder de façon bienveillante et différente selon son âge et sa situation familiale. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant invite d'ailleurs les États parties à cette forme d'atténuation du principe de non-discrimination érigé en principe fondamental dans l'article 2 de la Convention. Le Préambule de la Convention reconnaît d'ailleurs « *qu'il y a dans tous les pays du monde des*

[1108] Pas plus qu'il n'existait de telle définition dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui l'évoque pourtant également dans ses articles 2, 24 et 26.
[1109] Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001 (HRI/GEN/1/Rev.5 par 7).

enfants qui vivent dans des conditions particulièrement difficile et qu'il est nécessaire d'accorder à ces enfants une attention particulière »[1110].

735. La convention est motivée par une volonté d'agir en faveur des enfants. Son objet n'est pas d'énoncer une succession de principes et de droits, la rédaction de cet outil crée un franc contraste avec les outils qui le précèdent, soit dans le thème de l'enfance (Déclaration de Genève ou Déclaration de 1959) ou dans le thème des libertés fondamentales (Déclaration universelle des droits de l'homme et Pacte international relatif aux droits civils et politiques). Le but de la Convention est d'inviter les États signataires à assurer ce principe de non-discrimination et à en assurer l'efficience dans leur législation interne. Elle vise ainsi à abolir les discriminations persistantes entre les enfants, ainsi qu'à assurer pour l'avenir l'égalité d'accès aux droits proclamés dans la Convention. La signature de la Convention de New York a vocation à entraîner son application active dans le droit interne de chaque État. Le Comité des droits de l'enfant a toujours été rigoureux et ferme dans l'activisme juridique des États parties à la Convention. Il s'est montré particulièrement ferme avec l'application des articles 2, 3, 6 et 12 qu'il considère comme fondamentaux dans l'installation d'un droit international de l'enfant, essentiellement en ce qui concerne l'article 2. Dans une observation adressée à la Bolivie à la suite du premier rapport de ce pays sur l'application de la Convention, le Comité a tenu à souligner « *que le principe de la non-discrimination qui est énoncé à l'article 2 de la Convention doit être fermement appliqué* »[1111]. Le Comité entend que les États parties ne se limitent pas à une intégration juridique symbolique des principes développés dans la Convention. Il souhaite de la part des signataires que l'article 2 de la Convention et le principe de non-discrimination qu'il renferme soient inscrits dans les textes légaux et dans les politiques nationales portant sur les enfants. Le Comité des droits de l'enfant l'a vivement rappelé à plusieurs États en précisant que la Convention et « *en particulier les dispositions des articles 2, 3 et 12, soient dûment incorporés dans tous les textes législatifs pertinents concernant les enfants* »[1112].

[1110] Paragraphe 10 du Préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

[1111] Bolivie, CRC/C/15/Add.1, par. 14.

[1112] « *Le Comité recommande que les principes généraux de la Convention, en particulier les dispositions des articles 2, 3 et 12, soient dûment incorporés dans tous les textes législatifs pertinents concernant les enfants et mis en œuvre dans toutes les décisions politiques, judiciaires et administratives ainsi que dans les projets, programmes et services ayant une incidence sur la situation de tous les enfants, y compris les enfants non citoyens, et qu'ils orientent la définition des politiques à tous les niveaux et les mesures prises par les organismes d'aide sociale et de santé, les tribunaux et les autorités administratives* » (Lettonie, CRC/C/15/Add.142, par. 22. Voir également Mexique, CRC/C/15/Add.13, par. 7 et 15 ; Indonésie, CRC/C/15/Add.25, par. 18 ; Danemark, CRC/C/15/Add.33, par. 24 ; Canada, CRC/C/15/Add.37, par. 11 ; Sri Lanka, CRC/C/15/Add.40, par. 25 ; Sénégal, CRC/C/15/Add.44, par. 25 ; Finlande, CRC/C/15/Add.53, par. 13)

736. Le principe de non-discrimination énoncé dans la Convention est parfois en opposition avec certains droits nationaux, lesquels sont souvent hérités d'une tradition culturelle. Le Comité distingue souvent entre ce qui relève d'une volonté positive de discriminer et ce qui procède d'une tradition séculaire intégrée sans réflexion. Il est donc arrivé au Comité des droits de l'enfant d'appeler l'attention de certains États sur des parties de leur législation qui s'opposent au plein épanouissement des droits de la Convention[1113]. Des exemples de discriminations ont été relevés, indépendants de la situation maritale des parents.

En France notamment, il existait jusqu'en 2005 une différence d'âge d'accès au mariage entre les filles et les garçons. Ces législations internes sont certes discriminatoires, mais elles sont souvent héritées de traditions séculaires et, quoique instaurant une discrimination de fait entre les enfants de sexes différents, elles ont plus pour objectif de perpétuer une tradition acquise que d'opérer une discrimination réelle.

737. Parfois, la législation d'un État est volontairement discriminatoire à l'égard des enfants, soit pour des motifs culturels érigés en principes légaux, soit pour des motifs politiques de gestion de la natalité. Mais ces motivations, bien qu'elles soient parfois légitimées par des questions démographiques, ne doivent pas entraîner de discrimination entre les enfants, ni en raison de leur sexe[1114], ni en raison de leur rang dans la famille[1115].

L'activisme juridique auquel la Convention invite les États n'est pas restreint à sa Constitution ou à sa législation, il doit pénétrer tous les acteurs politiques, sociaux et économiques du pays concerné. Ainsi, les employeurs doivent aussi être sensibilisés à la question, comme l'a rappelé le Comité au Zimbabwe[1116].

Parfois, la discrimination contraire au principe de l'article 2 de la Convention n'est pas écrite dans la loi et c'est en toute bonne foi que les États parties affirment qu'il n'existe aucune discrimination sur leur territoire. Mais, bien que la loi interdise la discrimination, cette attitude est implantée dans les mœurs de la population. Ce paradoxe apporte un éclairage supplémentaire aux dispositions de la Convention de New York, elle ne se contente pas de solliciter les États en vue d'une modification de leur législation, elle les

[1113] Ce fut notamment le cas de l'Italie et de l'Allemagne, invitées à l'occasion par le Comité à « *modifier la législation en vigueur pour assurer la pleine égalité de traitement entre enfants dans le mariage et enfants nés hors mariage* » (Italie, CRC/C/15/Add.41, par. 16. Voir aussi Allemagne, CRC/C/15/Add.43, par. 28)

[1114] La politique de natalité Indienne incite *de facto* les familles à privilégier les naissances de garçons et à avorter en cas de grossesse donnant jour à une fille.

[1115] La politique de natalité de l'ex-République yougoslave de Macédoine consiste à limiter le nombre des naissances d'une famille à trois enfants, le quatrième étant exclu du bénéfice des prestations sociales.

[1116] « *Le Comité constate à ce sujet que* […] *le principe de la non-discrimination ne s'applique pas aux employeurs ou établissements privés…* » (Zimbabwe, CRC/C/15/Add.55, par. 12).

incite également à agir sur ce que le Comité des droits de l'enfant appelle « *les discriminations de fait* »[1117]. Il s'agit de situations prohibées par l'État mais tellement en décalage avec la mentalité de la population que les lois ne sont pas respectées. Ces traditions, trouvent parfois leur assise dans une croyance, un rite. C'est le cas dans certains pays d'Afrique où l'enfant né un jour néfaste est rejeté, comme l'est le deuxième ou troisième jumeau, comme l'est l'enfant accouché par le siège ou par césarienne. Dans ces pays, la Convention s'applique et la plupart du temps la législation s'accorde avec l'outil international. Mais souvent, malgré la rédaction d'une loi prohibant la discrimination ou interdisant les pratiques discriminatoires, la réalité de la situation, ancrée dans des croyances tenaces, empêche l'application efficace du principe de non-discrimination. La bonne volonté des États parties est rarement mise en cause, mais leur niveau de développement les empêche de disposer des fonds nécessaires pour la mise en place d'une politique de sensibilisation de la population[1118].

Le Comité des droits de l'enfant a dressé une liste très complète des différents cas de discrimination rencontrés et envisagés[1119]. Dans ces motifs, religieux, traditionnels,

---

[1117] « *... que bien souvent lorsqu'un pays affirme au Comité qu'il n'existe aucune discrimination sur son territoire, cela signifie seulement que la discrimination est interdite par la loi. Le Comité encourage la Mongolie à prendre des dispositions supplémentaires pour améliorer la situation des groupes d'enfants qui pourraient être en butte à une discrimination de fait* » (Mongolie, CRC/C/SR.265, par. 31).

[1118] Le Comité des droits de l'enfant a plusieurs fois insisté sur le fait que l'application des droits énoncés dans la Convention, et notamment ceux prévus par les articles 2, 3, 6 et 12, devait se faire indépendamment des contraintes budgétaires des États parties. Toutefois, il est évident que c'est la pauvreté de certains États qui empêche la Convention de s'appliquer efficacement et de développer les outils juridiques nécessaires à son épanouissement sur le territoire national. Le fait est que la modification d'une loi ne grève pas le budget, mais l'efficacité de son accompagnement et l'installation d'une politique d'encadrement est tout autre. La complexité de la Convention de New York ne tient pas tant à la concrétisation juridique des droits évoqués que dans la pénétration de la population.

[1119] La liste est longue mais dresse un panorama complet des différents motifs de discriminations. Elle établit qu'en plus des discriminations acquises par habitude, existent des discriminations d'État motivées par des exigences démographiques ou politiques. Le Comité répertorie les motifs de discrimination suivants : sexe, handicap, race, xénophobie et racisme, origine ethnique, orientation sexuelle, castes, tribus particulières, « *intouchabilité* », langue, enfants non enregistrés à la naissance, enfants jumeaux, enfants nés un jour néfaste, enfants nés dans un accouchement par le siège, enfants nés dans des conditions anormales, politique de « *l'enfant unique* » ou des « *trois enfants* », orphelins, lieu de résidence, distinctions entre provinces/territoires, rural (y compris l'exode rural), urbain, enfants vivant dans des bidonvilles, enfants dans des zones isolées et des îles isolées, enfants déplacés, enfants sans-abri, enfants abandonnés, enfants bénéficiant d'une protection de remplacement, enfants issus de minorités ethniques bénéficiant d'une protection de remplacement, enfants placés en institutions, enfants vivant et/ou travaillant dans les rues, enfants concernés par le système de justice pour mineurs, en particulier enfants privés de liberté, enfants touchés par les conflits armés, enfants qui travaillent, enfants en butte à la violence, enfants mendiants, enfants touchés par le VIH/SIDA, enfants de parents avec le VIH/SIDA, jeunes mères célibataires, minorités, notamment les enfants tsiganes/gitans/nomades/des gens du voyage, enfants de communautés autochtones, non-nationaux, entre autres enfants immigrants, immigrants en situation irrégulière, enfants de travailleurs migrants, réfugiés/demandeurs d'asile, y compris les réfugiés non accompagnés, enfants touchés par les catastrophes naturelles, enfants vivant dans la pauvreté/la pauvreté extrême, distribution inégale de la fortune nationale, statut social/handicap social/inégalités sociales, enfants touchés par les problèmes/les changements économiques, situation économique des parents provoquant une ségrégation à l'école, situation de fortune des parents, religion des parents, législation sur la situation personnelle

culturels, légaux, il n'y a pas de mention relative à l'âge de l'enfant. C'est là un point essentiel de la Convention et de l'application de son article 2. Il n'est pas envisageable que tous les enfants soient égaux puisqu'ils ne peuvent pas atteindre les droits de la Convention de la même façon. L'âge permet nécessairement aux États d'opérer des discriminations positives visant à protéger l'enfant jeune ou à favoriser l'accès au droit de l'enfant capable de discernement. C'est l'âge qui infléchit l'égalité entre les enfants au profit du principe de non-discrimination.

738. Dans cette configuration, l'âge est un élément faisant naturellement obstacle à l'idée d'égalité entre les enfants. L'enfance est une période de l'existence où l'être humain se transforme, passant de l'état de nouveau-né à celui d'adulte. La Convention de New York ne peut pas s'adresser identiquement aux deux extrêmes de l'échelle. Pour cette raison, le principe posé par l'article 2 de la Convention ne peut pas s'assimiler à un principe d'égalité, principe de droit naturel exposé en 1789 et en 1948. Intellectuellement, physiologiquement, corporellement, les enfants ne sont pas égaux : leur exercice des droits exige qu'une modulation s'instaure en fonction de leur capacité réelle, effective à l'accomplir.

739. La Convention de New York de 1989 prend acte très exactement de cette situation évidente de l'enfant et énonce dans son article 2 que les mesures les plus diligentes doivent être prises pour éviter toute forme de discrimination, sans pour autant prétendre atteindre l'égalité entre les enfants, cette situation d'équilibre parfait entre eux étant inaccessible et relevant, pour le coup, de l'utopie, alors que la Convention s'inscrit dans un réalisme concret.

Les droits de l'homme de l'enfant nécessitent donc de prendre en considération que les enfants ne peuvent pas être égaux : c'est un objectif juridique irréalisable, empêché par une réalité biologique difficilement discutable. Ces éléments permettent de mieux appréhender les raisons qui ont poussé les rédacteurs de la Convention à réinsérer dans le corps du texte des droits de l'homme. Loin d'être une répétition inutile, il s'agit d'adapter l'universalité abstraite des droits de l'homme à la réalité concrète et fluctuante de l'enfance.

740. Toutefois, la transposition des droits de l'homme en droits de l'enfant ne nécessite pas toujours une adaptation aussi marquée que pour l'article 2. Par exemple, l'article 6, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant énonce que « *les États parties*

---

fondée sur la religion, enfants naturels (nés en dehors des liens du mariage), enfants de familles monoparentales, enfants d'unions incestueuses, enfants de mariages entre personnes de nationalité ou de groupes ethniques/religieux différents.

reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie ». Cette disposition est très proche de l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui énonce le droit à la vie pour tout individu[1120]. L'unique différence, déjà envisagée, tient dans la nécessaire « *positivisation* » des droits naturels énoncés en 1948 ce qui exige que ce qui était affirmé dans la Déclaration universelle soit imposé aux États en 1989.

741. À côté de l'adaptation légitime des droits de l'homme à la catégorie finie des enfants, ce qui représente un nombre d'articles assez restreint finalement, la Convention relative aux droits de l'enfant met en place un important panel de droits exclusivement réservés à l'enfant. Ces dispositions prévoient à son égard des mesures de protection qui tiennent compte de sa fragilité et de l'évolution de son âge.

2. Les droits protecteurs de l'enfant

742. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant réaffirme dès le préambule la fragilité corporelle et intellectuelle de l'enfant par rapport aux adultes, ce qui nécessite une protection particulière, notamment une assistance juridique propre.

Cette volonté répond à deux exigences parallèles. Il s'agit d'une part de protéger un être fragile et d'autre part de garantir son potentiel à devenir un adulte. Dans une perspective temporelle, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant cherche à protéger l'enfant aujourd'hui pour demain.

La protection de l'enfant ne peut pas se limiter à une protection de sa personne, mais doit aussi se manifester dans la préparation de sa vie d'adulte. C'est la raison pour laquelle la protection de l'enfant dans les droits que lui accorde la Convention transite par une mise en place d'un mécanisme de protection combiné à une volonté de préparer l'avenir de l'enfant et sa vie d'adulte.

743. Au premier rang des droits protecteurs de l'enfant se trouve la protection de sa personne, ce qui implique, nécessairement, la proclamation que « *les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie* »[1121]. Ce premier principe essentiel

[1120] Article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* ».

[1121] Article 6, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. La France a émis une réserve sur l'interprétation de cet article : « *Le Gouvernement de la République déclare que la présente Convention, notamment l'article 6, ne saurait être interprétée comme faisant obstacle à l'application des dispositions de la législation française relative l'interruption volontaire de grossesse* ».

garantit que l'enfant puisse vivre et que les États parties assurent une protection concrète à l'enfant. Il est aussitôt suivi d'un alinéa prévoyant que l'État assure « *dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant* »[1122].

744. L'article 6 de la Convention est le préalable indispensable à l'exposé des droits protecteurs de la personne de l'enfant. La vie est effectivement le premier élément à protéger dans la perspective de pouvoir efficacement établir une protection complète de l'enfant. Le droit à la vie est un droit déjà identifié dans d'autres instruments juridiques internationaux tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1123]. Le droit à la vie renvoie souvent à une interprétation étroite de la part des États parties, quand ceux-ci ne sont pas apeurés par le spectre de la remise en cause de la législation interne en matière d'avortement. Mais le droit à la vie ne doit pas s'analyser de façon étroite ; il englobe certes le droit de rester en vie et de ne pas être inquiété dans son intégrité physique[1124], mais contient également la promotion de la santé néonatale et la baisse de la mortalité infantile[1125]. C'est dans ce cadre-ci que le droit de tout enfant à la vie est mieux perceptible et plus compréhensible, et c'est la raison pour laquelle le Comité des droits de l'enfant a souhaité que cet article fasse l'objet de d'œuvre législative interne au même titre que les articles 2, 3, et 12 de la Convention. Il s'agit de principes généraux dévolus à l'enfant qui doivent être appliqués en droit interne des pays signataires. Il n'est pas simplement question d'assurer à l'enfant les mêmes protections qu'aux adultes[1126], il s'agit en outre, de façon positive, d'organiser une législation le protégeant mieux dans cet âge de fragilité. Les mesures prises par les États en vertu de l'application de l'article 6 de la Convention doivent être « *de nature positive, visant à protéger la vie, y compris par l'allongement de l'espérance de vie, la diminution de la mortalité infanto-juvénile, la lutte contre la maladie, le*

[1122] Article 6, 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1123] Article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine* ».
[1124] Cette acception se trouvant davantage dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui prohibent davantage l'atteinte arbitraire contre l'existence de l'homme qu'ils ne promeuvent le concept même de vie.
[1125] « *L'expression 'le droit à la vie… inhérent à la personne humaine' ne peut pas être entendue de façon restrictive, et la protection de ce droit exige que les États adoptent des mesures positives. À cet égard, le Comité estime qu'il serait souhaitable que les États parties prennent toutes les mesures possibles pour diminuer la mortalité infantile et pour accroître l'espérance de vie, et en particulier des mesures permettant d'éliminer la malnutrition et les épidémies* » (Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001, HRI/GEN/1/Rev.5, par. 5)
[1126] Ce n'est d'ailleurs pas le cas dans la législation française puisque les crimes et délits commis contre un mineur (un enfant au sens de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant) sont souvent réprimés de façon plus grave que lorsqu'ils sont commis contre un majeur (un adulte).

rétablissement de la santé, la fourniture d'eau potable et d'aliments sains et nutritifs »[1127]. La promotion de la santé infantile et l'abaissement de la mortalité de l'enfant se trouvent également dans l'article 24 de la Convention quand il dispose que les États doivent prendre des mesures pour « *réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants* »[1128].

745. Ce droit « *inhérent à la vie* » a légitimement agacé la susceptibilité de certains États parties au regard de leur législation nationale relative à l'avortement. Pourtant, la Convention ne définissant pas de point de départ pour l'enfance[1129], le droit à la vie se comprenait de façon qu'il ne concernait que l'enfant en fonction de l'interprétation qu'en font les États. Aussi, selon le Comité des droits de l'enfant n'était-il pas nécessaire d'émettre des réserves en lien avec les lois sur l'avortement[1130].

746. Il existe cependant un cas où l'avortement est considéré comme problématique aux yeux des termes de l'article 6. Ce fut le cas notamment avec la Russie qui pendant un temps privilégiait le recours à l'avortement et s'en servait comme d'une solution de planification familiale[1131]. En effet, pour que l'avortement ne soit pas en conflit avec les dispositions de la Convention, il convient que son recours reste l'exception, d'autres moyens préventifs de réguler la natalité existant. Dès l'instant où l'avortement devient un moyen de régulation, (au détriment de la santé de la mère, protégée également par les outils juridiques internationaux) son caractère exceptionnel flétrit et porte atteinte au droit à la vie défendu dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Il n'a jamais été question dans l'esprit du Comité de porter atteinte aux droits internes à l'avortement, mais la politique des rédacteurs de la Convention est de faire en sorte que son recours reste exceptionnel, et ainsi privilégier les moyens préventifs de contraception[1132]. Dans toutes ces situations, c'est l'avortement légal qui est en cause et dont l'usage habituel conduit à une remise en cause du droit défendu par la Convention.

[1127] M. SANTO PAIS : « *Manuel relatif à l'établissement de rapports sur les droits de l'homme* » ; UNITAR 1997, p.424.
[1128] Article 24, 2, a) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1129] L'article 1er de la Convention se contente de déterminer la fin de l'enfance quand l'âge de dix-huit ans est atteint (Cf. infra en page 619).
[1130] Cf. infra en page 554.
[1131] « *Le Comité s'inquiète également du recours fréquent à l'avortement qui paraît être une méthode de planification de la famille* » (Fédération de Russie, CRC/C/15/Add.4 par. 12).
[1132] « *Le Comité considère qu'il faudrait faire davantage d'efforts afin de dispenser une éducation familiale, de faire mieux comprendre les responsabilités égales des parents et de faire largement connaître les méthodes modernes de planification de la famille de manière à faire reculer la pratique de l'avortement* » (Roumanie, CRC/C/15/Add.16, par. 15).

747. Mais le droit à la vie est également violé quand l'avortement n'est pas légal et qu'il est pratiqué de façon clandestine. Car dans cette situation, ce n'est pas seulement la vie de l'enfant à laquelle il est porté atteinte, mais c'est aussi celle de la mère. Or, si la mère n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans, au sens de l'article 1er de la Convention, elle est un enfant. L'avortement clandestin porte donc atteinte à la vie de deux enfants. L'avortement clandestin a notamment cours dans les pays qui connaissent encore des législations de mariage privilégiant l'homme au détriment de la femme. En Inde par exemple, c'est le garçon qui aide aux champs, c'est lui qui hérite les terres, qui aide les parents et qui représente la force en même temps qu'il perpétue le patronyme[1133]. Dans la péninsule indienne, la mortalité infantile est intense[1134] et le recours à l'échographie permet d'anticiper sur la naissance d'une petite fille et mettant fin, *in utero* à son existence. Le Comité des droits de l'enfant avait interpellé l'Inde sur cette question, en lui recommandant « *d'entreprendre des études pour déterminer les facteurs socioculturels qui conduisent à des pratiques telles que l'infanticide des filles et les avortements sélectifs et d'élaborer des stratégies pour y faire face* »[1135]. Depuis 1994, la loi indienne prohibe le recours à l'échographie pour déterminer le sexe de l'enfant et interdit de pratiquer un avortement motivé par le sexe du fœtus[1136].

748. Ces différentes remarques du Comité des droits de l'enfant établissent qu'il n'a jamais été question de remettre en cause les législations sur l'avortement. Au contraire, le Comité peut parfois inviter un État partie à reconsidérer sa législation afin de l'ouvrir à des cas plus vastes. En effet, il peut arriver que l'avortement soit dans l'intérêt supérieur de

---

[1133] « *Élever une fille, c'est comme arroser le jardin d'un voisin* » (Proverbe indien, *in* Inde, CRC/C/28/Add.10, par. 84 et 85).

[1134] B. MANIER : « *Quand les femmes auront disparu, l'élimination des filles en Inde et en Asie* » ; La Découverte, 2004.

[1135] Inde, CRC/C/15/Add.115, par. 49.

[1136] Dans les faits, cette loi de 1994 (qui restreint la légalisation de l'avortement obtenue en 1971) est ignorée. Une étude menée en 2006 montre que dans les familles où le premier enfant était de sexe féminin, les proportions pour les deuxièmes naissances étaient de 759 filles pour 1000 garçons. Ce taux passe à 719 après deux naissances féminines. D'après le Rapport initial de l'Inde, les petites filles, dans les zones rurales surtout, continuent de ne pas avoir accès aux soins de santé de base, à l'alimentation et à l'éducation. « *Il y a donc fatalement davantage de filles que de garçons qui souffrent de malnutrition et succombent à des maladies. En 1991, il y avait d'après les estimations 7,8 millions de filles de moins que de garçons, le taux population féminine/population masculine s'établissant à 0,949. Si le coefficient filles/garçons est négatif parmi les enfants, cette situation est imputable aux privations et aux inégalités de traitement qui désavantagent systématiquement les filles par rapport aux garçons dans plusieurs régions du pays. Des cas d'infanticides des filles et de fœticides sélectifs des filles continuent d'être signalés dans diverses régions de l'Inde. Mais ces phénomènes ne semblent pas avoir d'incidence sur la répartition par sexe, qui s'explique plutôt par des facteurs comme l'accès aux soins de santé et à l'alimentation* ». Le Rapport a également noté que le Parlement et certains États ont interdit les examens destinés à établir le sexe du futur enfant afin d'éliminer le fœticide des filles (Inde, CRC/C/28/Add.10, par. 84 et 85).

l'enfant promu à l'article 3 de la Convention, c'est notamment le cas quand la grossesse de la fille est incestueuse ou quand elle résulte d'un viol[1137].

749. Le second paragraphe de l'article 6 de la Convention promeut également le droit à « *la survie et au développement* ». Il s'agit là d'une particularité inédite en droit international, c'est un droit réservé à l'enfant que doivent garantir les États parties. L'objectif est d'assurer un développement normal à l'enfant, en d'autres termes, le but est de laisser l'enfant profiter de son enfance, sans s'inquiéter des préoccupations d'adultes. Pour cela, il faut éloigner l'enfant de la vie d'adulte, ou l'en préserver. La précocité de l'âge de nubilité a posé souci au Comité, dans la mesure où, en plus de la discrimination que cela représente pour les filles[1138], elle constitue une menace pour le droit au développement normal de l'enfant, trop vite plongé dans le monde adulte.

La précocité du mariage chez les jeunes filles de quinze ans induit très souvent une maternité précoce représentant de fait un danger pour sa survie et une altération de la normalité de son développement d'enfant. La question se trouve ici en plein cœur de la question du droit inhérent à la vie, à la survie et au développement normal.

En outre, la notion de vie renvoie à deux idées : la vie physique et la vie intellectuelle.

750. La Convention protège l'enfant en tant que personne physique à travers plusieurs stipulations. La première concerne une protection globale de l'enfant contre toute atteinte extérieure, même provenant de ses parents ou de ses responsables légaux. Elle est définie à l'article 19, 1 de la Convention :

> « *Les États 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* ».

[1137] « *Le Comité note que l'avortement est illégal, sauf pour raisons médicales, et s'inquiète de la prise en compte de l'intérêt supérieur des enfants victimes de viol ou d'inceste. Le Comité recommande à l'État partie de revoir sa législation concernant l'avortement de façon à prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants victimes de viol et d'inceste* » (Palaos, CRC/C/15/Add.149, par. 46 et 47).
[1138] Discrimination contraire à l'article 2 de la Convention.

Cet article complet opère un changement dans la conscience collective : l'enfant n'est plus un être sur lequel s'exerce une domination des parents ou de la société. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant affirme que l'État est garant de la protection de la personne de l'enfant, y compris de ceux à qui sont confiées sa garde, et normalement, sa protection. Ainsi, la Convention prend-elle acte de ce que les parents de l'enfant peuvent aussi représenter une menace à son intégrité physique. Les idées des philosophes sont loin : le postulat selon lequel le parent ne peut pas, raisonnablement, porter atteinte à l'intégrité de son enfant est écarté. D'ailleurs, le Comité des droits de l'enfant s'est élevé contre l'impunité des parents qui commettent un crime d'honneur[1139], notamment reconnus par le Code pénal de la République islamique d'Iran[1140] et par celui du Royaume de Jordanie[1141].

Assurer un droit inhérent à la vie de l'enfant et l'accompagner d'un droit à la survie et au développement normal consiste également à faire en sorte que la vie de l'enfant ne soit pas interrompue et que tout soit mis en œuvre pour qu'il atteigne l'âge adulte. Or, précisément, un fléau moderne est la violence de l'enfant contre lui-même : le suicide. Le Comité des droits de l'enfant s'est montré très préoccupé par la situation qui se développe et s'accroit dans les pays occidentaux et européens[1142].

751. La santé physique de l'enfant est également un souci majeur de la Convention qui reconnaît dans son article 24 « *le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation* ». À nouveau, l'accent n'est pas mis uniquement sur une protection ponctuelle de la santé de l'enfant, mais sur un état progressif destiné à assurer sa survie et son développement[1143]. Toutefois, les dispositions de la Convention mentionnent des instants de la vie de l'enfant qui méritent une protection plus importante que d'autres, ce qui induit nécessairement l'idée que l'égalité entre les enfants

[1139] Les crimes d'honneur sont des actes de violence, le plus souvent des meurtres, commis par les membres masculins d'une famille à l'encontre de ses membres féminins, lorsqu'ils sont perçus comme cause de déshonneur pour la famille toute entière. Une femme peut être la cible d'individus au sein de sa propre famille pour des motifs divers, comprenant : le refus de participer à un mariage arrangé, le refus des faveurs sexuelles, la tentative de divorce — que ce soit dans le cadre de la violence conjugale exercée par son mari ou dans un contexte avéré d'adultère. La simple interprétation selon laquelle son comportement a "déshonoré" sa famille est suffisante pour enclencher une représaille.
[1140] République islamique d'Iran, CRC/C/15/Add.123, par. 27.
[1141] Jordanie, CRC/C/15/Add.125, par. 35.
[1142] Hongrie, CRC/C/15/Add.87, par. 36 ; Norvège, CRC/C/15/Add.23, par. 17 ; Danemark, CRC/C/15/Add.33, par. 21 ; Canada, CRC/C/15/Add.37, par. 16 ; Sri Lanka, CRC/C/15/Add.40, par. 37 ; Finlande, CRC/C/15/Add.53, par. 16 ; Royaume-Uni, Territoire dépendant : Hong Kong, CRC/C/15/Add.63, par. 15 ; Bulgarie, CRC/C/15/Add.66, par. 29 ; Australie, CRC/C/15/Add.79, par. 18.
[1143] Article 6, 2 : « *Les États parties assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant* ».

n'est pas possible. C'est le cas dans l'article 24 de la Convention quand il est précisé que les États prennent les mesures pour « *réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants* »[1144] ou quand il s'agit d'assurer « *aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés* »[1145] ou encore lorsqu'il faut développer l'information pour promouvoir « *les avantages de l'allaitement au sein* »[1146]. Ces dispositions marquent que l'enfance est un âge particulier qui nécessite une adaptation de la protection en fonction de l'âge de l'enfant. L'égalité entre les enfants n'est pas possible en raison de l'évolution de leurs personnes. L'affirmation du principe de non-discrimination dans l'article 2 de la Convention (à la place d'un principe général d'égalité entre les enfants) trouve son écho dans la précision des articles relatifs à la protection de l'enfant.

752. L'idée que l'enfant est une personne en évolution se retrouve dans d'autres dispositions spécifiques à la protection de sa personne. C'est notamment le cas de la protection de l'enfant contre l'exploitation et son admission au travail. L'article 32 de la Convention énonce que « *les États 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* ». La mesure de protection contre l'exploitation de l'enfant est générale, ce qui n'est pas le cas des mesures relatives à l'accès à l'emploi. Le deuxième alinéa de l'article 32 envisage que l'accès à l'emploi puisse être échelonné et qu'il puisse exister plusieurs âges pour obtenir un premier emploi[1147]. L'idée que l'égalité entre les enfants est impossible devient récurrente. Pourtant, le thème de l'emploi est traité de façon nouvelle dans le texte de 1989. Il n'est pas question à la fin du XX^{ème} siècle que l'enfant puisse gagner sa vie, d'une façon ou d'une autre avant un certain âge. La Déclaration de 1924 n'était pas aussi protectrice quand elle prévoyait dans le même article que l'enfant devait être protégé contre toute exploitation et qu'il devait malgré tout être mis en mesure de gagner sa vie[1148]. Le sujet avait été reconsidéré en 1959 dans la Déclaration des droits de l'enfant de l'UNICEF qui estimait que l'enfant ne devait pas être admis à l'emploi avant un âge minimum compatible avec son éducation[1149]. Depuis cette Déclaration, le thème des occupations d'un enfant est pris à l'inverse de la façon dont il est traité en 1924. Alors que

[1144] Article 24, 2, a, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1145] *Ibid*., Article 24, 2, d.
[1146] *Ibid*., Article 24, 2, e.
[1147] *Ibid*., Article 32, 2, a) : « *Fixent un âge minimum ou des âges minimums d'admission à l'emploi* ».
[1148] Article 4 de la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924 : « *L'enfant doit être mis en mesure de gagner sa vie et doit être protégé contre toute exploitation* ».
[1149] Principe 9 al. 2 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 : « *L'enfant ne doit pas être admis à l'emploi avant d'avoir atteint un âge minimum approprié...* ».

la Déclaration de Genève exprimait l'idée qu'un enfant puisse gagner sa vie, la Déclaration de 1959 et celle de 1989 préconisent ouvertement les activités ludiques en remplacement des activités laborieuses. En 1959, le troisième alinéa du septième principe prévoyait que « *l'enfant doit avoir toutes les possibilités de se livrer à des jeux et à des activités récréatives, qui doivent être orientées vers les fins visées par l'éducation* ». Le but premier est d'assurer un suivi éducatif à l'enfant, même à travers le jeu, dès l'instant que le but poursuivi est le même que les visées du projet éducatif. La frontière entre le jeu et l'éducation n'est pas étanche, contrairement à ce que dispose la Convention de 1989. Elle envisage dans l'article 31, 1 de distinguer très nettement ce qui relève de l'éducatif de ce qui relève du jeu, qui est beaucoup plus tourné vers le repos et le loisir :

> « *Les États 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…* ».

753. Le regard porté sur la santé de l'enfant évolue très singulièrement depuis la Déclaration de 1924. Tandis qu'à l'époque la question du repos et des loisirs étaient totalement ignorée, au détriment de la santé de l'enfant, pour privilégier son niveau de vie, elle est envisagée en 1959 comme un prolongement de la visée éducative. La notion de repos n'est pas étudiée par la Déclaration de 1959, elle ne fait son apparition qu'à New York en 1989. L'ONU prend acte que la visée éducative qu'elle proclame ne peut être efficace que si l'enfant est également autorisé au jeu et au repos, indépendamment d'un but pédagogique.

La santé de l'enfant semble primer sur les questions d'ordre matériel, contrairement à la Déclaration de Genève dans laquelle l'enfant devait lui-même subvenir à ses besoins. Dans la Convention de 1989, les moyens de subsistance de l'enfant sont mis à la charge des parents dans le deuxième paragraphe de l'article 27 qui énonce que « *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* ».

La santé de l'enfant est privilégiée, et les questions de sa subsistance sont mises à la charge de ses parents. L'évolution est sensible depuis 1924, l'enfant passe d'un statut de personne autonome devant gérer seul la question de sa survie et de son développement, en employant ses forces pour financer son existence, à un statut de personne protégée par la société et par les parents qui assurent son développement matériel.

754. La protection de la santé de l'enfant passe aussi par la prévention des comportements à risques, notamment l'usage des stupéfiants. C'est l'objet de l'article 33 de la Convention qui invite les États parties à protéger l'enfant « *contre l'usage illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* ». La protection de l'enfance n'est pas uniquement dirigée vers un danger extérieur. Il faut pouvoir protéger l'enfant contre les excès de son propre comportement.

Au chapitre des mesures de protection de la personne de l'enfant se trouve également l'article 34 de la Convention qui incite les États « *à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle* ». Cette stipulation répond à une préoccupation qui s'est amplifiée avec la découverte des pratiques occidentales de « *tourisme sexuel* » et qui a obligé l'ONU à rédiger un protocole complémentaire[1150] entré en vigueur en 2002[1151].

Un autre protocole[1152] inspiré par l'article 38 invite les États à prévenir l'implication des enfants dans les conflits armés[1153].

755. La santé et l'intégrité physique de l'enfant son protégées par ces articles. La Convention de New York insiste aussi sur la moralité de l'enfant qui doit être également protégée par la norme internationale. Néanmoins, la question de la moralité n'est pas traitée avec autant de précision que celle de la protection physique de l'enfant. Du reste, la question de la moralité n'est pas traitée explicitement par le texte de 1989[1154]. La Convention cantonne le sujet à la vie de famille qui est gouvernée par les parents[1155].

Au côté des droits de l'homme énoncés pour l'enfant, au côté des droits de l'enfant pour la protection de sa santé et de sa moralité, la Convention proclame aussi l'existence de droits politiques et de libertés.

[1150] Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.
[1151] Cf. infra en page 608.
[1152] Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés.
[1153] Cf. infra en page 593.
[1154] L'article 5 de la Convention énonce que c'est aux parents qu'incombe le devoir de conseiller et d'orienter l'enfant dans l'exercice des droits développés par le texte.
[1155] Cf. infra en page 649.

3. Les droits politiques et les libertés

756. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant rappelle dans un certain nombre de ses articles, des dispositions prévues par d'autres grands instruments juridiques internationaux[1156]. La question de l'utilité de ces dispositions répétées dans la Convention se pose, s'agit-il d'un paternalisme exacerbé à l'égard de l'enfant ayant pour finalité de réaffirmer ce que l'humanité a si souvent nié ?

Il n'est pas question d'un quelconque paternalisme déplacé ou d'un acte de rédemption international. En 1999, le Comité des droits de l'enfant exprimait que « *les droits de l'enfant doivent être perçus comme les droits fondamentaux des enfants. L'expérience acquise dans le cadre des activités relatives aux droits de l'homme de ces dernières décennies doit être analysée et mise à profit pour promouvoir le respect des droits de l'enfant en et finir avec la logique de la charité et la manière paternaliste d'aborder les questions intéressant les enfants* »[1157]. Il n'est donc pas question dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de donner des droits *a minima* de ce que proposent les autres outils juridiques internationaux proclamateurs de droits fondamentaux.

757. Le premier droit politique reconnu à l'enfant est stipulé dans l'article 12 de la Convention de New York. Il s'agit d'offrir à l'enfant le respect de ses opinions :

> « *1. Les États 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. À 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'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* ».

[1156] Notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
[1157] Comité des droits de l'enfant : « *Observation générale n° 1, 'Les buts de l'éducation'* » ; 2001, *in* Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001 (HRI/GEN/1/Rev.5).

Cet article revêt une importance fondamentale dans la mise en œuvre pratique de la Convention. Il est le signe que l'enfant doit être un sujet de droit actif ce qui est un des buts principaux de la Convention, ce qui la démarque de la Déclaration de Genève qui n'envisageait l'enfant que comme le détenteur de droits ou de la Déclaration de 1959 pour laquelle l'enfant n'est qu'un bénéficiaire passif de la générosité d'autrui sans être réellement titulaire de droits. L'article 12 est au cœur du dispositif de la Convention pour la prise en compte de l'enfant comme un sujet actif. Il sous-tend l'application d'autres articles de la Convention. De fait, comment l'enfant pourrait-il être entendu dans les délibérations concernant la séparation de ses parents[1158], ou encore comment pourrait-il consentir à son adoption[1159], ou contester la légalité de son emprisonnement[1160], ou se défendre quand il est suspecté d'avoir commis une infraction[1161] si les États parties ne garantissent pas sa liberté d'expression ?

758. Cette disposition de la Convention s'articule avec la reconnaissance de la liberté d'opinion, d'expression et de conscience, dans l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme[1162] et dans l'article 19, 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1163]. L'intérêt particulier de l'article 12 de la Convention de New York tient dans ce qu'en plus de garantir une liberté d'expression elle l'assortit d'une invitation à l'écoute de la parole de l'enfant. Cette incitation à la prise en compte de la parole de l'enfant s'est heurtée aux conceptions traditionnelles de certains domaines de l'autorité parentale dans les États parties. La liberté d'expression et d'opinion de l'enfant ainsi que son écoute par les tiers (et notamment les parents) risque parfois de remettre en cause la place de l'enfant dans la cellule familiale. À cet égard, la Pologne a émis une réserve sur les stipulations contenues dans

[1158] Article 9, 2° de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *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* ».

[1159] Article 21, a) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *…les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause* ».

[1160] Article 37, d) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *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* ».

[1161] Article 40, 2, b), iv) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *…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…* ».

[1162] Article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *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 considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit* ».

[1163] Article 19, 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Nul ne peut être inquiété pour ses opinions* ».

l'article 12 de la Convention en estimant que les droits qui y sont définis « *doivent s'exercer dans le respect de l'autorité parentale, conformément aux coutumes et traditions polonaises en ce qui concerne la place de l'enfant au sein de la famille et en dehors de celle-ci* »[1164].

Sur ce point, ce qui est véritablement novateur n'est pas vraiment la liberté d'opinion et d'expression prévue par l'article 13 de la Convention que le devoir des États parties de prêter attention à ce qu'il dit et aux opinions qu'il peut émettre sur sa situation propre. Car l'article 12 de la Convention n'est pas à confondre avec l'article qui le suit immédiatement qui prévoit la liberté d'expression. La qualification originale de l'article 12 de la Convention est davantage une liberté de parler et le droit d'être entendu, ce que le Comité des droits de l'enfant a défini comme un droit d'être écouté :

> « *Cette formule*[1165] *impose l'obligation d'écouter ce que l'enfant a à dire et d'en tenir compte* »[1166].

759. Conformément à l'article 12, 1 de la Convention, pour que l'enfant soit à même de participer aux décisions intervenant sur le cours de sa vie, il convient de déterminer deux conditions.

La première est explicitement traitée par la Convention, l'enfant doit être « *capable de discernement* ». Toutefois, la notion reste floue et les rédacteurs du texte se sont limités à une notion subjective au lieu de mettre en place un âge minimum pour prendre en compte la parole de l'enfant. Imposer un âge minimum dans un outil juridique international aurait posé un souci par rapport à la situation particulière des enfants handicapés[1167], mais aurait également pu heurter la pratique de certaines coutumes locales.

De plus, en ne fixant pas de seuil inférieur à la prise en compte de l'opinion de l'enfant, la Convention n'évince pas l'interprétation de la pensée de l'enfant en bas âge. En 1997, le Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme déclarait que ce droit devait être garanti « *et respecté, même dans les cas où l'enfant, bien que capable de se faire une opinion, serait incapable de la communiquer, ou lorsque l'enfant n'est pas encore complètement mature, ou qu'il n'a pas encore atteint un âge déterminé* »[1168]. Le droit

---

[1164] Comité des droits de l'enfant : « *Réserves, déclarations et objections concernant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant* » ; 7 décembre 1999, CRC/C/2/Rev.8, p. 36.
[1165] Celle de l'article 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1166] R. HODGKIN, P. NEWELL : « *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant* » ; UNICEF, 2002, p.177.
[1167] M. DOURIS : « *L'enfant à particularités* » ; thèse, Lyon, 2006, p. 249.
[1168] M. SANTO PAIS : « *Manuel relatif à l'établissement de rapports sur les droits de l'homme* » ; UNITAR 1997, p.426.

d'être entendu n'est pas conditionné par l'âge de l'enfant, puisque le deuxième paragraphe de l'article 12 envisage que l'enfant soit entendu « *soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié* ». La parole de l'enfant n'est pas nécessairement audible pour l'adulte[1169], pour autant, la Convention laisse des moyens assez vastes aux États parties pour qu'ils prennent les mesures nécessaires pour rendre la parole compréhensible. La capacité à être entendu, et par là celle de discernement, sont dissociées de la question de l'âge. La Finlande a toutefois établi l'âge de douze ans comme le minimum exigible pour la prise en compte de l'opinion de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant s'en était inquiété et avait appelé l'État à s'assurer que les enfants de moins de douze ans « *aient toujours la possibilité d'être entendus, dès lors qu'ils sont jugés suffisamment mûrs* »[1170].

760. La deuxième condition est implicitement contenue dans les dispositions de l'article 12 de la Convention de New York. Pour que l'enfant puisse être entendu efficacement sur les domaines qui le concernent, il importe qu'il puisse avoir accès aux informations utiles sur ces sujets. Cela s'inspire de ce que la parole de l'enfant doit être délivrée « *librement* ». L'opinion ne peut pas être libre si elle n'est pas éclairée. Il est donc indispensable, pour l'efficacité du droit détaillé dans l'article 12 de la Convention, que l'enfant soit bien informé. C'est en cela que cette stipulation se situe au carrefour d'autres articles de la Convention, notamment ses articles 13[1171] et 17[1172].

761. L'article 13 stipule la liberté d'expression de l'enfant et se décompose en deux paragraphes, le premier la définissant, le second la bornant au nécessaire respect d'autrui et à la sauvegarde de la sûreté de l'État. Cet article se trouve, avec les articles 12 à 17 de la Convention, au cœur de cette série qui confirme que ce qui a été garanti à chacun dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est également garanti à l'enfant.

La liberté d'expression est le socle qui permet d'assurer l'efficacité de la liberté de conscience prévue à l'article 14, à la liberté d'association prévue à l'article 15 et, naturellement, au droit d'être écouté de l'article 12. La reprise dans l'article 13 de la

[1169] Pour DOLTO, « *tout est langage* » et ce n'est pas parce que l'enfant s'exprime dans un langage que l'adulte ne comprend pas — ne comprend plus — qu'il ne faut pas tenir compte des expressions de l'enfant en bas âge (F. DOLTO : « *Tout est langage* » ; Vetiges-Carrère, 1987).
[1170] Finlande, CRC/C/15/Add.132, par. 29 et 30.
[1171] L'article 13 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit la liberté d'expression de l'enfant.
[1172] L'article 17 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit le droit général à l'information.

Convention des idées exprimées dans les articles 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte s'explique par le fait que, malgré l'insistance du Comité des droits de l'homme[1173], la réalité montrait que selon sa compétence et sa maturité, l'enfant n'était pas admis à exercer ses droits. Réaffirmer ces droits dans un instrument juridique international uniquement tourné vers l'enfant est une façon univoque de lui octroyer des droits d'acteur positif de la cité que les précédentes Déclarations ne lui reconnaissaient pas aussi explicitement.

Le second paragraphe de l'article 13 énonce que les seules restrictions qui peuvent être apportées à la liberté d'expression de l'enfant doivent être « *prescrites par la loi* ». Cette stipulation envisage l'idée que la liberté d'expression de l'enfant ne puisse pas se limiter à une évocation constitutionnelle dans les lois suprêmes des États parties[1174], il ne s'agit pas de répéter au niveau national ce que les normes internationales prévoient pour « *chacun* », il est indispensable d'appliquer ce droit légalement aux enfants en l'accompagnant des garanties juridiques nécessaires pour qu'il soit effectif.

L'insertion d'une telle liberté dans la loi, par définition générale et impersonnelle, risque, à l'instar du droit d'être écouté, de se heurter aux considérations traditionnelles sur la place de l'enfant dans la cité ou dans sa famille. La confrontation peut avoir lieu au sein des instances politiques, enfermées dans des considérations traditionnelles locales incompatibles avec l'affirmation de droits subjectifs établissant l'enfant comme un sujet actif. C'est le cas de la Barbade dont le Gouvernement et les parlementaires n'ont pas réussi à s'émanciper des attitudes sociales traditionnelles, empêchant ainsi l'expression des libertés fondamentales de la Convention dans la loi de l'État[1175].

762. L'incitation de la Convention en direction des États parties de légiférer en la matière vient de ce que l'enfant, à l'inverse de l'adulte, n'est pas autonome et qu'une

---

[1173] « *Les droits énoncés à l'article 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques pour assurer une protection particulière aux enfants, ne sont pas les seuls que le Pacte reconnaît aux enfants, qui bénéficient aussi, en tant qu'individus, de tous les autres droits civils énoncés dans cet instrument…* » (Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 17, 1989 *in* Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001, HRI/GEN/1/Rev.5, par. 2).

[1174] « *Il est demandé aux États de reconnaître ces droits dans la loi, et de déterminer comment ils peuvent être exercés. Il ne suffit donc pas de les inscrire dans la Constitution au nombre des droits fondamentaux. Il faut en outre indiquer, par des dispositions de droit constitutionnel ou autre, comment ils s'appliquent spécifiquement aux enfants, quels mécanismes ont été institués pour les garantir, et quelles mesures correctrices sont prévues en cas de violation* » (M. SANTO PAIS : « *Manuel relatif à l'établissement de rapports sur les droits de l'homme* » ; UNITAR 1997, p.433).

[1175] « *Le Comité demande instamment à l'État partie de redoubler d'efforts en vue d'éduquer et de sensibiliser les parlementaires et les responsables politiques, les groupes professionnels, les parents et les enfants quant à l'importance d'accepter pleinement le concept de droits de l'enfant…* » (Barbade, CRC/C/15/Add.103, par. 18).

évocation générale des libertés qui lui sont accordées ne saurait pénétrer l'imposant catafalque de protection qui l'entoure composé notamment de l'école et de la famille. La place de la parole de l'enfant est encore faible dans sa famille et au sein de l'école. L'éducation familiale du XXI^{ème} siècle est encore empreinte des références culturelles du milieu du siècle précédent, où l'enfant était appréhendé comme un être fragile que la protection familiale éloignait des sujets sensibles tels que l'information et les médias. C'est précisément dans le sens opposé que vont les dispositions de l'article 13 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant quand elles énoncent que la liberté d'expression comprend « *la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce* » sous toutes les formes d'expressions possibles au choix de l'enfant. Afin de permettre à l'enfant de jouir pleinement de sa liberté, il importe donc qu'il soit en mesure d'accéder à l'information[1176], de la comprendre et de la retransmettre. Dans cette optique, le rôle de la famille et de l'école pour l'appréhension des informations est primordial, celui des médias l'est aussi, doublé d'un rôle important dans la réémission des idées de l'enfant. Il paraît donc indispensable pour promouvoir cette liberté, de sensibiliser la famille et l'école à l'activité de l'enfant en tant que sujet de droit[1177]. Cette sensibilisation doit se doubler d'une prise en charge adéquate de l'information destinée à l'enfant et par une mise à disposition encadrée des moyens de communication modernes.

763. Divers exemples internationaux sont recensés qui visent à offrir une latitude expressive à l'enfant. Au Venezuela, il existe des programmes radiotélévisés conçus pour comprendre, traduire et diffuser les opinions des enfants[1178]. Il existe également un canal radiodiffusé spécifiquement géré par des enfants, ainsi qu'un canal de télévision géré de la même façon. Au Danemark, l'accent a été mis un temps sur la publication de magazines scolaires. En France, un décret du 18 février 1991[1179] permet et encadre la publication de journaux dans les lycées gérés et organisés par les élèves, ainsi qu'il officialise la liberté de

[1176] C'est l'objet de l'article 17 de la Convention.

[1177] Sensibilisation active dans les pays européens et africains ayant une tradition culturelle profondément ancrée de sous-expression de l'enfant (Notamment au Togo, en Allemagne, Hongrie et Irlande). « *En ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion (art. 12) et son droit à la liberté d'expression (art. 13), le Comité juge inquiétantes les attitudes répandues au sein de la famille, à l'école ainsi que dans d'autres institutions et dans la société en général, qui empêchent les enfants de jouir de leurs droits. S'agissant des articles 12 et 13 de la Convention, le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour promouvoir et garantir le droit de l'enfant à la liberté d'expression chez lui, à l'école, dans d'autres institutions et dans la société en général*» (Togo, CRC/C/15/Add.83, par. 19 et 42 ; Allemagne, CRC/C/15/Add.43, par. 17 et 29 ; Irlande, CRC/C/15/Add.85, par. 35 ; Hongrie, CRC/C/15/Add.87, par. 15).

[1178] Le programme « *Hey que oir a los niños* » [il faut entendre les enfants] a été longtemps diffusé avec un certain succès, obtenant en 1996 un prix international en Belgique.

[1179] Décret n°91-173 du 18 février 1991 relatif aux droits et obligations des élèves dans les établissements publics locaux d'enseignement du second degré (JORF, 19 février 1991, p. 2489).

réunion et d'association dès l'instant qu'elles ne nuisent pas au bon fonctionnement de l'établissement et qu'elles ne sont pas contraires à la garantie de la sécurité des personnes et des biens. Le droit d'expression de l'enfant a été poussé jusqu'à l'expression politique en 1994 avec la mise en place, à l'initiative de M. SÉGUIN, du « *parlement des enfants* » dont le déroulement est préparé chaque année par les services administratifs de l'Assemblée nationale. Au Pérou, le quotidien *El Comercio* organise un programme de correspondance scolaire qui permet aux élèves du pays de donner leur point de vue sur un thème d'actualité choisi dans une page du quotidien qui leur est réservée. En outre, chaque année, une Assemblée nationale des correspondants de presse permet pendant une journée à six cents enfants de s'initier au métier du journalisme et aux implications qu'il peut avoir sur la vie quotidienne du pays.

764. Dans la lignée des droits civils et politiques de l'enfant, se trouvent également les dispositions, classiques, relatives à la liberté de conscience, de pensée, à la liberté de religion[1180], d'association, de réunion[1181], au droit au respect de la vie privée[1182] et à l'information[1183]. Sans être à proprement parler moins importants que les articles 12 et 13 de la Convention, ces droits politiques et ces libertés ne sont que des applications concrètes de la liberté d'expression et du droit à être écouté.

Concernant les dispositions de l'article 14 de la Convention en relation avec la liberté de conscience, de pensée et de religion, il ne s'agit que d'une confirmation (à nouveau) des dispositions particulières de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En outre, le deuxième paragraphe de l'article 14 fait écho aux dispositions de l'article 5 de la Convention dans ce qu'il confère une place de premier ordre aux parents dans l'appréhension de ces libertés. Sur ce point, toutefois, l'exercice réel de ces libertés pose souci au Comité des droits de l'enfant. En effet, de la même façon qu'il n'était pas envisageable que les prescriptions de l'article 13 de la Convention demeurent sur le plan des principes généraux ou constitutionnels d'un État partie (comme c'est le cas pour les libertés et les droits fondamentaux des adultes), il était primordial, pour être efficaces, que ces libertés soient reconnues, appliquées et encadrées par la loi, dispensées et guidées par les parents, promues par les acteurs sociaux et les professionnels de l'enfance.

[1180] Article 14 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1181] *Ibid.*, article 15.
[1182] *Ibid.*, article 16.
[1183] *Ibid.*, article 17.

La liberté de pensée ne pose pas réellement de problème, puisque, par définition, elle reste confinée au cœur de l'intimité de l'individu[1184], quel qu'il soit, l'enfant ne dérogeant pas à cette situation. Son concept se rattache à celui de liberté d'opinion définie dans l'article 12 de la Convention. Ce qui importe vraiment, ce n'est pas tant la formation intime de la pensée que sa manifestation concrète, orale ou écrite. Ce qui est primordial dans la liberté de pensée est de s'assurer qu'elle ne soit pas violée par les adultes, ni par les autorités étatiques. Cette protection de la liberté de pensée est assurée par les dispositions de l'article 16 de la Convention qui protègent la vie privée de l'enfant[1185].

765. Pour ce qui concerne les autres libertés prévues dans l'article 14 de la Convention (libertés de conscience et de religion), la confrontation avec des ancrages traditionnels ou culturels tenaces est plus problématique, d'autant que la Convention de New York ne leur pose pas de restrictions. Pourtant, dans le deuxième paragraphe de l'article 14, la Convention invite les États parties à respecter le droit des parents de guider l'enfant dans l'exercice de sa liberté de pensée ou de conscience, ou de religion. Ce droit de guide de la part des parents doit s'exercer dans le cadre de la Convention, respectant les autres libertés de l'enfant[1186]. La conscience des parents peut être en désaccord avec celle de l'enfant. Les cas de conscience sont multiples dans la vie quotidienne moderne et ne se limitent plus à la réserve traditionnelle, par exemple, liée au port d'une arme contre un autre être humain. Des questions peuvent surgir en matière alimentaire ou en matière environnementale, indépendantes d'autres questions liées à la santé de l'enfant. Aussitôt se pose la question de la limite entre « *le droit et le devoir des parents* » de guider l'enfant et leur emprise sur son comportement quotidien. Le Comité des droits de l'enfant rappelle que c'est à l'enfant qu'il appartient de former librement sa conscience et aux parents de l'éveiller aux contingences extérieures qui pourraient l'aider à mûrir. Il n'appartient pas aux parents d'imposer leurs propres choix de comportement à l'enfant, surtout si celui-ci exprime une volonté contraire. La Convention est un outil juridique cohérent dont les dispositions sont interdépendantes. La cohésion de l'ensemble permet de trouver dans les dispositions de l'article 12 la limite au devoir de guide des parents de l'article 14 de la Convention. L'article 12 de la Convention imposant le respect et l'écoute des opinions de l'enfant « *sur toute question l'intéressant* », il restreint du même fait le devoir de guide des parents à la volonté de l'enfant.

[1184] « *La liberté de pensée est absolue ou elle n'est rien* » (L. FERRY : « *L'homme-Dieu ou le sens de la vie* » ; Grasset, 1996).

[1185] 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* ».

[1186] Notamment celle d'exprimer son opinion.

En parallèle de la vie quotidienne de l'intimité des familles, la conscience de l'enfant peut se heurter aux droits régaliens de l'État, surtout dans le domaine de la défense du territoire. Le cas de l'enfant objecteur de conscience pose un problème d'application de l'article 14 de la Convention dans les pays où il existe un enrôlement obligatoire pour les jeunes à partir de quinze ans. Cette situation particulière met en opposition la conscience d'une personne mineure avec les intérêts généraux d'une nation[1187]. Le Comité des droits de l'enfant n'a pas su adopter de recommandations spécifiques sur ce thème. Cependant, l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1188] met en place également la liberté de pensée et de conscience. En 1991, la Commission des droits de l'homme a adopté une mention concernant l'interaction entre la liberté de conscience, l'exercice de l'objection de conscience et le droit régalien d'un État d'appeler les citoyens à la défense du territoire. Il précisait que « *le statut et la situation des objecteurs de conscience seront également étudiés à propos de cet article. Il y aura lieu d'indiquer le nombre de personnes ayant demandé à bénéficier de ce statut, le nombre de celles auxquelles ce statut aura été reconnu, les raisons données pour justifier l'objection de conscience ainsi que les droits et les devoirs des objecteurs de conscience eu égard à ceux des personnes qui accomplissent un service militaire norma*l »[1189].

Il est paradoxal de noter que c'est au cœur d'un article qui concerne au plus près l'intimité de l'enfant (sa pensée, sa conscience) que se situe le point d'achoppement le plus flagrant entre le détenteur des droits et celui qui doit les lui garantir. La même remarque doit se faire concernant la liberté de religion prévue dans le même article.

766. La liberté religieuse[1190] connaît la même problématique que la liberté de conscience. Elle se heurte d'abord aux convictions personnelles des parents, lesquels, à nouveau, sont théoriquement tenus de limiter leurs devoirs et droits de guider l'enfant à son opinion exprimée conformément à l'article 12 de la Convention. De son côté, l'État doit

[1187] Certains pays mettent également en place des organisations militaristes de jeunes intégrés dans leur système éducatif et qui repose sur un entraînement de type militaire. De la même façon que pour le service militaire obligatoire, il pourrait y avoir conflit avec l'article 14 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant si l'adhésion à ces organisations était obligatoire.

[1188] Article 18, 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *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* ».

[1189] M. SANTO PAIS : « *Manuel relatif à l'établissement de rapports sur les droits de l'homme* » ; UNITAR 1991, p. 81.

[1190] Le Comité des droits de l'homme a publié en 1993 une observation appelant à ce que les termes « *religion* » et « *conviction* » soient interprétés de façon large, incluant les croyances théistes, non théistes ou athéistes.

veiller à ce que la religion autonome de l'enfant soit respectée quand elle n'est pas celle de ses parents[1191]. Toutefois, une condition s'impose pour que l'État puisse être le garant de l'indépendance religieuse de l'enfant vis-à-vis des convictions de ses parents : il importe que l'État soit laïc, ce qui lui permet, dans des circonstances graves, d'assurer la protection de l'enfant :

> « *Bien qu'ayant proclamé la nature laïque de l'éducation, l'État ne peut, sauf dans les cas où l'incitation à pratiquer une religion menace directement la vie ou la santé de l'enfant ou porte atteinte à ses droits juridiques, intervenir dans l'éducation de l'enfant au motif des opinions religieuses particulières de ses parents ou des personnes agissant* in loco parentis *et de la célébration, en dehors d'établissements d'enseignement et* […] *avec la participation de l'enfant, de cérémonies, fêtes ou traditions religieuses* »[1192].

L'État ne peut pas jouer son rôle de garant de la liberté religieuse de l'enfant si la laïcité n'est pas une donnée de sa loi fondamentale. Au surplus est-il difficile d'envisager que l'enfant puisse exercer cette liberté si l'État impose une religion à la population ou si sa loi fondamentale s'appuie sur des préceptes religieux.

Cet article 14 de la Convention est celui qui a soulevé le plus grand nombres de réserves des États parties, notamment sur le thème de la liberté religieuse.

L'Algérie rappelle que l'article 2 de sa Constitution énonce que « *l'Islam est la religion de l'État* » et que l'article 36 pose que « *la liberté de conscience et la liberté d'opinion sont inviolables* », de plus le Code de la famille algérien prévoit que l'éducation de l'enfant se fait conformément à la religion de son père. Ces normes interdisent de fait la liberté religieuse de l'enfant, indépendamment de celle de son père.

D'autres pays signataires dans lesquels l'Islam est la religion de l'État ont émis des réserves portant sur le même thème[1193]. C'est le cas de l'Irak qui n'accepte la Convention qu'avec une « *réserve à l'égard du paragraphe premier de l'article 14, concernant le droit de l'enfant à la liberté de religion, étant donné que permettre à un enfant de changer de religion*

[1191] Le Gouvernement fédéral du Canada notamment : « *Le Gouvernement fédéral reconnaît qu'il faut s'assurer que la liberté de religion des parents ne serve pas à justifier l'imposition aux enfants de pratiques qui font fi de leurs propres convictions religieuses…* » (Canada, CRC/C/11/Add.3, par. 114 et 115).
[1192] Belarus, CRC/C/3/Add.14, par. 44.
[1193] CRC/C/2/Rev.8, pp. 25 – 29.

va à l'encontre des principes de la charia islamique ». De même, le Gouvernement de la République des Maldives a déposé une réserve sur ce même point car la Constitution et les lois de cette république prévoient que tous les Maldiviens doivent être musulmans[1194]. Encore, le Gouvernement du Royaume du Maroc avait formulé « *une réserve concernant les dispositions de l'article 14, qui reconnaît l'enfant le droit à la liberté de religion, puisque l'Islam est religion d'État* ».

La sensibilité de ces questions n'a pas permis au Comité des droits de l'enfant de promulguer des recommandations trop véhémentes. Au mieux a-t-il recommandé aux États parties[1195] « *de tout faire pour interdire toute discrimination de ce type en promulguant des lois à cet effet ou en abrogeant les lois discriminatoires, selon le cas, et de prendre toutes les mesures appropriées, notamment de conduire des campagnes publiques de sensibilisation, pour lutter contre l'intolérance fondée sur la religion ou la conviction. Le Comité fait siennes les recommandations formulées par le Rapporteur spécial sur l'intolérance religieuse à l'issue de sa visite dans l'État partie (E/CN.4/1996/95/Add.2) et recommande à l'État partie de les appliquer intégralement* »[1196].

La pensée, la conscience et la religion sont trois domaines de friction avec les convictions des autorités dont dépend l'enfant : ses parents et l'État. La liberté de pensée et la liberté de conscience ne posent de problèmes qu'en tant qu'elles peuvent déboucher sur l'expression d'une volonté (qui doit être prise en compte selon l'article 12 de la Convention) ou sur l'émission d'une opinion différente des autres quand il s'agit d'un cas de conscience. Ces soucis sont solubles et le Comité des droits de l'enfant a apporté des réponses circonstanciées à ces situations. La question de la religion est autre, et son insertion dans un corpus juridique international presque universel est caractéristique, à la fois de la nécessité d'en traiter et de la complexité du thème.

767. Le fait d'accorder à l'enfant ces libertés politiques fondamentales, préétablies dans d'autres normes internationales, l'érige comme un sujet de droit actif. Cette activité juridique de base doit toutefois être compatible avec les droits et devoirs des parents de guider l'enfant et avec la sûreté de l'État. Or, principalement pour ce qui concerne la religion et la conscience, il est évident que la liberté de l'enfant peut être frontalement opposée à celle de

[1194] Article 9, d) de la Constitution de la République des Maldives : « *a non Muslim may not become a citizen of the Maldives* » (D. HUSSAIN : *« Functional translation of the Constitution of the Republic of Maldives 2008* »).
[1195] Il s'agissait de la République islamique d'Iran et de l'Arabie Saoudite.
[1196] République islamique d'Iran, CRC/C/15/Add.123, par. 35 et 36 ; Arabie saoudite, CRC/C/15/Add.148, par. 31 et 32.

ses parents — qui devraient alors laisser de côté leur rôle de guide — ou être incompatible avec la loi de l'État.

Ces éléments établissent que les parents et l'État, qui sont censés mettre tout en œuvre pour l'accomplissement entier des droits énoncés dans la Convention, sont parfois des obstacles à leur plein épanouissement.

B – La place de la famille

768. Ce qui est saisissant dans la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924, c'est que l'enfant y est décrit comme un être isolé, seul, auquel sont accordées une attention internationale bienveillante et des garanties de soin. De la Déclaration de 1924, les parents sont absents, défaillants ou décédés[1197], et la famille est réduite au sentiment d'affection confraternel dans lequel l'enfant doit être élevé selon l'article 5 de la Déclaration[1198], même si la mention aux frères fait plus références au lien d'humanité entre les hommes qu'au lien juridique de collatéralité. En 1924, le rôle et la place de la famille sont inexistants, ils ne sont du reste pas mentionnés.

En 1959, la situation évolue et la famille fait son apparition dans le sixième principe de la Déclaration des droits de l'enfant[1199]. Ce changement dans la rédaction et la façon de penser l'enfant s'explique de plusieurs façons, notamment par le contexte historique dans lequel a été rédigé chacun des textes. Celui de 1924 est l'œuvre d'un organisme indépendant exclusivement voué à la défense de l'enfant. Il naît alors que l'Europe sort d'une guerre meurtrière, la première de son histoire, qui jette sur les routes et dans les rues des millions d'enfants désœuvrés et esseulés. La Déclaration de Genève marque la foi des personnes de bonne volonté de venir en aide aux enfants qui souffrent directement des affres de la guerre dont leur famille a été victime : les parents sont partis, les enfants restent et la politique des nations du monde doit se diriger vers eux.

[1197] L'article 2 *in fine* de la Déclaration de Genève fait allusion aux parents et à la famille quand ils ne peuvent plus remplir leur rôle : « *… l'enfant orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus* ».

[1198] Article 5 de la Déclaration de Genève : « *L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleurs qualités devront être mise au service de ses frères* ».

[1199] Principe 6 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 : « *L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle ; l'enfant en bas âge ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère. La société et les pouvoirs publics ont le devoir de prendre un soin particulier des enfants sans famille ou de ceux qui n'ont pas de moyens d'existence suffisants. Il est souhaitable que soit accordées aux familles nombreuses des allocations de l'État ou autres pour l'entretien des enfants* ».

Le texte de 1959 s'inscrit davantage dans un contexte international de mondialisation des droits. Si la famille y fait son entrée dans le sixième principe, c'est notamment en raison du fait que l'ONU a pris conscience de ce que les États seuls ne pouvaient pas assurer le bien de l'enfant, et que, pire, ils peuvent parfois contribuer à sa perte et à son malheur. Conscient de ce qu'il n'appartient pas spécifiquement aux États d'assurer la subsistance et l'entretien des enfants, l'ONU insère l'enfant dans sa famille et sa famille dans la Déclaration de 1959. Les premières traces du rôle de cette cellule familiale se dessinent et il devient perceptible que la cellule familiale est un lieu « *d'amour et de compréhension* », dirigée par deux parents, responsables, affectueux, assurant la sécurité morale et matérielle de l'enfant.

769. Pour s'assurer efficacité et crédibilité, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant a pris soin de donner une place importante à la famille et de définir avec précision ce concept (1), ainsi que le rôle des parents dans l'application des droits de l'enfant (2).

1. Définition de la famille

> « *Moi, il a fallu que j'attende l'âge de trente-deux ans pour que mon père me donne son dernier coup de pied au derrière. Voilà ce qu'était la famille de mon temps. Et il y avait du respect et de la tendresse* »[1200].

770. PAGNOL dépeint une famille où le respect et la tendresse ne sont pas incompatibles avec une certaine franchise virile. Perceptible entre les lignes de l'Immortel, l'évolution de la famille est décrite ici comme inévitable, ce qui n'a pas échappé aux rédacteurs de la Convention de New York de 1989. Pour cette raison, la définition de la famille insérée dans le texte international porte une grande attention à la multiplicité des formes de familles de par le monde et prévient les changements de la cellule familiale. La définition de la famille au sens de la Convention est délivrée par l'article 5 :

> « *…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…* ».

[1200] M. PAGNOL : « *Marius* » ; I, 3, Fasquelle 1962.

Le concept de famille ne se limite pas au traditionnel noyau familial occidental composé de l'enfant, de ses parents et parfois des grands-parents. La famille au sens de la Convention reflète l'immense variété de liens de parentés et d'arrangements communautaires, grégaires, tribaux, groupusculaires, au sein desquels des enfants sont élevés dans le monde. Cette définition écarte l'unique hypothèse de la famille par le sang en intégrant l'idée que la famille puisse également se représenter sous la forme d'une communauté. Le Comité des droits de l'homme s'était lui-même trouvé confronté à la définition problématique de la famille. Dans l'Observation générale n°19 de 1990, il avait tenté d'apporter une définition de la famille dont la présence était relevée dans les articles 23[1201] et 24[1202] du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

771. Dans certains pays africains (notamment le Sénégal et le Mali), la famille comprend les parents et les ascendants mais aussi les membres du village. Tous sont appelés à l'éducation de l'enfant qui les considère souvent comme des cousins ou des frères.

L'article 5 reconnaît l'évolution de la famille dans les pays occidentaux développés de même qu'il intègre les formes communautaires de familles des pays en voie de développement et aux cultures différentes. La famille est unie par les liens du sang (notion de « *famille élargie* ») ou par la coutume locale quand la Convention traite de la communauté.

772. Mais là ne se limite pas l'évolution appréhendée par la Convention. Elle estime qu'au-delà de la famille de sang ou communautaire, il doit exister pour l'enfant une forme plus privée de famille parmi les pairs qu'il peut trouver notamment à l'école. La volonté affichée par le Comité des droits de l'enfant est de permettre à l'enfant de bénéficier d'un entourage le plus large possible pour lui permettre de profiter au mieux des droits que la Convention lui reconnaît[1203]. Dans cette optique, le Comité a insisté pour que, aux côtés des familles, quelle que soit l'acception que l'État ou la coutume locale ait adopté, se trouvent des aides et des appuis sociaux et économiques. L'idée du principe 6 *in fine* de la Déclaration de

[1201] Article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *…la famille est l'élément naturel et fondamental de la société…* ».

[1202] Article 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *… tout enfant* […] *a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protections qu'exige sa situation de mineur* ».

[1203] À Fidji, l'idée de « *famille* » déborde des concepts traditionnels modernes. Loin de la famille nucléaire Européenne, la famille fidjienne s'organise en un vaste réseau social articulé autour de tous les liens de parenté. Ainsi l'enfant fidjien est-il entouré de ses parents, de ses grands-parents, mais ses oncles, tantes, cousins, quel qu'en soit le degré, prennent également part à son éducation et à sa formation. La famille au sens fidjien du terme se regroupe régulièrement autour des rites familiaux classiques (anniversaires, mariages, deuils) mais aussi autour des festivités extra-familiales comme les rites religieux (Fidji, CRC/C/28/Add.7, par. 1 ; Îles Marshall, CRC/C/28/Add.12, par. 162).

1959 se retrouve ici, mais la Convention ne limite plus l'assistance étatique aux cas de familles nombreuses. Au contraire, le Comité des droits de l'enfant insiste pour que les familles en difficultés soient aidées par l'État et que celui-ci mette en place des programmes d'accompagnement pour éviter les cas de familles dirigées par un seul parent abandonné, par un grand-parent ou, pire, par un enfant. Généralement l'aide souhaitée par le Comité concerne les familles dirigées par une femme seule, non par choix mais par devoir, quand elle met au monde un enfant dont le père ne peut s'occuper. Pour autant qu'il soit possible, la Convention souhaite dans l'article 18 que la famille soit placée sous la responsabilité des deux parents[1204], cela répond à l'intérêt supérieur de l'enfant d'avoir deux parents à ses côtés. Conformément à cette stipulation, le Comité des droits de l'enfant appelle l'attention des États parties sur les situations factuelles qui compromettent l'équilibre de la famille, c'est la raison pour laquelle le Comité invite les États parties à pratiquer des politiques familiales favorisant l'union des parents ou évitant la dislocation du lien familial comme c'est le cas dans les pays où la bigamie et la polygamie sont tolérées[1205].

773. La notion de famille différant d'un État à un autre et, dans les États, d'une ethnie ou d'une culture à l'autre, la définition de la Convention ne peut qu'être vaste afin de permettre que chaque groupe s'y reconnaisse. La famille ne pouvant pas connaître de cadre juridique international, il importait au Comité des droits de l'enfant de demander aux États signataires de recenser ce qu'ils plaçaient sous l'appellation de « *famille* »[1206].

La famille demeure dans la Convention de novembre 1989 la cellule de base, centre privilégié de l'éducation et du développement de l'enfant, quelle que soit sa forme. Si celle-ci change d'un État à un autre et si elle connaît des évolutions depuis le début du XX^{ème} siècle, son gouvernement reste le domaine des parents auxquels la Convention accorde une place et un rôle fondamentaux.

[1204] Article 18, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant…* ».

[1205] Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : *recommandation générale n°21* » ; 1994, *in* Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001, HRI/GEN/1/Rev.5, par. 39.

[1206] Le Comité des droits de l'homme avait déjà eu l'occasion de s'enquérir auprès des différentes nations pour savoir comment la notion de famille était perçue afin de lui apporter les garanties de protection invoquées dans l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Comité des droits de l'homme, « *Observation générale n°19* » ; 1990, *in* Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001, HRI/GEN/1/Rev.5, par. 2).

2. La place des parents

774. L'article 5 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ainsi que l'article 18 permettent de définir la place des parents dans l'application des droits énoncés dans le texte international. Une question a été soulevée à l'occasion de l'examen de la Convention par les États parties qui s'est muée en une forme d'angoisse : la Convention cherche-t-elle à dresser les enfants contre leurs parents ? L'angoisse s'était fait jour dans le sens où l'enfant est titulaire de droits que les parents doivent faire appliquer. Cette inquiétude n'a toutefois pas de raison d'être et ne s'appuie sur aucune réalité dans la mesure où la Convention a toujours privilégié la cohésion des parents et de l'enfant dans la cellule familiale dont le préambule vante le mérite fondamental[1207]. De plus, la Convention dans son ensemble prévient contre la séparation des parents et de l'enfant[1208] en même temps qu'elle érige le respect des parents comme valeur d'éducation prioritaire dans son article 29[1209].

À la tête de la famille, les parents reçoivent de la Convention la charge d'élever l'enfant (b). Mais à la place de la notion d'autorité que les philosophes ont mis des siècles à dégager, la Convention préfère l'idée de responsabilité parentale (a).

a. La responsabilité parentale

775. La terminologie d'« *autorité parentale* » est totalement absente de l'ensemble des conventions relatives aux droits de l'enfant[1210]. Le but est de ne pas enserrer la place des parents dans une configuration de puissance par rapport aux enfants[1211]. L'idée que les parents puissent exercer une forme de puissance ou de pouvoir sur leurs enfants est totalement abandonnée et remise en cause par le texte de la Convention et par les directives du Comité des droits de l'enfant. Du reste, dans la mesure où la Convention requiert une interprétation globale et une approche holistique de ses dispositions pour être correctement appliquée, l'idée de puissance serait incompatible avec la quête de l'intérêt supérieur de l'enfant prévue à

[1207] Paragraphe 5 du Préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *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* ».

[1208] Article 9, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré…* ».

[1209] Article 29, 1, c) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *… inculquer à l'enfant le respect de ses parents…* ».

[1210] Aussi bien de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, que des protocoles facultatifs de mai 2000, ou des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour les mineurs (Règles de Beijing) de 1985, ou même des déclaration de droits précédant la Convention de 1989.

[1211] « *… l'accent doit être mis non sur l'autorité, mais sur la responsabilité* » (Burkina Faso, CRC/C/SR.136, par. 51).

l'article 3 de la Convention et élevée au rang de principe fondamental par le Comité des droits de l'enfant.

Dans la vision familiale de la Convention, l'égalité est de mise entre les parents et l'enfant, quand même les premiers disposent-ils d'une forme d'autorité morale indéniable sur le second. Pour aller dans cette direction, le Comité des droits de l'enfant a cherché à développer l'équilibre dans les échanges parents-enfant afin d'éradiquer les formes de violences parentales.

➢ *L'équilibre des relations familiales*

776. L'ultime aboutissement de la logique d'évolution de la philosophie en lien avec l'enfant est l'anéantissement de l'inégalité existant entre les parents et l'enfant. Cependant, la mise à plat des relations familiales ne doit pas s'accompagner d'une remise en cause de la légitime autorité des parents sur l'enfant, mais elle doit prendre en compte le postulat de départ de la Convention : l'enfant est une personne, à ce titre, il traite de façon égale avec les autres personnes.

La Convention de New York semble apporter un changement dans la façon d'appréhender les relations entre les parents et l'enfant. Ce changement est particulièrement sensible dans l'article 3 de la Convention qui déclare que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». La quête prioritaire de cet intérêt supérieur de l'enfant change la logique de la relation familiale puisqu'il était généralement convenu que l'intérêt de l'enfant devait s'effacer devant celui de ses parents ou de sa famille, l'autorité parentale avait pour objectif de guider les intérêts de l'enfant afin qu'ils soient au mieux compatibles avec ceux de sa famille. La Convention ajoute un qualificatif qui bouleverse la situation. L'intérêt de l'enfant ne se compare pas avec celui d'autres membres de la société ou de la famille. L'intérêt de l'enfant leur est supérieur, ce qui implique que pour certaines décisions qui le concernent seul, l'avis ou l'autorisation des parents ne soit pas indispensable. Le Comité des droits de l'enfant avait déploré qu'en Autriche, la stérilisation des enfants mentalement handicapés soit autorisée par la loi, sous l'impulsion et l'autorisation des représentants légaux. Il estimait que l'intérêt supérieur de l'enfant empêchait qu'il soit amalgamé à l'intérêt des parents et qu'il convenait que seule l'autorité judiciaire soit saisie de ces situations[1212].

[1212] Autriche, CRC/C/15/Add.98, par. 17.

Derrière cette recommandation du Comité, la supériorité et l'indépendance de l'intérêt de l'enfant est perceptible.

777. L'intérêt supérieur et primordial de l'enfant interdit que les parents disposent sur lui d'une autorité libre de toute contrainte, discrétionnaire. C'est pourquoi l'idée d'autorité parentale est abandonnée par la Convention qui lui préfère le terme de responsabilité parentale[1213]. La responsabilité parentale représente l'aboutissement de l'évolution de l'autorité parentale. Elle favorise l'idée que les parents sont débiteurs d'obligations à l'égard de l'enfant créancier. Cela véhicule le sentiment que le rapport à l'enfant ne doive plus être considéré comme un ensemble de droits des parents à son égard mais avant tout comme un système d'obligations dont l'objectif est de préserver au mieux son intérêt supérieur. La responsabilité parentale soutenue par la Convention de New York inverse le schéma traditionnel qui prévalut longtemps dans le monde. Il n'est plus question d'évoquer les droits du père sur ses enfants et corrélativement les devoirs de l'enfant vis-à-vis du *paterfamilias*.

Comme le reste de la Convention, le principe dégagé par la responsabilité parentale doit faire l'objet d'une traduction juridique dans les législations des États y ayant adhéré. La nécessité de rééquilibrer les relations familiales imposait de faire disparaître les devoirs de l'enfant à l'égard de ses parents ou d'instaurer une contrepartie parentale de même nature, sans pour autant annihiler l'autorité dont bénéficient les parents sur l'enfant. Au Royaume de Belgique, la prise en compte du sens de la responsabilité parentale a été traduite par la modification de l'article 371 du Code civil belge[1214]. Avant la réforme de 1995, à l'instar de son modèle français, le Code civil belge prévoyait que l'enfant devait à tout âge honneur et respect à ses père et mère. La remise en cause de l'autorité morale des parents sur leur enfant a inspiré au législateur belge une rédaction mutualiste de cette disposition traditionnelle : désormais, en Belgique, « *l'enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect* ».

778. Cette nouvelle rédaction du Code civil belge peut paraître anecdotique, pourtant elle s'inscrit dans l'affirmation d'une volonté gouvernementale de modifier le regard que les parents portent sur l'enfant. Car plus que l'âge des codes et des lois, ce sont les traditions culturelles qui forgent le regard que les cités et les peuples d'adultes portent sur l'enfant. Or,

[1213] Terminologie récurrente dans les articles 3, 5 et 18, qui recueillent le cœur de la Convention en tant qu'ils traitent conjointement de l'intérêt supérieur de l'enfant et des devoirs des parents.
[1214] Belgique, CRC/C/SR.224, par. 64.

ce sont ces regards et ces comportements culturels que la Convention tente de changer par l'intermédiaire des lois nationales qu'elle veut actives dans ce domaine.

En outre, le regard traditionnel sur l'enfant est parfois l'argument mis en avant pour justifier des comportements violents contre l'enfant de la part des parents. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est un outil pour lutter contre ces déviances familiales, totalement contraires à l'article 3 et à l'intérêt supérieur de l'enfant.

- *La lutte contre les comportements parentaux violents*

779. L'article 5 de la Convention met en place la responsabilité des parents dans l'éducation de leur enfant et dans la quête de son intérêt. Cette disposition se rattache à d'autres articles de la Convention. L'article 3 pour ce qui se rapporte à l'intérêt supérieur de l'enfant, l'article 12 pour ce qui concerne la prise en compte de sa parole, l'article 18 pour l'éventail des responsabilités familiales, l'article 19 pour la prévention et la répression des mauvais traitements parentaux.

L'attention portée à l'enfant depuis le début du XX^{ème} siècle, matérialisée par les différents outils juridiques qui font référence à sa situation, a permis de mieux se rendre compte de l'ampleur de la violence dont les enfants sont victimes. Plusieurs catégories de violences existent auxquelles l'enfant est confronté. La hiérarchie de ces violences, de la plus douloureuse à la moins traumatisante n'a pas de sens car le regard de l'adulte biaise, extrapole ou amoindrit ce que l'enfant peut, réellement, ressentir. Il est plus souhaitable de répertorier les violences infligées à l'enfant de la plus visible à la moins visible.

Parmi les violences éminemment visibles que l'enfant doit supporter, il y a la guerre. Sur ce domaine, la souffrance de l'enfant est évidente, il est la première victime innocente des conflits des adultes auxquels il est étranger. L'hypothèse de l'implication de l'enfant dans un conflit armé est encore plus évidente — et effrayante — quand l'enfant est appelé à porter des armes contre d'autres enfants. La réaction de la communauté internationale a été à la hauteur du drame de ces jeunes par l'adoption du protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés[1215]. Ce sont les violences exercées contre les enfants dans les conflits armés qui sont à l'origine des positions prises en leur faveur au niveau international, notamment la Déclaration de Genève de 1924.

[1215] Adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 mai 2000 dans sa résolution 54/263.

780. Les violences exercées sur l'enfant ont été particulièrement révélées à la fin du XX^{ème} siècle dans le cadre des terribles affaires criminelles européennes, particulièrement l'affaire DUTROUX en Belgique qui a interpellé le monde sur le degré de souffrances intenses qu'un enfant pouvait supporter à travers les regards et les voix de Lætitia DELHEZ et Sabine DARDENNE, deux rescapées parmi les victimes du pédophile belge.

Ces exemples de violences frappent l'esprit en raison de leur visibilité soudaine et de l'horreur dont ils sont pétris.

781. Mais au-delà de ce que la presse montre, ou de ce qui est naturellement visible ou compréhensible, existe, tapie dans l'intimité des familles, une violence subie par l'enfant qui ne se manifeste qu'en de rares occasions, quand elle déborde du cadre parental pour atteindre le bureau du juge. La violence exercée par les parents est la plus difficile à atteindre car peu visible, et souvent, peu audible. Le Gouvernement du Royaume de Belgique avait attiré l'attention du Comité des droits de l'enfant sur cette situation en précisant qu'il était très difficile d'apporter la preuve des violences ou des abus face aux parents de l'enfant ou à ses gardiens[1216].

Ce n'est que depuis le milieu des années 1990 que l'opinion publique s'est aperçue des mauvais traitements exercés dans le secret des familles, allant du harcèlement psychologique aux abus sexuels les plus graves, parfois combinés avec un mercantilisme corporel : le tourisme sexuel est un fléau de ce début de siècle[1217]. En septembre 2001, le Comité des droits de l'enfant a consacré une journée de débats sur le thème « *la violence contre les enfants au sein de la famille et à l'école* »[1218]. À l'issue de cette journée de débats, le Comité a pris la mesure de ce que la violence vis-à-vis des enfants étant de plus en plus fréquente, et qu'il fallait envisager des outils juridiques plus efficaces que la simple sanction. Le Comité insiste sur le rôle de l'enfant dans la détermination des formes de violence, et les incite à prendre part à la détermination du « *catalogue* » des formes de violences qu'il rencontre dans sa famille ou dans l'école.

[1216] « *L'article 19 de la Convention encourage les États parties à adopter des mesures appropriées pour protéger les enfants contre toutes formes de violence et de mauvais traitements. Il est très difficile d'apporter la preuve de tels abus face aux parents ou aux gardiens de l'enfant. Aussi plusieurs pays ont-ils commencé à définir la responsabilité et l'autorité parentales dans leur législation civile, en y intégrant les concepts de dialogue et de négociation ainsi que la participation des enfants à la vie familiale dans le but d'essayer d'abolir complètement les mauvais traitements…* » (Belgique, CRC/C/SR.224, par. 38).

[1217] Fléau contre lequel l'Assemblée générale des Nations Unies a réagi en adoptant le 25 mai 2000 le Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.

[1218] En septembre 2000, le Comité avait organisé une journée similaire dont le thème général était « *la violence d'État contre les enfants* ».

782. L'article 19 de la Convention de New York appelle à réprouver toute forme de violence contre l'enfant. À ce titre, il tend à la prohibition des châtiments familiaux et des peines corporelles privées. Les derniers attributs traditionnels de la puissance paternelle devraient en théorie s'éteindre dans la Convention :

> « *Le Comité demande instamment aux États parties de prendre des mesures d'urgence pour promulguer des lois ou abroger les textes existants, selon les besoins, afin d'interdire toutes les formes de violence, aussi légères soient-elles, au sein de la famille et à l'école, y compris en tant que mesure disciplinaires, comme l'exigent les dispositions de la Convention…* »[1219].

Cette recommandation solennelle vient bouleverser les comportements habituels qui considèrent la violence domestique comme le dernier reliquat de la puissance paternelle et comme le dernier argument de l'autorité parentale, ainsi que la guerre était le dernier des rois[1220]. Dans les législations nationales, malgré le souhait du Comité, rares sont les dispositions qui prohibent ces peines de justice privées[1221].

783. Mais à nouveau, le problème ne se limite pas à un changement des législations nationales, même s'il s'agit du premier pas dans la direction de l'éradication des violences familiales. Comme pour les autres situations où le Comité appelait à une législation active de la part des États parties, il incite les signataires à accompagner leurs mesures législatives d'approfondissements pédagogiques. Ce sont les comportements, plus que les lois, qu'il faut modifier pour atteindre le but fixé par l'article 19 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Aussi le Comité a-t-il encouragé les États qui ont sans ambiguïté supprimé le recours aux châtiments corporels en même temps qu'il les a invités à prolonger leurs efforts en accompagnant leurs changements législatifs de mesures pédagogiques complémentaires. Il concède à la Finlande un *satisfecit* sur sa prise en considération anticipée de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais le Comité des droits de l'enfant appelle l'attention de ce pays sur le fait que les comportements n'ont pas changé. De plus, le souci de la répression et du signalement se

[1219] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingt-huitième session* » ; septembre/octobre 2001, CRC/C/111, par. 715.
[1220] La devise « *ultima ratio regem* » était inscrite sur les canons des armées de l'Ancien Régime.
[1221] La Suède est le premier pays à avoir interdit tous les châtiments corporels. Le Code des parents suédois prévoit à cet effet que « *un enfant a le droit de recevoir des soins, de vivre dans la sécurité et d'être élevé correctement. Un enfant devra être traité avec le respect dû à sa personne et son individualité, et il ne sera pas soumis à des châtiments corporels ou à tout autre traitement offensif* » (Suède, CRC/C/3/Add.1, par. 52), suivi par la Finlande en 1983 (Finlande, CRC/C/15/Add.132, par. 39) et la Lettonie en 1998 (Lettonie, CRC/C/15/Add.142, par. 27).

pose avec d'autant plus d'acuité que la loi, malgré son effet positif, a rendu ces comportements encore plus silencieux, et, dans certains cas isolés, plus graves.

784. La détermination du Comité des droits de l'enfant se dirige vers la prévention et la disparition de ces comportements violents dans le cadre de la famille. Il estime qu'ils sont totalement incompatibles avec la philosophie générale de la Convention, et principalement avec la recherche primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant par les acteurs sociaux et familiaux. Toutefois, le but de l'instrument juridique international n'est pas de créer un corpus juridique poussant les États parties à la sanction des comportements contraires aux objectifs de la Convention. Le principal but du texte est de modifier les comportements et d'éduquer les partenaires actifs afin qu'ils adoptent un regard nouveau sur l'enfant[1222]. Dans cette direction, l'inconvénient de certaines législations internes est qu'elles offrent une forme de contradiction entre l'interdiction des sévices envers les enfants (réprimés dans un Code pénal ou un Code de la famille) en même temps qu'elles tolèrent explicitement les punitions parentales, si elles sont légères[1223].

De plus, la Cour européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas que les châtiments corporels soient une atteinte aux droits de l'enfant, dès lors qu'ils ne dépassent pas la mesure de ce qui est antagonique avec la dignité et l'intégrité physique de la personne[1224].

Les pays dans lesquels la législation est claire sur la prohibition totale des faits de violence sur les enfants sont très rares. La plupart des législations internes ignore la question, d'autres tentent de l'éluder en distinguant la prohibition des actes de violence parentaux de l'autorisation des actes de correction. Mais la frontière n'est pas nette entre les deux actes et la démarcation est finalement très artificielle, permettant sans mal de passer de la prohibition à la tolérance, de l'interdiction à la permission, de l'excès à la permissivité. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant étant d'interprétation globale, la prohibition de la violence contre l'enfant prévue à l'article 19 doit s'analyser en corrélation avec la recherche

---

[1222] « *... le Comité suggère à l'État partie d'envisager la possibilité d'organiser de nouvelles campagnes d'information. Ces mesures contribueraient à modifier l'attitude de la société à l'égard du recours aux châtiments corporels dans la famille et à faire accepter l'interdiction légale de ces châtiments corporels* » (Royaume-Uni, CRC/C/15/Add.34, par. 16).

[1223] Article 155 du Code civil espagnol : « *Le père et, à son défaut, la mère ont : envers leurs enfants non émancipés :*
1° Le devoir de les nourrir, de les garder auprès d'eux, de leur donner l'éducation et l'instruction selon leur fortune, et de les représenter pour l'exercice de toutes les actions qui peuvent exister à leur profit ;
2° La faculté de les corriger et de les châtier modérément ».

[1224] CEDH, 25 mars 1993 ; JCP 1994, II, 22262, note P. MAZIÈRE ; Gaz. Pal. 1994, 2, p.481, note P. DHÉRY. Dans cette espèce, le fait de frapper à trois reprises un enfant avec une chaussure sur son short en l'ayant prévenu trois jours à l'avance n'était pas contraire à la dignité de la personne humaine.

de son intérêt prévue par l'article 3, avec la notion de « *responsabilité parentale* » prévue par l'article 5. L'ensemble de ces dispositions particulières est guidé par la philosophie générale de la Convention qui est de protéger l'enfant. Cette idée principale est présente dès le Préambule de la Convention :

> « *L'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux...* ».

785. Le sentiment général qui se dégage de la Convention de New York est celui d'une protection accrue en faveur de l'enfant, acteur oublié des grands textes internationaux que sont la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Cette volonté, à laquelle adhèrent les pays signataires du traité, n'est pas compatible avec la moindre idée de violence envers l'enfant, même — et surtout — au sein de la famille décrite par le texte comme l'écrin dans lequel doit s'épanouir l'enfance, loin des vicissitudes et des douleurs du monde.

La complexité de la question est grande car le risque est de cerner, derrière le souhait de prohiber toutes formes de violences vers l'enfant, la volonté (dénoncée par le Comité) de dresser l'enfant contre ses parents. Face à la théorie de l'incompatibilité totale du droit de correction de l'enfant avec la lettre et l'esprit de la Convention, l'argument inverse a été avancé par les nations ne souhaitant pas revenir sur cette tradition. Il a notamment été soutenu par le Royaume-Uni que le droit de correction se dégage de l'interprétation combinée des articles 19 et 5 de la Convention. L'article 5 de la Convention faisant mention du devoir des États de respecter la responsabilité parentale de donner à l'enfant « *d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît* » la Convention. Dans l'esprit des tenants du droit de correction des parents, cette disposition fait obstacle à ce que l'État (et *a fortiori* toute entité autre que l'État, notamment le Comité des droits de l'enfant ou celui des droits de l'homme) s'immisce dans l'intimité de la famille. La barrière érigée selon eux par l'article 5 de la Convention cède dès que la correction est excessive. C'est pourquoi les pays dans lesquels le droit de correction familiale est autorisé le tolèrent quand il est raisonnable, raison au-delà de laquelle le droit pénal s'applique rigoureusement, en conformité avec l'article 19 de la Convention.

L'inconvénient majeur de cette tolérance législative repose sur la définition de ce qui est raisonnable. Soumis à l'appréciation des juges, ce qui est raisonnable pour la loi peut

vite dégénérer dans l'excès. Le cas s'est produit en Grande-Bretagne où un juge a décidé que d'infliger quinze coups de ceinture de cuir ne constituait pas un châtiment excessif[1225]. La justification des partisans du châtiment corporel repose essentiellement sur l'efficacité de la correction et son aspect historique, ancestral inspiré du droit naturel. Si le père frappe son enfant, c'est que la nature l'a voulu, tant dans la manifestation de la puissance du père[1226] que dans la conformation de l'enfant à la réception de cette punition[1227]. L'ultime justification se situant entre les lignes des textes sacrés[1228] : *qui aime bien, châtie bien*[1229]. Cet argument biblique permet de rattacher la punition parentale des buts poursuivis par la Convention de New York et déclarés dans son Préambule : la famille demeure la cellule de bien-être de l'enfant. Si les parents sont fermes et parfois violents avec lui, c'est qu'ils l'aiment.

[1225] Dans les pays anglo-saxons, il existe deux grands courants jurisprudentiels en matière de correction familiale. Un courant plutôt libéral qui vise à la limitation voire la proscription absolue des violences parentales inscrites dans le cadre du droit de correction raisonnable. Ce courant se place en réaction des traditions anciennes dans ces pays et y voit « *un témoignage de la barbarie* » des ancêtres. Le point de départ de ce courant est de présumer que la violence contre l'enfant n'est pas raisonnable, sauf quand elle s'inscrit dans une réaction défensive modérée qui n'entraîne pas de séquelles psychologiques pour l'enfant. Ce mouvement a connu une évolution notable jusqu'à connaître en 1997 un jugement canadien sanctionnant la violence et prônant une éducation dépourvue d'agression vers l'enfant.
À l'inverse, il existe un courant conservateur qui s'appuie sur la présomption inverse : la violence sur l'enfant est toujours raisonnable sauf si elle s'inscrit dans un but malicieux, inutile ou excessif. Un juge canadien a décidé en 1949 que la sanction violente du père n'était faite que dans l'intérêt de l'enfant : « *One can never presume that the father is going to inflict corporal punishment upon his child from pure malice or loss of self-control, but as on the contrary one must judge his act as being performed exclusively in the interest of the child* ». [On ne peut présumer que le père va infliger un châtiment corporel à son enfant par pure malice ou par perte de son sang froid, mais bien au contraire, on doit juger son acte comme ayant été exclusivement motivé par l'intérêt de l'enfant]. Ce point de vue avait été imposé dans une loi népalaise qui prévoyait que les châtiments corporels pouvaient être exercés sur l'enfant par ses parents ou ses grands-parents si cela est considéré comme étant dans son intérêt. En 1950, un autre juge avait condamné un père de famille… parce qu'il n'avait pas été assez sévère avec son enfant : « *Plus l'enfant affiche des penchants répréhensibles, plus la sévérité du père doit s'exercer, par des répressions au besoin cuisantes, à lui inspirer une crainte salutaire.* […] *Que le jeune fou sente qu'à l'occasion un bras inexorablement lourd va s'abattre sur lui et le frapper de sensible façon* » (M.-A. CLICHE : « *Est-ce vraiment pour son bien ?* » ; Thémis, 2000).

[1226] Les préceptes d'ARISTOTE et de Saint-Thomas d'Aquin sont perceptibles ici. Si l'enfant est faible par rapport au père c'est pour qu'il soit possible de l'éduquer par la force et de corriger ses excès de folie. « *... le père doué d'une* […] *plus grande énergie que sa femme devrait intervenir pendant de nombreuses années pour dompter les passions enfantines, afin d'amener l'enfant vers sa fin qui est d'être un homme raisonnable et vertueux.* […] *Il y faudra qu'on y ajoute de longs redressements, travail considérable auquel la mère ne saurait suffire et qui exige l'intervention du père dont la raison est plus lumineuse pour instruire et l'énergie plus vigoureuse pour châtier* » (D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 54).

[1227] Un arrêt canadien du début du XX^{ème} siècle (R. c. METCALFE, 1928) mentionne la particulière adaptation de l'anatomie de l'enfant pour la réception des punitions familiales : « *That part of the anatomy which seems to have been specially designed by nature for the receipt of corporal punishment* » [Cette partie de l'anatomie qui semble avoir été spécifiquement dessinée par la nature pour la réception du châtiment corporel] (M.-A. CLICHE : « *Est-ce vraiment pour son bien ?* » ; Thémis, 2000).

[1228] « *Qui épargne le bâton n'aime pas son fils, mais qui l'aime se hâte de le châtier* » (Pr. 13 : 24).

[1229] Ce point de vue proverbial a été fermement condamné par le Comité des droits de l'enfant dans une recommandation qu'il a formulée au Gouvernement du Sénégal : « *Le Comité reconnaît l'existence d'attitudes et de pratiques traditionnelles, mais il est fermement persuadé qu'il convient d'abolir celles qui vont contre les intérêts de l'enfant. La croyance que qui aime bien châtie bien est une de ces attitudes ; les conseils sont préférables aux châtiments corporels* » (Sénégal, CRC/C/SR.248, par. 73).

786. La position défendue peut-elle être tenue face aux dispositions de la Convention ? Pour le Comité des droits de l'enfant, rien n'est moins sûr. L'idée première que l'article 5 de la Convention délimite un milieu privé, uniquement du ressort de la famille, dans lequel une justice parentale peut s'exercer loin du contrôle de la loi et de l'État ne supporte pas l'examen inverse selon lequel la famille ne doit être qu'un lieu de bienfait pour l'enfant. Cette théorie s'oppose à l'idée que la Convention ait vocation à s'appliquer partout, même dans le cercle intime de la famille. En outre, le droit discrétionnaire reconnu par le traité aux parents dans l'article 5 ne vise que les conseils et l'orientation de l'enfant. Il exclut absolument la violence à son encontre comme méthode d'éducation.

Pour le Comité des droits de l'enfant, la législation des pays qui consiste à conserver une espèce de justice parentale sous la forme d'une violence raisonnable est « *un vestige de cette idée désuète que les enfants sont en un certain sens le bétail de leurs parents* »[1230]. De même, le Comité appelle à une étude plus globale de la question de la violence dans le monde et estime que les grands outils internationaux ont tendu à la disparition de toutes les formes de violences envers toutes les personnes ou catégories de personnes. Les traités internationaux et les législations internes prohibent globalement la violence contre un adulte, « *pourquoi n'en serait-il pas de même pour l'enfant ?* »[1231]. Ce droit de violence sur l'enfant est le reliquat d'un temps révolu, d'une époque où la force de l'homme justifiait à elle seule qu'il dispose d'un droit supérieur à celui de la femme et l'enfant et qu'il puisse exercer sur eux son autorité par la violence. Aujourd'hui l'homme ne peut plus imposer sa violence à la femme, pourquoi existerait-il une exception pour les violences raisonnables sur l'enfant ? La société accepterait-elle qu'un homme soit autorisé à battre raisonnablement sa femme ?

787. La situation des pays signataires dont les législations autorisent (ou tolèrent) l'emploi des punitions privées violentes est combattue par le Comité. Mais à nouveau, ce que le Comité cherche concrètement à changer, ce n'est pas tant la législation que le comportement de l'opinion publique et son regard sur l'enfant. Dans cette optique, le seul volet législatif des pays ne suffit pas. Il doit, toujours, s'accompagner de mesures complémentaires visant à sensibiliser les familles sur la responsabilité parentale de protection

[1230] Royaume-Uni, CRC/C/SR.205, par. 63.
[1231] Comité des droits de l'enfant : « *Le rôle de la famille dans la promotion des droits de l'enfant* » ; 10 octobre 1994, CRC/C/SR.176, par. 47

de l'enfant, dont le concept exclut l'idée de violence. Sur ce point, quelques États ont reçu de la part du Comité des droits de l'enfant la recommandation suivante :

> « *… le Comité recommande à l'État partie d'interdire de façon permanente toute forme de châtiment corporel, que ce soit à l'école ou au sein de la famille, notamment en faisant respecter la législation en vigueur, en organisant des activités de sensibilisation à l'intention des parents, des enseignants et autres groupes concernés et en formant les enseignants de manière qu'ils adoptent d'autres types de sanctions disciplinaires non préjudiciables aux enfants…* »[1232].

Enfin, un argument supplémentaire vient appuyer la position du Comité des droits de l'enfant. Les « *Règles de Beijing* » adoptées le 29 novembre 1985 par l'assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 40/33 dispose dans son article 17.3 que « *les mineurs ne sont pas soumis à des châtiments corporels* »[1233].

788. Les violences parentales sont, en elles-mêmes, contraires à l'article 19 et à l'article 5 de la Convention de New York. Cependant, leur faible visibilité les rend pratiquement indécelables, à moins qu'un excès ne les fasse parvenir à la barre d'un tribunal. En outre, il est possible d'estimer que les violences correctives portées à l'enfant sont

[1232] Éthiopie, CRC/C/15/Add.144, par. 38 et 39 ; France, CRC/C/15/Add.20, par. 24 ; Honduras, CRC/C/15/Add.24, par. 27 ; Pologne, CRC/C/15/Add.31, par. 30 ; Jamaïque, CRC/C/15/Add.32, par. 7 ; Canada, CRC/C/15/Add.37, par. 25 ; Belgique, CRC/C/15/Add.38, par. 15 ; Tunisie, CRC/C/15/Add.39, par. 17 ; Sri Lanka, Add.40, par. 32 ; Italie, CRC/C/15/Add.41, par. 20 ; Ukraine, CRC/C/15/Add.42, par. 29 ; Sénégal, CRC/C/15/Add.44, par. 24 ; Portugal, CRC/C/15/Add.45,par. 23 ; Liban, CRC/C/15/Add.54, par. 37 ; Zimbabwe, CRC/C/15/Add.55, par. 18 et 31 ; Guatemala, CRC/C/15/Add.58, par. 33 ; Maroc, CRC/C/15/Add.60, par. 27 ; Royaume-Uni, Territoire dépendant : Hong Kong, CRC/C/15/Add.63, par. 27 ; Maurice, CRC/C/15/Add.64, par. 31 ; Bulgarie, CRC/C/15/Add.66, par. 30 ; Panama, CRC/C/15/Add.68, par. 30 ; République arabe syrienne, CRC/C/15/Add.70, par. 28 ; Nouvelle-Zélande, CRC/C/15/Add.71, par. 29 ; Ghana, CRC/C/15/Add.73, par. 16 et 36 ; Algérie, CRC/C/15/Add.76, par. 21 ; République populaire démocratique de Corée, CRC/C/15/Add.88, par. 13 ; Japon, CRC/C/15/Add.90, par. 45 ; Barbade, CRC/C/15/Add.103, par. 22 ; Pérou, CRC/C/15/Add.120, par. 22 ; République islamique d'Iran, CRC/C/15/Add.123, par. 40 ; Jordanie, CRC/C/15/Add.125, par. 42 ; Kirghizistan, CRC/C/15/Add.127, par. 40 ; Malte, CRC/C/15/Add.129, par. 29 et 30 ; Suriname, CRC/C/15/Add.130, par. 41 et 42 ; Burundi, CRC/C/15/Add.133, par. 40 et 41 ; Royaume-Uni, Île de Man, CRC/C/15/Add.134, par. 26 et 27 ; Royaume-Uni, Territoires d'outre-mer, CRC/C/15/Add.135, par. 35 et 36 ; Tadjikistan, CRC/C/15/Add.136, par. 35 ; Îles Marshall, CRC/C/15/Add.139, par. 36 et 37 ; Slovaquie, CRC/C/15/Add.140, par. 32 ; Comores, CRC/C/15/Add.141, par. 31 et 32 ; Égypte, CRC/C/15/Add.145, par. 37 et 38 ; Lituanie, CRC/C/15/Add.146, par. 25 et 26 ; Lesotho, CRC/C/15/Add.147, par. 31 et 32 ; Arabie saoudite, CRC/C/15/Add.148, par. 34, 35 et 36 ; Palaos, CRC/C/15/Add.149, par. 44 et 45.

[1233] D'autres instruments juridiques internationaux insistent sur la prohibition généralisée des châtiments corporels. C'est le cas des Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de libertés dont la 67ème règle prévoit que « *les mesures disciplinaires qui constituent un traitement cruel, inhumain, ou dégradant, telles que les châtiments corporels, doivent être interdites* ». Le paragraphe 54 des Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile affirme également qu'aucun « *enfant ou jeune ne doit subir de correction ou de punition dures, ou dégradantes, que ce soit à la maison, à l'école ou ailleurs* ».

également une violation de l'article 6 de la Convention. Non pas dans ce qu'il prononce le droit de tout enfant à la vie ou à la survie, mais dans ce qu'il énonce le droit de l'enfant au développement optimal. La brimade quotidienne, la violence régulière même minime sont autant d'impacts psychologiques imposés à l'enfant qui contrarient son épanouissement et son développement. Certes est-il possible de trouver parmi les tenants de cette méthode, des parents qui évoqueront le fait que la résistance de l'enfant est renforcée et que sa personnalité est grandie par l'inflexibilité parfois rude du comportement des parents. C'est, une fois encore, faire l'impasse sur le thème récurrent et le socle de la Convention : l'enfant est une personne fragile, physiquement et mentalement. De sorte qu'en lui imposant des violences verbales, physiques ou psychologiques qu'un adulte supporterait, sa spécificité est occultée et il est soumis à une souffrance qu'il n'est pas à même de supporter et qui peuvent le conduire à adopter des comportements déviants, dangereux, voire mortels. Une étude menée au Japon[1234] a montré qu'un certain nombre de suicides s'expliquaient par l'environnement oppressant dans lequel évoluait l'enfant dans sa famille ou à l'école. Pour lutter contre l'inadmissible mortalité de ces jeunes, l'État nippon a mené des campagnes de sensibilisation dirigées vers les parents pour modifier la perception parfois archaïque, souvent brutale, occasionnellement violente de l'enseignement à l'école.

789. L'idée de responsabilité parentale envisagée dans l'article 5 de la Convention achève l'évolution philosophique connue principalement depuis le siècle des Lumières. La Convention instille le principe selon lequel l'enfant est un être vivant, sujet actif de droit au même titre que ses parents. L'égalité est donc de mise dans les rapports familiaux, ce qui passe par un respect mutualisé entre les parents et l'enfant, ainsi que par une reconnaissance de l'enfant, une reconnaissance de ses droits, notamment le droit à l'intégrité physique qui exige que toute forme de violence soit proscrite, même légère, dans le cadre de la cellule familiale.

À nouveau, la complication de l'application des droits de l'enfant ne provient pas tant de la bonne volonté des États qui y ont adhéré que de la résistance des traditions et des coutumes anciennes dans les populations. Que l'enfant puisse être un sujet de droit est encore difficile à concevoir dans certains pays, qu'il puisse être l'égal de ses parents sur un plan juridique l'est davantage et que les parents n'aient plus le droit d'user de la violence pour lui inculquer les fondements de la vie en société relève parfois d'une philosophie encore

[1234] Japon, CRC/C/41/Add.1, par. 225.

inaccessible, surtout quand la législation interne cautionne ces pratiques au mépris des engagements internationaux[1235].

Il est cependant erroné de croire que les parents n'ont plus que des devoirs à l'égard de l'enfant et que la situation d'origine, où les parents étaient naturellement supérieurs à leur enfant, vantée par les philosophes antiques, a totalement disparu. Il demeure que la famille, pour exister, a besoin d'une hiérarchie et que l'enfant, pour son développement, a besoin que ses parents lui soient supérieurs. Si les parents ont une responsabilité vis-à-vis de l'enfant, s'ils sont débiteurs de devoirs, ils ont également un droit, celui de lui donner « *d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice* » de ses droits. Les parents doivent élever l'enfant.

b. Élever l'enfant

790. La Convention relative aux droits de l'enfant ne donne pas d'indication sur le rôle parental pour ce qui concerne le fait d'élever l'enfant. La rédaction de l'article 5 de la Convention est telle qu'elle permet de laisser une marge comportementale autonome aux parents, l'important étant qu'ils restent dans le respect des droits de la Convention. Le Comité l'a énoncé dans une recommandation destinée au Gouvernement du Royaume-Uni en lui rappelant qu'il « *n'y a pas de place pour les châtiments corporels dans la marge de discrétion accordée par l'article 5 aux parents dans l'exercice de leurs responsabilités* » [1236].

Aussi le rôle éducatif des parents n'est-il pas strictement encadré par la Convention et le Comité des droits de l'enfant leur laisse le champ libre, considérant qu'ils sont généralement les mieux à même de cerner les besoins de l'enfant. Pour autant la latitude des parents n'est pas absolue et si la Convention ne dit pas ce qu'ils doivent faire pour élever et éduquer leur enfant, elle précise ce qu'ils n'ont pas le droit de faire.

Pas plus que dans le cadre du respect dû aux parents, la violence n'est-elle tolérée dans le cadre de l'éducation. La conjugaison des articles 5 et 19 prohibe également le recours à la violence ou à une discipline humiliante pour assurer l'orientation de l'enfant. L'éducation familiale doit se faire dans l'optique d'une préparation active à la vie d'adulte sans pour autant confiner l'enfant à un espace de droits inférieur. L'enfant est un sujet de droit actif, il

[1235] Certains États ont émis des réserves précisément sur la place de l'enfant dans sa famille. Ainsi la Pologne (Pologne, CRC/C/2/Rev.8, p. 26) et la République de Kiribati (Kiribati, CRC/C/2/Rev.8, p. 26) ont-elles exprimé que les droits de l'enfant « *doivent s'exercer dans le respect de l'autorité parentale, conformément aux coutumes et traditions en ce qui concerne la place de l'enfant au sein de la famille et en dehors de celle-ci* ».
[1236] Royaume-Uni, CRC/C/SR.205, par. 72.

ne doit pas être maintenu dans une cellule de « *sous-droits* » ou dans une forme de stage de vie, comme si l'accès à l'âge adulte entraînait de naissance juridique et d'éveil au monde et à l'exercice des droits de la Convention[1237]. La Convention, contrairement aux Déclarations antérieures[1238], ne s'immisce pas dans l'intimité des valeurs familiales, elle se contente dans son Préambule de délivrer un conseil général d'éducation de l'enfant. Il s'agit là d'un conseil et non d'un devoir à la charge des parents :

> « *... il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux de 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* ».

L'article 5 se borne à donner un cadre général, une forme de méthodologie d'éducation à l'adresse des parents, sans leur délivrer de contenu formel en dehors de l'invitation globale énoncée dans le Préambule et de l'esprit général de la Convention.

- *Méthodologie générale à l'adresse des parents*

791. Le fondement du rôle des parents dans l'éducation de leur enfant est l'absence totale de violence, quelle qu'en soit la forme. L'orientation demandée par l'article 5 de la Convention doit être souple et bienfaisante, exempte de douleur, physique ou mentale, conformément à l'article 19. Sorti de ce point de départ essentiel, la Convention ne donne pas de lignes directrices exigeantes, ni même précises. Elle se contente de laisser aux parents (et assimilés) le devoir d'orienter l'enfant dans l'exercice de ses droits « *d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités* ». Une phraséologie ample permet de ne pas s'obliger à définir des seuils d'âge arbitraires ou de donner des définitions de la maturité pour des points particuliers. La discrétion est de mise dans cet article, guider l'enfant dans l'appréhension de ses droits est laissé à la guise des parents. Le but suivi par l'article 5 est de

---

[1237] « *Au plan international, il a été maintes fois souligné que l'enfance devait être non pas 'l'antichambre de la vie' mais une partie de la vie elle même. Il n'est donc plus possible d'admettre une situation juridique où l'enfant jusqu'à la veille de ses 18 ans est pratiquement sans droits puis du jour au lendemain acquiert tous les droits. Il faut créer les conditions d'une émancipation différenciée et progressive des enfants dans tous les domaines de la vie quotidienne. Mais si la société ne change pas sa vision du statut de l'enfant et ne l'accepte pas en tant que sujet du droit, alors les modifications d'ordre législatif risquent de ne pas avoir beaucoup d'effets* » (Slovaquie, CRC/C/11/Add.17, par. 40).

[1238] Article 5 de la Déclaration de Genève de 1924 : « *L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères* ».
Principe 10 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 : « *Il doit être élevé dans un esprit de compréhension, de tolérance, d'amitié entre les peuples, de paix et de fraternité universelle, et dans le sentiment qu'il lui appartient de consacrer son énergie et ses talents au service de ses semblables* ».

permettre, tout au long de l'enfance, l'acquisition progressive des droits afin de favoriser l'insertion efficace de l'enfant dans la vie d'adulte. Dans la mesure où la Convention de New York est d'interprétation globale, une fois encore, les détails de la méthodologie envisagée par ses rédacteurs ne se trouvent pas nécessairement dans le cadre général placé dans l'article 5. Afin de permettre aux parents d'orienter l'enfant en fonction de son développement, ceux-ci doivent être particulièrement attentifs aux manifestations extérieures de sa maturité. L'article 12 favorise cette écoute parentale puisqu'il invite les acteurs de la Convention, en premier lieu les parents, à prendre en considération les opinions de l'enfant librement exprimées sur toute question l'intéressant. La méthodologie dégagée par la Convention se distingue radicalement des canons qui prévalaient jusqu'alors en matière d'éducation de l'enfant dans le cadre de la famille, la distinction entre « *autorité parentale* » et « *responsabilité parentale* » est encore présente ici qui révèle les grandes méthodes pour élever l'enfant.

792. Dans le concept d'autorité parentale, la fonction d'élever l'enfant est confiée aux parents, unilatéralement et autoritairement. C'est à eux qu'appartiennent les décisions, en fonction de leurs convictions, de leurs croyances. La recherche et la promotion de l'intérêt de l'enfant se fabriquent en fonction de leur propre expérience et l'idée d'intégrer l'enfant à la quête de son intérêt et à la mise en place de son avenir n'est pas clairement identifiée dans l'idée de l'autorité parentale, au sens traditionnel du terme.

La responsabilité parentale décrite par la Convention de New York ne modifie pas la direction de l'éducation familiale de l'enfant : elle reste confiée aux parents. Mais tandis que l'idée d'autorité parentale imprime celle de direction discrétionnaire, la responsabilité parentale prônée par la Convention inspire l'idée d'un dialogue entre le couple parental et l'enfant. Le reflet de la mutualité dans les rapports enfant-parents est bien perceptible ici. La Convention demande que les parents assurent une direction de l'enfant dans sa façon d'appréhender ses droits tout en tenant compte du développement de ses capacités en fonction de son âge et de sa maturité. La combinaison des articles 5, 12 et 19 de la Convention met en place une façon d'élever l'enfant qui est à la fois directive, constructive, responsable et totalement dépourvue de violence, méthode qui se situe à l'opposé de ce qui était communément pratiqué jusqu'alors. La volonté de la Convention n'est toujours pas d'opposer la parole de l'enfant à celle des parents[1239]. Il est clair, dans l'esprit général du texte, que l'enfant ne dispose pas de la maîtrise de son éducation et que celle-ci reste sous la décision

[1239] « *… il ne s'agit pas donner du pouvoir à l'enfant, mais de montrer qu'en soutenant les droits de l'enfant on renforce les droits de toute la famille…* » (Burkina Faso, CRC/C/SR.136, par. 51).

finale des parents. Ce qui compte, c'est que l'espace de discrétion installé entre les lignes de l'article 5 au profit des parents ne se transforme ni en prison éducative pour l'enfant, ni en cellule l'isolant de l'exercice de ses droits, ni en lieu de tension permanent, ni en espace d'autorité dévolue à l'enfant. Cet espace de discrétion doit être un enclos serein d'écoute, de dialogue, quoique la décision finale revienne toujours aux parents. L'important n'est pas que la parole de l'enfant sous-tende systématiquement la décision des parents : ils n'ont pas à entériner les vœux de l'enfant. Ce qui compte, et c'est le sens de l'article 12 de la Convention, c'est que la parole de l'enfant soit écoutée en considération de la maturité de l'enfant. Or, sur ce point, les parents sont les mieux à même de juger si l'enfant est mature ou non :

> « *Les opinions de l'enfant seront ainsi prises en considération, bien que pas forcément entérinées, et l'on donnera à l'enfant la possibilité de comprendre les raisons pour lesquelles une décision différente aura été adoptée* »[1240].

Le souhait principal qui s'excipe des dispositions de la Convention est de faire de l'enfant un sujet actif de droit, sans pour autant l'installer dans l'autonomie de leur exercice. L'enfant doit devenir un partenaire actif pour les parents, participant à la prise de décision, au lieu de rester le reflet passif des désirs parentaux[1241]. Le Comité des droits de l'enfant avait inscrit cette évolution sensible dans le rapport de sa cinquième session en janvier 1994 en prenant acte que le droit moderne proposé par la Convention s'éloignait des traditions séculaires :

> « *De toute tradition, l'enfant avait été considéré comme un membre dépendant, invisible et passif de la famille. Ce n'est que récemment qu'il est devenu visible et la tendance est de plus en plus à lui accorder la possibilité d'être entendu et respecté. Le dialogue, la négociation, la participation sont désormais au premier plan de l'action commune en faveur des enfants* »[1242].

793. Dans le cadre général posé par l'article 5 sur la façon d'élever l'enfant, le fait de prendre en compte sa maturité pour favoriser le développement de ses capacités induit, en plus de l'obligation positive précédemment décrite, une obligation de ne pas faire. Cette obligation négative place l'article 5 de la Convention au cœur d'une nouvelle distinction avec

---

[1240] M. SANTO PAIS : « *Manuel relatif à l'établissement de rapports sur les droits de l'homme* » ; UNITAR 1997, p.446.

[1241] « *Il faut créer les conditions d'une émancipation différenciée et progressive des enfants dans tous les domaines de la vie quotidienne* » (Slovaquie, CRC/C/11/Add.17, par. 240).

[1242] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la cinquième session* » ; janvier 1994, CRC/C/24, Annexe V.

l'article 6 qui garantit à l'enfant un droit au développement. La prise en compte du développement des capacités de l'enfant oblige les parents à ne pas les sous-évaluer (ce qui correspond à l'obligation active de le faire participer à la vie de la famille et aux prises de décisions qui le concernent, sans le protéger à outrance), mais elle les oblige aussi à ne pas les surestimer. Les parents ne doivent pas attendre de lui des comportements ou des réactions incompatibles avec sa jeunesse ou son degré de maturité. Ne pas ignorer l'enfant n'est pas synonyme d'exiger trop de lui. Dans ce cadre, les parents semblent les seuls à pouvoir déterminer le dosage exact de la prise en compte de la parole de l'enfant et de ses capacités de développement.

794. Étrangement, alors que le Comité des droits de l'enfant semble regretter systématiquement que la législation interne des pays ne soit pas modifiée pour inciter les particuliers à appliquer la Convention, il paraît préférer laisser à la famille la discrétion du dialogue familial. Ainsi, le Comité a-t-il regretté que certaines nations déterminent des âges à partir desquels l'enfant est suffisamment mature pour participer à la vie de sa famille. C'est le cas de la législation du Yémen, pour laquelle le Comité s'est montré « *préoccupé par la précocité des «* âges de maturité *» fixés par la loi, qui sont, pour la puberté, de 10 ans pour les garçons et de 9 ans pour les filles* »[1243]. Toutefois, si le Comité regrette ces comportements législatifs qui freinent et limitent la discrétion parentale dans le développement de l'enfant, il ne les déconseille pas formellement. En revanche, quand les législations nationales mettent en place ces seuils de maturité, le Comité s'oppose à ce qu'ils soient différenciés selon le sexe de l'enfant. C'était le cas au Yémen, comme ça l'était aussi en Équateur où le Comité avait estimé que « *le fait de se baser sur le critère physiologique de la puberté pour fixer l'âge de la maturité différemment selon qu'il s'agit d'un garçon ou d'une fille est contraire à la lettre et à l'esprit de la Convention et constitue une forme de discrimination sexiste qui compromet l'exercice des droits fondamentaux du mineur dans leur ensemble* »[1244].

795. La discrétion laissée aux parents dans leur devoir d'élever l'enfant en considération de son degré de développement est offerte en vue de permettre à l'enfant de s'autodéterminer dans certaines décisions. L'objectif affiché par le Comité est que l'accompagnement parental, appuyé sur le dialogue, permette à l'enfant de comprendre une décision avant de la prendre seul. Dans les recommandations adressées aux pays, le Comité

[1243] Yémen, CRC/C/15/Add.102, par. 16.
[1244] Équateur, CRC/C/15/Add.93, par. 17.

des droits de l'enfant rappelle que la méthode pour élever l'enfant doit avoir pour objet son autonomie croissante. Ainsi le Comité invite-t-il les pays à favoriser un principe général selon lequel l'enfant qui a acquis une compréhension suffisante par rapport à une décision particulière doit être à même par la suite de prendre seul cette décision. Les parents sont pourvus des outils que la Convention met à leur disposition, principalement le droit de l'enfant à l'information prévu par l'article 17 de la Convention. L'attention des pays est attirée sur le fait qu'un enfant bien informé et bien intégré à la vie de la société est mieux armé pour prendre seul ses décisions et mieux sensibilisé à la participation des débats familiaux. Dans ce sens, l'article 5 se combine, quant à la méthode générale de la manière d'élever l'enfant, aux dispositions de l'article 17, ce qui établit que la méthode est bien encadrée par la Convention tout en laissant un important espace de liberté totale au couple parental.

796. L'inconvénient de taille est immédiatement perceptible, au même titre que les autres difficultés rencontrées par la Convention dans son application pratique. S'il n'est pas insurmontable d'inciter les pays à modifier leur législation interne (dans des termes parfois peu diplomatiques et assez fermes dans les différentes recommandations du Comité lors de l'examen des rapports des États parties) sur le mode de fonctionnement de la famille et de les porter à montrer la voie vers une nouvelle prise en compte de la personne de l'enfant, il n'est pas aussi évident pour la Convention de faire pénétrer sa philosophie dans les esprits de la population.

797. Tout en laissant une grande autonomie aux familles dans la façon d'élever l'enfant, la Convention ne manque pas pour autant d'encadrer la liberté des parents dans les règles et de prise en compte de l'intérêt de l'enfant. Le point fondamental au cœur de la Convention, plus fondamental encore que la recherche permanente de l'intérêt de l'enfant, est la nécessité absolue de ne pas enfermer l'enfant dans un comportement d'observateur passif, mais au contraire de l'insérer activement dans la vie de la famille et de le faire participer au plus près aux décisions qui le concernent. C'est dans ce sens que la Convention souhaite que les parents l'élèvent et l'aident à assimiler les droits qui sont les siens et ses prérogatives quand, sortant de l'enfance au terme de l'article 1er de la Convention, il entrera dans le monde adulte. La méthode globale proposée aux parents par le traité repose sur le dialogue avec l'enfant, le temps de la direction discrétionnaire de la famille est aboli.

De la même façon, loin de déterminer le contenu de ce devoir d'élever l'enfant, le traité de New York laisse une place importante aux convictions parentales. Cependant, à travers certains articles, la Convention énonce les thèmes qu'elle souhaite voir inculquer à l'enfant par ses parents.

➢ *Le contenu du devoir d'élever l'enfant*

798. L'article 18 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant reconnaît que c'est aux parents qu'appartient la responsabilité commune d'élever l'enfant et d'assurer son développement. Le développement est pris dans une triple dimension : physique, psychologique et intellectuelle. Dans le cadre de l'éducation des parents, il faut s'intéresser à son développement intellectuel.

Le contenu global du devoir d'élever l'enfant par les parents est annoncé dès l'article 5 de la Convention. Il est question de lui « *donner* […] *l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention* ». La méthode envisagée par la Convention permet par elle-même à l'enfant d'être en prise avec les droits qu'elle reconnaît. Le premier droit reconnu étant la liberté de l'enfant, son droit à la parole, à l'expression et le devoir de prise en compte des parents, la famille devient l'environnement idéal à l'exercice spontané de ces éléments : il s'agit de l'exercice naturel de la démocratie et l'éveil aux droits civils de l'enfant qui naissent naturellement dans le cocon familial.

Le fait de voir dans l'enfant un sujet de droit actif implique qu'il exerce lui-même les droits de la Convention avec l'appui de ses parents. De même que pour la méthode employée par les parents, le traité reste évasif sur le contenu de l'éducation parentale. Il laisse une large discrétion au couple parental dans ce domaine, mais la méthode qu'il met en place insiste sur l'aspect démocratique de l'environnement familial, c'est là le principal point du contenu éducatif que doive délivrer les parents : apprendre l'exercice de la démocratie. Mais là ne se limite pas le rôle des parents : ils doivent également préparer l'enfant à sa vie d'adulte, éventuellement à sa vie de parent.

799. Les valeurs défendues par la Convention de New York font naturellement partie des droits que l'enfant doit exercer. Il doit être guidé sur cette voie afin d'embrasser ces valeurs de tolérance, de compréhension, de respect mutuel et de solidarité. Le Préambule du texte incite à prendre en compte ces valeurs dans l'éducation de l'enfant quand il mentionne

qu'il « *importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit d'idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies…* ».

L'objectif général de tolérance et de respect mutuel que fixe le Préambule de la Convention reste, en lui-même, totalement incompatible avec toute forme de violence dans la famille, de même qu'il se heurte à tout mode de discrimination ou de domination autoritaire des parents. Dans ce sens, le Comité des droits de l'enfant a recommandé à certains États de veiller à ce que le respect d'une démocratie familiale soit assuré dans leur législation. L'expression d'une démocratie impose que l'enfant soit considéré comme un sujet de droit à part entière et qu'il ne soit pas arbitrairement soumis à la puissance de ses parents. Le Saint-Siège avait clairement émis une réserve[1245] sur cette situation, expliquant que le droit des parents sur l'enfant était un préalable indispensable dans la tradition catholique. Le Comité des droits de l'enfant lui avait rappelé « *que de son point de vue les droits et les prérogatives des parents ne doivent pas porter atteinte aux droits de l'enfant tels qu'ils sont reconnus dans la Convention, en particulier le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et de voir son opinion prise dûment en considération* »[1246].

L'apprentissage précoce de la démocratie dans la famille permet également de sensibiliser les enfants à leur future vie de parents, et ainsi prévenir une forme de violence qui répèterait le schéma autoritaire classique. C'est aussi la conséquence d'une prise de conscience internationale ; des études ont établi que plus l'enfant est pris en compte dans le cercle de famille, plus sa voix est écoutée et moins il développe de comportements déviants ou violents à l'extérieur de sa famille pendant sa vie d'enfant ou pendant sa vie d'adulte. La famille représente donc également un moyen de limiter la violence et les comportements délinquants chez l'enfant et le futur adulte. Cette perception du monde familial comme une cellule d'apprentissage pacifique de la vie de l'adulte correspond bien aux préceptes de la Convention au premier plan desquels se situe le devoir d'élever l'enfant dans un esprit de paix et de tolérance.

800. L'apprentissage de la démocratie par le biais de la famille est aussi le premier pas vers l'apprentissage de la vie d'adulte auquel les parents doivent s'astreindre comme les y invite le Préambule quand il énonce que les enfants doivent être préparés « *à avoir une vie individuelle dans la société* ». Il s'agit du véritable but de l'éducation parentale : permettre à

[1245] « *Le Saint-Siège interprète les articles de la Convention d'une façon qui sauvegarde les droits fondamentaux et inaliénables des parents, pour ce qui est en particulier de l'éducation, de la religion, de la liberté d'association et du respect de la vie privée* » (Saint-Siège, CRC/C/2/Rev.8, pp. 37-38).
[1246] Saint-Siège, CRC/C/15/Add.46, par. 7.

l'enfant de vivre seul de façon autonome. Cela répond également au devoir de développer les capacités de l'enfant pour lui permettre d'acquérir sa pleine autonomie d'adulte. Ce devoir concerne aussi l'apprentissage de la maturité chez l'enfant et s'inscrit parfaitement dans le besoin de le sensibiliser à la démocratie et de le faire participer aux prises de décisions importantes de la famille.

801. Le traité a bouleversé la vision traditionnelle de la famille. Il ne s'agit plus de mener l'enfant vers l'âge adulte de façon autoritaire sans considération pour son âge ni pour sa spécificité. Il doit désormais être guidé dans cette évolution et il doit lui-même accompagner les décisions qui sont prises dans son environnement familial. C'est à cette condition que l'enfant pourra se préparer à sa vie d'adulte tout en développant ses capacités propres.

La Convention de New York modifie également le statut particulier de l'État en la matière. Il n'est plus question que l'enfant et l'État soient deux domaines hermétiquement séparés. L'État se voit confier un rôle important par la Convention.

C – La place de l'État

802. Parmi les acteurs de la Convention, aux côtés de l'enfant et de sa famille, se trouve l'État. Avant le texte de 1989, l'État n'était pas identifié dans les outils internationaux dirigés vers l'enfant. Dans la Déclaration de Genève, la question des droits de l'enfant est totalement indépendante d'une quelconque autorité étatique. Ce n'est pas à lui qu'incombe le devoir de venir en aide à l'enfant handicapé, ni à lui d'assurer la subsistance de l'enfant mal nourri. Les cinq articles et le Préambule de la Déclaration de 1924 évincent l'État de toute action en direction de l'enfant, laissant le soin aux parents[1247] d'assurer l'effectivité de la Déclaration. Éloignant l'enfant de la cité, la Déclaration de 1924 s'inspire des idées philosophiques antiques énonçant que l'enfant est affaire de famille et que l'État n'a pas à se mêler des intérêts de l'un en s'immisçant dans l'intimité de l'autre.

803. Le traité de 1959 diffère légèrement sur ce point de la Déclaration qui le précède. L'État intervient et prend une place minime dans l'application des Droits qui sont définis dans le décalogue onusien. Il alloue des subsides aux familles nombreuses[1248] dans le but de

[1247] Préambule de la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924 : « *... les hommes et les femmes de toutes les nations* ».
[1248] Principe 6 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 *in fine* : « *... Il est souhaitable que soient accordées aux familles nombreuses des allocations de l'État ou autres pour l'entretien de l'enfant* ».

promouvoir une politique nataliste de fécondité accrue ; il veille sur les enfants orphelins ou démunis[1249] ; et il s'assure que l'enfant puisse bénéficier de repos et de loisirs[1250]. Les devoirs de l'État dans la Déclaration de 1959 restent cadrés dans un domaine assez restreint correspondant à des devoirs de substitutions ou d'encouragement.

Dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, la place de l'État est primordiale et ne se limite pas à des considérations régaliennes. Il est ainsi révélateur et central de noter que le premier substantif de la Convention est « *États* ». Cela indique la volonté internationale de ne plus laisser le sort de l'enfant entre les mains de ses seuls parents et famille et que la question de l'enfance est une préoccupation centrale des nations, indépendamment des individualités.

L'État n'intervient plus seulement en cas d'urgence, il est un acteur entier de la Convention. Au sens de celle-ci, les rôles de l'État sont de respecter les droits de l'enfant (1), de les garantir (2) de les promouvoir (3) et d'instruire l'enfant (4).

1. Respecter

804. Prévisible, le premier devoir de l'État est de respecter les droits de l'enfant prévus dans la Convention de New York. C'est ainsi qu'après l'article préliminaire relatif à la définition de l'enfant, débute le deuxième article du traité prévoyant que « *les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention* ».

Clause de principe, clause évidente surement, clause inutile peut-être, cet article engage chaque pays signataire à adhérer aux droits des enfants dépendant de sa juridiction. Il ne s'agit pas concrètement d'une obligation positive à la charge de l'État, mais plus d'une obligation négative : celle de s'abstenir de porter atteinte aux droits énoncés dans le traité. Aussi, les États s'interdisent-ils de prendre toute disposition législative contraire à la Convention, tant dans les droits qu'elle affirme au profit des enfants que dans l'esprit général qui l'anime, notamment au travers des principes généraux qu'elle met en place[1251].

[1249] Principe 6 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 : « *... les pouvoir publics ont le devoir de prendre un soin particulier des enfants sans famille ou de ceux qui n'ont pas de moyens d'existence suffisants* ».
[1250] Principe 7 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 *in fine* : « *... les pouvoirs publics doivent s'efforcer de favoriser la jouissance* [du droit de se livrer à des jeux et à des activités récréatives] ».
[1251] Selon le Comité des droits de l'enfant, les principes généraux de la Convention sont la prohibition de toute forme de discrimination (article 2), la promotion de l'intérêt de l'enfant (article 3), la protection du droit à la vie, à la survie et au développement de l'enfant (article 6) et la prise en considération de la parole de l'enfant accompagnée de sa liberté d'expression (article 12).

805. Le point de départ selon lequel l'État doit respecter les droits contenus dans le traité est précisé dans l'article 4 de la Convention. Il dispose que « *les États 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* ». La première mesure que les États doivent prendre pour appliquer efficacement la Convention est de suivre la recommandation du Comité des droits de l'enfant énoncée régulièrement dans ses directives générales[1252]. Dans le paragraphe 12 de la directive générale de 1996, le Comité rappelle que « *les États parties sont priés de fournir des renseignements pertinents* […] *sur les mesures adoptées pour aligner pleinement la législation et la pratique nationales sur les principes et les dispositions de la Convention* ».

Cette première recommandation du Comité appelle les États à justifier des mesures prises par eux pour que la législation et les pratiques internes ne soient pas contraires à la Convention (a) et qu'elle soit appliquée intégralement par les États (b).

a. Compatibilité de la législation interne avec la Convention

806. À l'occasion du dixième anniversaire de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant a édité un rapport faisant le bilan des dix premières années d'application du traité et exposant les principales recommandations pour l'application à venir du texte[1253]. Dans ce document, le Comité se félicite de ce que la plupart des États énoncent que la Convention a une importance juridique supérieure à leur législation interne. Pour autant, ceci ne doit pas empêcher « *les États* [de] *prendre les mesures voulues pour aligner pleinement leur législation nationale sur les dispositions de la Convention* ».

Le Comité appelait surtout les États parties à la vigilance sur les textes contraires aux principes généraux du traité, notamment ceux qui opèrent une discrimination entre les enfants ou ceux encore qui minimisent l'importance de leur intérêt ou la portée de leur opinion. Le Comité estime que cette première étape est fondamentale et que son travail de vérification sera rigoureux sur ce premier point. Dans les directives générales concernant la

[1252] Comité des droits de l'enfant : « *directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter conformément au paragraphe 1, b) de l'article 44 de la Convention* » ; 11 octobre 1996, CRC/C/58.
[1253] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingt-deuxième session* » ; septembre/octobre 1999, CRC/C/90.

forme et le contenu des rapports que les États doivent lui faire parvenir, il met en lumière que la vigilance du Comité sera intense pour la conformité des dispositions nationales avec le traité. Par ailleurs, il précise que son examen scrupuleux ne saurait se limiter aux dispositions constitutionnelles ou législatives et qu'il convient que les normes inférieures soient également conformes à la Convention. Pour s'assurer de l'alignement des normes d'un État avec les dispositions de la Convention, le Comité a prôné à plusieurs reprises que la Convention soit intégrée au droit national. C'est ainsi qu'il s'est montré satisfait de ce que l'Argentine[1254] et la Syrie[1255] aient intégré la Convention à leur droit interne et lui ait donné, surtout, une autorité supérieure à celui-ci.

807. Une autre méthode pour aligner le droit interne sur la Convention est de donner à l'instrument international une valeur constitutionnelle. De nombreux pays sont pourvus de normes suprêmes qui satisfont aux exigences générales de la Convention, notamment par rapport à ses principes généraux. Ces textes nationaux fondamentaux sont en conformité avec la Convention car ils octroient à chaque citoyen des libertés fondamentales, affirmées par la Déclaration universelle des droits de l'homme et reprises dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Cependant, ce n'est pas parce qu'un Constitution affirme ces libertés pour tous les citoyens, enfants compris, qu'elle permet aux enfants de revendiquer ces libertés comme les adultes. Ce premier pas est important mais est rarement suivi d'effets dans la vie quotidienne de l'enfant. Certains de ces textes affirmant l'égalité entre tous les citoyens affirment également que l'enfant doit être élevé et éduqué par les parents, indépendamment des préceptes de la Convention.

Le fait d'affirmer que les enfants ont les mêmes droits, devoirs et libertés que les adultes ne suffit donc pas aux yeux du Comité des droits de l'enfant qui considère ces dispositions comme positives mais insuffisantes. Il rappelle que la Convention de New York a l'ambition d'appliquer spécifiquement les droits de l'enfant à ses destinataires, indépendamment de la volonté de ses parents. Si les États souhaitent conformer l'ensemble de leur législation nationale avec les dispositions de la Convention en intégrant ses principes fondamentaux à leur Constitution, ils ne doivent pas se contenter d'affirmer une égalité

[1254] « *Le Comité accueille avec satisfaction l'incorporation dans le droit interne de la Convention relative aux droits de l'enfant et d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'Argentine et se félicite de ce que, du fait de l'importance qui leur est accordée sur le plan juridique, ils l'emportent sur les lois nationales* » (Argentine, CRC/C/15/Add.35, par. 6).

[1255] « *Le Comité relève avec satisfaction que la Convention est pleinement prise en compte dans la législation nationale, et que le Code civil ainsi que le Code de procédure pénale indiquent expressément que toute disposition de ces codes qui serait contraire à celle d'une convention internationale à laquelle la Syrie est partie est inapplicable* » (République arabe syrienne, CRC/C/15/Add.70, par. 3).

globale avec les adultes, ils doivent les intégrer à leur Constitution en les appliquant spécifiquement à l'enfant. Ce n'est qu'à cette condition que les pays signataires reçoivent un *satisfecit* du Comité comme ce fut le cas pour le Népal[1256] et l'Afrique du Sud[1257].

808. Pour le Comité, la difficulté ne provient pas particulièrement des normes évidentes telles que la Constitution de l'État ou ses lois. Le problème surgit quand il examine les lois moins visibles, moins évidentes (normes régionales ou locales) ou quand il étudie les coutumes locales. L'article 2 de la Convention conjugué à l'article 4 exige qu'aucun élément de l'ordonnancement juridique de l'État ne soit contraire à la Convention. Or de nombreux États (notamment d'Afrique) connaissent des normes juridiques inférieures souvent inspirées de traditions, occasionnellement muées en droit coutumier. L'inconvénient de ces normes est que, malgré la bonne volonté législative de l'État, ces textes ou ces comportements échappent à l'emprise des normes hiérarchiquement supérieures. Si bien que, malgré la mention faite dans la Constitution de l'État du respect des droits de l'enfant et de la supériorité de la Convention de New York, ces normes n'ont pas beaucoup de prise sur les textes locaux. Le Comité regrette cet état de fait, notamment dans la législation nigérienne[1258], sud-africaine[1259] et comorienne[1260] et les encourage à faire au mieux pour modifier les coutumes locales et les normes inférieures.

809. La politique du Comité des droits de l'enfant est de faire en sorte que les législations internes ne nuisent pas à l'application de la Convention et qu'aucune disposition législative des États parties ne soit un obstacle. C'est la raison pour laquelle il les incite à vérifier chacun de leurs textes, les aidant au besoin[1261] dans cette tâche.

Mais avant même que les États parties ne s'intéressent à leur législation interne et avant que celle-ci se préoccupe d'intégrer la Convention dans l'ordonnancement juridique du pays, il importe également que la Convention soit adoptée dans son intégralité.

[1256] « *Le Comité note les efforts consacrés par la Gouvernement à la réforme de la législation, notamment l'adoption d'une nouvelle Constitution — qui contient un article visant spécifiquement à garantir les droits de l'enfant — et de la loi sur les enfants qui porte sur de nombreux aspects des droits de l'enfant* » (Népal, CRC/C/15/Add.57, par. 3).

[1257] « *…en particulier l'article 28, qui garantit aux enfants un certain nombre de droits et libertés spécifiques également consacrés dans la Convention* » *(*Afrique du Sud, CRC/C/51/Add.2, par. 3).

[1258] Nigéria, CRC/C/15/Add.61, par. 27.

[1259] Afrique du Sud, CRC/C/15/Add.122, par. 10.

[1260] Comores, CRC/C/15/Add.141, par. 10.

[1261] L'article 4 de la Convention prévoit que les États doivent, aux fins de conformer leur législation interne à la Convention, prendre des « *mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale* ». Cela implique que la vérification systématique de la législation interne, demandée par le Comité des droits de l'enfant, puisse bénéficier de l'appui technique de la communauté internationale.

b. Adoption intégrale de la Convention

810. Le Comité des droits de l'enfant rappelle en toute occasion que la Convention est un tout, que chaque disposition interagit avec les autres et qu'il n'est pas souhaitable qu'un État s'affranchisse du devoir d'appliquer un article si cet affranchissement n'est pas prévu par le texte en question[1262]. Pour autant, le droit international public prévoit la possibilité pour chaque État signataire à un traité d'émettre des réserves ou de procéder à des déclarations interprétatives. Le Comité a fait de sa priorité le retrait total des réserves étatiques.

- *Typologie sommaire des réserves émises par les États parties*[1263]

811. Un traité aussi largement ratifié que l'est la Convention de New York ne peut pas prétendre faire l'unanimité dans le concert des nations. Ceci est d'autant plus vérifiable que la Convention de New York, sans bouleverser les normes d'un État ni lui imposer de modifier ses traditions ou ses coutumes, appelle les parties à faire preuve d'un esprit constructif pour permettre au traité de s'accomplir correctement. La vigilance du Comité des droits de l'enfant veille à ce que les dispositions contraires à la Convention soient supprimées ou aménagées. Bien qu'étant le produit d'un important compromis, la Convention est nécessairement sujette à critique de la part des États. Ils disposent, conformément à l'article 19 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[1264], de la possibilité d'émettre une réserve[1265] afin d'écarter une partie de la Convention de leur obligation de l'appliquer intégralement. L'État peut également déposer une déclaration interprétative, énonçant qu'il accepte d'appliquer une disposition du traité à condition qu'elle soit interprétée d'une façon qu'il précise.

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption quasi-universelle, elle a également été sujette à de nombreuses réserves et autres clauses interprétatives. L'importance des réserves influe indubitablement sur l'efficacité du traité, et sur le devoir, prévu par l'article 4, d'en respecter les principes.

[1262] Notamment l'article 21 qui permet dans son libellé d'écarter son application pour certains États qui ne reconnaissent pas l'institution de l'adoption.

[1263] L'étude menée sur ce point porte essentiellement sur l'analyse du rapport du Comité des droits de l'enfant « *Réserves, déclarations et objections concernant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant* » du 7 décembre 1999 (CRC/C/2/Rev.8).

[1264] Article 19 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 : « *Un État, au moment de signer, de ratifier, d'accepter d'approuver un traité ou d'y adhérer peut formuler une réserve...* ».

[1265] L'article 2, 1, d) de la Convention de Vienne définit la réserve comme « *une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État* ».

La Convention du 20 novembre 1989 a été ratifiée par 191 États. Soixante-six de ces signataires ont émis des réserves ou des déclarations interprétatives sur les dispositions de fond de la Convention[1266]. Dix-sept États ont déposé une réserve à l'article 14[1267], treize États ont déposé une réserve sur l'article 21[1268], et douze États ont émis une réserve sur l'article 7[1269].

La question des réserves dans le cadre de la Convention pose forcément celle sous-jacente de son efficience aux niveaux international et interne. En effet, selon le libellé de la réserve ou de la déclaration interprétative[1270], les conséquences sur l'application du traité sont de plus ou moins grande importance. Les réserves peuvent porter sur un article particulier ou sur une pluralité d'article ou encore sur le traité de façon générale.

812. Une réserve portant sur un article secondaire de la Convention et répondant davantage a des questions d'organisation matérielle qu'à des principes philosophiques ne porte pas concrètement atteinte à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant[1271]. En revanche, une réserve ne portant que sur un article peut également produire un effet inverse car elle remet en cause l'esprit même de la Convention. C'est le cas quand un État entend s'affranchir des dispositions de l'article 37 prohibant la peine de mort et les traitements cruels sur les enfants détenus ou leur emprisonnement *ad vitam*[1272]. Des réserves

[1266] La Malaisie a déposé une réserve concernant les articles 44 (obligation pour les États parties de soumettre des rapports au Comité des droits de l'enfant) et 45 (coopération avec les Nations unies et d'autres organismes) visant à écarter leur application. Le Gouvernement malaisien a entendu accepter « *les dispositions de la convention relative aux droits de l'enfant, mais exprime des réserves au sujet des articles 1, 2, 7, 13, 14, 15, 22, 28, 37, 40 (par. 3 et 4), 44 et 45 de la Convention, et déclare que lesdites dispositions ne seront appliquées que si elles sont conformes à la Constitution, au droit interne et aux politiques nationales du Gouvernement malaisien* ». Le Comité des droits de l'homme a énoncé qu'une telle réserve, touchant au but et à l'objet de la Convention était absolument inacceptable puisqu'elle mettait le Comité des droits de l'enfant dans l'impossibilité de vérifier l'exécution de la Convention par l'État partie. Cette réserve a été dénoncée par de nombreuses objections d'autres pays ayant adhéré.

[1267] Relatif à la liberté de religion et de conscience.

[1268] Relatif à l'adoption nationale et internationale.

[1269] Relatif à l'enregistrement de l'enfant dès sa naissance, au droit à l'état civil, au nom et à la nationalité.

[1270] Les terminologies « *réserve* » et « *déclaration interprétative* » n'ont pas de réelle portée juridique. Un État peut parfaitement déclarer interpréter une stipulation de la Convention et en réalité émette une réserve.

[1271] L'Australie a notamment émis une réserve sur l'application de l'article 37, c) concernant la séparation des enfants détenus des adultes. Elle énonce que cette disposition ne s'applique que si « *cette privation de liberté est considérée par les autorités compétentes comme possible et compatible avec la règle selon laquelle les enfants doivent pouvoir rester en contact avec leur famille, étant donné les caractéristiques géographiques et démographiques du pays* ». Une réserve du même ordre a été émise par le Gouvernement du Canada, de la Chine, des Îles Cook, et par d'autres pays qui sont soumis à des contraintes géographiques incompatibles avec cette disposition ou qui ne disposent pas matériellement d'établissements permettant la séparation requise par l'article 37 (CRC/C/2/Rev.8).

[1272] Le Myanmar a déposé une réserve dans ce sens le 15 juillet 1991 lors de son adhésion. Son choix était motivé par la volonté de préserver ses intérêts nationaux supérieurs. Le Gouvernement retira ses réserves le 19 octobre 1993. Le Gouvernement de Singapour a déposé une déclaration interprétative dans le même sens sur

de cet ordre portent atteinte à l'esprit même de la Convention qui vise à protéger l'enfant contre toutes les formes de violence. Elles sont incompatibles avec ce que proclame le Préambule quand il rappelle que l'enfant « *a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux* ». Le Comité des droits de l'enfant s'est toujours montré très préoccupé par les agissements contraires à cette disposition

813. Plus préoccupantes, certaines réserves portent sur un ensemble de droits ou sur un thème propre. Certains États européens ont réservé l'application de la Convention pour ce qui concerne l'éducation familiale de l'enfant en limitant ses effets à l'autorité parentale telle qu'elle est issue des lois internes et des traditions[1273]. L'Allemagne a émis une réserve plus générale en expliquant que l'application de la Convention se ferait sans modifier le statut familial de l'enfant. La déclaration est de portée générale et n'affecte pas d'articles spécifiques de la Convention. Toutefois, le Comité des droits de l'enfant dans le rapport de sa dixième session[1274] a estimé que cette déclaration du Gouvernement allemand portait sur les principes fondamentaux du traité, notamment les articles 2, 3 et 12 portant sur la non-discrimination, la quête de l'intérêt supérieur de l'enfant et la prise en considération de son opinion. Même si l'Allemagne a précisé que la « *Convention ne s'applique pas directement sur le plan intérieur* »[1275], le Comité des droits de l'enfant a exprimé à plusieurs reprises sa préoccupation à ce sujet. La remise en cause de la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une atteinte au cœur de la Convention, dans la mesure où cette disposition est centrale dans le corpus juridique présenté et adopté par l'Allemagne.

814. Enfin, certains États ont réservé l'application de la Convention à la prise en compte d'un intérêt supérieur à leur législation interne et supérieur, donc, à la Convention elle-même. C'est le cas des pays qui disposent d'un ordre juridique intimement lié à un ordre religieux. Ces réserves ont pour objectif de limiter les effets de la Convention à ce que prévoit la loi religieuse. À nouveau, c'est la place de l'enfant dans sa famille et dans la cité qui est contrariée et plus généralement les principes fondamentaux prévus par la Convention. D'autres États[1276] ont explicitement soumis l'application du traité à sa conformité à leur droit

---

l'article 37. Il n'a pas retiré cette déclaration : les châtiments corporels et l'emprisonnement à vie sont toujours possibles dans cet État.

[1273] C'est le cas de l'Allemagne, du Saint-Siège, de la Suisse, mais aussi de Kiribati et de Singapour.

[1274] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la dixième session* » ; octobre/novembre 1995, CRC/C/46, par. 94.

[1275] Comité des droits de l'enfant : « *Réserves, déclarations et objections concernant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant* » ; 7 décembre 1999, CRC/C/2/Rev.8.

[1276] C'est le cas de l'Andorre, de l'Algérie, du Brunèi Darussalam, de l'Indonésie, de la Malaisie, de Singapour, de la Tunisie et de la Turquie (CRC/C/2/Rev.8).

interne et à leur constitution, écartant du même fait les dispositions du texte contraires à leur législation. Ces réserves liées à la législation interne des États remettent en cause le déploiement optimal du traité et compromettent l'application notamment des articles 2 et 4 qui appellent à l'exigence contraire : que le droit interne soit conforme à la Convention.

815. Les nombreuses réserves émises à l'application de la Convention ternissent l'image lisse d'un texte presque universellement ratifié. Ces réserves ont une portée juridique qui peut être différente selon qu'il s'agit d'une analyse terminologique brute ou d'un examen approfondi ce que recouvrent ces réserves.

Tout d'abord, certaines réserves ne portent pas atteinte aux droits de l'enfant ni à l'esprit général qui anime la Convention car elles relèvent davantage de mesures de protection que de réelles réserves limitant l'application du texte. La déclaration interprétative la plus courante concerne l'application de l'article 6 de la Convention relatif au droit à la vie et à la survie de l'enfant. Elle n'a pourtant qu'une pertinence limitée considérant que l'article 1er de la Convention ne donne pas de point de départ à l'enfance, ce qui laisse le champ libre aux États parties pour définir le début de l'enfance (naissance ou conception notamment). De cette manière, l'article 6 a un horizon d'application suffisamment vaste pour qu'une législation prévoyant la planification familiale soit conforme à son application, de même, *a fortiori*, qu'une législation ne la prévoyant pas ou la prohibant[1277]. Les déclarations interprétatives[1278] ou les réserves[1279] concernant l'article 6 en lien avec les législations internes sur la planification familiale, n'ont vocation qu'à préciser le sens que les gouvernements entendent donner à la Convention.

816. D'autres réserves ont été formulées par les États dont la législation repose sur la religion musulmane[1280]. Ils se sont opposés à l'application des articles 20[1281] et 21[1282] de la

[1277] Le point d'achoppement dénoncé par le Comité des droits de l'enfant intervient quand la planification familiale devient un palliatif aux mesures de contraceptions non intrusives et non médicales. Le Comité a rappelé que la planification familiale, l'avortement et les différents actes thérapeutiques ayant pour objet de mettre fin à la grossesse, ne doivent intervenir que dans des cas exceptionnels (Fédération de Russie, CRC/C/15/Add.4, par. 12 ; Roumanie, CRC/C/15/Add.16, par. 15 : Belarus, CRC/C/15/Add.17, par. 9 ; Inde, CRC/C/15/Add.115, par. 49 ; Palaos, CRC/C/15/Add.149, par. 46).
[1278] Déposées par la France, la Tunisie (CRC/C/2/Rev.8).
[1279] Déposées par la Chine, l'Islande, le Luxembourg (CRC/C/2/Rev.8).
[1280] C'est le cas du Brunèi Darussalam, de l'Égypte, de la Jordanie, de la Syrie.
[1281] L'article 20 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant porte sur la prise en charge par l'État de l'enfant privé de son milieu familial par la voie de l'adoption ou d'une institution faisant office d'adoption.
[1282] L'article 21 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant énonce les obligations des États parties qui reconnaissent l'adoption ou les institutions faisant office d'adoption dans le suivi de l'enfant et dans la quête de son intérêt dans le cadre de la procédure.

Convention sur leur territoire. Or, l'article 20 de la Convention ne limite pas l'énoncé des modes de protection de l'enfant privé de sa famille aux adoptions modernes civilistes européennes et a étendu son champ d'action à la kafalah de droit islamique. En outre, l'article 21 n'a pas vocation à s'appliquer à tous les États signataires mais uniquement à ceux d'entre eux « *qui admettent et/ou autorisent l'adoption* ». Cette formulation, explicite, de l'article 21 de la Convention exclut les États ne reconnaissant pas l'adoption dans leur législation ou dans leurs traditions de l'application de l'article 20. De cette façon, toute réserve d'un tel État visant à ne pas appliquer les articles 20 et 21 est inefficace et superflue.

Lors de la ratification du traité par la République de Singapour, cet État a déposé une réserve relative à l'article 28[1283]. Il estime qu'il n'est pas tenu par cette stipulation en raison du fait qu'une telle mesure serait « *inutile dans le contexte social de Singapour, où, concrètement, pratiquement tous les enfants fréquentent l'école primaire* »[1284]. Cette réserve établit que l'État partie ne fait pas clairement la distinction entre le but recherché par la Convention (scolariser le plus grand nombre d'enfants) et le moyen d'atteindre ce but (rendre l'enseignement primaire gratuit et obligatoire pour tous).

817. À l'opposé des ces mentions inefficientes, d'autres clauses réservent l'application de certains articles de la Convention et, ce faisant, portent atteinte à d'autres stipulations, remettant en cause l'équilibre du traité. En posant une réserve unique et générale sur l'application de l'article 1er de la Convention, le Botswana « *ne se considère pas lié par les dispositions de cet article, dans la mesure où celles-ci pourraient entrer en conflit avec les lois du Botswana* ». Cette mention très vague ne permet pas de s'assurer de l'effet poursuivi par le Gouvernement de ce pays. S'agit-il d'élargir sa portée — comme l'ont fait le Liechtenstein[1285] et Cuba[1286] — et d'admettre sous le terme d'enfant des personnes âgées de plus de dix-huit ans ou d'en élargir sa portée à une date antérieure à la naissance ? Si la réserve du Botswana vise à dépasser l'âge de la majorité, elle s'assimile, à l'instar de celles du Liechtenstein et de Cuba, à une réserve *in mitius*. Cette réserve peut également étendre l'application de la Convention à l'embryon ou au fœtus. Mais cette réserve peut également

[1283] L'article 28 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant porte sur le droit de l'enfant à l'éducation et à l'obligation de l'État (notamment) de rendre obligatoire et gratuit l'enseignement primaire pour tous les enfants.
[1284] CRC/C/2/Rev.8.
[1285] « *La législation de la Principauté de Liechtenstein fixe l'âge de la majorité à 20 ans. Elle laisse toutefois la possibilité de relever ou d'abaisser cet âge* » (CRC/C/2/Rev.8).
[1286] « *Le Gouvernement de la République de Cuba déclare, relativement à l'article premier de la Convention, qu'à Cuba, aux termes de la loi nationale en vigueur, l'âge de 18 ans ne constitue pas celui de la majorité pour l'exercice de la plénitude des droits civiques* » (CRC/C/2/Rev.8).

restreindre l'application de l'article 1er et instaurer un âge très inférieur à celui prévu par la Convention pour définir l'enfant. Ceci pourrait avoir des conséquences sur d'autres dispositions de la Convention, notamment celles relatives à la non-incorporation d'enfants dans les conflits armés.

Le gouvernement tunisien a porté une réserve à l'article 2 de la Convention, notamment pour ce qui concerne l'application des droits familiaux de l'enfant : mariage et droit de succession. Cette limite posée à l'étendue de l'article 2 porte des conséquences sur d'autres dispositions, notamment celles relatives au droit de connaître ses parents. Mais plus grave, une réserve portée à l'article 2 de la Convention autorise la Tunisie à pratiquer des discriminations entre les enfants, au détriment surtout de ceux qui appartiennent à une minorité religieuse ou sociale.

L'imprécision de certaines réserves peut également nuire à l'efficacité générale de la Convention. La situation de la liberté de religion, qui implique la liberté de la choisir indépendamment du choix parental, est exemplaire. Certains États[1287] posent une réserve claire portant uniquement sur le choix religieux et limitant ainsi la liberté de religion précisée par l'article 14 de la Convention. Ces réserves portent atteinte à la Convention de façon limitée, en ne permettant pas l'accomplissement d'une partie d'un article. Mais des réserves plus vastes, souvent volontairement imprécises restreignent, sous couvert d'une raison religieuse, l'application de l'intégralité de l'article 14 de la Convention. L'atteinte à la Convention est beaucoup plus grave puisque une réserve de cet ordre limite les libertés de pensée et de conscience que l'article 14 proclame[1288].

818. Certaines réserves portent atteinte non pas à certaines dispositions de la Convention mais à l'ensemble du texte en précisant qu'il ne doit pas avoir une valeur juridique supérieure à la loi nationale. Ces réserves et déclarations interprétatives portent un coup brutal à l'application de la Convention en ce qu'elles limitent grandement son application en droit interne. De plus, ces réserves remettent en cause la lecture traditionnelle du droit international public. Le droit international est construit par la volonté des États. En bonne logique, il doit avoir vocation à dépasser les questions de droit interne pour s'imposer à eux. Or en soumettant l'application d'une convention internationale à sa conformité avec le droit interne et en écartant les dispositions de l'une contraires aux dispositions de l'autre, ces

[1287] C'est le cas du Maroc, de la Syrie, de l'Irak, de l'Oman, du Saint-Siège et de la Jordanie (CRC/C/2/Rev.8).
[1288] C'est le cas du Bangladesh, du Brunèi Darussalam, des Émirats Arabes Unis, de l'Indonésie et de la Malaisie (CRC/C/2/Rev.8).

réserves ne se contentent pas d'amoindrir l'efficacité de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ils remettent aussi en question la primauté et la stabilité du droit international public.

Lors de son adhésion au traité[1289], la Thaïlande a émis une réserve portant sur la place de certains articles dans son ordre juridique :

> « *L'application des articles 7*[1290]*, 22*[1291] *et 29*[1292] *de la Convention relative aux droits de l'enfant est subordonnée aux lois et règlements nationaux ainsi qu'aux pratiques en vigueur en Thaïlande* »[1293].

Cette réserve induit d'importantes conséquences dans la lecture de la Convention et remet en cause son importance et sa cohérence.

D'une part le pays s'arroge la possibilité d'établir une hiérarchie des normes qui place des dispositions internationales au niveau le plus inférieur possible dans un ordre juridique : en-dessous des « *pratiques en vigueur* » en Thaïlande. Ceci pose la question de l'utilité d'une adhésion à un traité international dans la mesure où les stipulations qu'il contient ne sont pas applicables en droit interne si elles sont contraires aux normes juridiques les moins importantes.

819. D'autre part, une réserve de cet acabit annihile totalement l'utilité et l'efficacité de l'article 7 de la Convention. Or, cet article met en place un droit fondamental, celui d'être reconnu par l'État en tant que personne et ainsi promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant et sa prise en compte par les différents acteurs du texte : les parents (qui doivent être connus dans la mesure du possible) et l'État. L'absence d'enregistrement d'un enfant entraîne plusieurs conséquences, dont la plus importante est celle de ne pas être visible pour l'administration du pays. De cette première conséquence découlent les autres : ne pas accéder à l'ensemble des droits et prérogatives nationaux, au nombre desquels se trouve l'accès à l'éducation, au statut marital, aux soins et aux vaccinations néonatales. Dans le cas particulier de la Thaïlande, un certificat de naissance n'est pas exigé pour accéder aux soins et aux vaccinations, à l'école et

[1289] La Thaïlande a adhéré à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant le 27 mars 1992, le traité est entré en vigueur dans ce pays le 26 avril 1992.
[1290] L'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant porte sur l'enregistrement des enfants dès leur naissance.
[1291] L'article 22 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant traite de la protection des enfants réfugiés.
[1292] L'article 29 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est relatifs aux objectifs de l'éducation pour les enfants.
[1293] CRC/C/2/Rev.8.

au mariage. En revanche, il est impératif de disposer d'une « *carte d'enregistrement de maison* »[1294] qui ne peut être délivrée et mise à jour que sur présentation d'un acte de naissance. Les pratiques thaïlandaises, supérieures aux stipulations de la Convention, ne sont pas assimilées à des coutumes au sens juridique du terme. Il s'agit plus d'une habitude acquise par les fonctionnaires de l'État, tolérée et non sanctionnée par l'autorité centrale. Parmi ces pratiques, le Comité des droits de l'enfant a noté que l'État ne se préoccupait pas de l'enregistrement des naissances des enfants nés dans les tribus nomades et les peuplades montagnardes du pays. Cette absence d'enregistrement a interpellé le Comité qui a constaté que « *de nombreux enfants, notamment parmi les communautés nomades et les tribus montagnardes, ne sont toujours pas enregistrés. Compte tenu de l'article 7 de la Convention, le Comité recommande que l'État partie redouble d'efforts pour sensibiliser les fonctionnaires, les responsables communautaires et les parents à la nécessité d'enregistrer toutes les naissances…* »[1295]. En dehors des implications factuelles que l'absence d'enregistrement de l'enfant à la naissance pose, cette remise en cause de l'article 7 a des répercussions sur la garantie d'autres droits et bouleverse l'ensemble de l'équilibre de la Convention.

820. D'abord, cela efface l'application de l'article 2 relatif au principe de non-discrimination, puisque de fait, un enfant qui n'est pas enregistré auprès de l'état civil ne bénéficie d'aucune des protections ni d'aucun droit[1296]. Ensuite cela affecte la portée de l'article 6 de la Convention sur le droit de l'enfant à la vie et à la survie. L'enregistrement des naissances crée des droits pour l'enfant enregistré, au premier rang desquels se situe le droit d'exister juridiquement. Mais l'état civil est aussi un instrument statistique pour l'État qui lui permet de disposer d'une connaissance de la natalité et de la mortinatalité. Un État dépourvu d'un service d'enregistrement efficace se prive de cet outil pour influer sur sa politique de naissance et de santé infantile[1297]. L'article 6 de la Convention incite pourtant les États parties à privilégier le suivi des naissances et des décès infantiles pour permettre à la politique et à la loi de prendre des mesures allant dans le sens d'une meilleure prise en charge de la santé de l'enfant.

[1294] L'équivalent d'un livret de famille occidental.
[1295] Thaïlande, CRC/C/15/Add.97, par. 20.
[1296] « *Le Comité s'inquiète des difficultés que pose l'enregistrement des naissances, ainsi que des problèmes auxquels se heurtent les enfants non enregistrés pour exercer leurs droits et leurs libertés fondamentales* » (Philippines, CRC/C/15/Add.29, par. 11).
[1297] « *L'enregistrement est nécessaire pour faciliter le suivi efficace de la situation des enfants et aider ainsi à l'élaboration de programmes appropriés et correctement ciblés* » (Nicaragua, CRC/C/15/Add.36, par. 16 ; Sénégal, CRC/C/15/Add.44 par. 22 ; Éthiopie, CRC/C/15/Add.67, par. 29).

821. De plus, un État qui nierait[1298] sa charge d'enregistrer efficacement les naissances en posant une réserve explicite à l'application de l'article 7 de la Convention ferait le choix de rendre sa population infantile peu visible juridiquement. L'invisibilité juridique de l'enfant, ou même l'incertitude de son identité biologique, engendre d'importants effets sur la sécurité de son existence, protégée par des pans essentiels de la Convention de New York, principalement les articles 20, 21 et 35. Ces trois articles protègent la personne de l'enfant dans le cadre de l'adoption et prohibent l'enlèvement, la vente et l'achat d'enfants. Toutefois, ces dispositions, notamment celles applicables à l'adoption, ne peuvent être efficaces qu'à condition que l'enfant soit visible et pourvus d'une identité fiable. Dans le cas contraire, si l'enfant n'est pas pourvu de papiers officiels, comme le souhaite le Comité des droits de l'enfant[1299], il est nécessairement plus exposé aux différents trafics de vente et au détournement ou contournement de l'institution de l'adoption. L'enfant dépourvu d'existence juridique établie par des documents officiels est dans une situation de danger bien plus grande que l'enfant qui en est pourvu puisque les autorités étatiques ne peuvent pas suivre son évolution ni sa trace efficacement.

822. La Thaïlande n'est pas le seul pays à avoir posé une réserve à l'application de l'article 7 de la Convention[1300]. Le danger découlant de sa réserve tient dans ce qu'elle est générale en englobe indifféremment les questions de nationalité (sur lesquelles portent les réserves des autres nations) et d'enregistrement des naissances. En soumettant l'application de cet article à sa conformité avec les pratiques locales, la Thaïlande a occulté une part importante et très protectrice de la Convention. La réserve déposée par ce pays concernait également l'article 29 de la Convention de New York relatif aux objectifs de l'éducation. La Thaïlande porte ainsi un nouveau coup à la Convention en se dégageant de cette obligation principale et régalienne de l'État qui consiste à développer l'intelligence et à entretenir la raison de l'enfant. La réserve Thaïlandaise avait provoqué au début des années 1990 une

[1298] La négligence de l'enregistrement des naissances n'est pas nécessairement le signe d'une volonté positive de l'État de se désintéresser du sort des populations infantiles. Quoique le service de l'état civil paraisse une formalité d'enregistrement banale aujourd'hui pour les pays occidentaux développés, il pose une réelle question financière pour les pays en voie de développement dont une grande partie de la population est rurale et dispersée. Ceci d'autant que les populations concernées ne sont pas forcément sensibilisées aux conséquences que peut engendrer l'enregistrement des naissances, et, pire, aux effets que peut provoquer l'absence d'enregistrement (M. SANTO PAIS : « *Manuel relatif à l'établissement de rapports sur les droits de l'homme* » ; UNITAR 1997, p. 116).

[1299] Kirghizistan, CRC/C/15/Add.127, par. 29 ; Népal, CRC/C/15/Add.57, par. 16 ; Paraguay, CRC/C/15/Add.75, par. 38 ; Algérie, CRC/C/15/Add.76, par. 36 ; Belize, CRC/C/15/Add.99, par. 18 ; République centrafricaine, CRC/C/15/Add.138, par. 36 et 37.

[1300] La Suisse, la principauté d'Andorre, le Luxembourg, la principauté de Monaco, le Koweït, la Tunisie, la Pologne, la république Tchèque, les Émirats Arabes Unis l'ont également fait.

réaction très véhémente de la part de la communauté internationale[1301] et de l'ONU. Le 11 avril 1997, la Thaïlande retire sa réserve portant sur l'article 29 de la Convention, tout en maintenant la soumission de l'application des articles 7 et 22 à leur conformité aux « *aux lois et règlements et aux pratiques en vigueur en Thaïlande* ». La communauté internationale a acquiescé au retrait de cette portion de la réserve en n'émettant pas de nouvelle objection sur la nouvelle formulation thaïlandaise. Les objections formulées par les pays engagés par la Convention portaient davantage sur le respect de la cohérence du droit international que sur l'amputation majeure du texte de la Convention par la réserve sur l'article 7 de la Convention de New York. À cet égard, l'objection « *formelle* » de la Suède à la réserve thaïlandaise montre que le problème révélé ne porte pas sur l'épanouissement contrarié de la Convention mais sur la philosophie généralement acquise du droit international public :

> « *Une réserve par laquelle un État partie limite ses responsabilités dans le cadre de la Convention en invoquant des principes généraux de législation nationale peut faire douter de l'engagement de l'État auteur de cette réserve à l'égard de l'objet et du but de la Convention et contribuer en outre à saper les fondements du droit international conventionnel. Il est dans l'intérêt commun des États que les traités auxquels ils ont choisi d'être parties soient aussi respectés, quant à leur objet et à leur but, par toutes les parties. En conséquence, le Gouvernement suédois fait objection à la réserve formulée par la Thaïlande* »[1302].

Dans la lecture de cette objection de la Suède, il n'est pas évident de discerner la question de l'application intégrale de la Convention. Plus perceptible est l'inquiétude du Gouvernement suédois à l'idée que la construction conventionnelle du droit international public puisse être contrariée par une réserve portant atteinte à l'objet et au but d'un outil juridique international. L'intérêt commun des États est bien présent dans cette objection, tandis que celui, supérieur, de l'enfant est étrangement oublié.

823. Sous couvert d'une atteinte partielle à certains droits énumérés dans la Convention, la réserve thaïlandaise nuit à l'efficacité globale du texte et handicape très sérieusement son application. Mais d'autres gouvernements ont mis l'intégralité de la Convention entre parenthèses, soumettant son application entière à sa conformité au droit

[1301] De nombreux États avaient exprimé des objections à la réserve Thaïlandaise, parmi lesquels l'Irlande (28 septembre 1992), la Suède (20 juillet 1993).
[1302] CRC/C/2/Rev.8.

interne de l'État. L'Indonésie a notamment déclaré que « *la ratification par la République d'Indonésie de la Convention relative aux droits de l'enfant n'entraîne pas, pour cet État, l'acceptation d'obligations allant au-delà des limites fixées par la Constitution ni l'acceptation de l'obligation d'introduire un droit quelconque non prévu par la Constitution* ». Cette disposition, à nouveau, inverse la logique du droit international notamment défendue par l'Irlande et la Suède dans leurs objections aux réserves de la Thaïlande. D'autres États subordonnent la Convention aux exigences de la loi et des principes islamiques[1303]. Sur la forme, les droits et les libertés de l'enfant reconnus par la Convention ne sont pas niés. Mais la question se pose de savoir si au fond, le traité ne perd pas de sa substance conventionnelle en étant soumis à une législation interne ou à un fondement d'inspiration religieuse indépendant de la volonté de l'État partie. En outre, la fonction créatrice de droits de la Convention, précisée notamment par l'article 2 et l'article 4 est réduite puisque l'évolution du droit interne souhaitée par la lecture du droit international n'est possible qu'après une remise en cause — improbable pour le moins — des fondements religieux de la société concernée. Ce genre de réserves manifeste une volonté d'appliquer modérément les dispositions de la Convention et évoque un danger probable de remise en cause interne des droits de la personne. De plus, la soumission de la Convention à des valeurs religieuses soulève la question de l'interprétation fluctuante de ces valeurs au gré du gouvernement en place. Enfin, en imposant une réserve sur « *toutes les dispositions de la Convention* », les États s'arrogent la possibilité de n'en respecter aucune et mettent la communauté internationale et les organes de contrôle dans l'impossibilité d'anticiper les droits et les garanties que les États vont assumer.

824. Cette typologie des réserves émises par les États établit que derrière l'apparente uniformité quasi-unanime des ratifications internationales se cache un important vivier de mesures destinées à limiter les effets du traité. Ces réserves sont légitimes aux yeux du droit international des traités prévu par le traité de Vienne de 1969 et font l'objet, à l'occasion, d'objections d'autres États visant à en réduire les conséquences. Il n'est pas possible de condamner juridiquement ces réserves qui répondent à des considérations de politique interne et souvent à des questions d'ordre public. Du reste, le Préambule de la Convention de New York énonce bien *in fine* qu'il tient compte « *de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple* ». Bien que la réprobation internationale ne soit pas possible, il

[1303] L'Iran, l'Irak, la Jordanie, le Koweït, le Sultanat d'Oman, le Pakistan, l'Afghanistan, l'Arabie Saoudite, le Brunèi Darussalam, l'Égypte, le Qatar ont pris des réserves générales dans ce sens. Le Pakistan a retiré sa réserve par notification du 23 juillet 1997.

demeure que la Convention est mise à mal par ces réserves qui occultent son importance et sa portée. Dans ces conditions, le respect des droits de l'enfant et des dispositions de la Convention prévu notamment par les articles 2 et 4 du texte est considérablement amoindri.

Cette situation a interpellé le Comité des droits de l'enfant dont la politique générale est précisément d'obtenir le retrait de toutes les réserves émises par les États parties.

➢ *La politique de retrait des réserves du Comité des droits de l'enfant*

825. L'objectif du Comité des droits de l'enfant est la promotion de l'intégralité du traité de 1989. Pour atteindre ce but, il intervient auprès des États parties en les sollicitant afin qu'ils reviennent sur la position qu'ils ont adoptée, lors de la ratification ou de l'adhésion, et qu'ils retirent leurs réserves. Le but est difficilement concevable : certains États ne reviendront jamais sur leur position, surtout si elle est sous-tendue par des considérations religieuses. En outre, le Comité est un organe de contrôle institué par l'article 43 de la Convention dont la vocation est d'être diplomatique, ferme mais non brutal. Aussi, le ton de ses recommandations vis-à-vis des États est-il souvent très nuancé quand il tente d'obtenir des modifications de comportements gouvernementaux. Le procédé adopté par le Comité pour parvenir à ces changements repose sur le fait que le traité est un ensemble de droits interdépendants, issu d'un compromis.

Le caractère interdépendant de l'ensemble des articles de la Convention oblige à considérer qu'une réserve portée sur l'un d'eux peut avoir des conséquences importantes sur l'efficacité des autres articles et donc sur l'application des droits qui y sont prévus. C'est pourquoi le Comité a toujours insisté, notamment dans ses directives générales pour les rapports périodiques, sur le caractère holistique de la Convention :

> « *Il est important de souligner qu'il existe des liens étroits et une relation d'interdépendance entre le droit au logement des enfants et presque tous les autres droits énoncés dans la Convention, ce qui met en lumière l'optique intégrée et holistique de la Convention, ainsi que du processus d'application et de suivi de cet instrument* »[1304].

Par ailleurs, le fait que la Convention soit le produit d'un important compromis international oblige le Comité à faire œuvre de diplomatie et à ne pas transformer la question

[1304] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la onzième session* » ; janvier 1996, CRC/C/50, annexe VIII.

des réserves en point d'achoppement entre les États. Dans cette optique, loin d'adopter une attitude directive envers les pays signataires, le Comité des droits de l'enfant préfère une voie informative, visant à réclamer aux États de le mettre en mesure de vérifier que les réserves et interprétations qu'ils ont formulées étaient suivies d'effet dans leur législation nationale. Le Comité précisant cependant que pour « *tout ce qui touche à l'enfant, la considération primordiale doit être de servir au mieux ses intérêts* ».

826. La politique du Comité est d'atteindre, à terme, la disparition de toutes les réserves des États. Pour aboutir à ceci, il adresse des recommandations aux États parties afin de les sensibiliser au fait que leurs réserves portent parfois atteinte au but et à l'objet du traité. Ainsi, quand la Pologne déposa une réserve relative à l'application de l'article 7 de la Convention[1305] et à la possibilité pour l'enfant adopté de connaître ses parents biologiques, le Comité des droits de l'enfant a-t-il souhaité que la Pologne change sa position, sans porter de jugement de valeur ni sans plus de motivation. La portée des réserves de cet ordre est limitée, elles ne remettent pas en cause l'objet ou le but du traité et se bornent à énoncer que le droit positif national n'est pas nécessairement en adéquation avec la Convention et que l'intérêt supérieur de l'enfant, que le texte international vise en toute occasion, est parfois en opposition avec les intérêts des parents biologiques qui souhaitent (ou qui doivent) garder l'anonymat[1306].

Pour d'autres réserves, le Comité des droits de l'enfant émet des observations moins nuancées, notamment quand, derrière une réserve apparemment anodine, se cache une remise en cause importante du traité[1307]. Dans ces situations, le Comité interprète lui-même la

[1305] « *En ce qui concerne l'article 7 de la Convention, la République de Pologne déclare que le droit d'un enfant adopté de connaître ses parents naturels est soumis aux restrictions imposées par la validité des solutions juridiques permettant aux parents adoptifs de garder le secret concernant l'origine de l'enfant* » (CRC/C/2/Rev.8).

[1306] Une réserve portée sur le droit de l'enfant adopté de connaître ses parents biologiques connaît un effet nécessairement restreint, à la limite de l'inefficacité factuelle. L'article 7, 1 *in fine* de la Convention énonce que l'enfant dispose « *dans la mesure du possible* » du droit de connaître ses parents. La Convention ne souhaite pas mettre à la charge des États parties des responsabilités impossibles à atteindre. Il est inenvisageable d'opposer à un État le droit d'un enfant de connaître ses parents quand ceux-ci l'ont abandonné, ou encore quand la mère ne peut pas identifier certainement le père. De même, il n'est pas recommandé qu'un État oblige une femme victime d'un viol ou d'un crime incestueux à dévoiler l'identité du père. Enfin, il est délicat d'exiger d'un État qu'il viole la vie privée d'une mère qui ne souhaiterait pas que son identité soit dévoilée à son enfant quand elle désire accoucher anonymement. Sur ce dernier point cependant, le Comité s'est inquiété de la conformité de la législation française à l'égard de l'article 7 de la Convention : « *S'agissant du droit de l'enfant de connaître ses origines, y compris dans le cas où la mère a demandé que l'anonymat soit respecté à l'accouchement et dans la déclaration de naissance ainsi que dans les cas d'adoption et de procréation médicalement assistée, le Comité s'inquiète de la compatibilité réelle des mesures législatives à l'étude avec les dispositions de la Convention, en particulier ses principes généraux* » (France, CRC/C/15/Add.20, par. 14).

[1307] La Grande-Bretagne avait émis une réserve portant sur l'interprétation qui devait être faite du mot « *parents* » dans la Convention. Cet État partie avait estimé que « *le terme* "parents" *auquel il est fait référence*

réserve et dénombre les dispositions du traité auxquelles elle porte atteinte[1308]. Puis, dans un second temps, il recommande à l'État de préciser la portée qu'il donne à sa réserve[1309] et envisager ensuite de la retirer.

Le travail diplomate et politique du Comité connaît des limites quand les réserves des États sont motivées, non par des considérations politiques ou économico-sociales, mais quand elles sont la résultantes d'une religion qui sous-tend les fondements juridiques de l'État. Il est nécessairement délicat pour un organe non gouvernemental et neutre de remettre en cause ces implications entre États et religion. Lorsqu'il est confronté à ces réserves inspirées par des aspects religieux, le Comité des droits de l'enfant ne condamne vivement que si la réserve obère les principes généraux de la Convention. Ainsi a-t-il manifesté sa préoccupation profonde à l'égard des réserves indonésiennes qu'il estime incompatibles avec l'objet et les buts du traité[1310].

827. Il n'est pas possible d'affirmer que le but utopique du Comité sera atteint un jour et que l'ensemble des 191 signataires de la Convention retireront leurs réserves. Pour l'instant, le Comité se montre opposé aux réserves qui touchent l'ensemble de la Convention, indistinctement ou qui, par leur imprécision, affectent les principes généraux définis aux articles 2, 3, 6 et 12. Ces réserves atteignent l'objet de la Convention : assurer des droits à l'enfant de façon non-discriminatoire. Le Comité est également réticent pour les réserves qui inversent ou contrarient l'ordre habituel de la hiérarchie des normes et qui relativisent son statut de convention supérieure aux normes nationales. Ainsi en est-il des réserves qui

---

dans la Convention s'applique uniquement aux personnes qui, au regard du droit interne, sont considérées comme les parents de l'enfant, y compris dans les cas où la loi considère que l'enfant n'a qu'un seul parent, par exemple lorsqu'il a été adopté par une seule personne ou dans certains cas particuliers où l'enfant a été conçu par la femme qui lui donne naissance par des moyens autres que les rapports sexuels et où cette femme est considérée comme le seul parent » (CRC/C/2, Rev.8).

[1308] Lors de l'examen de son rapport initial, le Comité a lui-même énoncé les articles de la Convention concernés par cette réserve et a exprimé sa préoccupation quant à la conformité d'une réserve aussi anodine avec de grands principes du traité, notamment le principe de non-discrimination énoncé dans l'article 2 auquel la réserve britannique porte atteinte. Il s'est montré « *préoccupé par l'ampleur des réserves à la Convention formulées par l'État partie sur la compatibilité desquelles, avec l'objet et le but de la Convention, on peut s'interroger. En particulier, la réserve relative à l'application de la loi sur la nationalité et l'immigration ne semble pas compatible avec les principes et les dispositions de la Convention, notamment avec les articles 2, 3, 9 et 10* » (Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la huitième session* » ; Janvier 1995, CRC/C/38, par. 209).

[1309] « *Le Comité souhaite encourager l'État partie à songer à réexaminer ses réserves à la Convention en vue de les retirer* » (Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la huitième session* » ; Janvier 1995, CRC/C/38, par. 224).

[1310] « *The Committee is deeply concerned at the extent of the reservations made to the Convention by the State party. The Committee feels that the broad and imprecise nature of these reservations raises serious concern as to their compatibility with the object and purposes of the Convention* » [Le Comité est profondément préoccupé par l'étendue des réserves faites sur la Convention par l'État partie. Le Comité estime que l'ampleur et l'imprécision de ces réserves soulèvent de sérieuses préoccupations à l'égard de leur compatibilité avec l'objet et les buts de la Convention] (A/49/41, par. 132).

ravalent la Convention au rang de norme juridique de niveau inférieur, quand il ne s'agit pas d'une norme interne non-codifiée comme la coutume ou, pire encore, d'une pratique infra-coutumière.

En adhérant et en ratifiant la Convention, les États ont pris l'engagement, mentionné par l'article 2 d'en « *respecter les droits* ». Cet engagement passe nécessairement par la double obligation d'aligner leur législation interne sur les dispositions de la Convention et d'accepter celle-ci sans réserve. Ces deux conditions sont cumulatives, et ne sauraient souffrir d'exceptions en dehors de réserves minimes n'entraînant pas le déséquilibre ou la remise en cause globale du traité ou de ses principes généraux.

Lorsque l'État partie a accepté de respecter ces droits, il doit prendre les mesures nécessaires en droit interne pour les « *garantir à tout enfant relevant* » de sa juridiction.

2. Garantir

828. La garantie est une « *faculté conférée à un créancier de se protéger contre l'inexécution des obligations du débiteur* »[1311]. Le problème de la garantie des droits de l'enfant n'avait pas été abordé (ni même envisagé) par les outils juridiques internationaux antérieurs. Le texte de 1924 n'énonce qu'une série de droits basiques, sans se préoccuper du débiteur de ces droits ni de celui qui doit en assurer l'exécution. La Déclaration de 1959 est moins coite sur ce sujet, mais limite son action à une exhortation de principe mentionnée dans son Préambule en « [invitant] *les parents, les hommes et les femmes à titre individuel, ainsi que les organisation bénévoles, les autorités locales et les gouvernements nationaux à reconnaître ces droits et à s'efforcer d'en assurer le* respect ». L'article 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant impose l'État comme le garant de l'ensemble des droits de l'enfant qu'il doit lui-même respecter. Un premier point doit alors être soulevé sur cette question : pourquoi l'État doit-il garantir ces droits à la place de la famille ?

La réponse à cette question se situe en partie dans le texte très évasif de l'article 5 de la Convention quand il traite de la famille. La définition de cette unité sociale est volontairement vague pour intégrer tous les modèles familiaux, y compris les groupes communautaires faisant office de famille quand ils sont prévus « *par la coutume locale* ». Cette mention des différentes catégories de familles fait montre de l'extraordinaire diversité des modèles à travers le monde. Il permet en outre d'appréhender les différents changements

[1311] R. CABRILLAC (dir) : « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » ; Litec 2002 p. 191.

socioculturels susceptibles d'intervenir dans l'avenir. Autant la famille monoparentale était une réalité à l'heure de la rédaction de la Convention, autant la question de la famille homoparentale était-elle encore une hypothèse peu probable, ainsi que le sont les questions de disjonctions entre la famille biologique et la famille nourricière-éducatrice (ce qui pose le problème du statut des mères porteuses). Il n'existe pas de modèle identitaire unique de la famille, sa définition est plurielle, modifiée par le temps et les mœurs des populations.

Le concept d'État est en revanche beaucoup moins aléatoire, il s'agit classiquement d'un pouvoir souverain s'exerçant sur une population donnée vivant sur un territoire déterminé. Les attributs de l'État sont sa vocation à faire régner l'ordre et le droit, en sanctionnant éventuellement leur transgression d'un recours à la violence légitime dont il est seul détenteur.

Confier à l'État la garantie des droits de l'enfant est une façon d'en assurer l'efficacité et la permanence dans un ordre juridique où les formes familiales sont nombreuses et où la préoccupation à l'égard de l'enfant n'est pas universelle. De plus l'État n'est pas soumis aux velléités intéressées des parents et doit, en principe, veiller en permanence à l'intérêt supérieur de l'enfant, quand les parents ou la famille pourraient tenter de le travestir en leur intérêt particulier, comme c'est parfois le cas dans les affaires de divorces contentieux ou l'intérêt supérieur de l'enfant se transforme parfois en intérêt d'un parent.

Garantir les droits de la Convention va bien au-delà de leur simple respect. Il s'agit pour l'État de prendre les mesures législatives et administratives nécessaires pour que les dispositions du traité trouvent une force obligatoire sur le territoire de l'État[1312].

Garantir les droits de l'enfant revient donc à s'assurer de leur efficience, éventuellement en ayant recours à la force publique au détriment des débiteurs des droits (a). Cette charge impose à l'État d'adopter des mesures telles que les droits mentionnés dans la Convention soient opposables (b).

a. Les débiteurs contre lesquels porte la garantie

829. Le texte de la Convention énonce qu'il existe deux grandes groupes de débiteurs des droits de l'enfant. Le premier, clairement identifié dans l'article 2, est l'État qui s'engage,

[1312] « *L'engagement de respecter implique que l'État partie s'interdit de porter atteinte à l'un quelconque des droits de l'enfant protégés par la Convention. L'obligation de garantir va bien plus loin qui celle de respecter, du fait qu'elle impose à l'État l'obligation active de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer à chacun la jouissance et l'exercice de ses droits pertinents* » (P. ALSTON : « *Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant* » ; Bulletin des droits de l'homme, 1991/2).

par son adhésion à respecter les droits énoncés. Le second, est sous-entendu dans l'article 5 de la Convention : il s'agit du groupe familial et de toute personne ayant une autorité ou un pouvoir sur l'enfant.

Différents articles de la Convention ciblent certaines personnes privées, normalement débitrices d'obligations à l'égard de l'enfant, qui peuvent avoir tendance, volontairement ou non, à porter atteinte aux droits de l'enfant. Le principal droit recherché et protégé par la Convention est mentionné dans l'article 3. Il s'agit de l'intérêt supérieur de l'enfant, « *considération principale* » des décisions le concernant, enjeu de toutes les protections. L'État doit garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant est pris en compte en priorité sur l'ensemble des intérêts privés qui peuvent l'entourer, notamment ceux de ses parents. Aussitôt, la situation conflictuelle du divorce vient à l'esprit. Il appartient à l'État dans un cas semblable de faire le nécessaire pour que les intérêts des parents ne soient pas supérieurs à celui de l'enfant. Cela passe par la mise en place d'une législation interne dans laquelle l'intérêt de l'enfant prédomine sur tous les autres. C'est au juge qu'il appartient de s'en assurer.

L'intérêt de l'enfant est le confluent de l'ensemble des acteurs publics et privés de la Convention : parents, États, collectivités. Le rôle de l'État est de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant sur les autres intérêts et de veiller à ce que chaque acteur, public ou privé, s'assigne spontanément cette charge.

L'État doit également garantir les droits de l'enfant contre lui-même, puisqu'il a la charge, à l'instar des autres acteurs, de les respecter. Ceci implique que l'État en tant que personne publique puisse être assigné devant les tribunaux en vue de faire respecter les droits de l'enfant. Ceci pose, nécessairement, la question de la méthode de garantie des droits de l'enfant.

b. Les différentes méthodes de garantie

830. Afin que l'État puisse garantir les droits de l'enfant, il convient que la Convention ait une force obligatoire sur son territoire et que son application soit sanctionnée par la puissance publique dont il est seul dépositaire. Dans cette voie, il importe que la Convention soit opposable aux tiers, État partie inclus.

L'application de la Convention en droit interne peut intervenir de plusieurs façons qui ont chacune leurs avantages et leurs inconvénients.

831. Le premier moyen est l'intégration directe de la Convention en droit interne. Ce premier moyen, le plus simple et le plus efficace est préconisé par le Comité des droits de l'enfant qui se satisfait toujours d'une intégration complète de la Convention :

> « *Le Comité accueille avec satisfaction l'incorporation dans le droit interne de la Convention relative aux droits de l'enfant et d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'Argentine* »[1313].

Cette première façon de procéder est la plus simple et la plus complète puisqu'elle garantit une application intégrale de la Convention et une opposabilité des droits qu'elle énonce et qu'elle protège. La seule limite à cette intégration tient dans les réserves que le pays aurait pu émettre[1314].

La deuxième façon de procéder est de conférer à la Convention une supériorité sans ambiguïté par rapport à la loi interne. Cela peut être fait par l'insertion des grands principes de la Convention dans la norme constitutionnelle de l'État[1315], ce qui leur donne immédiatement une valeur intangible et indiscutable. Cela peut également être fait en affirmant que la Convention internationale a une valeur nécessairement supérieure à la loi interne. C'est ce qu'a décidé la Justice belge en faisant référence à plusieurs reprises aux stipulations de la Convention et en écartant systématiquement les dispositions de droit interne qui leur seraient contraires, ce que le Comité des droits de l'enfant a salué lorsqu'il a constaté que « *la Convention est directement applicable et que ses dispositions peuvent être invoquées devant les tribunaux comme elles l'ont d'ailleurs été dans plusieurs cas* » [1316].

La troisième façon de procéder pour permettre à l'État de garantir les droits de l'enfant prévus par la Convention est de transposer le traité international par l'intermédiaire d'un procédé législatif. À cet égard, le Comité des droits de l'enfant montre sa préférence pour une loi de transposition unique, synthétisant l'ensemble des droits de l'enfant et en l'appliquant aux dispositions internes. Une action législative unique favorise l'unité des droits de l'enfant et facilite la lecture globale du droit interne de l'enfant. Le Comité a regretté, dans le rapport présenté par l'Algérie, que « *les dispositions relatives à la protection et à la promotion des droits de l'enfant sont réparties dans la législation interne tout entière si bien*

[1313] Argentine, CRC/C/15/Add.35, par. 6.
[1314] Dans le cas de l'Argentine, les réserves portent sur des points minimes de la Convention, notamment l'interprétation des articles 21 et 24.
[1315] Voir notamment l'article 28 de la Constitution Sud-Africaine du 16 décembre 1996 qui intègre à la norme suprême la plupart des valeurs et des droits de la Convention.
[1316] Belgique, CRC/C/15/Add.38, par. 6.

qu'on peut difficilement déterminer dans quel cadre juridique les droits de l'enfant s'inscrivent en fait. Le Comité recommande à l'État partie d'aligner la législation existante sur les principes et dispositions de la Convention et d'envisager la possibilité de promulguer un code détaillé de l'enfance »[1317].

832. Une intégration globale de la Convention, ou une transposition globale du texte trouvent logiquement la préférence du Comité, mais ne permettent pas nécessairement d'assurer une efficacité globale des droits de l'enfant. Si l'insertion générale de la Convention dans l'ordre juridique d'un État permet l'immédiateté d'une immixtion unique, elle ne n'assure pas l'efficacité d'une approche plus précise du législateur. Le risque est d'entraîner une superposition brutale de différents ordres juridiques sans s'assurer de leur compatibilité. Tandis qu'une approche plus minutieuse, nécessairement plus longue, permet de s'affranchir de ce type de désagréments.

En outre, une intégration trop rapide et trop globale de la Convention risque de ne pas avoir un effet direct sur la population ou au contraire d'amener les droits à une exposition trop importante sans qu'ils soient bien appréhendés par les personnes concernées. À l'inverse, une incorporation progressive des dispositions internationales autorise l'État à accompagner la mise en œuvre des droits de campagnes de sensibilisation. Car respecter et garantir les droits n'est pas tout, il faut encore les promouvoir.

3. Promouvoir

833. À nouveau, la Convention de 1989 adopte une position originale par rapport aux précédents textes internationaux de 1924 et 1959. S'appuyant sur un pragmatisme social considérant que la loi n'est efficace que si elle est accompagnée de mesures visant à la rendre compréhensible par la population à laquelle elle entend s'appliquer, les rédacteurs du traité de New York ont enjoint aux États parties de « *prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus* » par le texte. Cette injonction de l'article 4 de la Convention impose aux États de s'assurer que leur législation soit compatible avec la Convention et qu'elle soit globalement coordonnée, dans l'intérêt de l'enfant. La promotion des droits de l'enfant est également envisagée à travers les dispositions de l'article 42 de la Convention qui énonce que « *les États parties s'engagent à faire largement connaître les principes et les dispositions de la présente Convention, par des*

[1317] Algérie, CRC/C/15/Add.76, par. 12.

moyens actifs, appropriés, aux adultes comme aux enfants ». Le devoir de promouvoir les droits de l'enfant passe donc par un besoin de coordination générale de la politique de l'État (a), ainsi que par une diffusion de campagnes d'accompagnement des nouvelles dispositions prises en la matière (b).

a. Coordonner la politique de l'État en faveur des droits de l'enfant

834. Dans ses directives générales concernant la rédaction des rapports périodiques de 1996, le Comité des droits de l'enfant appelle les États à préciser les différentes mesures qu'ils prennent pour « *coordonner les politiques applicables aux enfants et suivre les progrès réalisés* », notamment « *les institutions gouvernementales créées pour promouvoir les droits de l'enfant et suivre leur mise en œuvre, et leurs relations avec les organisations non gouvernementales* ».

La coordination de la politique de l'État en faveur de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant nécessite l'existence d'un organe central unique, permanent, installé à un échelon élevé et impartial du pouvoir public afin d'être efficace. Le Comité des droits de l'enfant a toujours incité les États parties à agir dans ce sens, soit qu'ils aient prévu de ne pas créer d'autorité centrale chargée de coordonner la politique[1318], soit que l'État ne l'ait pas encore envisagé[1319]. Un *satisfecit* du Comité est attribué aux pays qui ont mis en place un mécanisme central de coordination[1320]. Coordonner la politique de l'État est une priorité dans les pays vastes aux multiples échelons administratifs. L'objectif doit permettre d'impulser une politique d'envergure à l'échelle nationale en même temps que de récolter des informations pour en préciser les effets au niveau local. Afin de prendre des mesures importantes sur la question, il importe que la cellule de coordination soit placée à un rang élevé de l'État. Dans les conclusions qu'il a adoptées lors de la célébration du dixième anniversaire de la Convention en 1999, le Comité a décidé d'émettre sur ce thème une

---

[1318] « *Le Comité engage l'État partie a réexaminer la question de l'institution d'un mécanisme permanent et efficace de coordination aux niveaux de la Fédération, des Länder et des municipalités en ce qui concerne les droits de l'enfant* » (Allemagne, CRC/C/15/Add.43, par. 23).

[1319] « *Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures possibles pour accélérer son processus de réforme institutionnelle touchant les organes de coordination chargés de la mise en œuvre de la Convention. Il suggère que l'État partie, avant de mettre en place le nouveau conseil national pour les soins et la protection intégrale des enfants, entreprenne une étude détaillée des mandats et des activités de toutes les institutions gouvernementales chargées des questions concernant les enfants, afin d'en accroître au maximum les ressources financières et humaines ainsi que leur efficacité, au profit des enfants* » (Nicaragua, CRC/C/15/Add.108, par. 17).

[1320] C'est le cas du Danemark (Danemark, CRC/C/15/Add.33), de l'Inde malgré des soucis budgétaires (Inde, CRC/C/28/Add.10) et de l'Afrique du Sud (Afrique du Sud, CRC/C/51/Add.2).

recommandation générale afin que les « *organes de coordination soient placés à un niveau approprié, par exemple au niveau du cabinet du Président ou d'un organe exécutif analogue au sein du gouvernement central et des administrations locales* ». Il importe effectivement que l'organe chargé d'encadrer la politique de l'État en faveur des droits de l'enfant soit doté d'un pouvoir politique suffisamment fort et assez vaste pour assurer un suivi de la politique mise en place. Dans cette optique, le Comité recommande la mise en place de comités interministériels[1321] qui doivent initier des politiques qui soient véritablement prises dans l'intérêt de l'enfant, conformément à l'article 3 de la Convention. Cette prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la politique d'un État est évidemment plus complexe que dans le cadre de la cellule familiale, ce qui induit de mettre en place des outils afin d'évaluer l'impact de la politique sur l'enfant. Sans cette évaluation continue, l'élaboration d'une politique cohérente est difficile ou risque de produire à terme des effets néfastes[1322].

835. L'efficacité des politiques en direction de l'enfant nécessite également qu'en plus d'un organe compétent, politiquement fort et de rang élevé dans la hiérarchie du pouvoir central, lui soit attribué un budget. Or, la budgétisation de la politique de l'enfance est très délicate et peu visible. Il est rare que l'enfance dispose d'un budget déterminé par la politique économique de l'État. De plus, les ministères ont peu d'outils d'évaluation pour connaître la part de leurs dépenses qui est dirigée vers l'enfance, ce qui entraîne que peu d'entre eux ont une idée des effets de leur politique sur ce domaine. L'absence de bonne visibilité du budget de l'enfance (quand il existe) et l'absence de retour sur les effets de la politique en la matière nuisent nécessairement à l'efficacité de la stratégie de l'État pour la promotion des droits de l'enfant. En outre, le manque de transparence sur la question pose un problème pour le Comité des droits de l'enfant qui n'est plus en mesure de vérifier que l'État partie assume la charge de ses responsabilités par rapport à l'article 4 de la Convention. Le Comité a eu plusieurs fois l'occasion de rappeler certains États à leurs devoirs, en leur précisant que tant la budgétisation que l'analyse budgétaire étaient nécessaires pour organiser et coordonner une politique de l'enfance efficace[1323].

Dès que la question financière se pose pour coordonner l'action de l'État en faveur des enfants, des interrogations sous-jacentes se font jour. La première est de savoir si le

[1321] Pakistan, CRC/C/15/Add.18 ; Portugal, CRC/C/15/Add.45.
[1322] Royaume-Uni, Territoire dépendant : Hong Kong, CRC/C/15/Add.63; Myanmar, CRC/C/15/Add.69 ; Nouvelle-Zélande, CRC/C/15/Add.71.
[1323] Pays-Bas, CRC/C/15/Add.114 ; Slovaquie, CRC/C/15/Add.140 ; Lituanie, CRC/C/15/Add.146, Lettonie, CRC/C/15/Add.142.

manque de ressources peut constituer une excuse en vue de ne pas assumer pleinement les devoirs imposés par la Convention. Le sujet avait été soulevé par la République Centrafricaine dans son rapport initial de 1999. La Centrafrique avait expliqué que la poursuite de sa politique de sécurité sociale en faveur de l'enfance était paralysée par « *une difficulté de taille, les finances de l'État qui ne permettent pas l'extension du système qui déjà est mis à rude épreuve* »[1324]. Le Comité des droits de l'enfant, dans son examen du rapport, a estimé que l'excuse de l'insuffisance des ressources publiques n'était pas compatible avec les objectifs de la Convention, entre autres et principalement la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Comité a vivement recommandé au gouvernement de la République centrafricaine de « *poursuivre ses efforts pour porter, conformément à l'objectif qu'il s'est fixé, à 25 % au moins du budget national le montant des crédits alloués aux secteurs de la santé et de l'éducation* »[1325].

Sur le même thème, le Comité a estimé qu'il appartenait à l'État de faire le nécessaire pour optimiser l'étendue des ressources publiques en luttant contre la corruption et contre la fraude fiscale[1326]. L'argument invoqué par la Géorgie selon lequel elle ne disposait pas des ressources publiques suffisantes, en raison de la fraude fiscale, pour coordonner et rendre efficace sa politique en faveur des droits de l'homme a été jugé irrecevable par le Comité.

La combinaison des articles 3 et 4 de la Convention permet au Comité des droits de l'enfant de faire de la politique en faveur de l'enfant une priorité de tous les États, indépendamment de l'environnement économique qu'ils peuvent traverser. Ainsi, la politique des droits de l'enfant ne doit pas souffrir d'un ajustement structurel de l'économie[1327], ni d'une transition économique vers l'économie de marché[1328], ni encore des sanctions économiques qui frappent le pays en application de mesures prises par le Conseil de sécurité de l'ONU[1329].

[1324] République centrafricaine, CRC/C/11/Add.18, par. 33.
[1325] République centrafricaine, CRC/C/15/Add.138, par. 19.
[1326] Géorgie, CRC/C/15/Add.124.
[1327] « *Le Comité prie instamment le Gouvernement péruvien de prendre toutes les mesures nécessaires pour minimiser les conséquences néfastes des politiques d'ajustement structurel sur la situation des droits de l'enfant* » (Pérou, CRC/C/15/Add.8, par. 19).
[1328] « *Des montants budgétaires doivent être affectés à la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels durant la période de transition vers l'économie de marché dans toute la mesure où les ressources disponibles le permettent et eu égard aux intérêts supérieures des enfants* » (Ukraine, CRC/C/15/Add.42 ; République Tchèque, CRC/C/15/Add.81 ; Lettonie, CRC/C/15/Add.142 ; Lituanie, CRC/C/15/Add.146).
[1329] Jamahiriya arabe libyenne, CRC/C/15/Add.84 ; Iraq, CRC/C/15/Add.94.

Pour coordonner leur politique en faveur des droits de l'enfant, les États ne peuvent pas dégager leur responsabilité en prétextant une faiblesse de leurs ressources publiques. En 1990, le Comité des droits de l'enfant dégageait un principe essentiel dans l'application de la Convention : « *Les enfants d'abord* »[1330]. La façon dont il entend que la Convention soit promue par les États parties s'inscrit dans la droite ligne de cette philosophie.

836. Une promotion efficace de la Convention ne peut pas se faire sans qu'une étude d'impact continue soit menée par les États parties. Le Comité des droits de l'enfant a insisté sur ce point à plusieurs reprises en énonçant qu'une politique de promotion efficace s'appuyait certes sur une coordination au sommet de l'État et par une budgétisation importante du secteur de l'enfance, mais aussi par un suivi des mesures envisagées et par la collecte d'informations sur les objectifs à atteindre. Ces informations visent deux buts principaux. Le premier est d'aménager les politiques en faveur de l'enfance en fonction des résultats obtenus, afin de permettre une efficacité plus grande, le second est de permettre au Comité des droits de l'enfant de s'assurer que les États mettent en place des politiques et qu'elles sont suivies d'effets[1331].

Naturellement, la question de la moisson de ces informations s'est posée pour les États dotés d'un vaste territoire ou pour ceux dont la population n'est pas concentrée uniquement dans les zones urbaines. S'appuyant notamment sur les articles 4 et 2 de la Convention, le Comité a estimé qu'un État ne pouvait pas s'affranchir de son devoir de collecter des informations quantitatives détaillées en raison de l'éloignement des populations ou de leur nomadisme. Le Comité énonce qu'il s'agirait là d'un manquement à l'obligation d'appliquer l'ensemble des droits de la Convention sans aucune discrimination. Des recommandations dans ce sens ont été adressées à plusieurs États[1332]. Derrière la question des statistiques et de l'efficacité des politiques coordonnées de promotion des droits de l'enfant, il est possible de percevoir la volonté du Comité de s'assurer, le plus simplement possible, de ce

[1330] Principe énoncé à l'issue du Sommet mondial pour les enfants qui s'est tenu à New York les 29 et 30 septembre 1990.

[1331] « *Les rapports devraient être accompagnés de copies des principaux textes de lois et décisions judiciaires, ainsi que de données statistiques détailles, des indicateurs dont ils font état et des résultats des travaux de recherche pertinents* » (Comité des droits de l'enfant : « *Directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter* » ; 11 octobre 1996, CRC/C/58). À la suite de cette recommandation générale, le Comité des droits de l'enfant a détaillé dans un *addendum* complet à l'adresse des États parties, les statistiques qu'il souhaite trouver en face de chaque article de la Convention.

[1332] Colombie, CRC/C/15/Add.30 ; Canada, CRC/C/15/Add.37 ; Espagne, CRC/C/15/Add.28 ; Philippines, CRC/C/15/Add.29, Belgique, CRC/C/15/Add.38 ; Tunisie, CRC/C/15/Add.39 ; Sénégal, CRC/C/15/Add.44 ; Chine, CRC/C/15/Add.56 ; Népal, CRC/C/15/Add.57 ; Guatemala, CRC/C/15/Add.58 ; Maurice, CRC/C/15/Add.64 ; Nouvelle-Zélande, CRC/C/15/Add.71.

que les États n'opèrent pas de discrimination entre les différents groupes de populations et qu'ils ne favorisent pas une certaine catégorie d'enfants au détriment d'une autre. Ce fut notamment la question qui se posa en Chine où le Comité s'était interrogé pour savoir si les populations de la province du Tibet disposaient de droits de l'enfant au même titre que l'ensemble des autres enfants chinois. L'impartialité des gouvernements est une donnée importante dans le contrôle exercé par le Comité. C'est la raison pour laquelle il privilégie que la collecte et la synthèse des données statistiques soient menées par des organismes indépendants, créés éventuellement par l'État partie lui-même[1333] ou par la communauté internationale.

837. La promotion de la Convention à laquelle sont obligés les États nécessite logiquement une coordination qui n'est pas mentionnée expressément par le traité. La coordination nécessite l'installation d'un organe indépendant afin de favoriser l'impulsion des mesures en faveur des enfants et la collecte d'informations relatives à l'efficacité de ces mesures. La dotation budgétaire en faveur de l'enfance dans les États parties a posé un souci au regard du fait que les dépenses nationales en la matière étaient examinées par un organe indépendant de l'État. La souveraineté des États était ainsi mise à l'épreuve sur cette question. C'est la raison pour laquelle le Comité[1334] a opté pour favoriser un contrôle étatique parlementaire, exercé en amont de son contrôle propre. L'aboutissement concret de la coordination de la politique gouvernementale exige effectivement que le Parlement des États parties ait voix au chapitre, tant pour juger de l'efficacité de la politique menée que pour sanctionner un éventuel abus dans l'utilisation des fonds publics.

Le contrôle de la promotion coordonnée de la Convention peut également se faire par le biais de la population elle-même en la mettant en mesure de vérifier *de visu* la propagation des principes du traité. Le Comité des droits de l'enfant a d'ailleurs noté l'importance des médias dans ce rôle en énonçant qu'ils « *peuvent aussi jouer un rôle central dans la surveillance de l'application effective des droits de l'enfant* » et de leur promotion.

Promouvoir les droits de l'enfant consiste à sensibiliser les populations et les administrations par toutes « *mesures législatives, administratives et autres* » selon l'article 4 de la Convention. Ce n'est que par ce vecteur d'information et d'éducation de la population

[1333] Danemark, CRC/C/15/Add.33, par. 20.
[1334] Il a également encouragé les États à soumettre leur rapport périodique à un débat parlementaire. (Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001, HRI/GEN/1/Rev.5, par. 18 et 23).

que les dispositions du traité de 1989 trouveront une application efficace, et, pourquoi pas, spontanée de la part de la société civile. Pour y parvenir, il importe que les mesures législatives prises par l'État soient accompagnées dans la population.

b. Accompagner les mesures législatives

838. Pour que l'enfant puisse se prévaloir des droits mis en place par la Convention, il importe que ses dispositions soient portées à sa connaissance. C'est un engagement, que prennent les États parties quand ils adhèrent au traité, prévu à l'article 42. Cet article mentionne que les États doivent mettre en œuvre tous les moyens « *actifs et appropriés* » pour que l'enfant et l'adulte puissent connaître la Convention. Cette diffusion du texte doit être accomplie dans le respect de ses principes fondamentaux, notamment celui de non-discrimination. La propagation de l'outil international doit pouvoir toucher tous les enfants et tous les adultes de toutes les populations sur tout le territoire.

La Convention de New York appelle à l'utilisation de procédés actifs. Il ne s'agit pas de laisser l'enfant ou les adultes venir d'eux-mêmes à la Convention, mais au contraire de faire en sorte que les idées, les idéaux et les principes du texte pénètrent chaque foyer. La mise à disposition du texte exige une mesure préalable afin que la Convention soit accessible en elle-même, sans être apportée aux populations.

Cette mesure préconisée par les directives générales du Comité est de traduire la Convention dans toutes les langues nationales pratiquées sur le territoire de l'État partie. Dans leur rapport, les États doivent indiquer « *dans quelle mesure la Convention a été traduite dans les langues nationales, locales, des groupes minoritaires ou autochtones* »[1335]. Ce préalable est indispensable dans les États qui connaissent une pluralité de groupes ethniques. Mais le Comité ne limite pas aux populations nationales la question de la traduction de la Convention. Il met également à la charge des États le devoir de traduire la Convention pour les populations qu'il serait susceptible d'accueillir comme réfugiées ou immigrantes.

Une seconde mesure, toujours dans l'optique de l'accessibilité de la Convention auprès des populations concernées, est de traduire la Convention dans un langage que l'enfant peut comprendre[1336].

[1335] Comité des droits de l'enfant : « *Directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter* » ; 11 octobre 1996, CRC/C/58.

[1336] Il ne suffit pas que le texte de la Convention soit accessible physiquement à l'enfant, il importe également qu'il soit accessible intellectuellement, à défaut d'un effort de vulgarisation, le texte pourra rester présent dans les établissements scolaires ou dans les administrations publiques, il ne pénètrera pas la population la plus

839. Une fois que la Convention est rendue accessible par sa double traduction, il est important qu'elle soit véhiculée par tous les vecteurs de communications modernes possibles afin de sensibiliser la population à son existence et à sa pratique. Cette mise à disposition se double de l'obligation de laisser l'enfant avoir accès à l'information et aux médias, obligation prévue par l'article 17 du traité. Sur ce point, le Comité a mis en lumière l'importance moderne de ces voies de communication pour une totale mise en œuvre de la Convention et de ses principes. Il a estimé que « *les médias, aussi bien écrits qu'audiovisuels, ont un rôle très important dans les efforts accomplis pour traduire dans la réalité les principes et les normes de la Convention* ». Le rôle des médias dans la campagne de sensibilisation est également de faire office de moteur interactif dans le rapport que l'enfant doit entretenir avec la Convention. Une campagne de sensibilisation est plus efficace quand elle permet l'intervention des personnes qu'elle est censée sensibiliser. Sur cet objectif, le Comité a rappelé que la « *sensibilisation devrait se faire avec la participation de tous les secteurs de la société, y compris les enfants et les jeunes* ».[1337] Cette intégration des jeunes dans la promotion de la Convention nécessite que le rôle des médias soit réexaminé en conséquence, afin de leur permettre, conformément à l'article 12, d'exprimer leur opinion et surtout d'être entendus[1338].

Accompagner les mesures d'intégration de la Convention peut nécessiter une compréhension globale et pointue du texte. À cette fin, le Comité a proposé aux États parties de le faire circuler accompagné d'explications, article par article, et d'une vulgarisation de son texte à l'adresse des parents et des enfants. Dans le but d'assister les pays à diffuser la Convention, le Comité invite les organisations non gouvernementales et la société civile à collaborer activement à l'envol du traité parmi la population.

840. L'accompagnement des mesures prises par les États peut s'opérer de plusieurs façons pour atteindre tous les groupes de la population. La première façon de procéder est la

---

concernée : l'enfant. Lors d'une séance du Comité, un de ses membres a mis en évidence la distorsion qui existe entre la théorie de la mise à disposition de la Convention et la pratique de sensibilisation de la population enfantine. Il a noté que « *la Convention s'adresse non seulement à tous les niveaux des gouvernements mais de la société dans son ensemble, mais également aux enfants eux-mêmes. Bien que la plupart des pays prétendent, dans leur rapport au Comité, que les enfants, les établissements scolaires et les établissements de formations des maîtres sont suffisamment informés et sensibilisés, en fournissant de la documentation à l'appui de leur déclarations, les membres du Comité ont constaté, au cours de leurs déplacemenst, qu'en général, la majorité des enfants qu'ils rencontrent n'ont aucune idée des droits de l'enfant ni du texte de la Convention* » (Slovénie, CRC/C/SR.337, par. 20).

[1337] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingt-deuxième session* » ; septembre/octobre 1999, CRC/C/90.

[1338] République centrafricaine, CRC/C/15/Add.138, par. 35.

production de films radiotélévisés diffusés à des heures de grande écoute pour sensibiliser, avec un vocabulaire adapté, les adultes et les enfants. Cette initiative a été menée notamment par l'Espagne. Son rapport à l'attention du Comité des droits de l'enfant[1339] établit que le premier rôle de ce type d'interventions est de permettre à l'enfant d'acquérir une visibilité sociale dont il est initialement dépourvu. Cela impose de montrer qu'il s'agit en réalité d'un être en évolution constante dans une société en mouvement permanent. L'objectif étant de permettre une meilleure prise en compte de l'enfant, ce qui constitue un préalable indispensable à la vulgarisation de ses droits.

Cette voie de diffusion des objectifs et des principes de la Convention a vocation à être utilisée dans la plupart des pays, car elle permet de faire participer activement les sociétés privées. Des initiatives privées sont souvent sollicitées dans les pays où les ressources publiques ne sont pas élevées. Au Népal[1340], l'accent a également été mis sur la diffusion d'émissions de radio et de télévision promouvant les droits de l'enfant. Mais la réalité économique du pays[1341] ne permet pas d'atteindre par ce biais l'ensemble de la population, les téléviseurs ne sont pas un produit de grande consommation. S'appuyant sur les organisations non gouvernementales et sur l'UNICEF, le Népal a organisé d'abord des concours en direction des enfants. Puis, le gouvernement népalais s'avisant que le meilleur vecteur d'expression touchant l'ensemble de la population était encore le format papier, il a demandé aux organisations professionnelles et aux sociétés privées de commerce et d'industrie d'imprimer un article de la Convention sous leur en-tête de courrier. L'impact fut si grand et l'initiative si originale que certaines entreprises ont imprimé et illustré des articles de la Convention sur leurs produits tandis que des bureaux de poste ont imprimé des articles de la Convention sur tout courrier reçu ou envoyé.

841. D'autres vecteurs de sensibilisation existent, cette fois dans une approche différenciée selon que cela s'adresse aux adultes ou aux enfants.

Un premier moyen de véhiculer les préceptes de la Convention est d'assurer une formation continue pour les adultes dans le cadre de leur profession. Le Comité estime que les personnes travaillant pour ou avec des enfants doivent pouvoir bénéficier de ces formations, notamment les juristes (juges, avocats) mais également le personnel pénitentiaire, les

[1339] Espagne, CRC/C/8/Add.6, par. 23.
[1340] Népal, CRC/C/3/Add.34, par. 46.
[1341] Le Népal est, selon les experts économiques de l'OMC, un des dix États les plus pauvres du monde.

éducateurs, les enseignants. Il énonce que c'est en favorisant la formation des adultes que la sensibilisation au reste de la population se fera.

Le second moyen, dirigé cette fois vers l'enfant, est l'éducation. Les articles 28 et 29 de la Convention obligent les États parties à assurer l'éducation de l'enfant. C'est la raison pour laquelle le Comité met l'accent sur le fait que la transmission des valeurs de la Convention relative aux droits de l'enfant doit se faire également par le biais du système éducatif. C'est pourquoi il insiste pour qu'il existe à chaque niveau de l'éducation (du primaire à l'universitaire) des programmes d'enseignement ou d'approche concernant les droits de l'enfant et la Convention.

Le rôle éducatif de l'État apparaît comme un de ses devoirs primordiaux dans l'esprit de la Convention.

4. Instruire

842. Le droit à l'éducation était présent dans les déclarations antérieures à la Convention de New York de 1989. L'article 1er de la Déclaration de Genève de 1924[1342] en esquissait l'idée et le septième principe de la Déclaration des droits de 1959[1343] le prévoyait clairement. Ces deux Déclarations sont restées toutefois très évasives et succinctes sur la question du débiteur de ce droit et sur son contenu.

La Convention de 1989 est autrement plus claire sur la question, prévoyant dans l'article 28, 1, a) que les États parties « *rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous* » car ils « *reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation* ». La question du devoir éducatif de l'enfant par l'État est précisée dans les articles 28 et 29.

843. C'est l'article 28 de la Convention qui proclame le droit de l'enfant à l'éducation gratuite et le devoir de l'État d'en assurer l'efficacité en garantissant l'égalité des chances, afin d'éviter les discriminations à l'entrée de l'école entre les enfants de zones rurales, les enfants handicapés et les filles. Le devoir de l'État est d'assurer la performance des services éducatifs, de réduire l'abandon scolaire et d'assurer une discipline compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant et sa dignité. L'inconvénient de taille auquel se heurtent parfois les États réside dans leur capacité financière à mettre en place un système éducatif performant. Pour

[1342] Article 1er de la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924 : « *L'enfant doit être mis en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement* ».
[1343] Principe 7 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 : « *L'enfant a droit à une éducation qui doit être gratuite et obligatoire au moins aux niveaux élémentaires…* ».

cette raison, la Convention insiste sur une mise en place progressive de ce droit, imposant toutefois des règles *a minima*.

La proclamation d'un droit à l'éducation dû par les États parties est parfois confrontée à l'aridité financière de certains États. Le Comité des droits de l'enfant en tient compte et précise que l'article 28 de la Convention appelle dans son premier alinéa à une mise en place progressive de ce droit à l'éducation. Toutefois, en adhérant au traité, les États parties ont pris l'engagement d'assurer l'éducation des enfants qui dépendent de leur juridiction. Le Comité des droits de l'enfant veille à ce que chaque État fasse preuve de bonne volonté dans le cadre de l'accomplissement de ce devoir. Il les incite fermement — en s'appuyant sur l'observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de 1999 — à mettre en place « *dans un délai de deux ans, un plan d'action pour réaliser progressivement, dans un nombre raisonnable d'années fixé par ce plan, la pleine application du principe* » de l'article 28.

Fort de cela, le Comité des droits de l'enfant veille à ce que les budgets des États parties prévoient une part financière totalement dédiée à l'éducation. Il veille en outre, à ce que l'idée de progression contenue dans l'article 28 ne soit pas transformée en dégression et que les États adoptent des budgets de plus en plus élevés au lieu de les réduire[1344].

844. Le droit à l'éducation doit se faire « *sur la base de l'égalité des chances* ». La discrimination à l'entrée de l'école est souvent provoquée par la faiblesse des ressources économiques de l'État et par la persistance de considérations coutumières traditionnelles. Ainsi, en 1990, le Comité des droits de l'enfant estimait que sur cent millions d'enfants privés d'éducation de base dans le monde, deux tiers étaient des filles. Le Comité a instamment prié les États parties de modifier les comportements sociaux par des programmes de sensibilisation adéquats. Mais en étudiant les rapports périodiques de certains États, notamment d'Amérique du Sud, mais aussi d'Afrique, le Comité s'est aperçu que si l'entrée des filles dans les écoles était favorisée, rien n'était fait pour les empêcher de quitter la voie scolaire pour se concentrer sur des travaux familiaux annexes[1345].

[1344] Autriche, CRC/C/15/Add.98 ; Inde, CRC/C/15/Add.115.

[1345] « *Si quelques statistiques montrent que l'inscription des jeunes garçons et des jeunes filles dans le cycle élémentaire est élevé, un grand nombre des filles abandonnent leurs études ou redoublent leur classe, car elles doivent accomplir d'autres tâches au sein de leur famille, notamment s'occuper de leurs frères et sœurs moins âgés, faire des travaux ménagers ou aider leur mère dans leur travail* » (Bolivie, CRC/C/3/Add.2 ; Zimbabwe, CRC/C/15/Add.55).

La discrimination à l'entrée de l'école touche également les enfants de zones rurales pour des raisons liées à des facteurs économiques et aux difficultés de desservir ces zones[1346]. Cela est également dû à la pénurie d'enseignants et au fait que, dans les villages ruraux, la préoccupation majeure des familles est la subsistance du groupe familial, au détriment de l'éducation des enfants. D'autres problèmes de discrimination ont vu le jour pour les enfants faisant partie d'une minorité ethnique, ou encore pour les enfants handicapés ou pour les enfants détenus. Dans chaque cas, le Comité a rappelé l'obligation des États découlant de la combinaison de l'article 2 de l'article 28 d'assurer un droit à l'éducation sans aucune discrimination.

845. L'accès doit se faire sur la base de l'égalité des chances et permettre à tout enfant d'obtenir une scolarisation élémentaire. Pour poursuivre cette logique d'égalité des chances, la Convention oblige les États à rendre l'enseignement primaire gratuit et obligatoire.

La question de la gratuité ne souffre aucune équivoque de la part du Comité des droits de l'enfant. Il estime que tous « *les frais d'inscription imposés par le gouvernement, les collectivités locales ou les établissements scolaires, et d'autres frais annexes sont un frein à l'exercice de ce droit et risquent de nuire à sa réalisation* ». Rendre l'éducation gratuite ne suffit pas, il faut aussi qu'elle soit rendue obligatoire, ce qui n'impose pas d'obliger l'enfant à venir à l'école, l'éducation pouvant être prodiguée dans un autre lieu.

Dans le cadre du devoir d'instruire l'enfant, l'État doit s'astreindre à l'obligation générale prévue par l'article 19 de la Convention et à éviter toute forme de violence dans la discipline scolaire. L'article 28, 2 de la Convention rappelle que « *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* ». La prohibition générale de toute forme de violence à l'encontre de l'enfant retrouve ici sa vigueur dans le cadre scolaire[1347]. Certains États[1348] ont tenté d'évincer cette obligation en prétextant qu'ils ne pouvaient être tenus de la prohibition de la violence

[1346] Bolivie, CRC/C/15/Add.1, par. 10 ; Fédération de Russie, CRC/C/15/Add.4, par. 13 ; Philippines, CRC/C/15/Add.29, par 15 ; Sri Lanka, CRC/C/ 15/Add.40, par. 21 ; Sénégal, CRC/C/15/Add.44, par. 28 ; Mongolie, CRC/C/15/Add.48, par. 23 ; Zimbabwe, CRC/C/15/Add.55, 18 ; Chine, CRC/C/15/Add.56, par. 11 ; Népal, CRC/C/15/Add.57, par. 17 ; Hongrie, CRC/C/15/Add.87, par. 34 ; Inde, CRC/C/15/Add.115, par. 57 ; Sierra Leone, CRC/C/15/Add.116, par. 69 ; Pérou, CRC/C/15/Add.120, par. 25 ; Colombie, CRC/C/15/Add.137, par. 53; Colombie, CRC/C/15/Add.30, par. 20.

[1347] Sur ce point, de nombreux États ont été rappelés à l'ordre parmi lesquels le Canada (Canada, CRC/C/15/Add.37), le Royaume-Uni (Royaume-Uni, CRC/C/15/Add.34), le Nigéria (Nigéria, CRC/C/15/Add.61), le Sri Lanka (Sri Lanka, CRC/C/15/Add.40) et le Zimbabwe (Zimbabwe, CRC/C/15/Add.55).

[1348] Royaume-Uni, CRC/C/15/Add.34.

dans le système scolaire que pour ce qui concerne les écoles dont il a la responsabilité. Cette excuse a été fermement écartée par le Comité qui rappelle que « *le droit de ne pas recevoir de châtiments corporels est un droit fondamental et l'on ne peut par conséquent établir un régime différent selon que l'école est publique ou privée, d'autant que cela soulèverait la question de la discrimination et de l'application de l'article 2 de la Convention au système de l'enseignement* »[1349].

846. Les règles de la discipline scolaire ne doivent pas heurter la dignité de l'enfant. La prohibition de la violence s'étend naturellement aux violences morales telles l'humiliation publique, les privations diverses et les admonestations et autres brimades intellectuelles[1350].

Les principes fondamentaux mis en avant par la Convention trouvent naturellement à s'appliquer dans le cadre du devoir d'éducation à la charge de l'État, il ne saurait s'affranchir de ces devoirs.

Une fois le cadre de l'éducation mis en place, la Convention en précise les objectifs notamment dans son article 29.

847. La particularité de la question éducative dans la Convention de New York repose sur le fait qu'elle ne se préoccupe pas des moyens utilisés (en dehors du respect de l'enfant) mais surtout de la fin à atteindre. Par ailleurs, l'introduction de l'article 29[1351] montre que le thème de l'éducation est sensible dans la communauté internationale et que ce sujet fait l'objet d'un important consensus. Il n'est pas question d'un engagement des États parties, comme c'est le cas dans d'autres articles ou d'une obligation à leur charge mais seulement d'une convenance entre eux. De plus, les objectifs de l'instruction ne se limitent pas au développement des capacités mentales de l'enfant. Certes cela représente-t-il le rôle traditionnellement reconnu à l'école, mais la Convention souhaite que l'État promeuve également les aptitudes de l'enfant dans les domaines artistiques, physiques et personnels. Le fait de poursuivre comme finalité le développement de la personnalité individuelle de l'enfant tient pour être une gageure du traité dans la mesure où cette finalité s'éloigne des enseignements classiques (lire, compter, écrire). D'ailleurs, le Comité des droits de l'enfant n'a jamais eu l'occasion d'examiner avec précision les mesures des États parties dans cette

[1349] Royaume-Uni, CRC/C/SR.206.
[1350] Saint-Siège, CRC/C/15/Add.46.
[1351] Article 29, 1, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États parties conviennent…* »

direction. Il a toutefois énoncé que la pratique intensive d'un système scolaire trop compétitif était nocive pour le développement bénéfique de la personnalité de l'enfant[1352].

848. L'article 29 demande également aux États de dispenser un enseignement qui intègre le respect des droits de l'homme, celui de ses parents, celui de son identité. Ces objectifs sont intégrés sans grandes difficultés par les États parties.

L'objectif principal de l'éducation ne se situe pas dans ces considérations. L'article 29 de la Convention souhaite que l'un des objectifs de l'éducation soit de « *préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre* ». Cela implique de quitter les rives de l'enseignement traditionnel et d'aborder les côtes de la vie réelle, induisant l'idée que l'école ne doit pas être coupée de la société mais au contraire s'ancrer en elle afin d'en aborder toutes les questions. Sur ce point, le Comité insiste sur la question parfois un peu sensible de l'éducation sexuelle. Il s'émeut occasionnellement de ce que certains pays la négligent[1353] ou la proscrivent[1354] et s'inquiète des répercussions qu'une lacune de cet ordre peut avoir sur les questions sanitaires modernes, notamment par rapport au virus du SIDA. La volonté de préparer l'enfant à une « *vie dans une société libre* » oblige les États à favoriser dans les écoles la pratique de la démocratie. Cette analyse du but éducatif permet de faire un parallèle avec le rôle des parents dans la préparation à la vie adulte. L'école doit, comme la famille, être un lieu où la parole de l'enfant est prise en compte à sa juste valeur. Il est alors nécessaire que les professionnels qui travaillent avec des enfants soient formés dans le sens de donner une portée réelle et concrète à la voix de l'enfant[1355]. À titre d'exemple, l'Espagne a développé un programme scolaire laissant la place aux associations d'élèves chargées de refléter la parole des enfants et favoriser les processus démocratiques.

849. Tous ces devoirs, toutes ces responsabilités qui incombent à la famille, à l'État, ces droits ouverts aux enfants, ces dispositions érigées au rang de principes fondamentaux, font de la Convention relative aux droits de l'enfant un traité original et moderne, s'inscrivant en droite ligne dans la philosophie des droits de l'homme et postulant pour un changement de regard sur l'enfant.

Néanmoins, pour que l'objectif fixé par cet outil juridique soit atteint, il importe qu'il ne fasse pas figure d'utopie comme l'étaient les droits de l'homme sous la Révolution

[1352] République de Corée, CRC/C/15/Add.51.
[1353] Royaume-Uni, CRC/C/15Add.34.
[1354] Liban, CRC/C/15/Add.54.
[1355] France, CRC/C/15/Add.20.

française ou les droits de l'enfant dans la Déclaration de Genève de 1924. Le caractère moderne de la Convention ne pourra être affirmé que si celle-ci se dote d'un caractère obligatoire, seule véritable garantie de l'application concrète des droits de l'enfant dans les législations internes.

§ 2 – Le caractère obligatoire de la Convention

850. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est le texte le plus ratifié à travers le monde. Bien que son application concrète soit mise à mal parfois par les réserves émises par les États parties, bien qu'elle soit contrariée par des questions budgétaires ou malmenée par des idéaux religieux ou philosophiques, culturels ou traditionnels, ce traité s'apparente à un texte international quasi-universel. Sa grande originalité au regard de ce qui le précède, est sa rédaction juridique (A). Elle affirme plus solennellement que l'enfant est doté de droits et que les interlocuteurs principaux de l'enfant (les parents et l'État) sont débiteurs de devoirs et responsables de la bonne application de la Convention.

De plus, les articles 43 et suivants du traité mettent en place un organe de contrôle (le Comité des droits de l'enfant) dont le rôle est de veiller à la mise en œuvre concrète du texte, conformément à l'article 4 (B).

A – Une rédaction juridiquement efficiente

851. Abstraction faite de ce qui motivait réellement les rédacteurs et les auteurs des déclarations de 1924 et 1959, il convient d'admettre que la rédaction de leurs textes ne laissait pas de place à la reconnaissance internationale de leur valeur juridique. Ainsi, l'article 1er de la Déclaration de Genève disposait-il que « *l'enfant doit être mis en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement* ». L'ensemble de la phrase est flou et ne permet pas au juriste d'interpréter efficacement ce qu'il faut comprendre par « *mis en mesure* » ou ce qui se cache derrière un développement normal, matériel et spirituel. Cela procédait d'une volonté, non pas de dicter des comportements mais de faire évoluer des mentalités[1356].

Évoluant vers une rédaction plus juridique, la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 adopte un vocabulaire plus précis, sans toutefois permettre une appréciation juridique cohérente des concepts envisagés. Il n'est pas évident pour le droit d'appréhender l'amour et

[1356] Idée présente dès le préambule de cette Déclaration quand les auteurs énoncent que « *l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur* ».

la compréhension stipulés dans le sixième principe de cette convention[1357], la définition juridique de l'amour n'ayant fait l'objet d'aucun contentieux jurisprudentiel.

852. Ce qui interpelle immédiatement à la lecture de la Convention de novembre 1989, ce dès le premier article, c'est le souci de ne laisser subsister aucune ambiguïté :

> « *Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âge de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* »[1358].

Contrairement aux précédentes rédactions, la Convention définit immédiatement le destinataire du texte et lui donne un cadre limité dans le temps, même si cette définition est discutable et problématique[1359].

De la même façon, à l'inverse du procédé adopté dans les Déclarations antérieures la question des droits n'est pas dissimulée dans une terminologie évasive. Il y est question de droits[1360], d'engagements[1361], de garanties[1362], de devoirs[1363], là où la Déclaration de 1924 ne prévoyait que des intentions vagues[1364] et où celle de 1959 n'envisageait que des obligations floues[1365]. Pour cette raison, la Convention de New York est beaucoup plus étoffée que les précédents. Elle compte cinquante-quatre articles quand les éditions antérieures se limitaient à cinq articles en 1924 et dix principes en 1959.

853. Les différents intervenants sont également identifiés dans la version de 1989 alors qu'ils ne le sont pas dans les moutures préexistantes. Outre que l'enfant est défini dans la version de 1989, ses interlocuteurs le sont aussi, ce qui contraste totalement avec les textes de

---

[1357] Principe 6 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 : « *L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension…* ».
[1358] Article 1er de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.
[1359] Cf. infra en page 615
[1360] Article 6, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie* ».
[1361] Article 2, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États 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…* ».
[1362] Article 12, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur tout question l'intéressant…* ».
[1363] Article 8, 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible* ».
[1364] Article 5 de la Déclaration de Genève : « *L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères* ».
[1365] Principe 8 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 : « *L'enfant doit, en toutes circonstances, être parmi les premiers à recevoir protection et secours* ».

Genève et de l'UNICEF de 1959. Dans l'imprécision de 1924 et 1959, il n'était pas possible de discerner l'enfant et encore moins d'apercevoir ses interlocuteurs que sont normalement les parents et l'État. Classiquement, les penseurs des siècles avaient pourtant déterminés que les parents et l'État étaient les deux principaux acteurs de la vie de l'enfant, ce que les textes du début et de la moitié du XX^{ème} siècle semblent avoir omis.

À l'opposé de cette pratique, la Convention détermine que, face à l'enfant, il existe deux interlocuteurs différents : l'État et les parents de l'enfant. Leurs rôles respectifs n'est pas clairement défini. Toutefois, au travers des stipulations de la convention, certains éléments caractéristiques se dégagent nettement.

854. Les fonctions régaliennes de l'État sont mises en avant dès le deuxième paragraphe du deuxième article :

> « *Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes les 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* »[1366].

Le rôle de l'État selon les rédacteurs de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est d'assurer un traitement égal entre les enfants, indépendamment de tout facteur qui leur serait extérieur. Il s'agit du socle de l'expression des droits de l'enfant. Ils ne peuvent être exercés que si une instance supérieure et impartiale assure une égalité totale entre ceux à qui ils sont attribués. L'État doit assurer cette égalité quand la situation personnelle de l'enfant dérive des positions adoptées par les parents, mais il doit également assurer l'égalité contre les parents comme le prévoit clairement l'article 20 dans son premier paragraphe :

> « *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 spéciale de l'État* ».

855. Le deuxième interlocuteur de l'enfant sont ses parents. Quoique cela paraisse évident, c'est encore un élément que les précédentes déclarations avaient omis. Pourtant, autant le rôle de l'État n'avait pas été clairement développé par les différents courants de pensées philosophiques, autant celui des parents fut celui qui changea le plus radicalement,

[1366] Article 2, 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

partant du père autocratique d'ARISTOTE pour aboutir à l'autorité parentale partagée par PUFENDORF et LOCKE. La Déclaration de 1924 ne traite aucunement des parents, ils sont ignorés par le texte ou, plus probablement, noyés dans la foule des débiteurs des droits de l'enfant. En 1959, la Déclaration des droits de l'enfant traite des parents mais de façon très évasive. Ils sont responsables de l'éducation et de l'orientation de l'enfant précise le deuxième alinéa du septième principe[1367]. Au-delà de ce rappel basique de ce que les siècles ont tenu pour acquis, rien de plus n'est dit sur les parents dans la Déclaration de 1959, ils ont presque, dans la vie de l'enfant, un rôle qui se cantonne à celle d'un éducateur ou d'un précepteur.

Prenant le contre-pied de ce manque de clarté, la Convention de 1989 impose les parents comme un rouage essentiel du mécanisme des droits de l'enfant. Cet état intervient dès la rédaction du préambule qui clame que « *l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial…* ». La place des parents est sous-entendue dans ce sixième paragraphe du préambule, le milieu familial (qui intègre les parents) est indispensable pour l'épanouissement de l'enfant, pour son bien-être. La Convention énonce dès le préambule le rôle naturel des parents, affirmé dès l'Antiquité par ARISTOTE quand il énonçait que « *le père vise le bien de ses enfants.* [Il] *excède en bienfaits le roi puisqu'il donne le plus grand des biens : l'existence* »[1368].

La Convention ne limite pas son étude du rôle des parents à un principe général de bienfaisance à l'égard de l'enfant. En effet, il serait possible de penser que le rôle des parents se resserre uniquement autour de l'idée naturelle d'aimer l'enfant[1369]. Si tel était le cas, il suffirait de laisser la Convention dans le même état que les déclarations qui la précèdent. Ses rédacteurs vont plus loin et officialisent le fait que les parents ont un rôle actif et reconnu juridiquement. Ils sont responsables de l'orientation intellectuelle et matérielle de la famille comme l'exprime l'article 2 de la Convention quand elle énonce l'égalité entre les enfants, indépendamment des opinions et de la situation sociale des parents.

La nouveauté majeure de la Convention de New York est d'avoir clairement exprimé la volonté d'inscrire les droits de l'enfant dans un cadre juridique, loin des principes développés antérieurement. L'accent adopté est grave, le temps des souhaits est dépassé, il

[1367] Principe 7 al. 2 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 : « *L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation ; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents* ».
[1368] ARISTOTE : « *Éthique à Nicomaque* » ; Vrin, 1994.
[1369] « *… dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension* » (Fin du sixième paragraphe du préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant).

faut agir et contraindre les États à promouvoir le bien de l'enfant en lui accordant des droits complets et efficaces. Afin de compléter le caractère obligatoire du traité, la Convention a mis en place un Comité chargé de veiller à son application par les États parties.

B – Le Comité des droits de l'enfant

856. La mise en place d'un organe chargé de contrôler l'application d'un traité international n'est pas une nouveauté. Avant le Comité des droits de l'enfant, d'autres comités ont été créés[1370], affectés de la même charge : vérifier que les États assument les devoirs qu'ils ont contractés. Son mode de fonctionnement général (1) lui assure une grande indépendance vis-à-vis des États parties, ce qui lui permet de s'affirmer comme un réel organe de contrôle et de surveillance pris au sérieux par la communauté internationale (2).

Les attributions du Comité des droits de l'enfant par la Convention établissent que cet organe représente la véritable jurisprudence[1371] créée autour du texte. De ce point de vue, il est légitime de penser que les recommandations du Comité doivent apparaître comme la marche à suivre en matière de droits de l'enfant, ce qui évite aux États parties de s'interroger, le cas échéant, sur la volonté des rédacteurs du texte.

1. Fonctionnement général du Comité

857. Le Comité des droits de l'enfant est un organe démocratiquement élu et indépendant des contingences nationales et culturelles. L'élection a lieu tous les quatre ans, sur la base d'une liste composée des noms des « *experts de haute moralité et possédant une compétence particulière reconnue dans le domaine* » de la Convention. Pour garantir la représentativité du Comité et son caractère démocratique, la Convention prévoit dans son article 43 qu'une attention particulière est portée au besoin de représenter efficacement les différentes régions du globe ainsi que les grands systèmes juridiques.

858. Ce mode d'élection et de répartition des sièges du Comité prouve la volonté d'instaurer un organe de contrôle indépendant des questions de nationalité, de religion ou

[1370] L'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 crée le Comité des droits de l'homme qui doit examiné, conformément à l'article 40, les rapports que les États parties au Pacte ont l'obligation de présenter. La résolution 1985/17 du 28 mai 1985 crée le Comité des droits économiques, sociaux et culturels chargé de contrôler l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966. D'autres comités existent (Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, le Comité contre la torture, le Comité des travailleurs migrants et le Comité des droits des personnes handicapées).

[1371] Une jurisprudence toutefois particulière puisqu'elle se crée sans litige.

d'appartenance à un système juridique particulier. Les dix-huit membres[1372] du Comité sont choisis de telle sorte qu'ils soient représentatifs de l'ensemble des pays signataires et spécialisés dans différents systèmes juridiques. L'article 43, 2 mentionne que les membres du Comité siègent à titre personnel, en aucun cas ils ne doivent être porteur ou représentant des prétentions de leur pays d'origine. Afin d'éviter toute interférence entre des intérêts nationaux et l'application de la Convention, les membres du Comité ont décidé, à l'occasion de la session de 1992[1373], « *qu'il n'était pas souhaitable qu'ils participent à l'examen des rapports de leur propre pays* ». L'impartialité du Comité n'est pas prévue par la Convention, mais le règlement intérieur du Comité l'a érigée en principe essentiel, visant à protéger la probité des recommandations. À cet effet, les membres du Comité ne siègent qu'après avoir prêté serment de remplir leur charge en « *tout honneur et dévouement, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience* ».

L'essentiel du travail du Comité consiste à examiner les rapports que les États parties doivent lui transmettre sur les mesures actives qu'ils prennent pour appliquer la Convention. À cette fin, chaque année, le Comité se réunit lors de trois sessions de trois semaines chacune afin d'examiner et de commenter les rapports. Le nombre de rapports transmis étant très supérieur au nombre de rapports examinés, le Comité a décidé en 1999 d'augmenter le nombre de rapports étudiés lors de chaque session.

859. Le rôle de cette institution est aussi d'organiser des débats afin de sensibiliser les acteurs de la Convention sur les grandes questions qui se rattachent au traité. L'article 75 du règlement intérieur du Comité l'autorise à organiser des journées de débats pendant ses sessions ordinaires. Ces débats permettent au Comité de s'informer auprès des grandes institutions de l'ONU, des différentes organisations non-gouvernementales implantées sur le terrain et des experts régionaux. Ces réunions informelles lui ouvrent la voie vers la réalité concrète de l'application de la Convention qui diffère parfois de ce que les États rapportent. Ces débats généraux ont lieu chaque année à l'automne et traitent de tous les sujets sensibles abordés par les dispositions de la Convention[1374].

[1372] L'article 43, 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant énonce que « *le Comité se compose de dix membres* », mais un amendement proposé par le Costa Rica en 1995 a porté à dix-huit le nombre de représentants dans le Comité. Cet amendement est entré en vigueur le 18 novembre 2002.

[1373] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la deuxième session* » ; Septembre/octobre 1992, CRC/C/10.

[1374] « *Les enfants dans les conflits armés* » (Oct. 1992) ; « *L'exploitation économique des enfants* » (Oct. 1993) ; « *Le rôle de la famille dans la promotion des droits de l'enfant* » (Oct. 1994) ; « *La fillette* » (Janv. 1995) ; « *L'administration de la justice des mineurs* » (Oct. 1995) ; « *L'enfant et les médias* » (Oct. 1996) ; « *Les droits des enfants handicapés* » (Oct. 1997) ; « *Les enfants vivant dans un monde marqué par le VIH/SIDA* » (Oct. 1998) ; « *Célébration du dixième anniversaire de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*

Il est important que le Comité soit le plus proche possible de la réalité des États afin de se permettre de vérifier l'application active de la Convention. C'est là son rôle principal.

2. Le devoir de surveillance

860. Il serait oiseux de revenir sur les Déclarations antérieures à la Convention de New York et à leur caractère obligatoire. Totalement dépourvues d'architecture juridique, exemptes de recherche active d'objectifs et de résultats, elles n'ont jamais été que l'expression de volontés éparses visant un idéal sans se donner les moyens de l'atteindre.

La surveillance de l'application de la Convention de 1989 par les États parties s'exercent conformément à l'article 44 de la Convention. Le Comité des droits de l'enfant doit recevoir régulièrement des rapports en provenance des États parties retraçant avec plus ou moins de précision « *les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus* » par la Convention. Même si cette surveillance connaît des limites inhérentes au caractère international et peu contraignant de la Convention[1375], elle a le mérite d'exister et se décompose en deux temps. Dans un premier temps, le Comité examine les rapports (a), dans un second, il émet des observations finales (b).

a. L'examen des rapports

861. L'examen des rapports par le Comité se déroule pendant ses sessions ordinaires. Pendant cet examen, le Comité discute du rapport avec l'État partie qui en est l'auteur. Toutefois, avant d'examiner en session le rapport de l'État partie avec ses représentants, le Comité s'attache à recueillir plus de renseignements sur la situation concrète des droits de l'enfant. Une fois une session terminée, aussitôt une séance de présession est mise en place afin de préparer la session suivante. L'objectif de ces présessions est de permettre au Comité de s'entretenir avec ses correspondants locaux parmi lesquels l'UNICEF, ainsi que tous les autres acteurs et témoins de la réalité de la situation. L'article 45, a) du traité[1376] prévoit

(Oct. 1999) ; « *La violence contre les enfants* (Sept. 2000/sept. 2001) ; « *Le secteur privé en tant que prestataire de services et son rôle dans la mise en œuvre des droits de l'enfant* » (Oct. 2002) ; « *Mettre en œuvre les droits de l'enfant pendant la petite enfance* » (Oct. 2004).

[1375] Cf. infra en page 785.

[1376] Article 45, a) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *... Le Comité peut inviter les institutions spécialisées, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance et tous autres organismes compétents 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*

clairement que le Comité peut demander des rapports à des acteurs qui sont plus en prise que lui avec l'application véritable de la Convention. L'article 45, a) mentionne que le Comité peut solliciter « *tous autres organismes compétents* ». Cette expression englobe les organisations non-gouvernementales, mais aussi les experts agissant à titre individuel ainsi que les renseignements en provenance des différentes agences de l'ONU[1377]. Le but de ces invitations à participer aux présessions est de permettre au Comité de vérifier que le rapport qu'il examinera reflète bien la réalité de l'application de la Convention sur le territoire de l'État partie. Cela favorise le travail du Comité et la possibilité de mettre en lumière, à l'occasion de l'examen en session avec le représentant de l'État partie, des décalages entre les mesures prises par l'État et les effets de ces mesures.

Ces groupes de travail de présession permettent un examen beaucoup plus précis et efficace lors de la session ordinaire suivante. À l'issue de la présession, le Comité invite l'État dont le rapport sera examiné, à apporter des réponses sur plusieurs points.

Le premier est de solliciter l'État afin qu'il apporte des éclaircissements sur les questions que le Comité à soulevées à l'occasion de ses entretiens avec ses partenaires. C'est là l'occasion pour l'État dont le rapport va être examiné de mettre à jour ses informations afin que la discussion avec le Comité soit le plus possible le reflet d'une réalité tangible.

Le deuxième est de prier l'État partie de mettre à jour ses renseignements sur les mesures qu'il a prises (législatives notamment) en faveur des droits de l'enfant et éventuellement sur les mesures qu'il compte entreprendre.

Le troisième enfin, consiste à indiquer à l'État partie un bref sommaire des questions que le Comité entend aborder à l'occasion de la discussion *in vivo* avec ses représentants. Cette dernière partie n'appelle pas, contrairement aux précédentes, de réponses écrites, d'autant que d'autres questions peuvent être soulevées à l'occasion du débat.

862. À l'occasion des débats publics à propos des rapports, le Comité se penche d'abord sur les questions que le groupe de travail de la présession a dégagées, notamment sur les interrogations concernant la distorsion entre ce que l'État décrit dans son rapport et ce que les partenaires du Comité lui ont rapporté lors de la préparation de l'examen du rapport.

---

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 ».

[1377] Notamment l'UNICEF, l'UNESCO, l'OIT, l'OMS.

Une fois que le rapport a été examiné, le Comité des droits de l'enfant rédige ses observations qu'il rend publiques à l'issue de chaque session ordinaire.

b. Les observations finales

863. Quand les débats sont achevés, le Comité des droits de l'enfant rédige des conclusions[1378] qui contiennent le bilan général de l'examen du rapport et les éventuelles suggestions ou recommandations adressées à l'État partie.

Ces observations permettent au Comité d'accompagner l'État dans l'application de la Convention. Elles sont un outil de dialogue et de construction juridique pour les gouvernements des pays signataires. De plus, elles permettent au Comité de pointer les disfonctionnements des États sur les engagements qu'ils ont pris au titre du traité. En outre, les rapports des États ainsi que les observations finales du Comité sont publics et la Convention, dans l'article 44, 6, demande aux États d'assurer une large diffusion des rapports, à quoi le Comité a ajouté l'importance de diffuser aussi largement les observations qu'il en fait[1379]. Cette stipulation est censée permettre aux populations de contrôler elles-mêmes l'évolution de la situation des droits de l'enfant dans le pays concerné.

Enfin, pour s'assurer un contrôle plus efficace une fois l'examen du rapport passé, le Comité adresse une copie de ses conclusions et de ses observations finales à l'ensemble des organes intéressés par l'application des droits de l'enfant. Par ce moyen, le Comité s'assure qu'un suivi régulier et réel de l'application de ses recommandations sera effectué par l'État partie.

Une collaboration active et positive entre l'État partie, le Comité des droits de l'enfant et les organisations en lien avec les droits de l'enfant est le gage d'une application efficace de la Convention. La réalité est souvent autre et la coopération en bonne harmonie de l'ensemble des acteurs du texte n'est pas évidente. Dans ce cas, la portée et l'influence du Comité des droits de l'enfant sont minimes.

[1378] Ces conclusions portent généralement sur l'ensemble du rapport de l'État, sauf s'il apparaît insuffisant aux yeux du Comité qui, dans ce cas, peut solliciter l'État afin qu'il lui fasse parvenir des renseignements complémentaires. Ces conclusions dressent le portrait de la situation des droits de l'enfant dans le pays, en prenant le soin d'un dépeindre les aspects positifs, les aspects négatifs et préoccupants.

[1379] « *Les États parties sont également priés de décrire* […] *les mesures adoptées ou qu'il est prévu de prendre pour assurer une large diffusion et l'examen des comptes rendus analytiques et des observations finales adoptées par le Comité* » (Comité des droits de l'enfant : « *directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter conformément au paragraphe 1, b) de l'article 44 de la Convention* » ; 11 octobre 1996, CRC/C/58).

864. Si la Convention de New York s'en tenait à des considérations générales, liées à la protection de l'enfant dans sa famille et à lui donner des droits et des libertés depuis longtemps reconnus aux autres hommes, son respect pourrait s'éclipser derrière la nécessité de garantir aux États parties la certitude de leur souveraineté. Mais la Convention ne se limite pas à protéger les droits de l'enfant. Accompagnée de deux protocoles facultatifs ajoutés à l'orée du XXI^{ème} siècle, le but de la Convention est également désormais de protéger l'enfant non plus dans ses droits, mais aussi dans sa chair, dans son existence et dans sa tranquillité. En complétant le texte de 1989 de ces ajouts modernes, l'ONU a décidé de faire de la Convention un outil complet en faveur des enfants.

§ 3 – Les protocoles facultatifs

865. Au seuil du siècle nouveau, l'Assemblée générale des Nations unies décide de donner vie à deux souhaits de ses Comités. Le premier souhait date du premier débat général organisé par le Comité des droits de l'enfant. Le 5 octobre 1992, le Comité termine son débat sur « *les enfants dans les conflits armés* » et publie dans son rapport général un avant-projet de protocole facultatif sur l'implication des enfants dans les conflits armés[1380].

Au cours de sa sixième session en avril 1994, le Comité des droits de l'enfant a pris acte de ce que la Commission des droits de l'homme avait adopté, le 9 mars 1994, une résolution intitulée « *nécessité d'adopter sur le plan international des mesures efficaces pour prévenir la vente d'enfant, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants* »[1381]. Le temps de gestation de ces deux projets fut particulièrement long puisque ce n'est que le 25 mai 2000 que l'Assemblée générale des Nations unies[1382] adopta deux protocoles facultatifs à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Remontant à des périodes où l'enfant s'est trouvé particulièrement meurtri dans sa chair, ces protocoles complètent la Convention de 1989 sur des points qu'elle aborde pourtant elle aussi. D'inspiration plus récente, le Protocole contre l'exploitation sexuelle des enfants (B) sera examiné après celui relatif aux conflits armés (A).

[1380] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la deuxième session* » ; Septembre/octobre 1992, CRC/C/10.
[1381] Résolution 1994/90 de la Commission des droits de l'homme.
[1382] Résolution 54/263 du 25 mai 2000 de l'Assemblée générale des Nations unies.

A – Le protocole concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés[1383]

866. Ce premier protocole vient compléter une disposition de la Convention qui prévoyait déjà de protéger particulièrement l'enfant pendant les conflits armés. Ces mesures prennent notoirement en considération la fragilité physique de l'enfant et son exposition notable pendant les conflits armés. Les risques courus par l'enfant pendant les conflits armés ont été à l'origine des déclarations de Genève de 1924 et de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959. Aussi, le fait de proposer à l'adhésion internationale un texte réprouvant l'exposition de l'enfant dans les conflits armés, apparaît-il comme la consécration des Déclarations de droits antérieures. Par ailleurs, le Protocole n'est pas une norme isolée en la matière, il fait davantage office de catalyseur de la prise de conscience internationale sur la question (1), matérialisée par un faisceau d'autres normes conventionnelles (2).

1. La prise de conscience internationale

867. Dès la première session du Comité des droits de l'enfant en 1991, il a été décidé d'aborder la question de l'enfant dans les conflits armés. L'accent a été mis sur le fait que contrairement aux idées reçues, la fin de la Seconde Guerre mondiale n'a pas mis fin aux velléités guerrières entre les peuples. Au contraire, le renforcement du nombre des conflits et l'amélioration des techniques entraînant des méthodes de combat plus sophistiquées et brutales engageaient souvent la vie de milliers d'enfants, toujours plus exposés parce que moins protégeables. Considérant alors que les conflits armés généraient des conséquences graves pour les enfants (b), le Comité des droits de l'enfant a insisté à plusieurs reprises sur le fait que la Convention de New York, et notamment ses dispositions relatives à l'éducation, était aussi un outil de prévention contre ce genre de situations (a).

a. L'éducation en prévention des luttes armées

868. Le Comité des droits de l'enfant a estimé qu'en soi, la Convention de New York permettait d'apporter une réponse positive à la prévention de l'engagement des enfants dans les conflits armés. L'esprit général du texte de 1989 guide les États parties à faire en sorte que l'enfant soit élevé dans un esprit de paix, favorisant son intérêt supérieur, sous la protection combinée de sa famille et des États. La rédaction de la Convention avait déjà été animée par

[1383] La France a signé ce protocole le 6 septembre 2000 et l'a ratifié le 5 février 2003.

l'objectif de protéger l'enfant dans sa chair contre les conséquences néfastes des guerres. La question toutefois n'avait pas été abordée explicitement sous l'angle de la prévention des conflits armés pour éviter d'exposer l'enfant. Cependant, certaines dispositions de la Convention vont dans ce sens, prévenant tout comportement belliqueux dans l'intérêt supérieur de l'enfant, indépendamment d'un conflit armé.

869. Le principal moteur de prévention pour éviter les conflits armés vrombit sous le cœur du dispositif de la Convention : l'éducation et les parents. L'article 29, d) de la Convention relatif aux buts de l'éducation clame que l'éducation de l'enfant doit le préparer à agir en adulte « *dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance…* ». L'éducation est la clé de voute permettant, selon le Comité des droits de l'enfant d'éviter les déviances violentes des enfants et les agissements agressifs. Il estime notamment dans sa première observation générale de 2001[1384] que les phénomènes de racismes, d'antisémitisme et les comportements violents qui peuvent s'ensuivre naissent de l'ignorance dont découle la peur irraisonnée de l'autre. Le Comité des droits de l'enfant met en lumière les vertus de l'éducation dans la prévention et l'élimination du racisme, de la xénophobie, permettant d'envisager à long terme l'affaiblissement des violences.

Cette place donnée à l'éducation a permis au Comité de s'immiscer dans les conflits civils qui ont frappé certaines nations européennes. Loin de s'ingérer dans les questions de nationalisme ou de politique, il s'en est tenu à ses strictes compétences en appelant certains États à « *à faire une place importante dans l'ensemble des programmes d'enseignement au développement de la personnalité des élèves et des étudiants et à la formation professionnelle ainsi qu'à la tolérance interethnique* »[1385]. La prévention des attitudes d'exclusion favorise l'entente entre les enfants et à terme influe positivement sur l'entente entre les peuples.

En outre, la volonté de favoriser une éducation dans un esprit de paix poursuit un double objectif. Le premier, est essentiellement lié à l'efficacité d'une pédagogie apaisée dans l'acquisition des connaissances[1386]. Le second objectif est de promouvoir l'idée que la paix est

---

[1384] Comité des droits de l'enfant : « *Observation générale n°1 relative aux buts de l'éducation* », *in* Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 2001, HRI/GEN/1/Rev.5.

[1385] Ex-République yougoslave de Macédoine, CRC/C/15/Add.118, par. 45 ; Croatie, CRC/C/15/Add.52, par. 19 ; Guatemala, CRC/C/15/Add.58, par. 30 ; Nigéria, CRC/C/15/Add.61, par. 38 ; Azerbaïdjan, CRC/C/15/Add.77, par. 46 ; Inde, CRC/C/15/Add.115, par. 59 ; Slovaquie, CRC/C/15/Add.140, par. 47 et 48

[1386] « *Il suffit de légères modifications des méthodes d'enseignement pour que l'enfance devienne plus heureuse. Dans un système d'enseignement plus participatif et interactif, apprendre cessera d'être un fardeau* » (Inde, CRC/C/28/Add.10).

plus profitable que le conflit, ce qui invite les États parties à prendre en charge la question des brimades dans les écoles, à enseigner le respect et la tolérance entre les enfants. L'apprentissage de la non-violence dans les écoles oblige à leur enseigner des modes alternatifs de règlement de leurs conflits. Naturellement, ces programmes visent à promouvoir l'idée immédiate de paix entre les élèves et entre les enfants d'une façon générale, mais ils parient également pour un avenir plus pacifique. La Convention de New York ne doit pas se limiter à une application ponctuelle. L'objectif du texte est aussi de former de futurs adultes et des citoyens responsables. Ainsi, la question de la protection de l'enfant victime de conflits armés ne doit pas être restreinte à des considérations d'adultes, mais doit aussi être traitée en amont : dans l'esprit des futurs adultes. Il est question non seulement de limiter les effets désastreux et scandaleux de la guerre sur l'enfant, mais aussi de prévenir et d'éviter le déclenchement des hostilités. C'est la raison pour laquelle le Comité des droits de l'enfant encourage les États parties à poursuivre, à l'image de la province de l'Ontario au Canada[1387] des programmes éducatifs ouvrant la voie du dialogue à l'enfant, au lieu de tolérer une animosité, même enfantine, entre eux[1388].

L'éducation de l'article 29 est au cœur du dispositif de la Convention et autour de cette charge des États s'articulent bien d'autres préoccupations que le simple apprentissage de connaissances pour l'enfant. L'apprentissage de la paix et de la démocratie, que la Convention souhaite également voir s'installer dans les familles et dans les relations entre l'État et l'enfant (article 13 de la Convention), est une donnée centrale pour épargner des souffrances à l'enfant pendant les conflits armés. L'accent en la matière n'est plus simplement mis sur le soin apporté par les éventuels belligérants pour épargner les enfants mais également sur l'éducation de l'enfant qui permet de lutter contre le conflit.

Malgré la banalité de l'information, le Comité des droits de l'enfant a insisté dès 1991 sur le fait que les conflits armés avaient des répercussions dramatiques sur l'enfant.

[1387] Canada, CRC/C/11/Add.3

[1388] « *Le Comité recommande d'adopter des mesures appropriées pour prévenir dans la plus large mesure possible l'incidence préjudiciable de la violence ambiante, en organisant dans les établissements scolaires des campagnes d'éducation et d'information sur la cohabitation pacifique et le règlement pacifique des différends* » (Algérie, CRC/C/15/Add.76 ; également dans le même registre Sierra Leone, CRC/C/15/Add. 116 ; Burundi, CRC/C/15Add.133).

b. L'impact des conflits armés sur l'enfant et sur ses droits

870. OSSIAN, barde gaélique du III[ème] siècle, disait que « *les guerriers ravagent et passent comme des torrents* »[1389] faisant allusion aux conséquences dévastatrices d'une guerre pour un État, tant pour sa population, pour sa souveraineté que pour son territoire. De nombreux siècles après cet amer constat, la situation est plus dramatique encore, en raison des moyens techniques terrifiants mis à la disposition des guerriers. Les conflits armés modernes entraînent des conséquences que les guerres antiques ne pouvaient pas produire aussi évidemment. Pour l'enfant, les conséquences portent sur sa personne et sur ses droits.

➢ *Les conséquences sur la personne de l'enfant*

871. Les conflits armés blessent, ils meurtrissent, ils tuent, ils marquent au fer une existence qui se voulait paisible, ils impriment une empreinte indélébile d'autant plus profonde que la personne atteinte est jeune. Les conséquences des guerres sur l'enfant ne sont pas visiblement différentes de celles que leurs aînés subissent, mais en s'attachant au « *manque de maturité physique et intellectuelle* » de l'enfant, il est évident que les effets les plus néfastes sont les moins visibles et que ce qui vaut un pour le père, vaut dix pour l'enfant.

Les guerres modernes ont notamment pour effet de déplacer les populations qui fuient les lieux de confrontations armées. Elles deviennent des personnes réfugiées, exilées ou déplacées dans leur pays. Selon le rapport de M[me] MACHEL de 1996[1390] portant sur les effets des guerres sur les enfants, au moins la moitié des réfugiés de guerre sont des enfants. Les turbulences provoquées par les déplacements sont d'une nature totalement différente que celles que ressentent leurs parents, quoiqu'ils partagent parfois ensemble les affres d'une séparation sur les routes de l'exil. L'enfant déplacé ou l'enfant réfugié est avant tout un enfant arraché à la stabilité de sa famille et de son lieu de vie. Ces situations épouvantables interviennent à un moment où la personnalité se construit et cherche des points d'ancrages stables et rassurants. De plus, l'enfant loin de ses parents est un être encore davantage vulnérable que l'enfant accompagné. Le rapport présenté par M[me] MACHEL met en évidence que l'enfant livré à lui-même sur une zone de conflit est exposé aux dangers et à l'insécurité :

> « *Pendant les déplacements, des millions d'enfants ont été séparés de leur famille, maltraités, exploités*

[1389] OSSIAN : « *La guerre de Temora* » ; Hachette.
[1390] G. MACHEL : « *Impact des conflits armés sur les enfants* » ; A/51/306.

> *et enlevés par des groupes militaires ou bien ont péri de faim et de maladie* »[1391].

Souvent, la décision de fuir le foyer et d'abandonner derrière soi la sécurité et la paix qui y régnaient est prise par les parents. Mais la réalité montre que l'enfant partage sinon l'appréhension de rester immobile[1392], au moins le sentiment de ses parents. Mais en prenant la route, la famille fait face à de nouveaux dangers, particulièrement violents et traumatisants pour l'enfant (bombardements, tireurs isolés, mines, viols, etc.). Il arrive également que l'enfant aille seul sur les routes de la fuite, dans ce cas il est encore davantage exposé et risque les pires violences en plus du traumatisme d'être livré à lui-même.

872. La situation est pire encore — si la gradation est possible en pareils cas — pour les jeunes filles et les adolescentes, en prises à des hommes armés, elles sont souvent victimes de viols et de sévices sexuels ignobles.

Sans minimiser la douleur que supportent les populations victimes de guerre, il appartient au juriste de se pencher sur les conséquences que ces méfaits peuvent entraîner sur l'exercice des droits de l'enfant.

Bien que cela ne soit pas évident à appréhender, quand un adulte fait pleurer un enfant, c'est qu'un de ses droits a été violé.

- *L'atteinte aux droits de l'enfant pendant les conflits armés*

873. Les conflits armés sont réprouvés par la plupart des normes internationales. La Convention relative aux droits de l'enfant ne réprouve pas la guerre formellement. Pourtant, certaines de ses dispositions sont malmenées par les atrocités aveugles des guerres. En premier lieu, les dispositions de l'article 6 de la Convention, relatives au droit à la vie, à la survie et au développement de l'enfant, sont naturellement contrariées par les conflits armés. À ce stade, en temps de guerre la question de l'application de la Convention se pose avec davantage de force qu'en temps de paix, et le rôle du Comité des droits de l'enfant s'en trouve de même remis en question. Comment un État qui engage des hostilités à l'encontre d'un autre État (ou qui réprime une guerre civile) peut-il assumer la responsabilité des devoirs qu'il a contractés au titre des articles 2 et 4 de la Convention ? Dès l'instant ou des conflits éclatent

[1391] A/51/306, par. 66.

[1392] Prendre la décision d'abandonner le foyer est souvent guidée par une quête, non d'une sécurité plus grande sur les routes de l'exil, mais d'une insécurité moins grande. Les parents savent qu'en restant immobiles, ils prennent le risques d'exposer la cellule familiale à la violence, à la faim, à la torture, à la séparation, à l'isolement et au recrutement de force.

entre deux États ou au cœur d'un seul État, la vie des populations civiles, malgré toutes les précautions que peuvent prendre les autorités publiques, est mise en danger. La déclaration de guerre représente nécessairement une compromission et une violation de l'article 6 de la Convention. Encore, l'atteinte aux populations civiles, quoique épouvantable, peut être la conséquence, non d'un comportement individuel volontaire, mais de la violence des combats. Les responsables politiques parlent alors de « *dommages collatéraux* »[1393], ceux-ci ne sauraient être assimilés à une violation des droits de l'enfant. La situation n'est pas comparable au cas où les forces armées d'un État portent délibérément atteinte aux civils.

Le Comité des droits de l'enfant s'est montré extrêmement interpellé par cette question dans une recommandation qu'il a adressée à l'Inde :

> « *Le Comité est préoccupé par le fait que la situation dans les zones de conflit, en particulier le Jammu-et-Cachemire et les États du nord, a gravement affecté les enfants, s'agissant en particulier de leur droit à la vie, à la survie et au développement (art. 6 de la Convention). Eu égard aux articles 38 et 39, le Comité est très vivement préoccupé par les informations concernant les enfants qui sont impliqués dans ces conflits et qui en sont les victimes. Il est en outre préoccupé par les rapports faisant état d'implication des forces de sécurité dans des disparitions d'enfants survenues dans ces zones de conflit.*
> *Le Comité recommande à l'État partie d'assurer à tout moment le respect des droits de l'homme et du droit humanitaire pour que les enfants mêlés à des conflits armés bénéficient d'une protection et de soins. Il appelle l'État partie à veiller à ce que des enquêtes impartiales et approfondies soient menées sur les cas de violations des droits des enfants, à ce que les contrevenants soient rapidement poursuivis en justice et à ce que les victimes reçoivent une réparation juste et adéquate. Le Comité recommande d'abroger l'article 19 de la loi sur la protection des droits de l'homme afin que la Commission nationale des droits de l'homme puisse enquêter sur les allégations de violences commises par des membres des forces de sécurité. Allant dans*

[1393] L'expression est apparue pour la première fois pendant la guerre du Viêt Nam pour désigner les tirs entraînant des dégâts non-planifiés sur les victimes civiles ou sur les installations non-militaires. L'expression a été réutilisée depuis, notamment lors des opérations armées de l'OTAN sur le Kosovo, ou lors des opérations militaires américaines en Afghanistan à la suite des attentats du 11 septembre 2001. Cette terminologie apparaissait comme une forme d'excuse publique pendant les premiers conflits, elle fait aujourd'hui office, selon les commentaires de journalistes et d'éditorialistes avisés, de justifications aux pertes humaines civiles non prévues.

> *le sens des recommandations du Comité des droits de l'homme*[1394]*, le Comité recommande de supprimer l'obligation d'obtenir une autorisation gouvernementale pour engager des poursuites au pénal ou au civil contre des membres des forces de sécurité* »[1395].

874. La guerre porte atteinte à la vie et dévaste les familles, nuisant au développement et à la survie de l'enfant. Mais la Convention, reprenant en cela les textes voués aux enfants qui la précèdent[1396], prévoit également dans son article 24 que les « *États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation* ». Elle prévoit aussi, dans son article 9 le droit pour l'enfant de ne pas être séparé de ses parents, ainsi que « *le droit au repos et aux loisirs* » prévu par l'article 31. Le conflit armé génère des troubles à l'égard de ces droits. Ces troubles, peuvent être le fait de la guerre, sans volonté positive de la part de l'État d'y porter atteinte vraiment. Lorsque ce n'est pas le cas, ou que l'État en guerre ne prend pas suffisamment de mesures pour assurer la bonne application de ces droits et la possibilité pour l'enfant de jouir d'une bonne santé, de vivre avec ses parents et de profiter des loisirs, alors le Comité des droits de l'enfant adresse un message particulièrement ferme à l'État, que celui-ci soit engagé dans une guerre internationale ou dans un conflit armé non-international[1397].

[1394] Inde : « *examen du rapport au Comité des droits de l'homme* » ; CCPR/C/79/Add.81.
[1395] Inde, CRC/C/15/Add.115.
[1396] Notamment l'article 2 de la Déclaration de Genève (« *…l'enfant malade doit être soigné…* ») et l'article 8 de la Déclaration de 1959 (« *L'enfant doit, en toutes circonstances, être parmi les premiers à recevoir protection et secours* »).
[1397] Le Comité a adressé notamment des recommandations très fermes à plusieurs États parties : « *Le Comité est atterré par le nombre très élevé d'enfants qui ont été recrutés de force dans les forces armées, y compris dès l'âge de 5 ans, et qui ont souvent été contraints à commettre des atrocités envers d'autres personnes, notamment envers d'autres enfants et membres de leur communauté. Il est horrifié par la pratique de l'amputation des mains, des bras et des jambes et par les nombreuses autres atrocités et actes de violence et de cruauté commis par des personnes armées envers des enfants, et même, dans certains cas, envers de très jeunes enfants.*
Le Comité est profondément attristé par les conséquences directes du conflit armé sur tous les enfants qui en ont été victimes, notamment les enfants soldats, et il constate avec inquiétude les très lourdes pertes en vies humaines ainsi que les traumatismes psychologiques graves infligés aux enfants.
Le Comité est en outre préoccupé par le nombre très élevé d'enfants qui ont été déplacés à l'intérieur de leur pays ou contraints à le quitter pour se réfugier ailleurs, et, en particulier, par le sort des enfants qui ont été séparés de leurs parents.
En outre, le Comité s'inquiète des effets indirects du conflit armé – la destruction des infrastructures de l'éducation et de la santé, des systèmes d'approvisionnement en eau et de purification et de distribution de l'eau, de l'économie nationale, de la production agricole et de l'infrastructure des transports et des communications – tous éléments qui ont contribué à des violations massives et persistantes d'un grand nombre des droits énoncés dans la Convention pour une majorité des enfants de l'État partie.
Le Comité prie instamment l'État partie de prendre toutes les mesures possibles pour que tous les enfants enlevés et les enfants soldats soient libérés et démobilisés et pour qu'ils soient réadaptés et réinsérés dans la société. Il lui recommande en outre d'élaborer et d'appliquer strictement une loi interdisant à l'avenir le recrutement, par toute force ou tout groupe armé, d'enfants de moins de 18 ans, conformément à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant. En outre, le Comité prie instamment l'État partie de prendre

875. Le Protocole concernant les conflits armés n'anticipe pas sur la naissance du conflit, il se charge d'éviter que les répercussions soient dramatiques pour l'enfant ou que celui-ci soit amené à prendre les armes. C'est l'aboutissement d'un cheminement juridique international qui prend en compte la fragilité corporelle de l'enfant.

2. L'affirmation de la fragilité physique de l'enfant

876. Le Préambule de la Convention de New York affirme son attachement aux déclarations[1398] qui l'ont précédé, tout en mettant en exergue le fait que l'enfant, « *en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux* ». La fragilité physique de l'enfant et les meurtrissures immondes que la guerre peut lui infliger ont été la cause principale de la rédaction de la Déclaration de Genève de 1924. Il s'agit d'ailleurs d'une de ses dispositions les plus fortes, celle de son article 3 qui énonce que « *l'enfant doit être le premier à recevoir des secours en cas de détresse* ».

Réaffirmant l'attachement international aux idées développées dans la Déclaration de 1924, celle de novembre 1959 est fondée sur la même idée de protection de la fragilité de l'enfant. Elle énonce notamment dans son huitième principe que « *l'enfant doit, en toutes circonstances, être parmi les premiers à recevoir protection et secours* ». La fragilité corporelle et intellectuelle de l'enfant est le facteur commun des différentes déclarations de droits de l'enfant. C'est sur le constat qu'il est une personne à part entière, nécessitant toutefois un intérêt juridique particulier, que s'appuient les grandes déclarations qui le concernent. Le Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés répond à cette même exigence, il se fait l'écho de nombreux textes internationaux qui

---

toutes les mesures nécessaires, en coopération avec des ONG nationales et internationales et des organismes des Nations Unies, comme l'UNICEF, pour répondre aux besoins physiques des enfants victimes du conflit armé, en particulier de ceux qui ont été amputés, et aux besoins psychologiques de tous les enfants touchés directement ou indirectement par le traumatisme de la guerre. À cet égard, il lui recommande de mettre en place le plus rapidement possible un vaste programme à long terme d'aide, de réadaptation et de réinsertion. Le Comité engage en outre l'État partie à ne rien négliger pour aider les enfants qui ont été déplacés à retourner chez eux dès que possible, notamment en fournissant une aide aux fins de la reconstruction de logements et autres infrastructures essentielles, dans le cadre de la coopération internationale » (Sierra Leone, CRC/C/15/Add.116, par. 70 à 75 ; Soudan, CRC/C/15/Add.6, par. 9 et Soudan, CRC/C/15/Add.10, par. 8 ; Pérou, CRC/C/15/Add.8, par. 5 et 7 ; El Salvador, CRC/C/15/Add.9, par. 11 et 16 ; Philippines, CRC/C/15/Add.29, par. 6 ; Sri Lanka, CRC/C/15/Add.40, par. 6, 24 et 44 ; Yougoslavie, CRC/C/15/Add.49, par. 3 et 5 ; Croatie, CRC/C/15/Add.52, par. 11 ; Liban, CRC/C/15/Add.54, par. 45 ; Guatemala, CRC/C/15/Add.58, par. 7).

[1398] « *… 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* » (Préambule de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant).

disposaient déjà dans ce sens (a), en même temps qu'il développe les dispositions prévues par la Convention de New York elle-même (b).

a. L'environnement international préexistant

877. Le Protocole relatif aux enfants dans les conflits armés n'est pas le premier outil juridique à s'inquiéter du sort tragique des populations civiles fragiles pendant les guerres. Au reste, l'article 38 de la Convention fait référence dans son premier paragraphe aux « *règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé* ». Le protocole de mai 2000 fait figure de point d'orgue du concert des normes juridiques internationales relatives à l'enfant victime de guerre. Le Comité des droits de l'enfant a établi une liste de ces normes, parmi lesquelles les quatre Convention de Genève du 12 août 1949[1399], leurs deux protocoles additionnels du 8 juin 1977[1400], la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, et d'autres normes à portée générale sur les droits de l'homme.

Cet ensemble de normes internationales n'était pas dirigé expressément vers l'enfant mais concernait l'ensemble des victimes de guerre. Cependant, le Préambule du Protocole rappelle « *l'obligation pour toute partie à un conflit armé de se conformer aux dispositions du droit international humanitaire* ». Ce faisant, les rédacteurs du Protocole l'insèrent dans un ordonnancement juridique complet.

878. Les Conventions de Genève ne traitent pas spécifiquement de l'enfant et n'appréhendent pas son caractère fragile comme une particularité. Il est traité comme l'ensemble des autres « *personnes qui ne participent pas directement aux hostilités* » selon l'article 3 commun aux quatre conventions. À ce titre, il bénéficie d'une protection générale contre toutes les atteintes à son corps. Alors que les trois premières Conventions sont tournées vers les belligérants et les blessés lors des combats, la quatrième est consacrée pleinement à la protection des personnes civiles. L'enfant y prend une place particulière s'il a moins de

[1399] La première Convention de Genève, prolongement de celle de 1864, concerne l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne. La deuxième Convention de Genève est relative à l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer. La troisième Convention traite du sort des prisonniers de guerre. La quatrième Convention est spécifique à la protection des personnes civiles en temps de guerre. Ces quatre textes ont été ratifiés par près de 190 États, ce qui en fait un des instruments juridiques internationaux les plus adoptés au monde après la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

[1400] Les deux Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de concernent plus spécifiquement les victimes civiles de conflits armés. Le premier Protocole traite des victimes civiles lors de conflits armés internationaux, par opposition aux victimes civiles de conflits armés non-internationaux dont la situation est régie par le second Protocole.

quinze ans. L'article 14 de la quatrième Convention de Genève prévoit qu'en temps de guerre, l'enfant peut être évacué du théâtre des hostilités et installé dans un lieu protégé, reconnu comme tel par les deux parties au combat. L'enfant de moins de quinze ans apparaît également comme une personne particulièrement vulnérable au sens de l'article 23 qui exige que les parties combattantes se mettent d'accord sur le fait que les vivres et les vêtements destinés à ces enfants fassent l'objet d'un passage libre et protégé, même s'il se trouve en territoire ennemi.

La quatrième Convention de Genève apporte un soin particulier à permettre le rapprochement familial des enfants avec leurs parents. À cet égard, l'article 23 *in fine* énonce que les États en guerre doivent faire le nécessaire pour que l'enfant de moins de douze ans soit identifiable afin d'être évacué vers un pays neutre ou rapproché de sa famille. D'autres dispositions de la Convention prévoient la protection des sites soignant ou protégeant des enfants de moins de quinze ans. La protection offerte aux enfants reste néanmoins confondue avec celle accordée aux autres victimes civiles. La Convention de Genève ne connaît pas de protection spécifique à l'enfant. Il faudra attendre 1977 et les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour voir l'enfant faire son apparition à part entière dans le droit international humanitaire. Le chapitre II du premier Protocole de 1977 est intitulé « *mesures en faveur des femmes et des enfants* » et l'article 77 du Protocole est totalement orienté vers l'enfant et envisage des mesures pour le protéger en cas de conflits[1401]. La principale lacune de ce complément aux Conventions de Genève est de ne pas définir l'enfant, ni de poser de seuil d'âge à partir duquel une personne n'est plus un enfant. Il semble que le parti pris par les rédacteurs du Protocole ait été de laisser l'appréciation de la situation aux soins des États et des autorités publiques concernés. Ainsi, l'article 77, 1 du Protocole laisse entendre que l'enfance est un âge dont l'appréciation varie. Il énonce que « *les enfants doivent faire l'objet d'un respect particulier et doivent être protégés contre toute forme d'attentat à la pudeur. Les Parties au conflit leur apporteront les soins et l'aide dont ils ont besoins du fait de leur âge ou pour toute autre raison* ».

Cependant, une nuance à cette absence de limite doit être apportée à la lumière de l'article 77, 5 du Protocole, qui prévoit qu'une « *condamnation à mort pour une infraction liée au conflit armé ne sera pas exécutée contre les personnes qui n'avaient pas dix-huit ans au moment de l'infraction* ». Cette mention d'un âge au-delà duquel une infraction commise

[1401] Notamment, l'article 77 envisage une protection contre les attentats à la pudeur, contre les violences physique, contre l'enrôlement forcé.

en temps de guerre ouvre la possibilité d'une exécution capitale, semble imposer que l'enfant soit une personne de moins de dix-huit ans. Il s'agit d'un point conforme avec l'idée généralement retenue qu'il n'est pas possible d'exécuter un enfant.

879. La référence au « *droit international humanitaire* » présente dans le Préambule du Protocole concernant les enfants impliqués dans les conflits armés renvoie à d'autres normes internationales d'importance moindre. Principalement, il s'agit de la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 14 décembre 1974[1402]. Cette Déclaration en six points proclamée par l'Assemblée générale adopte un ton résolu et ferme contre les exactions commises contre les populations civiles et notamment les femmes et les enfants. À nouveau, cette courte déclaration, qui se rapproche quant à la forme, de celles de 1924 et 1959, pêche par l'absence de définition de l'enfant. Cette lacune conduit à considérer ses intentions, bien que louable, comme peu efficaces. Ainsi, la condamnation des bombardements des populations civiles, de l'utilisation d'armes chimiques, ou des crimes perpétrés par les troupes occupantes sur les femmes et les enfants, n'a qu'une valeur symbolique.

880. Les effets peu contraignants des outils juridiques consécutifs à la Seconde Guerre mondiale ont incité les acteurs internationaux à préciser dans la Convention relative aux droits de l'enfant, un article spécifique à la situation de l'enfant pendant les conflits armés. L'objet de l'article 38 de la Convention est d'offrir un premier complément aux instruments préexistants en affirmant, dans son deuxième alinéa, que les enfants de moins de quinze ans ne doivent pas participer directement aux hostilités. À l'occasion de l'élaboration de cette disposition de la Convention, certains rédacteurs ont souhaité que l'âge limite en-deçà duquel il n'était pas opportun d'enrôler des enfants soit porté à dix-huit ans, ou qu'il soit simplement fait référence au fait qu'un enfant ne devait pas être enrôlé dans des forces armées.

De plus les débats montrent que certains acteurs humanitaires[1403] ont soulevé une incohérence entre la rédaction proposée de l'article 38 et l'esprit général de la Convention internationale des droits de l'enfant. L'art 1er de la Convention définit l'enfant comme une personne âgée de moins de dix-huit ans et lui confère dans ce cadre une série de droits et de protections que son immaturité physique et intellectuelle justifie. L'article 38 de la Convention protège l'enfant s'il a moins de quinze ans contre l'enrôlement et contre la

[1402] Résolution 3318 (XXIX).
[1403] Principalement le Comité international de la Croix-Rouge.

conscription. L'incohérence soulevée par les rédacteurs de la Convention réside dans ce qu'il peut paraître paradoxal de limiter la protection en cas de conflits armés aux enfants de moins de quinze ans, alors que les troubles belliqueux justifieraient au contraire qu'ils bénéficient d'une protection accrue jusqu'au sortir de l'enfance.

Un argument supplémentaire plaidait pour l'élévation de l'âge limite de quinze à dix-huit ans. Dans les conflits armés internationaux, elle garantirait à ces enfants la protection due à la population civile, comme au sujet du recrutement. Dans les conflits armés non internationaux, cette élévation de la limite d'âge aurait constitué une avancée importante en droit. En effet, au titre de l'article 4, 3 d)[1404], du deuxième Protocole aux Conventions de Genève, les enfants de moins de quinze ans qui prennent directement part aux hostilités en dépit des dispositions de l'article 4, 3 c), du même Protocole et qui sont capturés bénéficient toutefois de la protection spéciale qui leur est applicable en vertu de l'article 4, 3. En revanche, pour les enfants âgés de quinze à dix-huit ans, cette protection spéciale n'est pas stipulée de manière expresse. Toutefois, il faut noter que l'article, tel qu'il est formulé, n'exclut pas la protection spéciale accordée aux enfants de plus de quinze ans qui seraient privés de liberté. De plus, ils bénéficient de la protection applicable à toutes les personnes qui ne participent pas ou ne participent plus aux hostilités[1405]. Ils sont également protégés s'ils

[1404] Article 4, 3 du deuxième protocole aux Conventions de Genève, relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux : « *Les enfants recevront les soins et l'aide dont ils ont besoin et, notamment :*
a) ils devront recevoir une éducation, y compris une éducation religieuse et morale, telle que la désirent leurs parents ou, en l'absence de parents, les personnes qui en ont la garde ;
b) toutes les mesures appropriées seront prises pour faciliter le regroupement des familles momentanément séparées ;
c) les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être recrutés dans les forces ou groupes armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités ;
d) la protection spéciale prévue par le présent article pour les enfants de moins de quinze ans leur restera applicable s'ils prennent directement part aux hostilités en dépit des dispositions de l'alinéa c et sont capturés ;
e) des mesures seront prises, si nécessaire et, chaque fois que ce sera possible, avec le consentement des parents ou des personnes qui en ont la garde à titre principal en vertu de la loi ou de la coutume, pour évacuer temporairement les enfants du secteur où des hostilités ont lieu vers un secteur plus sûr du pays, et pour les faire accompagner par des personnes responsables de leur sécurité et de leur bien-être ».

[1405] Conformément à l'article 3 commun à toutes les Conventions de Genève : « *En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :*
1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.
A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :
a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ;
b) les prises d'otages ;
c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ;

sont blessés, malades ou naufragés conformément à l'intitulé du Titre 3 du deuxième Protocole de 1977. Enfin, ils bénéficient toujours de la disposition selon laquelle la peine de mort ne doit pas être prononcée contre les personnes âgées de moins de dix-huit ans au moment de l'infraction. L'ensemble des dispositions applicables dans les conflits armés non internationaux ne garantit pourtant pas une protection très large à l'enfant de quinze à dix-huit ans ; ceci est d'autant plus préoccupant que la majorité des conflits armés actuels sont de caractère non international.

Les arguments en faveur de l'élévation de l'âge de l'article 38 de la Convention de New York s'appuient sur l'analyse différentielle des grandes normes internationales protectrices de l'enfant en période de guerre. Elle occulte un point essentiel de la Convention de New York, mentionné à plusieurs reprises par le Comité des droits de l'enfant : la Convention est indivisible et ses articles sont interdépendants. De sorte que l'application de l'article 38 de la Convention ne fait pas obstacle à l'application normale des autres articles. Cet article ne doit pas être assimilé à une forme d'article exceptionnel qui prévaudrait en cas de conflit, au détriment de l'ensemble du reste de la Convention. En temps de guerre, l'enfant reste protégé, tant qu'il n'a pas atteint dix-huit ans, par les dispositions de la Convention. Il ne doit subir aucune violence (article 19), il ne doit pas être séparé de ses parents (article 9), il ne doit pas être déplacé illégalement (article 11). L'article 38, 1 de la Convention fait référence au droit international humanitaire, dans lequel s'inscrit l'ensemble de la Convention de New York. Les conflits armés ne sont pas une raison suffisante pour écarter l'application de la Convention. Le comité des droits de l'enfant a déjà eu à le rappeler[1406]. L'enrôlement obligatoire d'un enfant serait une violation des articles 35 et 32 de la Convention, portant respectivement sur l'enlèvement d'enfant et son exploitation économique.

---

d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.
2) Les blessés et malades seront recueillis et soignés.
Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit.
Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention.
L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit ».

[1406] Sierra Leone, CRC/C/15/Add.116, par. 70 à 75 ; Soudan, CRC/C/15/Add.6, par. 9 et Soudan, CRC/C/15/Add.10, par. 8 ; Pérou, CRC/C/15/Add.8, par. 5 et 7 ; El Salvador, CRC/C/15/Add.9, par. 11 et 16 ; Philippines, CRC/C/15/Add.29, par. 6 ; Sri Lanka, CRC/C/15/Add.40, par. 6, 24 et 44 ; Yougoslavie, CRC/C/15/Add.49, par. 3 et 5 ; Croatie, CRC/C/15/Add.52, par. 11 ; Liban, CRC/C/15/Add.54, par. 45 ; Guatemala, CRC/C/15/Add.58, par. 7.

Dans ce contexte particulier inhérent aux perturbations qu'engendrent tout combat humain, le Protocole relatif aux enfants concernés par les conflits armés, s'inscrit dans le prolongement de la Convention.

b. Le prolongement de la Convention de New York

881. Le préambule du Protocole concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés exprime l'objet du texte. Il est question de « *renforcer davantage les droits reconnus dans la Convention* », ce qui confère au protocole le besoin d'être interprété au regard des dispositions de la Convention, notamment de ses quatre principes généraux (intérêt supérieur de l'enfant, droit à la vie, non discrimination et liberté d'expression). Ce texte vient surtout renforcer l'article 38 de la Convention et mettre un terme aux questions relatives aux enfants âgés de plus de quinze ans. Les États parties qui adhèrent au Protocole ne peuvent plus incorporer obligatoirement les enfants de plus de quinze ans[1407], et s'il advenait que leurs corps d'armées en comptent dans leurs rangs, il leur appartiendrait de faire en sorte, d'une part qu'ils ne soient pas exposés directement au conflit[1408] et d'autre part que l'engagement ait été volontaire[1409]. Cependant, le Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés n'oblige pas les États à interdire l'engagement volontaire aux enfants. Son article 3, 1, dispose que « *les États Parties relèvent l'âge minimum de l'engagement volontaire dans leurs forces armées nationales par rapport à celui qui est fixé au paragraphe 3 de l'article 38 de la Convention relative aux droits de l'enfant, en tenant compte des principes inscrits dans cet article et en reconnaissant qu'en vertu de la Convention les personnes âgées de moins de 18 ans ont droit à une protection spéciale* ». Cette référence explicite à la Convention établit le lien étroit existant entre les textes. Cela atteste également du fait que le Protocole souhaite que les États ne permettent plus l'engagement volontaire en-dessous de quinze ans. Mais cette disposition invite également les États à prendre en compte

[1407] Article 2 du Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés : « Les *États Parties veillent à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans ne fassent pas l'objet d'un enrôlement obligatoire dans leurs forces armées* ».

[1408] Article 1er du Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés : « *Les États Parties prennent toutes les mesures possibles pour veiller à ce que les membres de leurs forces armées qui n'ont pas atteint l'âge de 18 ans ne participent pas directement aux hostilités* ».

[1409] Article 3, 3 du Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés : « *Les États Parties qui autorisent l'engagement volontaire dans leurs forces armées nationales avant l'âge de 18 ans mettent en place des garanties assurant, au minimum, que :*
a) Cet engagement soit effectivement volontaire ;
b) Cet engagement ait lieu avec le consentement, en connaissance de cause, des parents ou gardiens légaux de l'intéressé ;
c) Les personnes engagées soient pleinement informées des devoirs qui s'attachent au service militaire national ;
d) Ces personnes fournissent une preuve fiable de leur âge avant d'être admises au service militaire ».

l'ensemble de la Convention, et notamment son article 1er pour considérer que toute personne de moins de dix-huit ans a un droit égal à la protection. L'objectif poursuivi par le Protocole est d'inciter les États à relever l'âge de l'engagement volontaire jusqu'à la fin de l'enfance et ainsi obtenir qu'il n'y ait plus d'enfants dans les corps armés.

Afin d'attester de la valeur de l'engagement de l'État aux principes du Protocole, celui-ci exige, lors de la ratification du texte, que chacun dépose « *une déclaration contraignante indiquant l'âge minimum à partir duquel il autorise l'engagement volontaire dans ses forces armées nationales et décrivant les garanties qu'il a prévues pour veiller à ce que cet engagement ne soit pas contracté de force ou sous la contrainte* ». Cette obligation prévue à l'article 3, 2 du Protocole est vivement souhaitée par le Comité des droits de l'enfant. Mais rien n'oblige l'État qui ratifie ce Protocole à déposer une déclaration contraignante. Ainsi, plusieurs États, parties au Protocole, n'ont-ils pas déposé de déclaration[1410], d'autres, parties au Protocole, se sont déclarés à nouveau totalement dégagés des obligations de la Convention[1411].

882. Le Comité des droits de l'enfant est chargé, par l'article 8 du Protocole de veiller à son application. Mais à nouveau son pouvoir d'action est limité à un rôle de surveillance neutre, même si le troisième paragraphe de l'article 8 prévoit que le Comité « *peut demander aux États parties* un *complément d'information concernant l'application du présent Protocole* ». C'est lors de la présentation de ces rapports que le Comité pourra demander aux États n'ayant pas présenté leur déclaration contraignante lors de la ratification de s'expliquer sur cette absence. D'autant qu'une incohérence naît de l'absence de déclaration. En effet, si l'État partie ne dépose pas cette déclaration, il s'abstient du même coup de formuler une réserve au Protocole ou d'en interpréter une clause particulière, c'est donc qu'il y adhère intégralement. Or, s'il y adhère sans réserve ni clause interprétative, il doit s'y conformer intégralement.

Quelle valeur donner à cette absence de déclaration obligatoire, que l'article 3 du Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés met en exergue

[1410] Sur les 123 États parties au Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, six n'ont pas déposé de déclaration contraignante conformément à l'article 3, 2 (Burundi, Égypte, Yémen, Angola, Cuba, Jordanie).

[1411] C'est le cas des États-Unis d'Amérique qui, ayant signé la Convention de New York, peuvent adhérer au protocole conformément à son article 9, 1. Toutefois, ils ont précisé dans leur déclaration contraignante, que de leur part, « *Aucune obligation n'est assumée au regard de la Convention relative aux droits de l'enfant. Les États-Unis considèrent qu'ils ne contractent aucune obligation au regard de la Convention relative aux droits de l'enfant en devenant partie au Protocole* ».

au point de l'élever au rang de condition préalable ? L'absence de cette déclaration gène considérablement l'épanouissement du Protocole dans l'ordonnancement juridique de l'État concerné. De fait, un État qui n'énonce pas les conditions de recrutement obligatoire ou d'engagement volontaire dans ses armées, masque complètement la façon dont il applique le Protocole. Dans ces conditions, cela rend inefficace la ratification de l'État, sauf à considérer la ratification comme un préalable à l'entrée en vigueur du Protocole qui serait soumise à la déclaration contraignante.

La déclaration contraignante prévue par l'article 3, 2 du Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés peut pertinemment être assimilée à une condition suspensive de l'entrée en vigueur de la Convention, et, d'autre part, à son opposabilité en droit international.

883. Ce premier protocole se rapportant à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant s'inscrit dans le prolongement de la Convention et au cœur d'un ordonnancement juridique international complet sur le droit humanitaire. À la fois synthèse et approfondissement du droit préexistant, il vient apporter une pierre ultime à l'édifice des droits de l'enfant pendant les périodes de troubles.

Car même si « *les guerriers ravagent et passent comme des torrents* », ils ne doivent pas charrier dans leur lit la jeunesse de ceux que les conflits adultes devraient ignorer et laisser grandir paisiblement. Promettant à ses contemporains « *du sang, du labeur, des larmes et de la sueur* », CHURCHILL[1412] n'envisageait pas que les enfants de son temps en soient affectés. La guerre est odieuse, elle l'est encore davantage quand elle affecte l'enfance.

Ce n'est pas le seul domaine dans lequel la Convention de New York a nécessité un approfondissement.

B – Le protocole concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants[1413]

884. Comme le Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, le Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants a été adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 54/263 du 25 mai 2000. Son objectif, précisé dans son Préambule, est de prendre toutes les mesures internationales possibles pour mettre fin aux dérives

[1412] W. CHURCHILL : « *Allocution à la Chambre des Communes* » ; 13 mai 1940.
[1413] La France a signé ce protocole le 6 septembre 2000 et l'a ratifié le 5 février 2003.

comportementales sur l'enfant, notamment du point de vue sexuel. Comme l'autre protocole, il s'insère dans un enchevêtrement d'outils juridiques déjà très nombreux en la matière. Pour autant son adoption n'a pas été aussi unanime, elle n'a notamment pas obtenu le soutien du Comité des droits de l'enfant ni de la plupart de ses partenaires non-gouvernementaux. La pertinence de sa mise en place est sujette à controverse (1), d'autant que le texte n'apporte pas de réponses aux questions liées à l'enfant prostitué (2).

1. Un protocole controversé

885. À l'inverse du Protocole concernant l'implication des enfants dans les conflits armés, celui relatif à l'exploitation sexuelle des enfants n'a pas fait l'objet d'un soutien par le Comité ni par la plupart des organisations non-gouvernementales sur le terrain. Le principal argument tient dans ce que l'approche holistique de la Convention permettait déjà une protection efficace de l'enfant dans les cas d'exploitation sexuelle. Pour le Comité et ses partenaires, le droit international existant était suffisant (a).

Pour les tenants du protocole, celui-ci permettait de préciser les modalités de ce droit et de guider les États sur les méthodes d'approches de la répression des atteintes sexuelles contre l'enfant (b).

a. L'efficacité des normes internationales antérieures

886. Le Comité des droits de l'enfant a toujours appelé les pays membres de la Convention à un regard global sur le texte qu'ils ont signé et les a souvent incités à ne pas prendre de dispositions nouvelles trop précises afin de ne pas amoindrir l'efficacité des normes en place. Dans ce cadre, le Comité met l'accent sur le fait que l'enfant ne doit pas être considéré de façon isolée et qu'il doit être confié aux soins de sa famille et de l'État qui le protègent. Il a tenu à rappeler au groupe chargé de rédiger le Protocole que contrairement à ce qui était souvent retenu, la Convention relative aux droits de l'enfant ne se contente pas dans son article 34 de condamner l'exploitation sexuelle de l'enfant. Car, une fois encore, l'article 34 ne doit pas être dissocié du reste du corps du texte, lequel « *offre une approche globale pour l'examen des droits de l'homme chez l'enfant, dans laquelle tous les droits sont reconnus comme inhérents à la dignité humaine de l'enfant, et où la mise en œuvre d'un droit déterminé ne peut s'effectuer qu'en prenant en considération et en respectant tous les autres droits de l'enfant. En un mot, la Convention réaffirme l'indivisibilité et l'interdépendance des*

droits de l'homme »[1414]. À l'occasion de cette recommandation, le Comité des droits de l'enfant n'était pas entré dans les détails. Il est clair que la Convention relative aux droits de l'enfant offre un arsenal qui protège efficacement l'enfant contre toutes les atteintes à sa vie et à son intimité. Principalement, les articles 34 à 36 relèvent des mesures de protections spéciales contre les mauvais traitements et les exploitations.

887. À eux seuls, ces trois articles mettent en place une protection contre la plupart des atteintes à la dignité et à la vie de l'enfant. L'article 34 est le cœur du dispositif. Il engage les États à prendre toutes les mesures possibles pour protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitations. Le Comité a insisté sur le fait que certains groupes d'enfants étaient plus exposés que d'autres en raison de leur vulnérabilité (filles et handicapés, autochtones et enfants provenant de milieux défavorisés, enfants impliqués ou affectés par des conflits armés).

L'article 35 de la Convention lutte contre l'enlèvement d'enfants. Il vient compléter l'article 11 de la Convention relatif aux déplacements illicites d'enfants à l'étranger[1415], l'article 21 sur l'adoption internationale, l'article 32 concernant la protection de l'enfant contre l'exploitation ou les travaux dangereux, et les articles 33 et 34 luttant contre l'utilisation de l'enfant dans un trafic de drogue ou dans le commerce du sexe. L'article 35 fait office de lien entre l'ensemble des dispositions visant à protéger l'enfant afin d'éviter qu'un enfant soit acheté ou enlevé aux fins précisées dans ces articles.

L'article 36 de la Convention est une disposition générale, s'installant aux côtés de la condamnation de l'exploitation sexuelle de l'article 34 et de l'exploitation économique de l'article 32. Il dispose que « *les États parties protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être* ». La principale forme d'exploitation non envisagée par les articles 34 et 32 est l'exploitation sociale, mais la Convention pas plus que le Comité n'a jamais donné d'exemples relatifs à cette forme d'exploitation[1416].

L'approche globale offerte par la Convention de New York permet donc déjà de répondre à la plupart des atteintes portées contre l'enfant, que ce soit contre son corps ou

[1414] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la dixième session* » ; octobre/novembre 1995, CRC/C/46.
[1415] L'article 11 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant vise surtout les enlèvements ou les gardes abusives d'enfants par les parents. La notion de « *déplacements illicites* » n'inclut pas la recherche d'un profit matériel.
[1416] En matière d'exploitations autres que sexuelle ou économique, on retient les formes d'exploitation sociale (exploitation des enfants particulièrement doués par leur famille au détriment de leur développement personnel), médicale ou médiatique.

contre sa volonté. Le Protocole facultatif préconisé par le groupe de travail n'avait donc pas d'utilité particulière.

888. Par ailleurs, dans son rôle de surveillance de l'application des droits de l'enfant par les États parties à la Convention, la Comité a recours à l'utilisation de normes juridiques internationales qui traitent également de la protection de l'enfant. L'enfant est également protégé contre les atteintes à son corps et à sa dignité par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes[1417], par la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation la prostitution d'autrui[1418], et par la Convention de l'Organisation internationale du travail sur le travail forcé[1419]. Ces instruments internationaux s'appliquent indistinctement aux enfants et aux adultes. La Convention de New York étant notamment une application plus précise des droits de l'homme à l'enfant, le Comité n'a jamais écarté les droits de l'homme non prévus dans la Convention lors de la surveillance de son application. Le Comité intègre également l'article 4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme[1420] dont le thème est repris par l'article 8 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il s'appuie aussi sur l'article 24 du Pacte et sur de nombreux autres textes internationaux[1421]. Cela relève de l'approche globale que le Comité préconise en matière de droits de l'enfant. Lors, considérant que la protection de l'enfant est suffisamment assurée, tant par les outils internationaux classiques que par la Convention, le Comité avait adressé au Groupe de travail sur le projet de Protocole une recommandation afin de modifier sa façon d'envisager la situation :

> « *… de l'avis du Comité, il pourrait être utile que le Groupe de travail fasse le point sur ces faits nouveaux et réexamine sa démarche compte tenu de l'évolution de la situation, afin d'offrir à la Communauté internationale l'occasion unique de veiller à ce que l'approche générale qui se dessine soit optimale. Nombreux sont les appels à la cohérence et à la coordination, mais il est difficile*

[1417] Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979.
[1418] Approuvée par l'Assemblée générale dans sa résolution 317 (IV) du 2 décembre 1949.
[1419] Adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail à sa quatorzième session, le 28 juin 1930.
[1420] Article 4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Nul ne sera tenu en esclavage ni en servitude ; l'esclavage et la traite des esclaves sont interdits sous toutes les formes* ».
[1421] Notamment, la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, adoptée par une conférence de plénipotentiaires réunie en application des dispositions de la résolution 608(XXI) du Conseil économique et social en date du 30 avril 1956. Mais aussi la Convention sur les pires formes de travail des enfants du 17 juin 1999 ; et enfin la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale adoptée le 15 décembre 2000.

> *d'atteindre ces objectifs lorsque de multiples projets apparaissent simultanément ; il est essentiel d'éviter le double emploi et le recoupement des initiatives, ainsi que le risque de disparité et d'incompatibilité.* […] *De fait, le Comité est convaincu que compte tenu de l'approche holistique des droits de l'enfant adoptée dans la Convention, tous les acteurs concernés doivent faire un effort réfléchi et collaborer plus étroitement afin d'en arriver à des résultats harmonisés* »[1422].

Malgré la position défendue par le Comité d'une vision globale des droits de l'enfant et du risque de synthétiser la question de son exploitation dans un protocole additionnel, le Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants est adopté en 2000 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Au 1er octobre 2008, ce texte était ratifié par 129 États.

Ce qui motivait principalement les partisans de l'élaboration d'un protocole était la nécessité d'apporter des précisions à la Convention.

b. Préciser les dispositions de la Convention

889. Le Groupe de travail n'a pas souhaité réduire la portée de la Convention relative aux droits de l'enfant, mais au contraire d'en étendre l'efficacité. Il a considéré qu'il manquait au texte de 1989 des précisions relatives aux moyens que les États doivent mettre en œuvre pour réprimer les actes commis contre les enfants dont les droits sont protégés par le traité.

Le texte et les dispositions du Protocole ne restreignent pas l'application de la Convention, ils mettent à la charge des États parties des devoirs supplémentaires, obligations positives que le traité n'avait pas envisagées. Il ouvre aux droits de l'enfant un volet répressif inédit que la Convention de New York n'avait pas prévu en 1989. De cette façon, il impose à l'État une charge supplémentaire, en plus de protéger les droits de l'enfant et de faire en sorte qu'il ne leur soit pas porté atteinte : réprimer. Poursuivant ce but, l'article 3 du Protocole invite les États, dans son premier paragraphe, à veiller à ce que « *au minimum, les actes et activités suivants*[1423] *soient pleinement saisis par son droit pénal, que ces infractions soient commises au plan interne ou transnational, par un individu ou de façon organisée* ».

[1422] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingtième session* » ; janvier 1999, CRC/C/84, par. 217.

[1423] Les activités visées par l'article 3 sont la vente d'enfant et notamment le fait d'offrir, de remettre ou d'accepter un enfant quel que soit le moyen utilisé aux fins de l'exploiter à des fins sexuelles, de transférer ses organes à titre onéreux, de le soumettre au travail forcé. L'article 3 vise également le fait d'obtenir indûment le consentement à l'adoption d'un enfant, le fait d'offrir, d'obtenir ou de procurer un enfant à des fins de

De plus, l'article 4 impose aux États de prendre les mesures nécessaires pour que l'infraction commise à l'égard d'un enfant dans le cadre prescrit par l'article 3 du Protocole soit sanctionnée dès l'instant que l'infraction a été commise sur son territoire, indépendamment de l'extradition du prévenu.

Le souhait de réprimer les actions portant atteintes aux droits de l'enfant se confirme dans la procédure pénale que le Protocole veut plus protectrice des intérêts de l'enfant. Il prend en compte le fait que l'enfant victime d'une atteinte à son droit, en matière sexuelle ou pornographique, est une cible facile pour les intimidations ou les représailles. Afin de le préserver de ces actes postérieurs à la commission de l'infraction, l'article 8 du Protocole prend une série de mesures destinées à préserver l'enfant et sa famille. L'objectif poursuivi est double. Il s'agit d'une part de réduire la durée de la procédure au minimum afin de ne pas infliger à l'enfant un traumatisme plus grand que nécessaire[1424].

D'autre part, l'accent est mis sur la préservation des intérêts de l'enfant victime. Ces intérêts sont d'abord de pouvoir bénéficier du meilleur accompagnement possible, tant par les services judiciaires que par les services psychologique pouvant venir en soutien de l'enfant et de sa famille. L'intérêt de l'enfant victime est aussi de voir préservées sa vie privée et son identité, ce que prévoit l'article 8, 1, e) du Protocole[1425]. L'intérêt de l'enfant, qui va également de pair avec l'intérêt de l'État dans la répression des crimes commis, est de faire en sorte qu'il puisse agir sans craindre les intimidations ou les représailles contre lui et sa famille[1426].

890. En somme, le Protocole relatif aux crimes sexuels commis contre l'enfant apporte des éléments de précision aux dispositions de la Convention. En même temps il en éclaircit

---

prostitution, le fait de produire, distribuer, importer, exporter, offrir, vendre ou détenir des matériels pornographiques mettant en scène des enfants.

[1424] Article 8, 1, g) du Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants : « *Les États parties adoptent à tous les stades de la procédure pénale les mesures nécessaires pour protéger les droits et les intérêts des enfants victimes des pratiques proscrites par le présent Protocole, en particulier* […] *en évitant tout retard dans le prononcé du jugement et l'exécution des ordonnances ou des décisions accordant une indemnisation aux enfants victimes* ».

[1425] Article 8, 1, e) du Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants : « *Les États parties adoptent à tous les stades de la procédure pénale les mesures nécessaires pour protéger les droits et les intérêts des enfants victimes des pratiques proscrites par le présent Protocole, en particulier* […] *en protégeant, s'il y a lieu, la vie privée et l'identité des enfants victimes et en prenant des mesures conformes au droit interne pour prévenir la diffusion de toute information pouvant conduire à leur identification* ».

[1426] Article 8, 1, f) du Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants : « *Les États parties adoptent à tous les stades de la procédure pénale les mesures nécessaires pour protéger les droits et les intérêts des enfants victimes des pratiques proscrites par le présent Protocole, en particulier* […] *en veillant, le cas échéant, à ce que les enfants victimes ainsi que leur famille et les témoins à charge, soient à l'abri de l'intimidation et des représailles* ».

certains points, notamment le fait que la vente et autres crimes contre l'enfant sont totalement prohibés sur le territoire des États membres, comme le prévoit l'article 1er du protocole qui énonce que « *les États parties interdisent la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*… ».

En outre, le Protocole s'est obligé à définir très précisément les actes qu'il incrimine[1427], ce que la Convention n'avait pas prévu, ce qui contraignait le Comité des droits de l'enfant à définir lors de l'examen de chaque rapport[1428] d'un État partie les conditions d'applications des articles 34 à 36 de la Convention.

891. Le Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants présente donc l'avantage d'apporter des réponses et des éclaircissements aux points d'ombre que la Convention ne traitait pas ou laissait l'appréciation des États membres. Mais il laisse planer une incertitude sur la place à donner à l'enfant qui se livre à la prostitution.

2. L'enfant prostitué

892. Le Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants est un outil international dont l'objectif est de protéger l'enfant en toutes circonstances contre les abus des adultes dans les domaines de son intimité physique. L'article 8, 1 du Protocole énonce notamment que « *les États Parties adoptent à tous les stades de la procédure pénale les mesures nécessaires pour protéger les droits et les intérêts des enfants victimes des pratiques proscrites* » par le texte. La lacune

[1427] Article 2 du Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants : « *Aux fins du présent Protocole :*
a) On entend par vente d'enfants tout acte ou toute transaction faisant intervenir le transfert d'un enfant de toute personne ou de tout groupe de personnes à une autre personne ou un autre groupe contre rémunération ou tout autre avantage ;
b) On entend par prostitution des enfants le fait d'utiliser un enfant aux fins d'activités sexuelles contre rémunération ou toute autre forme d'avantage ;
c) On entend par pornographie mettant en scène des enfants toute représentation, par quelque moyen que ce soit, d'un enfant s'adonnant à des activités sexuelles explicites, réelles ou simulées, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant, à des fins principalement sexuelles ».

[1428] « *Le Comité recommande en outre à l'État partie de revoir sa législation et de veiller à ce que les sévices sexuels à enfant et l'exploitation sexuelle des enfants y soient interdits et à ce que tous ceux qui enfreignent la loi en la matière, aussi bien la nationaux que les étrangers, soient punis tout en évitant que les enfants victimes de ces pratiques ne soient pas pénalisés. Le Comité recommande à l'État partie de faire en sorte que la législation nationale relative à l'exploitation sexuelle des enfants soit sexuellement neutre, que des moyens de recours au civil soient disponibles, en cas de violation et que les procédures soient simplifiées de façon à faciliter l'adoption en temps voulu de contre-mesures appropriées, adaptées à la situation des enfants et respectueuses des victimes, que des dispositions législatives soient adoptées pour mettre à l'abri de la discrimination et des représailles ceux qui dénoncent les violations et que les lois soient rigoureusement appliquées* » (Arménie, CRC/C/15/Add.119, par. 55 ; Jordanie, CRC/C/15/Add.125, par. 62).

principale de cet outil est de ne pas nuancer la notion de victime, ni de dégager les situations où l'enfant est responsable de ses agissements. Ainsi, la problématique de l'enfant s'adonnant à la prostitution n'est pas prise en compte par ce Protocole.

La question avait déjà été vaguement approchée lors de la discussion de l'article 34 de la Convention, notamment dans la rédaction de l'article 34, a)[1429] sur la notion d'« *activité sexuelle illégale* ». Lors de la préparation de cet article, deux délégations[1430] ont souhaité que la référence à l'activité sexuelle illégale soit effacée afin de prévenir tout comportement sexuel envers des enfants au sens de l'article 1er de la Convention[1431]. Le but n'était pas de régir les activités sexuelles de l'enfant mais de prévenir tout comportement sexuel non souhaité par l'enfant et pour lequel il aurait été incité ou contraint. De cette façon, toute incitation à pratiquer des actes sexuels serait interdite et réprimée pour ce qui concerne la personne qui incite ou tente d'inciter l'enfant. Pour autant, la question des actes accomplis par l'enfant n'est pas traitée.

893. À l'occasion de la rédaction du Protocole, le problème a resurgit. Dans la mesure où le Protocole vise à protéger l'enfant contre toute exploitation sexuelle ou autre, il aurait été naturel de considérer l'enfant qui se prostitue comme une victime d'une relation sexuelle motivée par des considérations pécuniaires sordides. Cette position aurait dû conduire à une dépénalisation généralisée de la prostitution des enfants, permettant, non seulement d'incriminer la personne qui pratique des rapports sexuels avec l'enfant, mais aussi de protéger l'enfant et de ne pas l'impliquer dans la poursuite judiciaire conséquente. L'article 8 du Protocole qui met en place les différentes mesures processuelles pour protéger l'enfant n'a pas intégré cette volonté de dépénaliser la prostitution de l'enfant. Les rédacteurs ont adhéré aux arguments des tenants de la théorie de la non-dépénalisation. Ils ont estimé que dans les pays qui prohibent la prostitution, il n'était pas facilement admissible que l'enfant qui peut consentir à des relations sexuelles soit irresponsable aux yeux de la loi pénale. Dépassant la simple question de la responsabilisation de l'enfant prostitué, le groupe de travail du Protocole a considéré en outre que la dépénalisation de la prostitution des enfants au sens de la Convention aurait des effets contre-productifs sur l'objectif de la Convention en général et

[1429] Article 34, a) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher* […] *que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale* ».
[1430] La délégation des Pays-Bas et la délégation de la France.
[1431] Haut Commissariat aux droits de l'homme : « *Legislative history of the Convention of the rights of the child* » ; Volume II, p. 713 (E/CN.4/1987/25).

du Protocole en particulier. Effectivement, si le Protocole avait prévu la dépénalisation de la prostitution de l'enfant, cela aurait pu induire une recrudescence de l'exploitation des enfants ayant l'âge requis pour consentir aux relations sexuelles. Le fait que les enfants ne risquent rien sur le plan pénal quand ils ont l'âge de consentir à avoir des relations sexuelles permet en soi de favoriser l'augmentation des cas d'exploitations. Pendant la préparation du Protocole, les tenants de la dépénalisation souhaitaient, qu'en plus de ne pas réprimer l'enfant prostitué, il fallait le considérer comme une victime, lui donnant la possibilité d'obtenir réparation pour ce qu'il a lui-même provoqué. Les opposants à ce point de vue, qui finalement eurent gain de cause, estimaient que l'enfant apte à consentir à des relations sexuelles devait avoir les mêmes devoirs que les adultes et, le cas échéant, subir la répression pénale si l'État la prévoit.

894. La question de l'âge à partir duquel un enfant peut consentir à avoir des relations sexuelles se pose alors. La Convention de New York, pas plus que son Protocole facultatif ne se sont penchés sur cette problématique, laissant aux États parties la discrétion de légiférer dans ce domaine. Le Comité des droits de l'enfant, dans le cadre de la surveillance de l'application des deux textes, demande aux États parties de préciser dans leurs rapports, l'âge à partir duquel les personnes peuvent consentir à entretenir des relations sexuelles ou sont réputées y consentir[1432]. Les dispositions législatives en la matière ne suscitent pas de commentaires particuliers de la part du Comité. Toutefois, il arrive occasionnellement qu'il émette quelques réserves sur un âge particulièrement bas. Non qu'il se permette des remarques générales, le Comité s'appuie sur la Convention elle-même qui dispose à plusieurs reprises que le développement de l'enfant doit se faire en fonction de son âge et de sa maturité. Les États parties ne prévoient pas tous un âge à partir duquel l'enfant peut consentir à des relations sexuelles. Cette situation émeut le Comité qui estime qu'une législation de cet ordre est nécessaire pour éviter les abus et pour ne pas laisser se développer les atteintes sexuelles à l'encontre de l'enfant. Il s'est montré préoccupé par des âges de maturité sexuelle particulièrement bas[1433] ou différenciés en fonction du sexe[1434] ou de la préférence

[1432] Comité des droits de l'enfant : « *Directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter* » ; 11 octobre 1996, CRC/C/58, par. 24.

[1433] « *Le Comité recommande à l'État partie de continuer à harmoniser sa législation interne avec les dispositions de la Convention. L'État partie devrait envisager sérieusement d'accroître l'âge minimum du consentement à des relations sexuelles* » (Philippines, CRC/C/15/Add.29, par. 18).
Le rapport initial des Philippines mentionnait que le Code pénal révisé prévoyait que « *s'agissant d'enfants âgés de moins de douze ans, des éléments tels que la contrainte, l'intimidation ou le consentement ne sont pas pris en considération dans la qualification de viol. En revanche, la violence sexuelle la violence sexuelle exercée à l'encontre d'enfants de douze ans et plus n'est qualifiée de viol que lorsque ces éléments sont présents* » (Philippines, CRC/C/3/Add.23, par. 30).

sexuelle[1435], ces deux différenciations étant reconnues comme des discriminations contraires à l'article 2 de la Convention.

895. L'examen de la situation paradoxale de l'enfant s'adonnant à la prostitution met en évidence que la Convention de New York et les Protocoles qui lui sont joints ne peuvent pas répondre à toutes les questions et à tous les cas d'espèce. De plus, la situation des États-Unis d'Amérique[1436], qui ont ratifié et qui appliquent les deux Protocoles sans avoir ratifié et sans appliquer la Convention, montre que derrière l'apparente universalité des ratifications du traité se dissimule une mosaïque très disparate d'applications du texte. La mise en œuvre de cet outil international unique et moderne est contrariée par des questions multiples. Cela met en lumière que le texte est une affaire de compromis entre les États et que la prise en compte de « *l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant* » ne va pas dans le sens d'une simplification de l'application de la Convention. Le rôle de surveillance du Comité des droits de l'enfant se double donc d'un travail diplomate de recommandation complexe qui doit tenter d'imposer les dispositions du texte tout en préservant la susceptibilité des pays membres.

Le fait que la Convention soit le résultat de compromis entre les différentes cultures et les différentes visions de l'enfant, entraîne que la définition qui se dégage du principal intéressé n'est pas sans ambivalences.

Section 2 : Une vision incomplète de l'enfant

896. La Convention de New York du 20 novembre 1989 dépeint un enfant idéal. Loin des douleurs et des souffrances du quotidien, l'enfant de la Convention est un enfant choyé

[1434] En Uruguay, l'âge de maturité sexuelle est de quatorze ans pour les garçons et de douze ans pour les filles (Uruguay, CRC/C/SR.326, par. 18). En Inde et au Lesotho, il n'y a pas d'âge de consentement pour les garçons (Inde, CRC/C/15/Add.115, par. 26 ; Lesotho, CRC/C/15/Add.147, par. 23).

[1435] « *Le Comité est préoccupé par le fait que l'île de Man ne semble pas avoir pleinement tenu compte de l'article 2 (le principe général de non-discrimination) de la Convention dans sa législation, ses décisions administratives et judiciaires ou ses politiques et programmes concernant les enfants. À cet égard, il se déclare préoccupé par l'insuffisance des efforts qui ont été faits pour lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Le Comité note que l'intention de l'île de Man est d'abaisser l'âge légal du consentement à des relations homosexuelles de 21 à 18 ans, mais il reste préoccupé par la disparité qui continue d'exister entre les âges du consentement à des relations hétérosexuelles (16 ans) et à des relations homosexuelles* » (Royaume-Uni, Île de Man, CRC/C/15/Add.134, par. 22.).

[1436] Les États-Unis d'Amérique ont signé le Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants le 5 juillet 2000 et l'ont ratifié le 23 décembre 2002. Ils ont précisé dans leurs réserves à l'occasion de cette ratification qu'ils n'entendaient pas appliquer la Convention.

par ses parents, protégé par l'État et doté d'une panoplie vaste et variée de droits et de libertés. Il n'est pas possible de reprocher à la Convention de magnifier l'enfant et de l'ériger en homme libre, à l'instar de ses aînés. L'objectif de ce texte n'est pas de décrire ce qui est mais d'esquisser ce qui devrait être et ce à quoi les pays membres devraient naturellement tendre. La Convention de New York est un objectif à atteindre et non le reflet d'une réalité tangible. Toutefois, quand même ne serait-ce qu'un but, quand même se s'agirait-il que d'un croquis grossier d'un avenir à toucher, il demeure que le tableau exposé par la Convention n'est assurément pas satisfaisant.

Tout d'abord l'enfant de la Convention est décrit comme un homme libre et libéré des contraintes et des exigences communément admises pour un enfant. Pourtant, l'enfant n'est pas aussi libre que le texte de la Convention le souhaiterait. Il lui incombe certaines responsabilités naturelles et certains devoirs que le texte passe sous silence.

De plus, la Convention met en place une protection complète de l'enfant tout en préconisant, notamment dans son article 29, d), de le préparer « *à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre* ». Cependant l'instrument international presque universellement ratifié n'accorde que peu de place à la responsabilisation progressive de l'enfant. Il laisse aux parents cette charge, sans cadrer les moyens de parvenir à un épanouissement complet de l'enfant, favorable à son insertion dans le monde des adultes.

Éloigné des contraintes et des responsabilités, l'enfant de la Convention de New York est libre (§ 1) et protégé (§ 2).

§ 1 – L'enfant libre

897. Rares sont les contraintes imposées à l'enfant dans la Convention de New York. Le texte n'est pas prolixe pour ce qui concerne les obligations habituellement mises à la charge de l'enfant, soit dans sa relation à la cité, soit dans sa cellule familiale. Pourtant, malgré le silence du traité, les obligations existent (B).

Toutefois, la question centrale à laquelle le traité ne répond pas intégralement n'est pas tant le contenu des obligations de l'enfant que sa définition même. Comme le reste du traité, la définition de l'enfant placée en exergue dans l'article 1er de la Convention est le résultat d'un compromis entre les différentes cultures et les différents États parties. Sa rédaction ne va pas sans poser quelques difficultés (A)

A – La définition temporelle problématique de l'enfant

898. Pendant la préparation du texte, l'objectif poursuivi par ses rédacteurs était d'obtenir une adhésion la plus universelle possible. Pour atteindre ce but, il était important que les articles de la Convention ne cristallisent pas les tensions et ne fassent pas obstacle à l'adhésion d'un pays. La définition de l'enfant donnée par l'article 1er de la Convention ne fait pas exception à cette situation, elle en est même l'illustration la plus criante.

Afin de permettre à la plus grande majorité possible de se reconnaître dans les dispositions du traité, la définition de l'enfant est uniquement temporelle et non conceptuelle. L'enfant n'est pas décrit selon ce qu'il est mais selon ce qu'il semble être : une personne jeune, dont l'âge ne dépasse pas une certaine limite, objectivement fixée[1437].

La définition temporelle de l'enfant est un des points centraux de la Convention, puisque c'est sur cette disposition de l'article 1er que s'appuie l'application du traité. En somme, toute personne qui n'est pas un enfant « *au sens de la présente Convention* », ne peut pas prétendre au bénéfice des droits qu'elle instaure ou à la protection qu'elle met en place. Pour que chaque État se reconnaisse dans la définition donnée, celle-ci est la plus évasive possible.

Le flou est paroxystique pour le début de l'enfance, qui n'est pas défini (1), et pragmatique pour la fin de l'enfance qui, derrière une apparence stricte, cache une grande imprécision (2)

1. L'absence de définition du début de l'enfance

899. Pour que la Convention soit applicable, le préalable de sa mise en œuvre tient dans la délimitation des personnes auxquelles elle s'applique. C'est le but de l'article 1er de la Convention que dispose qu'un « *enfant s'entend de tout être humain âge de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ».

Cette définition ne fixe pas le début de l'enfance. Les instruments juridiques internationaux antérieurs relatifs à l'enfance n'agissaient pas autrement. La Déclaration de Genève de 1924 pas plus que la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 ne précisaient le terme à partir duquel commence l'enfance, ni celui au-delà duquel débute l'âge adulte.

[1437] Sur les différentes façons de fixer l'âge de la majorité, voir en particulier J.-P. GRIDEL : « *L'âge et la capacité civile* » ; D. 1998, Chron. p. 92.

Malgré cela, une insertion du Préambule de la Déclaration de 1959 dans le Préambule de la Convention de 1989 vient jeter le trouble sur cette situation. Le Préambule prévoit que l'enfant « *a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance* ». Les discussions sur la rédaction de cet alinéa du préambule furent vives et longues. Certaines délégations se sont opposées à la reprise du texte de 1959 dans celui de 1989[1438]. Le texte qui en résulta fut un compromis proposé par un groupe de travail *ad hoc* chargé de déterminer si la mention à la protection de la vie « *avant comme après la naissance* » remettait en cause les législations nationales sur l'avortement, l'interruption de la grossesse ou sur les mesures de planification familiale.

La réalité de la question et la solution ont été envisagées par la délégation italienne qui est appuyée sur le droit des traités issu de la Convention de Vienne de 23 mai 1969[1439]. Aucun État n'est opposé à la protection de la vie *in utero*. Chacun reconnaît qu'elle doit être protégée et doit faire l'objet de soins spéciaux et de protection adaptée. Mieux, les États reconnaissent tous l'avortement comme une solution d'exception au principe qui veut que la vie soit protégée dès l'instant où elle est décelable.

900. Les rédacteurs de l'article 1er se sont volontairement abstenus de donner un point de départ précis à l'enfance. Ceci tient compte de la multiplicité des solutions nationales, permettant à chaque État d'adapter sa législation interne sans pour autant enfreindre les dispositions de la Convention. Cela laisse une importante latitude aux États parties pour trouver eux-mêmes une solution équilibrée aux différents conflits de droits et d'intérêts qui peuvent surgir avec l'avortement ou la planification familiale.

Par ailleurs, l'article 41 de la Convention mentionne que les dispositions du traité ne portent pas atteinte « *aux dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant* », que ces dispositions soient nationales ou internationales.

[1438] Les délégations de la Norvège, des Pays-Bas, de l'Inde, de la Chine, de l'Union des Républiques socialistes soviétiques, du Danemark, de l'Australie, de la Suède, de la République démocratique allemande et du Canada, se sont opposées à ce qui, à leur avis, revenait à rouvrir le débat sur une question controversée, dont, ont-elles rappelé, le Groupe de travail avait déjà longuement débattu sans parvenir à un consensus. Certaines délégations ont fait ressortir aussi qu'un enfant non encore né n'était pas à proprement parler une personne, dont les droits puissent déjà être protégés, et que l'idée maîtresse de la Convention était censée être l'affirmation des droits et des libertés de tout être humain à partir de sa naissance et jusqu'à l'âge de 18 ans. Il a été dit également que la Déclaration de 1959 était un document vieux de près de 30 ans, que le projet actuel devait remplacer, et qu'il n'y avait donc pas lieu de respecter toutes ses dispositions (Commission des droits de l'homme : « *Rapport du groupe de travail sur un projet de convention relative aux droits de l'enfant* » ; 2 mars 1989, E.CN.4/1989/48, p. 9).

[1439] Notamment sur son article 53 et la définition du *jus cogens*.

La crispation internationale se crée autour de l'apparente incompatibilité entre la possibilité d'avorter et la personnalité juridique du fœtus. Ce point de vue est pourtant discutable en énonçant l'idée que la personnalité juridique de l'enfant non encore né appartient en premier lieu à la mère de l'enfant qui décide seule de la possibilité de ne pas aller jusqu'au bout de sa grossesse. Par ailleurs, considérer la naissance comme suspendant la personnalité n'a de sens que si ce moment biologique est érigé en réel moment juridique. Dans cette configuration, la personnalité est rétroactivement attribuée à l'enfant *in utero*. Il serait plus judicieux de s'accorder sur le fait que la non-naissance résout rétroactivement la personnalité de l'enfant qui est censé en disposer depuis sa conception.

901. Les conséquences pratiques de cette question sont minces, la plupart des dispositions de la Convention de New York ne sauraient s'appliquer à un fœtus. Toutefois, certaines autres s'y appliquent en priorité. C'est notamment le cas du droit dont dispose l'enfant de profiter du meilleur état de santé prévu par l'article 24. Cet article se dirige doublement vers l'enfant *in utero*. D'une part quand il prévoit que l'État doit s'efforcer de « *réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants* »[1440] ou quand il affirme que l'État doit « *assurer aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés* »[1441]. Ces deux dispositions peuvent se combiner et permettent d'interpréter le droit à la santé prévu par l'article 24 de la Convention comme s'appliquant également à l'enfant non né. Par ailleurs, l'interprétation holistique de la Convention permet d'adjoindre à cette disposition particulière un des principes généraux du traité : la quête systématique de l'intérêt supérieur de l'enfant prévue à l'article 3 du texte. L'interprétation globale de la Convention impose de considérer que, même *in utero*, la quête de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, confortée par les soins prénatals que l'État doit prodiguer à la mère et par la lutte contre la mortinatalité.

Le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte pour l'enfant à naître est une réalité que la Comité des droits de l'enfant a énoncé à l'occasion de l'examen du rapport de l'Australie en l'encourageant à « *modifier sa législation conformément aux principes de l'intérêt supérieur de l'enfant, au paragraphe 3 de l'article 18 et au paragraphe 2 de l'article 24 de la Convention de façon à rendre le congé de maternité payé obligatoire dans tous les secteurs* »[1442]. Cette recommandation du Comité est intéressante à plusieurs

[1440] Article 24, 2, a) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1441] *Ibid.*, Article 24, 2, d).
[1442] Australie, CRC/C/15/Add.79, par. 31.

égards. Tout d'abord, il est pertinent de considérer que l'intérêt supérieur de l'enfant s'étend implicitement à l'enfant à naître. La référence du Comité aux congés de maternité comme un moyen de favoriser l'intérêt de l'enfant permet bien le rapprochement entre l'enfant à naître et le congé dont bénéficie sa mère enceinte. Ensuite, le Comité appelle l'Australie à modifier sa législation, toujours dans le cadre de la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant, pour la mettre en conformité avec l'article 24, 2 du traité. L'imprécision de la référence est intéressante, car l'article 24, 2 de la Convention traite indifféremment des mesures que doivent prendre les États parties pour permettre à l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible. Le Comité aurait pu limiter sa remarque à des références aux dispositions particulièrement dirigées vers la femme enceinte[1443]. En ne se restreignant pas, le Comité inclut volontairement des mesures dirigées vers l'acception classique de l'enfant (celui qui est déjà né) pour l'embryon ou le fœtus. Il entend qu'il puisse bénéficier des mesures en faveur des enfants, en particulier celles prévues pour « *assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires* »[1444].

Malgré l'absence de point de départ fixe pour ce qui concerne le début de l'enfance, il est clair que la Convention de New York prend des mesures pour que toutes les situations soient couvertes par ses dispositions. De plus, les recommandations adressées à l'Australie montrent que, même dans un pays qui a adopté une législation sur l'interruption volontaire de la grossesse et qui n'a formulé aucune réserve sur les articles 6 et 1er de la Convention[1445], la prise en compte de l'enfant à naître comme d'un enfant au sens de la Convention n'est pas incompatible avec la législation interne du pays.

D'autres pays ont précisé le sens qu'ils entendaient donner à l'article 1er ; soit qu'ils s'opposent totalement à ce que l'enfant à naître soit un enfant[1446], soit qu'ils estiment, bien qu'intégrant une législation autorisant l'interruption de grossesse, que l'enfant à naître est une personne depuis le moment de sa conception[1447] ; soit encore qu'ils estiment que

[1443] Notamment les articles 24, 2, a) et 24, 2, d) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Cf. page précédente.
[1444] Article 24, 2, b) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1445] Cf. CRC/C/2/Rev.8 p. 15).
[1446] C'est le cas du Royaume-Uni : « *Selon l'interprétation du Royaume-Uni, la Convention n'est applicable qu'en cas de naissance vivante* » (CRC/C/2/Rev.8 p. 48).
[1447] C'est le cas de l'Argentine : « *En ce qui concerne l'article premier de la Convention relative aux droits de l'enfant, la République argentine déclare que le mot "enfant" doit s'entendre de tout être humain du moment de la conception jusqu'à l'âge de dix-huit ans* » (CRC/C/2/Rev.8 p. 14). À l'occasion de l'examen de son rapport (Argentine, CRC/C/8/Add.2), l'Argentine a expliqué que cela faisait référence à son Code civil qui mentionne que « *l'homme commence à exister dès sa conception dans la matrice, et une personne peut acquérir certains droits avant sa naissance, comme si elle était déjà née. Ces droits demeurent irrévocablement acquis si ceux qui sont conçus dans la matrice naissent vivants, ne serait-ce que quelques instants après la séparation d'avec leur*

l'enfant à naître doive être protégé absolument, sans intégrer de législation sur l'interruption de grossesse[1448].

La non-définition du début de l'enfance de l'article 1er de la Convention permet de laisser suffisamment de place pour toutes les situations législatives ou morales[1449] des États membres. L'ampleur de l'imprécision semble laisser les États parties circonspects sur l'attitude à tenir. Le Comité des droits de l'enfant a pourtant toujours énoncé qu'il lui semblait qu'une réserve à l'article 1er (ou à l'article 6 relatif au droit à la vie) n'était pas pertinente puisque la définition posée par la Convention à l'enfance permet à chaque pays d'adopter des mesures qui lui sont propres, notamment en matière de planification familiale et d'avortement.

À l'autre bout, là où s'éteint l'adolescent et où s'éveille l'adulte, la définition du terme de l'enfance n'est pas plus claire.

2. L'imprécision de la fin de l'enfance

902. Le libellé de l'article 1er semble limpide quant à la fin de l'enfance

> « *... 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* ».

La réalité est autre, car si la Convention se montre normative sur cette question, elle n'est pas inflexible et permet aux États parties de réduire le temps d'application du texte en abaissant l'âge de la majorité dans le pays. Cependant sur cette question, le Comité des droits de l'enfant s'est montré assez réticent, rappelant aux États membres que l'âge fixé par la Convention était celui qui semblait le plus efficace pour libérer l'enfant des protections du texte. Ce faisant, la Convention de New York crée un amalgame entre l'enfance et la majorité

---

mère ». Pourtant, la législation argentine connaît l'interruption volontaire de grossesse quand la vie de la mère est en danger ou quand celle de l'enfant à naître est en cause. Dans tous les autres cas, l'avortement est prohibé.

[1448] S'appuyant sur une interprétation stricte du texte de la Convention et de son Préambule, le Saint-Siège a émis une réserve énonçant qu'il reconnaît « *que la Convention représente la consécration de principes déjà adoptés par les Nations Unies et qu'une fois en vigueur, elle garantira les droits des enfants avant aussi bien qu'après la naissance, comme il est expressément affirmé dans la Déclaration sur les droits de l'enfant (résolution 1386 (XIV) de l'Assemblée générale, en date du 20 novembre 1959) et réaffirmé au neuvième alinéa du préambule de la Convention. Le Saint-Siège est convaincu que cet alinéa du préambule guidera l'interprétation de l'ensemble de la Convention, conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969* » (CRC/C/2/Rev.8 p. 38).

[1449] « *Étant donné son caractère et sa position particuliers, le Saint-Siège n'entend pas, ce faisant, renoncer de quelque manière que ce soit à sa mission spécifique qui est d'ordre religieux et moral* » (CRC/C/2/Rev.8 p. 38)

(a), et crée des difficultés en ne prenant pas suffisamment en compte les différentes majorités dans les États parties (b).

a. L'amalgame entre âge adulte et majorité

903. Il a déjà été constaté que le juriste avait une tendance spontanée à confondre la minorité et l'enfance[1450]. Le droit international n'échappe pas à la règle, mais opère une confusion plus sensible et peut-être plus tangible, aux effets plus néfastes, en créant un amalgame entre l'âge adulte et la majorité, excluant de la protection de la Convention de New York toutes les personnes qui ne sont pas des enfants.

Souhaitant une protection la plus durable possible pour l'enfant, la Convention de New York a estimé que l'âge de dix-huit ans était une limite suffisante pour qu'au-delà, la personne n'ait plus besoin de la protection du droit. Cependant, en faisant référence à un seuil juridique indépendant d'une maturité psychologique, la Convention ouvre la voie pour que les États parties se saisissent de cette possibilité pour s'émanciper des contraintes de la Convention en abaissant l'âge de la majorité dans leur législation interne. Dans l'édition 1997 de son Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme, M^me^ SANTO PAIS énonce que la référence à une majorité avant dix-huit ans « *ne doit aucunement être interprétée comme une clause dérogatoire générale, et elle ne doit pas autoriser la fixation d'âges susceptibles d'être contraires aux principes et aux dispositions de la Convention* » [1451]. Cette remarque d'autorité semble tenter de dissuader les États d'abaisser l'âge de la majorité pour s'affranchir des obligations de la Convention à l'égard des enfants ; dans ce sens, le Comité des droits de l'enfant milite pour que les pays dont l'âge de la majorité est inférieur à dix-huit ans relève l'âge à partir duquel une personne n'est plus considérée comme un enfant. Ainsi a-t-il recommandé aux Maldives de « *relever l'âge légal à partir duquel une personne n'est plus considérée comme un enfant et qui est actuellement fixé à seize ans* »[1452].

D'autres pays connaissent une législation qui fixe à un âge inférieur à celui de la Convention la limite entre minorité et majorité. Pour certains d'entre eux, le Comité émet des remarques, pour d'autres non. Certains pays disposent à l'inverse d'une législation fixant à un âge supérieur la limite entre minorité et majorité. Cette situation ne semble pas alerter le

[1450] Cf. supra en page 151.
[1451] M. SANTO PAIS : « *Manuel relatif à l'établissement de rapports sur les droits de l'homme* » ; UNITAR 1997, p.414.
[1452] Maldives, CRC/C/15/Add.91, par. 13.

Comité alors pourtant que le principe de départ est similaire[1453]. Dans un cas, la différence entre la loi interne et la Convention crée des enfants majeurs, dans un autre, elle crée des adultes mineurs.

904. La situation est enfants majeurs est particulièrement préoccupante en ce qu'elle libère l'État des obligations qu'il contracte en adhérant à la Convention ou à ses Protocoles facultatifs. De cette façon, la personne majeure dans un État, quoique enfant au regard de la Convention, ne bénéficie plus des mesures relatives à l'éducation ou à l'enrôlement dans les forces armées, ou à la protection de l'enfant dans le cadre des conflits armés.

Le Comité des droits de l'homme a indiqué dans son observation général n°17 de 1989 « *l'âge de la majorité ne devrait pas être trop bas* »[1454] sans pour autant préciser à partir de quel seuil, cet âge est considéré comme trop bas.

Le Comité des droits de l'enfant a examiné en 2000 le rapport déposé en 1998 par le Tadjikistan[1455]. Sa législation prévoit que la majorité est fixée à l'âge de dix-sept ans, ce que le Comité ne relève pas comme étant une préoccupation dans ses observations finales[1456]. Le Comité ne se montre pas davantage préoccupé par la situation du Pakistan[1457] dont la loi prévoit pourtant une majorité différenciée à dix-huit ans pour les garçons et seize ans pour les filles, ou plus tôt si elles sont pubères[1458].

La question de l'enfant majeur ne heurte vraiment la pratique du Comité que quand l'âge de la majorité est non seulement bas par rapport au seuil fixé par le Convention mais qu'encore, l'enfant ainsi promu majeur ne bénéficie pas de protections suffisantes. Au

---

[1453] Un certain nombre de pays connaissent une majorité à un âge porté au-delà de dix-huit ans : l'Argentine, le Bahreïn, le Brésil, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, l'Égypte, la Guinée, le Honduras, le Lesotho, Monaco, la Namibie, Singapour, l'Afrique du Sud, le Swaziland, certains États des États-Unis d'Amérique et certaines provinces Canadiennes ont une majorité à 21 ans. La Tunisie et le Japon ont une majorité fixée à 20 ans. Le Comité des droits de l'enfant ne s'en émeut pas, il estime qu'il n'a jamais été question, par l'adhésion à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de demander à ces États d'abaisser l'âge de leur majorité. Toutefois, il insiste pour que les mineurs adultes fassent l'objet d'une protection similaire à celle de la Convention.

[1454] Comité des droits de l'homme : « *Observation générale n°17* » ; 1989, HRI/GEN//Rev.5.

[1455] Tadjikistan, CRC/C/28/Add.14.

[1456] Tadjikistan, CRC/C/15/Add.136.

[1457] Pakistan, CRC/C/15/Add.18.

[1458] Il importe de mentionner que dans son rapport initial (Pakistan, CRC/C/3/Add.13), l'État partie fait référence au « *majority act* » de 1875 : « *every person domiciled in Pakistan is deemed to have attained his majority when he shall complete his age of 18 years and not before* » [Toute personne ressortissante du Pakistan est censée avoir atteint sa majorité quand il l'âge de dix-huit ans révolus et pas avant]. L'État partie a omis, lors de son rapport, de faire référence à l'ordonnance de 1979 qui définit autrement la majorité : « *a male person who has attained the age of eighteen (18) years or a female person who has attained the age of sixteen (16) years or has attained puberty* » [… un homme qui a atteint l'âge de dix-huit ans ou une femme qui a atteint l'âge de seize ans ou qui est pubère].

Zimbabwe, la situation est particulière et la question de savoir si l'enfant est protégé au sens de l'article 1er de la Convention repose sur peu de mots. La loi Zimbabwéenne prévoit d'une part que l'enfant est une personne âgée de moins de seize ans, et d'autre part que le mineur est une personne âgée de moins de dix-huit ans. Afin d'éviter toute confusion, le Comité des droits de l'enfant avait invité l'État partie à ne fixer qu'un âge (dix-huit ans) pour permettre l'application efficace de la Convention et s'assurer que tout mineur puisse bénéficier de sa protection. L'inquiétude du Comité, exprimée à l'occasion des réunions de présessions, était que l'adulte mineur ne souffre d'avoir quitté les droits que lui accorde le traité de New York. Dans son rapport de 1995[1459], le pays énonce qu'il n'a pas suivi les recommandations du Comité. Au lieu de cela, il a décliné les législations internes de son pays prévoyant le cas des personnes qui ne sont plus des enfants et qui ne sont pas encore majeures. Ainsi, en apportant suffisamment de garanties au Comité, le pays n'a pas eu besoin d'élever l'âge de la sortie de l'enfance dans sa législation[1460].

Ce qui ressort de ces différents regards posés sur la situation de l'enfant majeur est que le seuil de l'âge n'est qu'une limite objective imposée artificiellement à tous les États dans le but de les guider vers un âge raisonnable de fin d'enfance. Ce qui préoccupe réellement le Comité des droits de l'enfant n'est pas tant que certains États adoptent un âge inférieur (ils sont assez nombreux à ne pas subir les remontrances de l'organe de surveillance du traité malgré un accès à la majorité de seize ans[1461]) que de s'assurer que malgré cette insertion anticipée dans la majorité, la personne ne souffre pas de l'absence de protection de la Convention. La ligne de conduite du Comité est de suivre le principe inspiré de l'article 51 de la Convention qui énonce que les réserves déposées par les États parties ne doivent pas être incompatibles avec l'objet et le but du traité. Dans la lignée de cet article relatif au droit des traités, le Comité a tiré un autre principe qui dicte sa conduite dans l'examen des législations des États relatives à l'âge de la majorité. Il importe qu'au cas où la législation interne prévoirait un âge plus précoce que celui défini par la Convention, elle assure la protection de la personne jusqu'au moins dix-huit ans.

La protection de l'enfant de moins de dix-huit ans est une constante pour le Comité. À cet égard, il veille à ce que l'enfant soit protégé dans tous les domaines du droit. Aussi, quand l'article 1er de la Convention fait référence à un âge plus précoce « *en vertu de*

[1459] Zimbabwe, CRC/C/3/Add.35.
[1460] Zimbabwe, CRC/C/15/Add.55.
[1461] Kirghizstan (Kirghizstan, CRC/C/15/Add.127) ; Myanmar (Myanmar, CRC/C/15/Add.69)./

la législation qui lui est applicable », ne se limite-t-il pas à la majorité générale : il prend en compte également les autres majorités.

b. Les différentes majorités

905. La réalité de l'accès à la majorité dissimule de multiples possibilités pour que l'enfant soit confronté aux vicissitudes de la vie d'adulte. Même si la majorité est prévue à un âge égal ou supérieur à celui de la Convention, certains procédés juridiques peuvent l'abaisser. C'est le cas par exemple de l'émancipation connue dans plusieurs pays, notamment l'émancipation par le mariage. Ces mécanismes ont conduit le Comité des droits de l'enfant à dénoncer certaines législations qui fixaient un âge minimum pour se marier et accéder à la majorité très bas et parfois différent selon le sexe de la personne. Le Comité rappelle que la législation nationale, quel que soit le domaine dans lequel elle intervient, doit respecter les principes de la Convention au titre desquels la non-discrimination et l'intérêt supérieur de l'enfant.

À ce stade, deux problèmes surgissent : d'une part celui de la fixation d'un âge inférieur pour accéder à certaines majorités. Le fait même de fixer un âge peut corrompre les principes de la Convention s'ils n'en respectent pas les éléments essentiels. D'autre part la valeur de cet âge peut également poser des soucis si elle est trop basse par rapport à l'âge fixé dans l'article 1er pour sortir de l'enfance.

906. Si le Comité ne s'oppose pas à la fixation de seuils d'âges inférieurs à dix-huit, il veille à ce que cela se fasse dans le respect des principes de la Convention au premier rang desquels se place le principe de non-discrimination prévu par l'article 2 du traité. Il appelle les États parties qui établissent ces limites inférieures à ne pas opérer de différence fondée sur le sexe ni sur l'appartenance à un groupe ethnique. Il a recommandé à l'Iran de « *revoir sa législation de manière à aligner la définition de l'enfant et les prescriptions en matière d'âge minimum sur les principes et les dispositions de la Convention, en faisant en sorte en particulier que les règles n'établissent aucune distinction fondée sur le sexe* »[1462]. La loi iranienne s'appuie sur une définition de l'enfant qui ne fixe aucun seuil d'âge. Dans son rapport, la délégation de la République islamique précise la question :

> « *Aux termes de la* figh *(doctrine religieuse) et de la loi, un enfant ou un mineur est un garçon ou une fille qui n'a pas atteint la maturité. La maturité est*

[1462] République islamique d'Iran, CRC/C/15Add.123.

> *une notion naturelle et instinctive dont l'un des signes est l'âge. La* figh *comme la législation considère toute personne n'ayant pas atteint l'âge de la majorité comme un(e) mineur(e). Un(e) mineur(e) ne peut disposer de ses biens. La législation iranienne ne donne pas de définition de l'enfant, seul l'âge de la maturité est défini : l'article 1210 du Code civil, le fixe à 15 années lunaires révolues pour les garçons*[1463]*. Le législateur a stipulé qu'un enfant doit prouver sa maturité pour pouvoir exercer les droits prévus par la loi. Si les deux conditions préalables, à savoir la croissance physique et le développement mental, sont réunies, on peut considérer que l'individu concerné n'est plus mineur* »[1464].

La situation est ici très paradoxale. La fixation de l'âge de la majorité ne répond pas aux critères rigides classiques. L'appréciation de la majorité est concrète et s'effectue au cas par cas, par la manifestation réelle de la maturité. Dans ce sens, la législation iranienne suit scrupuleusement le principe du respect du développement des capacités de l'enfant. Mais il crée une discrimination entre le garçon et la fille pour laquelle l'âge de la maturité n'est pas défini. D'autre part, bien que l'appréciation concrète de la maturité présente l'avantage indéniable de ne pas enfermer l'enfance dans des frontières trop strictes, elle présente l'inconvénient majeur de la subjectivité. Ce sont en effet des adultes qui sont chargés de confirmer ou d'infirmer la maturité de l'enfant. C'est la raison pour laquelle le Comité a estimé qu'il ne s'agissait pas d'un guide fiable, et qu'il fallait lui substituer des critères plus rigoureux et objectifs. Dans l'édition 1997 du Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme, M^me^ SANTO PAIS estime que « *à la lumière des principes de la Convention et de ses dispositions, on ne peut abaisser déraisonnablement les limites ou les déterminer sur la base de critères arbitraires. Les limites doivent être établies en tenant compte avant tout de l'intérêt supérieur de l'enfant* »[1465].

La fixation d'un seuil d'âge minimum, quel que soit le domaine dans lequel il est considéré, ne doit pas être « *déraisonnablement* » bas car cela contrarierait l'intérêt supérieur de l'enfant puisque cela engendrerait l'abandon de certains droits et protections que la Convention lui reconnaît. Cela ne doit pas non plus contrevenir au principe de non-discrimination prévu par l'article 2 de la Convention.

[1463] Ce qui correspond à un âge approximatif de quatorze années solaires.
[1464] République islamique d'Iran, CRC/C/41/Add.5, par. 2.
[1465] M. SANTO PAIS : « *Manuel relatif à l'établissement de rapports sur les droits de l'homme* » ; UNITAR 1997, p.414.

907. Une fois posées les règles qui encadrent sa fixation, le Comité s'est attaché à ce que le niveau de ce seuil respecte également le principe du respect des capacités de l'enfant et également à ce que cette limite d'âge ne contredise pas le but et l'objet protecteurs de la Convention en dégageant trop tôt l'État des responsabilités qui lui incombent.

De plus, la référence à « *la majorité* » dans l'article 1er masque la réalité des majorités plurielles : majorité nubile, majorité sexuelle, majorité pénale notamment. Le fait pour un enfant d'atteindre l'une ou l'autre des ces majorités libère l'État partie des domaines dans lesquels la Convention protège l'enfant. C'est la raison pour laquelle le Comité des droits de l'enfant est vigilant sur la fixation de ces seuils afin de s'assurer qu'ils respectent bien le principe des articles 3 et 6 de la Convention[1466] et qu'ils sont établis dans l'intérêt supérieur de l'enfant et conformément à ses capacités de développement.

Le Comité montre à plusieurs occasions sa préférence pour un âge uniforme proche de dix-huit ans pour l'accès aux différentes majorités. Au Lesotho, il a notamment recommandé de revoir sa législation « *en vue d'harmoniser l'âge de la majorité et la définition générale de l'enfant, de fixer un âge minimum légal unique pour le mariage, de relever l'âge minimum*[1467] *de la responsabilité pénale…* »[1468]. Le Comité estime qu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être responsable pénalement à partir de l'âge de sept ans et que cela ne correspond pas à ses capacités de développement. Mais sur ce point, la législation de cet État partie respecte la disposition de l'article 40, 3, a) de la Convention en mentionnant un âge minimum de responsabilité pénale. L'inconvénient de ces dispositions pénales internes aux yeux du Comité, est qu'elles ne permettent pas de s'assurer qu'aucun critère discriminatoire ne viendra entrer en considération dans l'appréciation de la responsabilité pénale de l'enfant, ce qui serait contraire au principe exposé par l'article 2 du traité[1469]. Cette recommandation du Comité est assez révélatrice de ce que la mise en place de limites d'âges n'est pas laissée à la totale discrétion des États parties, contrairement à ce que la rédaction évasive de l'article 1er de la Convention pourrait laisser à croire. L'intérêt

[1466] « *Les États parties sont priés de fournir des renseignements au titre de l'article premier de la Convention, y compris sur toute différence qui existerait entre la législation nationale et la Convention en ce qui concerne la définition de l'enfant* » (Comité des droits de l'enfant : « *Directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter* » ; 11 octobre 1996, CRC/C/58, par. 24).

[1467] Selon le Code pénal du Lesotho, le droit romano-hollandais, qui est le droit commun du Lesotho, définit l'enfant aux fins de la responsabilité pénale comme une personne âgée de sept à quatorze ans. Si un enfant âgé de sept à quatorze ans commet sciemment et intentionnellement une infraction pénale en comprenant les conséquences de son acte, il peut en être tenu pénalement responsable après la production de preuves suffisantes (Lesotho, CRC/C/11/Add.20, par. 26).

[1468] Lesotho, CRC/C/15/Add.147, par. 24.

[1469] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la dixième session* » ; octobre/novembre 1995, CRC/C/46, par. 218.

supérieur de l'enfant encadre le pouvoir souverain de l'État pour ce qui concerne sa législation interne. Il ne peut pas fixer un âge minimum trop bas, ni trop vague sans risquer de contrevenir à ses engagements.

908. Par ailleurs, le Comité ne distingue pas clairement ce qui relève de la responsabilité pénale de l'enfant de la majorité pénale ; alors pourtant que l'article 40 de la Convention définit nettement la responsabilité pénale dans son troisième alinéa[1470]. La responsabilité pénale n'a pas pour objectif de dégager l'État partie de ses obligations. Si un enfant atteint l'âge de la responsabilité pénale, sa situation est régie par les impératifs de l'article 40, 3 de la Convention qui incite les États à « *promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants* ». La majorité pénale, elle, exclut l'enfant des dispositions spécialement protectrice de la Convention et le soumet au droit répressif commun des États. Dans la plupart des pays, la majorité générale coïncide avec la majorité pénale[1471], lorsque ce n'est pas le cas, ou que la législation n'est pas précise, le Comité s'en inquiète, sans pour autant différencier la majorité de la responsabilité[1472]. La subtilité entre la majorité pénale et la responsabilité pénale est pourtant d'une importance capitale pour l'application de la Convention, notamment de son article 40. En effet, l'application de cet article ne peut être efficace si la personne concernée est majeure pénalement, ce qui l'exclut des mesures protectrices des alinéas 3 et 4 de l'article. Mais ces mesures protectrices ne doivent pas légitimer un âge de la responsabilité pénale trop précoce. Le Comité des droits de l'enfant justifie un accès à la responsabilité pénale retardé en raison des conséquences psychologiques que cela peut produire sur l'enfant. Il estime que « *l'attitude moderne serait de se demander si un enfant peut supporter les conséquences normales et psychologiques de la responsabilité pénale, c'est-à-dire si un enfant, compte tenu de sa capacité de discernement et de compréhension, peut être tenu responsable d'un comportement essentiellement antisocial. Si l'âge de la responsabilité pénale est fixé trop bas ou s'il n'existe pas d'âge limite du tout, la notion n'a plus de sens* ».

À l'occasion de l'examen du rapport de Malte[1473], le Comité des droits de l'enfant est parvenu à bien différencier la majorité pénale de la responsabilité pénale. Dans ses

[1470] Article 40, 3, a) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États parties s'efforcent* […] *d'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale* ».
[1471] Le Comité des droits de l'enfant se félicite d'ailleurs occasionnellement que les âges de la majorité générale et de ce qu'il nomme la responsabilité pénale coïncident (Nigeria, CRC/C/15/Add.61).
[1472] Sénégal, CRC/C/15/Add.44 ; Guatemala, CRC/C/15/Add.58 ; Panama, CRC/C/15/Add.68.
[1473] Malte, CRC/C/3/Add.56.

observations finales à cet État[1474], il s'est montré particulièrement préoccupé par l'âge de la responsabilité pénale de l'enfant, répréhensible à partir de neuf et par le fait que les enfants de plus de seize ans ne bénéficient pas des dispositions protectrices de la Convention. Cela signifie qu'à Malte, l'âge de la responsabilité pénale est fixé à neuf ans et que celui de la majorité pénale est atteint à seize ans. Le Comité a vivement recommandé à l'État partie « *d'éliminer l'idée qu'un enfant de neuf ans* » puisse agir sciemment et avoir l'intention de nuire nécessaire à la qualification pénale d'une infraction. Il a également insisté sur l'obligation souscrite par l'État partie de « *veiller à ce que le système de justice pour mineurs s'applique à tous les enfants de moins de dix-huit ans* ». La nuance entre la simple recommandation et l'insistance du Comité trouve ici toute sa valeur : un État ne doit pas pouvoir s'émanciper de ses devoirs en évinçant l'enfant des mesures de protection en matière pénale.

909. La définition de la fin de l'enfance souffre d'autres imperfections que le Comité tente de circonscrire à des conséquences minimes. Certains États parties connaissent une majorité à dix-huit ans, laquelle peut être ramenée en raison de circonstances variées comme l'émancipation ou le mariage.

La question de l'émancipation entraînant l'avancement de la majorité ne cause pas de réelles inquiétudes au Comité, à partir du moment où cette porte de sortie de l'enfance n'est pas trop facile à pousser et que le monde de l'adulte n'est pas accessible trop facilement aux enfants pressés d'en découdre ou aux parents impatients de s'affranchir de leurs responsabilités parentales[1475]. Pour cette raison, le Comité souhaite que chaque État justifie clairement de la situation des personnes mineures qui dépendent de sa juridiction. Quand ce n'est pas le cas, le Comité rappelle ces États à l'ordre[1476]. La plupart du temps, le Comité se satisfait de ce que l'âge de la majorité puisse être abaissé (dans une limite raisonnable de deux années en-deçà de l'âge prévu par la Convention) quand l'émancipation est confiée au juge qui doit déterminer si elle est dans l'intérêt de l'enfant.

L'âge d'accès au mariage pose également des soucis pour l'application de la Convention dans son ensemble et de certaines de ses mesures protectrices. Le mariage permet d'accéder à la majorité d'une part et présume d'autre part que la personne est apte à consentir

[1474] Malte, CRC/C/15/Add.129.
[1475] Ce que le Doyen CARBONNIER dénonçait lorsqu'il traitait de « *l'émancipation exclusion* ».
[1476] « *Le Comité constate avec préoccupation que le statut des enfants qui ont entre seize et dix-huit ans n'est pas clairement défini* » (Maldives, CRC/C/15/Add.91, par. 13).

à des rapports sexuels[1477]. Or, le consentement aux rapports sexuels rend plus difficile la protection de l'enfant contre le viol. C'est pourquoi le Comité porte sa vigilance sur deux aspects de l'âge du mariage. D'abord qu'il ne soit pas fixé à un seuil trop bas, et d'autre part qu'il ne soit pas fixé à un seuil différent selon le sexe. Cette double préoccupation du Comité s'appuie sur le devoir des États de respecter d'une part le principe de non-discrimination posé par l'article 2 et le droit à la vie et au développement prévu à l'article 6[1478].

La fixation d'un âge limite pour accéder au mariage répond donc à deux objectifs majeurs. Le premier est d'assurer la protection de l'enfant contre toutes les formes de violences, conformément à l'article 19 de la Convention, et ensuite de ne pas le laisser sortir de l'enfance trop tôt[1479].

Ces différents éléments montrent que l'imprécision autour de la notion d'enfance peut être problématique, le travail du Comité des droits de l'enfant dans son rôle de surveillance s'en trouve compliqué d'autant. La souplesse recherchée dans l'article 1er afin de garantir à la Convention une adhésion massive a permis d'atteindre le but recherché. Mais elle n'assure pas l'efficacité de son application. À trop serpenter sur les crêtes du compromis, les rédacteurs de la Convention ont eu du mal à ne pas s'abimer dans le précipice de la compromission.

De même que la définition temporelle de l'enfant s'avère problématique, sa définition conceptuelle l'est également. Bien qu'elle ne soit pas clairement exprimée, il est perceptible que l'enfant dispose de droits, mais de peu de devoirs ou d'obligations, ce qui, loin de favoriser sa responsabilisation, risque de le protéger à outrance.

B – Les obligations à la charge de l'enfant

910. ARISTOTE avait défini que la société était composée de plusieurs sphères qui généralement n'interagissent pas entre elles. Les deux principales sphères sont celle de la famille et celle de la cité. Longtemps, les devoirs de l'enfant n'ont existé que dans sa famille, la cité restant le monde de l'adulte, principalement l'adulte mâle. Aujourd'hui, la vie de

[1477] Les directives du Comité des droits de l'enfant considèrent que le consentement à mariage emporte naturellement majorité pour consentir aux relations sexuelles, sans pour autant entraîner un consentement de principe pour tous les rapports dans le couple.

[1478] Le Comité des droits de l'enfant a par ailleurs précisé que l'uniformisation de l'âge pour accéder au mariage devait se faire en relevant l'âge des filles et non pas en abaissant celui des garçons.

[1479] L'étude des recommandations du Comité sur ce point semblent établir que l'âge de seize ans est un bon compromis, si toutefois le mariage ne peut être célébré qu'avec l'accord des parents ou la surveillance d'un juge. Dans son rapport initial, le Sénégal justifiait l'âge avancé d'accès au mariage à quatorze ans en énonçant que cela permettait de légitimer la relation en cas de grossesse, justification réfutée par le Comité (Sénégal, CRC/C/SR.248, par 11).

l'enfant s'épanouit tant dans la cellule familiale que dans la cité, bien que l'accès à cette dernière soit réduit par rapport à celui d'un adulte.

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant ne prévoit pas beaucoup d'obligations à la charge de l'enfant, elle le considère davantage comme un créancier de droits que comme le débiteur d'obligations. Mais si ses principaux débiteurs sont sa famille et l'État, il se trouve certaines dispositions de la Convention qui mentionnent qu'il lui appartient d'être parfois débiteur à l'égard de la première (1) et du second (2).

1. Les obligations familiales

911. Il n'est écrit nulle part dans la Convention que l'enfant a des obligations ou des devoirs à l'égard de ses parents ou de sa famille. Le texte est dédié aux droits de l'enfant et marche dans les traces de ses prédécesseurs dans lesquels aucune mention des éventuels devoirs de l'enfant n'existe. Pour autant, en lisant rigoureusement le texte de la Convention, il est possible de discerner un devoir auquel est astreint l'enfant. L'article 29, 1, c) de la Convention mentionne l'obligation à la charge de l'État « *d'inculquer à l'enfant le respect de ses parents* ». Hormis dans les Déclarations de 1924 et de 1959, ce devoir est une charge récurrente incombant à l'enfant. Depuis le Décalogue jusqu'au Code civil, en passant par les pensées philosophiques de tous les âges, de toutes les périodes et de tous les continents, le respect dû aux parents est un constante. La critique la plus virulente contre le texte du traité est que la Convention de New York élevait l'enfant contre ses parents en lui donnant les moyens de leur opposer ses droits sans mettre à la portée des parents une contrepartie d'autorité.

L'article 29, 1, c) du traité n'a pas une portée juridique considérable, il s'agit davantage d'un symbole que d'une obligation réelle à la charge de l'enfant. D'abord parce que le respect dû aux parents, s'il participe davantage du droit naturel que des obligations juridiques, n'est pas libellé comme un devoir à la charge de l'enfant mais comme un des buts de l'éducation dans le texte de la Convention. De cette façon, si le respect est naturellement dû aux parents, l'obligation de les respecter n'est pas exigible par eux, mais par l'État par l'intermédiaire des moyens qu'il développe pour l'éducation.

912. De cette façon, la sanction du respect dû aux parents leur échappe. La pensée aristotélicienne s'évanouie ici tout à fait : la sanction du non-respect n'appartient pas aux parents. Cet évanouissement de la sanction du respect des parents par la justice privée

familiale marque la dissolution complète et définitive de cette justice ancestrale. Les sanctions parentales se muent en responsabilité parentale : c'est à l'État qu'il appartient de faire respecter les parents.

De ce fait, une question subséquente se pose : comment l'État peut-il sanctionner le non-respect des parents par l'enfant ? La lecture de la Convention n'apporte pas de réponse précise. Plusieurs moyens sont envisageables. Le plus improbable est la sanction pénale et la contrainte par corps. Cette possibilité est à écarter dans la mesure où elle contrarie l'économie générale du texte en même temps qu'elle viole l'application des articles 40 et suivants du traité relatifs à la justice des mineurs. La seconde possibilité est prévue dans l'article 28, 2 de la Convention, combiné à l'article 19 prohibant le recours à toute violence. Le non-respect des parents ne semble pas pouvoir être sanctionné par l'État, ce dernier doit mettre en œuvre des programmes éducatifs dans le but de s'assurer que l'enfant respecte ses parents. Ces programmes doivent s'inscrire dans le cadre de la discipline qui doit être appliquée « *d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention* ».

913. Sur ce point, une question plus sociale que juridique se pose : est-il du devoir de l'État d'assurer le respect des parents ? La réponse est d'autant moins évidente que la Convention mentionne explicitement dans l'article 5, que l'État doit se garder d'intervenir dans l'éducation familiale de l'enfant, domaine auquel semble davantage appartenir la problématique du respect des parents.

Peu d'éléments viennent expliquer la présence du respect des parents dans la Convention relative aux droits de l'enfant. Il apert qu'il s'agit plus d'un gage donné aux parents, suite aux revendications de certaines délégations nationales, que d'une réelle mesure juridique. Le droit a parfois besoin de symboles. Les obligations sociales et citoyennes de l'enfant dans la Convention sont-elles du même ordre ou bien ont-elles une importance plus juridique ?

2. Les obligations sociales et citoyennes

914. À l'instar du respect des parents, la Convention ne prévoit pas explicitement d'obligations sociales et citoyennes à la charge de l'enfant. Elles sont pourtant évidemment nécessaires puisque le but de l'éducation est avant tout de permettre à l'enfant d'assumer « *les*

responsabilités de la vie dans une société libre »[1480]. Lors, réfutant à nouveau les principes antiques, la Convention ne peut pas isoler hermétiquement l'enfant de la société, de la cité. Il est donc impérieux que l'enfant soit chargé de certains devoirs, en harmonie avec sa capacité de développement, à l'égard de la cité.

Découlant de l'article 28, 1, a) de la Convention[1481] : l'enfant doit aller à l'école primaire, c'est obligatoire. La charge de rendre obligatoire l'enseignement primaire incombe à l'État, c'est donc sur lui que repose le devoir de rendre cette obligation effective. Le souci est que cette obligation d'aller apprendre est souvent en contradiction avec des impératifs économiques et sociaux. Car quand l'enfant est à l'école, il ne travaille pas aux champs ni n'aide ses parents.

De nouveau, la charge d'aller à l'école ne repose pas réellement sur l'enfant, même si l'absentéisme injustifié a vocation à être sanctionné de plus en plus par les États parties. La Convention ne demande pas aux États d'obliger l'enfant à aller à l'école, mais de faire tout leur possible pour que l'enfant ne soit pas handicapé pendant sa scolarité par des obligations familiales. À terme, la charge d'obliger l'enfant à aller à l'école est envisageable, mais l'objet de la Convention est surtout de le lui permettre en mettant les moyens nécessaires à cela.

915. La Convention prévoit d'autres devoirs moraux incombant à l'enfant mais dont la réalisation est toujours du ressort du système éducatif.

Le traité prend en compte dans sa rédaction des préoccupations modernes, en imposant notamment le respect dû à l'environnement[1482]. À nouveau, il s'agit d'un point qui ne peut pas donner lieu à sanction en dehors du cadre pénal. Contrairement au respect dû aux parents, il est envisageable qu'une sanction pénale de principe vienne réprimer un comportement non respectueux de l'environnement. Cette possibilité est beaucoup plus cohérente dans la mesure où il y a une corrélation entre le créancier du droit au respect de l'environnement et celui qui peut le faire respecter, ce qui n'est pas le cas pour le respect aux parents.

Enfin, la Convention tient compte d'obligations plus traditionnelles au travers du respect que l'enfant doit aux « *valeurs nationales du pays dans lequel il vit* »[1483]. Il ne faut pas

[1480] Article 29, 1, d) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1481] *Ibid.*, article 28, 1, a) : « *Ils rendent l'école primaire obligatoire et gratuit pour tous* ».
[1482] *Ibid.*, article 29, 1, e).
[1483] *Ibid.*, article 29, 1, c).

se méprendre sur cette disposition du traité, il n'est pas question de favoriser le nationalisme, mais de répondre à une exigence de certaines délégations au moment de la préparation de la Convention. D'ailleurs, loin du nationalisme, la Convention prévoit dans le même alinéa que l'enfant doit respecter les valeurs de son pays mais aussi celles des civilisations différentes de la sienne. Pour que ce respect se mue en obligation juridique, il importe, à nouveau, d'en identifier le créancier et les moyens dont il dispose pour rendre efficace cette obligation.

S'agissant des valeurs nationales de son pays, le créancier naturel de ce respect est l'État partie dont l'enfant est ressortissant. S'agissant de ses intérêts directs, favorisant la cohésion sociale et l'unité de la nation, la plupart des pays du monde ont intégré une législation qui réprime les outrages aux valeurs nationales, en même temps qu'ils ont adopté un système éducatif qui les promeut. En revanche, peu d'États parties disposent d'une législation condamnant les offenses faites aux valeurs des autres États. Cela reste une question relevant du domaine éducatif, question à laquelle le Comité des droits de l'enfant attache beaucoup d'importance :

> « *... l'enseignement des valeurs compte parmi les dimension importantes d l'éducation et devrait figurer dans les programmes scolaires à tous les niveaux. Il faudrait réviser en conséquence le matériel pédagogique* »[1484].

916. Il est notable que les obligations adressées à l'enfant sont particulièrement fragiles et difficiles à mettre en œuvre, en raison principalement de ce que le détenteur de la sanction n'est pas créancier de l'obligation ou qu'il ne lui appartient pas concrètement d'en favoriser l'efficacité. Il n'était pas évident d'incorporer concrètement des devoirs de l'enfant dans une Convention proclamant ses droits. À nouveau le compromis a fait son œuvre entre les différentes délégations rédactrices du texte, ce qui a permis d'incorporer, même dans une proportion relevant plus du symbole que du droit, certaines obligations naturelles à la charge de l'enfant.

L'enfant est libre, il dispose de beaucoup de prérogatives et de droits, de peu d'obligations et d'une protection efficace assurée par plusieurs acteurs.

[1484] Liban, CRC/C/15/Add.54, par. 33.

§ 2 – La protection de l'enfant

917. Motif rémanent des droits de l'enfant, sa protection est un principe constant depuis 1924, constant, mais flou. La Déclaration de Genève ne précise pas qui doit protéger l'enfant, pas plus que ne le fait la Déclaration de 1959. Ainsi, l'enfant doit-il être protégé depuis le début du siècle selon les outils juridiques internationaux, sans que sa protection ne soit effectivement confiée à un acteur.

La Convention de New York apporte un changement fondamental sur ce point et confie la protection de l'enfant à ses deux interlocuteurs majeurs : sa famille et l'État.

Comme il a déjà été vu, la vocation protectrice de la famille se fait dans le cadre de la responsabilité parentale imposé par la Convention[1485]. Il appartient à la famille de se révéler être une cellule naturellement protectrice pour l'enfant, sorte de cocon dont le rôle éducatif (par opposition au rôle d'instruction de l'État) doit suffire à assurer la quiétude de l'enfant.

Le Préambule de la Convention reprend celui de la Déclaration de 1959 dans l'idée que l'enfant, en tant qu'il n'est pas mature physiquement ou intellectuellement, nécessite une protection spéciale, notamment juridique.

Les dispositions relatives à la protection de l'enfant émaillent la Convention. Elles interviennent afin de le protéger au quotidien, que ce soit physiquement (A), moralement (B) ou juridiquement (C).

A – La protection physique de l'enfant

918. La convention attache une importance particulière à l'intégrité corporelle et sanitaire de l'enfant. De nombreux articles du texte sont consacrés à cette question, notamment les articles 6, 19, 22, 24. Ces dispositions se divisent en deux grands éléments, constitués par la protection de la vie de l'enfant (1) et la protection de son intégrité corporelle (2).

1. La protection de la vie de l'enfant

919. L'article 6 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant proclame que « *tout enfant a un droit inhérent à la vie* ». Ce droit inhérent à la vie n'est pas une nouveauté de la Convention. Si les précédents textes relatifs à l'enfant n'en font pas mention,

[1485] Cf. supra en page 522.

ce n'est pas le cas des autres outils internationaux portant sur les droits de l'homme[1486]. Le droit à la vie et la protection qui lui est liée, s'appuient sur deux axiomes distincts. Le premier est que tout enfant a le droit d'accéder à la vie, le second est que tout enfant a le droit de continuer à vivre.

De ces deux principes, le Comité des droits de l'homme tire deux conséquences : diminuer la mortinatalité (a), augmenter l'espérance de vie (b).

a. Réduction de la mortinatalité

920. Au risque de la répéter, la précision est importante : la diminution de la mortinatalité n'implique pas une remise en cause des législations nationales portant sur l'interruption de la grossesse. La question de l'enfant à naître a déjà été abordée et s'insère dans certaines dispositions éparses de la Convention.

Selon le Comité des droits de l'homme dans une de ses recommandations de 1982, le droit à la vie appelle de la part des États à des mesures positives. Ces mesures sont de plusieurs natures. Elles portent d'abord sur une promotion de l'alimentation et l'amélioration des conditions d'hygiène. Mais dans le cadre de la petite enfance et des situations néonatales, le Comité des droits de l'enfant a estimé que l'avortement et l'interruption volontaire de la grossesse pour des motifs thérapeutiques pouvaient porter atteinte au droit inhérent à la vie quand le recours à ces méthodes était assimilé à des solutions contraceptives. L'obligation des États tient à ce que les interruptions de grossesses ne soient pas généralisées au point de devenir des outils de régulation des naissances ou des méthodes de planification familiale. Il a exprimé une inquiétude sur ce point à la Russie[1487], ainsi qu'à la Roumanie[1488] et au Belarus[1489].

921. Dans certains cas[1490], le Comité peut également appeler l'État à mettre en place une législation permettant l'interruption thérapeutique de la grossesse quand il estime que les cas d'avortements clandestins du pays sont trop nombreux pour pouvoir être régulés par la

[1486] L'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques proclament un droit inhérent à la vie dont nul ne peut être privé arbitrairement.
[1487] « *Le Comité s'inquiète également du recours fréquent à l'avortement, qui paraît être une méthode de planification de la famille* » (Fédération de Russie, CRC/C/15/Add.4, par. 12).
[1488] « *Le Comité considère qu'il faudrait faire davantage d'efforts afin de dispenser une éducation familiale, de faire mieux comprendre les responsabilités égales des parents et de faire largement connaître les méthodes modernes de planification de la famille de manière à faire reculer la pratique de l'avortement* » (Roumanie, CRC/C/15/Add.16, par. 15).
[1489] « *Le Comité se déclare préoccupé par l'état de santé des enfants* [...] *et que les avortements sont fréquents* » (Belarus, CRC/C/15/Add.17, par. 9)
[1490] Palaos, CRC/C/15/Add.149.

sanction étatique[1491]. Dans certaines situations, l'avortement et la législation en faveur des interruptions de la grossesse sont une solution pour éviter les cas trop nombreux de mortalité infantile. Les questions autour de la diminution de la mortalité périnatale soulèvent des interrogations éthiques majeures que le Comité n'a pas abordées, laissant le soin aux États parties de mettre en place des organes de réflexion sur ces sujets. Au cœur de ces questionnements, celui de savoir si tout doit être fait pour sauver un enfant très prématuré ou gravement handicapé, au point que le pronostic vital le concernant soit en jeu. La lecture des principes fondamentaux de la Convention interdit d'opérer une discrimination dans le droit à la vie selon le handicap. Pourtant, certains États ont autorisé l'avortement thérapeutique lors de grossesses très avancées ou à terme quand les examens médicaux établissent un handicap massivement invalidant. Bien que ces cas contrarient la Convention, notamment son article 23 relatif aux enfants handicapés, le Comité n'est pas intervenu sur cette question. Il se contente occasionnellement de rappeler les termes du rapport de la seizième session, qui invitait assez fermement les États à revoir leur législation quand il apparaissait que l'avortement était prévu uniquement pour les enfants dépistés tardivement[1492].

922. Afin de diminuer la mortalité infantile, la Convention recommande également, à travers les dispositions de l'article 24, d'apporter aux mères « *des soins prénatals et postnatals appropriés* ». Les différents rapports relatifs à la santé des nouveau-nés montrent que les décès néonataux sont souvent dus à des paramètres annexes, liés à la précocité de la maternité et à l'environnement hygiénique. Pour cette raison, le Comité des droits de l'enfant porte une attention particulière aux mesures de santé préventives prévues par l'article 24, 2, f) de la Convention qui visent à protéger la mère de l'enfant et l'enfant à naître par le biais de vaccinations et de conseils en matière de planification familiale[1493].

À l'autre extrémité de la vie, la Convention appelle les États parties à faire en sorte que l'enfant puisse profiter de sa jeunesse. Il importe donc que les mesures de santé qui lui sont prodiguées favorisent au mieux l'allongement de son espérance de vie.

[1491] Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 juin 2000 relative aux nouvelles mesures et initiatives pour la mise en œuvre de la Déclaration et du Programme d'action de Beijing (A/RES/S-23/3).

[1492] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la seizième session* » ; septembre/octobre 1997, CRC/C/69, par. 338.

[1493] Notamment, lors de l'examen du rapport initial de la Géorgie (Géorgie, CRC/C/41/Add.4/Rev.1), le Comité des droits de l'enfant a été particulièrement alerté par la situation paradoxale de la situation de la vaccination contre la diphtérie dans le pays. Le Gouvernement de l'État avait reçu des moyens techniques et humains pour vacciner la population, mais n'a pas procédé à la campagne annoncée. Le Comité lui avait alors recommandé « *d'affecter les ressources appropriées à la mise en œuvre de la politique nationale de santé* » (Géorgie, CRC/C/15/Add.124).

b. Allongement de l'espérance de vie

923. La question de l'allongement de l'espérance de vie fait partie de l'économie générale du texte de 1989 et s'inscrit dans la lignée des textes qui l'ont précédé. L'objectif principal de la Convention, ainsi que des précédents textes, est de protéger physiquement l'enfant immature afin de préserver son existence des souffrances des adultes. C'est pour cette raison que le Comité des droits de l'enfant a érigé le droit à la vie de l'article 6 au rang de principe fondamental.

De très nombreuses dispositions de la Convention sont orientées vers la protection de la santé générale de l'enfant et contre toute atteinte à son existence ou à son intégrité corporelle. La première mesure, discernable sous l'article 6 de la Convention et précisée dans l'article 37, a) prohibant le recours à la peine capitale pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans. Ces mesures ne sont pas des nouveautés de la Convention, d'autres outils juridiques internationaux s'étaient élevés contre la sanction suprême sur l'enfant[1494]. La question de la peine de mort infligée aux enfants trouve des répercussions notables dans l'un des deux États qui n'ont pas ratifié la Convention : les États-Unis. Dans le rapport devant la Commission des droits de l'homme de 2001[1495], il a été mentionné le fait que treize mineurs avaient été exécutés depuis 1990[1496]. Les États parties opposent principalement au Comité que les jugements contre les mineurs ne prononcent pas la peine capitale en châtiment de leurs crimes, ils se contentent d'infliger des peines moins définitives. Mais le Comité récuse cet argument, estimant que la pratique judiciaire ne suffit pas à mettre l'État en accord avec les obligations qu'il a souscrites. Il énonce que cette interdiction doit être confirmée par la législation de l'État. Le Comité des droits de l'enfant estime que les moratoires[1497] contre la peine de mort infligée aux mineurs ne sont pas une mesure suffisante.

[1494] Article 6, 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « *Une sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de dix-huit ans* ».

[1495] Commission des droits de l'homme : « *Cinquante-septième session, compte-rendu analytique de la neuvième séance* » ; E/CN.4/2001/9, par. 79.

[1496] À noter toutefois que depuis un arrêt de la Cour suprême des États-Unis du 1er mars 2005 (ROPER Vs. SIMMONS), la peine capitale ne peut plus être infligée contre une personne qui n'avait pas dix-huit ans au moment des faits qui lui sont reprochés. Se fondant sur le huitième Amendement à la Constitution fédérale qui interdit notamment les « *peines cruelles ou inhabituelles* », la majorité de la Cour se pose ensuite la question de la proportionnalité de la peine capitale à l'égard d'un mineur. Elle considère essentiellement que les personnes mineures ne peuvent se voir appliquer le même traitement pénal que les adultes du fait de leur manque de maturité et de sens des responsabilités. S'agissant d'un traitement disproportionné eu égard aux caractéristiques psychologiques généralement reconnues aux personnes âgées de moins de dix-huit ans, la peine de mort doit donc être évitée à l'égard de tout meurtrier mineur.

[1497] La République démocratique du Congo a décidé un moratoire sur la peine de mort des mineurs qui ne satisfait nullement le Comité des droits de l'enfant (République démocratique du Congo, CRC/C/15/Add.153).

D'autres dispositions sont teintées de la même coloration protectrice de la santé et de l'intégrité corporelle de l'enfant. Ainsi en va-t-il de la prohibition de toutes les formes de violence prescrite par l'article 19 de la Convention, et des mesures relatives à l'accès à la santé prévues par l'article 24. La quête de l'intégrité sanitaire de l'enfant et le travail pour le prolongement de son espérance de vie passent aussi par des mesures plus ciblées en rapport avec des fléaux sociaux et médicaux plus modernes. Les préoccupations sur la peine de mort et sur la santé en général ne sont pas contemporaines de la Convention de New York, elles étaient déjà visibles dans les outils antérieurs au traité.

924. La Convention de New York va s'appliquer à mettre en avant des fléaux plus modernes ciblant davantage l'enfant afin que la protection de l'État soit plus efficace sur ces points sensibles. C'est notamment l'objet de l'article 33 de la Convention visant à protéger l'enfant « *contre l'usage illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* ». La question ne s'était pas posée dans les déclarations qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale, car ce n'était pas encore un problème majeur. Ce n'est plus le cas aujourd'hui, ce depuis la fin des années 1980. La prise de conscience internationale sur cette calamité mondiale affectant dangereusement l'enfant a permis de tisser un important écheveau de traités pour lutter contre la drogue en général, et ses conséquences sur l'enfance en particulier. De nouveau, le texte de 1989 apparaît comme le centre de la toile internationale de lutte contre l'usage des stupéfiants par des enfants, d'ailleurs, l'article 33 du traité mentionne « *les conventions pertinentes* » en la matière[1498]. Les précédents traités internationaux avaient pour vocation de lister les substances chimiques afin d'en réglementer l'usage et la vente. La Convention de 1988, prenant acte de l'augmentation du trafic de la drogue dans le monde, décide de mettre en place une coopération internationale pour lutter efficacement contre le trafic. Elle s'appuie sur le fait que la culture, le raffinage et la vente de ces substances est destructrice pour la population, en même temps qu'elle en exploite la misère et les douleurs. Ces textes n'abordaient pas l'implication des enfants dans ces trafics ni les conséquences que les drogues peuvent avoir sur leur santé. Lors de la rédaction de la Convention, certains États avaient estimé que les principes posés par les articles 6, 19 et 24 du traité suffisaient à lutter efficacement contre les effets de la drogue sur l'enfant.

[1498] Les principales Conventions sur le sujet sont le Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961. Elle remplace les précédentes conventions sur le sujet. Le deuxième outil international est la Convention sur les substances psychotropes du 21 février 1971. Il existe également une Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 20 décembre 1988.

Le maillage des dispositions de la Convention aurait suffi à lutter contre l'usage de stupéfiants par l'enfant. En effet, cela aurait contrarié tant son droit à la survie, que la proscription absolue de la violence ou son droit au meilleur état de santé. Mais cela n'aurait pas permis de lutter contre l'utilisation de l'enfant dans le trafic et la fabrication de ces substances. L'idée développée par l'article 33 de la Convention de New York sera reprise par l'article 3 de la Convention sur les pires formes de travail des enfants du 17 juin 1999[1499].

La rédaction de l'article 33 en permet un usage étendu. La Convention ne cherche pas à lutter contre l'utilisation des stupéfiants par les enfants mais vise sa protection contre leur usage illicite, indépendamment de la personne qui fait usage de stupéfiants. Cette rédaction permet de protéger l'enfant contre l'usage que ses parents peuvent faire de substances illicites ou psychotropes. De nouveau, la santé de l'enfant à naître est mise en avant, puisque les conséquences des stupéfiants sur l'embryon ou le fœtus sont bien connues, pouvant entraîner des handicaps physiques ou mentaux ou des souffrances dès la naissance ou encore une dépendance précoce à la drogue. Sur ces points, le Comité des droits de l'enfant a exhorté de nombreux États parties à prendre des mesures efficaces pour lutter contre l'usage des stupéfiants par les enfants[1500], tout en encourageant les parents à assurer leur rôle de prévention et de protection de la santé de leur enfant[1501].

La protection de l'enfant contre l'usage des stupéfiants peut prendre plusieurs formes. Le Comité des droits de l'enfant ne semble pas privilégier la répression comme un mode de lutte parmi les plus efficaces. Il insiste davantage sur des mesures de substitutions économiques afin que les personnes qui vivent de la culture des matières premières permettant la fabrication de drogue puissent bénéficier d'une autre source de revenus. Dans ce but, le Viêt-Nam a développé une aide importante pour que les cultivateurs aient d'autres ressources que celles tirées du produit de leurs récoltes[1502].

[1499] Article 3, c) de la Convention sur les pires formes de travail des enfants du 17 juin 1999 : « *... l'expression* les pires formes de travail des enfants *comprend* […] *l'utilisation, le recrutement ou l'offre d'un enfant aux fins d'activités illicites, notamment pour la production et le trafic de stupéfiants tels que les définissent les conventions internationales pertinentes* ».

[1500] Inde, CRC/C/15/Add.115, par. 72 et 73 ; Belarus, CRC/C/15/Add.17, par. 10 ; Royaume-Uni, CRC/C/15/Add.34, par. 38 ; Ghana, CRC/C/15/Add.73, par. 46 ; Fédération de Russie, CRC/C/15/Add.110, par. 61 et 62 ; Sierra Leone, CRC/C/15/Add.116, par. 84 ; Arménie, CRC/C/15/Add.119, par. 52 et 53 ; Afrique du Sud, CRC/C/15/Add.122, par. 38 ; Géorgie, CRC/C/15/Add.124, par. 65 ; Kirghizistan, CRC/C/15/Add.127, par. 58 ; Suriname, CRC/C/15/Add.130, par. 56 ; Djibouti, CRC/C/15/Add.131, par. 56 ; Colombie, CRC/C/15/Add.137, par. 66 ; République centrafricaine, CRC/C/15/Add.138,par. 81.

[1501] Cf. supra en page 538.

[1502] « *Au Viêt-Nam, et plus particulièrement dans les régions montagneuses, l'opium est l'une des principales ressources agricoles et cela continuera sans doute jusqu'à ce que des cultures de remplacement soient introduites à grande échelle, ce qui n'ira pas sans d'importantes dépenses. Le gouvernement a enregistré un*

925. La protection de la santé de l'enfant, et notamment l'allongement de son espérance de vie, ne répond pas uniquement à des questions de mortalité, mais irrigue parfois l'intégralité des questions économiques du pays. Cela montre, comme le sous-entend le Comité des droits de l'enfant, que le sujet de la vie de l'enfant ne peut pas se régler simplement par des mesures législatives, mais qu'il importe, comme pour la plupart des applications de la Convention, que l'État s'implique réellement dans la mise en œuvre des mesures qu'il prend.

Malgré les soins pris par l'État pour protéger la vie et la santé de l'enfant, il peut lui arriver d'être victime de violences ou de meurtrissures. À ces occasions, l'État doit faire en sorte que l'enfant soit aidé pour qu'il retrouve la pleine capacité de ses facultés corporelles. L'État doit veiller à l'intégrité physique de l'enfant.

2. La protection du corps de l'enfant

926. En hissant les stipulations de l'article 6 au pinacle des principes généraux de la Convention et en proclamant dans l'article 19 la prohibition de toutes les violences à l'encontre de l'enfant, la Convention de New York donne au corps de l'enfant les reflets d'une inviolable intégrité. La nouveauté ne se situe pas tant dans l'exigence d'inviolabilité du corps de l'enfant – déjà affirmée par la Déclaration de Genève[1503] et par celle de 1959[1504] – que dans la condamnation des actes de violences et la charge incombant à l'État d'assurer la protection du corps de l'enfant.

Nonobstant les précautions qu'elle prend pour éviter que l'enfant ne soit soumis à des souffrances, la Convention n'a pas pu faire l'impasse sur l'obligation corollaire de l'État : celle de soigner l'enfant blessé.

927. Le rôle de l'État dans la protection de l'intégrité corporelle de l'enfant est vaste. Il est principalement défini entre les mots de l'article 19 de la Convention qui, visant indistinctement « *toute forme de violence* », condamne l'agression de l'enfant d'où qu'elle vienne. En septembre 2000 et en septembre 2001, le Comité des droits de l'enfant a tenu deux

---

certain succès dans ce domaine en offrant aux paysans une aide financière et de la semence de maïs à fort rendement, et la taxe agricole sur le maïs a été supprimée afin d'augmenter les revenus qui peuvent être tirés de cette culture » (Viêt-Nam, CRC/C/3/Add.4, par. 252).

[1503] Article 3 de la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924 : « *L'enfant doit être le premier à recevoir secours en cas de détresse* ».

[1504] Principe 9 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 : « *L'enfant doit être protégé contre toute forme de négligence, de cruauté et d'exploitation…* ».

journées de débats sur les violences perpétrées contre l'enfant. La première journée[1505] mettait en avant les violences exercées par l'État, la seconde journée[1506] insistait sur les violences commises par la famille ou l'école.

La violence de l'État à l'encontre de l'enfant transite par l'arsenal pénal que l'État lui applique. Sur ce point, le Comité a vivement incité les États parties à prendre des mesures abolissant la peine de mort quand elle réprime un crime commis par une personne de moins de dix-huit ans. Le Comité a également recommandé aux États de conformer leur législation aux termes de la Convention en prévoyant un droit pénal des enfants qui prennent en compte leur fragilité et leur capacité à avoir une intention délinquante.

La violence commise par l'État peut également se manifester par un biais plus subtil et moins tangible, celui des violences policières. Même si ces brimades policières sont rarement mises en avant par les États parties dans leurs rapports, le recours aux organisations non gouvernementales sur le terrain permet au Comité d'en être tenu informé. Le Comité condamne sans équivoque ces agissements. Il estime qu'il s'agit de comportements policiers contre des enfants des rues qui y vivent ou qui y travaillent. Ces enfants des rues sont souvent assimilés à des vagabonds ou des fugueurs par la législation interne du pays. Le Comité estime que la répression systématique de ces comportements par la loi pénale du pays n'est pas conforme à la Convention. Il espère que ces pays réviseront leurs lois en la matière et sensibiliseront les fonctionnaires de police afin d'éviter que leur comportement n'affecte l'intégrité physique de l'enfant[1507].

928. L'enfant doit également être tenu éloigné de toute forme de violence dans sa famille ou à l'école. Les principes directeurs déjà étudiés sur la question établissent la volonté de la Convention que l'enfant soit éduqué et élevé dans une forme de respect mutuel étranger à toute forme de violence[1508].

Malgré les précautions prises par la Convention pour qu'aucune atteinte à l'intégrité corporelle de l'enfant ne soit envisageable, il incombe à l'État, à côté de son obligation de prévenir l'atteinte, celle de la guérir.

[1505] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingt-cinquième session* » ; septembre/octobre 2000, CRC/C/100.
[1506] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingt-huitième session* » ; septembre/octobre 2001, CRC/C/111.
[1507] Bangladesh, CRC/C/15/Add.74 ; Suriname, CRC/C/15/Add.130 ; République centrafricaine, CRC/C/15/Add.138 ; Lesotho, CRC/C/15/Add.147.
[1508] Cf. supra en page 524.

929. Quand l'enfant est blessé, qu'il est meurtri dans sa chair, l'État a le devoir de le soigner. Cette idée a déjà été développée dans les Déclaration antérieures[1509]. Si les dispositions sont nombreuses et diverses concernant la prévention de la violence chez l'enfant, celles en rapport avec les soins qui doivent lui être prodigués en cas de souffrance sont assez rares. Il existe trois articles[1510] qui traitent des obligations de l'État face à l'enfant qui souffre.

Le premier est l'article 39 de la Convention qui énonce que « *les États 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 conflits armés* ». Cet article est le pendant thérapeutique des mesures préventives contre la violence et les conflits armés. Il est l'affirmation que l'État ne peut pas concrètement annihiler toute violence sur son territoire à l'encontre des personnes et en particulier des enfants. La particularité de cette disposition est de mettre à la charge de l'État la mise en place de structures directement destinées à la spécificité de l'enfant. S'il peut bénéficier du même accès aux soins que ses aînés, les traitements, visant sa réadaptation physique ou psychologique, ne doivent pas lui être administrés de la même façon. Il importe donc que les États forment des personnels particulièrement attentifs à la personne de l'enfant afin que les soins, conformément à l'article 39 *in fine*, soient délivrés « *dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant* »[1511]. La douleur ou la souffrance de l'enfant, ne se traite pas de la même façon que celle de l'adulte. Le Comité des droits de l'enfant veille à ce que les États parties mettent en place ses structures, soit de façon autonome, soit en faisant appel aux organisations sanitaires internationales comme la Croix-Rouge[1512].

[1509] Article 2 de la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924 et le principe 4 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959.
[1510] Cf. supra en page 639.
[1511] Dans cette direction, plusieurs mesures ont été proposées. Voir notamment la lettre datée du 19 septembre 1996, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent de la Suède auprès de l'Organisation des Nations Unies (A/51/385). Dans cette lettre, l'Ambassadeur de Suède auprès des Nations Unies intervient auprès du Secrétaire général pour lui faire par du plan d'action pris par le Congrès mondial contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales. Ce plan appelle les pays à mettre en place des structures appropriées et du personnel spécialement formé aux questions liées à l'enfance, partant du constat qu'une souffrance enfantine ne se soigne pas comme une souffrance adulte.
[1512] Notamment l'examen des rapports des Îles Fidji (Fidji, CRC/C/15/Add.89), de la Pologne (Pologne, CRC/C/15/Add.31), du Danemark (Danemark, CRC/C/15/Add.33), du Royaume-Uni (Royaume-Uni, CRC/C/15/Add.34), de l'Ukraine (Ukraine, CRC/C/15/Add.42), du Nigéria (Nigéria, CRC/C/15/Add.61), de la Bulgarie (Bulgarie, CRC/C/15/Add.66) et du Myanmar (Myanmar, CRC/C/15/Add.69).

La question de la réadaptation de l'enfant touche tous les domaines, et l'intervention de l'État doit couvrir toutes les possibilités, qu'il s'agisse d'exploitation sexuelle, économique ou autre[1513]. La notion de « *mesures appropriées* » notée dans l'article 39 incite à constater que chaque souffrance doit avoir une réponse thérapeutique[1514] pertinente. Le Comité des droits de l'enfant ne s'exprime pas de façon détaillée sur les traitements que les enfants victimes doivent suivre, il se contente de recommander aux États parties de ne pas occulter le besoin d'assistance psychologique au profit de l'aide physique. Dans le cadre des enfants victimes de conflits armés, il invite les États parties dont les populations ont été touchées, à « *répondre aux besoins physiques des enfants victimes du conflit armé, notamment des enfants amputés, ainsi qu'aux besoins psychologiques de tous les enfants touchés* »[1515].

L'article 39 met en place le principe général de la réadaptation de l'enfant victime de violences. La Convention connaît également des cas particuliers, soit que l'enfant soit victime de la politique de l'État dont il est ressortissant, soit qu'il soit victime de violences dans sa famille. [1516].

930. L'article 22 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit le statut du réfugié enfant. Cet article répond à une préoccupation majeure soulevée par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés qui estime que sur 22 millions de réfugiés dans le monde, une dizaine de millions seraient des enfants. L'article 22 du traité fait référence au droit international pour définir la notion de réfugié. Cette définition a notamment

---

[1513] Relativement au monde du travail des enfants, le Bureau international du travail a publié en 1998 un rapport sans concession sur la question (Bureau international du travail : « *Le travail des enfants, l'intolérable point de mire* » ; BIT, 1998). Après avoir dressé un tableau accablant sur le sujet, il tente d'apporter des éléments de réponse à la réadaptation de l'enfant dont la protection en amont échappe à la vigilance de l'État. Il insiste sur le fait que l'accent doit être mis sur une réadaptation adéquate et en prise avec la réalité psychologique et physique de l'enfant : « *Un enfant que l'on soustrait au monde du travail devrait pouvoir bénéficier d'une aide dans différents domaines, et cela d'autant plus s'il n'a pu se développer normalement parce qu'il a été réduit en servitude, qu'il a été exploité dès son plus jeune âge, qu'il a dû se prostituer, qu'il a vécu et travaillé dans la rue, sans famille ni environnement social stable. Ces enfants ont besoin non seulement de services fondamentaux comme l'éducation, la formation, la santé, la nutrition, mais aussi d'un suivi intensif, de sécurité et souvent aussi d'une aide juridique. Un certain nombre de programmes fournissent de tels services à ces enfants dans des centres où ils peuvent séjourner et récupérer.*
L'expérience montre que ces enfants ont besoin de l'aide de toutes sortes de spécialistes : travailleurs sociaux, pédiatres, psychiatres » (Bureau international du travail : « *Le travail des enfants, l'intolérable point de mire* » ; BIT, 1998, p. 76).

[1514] À cet égard, la réponse à la réadaptation n'est pas nécessairement thérapeutique. Il peut également s'agir, pour l'enfant délinquant, d'une réadaptation juridique dans un cadre qui lui soit particulièrement adapté, conformément à l'article 40 de la Convention relatif à l'administration de la justice des mineurs.

[1515] Comores, CRC/C/15/Add.141.

[1516] Bangladesh, CRC/C/15/Add.74 ; Suriname, CRC/C/15/Add.130 ; République centrafricaine, CRC/C/15/Add.138 ; Lesotho, CRC/C/15/Add.147.

été donnée par l'article 1er de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Une définition synthétique permet de dire qu'il s'agit d'une « *personne de nationalité étrangère, victime de persécutions dans son État d'origine, qui trouve protection dans un État d'accueil* »[1517]. Cette disposition de la Convention paraît obliger les États à protéger l'enfant contre les persécutions d'un autre État. Elle ne s'assimile pas aux dispositions de l'article 39 sur la réadaptation de l'enfant victime de violence, où l'État vient soigner les dysfonctionnements de sa vigilance par rapport à la prohibition de la violence. L'article 22 sonne davantage comme l'aveu que certains États, quoique parties à la Convention, viendront en corrompre les dispositions par la persécution d'enfants. La mise en place, au cœur d'une convention sur les droits de l'enfant, d'une disposition prévoyant qu'un État doive tout mettre en œuvre pour protéger l'enfant contre les agissements d'un autre État explique que les débats autour de cet article furent particulièrement vifs[1518]. L'article 22 du traité permet à un État partie de prendre le relais de la protection de l'enfant contre un autre État, à la condition essentielle que l'enfant quitte son pays pour pénétrer sur celui d'un autre membre de la Convention. L'article 22 ne permet pas de protéger les enfants qui sont victimes de déplacements massifs sur le territoire de l'État dont ils sont ressortissants. Cette limite juridique a considérablement contrarié le mode d'action du Comité des droits de l'enfant[1519], qui, ne pouvant pas invoquer de dispositions précises sur ce sujet, a renvoyé plusieurs États[1520] aux considérations générales de la Convention, notamment la combinaison des articles 3 et 6 concernant l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit inhérent à la vie et à la survie. [1521].

[1517] R. CABRILLAC (dir) : « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » ; Litec 2002 p. 322.
[1518] Conseil économique et social des Nations Unies : « *Rapport de la commission des droits de l'homme sur sa trente-huitième session* » ; 15 mars 1982, E/CN.4/1982/30/Add.1.
[1519] Voir notamment les recommandations très pressantes qui ont été faites au Burundi lors de l'examen de son rapport (Burundi, CRC/C/3/Add.58). Dans ses recommandations, le Comité des droits de l'enfant, s'appuyant sur l'article 22, énonce que l'État doit tout mettre en œuvre pour que le sort des enfants déplacés massivement à l'intérieur de son territoire, soit examiné. L'examen du rapport par le Comité (Burundi, CRC/C/15/Add.133) datant de septembre 2000, le Comité n'aurait pas pu invoquer les dispositions du Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés qui n'est entré en vigueur que le 12 février 2002. Par ailleurs, le Burundi a signé ce protocole le 13 novembre 2001 mais ne l'a pas ratifié. Le Comité ne pouvait pas davantage invoquer l'article 11 de la Convention qui ne fait référence qu'aux « *déplacements et* […] *non-retours illicites d'enfants à l'étranger* ».
[1520] Burundi, CRC/C/15/Add.133 ; Géorgie, CRC/C/15/Add.124 et Colombie, CRC/C/15/Add.137.
[1521] Bangladesh, CRC/C/15/Add.74 ; Suriname, CRC/C/15/Add.130 ; République centrafricaine, CRC/C/15/Add.138 ; Lesotho, CRC/C/15/Add.147.

Une autre disposition de la Convention vient suppléer les parents quand la cellule familiale, au lieu de présenter les caractères de quiétude et d'amour évoqués notamment par la Déclaration des droits de l'enfant de 1959[1522], est un lieu de violence pour l'enfant.

931. L'article 9 de la Convention pose, dans son premier alinéa, le principe et l'exception :

> « *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 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* ».

Le principe posé par cet article est répété à plusieurs reprises dans la Convention : la famille est le lieu normal, privilégié de l'apprentissage de la vie en société et d'épanouissement physique et psychologique de l'enfant. Mais aussitôt, la fonction de garantie de l'État[1523] fait surface quand la famille n'assure pas convenablement son rôle protecteur (négligences) ou quand elle représente un danger pour l'enfant (maltraitance). Une nouvelle facette du rôle de l'État paraît ici à plusieurs titres. D'abord, il ne s'agit pas de ne protéger l'enfant que dans l'hypothèse d'une action positivement dangereuse de la famille à l'égard de l'enfant. Le simple cas d'une maltraitance appelant immédiatement une réaction de la part de l'État.

Lorsque l'enfant est séparé de sa famille parce que son intérêt l'exige, l'article 20 de la Convention prévoit qu'il « *a droit à une protection et une aide spéciales de l'État* ». La densité de cet article montre que l'État ne doit pas se contenter de « *la protection et des soins nécessaires* » prévus par l'article 3, 2 du traité. Il s'agit d'assurer à l'enfant privé de son milieu familial une protection et une aide plus intenses que celles que l'État lui aurait accordées s'il n'avait pas été éloigné de ses parents. Le Comité attend donc davantage de soins de la part de l'État. Garant de l'intérêt supérieur de l'enfant, il lui appartient d'accompagner la mesure d'éloignement de façon que l'enfant ne soit pas trop traumatisé par

[1522] Principe 6 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 : « *L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension…* ».
[1523] Cf. supra en page 561.

la séparation, d'autant que, privés de la surveillance constante et normale de sa famille, l'enfant éloigné de ses parents est la proie facile pour tout type de sévices et d'exploitation.

932. L'ensemble de ces dispositions montre que la santé de l'enfant est une préoccupation cruciale de la Convention de New York. Objet des plus vives préoccupations, l'enfant doit vivre dans un sanctuaire de paix et d'harmonie, bénéficiant des meilleurs soins et services de santé. La famille d'abord, l'État ensuite, assurent son bien-être et préviennent les agressions contre sa personne ou soignent ce qui a échappé à leur vigilance.

La Convention ne serait pas complète si, aux côtés de la protection physique de l'enfant, n'existait également une protection morale.

B – La protection morale de l'enfant

933. L'article 5 de la Convention de New York met en place l'autonomie parentale pour l'éducation morale de l'enfant dans le respect des droits énoncés par le traité. Le gouvernement moral de l'enfant ainsi confié à la famille n'élimine pas pour autant la promotion des valeurs morales par l'État, en tant qu'il se présente également comme un interlocuteur pour l'élévation intellectuelle de l'enfant.

La vie familiale et l'éducation des valeurs morales par les parents ne sont pas prévues par la Convention, en dehors d'aspects généraux[1524]. En revanche, le rôle pédagogique de l'État est organisé par la Convention, dans un cadre toutefois assez lâche. De la même façon que pour ce qui concerne sa protection physique, le rôle de l'État est double. Il lui appartient, d'une part d'insuffler à l'enfant des valeurs éducatives nobles, en relation directe avec les canons affirmés par la Déclaration universelle des droits de l'homme (1) ce qui exige certaines conditions cumulatives ; en même temps qu'il doit veiller à la protection concrète de cette moralité (2), quitte à prendre des dispositions de protection qui interfèrent avec la primauté parentale sur l'éducation de l'enfant.

1. Les valeurs éducatives

934. Que l'enfant doive être éduqué et élevé dans le respect de sentiments nobles, n'est pas une originalité de la Convention de 1989. La Déclaration de Genève de 1924 prévoyait déjà dans son cinquième article que l'enfant devait « *être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualité devront être mises au service de ses frères* » ; la Déclaration de 1959

[1524] Cf. supra en page 535.

prévoyait *in fine* dans son ultime principe que « *l'enfant doit être élevé dans un esprit de compréhension, de tolérance, d'amitié entre les peuples, de paix et de fraternité universelle, et dans le sentiment qu'il lui appartient de consacrer son énergie et ses talents au service de ses semblables* ».

La nouveauté de la Convention ne tient pas dans le domaine des principes que l'enfant doit acquérir mais, une nouvelle fois, dans la mutation de ce qui relevait de sentiments dans les Déclarations antérieures en références juridiques. Il est possible de reprocher à la Convention de New York d'avoir rendu austère voire aride, ce qui relevait autrefois de nobles sentiments pour le muer en références juridiques. Ce serait faire peu de cas de l'économie générale du texte et de son but : rendre opposable juridiquement ce qui ne relevait auparavant que de vœux d'intentions salutaires ou d'une pétition de principes difficilement applicables. Sacrifier la générosité des sentiments à la rigueur du droit rend efficace ce qui ne l'était guère[1525].

935. Le texte de l'article 29 de la Convention traite des domaines que l'éducation dispensée par l'État doit aborder avec l'enfant. L'article 29, 1, b) demande que l'éducation vise à « *inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et les principes consacrés dans la Charte des Nations Unies* ». Cette stipulation renvoie à trois exigences *a priori* difficilement dissociables.

La première exigence est que les droits de l'homme, les libertés fondamentales et la Charte des Nations Unies soient intégrés dans les programmes scolaires. Pour la plupart des États ayant ratifié la Convention relative aux droits de l'enfant, la difficulté est légère, il leur appartient de faire en sorte que l'enfant soit sensibilisé notamment aux droits que lui reconnaît le traité. Mais la particularité de la Convention, en application de ses articles 46 et 47, est d'être ouverte à la signature et à la ratification de tous les États, peu important qu'ils soient membres de l'Organisation des Nations Unies par ailleurs. Ceci induit qu'un État peut avoir adhéré à la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 sans pour autant avoir adhéré à la Charte des Nations Unies. Si c'est le cas, les principes prévus par le chapitre I de la Charte du 26 juin 1945 sont difficilement intégrables à l'éducation des enfants de l'État, ce qui met en évidence que certains États[1526] ont adhéré à un instrument juridique mettant à leur charge

[1525] Alors que le terme « *sentiment* » était présent dans les déclarations antérieures, il a totalement disparu du texte de la Convention de New York.

[1526] Notamment la Suisse qui n'a ratifié la Charte que le 20 septembre 2002 alors qu'elle a ratifié la Convention de New York dès 1993 ou le Tuvalu qui a adhéré à la Convention relative aux droits de l'enfant en octobre 1995

des obligations qu'ils savaient avoir des difficultés à assumer, non en raison d'indisponibilités budgétaires ou de contrariétés juridiques internes, mais parce qu'ils n'ont pas préalablement ratifié un instrument international antérieur.

936. La deuxième exigence qui s'éloigne un peu de l'éducation *stricto sensu* est l'indispensable sensibilisation des enseignants aux droits de l'homme et autres libertés fondamentales. Le Comité des droits de l'enfant insiste sur une formation continue et à long terme qui ne doit pas se limiter à l'insertion dans les programmes scolaires de mentions sur les droits de l'enfant, ou ceux de l'homme. Il importe que les personnes en charge de la transmission des valeurs des droits de l'homme y soient eux-mêmes sensibilisés. Le Comité a adressé la recommandation suivante au Costa Rica en insistant sur le besoin de « *sensibiliser en permanence les maîtres aux droits fondamentaux de la personne* »[1527].

937. Enfin, la troisième exigence cumulative pour que l'application de l'article 29, 1, b) de la Convention soit suivie d'effets visibles, est que l'environnement social de l'enfant soit lui-même respectueux des droits que l'État lui inculque. L'éducation de l'enfant par l'État n'est pas restreinte à la transmission des connaissances et des valeurs dans les écoles. Il est nécessaire que le quotidien de l'enfant soit également le reflet de ce qu'il apprend. Dans son observation générale adoptée à l'issue de sa vingt-sixième session en 2001, le Comité des droits de l'enfant a lui-même insisté sur ce point en déclinant les différentes situations où l'éducation devait mettre l'accent sur les droits de l'homme :

> « *L'éducation dans le domaine des droits de l'homme devrait consister à faire connaître la teneur des instruments relatifs aux droits de l'homme. Néanmoins, les enfants devraient également faire l'apprentissage des droits de l'homme en constatant l'application dans la pratique des normes dans ce domaine, tant dans la famille qu'à l'école ou au sein de la communauté* »[1528].

938. Il semble que la cumulation de ces trois exigences soit nécessaire pour assurer la cohérence de l'article 29, 1, b). Effectivement, si une des conditions fait défaut, la cohérence de l'ensemble vacille et l'efficacité réelle de la disposition s'en trouve affectée. Il n'est pas

---

et qui n'a ratifié la Charte des Nations Unies qu'en septembre 2000. Il est à noter qu'aucun de ces deux pays n'a formulé de réserve sur leur application de l'article 29 de la Convention.

[1527] Costa Rica, CRC/C/15/Add.117.

[1528] Comité des droits de l'enfant : « *Observation générale n°1 : les buts de l'éducation* », *in* Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001, HRI/GEN/1/Rev.5, pp. 260-268.

envisageable qu'un État qui ne respecte pas les droits de l'homme ou les principes de la Charte des Nations unies puisse prétendre poursuivre les buts de l'éducation définis par la Convention en se contentant d'inculquer les valeurs nobles des grands principes internationaux. *A fortiori*, il ne semble pas possible qu'un État qui n'a pas adhéré à la Charte ou à la Déclaration universelle des droits de l'homme puisse assurer pleinement et consciencieusement son devoir éducatif. C'est la raison pour laquelle le Comité des droits de l'enfant insiste régulièrement sur le fait que le processus d'enseignement des droits de l'homme s'inscrit dans « *une campagne d'information permanente, s'adressant à la fois aux enfants et aux adultes* »[1529], la sensibilisation efficiente des premiers passant forcément par celle des seconds.

Dans ce sens, il est demandé aux États de veiller à ce que les parents soient également sensibilisés à leurs devoirs moraux à l'égard de leur enfant. Les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile[1530] estime que la rentabilité de l'éducation parentale est prouvée concernant la prévention de la délinquance juvénile et l'accompagnement moral de l'enfant. Afin de promouvoir cela, le Comité des droits de l'enfant a demandé à de nombreux États – dans lesquels la population primo-parentale est assez jeune – à « *s'employer davantage à une préparation à la vie de famille et sensibiliser les parents à leurs responsabilités* »[1531].

La promotion active des valeurs morales auprès de l'enfant peut cependant être altérée par des facteurs extérieurs. La moralité de l'enfant ne doit pas seulement être éduquée, elle doit également être protégée.

2. La protection de la moralité de l'enfant

939. La protection de la moralité de l'enfant apparaît déjà dans les textes de 1924[1532] et 1959[1533]. Rituellement, les limites de ces énonciations se trouvent dans l'identification des

[1529] Portugal, CRC/C/15/Add.45.
[1530] Dits « *Principes directeurs de Riyad* » ; adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n°45/112 du 14 décembre 1990.
[1531] Philippines, CRC/C/15/Add.29 ; Yougoslavie, CRC/C/15/Add.49, par. 33 ; Namibie, CRC/C/15/Add.14, par. 22 ; Roumanie, CRC/C/15/Add.16, par. 15 ; Honduras, CRC/C/15/Add.24, par. 27 ; Royaume-Uni, CRC/C/15/Add.34, par. 30 ; Bulgarie, CRC/C/15/Add.66, par. 28 ; Panama, CRC/C/15/Add.68, par. 30 ; Thaïlande, CRC/C/15/Add.97, par. 22 ; Afrique du Sud, CRC/C/15/Add.122, par. 22 ; Burundi, CRC/C/15/Add.133, par. 47 ; Turquie, CRC/C/15/Add.152, par. 42.
[1532] Article 2 de la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924 : « *…l'enfant dévoyé doit être ramené…* ».
[1533] Principe 6 de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 : « *... Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle…* ».

entités qui doivent ramener l'enfant dévoyé ou l'entourer d'une sécurité morale et matérielle. L'article 5 de la Convention de 1989 expose que la sauvegarde de la moralité de l'enfant appartient concurremment à la famille et à l'État. La liberté que l'État doit laisser aux parents et autres responsables de l'enfant dans le cadre de son éducation, montre que la notion de « *conseils appropriés* » absorbe le devoir de veiller à la bonne moralité de l'enfant et à le ramener sur ce chemin s'il advenait qu'il s'en éloigne. Néanmoins, l'interprétation holistique du texte, à laquelle est très attaché le Comité des droits de l'enfant, met en lumière, grâce à l'article 9 de la Convention, que si l'intérêt supérieur de l'enfant le commande, l'État peut veiller à son bien-être, prenant alors le pas sur les parents défaillants. L'intérêt supérieur de l'enfant est présent dans la protection physique de l'enfant, il ne fait aucun doute qu'il se trouve également dans la protection de sa moralité. Mais tandis que l'article 9 semble être le premier remède contre les atteintes à l'intégrité corporelle de l'enfant, il paraît n'être qu'une solution ultime quand c'est sa moralité qui est en cause, l'éducation des parents semble recueillir la préférence du Comité.

940. Surtout que la cellule familiale n'est pas le seul vecteur de dangers pour la moralité de l'enfant. Le corollaire négatif de la liberté d'information et d'accès aux médias, prévu par l'article 17 de la Convention, est qu'en laissant l'enfant accéder aux informations médiatiques diverses, en lui offrant la possibilité de nager dans un environnement visuel et sonore riche, la Convention prend le risque de l'abîmer dans d'obscures recoins de connaissances et de savoirs auxquels il n'est pas préparé. Pour remédier à cela, aussitôt que la Convention a eu reconnu « *l'importance de la fonction remplie par les médias* […], *notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral* » dans le premier paragraphe de l'article 17, elle s'empresse de préciser dans l'article 17, e) que les États « *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*[1534] *et 18*[1535] ». Les mesures de protection de la moralité de l'enfant sont axées sur les médias dont la violence peut parfois corrompre les mœurs de l'enfant. La protection exigée par l'article 17, e) de la Convention doit se faire dans le respect des articles 13 et 18, ce qui revient pour l'État à ne pas porter atteinte à la liberté de « *rechercher, de recevoir et de répandre des informations* » prévue par l'article 13 et à ne pas s'immiscer dans la cellule familiale, seule responsable de l'éducation morale de l'enfant. Dans ces conditions,

[1534] L'article 13 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant porte sur la liberté d'expression.
[1535] L'article 18 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant porte sur les responsabilités communes de la famille et de l'État dans la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

l'action de l'État pour protéger concrètement la moralité de l'enfant est de portée réduite, puisque le libellé de l'article 17, e) de la Convention empêche l'autorité centrale de prendre des mesures législatives interdisant l'accès aux médias, ce qui contrarierait tant la liberté d'information que l'autonomie parentale. Le libellé de « *principes directeurs* » dans cette stipulation n'a pas la même ampleur que « *toutes les mesures appropriées* », terminologie beaucoup plus fréquente qui fait référence aux mesures législatives et administratives relevant du pouvoir de l'État. La protection du bien-être moral de l'enfant passe par un accompagnement constructif des parents afin d'alerter leur vigilance sur la nature du média que l'enfant aborde. Le Comité des droits de l'enfant a plusieurs fois alerté les États parties sur l'inertie de ces mesures et sur le fait qu'elles sont nécessaires dans tous les médias[1536]. En effet, l'action de l'État ne doit pas se limiter aux canaux historiques de transmission de l'information et du savoir ; elle doit prendre en considération que l'information transite désormais par les canaux numériques et que l'Internet ouvre des voies de connaissances que la télévision ou la radiophonie ne peuvent diffuser[1537].

941. La moralité de l'enfant est également soumise à la protection bilatérale de la famille et de l'État. Il semble toutefois que l'État n'ait à assumer la suite de l'environnement familial que lorsque l'atteinte à la moralité est telle qu'elle mette en péril l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais il ne s'agit pas de pallier les lacunes de la protection familiale, l'article 9 de la Convention ne va pas dans ce sens. L'État ne peut pas prendre la place des parents pour un défaut de protection de la moralité de l'enfant, mais en raison d'une atteinte à son intérêt supérieur. Le défaut de protection de la part de la famille ne paraît pas permettre à l'État d'assurer le relais dans ce domaine. L'atteinte doit être positive et ne pas résulter d'un comportement passif de la famille. La notion de « *négligences* » prévue par l'article 9 est rattachée à celle de « *maltraitances* » de sorte qu'elles semblent l'une et l'autre faire référence à la protection physique de l'enfant et non à sa moralité. Peut-il exister une négligence telle qu'elle porte atteinte suffisamment à la moralité de l'enfant pour mettre en danger son intérêt supérieur ? Rien n'est moins sûr, l'absence de protection morale de l'enfant ne paraît pas être suffisante pour que l'enfant soit retiré à ses parents. De sorte que les négligences morales de la part de la famille ne peuvent pas faire l'objet d'une prise en charge de la protection directement par l'État. Seule une action positivement néfaste pour sa moralité pourrait justifier cela.

[1536] Cambodge, CRC/C/15/Add.128.
[1537] Ghana, CRC/C/15/Add.73.

En sus d'agir pour les protections physique et morale de l'enfant, la Convention de New York appelle les États parties à être particulièrement vigilants sur le respect de ses droits, invitant les pays signataires à mettre en place à son attention une « *protection juridique appropriée* ».

C – La protection juridique de l'enfant

942. Avant que d'arriver à l'arsenal de la protection juridique imposé par la Convention de New York, les déclarations antérieures ont également insisté sur la question.

Autant la Déclaration de Genève reconnaît le besoin de protection spéciale pour l'enfant, autant elle insiste sur son besoin de développement normal, tant matériel que spirituel dans son premier article, autant elle ignore notablement le sujet de sa protection juridique. Il n'existe dans ce texte aucune référence à l'aide juridique que les États pourraient apporter à l'enfant, ni explicitement, ni implicitement. Le problème est passé sous silence.

Relevant cette lacune, la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 fait référence à la nécessité d'accorder une protection notamment juridique à l'enfant. Pourtant, l'appel émis dans le préambule n'est pas développé dans le corps de la Déclaration, laissant l'idée de protection juridique au niveau d'une idée sans lendemain.

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant bouleverse le traitement de ce problème et énonce que l'enfant doit pouvoir bénéficier d'un droit pénal qui lui soit propre (1), en même temps qu'il doit pouvoir bénéficier d'un accès large à la justice (2).

1. Le droit pénal de l'enfant

943. Le thème de la justice pénale des mineurs fait l'objet de l'article le plus long et le plus détaillé de la Convention : l'article 40. Il se décompose en quatre paragraphes qui abordent chacun un thème particulier. Le premier paragraphe traite de la philosophie générale de la justice pénale et des grands principes directeurs qui doivent en guider la mise en place (a). Le deuxième paragraphe aborde le thème des droits et libertés de l'enfant passible de la justice pénale (b). Le pénultième paragraphe de l'article 40 traite de la nécessité de mettre en place un droit particulier et suit les grandes orientations de l'Ensemble de règles minima des

Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs[1538] (c). Le dernier paragraphe insiste sur la nécessité de mettre en place des mesures alternatives à l'incarcération pour le mineur délinquant (d).

a. La philosophie de la justice pénale de l'enfant

944. L'objectif poursuivi par la Convention relative aux droits de l'enfant est d'imprimer à l'enfant une forme d'adhésion aux droits de l'homme. C'est dans ce sens que doit aller l'éducation selon l'article 29, 1, b). Le procès pénal est une confrontation directe de l'enfant avec le monde du droit et avec l'autorité de l'État dans son rôle régalien de répression des délits et des crimes. L'article 40 de la Convention met l'accent sur les valeurs éducatives de la Convention et confère à la justice pénale un rôle pédagogique et constructif, afin de poursuivre l'éducation de l'enfant et de favoriser son insertion dans le monde des adultes.

Entre le propos de l'article 29 et celui du premier paragraphe de l'article 40, il y a comme une redite entre l'inculcation des préceptes des droits de l'homme par l'éducation prodiguée par l'État et le renforcement de ses valeurs quand l'enfant est en prise avec la justice répressive. Si le fond et le but de ces deux articles de la Convention semblent identiques (promouvoir les droits de l'homme dans l'esprit de l'enfant), la forme et les modalités pour parvenir à cet objectif sont différentes. Dans l'article 29, les droits de l'homme sont enseignés et inculqués. Dans l'article 40 du traité, ceux-ci sont renforcés, partant du préalable logique que, pour renforcer un sentiment, il faut déjà que celui-ci soit. De ce constat, il est possible de tirer plusieurs enseignements.

Le premier est de considérer que l'administration de la justice pénale de l'enfant doit se faire dans un esprit constructif visant à obtenir des résultats là où l'éducation de l'enfant a échoué. S'agit-il d'un aveu d'échec ? La réponse positive est attirante sur ce point. Le fait est que l'esprit général de la Convention inspire à considérer qu'un enfant en prise avec le droit pénal d'un État est la manifestation que le processus éducatif normal a failli dans son devoir d'apprendre à l'enfant ce qui est bien. Mais le processus éducatif de l'enfant ne repose pas uniquement sur l'État, la sensibilisation aux droits de l'homme ne peut être efficace que si elle est accompagnée d'une réalité tangible en la matière, tant du point de vue familial que par la société. Le Comité des droits de l'enfant estime qu'un apprentissage des droits de l'homme ne sert à rien s'il ne s'accompagne pas de manifestations concrètes de ce

[1538] Également appelé « *Règles de Beijing* » ; adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies le 29 novembre 1985 dans sa résolution 40/33.

que l'État et la famille adhèrent à cette conception. Le deuxième enseignement découle de ce constat. Quand l'éducation de l'enfant a échoué, l'État prend le relais et renforce le sentiment acquis originairement. L'article 29 met l'enseignement *stricto sensu* des droits de l'homme à la charge de l'État, mais les recommandations du Comité des droits de l'enfant sont claires en la matière, il importe que cet enseignement soit placé dans un environnement cohérent à cet égard. Quand ce processus éducatif échoue, c'est à la justice de faire la démonstration que les droits de l'homme sont une implication du quotidien. Le troisième enseignement qu'il convient de tirer de l'analyse de ce premier paragraphe est que l'article 40 prévaut sur l'autonomie parentale prévue par l'article 5. Dès que l'enfant est soumis à la justice pénale, il échappe au devoir d'éducation primaire des parents, charge assumée par l'État dès l'instant où l'enfant est placé sous son autorité.

945. Le premier paragraphe de l'article 40 contient d'autres prises en charge de ce qui relevait normalement du processus éducatif de l'enfant, notamment le développement de sa valeur personnelle, son sens de la dignité, et le fait qu'il doit assumer un rôle constructif dans la société civile à l'âge adulte. Le message que cet article de la Convention diffuse est que l'échec primitif de la charge éducative de la famille et de l'État ne doit pas conduire à une sanction répressive de l'enfant mais doit permettre d'assurer une reprise en charge, plus cadrée, de l'éducation de l'enfant.

De façon synthétique, l'article 40 de la Convention prévoit que le but de l'État est d'éduquer l'enfant à tout prix, la justice des mineurs ne doit pas faire exception à cette idée directrice du texte et qu'elle doit s'apparenter à une deuxième chance. Deuxième chance pour l'enfant de ne pas subir la répression pénale, mais surtout deuxième chance pour l'État d'atteindre l'objectif éducatif fixé par l'article 29 de la Convention.

Le premier paragraphe de l'article 40 fait écho à l'article 5 de la Convention mais répond également à l'exigence de l'article 3 relatif à la quête permanente de l'intérêt supérieur de l'enfant. Son intérêt se situe dans l'éducation, la répression pénale de la société ne devant être qu'une solution ultime, dont les principes directeurs sont posés par les paragraphes suivants de l'article 40, notamment le deuxième qui met en place la protection particulière des droits et libertés fondamentaux de l'enfant dans le cadre de la justice pénale.

b. Les droits et libertés de l'enfant devant la justice pénale

946. Ces droits et libertés sont prévus par le deuxième paragraphe de l'article 40 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant. Ils sont une reprise globale des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme. La particularité de cette réinsertion dans un outil juridique international tient dans ce que la vigilance du Comité des droits de l'enfants est particulièrement vive sur les situations factuelles où l'enfant passe directement dans la catégorie délinquant sans avoir pu bénéficier des droits qui lui sont normalement reconnus. Ainsi, la situation de l'enfant des rues a particulièrement alerté le Comité, au point qu'à l'occasion de son débat général sur « *la violence de l'État contre les enfants* », il a appelé les États parties à revoir les méthodes de traitement de l'enfant livré à lui-même. L'enfant du trottoir n'est pas nécessairement un délinquant, et le Comité réprouve le raccourci intellectuel qui consiste dans certains États à le considérer comme délinquant au lieu de lui offrir une protection. Il estime que le premier devoir de l'État est d'offrir protection à l'enfant et non de le stigmatiser comme délinquant dès lors qu'il n'est plus confié à la charge de sa famille[1539]. Dans ce sens, le Comité a appelé l'Égypte à revoir sa législation qui prévoyait que l'absentéisme scolaire était un délit, au même titre que la mendicité[1540].

La répétition des droits fondamentaux dans cet article de la Convention relative aux droits de l'enfant n'a pas pour vocation de réitérer ce qui est déjà consigné dans d'autres outils juridiques internationaux. Le but est d'adapter les libertés fondamentales communes à l'humanité au besoin de protéger l'enfant. Aussi, là où la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques posent des principes directeurs du procès pénal comme une frontière juridique à ne pas franchir au risque de porter atteinte aux libertés de l'adulte, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant insiste sur le fait que ces droits et libertés doivent s'inscrire dans une logique plus protectrice que celle de l'adulte. L'enfant est naturellement vulnérable, il l'est d'autant plus quand il est en face de la justice pénale qui doit redoubler d'efforts pour assurer sa protection juridique, ce qui conforte encore son particularisme, notamment explicité par le troisième paragraphe de l'article 40.

[1539] « *Il faudrait examiner tout la législation applicable afin de veiller à ce que les enfants de moins de dix-huit ans qui nécessitent une protection ne soient pas considérés comme des délinquants (notamment la législation concernant l'abandon, le vagabondage, la prostitution, le statut de migrant, la non-fréquentation scolaire, les fugues, etc.), mais soient traités dans le cadre des mécanismes de protection de l'enfance* » (Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingt-cinquième session* » ; septembre/octobre 2000, CRC/C/100).
[1540] Égypte, CRC/C/15/Add.145.

c. Le particularisme du droit pénal de l'enfant

947. L'article 40, 3 de la Convention de New York proclame que l'enfant doit bénéficier d'un système judiciaire propre qui prenne en compte ce que le Préambule énonce comme une particularité : la faiblesse physique et intellectuelle de l'enfant. Avant la Convention, les Règles de Beijing avaient déjà imposé ce point de vue estimant que cela permettait de prendre en compte les intérêts particuliers de l'enfant en même temps que ceux de la société. Par la suite, le Comité des droits de l'enfant a veillé à ce que ces éléments soient mis en place par les États parties en les appelant à former des fonctionnaires spécialement à l'intention de la justice des enfants[1541], ou encore à ce que l'ensemble des enfants soit passible d'une justice distincte, sans discrimination fondée sur l'âge[1542].

Le respect de cette disposition ne se limite pas simplement à la lettre du texte, le Comité des droits de l'enfant est également attentif à ce que son esprit soit aussi bien respecté par les États parties. L'examen du rapport de la Norvège[1543] a notamment posé question au Comité. L'État partie y mentionnait sa législation pénale pour les mineurs en précisant que les mineurs de moins de quinze ans ne peuvent pas faire l'objet d'une instruction criminelle ni d'une condamnation[1544]. Il explique également que le droit pénal qui s'applique aux enfants est le même que pour l'adulte mais qu'il comporte un grand nombre d'exceptions visant à sortir l'adolescent des couloirs du droit pénal. De sorte qu'en fait, un droit pénal, particulièrement adapté à la spécificité physique et intellectuelle de l'enfant existe en Norvège[1545]. Mais un élément à notablement contrarié le point de vue du Comité des droits de l'enfant. La législation norvégienne ne reconnaît pas de juridictions particulières pour les mineurs : ils sont jugés par les tribunaux ordinaires, soumis à la procédure pénale des majeurs malgré le tempérament d'importantes exceptions qui permettent de mieux coordonner l'action pénale au sort du mineur. De plus, malgré un important tempérament lié à la gravité de l'infraction commise, le Code pénal norvégien n'exclut pas d'engager des enquêtes sur des enfants de moins de quinze ans. Bien qu'il y ait des mesures propres afin d'adapter le droit

[1541] Honduras, CRC/C/15/Add.24.
[1542] Barbade, CRC/C/15/Add.103.
[1543] Norvège, CRC/C/8/Add.7.
[1544] Article 46 du Code pénal civil général de Norvège : « *Nul ne peut être puni pour un acte criminel avant qu'il n'ait atteint l'âge de quinze ans accomplis* ».
[1545] Des mesures particulières permettent de faire en sorte qu'un enfant contre lequel pèsent des charges lourdes fondées sur un faisceau de preuves suffisant puisse échapper à l'instruction sur décision du parquet s'il estime, après une évaluation complète, que pour des motifs impérieux, la poursuite judiciaire ne doit pas avoir lieu. L'âge du délinquant est le principal critère permettant d'obtenir l'abandon des poursuites par le parquet, qui peut assortir sa décision d'une mise à l'épreuve. Il s'agit, en quelque sorte, d'un sursis à poursuites, celles-ci étant en réalité suspendues.

pénal des adultes aux situations de l'enfant, le fait que le mineur demeure passible des mêmes juridictions que ses aînés pose un souci au Comité. Le fait est que l'esprit du texte ne vise pas à adapter le droit pénal du majeur à la situation de l'enfant, mais plus de lui créer un droit particulier, appliqué par des fonctionnaires particuliers, suivant une procédure particulière. C'est dans cette optique que le Comité des droits de l'enfant a recommandé à la Norvège « *de revoir son système de justice à l'égard des mineurs afin de garantir que les procédures engagées à l'encontre des mineurs de dix-huit ans soient pleinement compatibles avec l'esprit de l'article 40 de la Convention* »[1546].

948. L'article 40, 3, de la Convention stipule également sur deux points particuliers que sont l'âge minimum en-dessous duquel un enfant ne peut pas être inquiété et le principe de subsidiarité du traitement judiciaire de l'enfant délinquant. Sur le premier point, la préoccupation principale du Comité est que cet âge existe[1547] et qu'il ne soit pas situé à un seuil trop bas. Un seuil fixé à un âge trop bas soulève deux interrogations. D'une part se pose la question de la cohérence de l'existence de la punition dans la mesure où un enfant très jeune n'a pas nécessairement conscience de l'acte qu'il commet. De ce fait, la punition n'a qu'une portée limitée, ce qui soulève en arrière-plan, le problème de son efficacité. Si un enfant n'a pas conscience que l'acte qu'il a commis est néfaste pour les autres personnes et contraire aux intérêts de la société, quelle valeur peut-il donner à une peine que l'État lui inflige pour l'avoir commis ? Le commentaire officiel de l'article 4 des Règles de Beijing[1548] expose que l'âge de la responsabilité pénale devrait être voisin de l'âge à partir duquel l'enfant accède à certaines responsabilités civiles comme celles de tester ou la possibilité d'accéder par anticipation à la majorité civile (âge de l'émancipation quand cette pratique existe ou âge nubile quand le fait de se marier emporte émancipation).

949. L'article 40, 3, b) de la Convention fait écho au premier paragraphe du même article et envisage la poursuite du processus éducatif en souhaitant la subsidiarité du recours aux voies judiciaires. Cet article reconnaît que la voie judiciaire est un parcours traumatisant pour l'enfant, tant dans sa dimension institutionnelle que pour le stigmate que peut imposer un jugement ou, pire, une condamnation. La première voie pour permettre de ne pas recourir à la voie judiciaire, est d'instituer des voies parallèles dans d'autres services, notamment

[1546] Norvège, CRC/C/15/Add.23.
[1547] Certains pays n'envisagent pas la question dans leur législation (Sénégal, CRC/C/15/Add.44 ; Guatemala, CRC/C/15/Add.58 et Panama, CRC/C/15/Add.68).
[1548] Article 4 de l'Ensemble des règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs : « *Dans les systèmes juridiques qui reconnaissent la notion de seuil de responsabilité pénale, celui-ci ne doit pas être fixé trop bas eu égard aux problèmes de maturité affective, psychologique et intellectuelle* ».

sociaux. Mais le Comité semble privilégier une troisième possibilité, totalement officieuse, qui s'appuie sur l'efficacité de l'environnement familial quand celui-ci a assuré une réaction positive au comportement délictueux de l'enfant et s'apprête à en assurer le suivi. Dans ces conditions, le Comité estime qu'il n'y a pas lieu à retirer l'enfant à sa famille puisqu'elle assure son devoir éducatif tel que mentionné à l'article 5 de la Convention. La lecture combinée des articles 3 ; 5 et 40, 3, b) de la Convention autorise l'idée qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant de le laisser dans son environnement familial autant que faire se peut, pour ne pas recourir à une voie judiciaire répressive. Au surplus, l'application de l'article 40 dans son intégralité vise à préférer un moyen extrajudiciaire afin de privilégier chez l'enfant le respect des droits de l'homme, le respect et l'estime de lui-même. Dans ce contexte, en application de l'article 12 de la Convention, il est important que l'enfant puisse manifester son approbation aux mesures qui lui sont imposées, quand toutefois les réglementations en vigueur le permettent.

Une fois que les dispositions générales de la justice pénale du mineur sont installées, il convient d'examiner la pénologie que la Convention souhaite lui appliquer.

d. La pénologie alternative de l'enfant

950. La justice pénale du mineur peut être qualifiée d'alternative. Sa philosophie est éducative et non répressive, sa procédure est particulière et son recours est subsidiaire, et les droits fondamentaux reconnus aux adultes voient leur portée protectrice accentuée par l'article 40. La pénologie n'échappe pas à la règle. L'ultime paragraphe de l'article 40 institue une panoplie de règles non juridictionnelles applicable à l'enfant. Le but poursuivi est de favoriser l'éducation de l'enfant, en ne lui imposant pas de solutions institutionnelles. Ce qui sous-tend les principes directeurs de la peine infligée au mineur est à l'opposé de ce qui fonde la pénologie de l'adulte.

Dans le cas de l'adulte, la peine doit poursuivre le triple objectif de sanctionner le comportement délictuel ou criminel, d'apaiser la souffrance de la victime et son instinct de vengeance et enfin de prévenir les atteintes aux valeurs sociales. La personnalisation de la peine appliquée à l'adulte permet de moduler la sanction à la personne en tenant compte de son individualité.

Dans le cas de la peine infligée à l'enfant, la situation doit être examinée à la lumière d'un élément supplémentaire, préalable et supérieur aux autres : son intérêt. Sur ce point, le texte de l'article 3 de la Convention est explicite : « *Dans toutes les décisions qui*

concernent les enfants […] *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Or l'intérêt de l'enfant primant sur les autres questions relatives à la peine, il importe que l'éducatif l'emporte sur le répressif, au risque de compromettre les autres objectifs poursuivi par l'application de la peine dans le droit pénal de l'enfant.

Pour autant, le recours à la peine institutionnelle n'est pas exclue, elle apparaît toutefois en retrait par rapport aux autres moyens que développe l'article 40, 4 de la Convention. La condamnation à des peines classiques doit être un recours ultime quand, exceptionnellement, l'éventail des autres solutions ne paraît pas permettre une réponse appropriée à la situation induite par le comportement délinquant de l'enfant. À ce titre, il importe d'observer que la formulation de l'article 3 de la Convention n'impose pas que l'intérêt de l'enfant soit systématiquement supérieur à celui des autres acteurs en présence. Une « *considération primordiale* » n'est pas une considération exclusive des autres intérêts. De cette façon, quand l'enfant commet un acte particulièrement grave, il importe que la réponse soit institutionnelle et non pédagogique, quoique accompagnée éventuellement de mesures à portée éducative. Les mécanismes créés par l'article 40 qui synthétisent les Règles de Beijing de 1985 n'ont pas pour vocation de soustraire l'enfant à la répression mais de faire en sorte que l'aspect institutionnel qui gouverne le droit pénal des majeurs ne lui soit pas imposé.

Quand l'enfant est face aux juges, la Convention de New York crée un dispositif de nature à protéger ses intérêts tout en conciliant ceux de la société et de ses éventuelles victimes. Quand ce n'est pas la justice qui s'intéresse à l'enfant mais que pourtant ses intérêts sont en jeu, la Convention impose qu'il puisse être entendu et écouté. Il doit pouvoir y accéder normalement afin de faire valoir ses droits et protéger ses intérêts.

2. L'accès de l'enfant à la justice

951. La Convention prévoit que l'intérêt de l'enfant doit être protégé quand il est appelé à assumer les responsabilités qu'un de ses actes délinquants a créées. À ce titre, l'article 40 met en place des mesures protectrices, alternatives et pédagogiques pour que l'intérêt supérieur de l'enfant prime sur celui de l'administration habituelle de la justice. *A fortiori*, quand l'enfant n'est pas à l'origine d'un acte pénalement répréhensible, son intérêt est encore davantage pris en considération. Le texte du traité impose que l'enfant puisse accéder normalement à l'institution judiciaire quand son intérêt personnel est en cause, qu'il soit victime d'un dommage ou que son avenir soit en question. L'article 12 s'inscrit dans cette

volonté de demander aux États parties de laisser l'enfant exprimer son opinion devant les institutions juridictionnelles ou administratives quand une question l'intéressant y est traitée.

L'article 12 connaît une portée plus générale que l'audition de l'enfant devant la justice, il traite du respect des opinions de l'enfant et a été érigé par le Comité des droits de l'enfant comme un des quatre principes fondamentaux de la Convention. Cette stipulation est composée de deux paragraphes liés, le second découlant du premier et insistant sur la prise en compte particulièrement importante de l'opinion de l'enfant dans toute procédure le concernant. Cette disposition du second paragraphe de l'article 12 est l'aboutissement du *credo* du Comité selon qui l'enfant est un sujet de droit actif. Elle s'impose comme la réalité visible de ce que l'enfant doit être écouté par les organes juridictionnels quand son intérêt est directement en jeu.

952. Le deuxième paragraphe de l'article 12 de la Convention recèle une particularité sémantique qui le rend unique dans ce texte international :

> « *À 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'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* ».

Tandis que l'ensemble des autres articles et le Préambule tranchent singulièrement avec l'imprécision qui handicapait l'efficacité des Déclarations antérieures en même temps qu'elle rendait floue leurs dispositions, le deuxième paragraphe renoue avec l'imprécision en ne déterminant pas le débiteur de l'obligation de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu. La liaison grammaticale avec le paragraphe précédent pourrait laisser à penser que le débiteur est le même que celui qui garantit à « *l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer son opinion* », à savoir l'État. Mais cette analyse, retenue notamment par M. COURBE dans un article de doctrine[1549], ne résiste pas à l'examen des autres articles dans lesquels la précision nécessaire du texte l'emporte sur la fluidité du style[1550]. Lors, une question se pose : qui doit donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure

[1549] P. COURBE : « *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant* » ; D. 2006, chron. p. 1487.
[1550] L'article 14 de la Convention fait référence aux « *États parties* » systématiquement en début de paragraphe, peu important la lourdeur du style ou la redondance de la phraséologie.

l'intéressant ? Question qui se dédouble aussitôt afin d'identifier les débiteurs possibles avant de sélectionner ceux parmi eux qui ont la charge d'agir en la matière.

Le groupe des débiteurs potentiels de cette obligation ne doit pas être restreint aux interlocuteurs classiques de l'enfant d'après la Convention. Il est tout à fait envisageable de l'étendre à d'autres intervenants sociaux, juridiques ou politiques susceptibles d'avoir un lien avec le domaine de l'enfance, tels que l'école, le juge, les assistants sociaux, les avocats et autres personnels judiciaires. Le but recherché est de permettre à toute personne estimant que l'intérêt de l'enfant est en cause de le faire entendre face à des personnes aux intérêts opposés aux siens. Car l'article 12 ne limite pas l'audition de l'enfant en justice à des situations familiales (divorce, autorité parentale, résidence habituelle) ou judiciaires (violence, maltraitance) ; il demande aussi qu'il puisse être entendu dans le cadre de procédures administratives le concernant. Pendant la rédaction de la Convention[1551], la référence aux procédures administratives intéressant l'enfant a été définie comme tout procédure officielle abordant la thématique de l'enfance, notamment l'éducation, la santé, l'environnement[1552]. Cette perspective très vaste permet d'envisager le cas où l'intérêt de l'enfant est contraire à celui promu par l'État dans le cadre d'une décision officielle. Il importe alors que l'audition de l'enfant ne soit pas uniquement dépendante de l'État. C'est la raison pour laquelle l'article 12, 2 de la Convention est aussi évasif sur le thème du débiteur de l'obligation de donner à l'enfant les moyens d'être entendu : il importe que ce débiteur soit indépendant des intérêts extérieurs et parfois contraires à celui de l'enfant s'il veut pouvoir le faire entendre.

953. L'intervention de l'enfant est conditionnée à sa faculté de discernement. Les deux paragraphes de l'article 12 étant liés, l'enfant auquel le second paragraphe fait référence est celui capable de discernement prévu par le premier paragraphe. Cette précision permet de ne pas exclure l'audition d'un enfant en raison de son âge, raison pour laquelle le Comité des droits de l'enfant estime qu'une législation qui déterminerait d'office l'âge à partir duquel un enfant est présumé capable de discernement serait discriminatoire et contraire à l'article 2 de la Convention.

Donner « *la possibilité à l'enfant d'être entendu* » est également une rédaction plus vaste et évasive que de lui accorder simplement le droit. Si le droit est reconnu par le premier paragraphe, c'est de la possibilité d'intervenir que traite le second, et celle-ci doit être

[1551] Commission des droits de l'homme : « *Rapport du groupe de travail sur un projet de convention relative aux droits de l'enfant* » ; 2 mars 1989, E.CN.4/1989/48.
[1552] La France a pris acte de cette exigence d'entendre l'enfant dans le cadre des procédures administratives, notamment à travers les Conseils d'enfants à plusieurs échelons de l'administration (France, CRC/C/3/Add.15).

facilitée. À cet égard, le Comité des droits de l'enfant appelle les organes décisionnels à rendre leur accès moins austère à l'enfant en revoyant le décorum de la justice, parfois trop impressionnant pour l'enfant et à le préparer activement au témoignage.

Enfin, il peut arriver que l'enfant soit victime, ce qui soulève la question de la plainte qu'il doit pouvoir déposer, sans crainte des représailles étatiques ou familiales. Le Comité a tenu à ce que cette question fasse l'objet de législations internes dans les États parties, prévoyant des mécanismes propres et permettant à l'enfant d'être entendu, quel que soit le motif de sa plainte et la personne auprès de laquelle il la dépose. Ceci doit permettre à l'enfant de déposer plainte sans l'intervention de ses parents[1553].

954. Dans tous ces domaines, l'enfant paraît comme une personne protégée, sans responsabilité propre, et sans définition précise. Sur ce point, la Convention de New York est critiquable dans la mesure où, poursuivant un but éducatif d'insertion de l'enfant dans la communauté des adultes où il devra prendre une part active, elle ne met à sa charge que des obligations naturelles qu'elle ne définit pas. En outre, elle abandonne à la famille la discrétion de la préparation active de l'enfant à ce monde qui l'attend, sans envisager la possibilité de le responsabiliser progressivement.

En n'abordant pas ces questions, elle laisse le devoir d'envisager la responsabilisation de l'enfant et ses obligations aux États, ce qui explique en partie l'application parfois aléatoire du traité par les États parties. De sorte que, derrière l'apparente universalité de la ratification, se cache une application beaucoup moins universelle dans la réalité.

[1553] « *Étant donné qu'un enfant ne peut porter plainte que par l'intermédiaire de ses parents ou de son tuteur légal, le droit des enfants victimes de violences, y compris de sévices sexuels, d'abandon ou de mauvais traitements au sein de leur famille, d'avoir accès à des procédures adéquates de recours et de plainte ne semble pas garanti. Le Comité craint que le droit des enfants de participer activement à la promotion de leurs propres droits ne soit pas non plus garanti.*
Le Comité recommande que, pour assurer la protection et le respect des droits des enfants, une procédure soit mise en place afin que les enfants puissent porter plainte lorsqu'ils sont victimes de toute forme de violence, de sévices, y compris de sévices sexuels, de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, même lorsqu'ils sont sous la garde de leurs parents » (Éthiopie, CRC/C/15/Add.67, par. 16 et 31).

Section 3 : L'application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

955. La révolution fondamentale opérée par la Convention de New York, est d'offrir les outils nécessaires pour être applicable, contrairement aux Déclarations antérieures. De sorte qu'il est possible de penser qu'en ratifiant la Convention les États prennent spontanément toutes les dispositions pour qu'elle entre effectivement en application sur leur territoire. Ceci d'autant que le Comité des droits de l'enfant n'envisage pas qu'un impondérable budgétaire ou financier puisse en entraver l'efficacité[1554]. Le postulat de départ qui doit gouverner la ratification de la Convention par un État est donc que l'État l'applique, indépendamment des contraintes budgétaires existantes.

De plus, la Convention de New York est une affaire de compromis religieux et philosophiques. Sa rédaction a fait l'objet d'un travail de consensus suffisamment important pour permettre d'envisager une ratification massive et les remarques du Comité sur la mise en œuvre des droits sans possibilité de s'en affranchir laissaient envisager une application aussi universelle que la ratification.

Toutefois, la somme considérable des travaux et des remarques du Comité des droits de l'enfant montre que la question de l'application de la Convention est toujours problématique et que souvent la ratification par un État partie n'a pour objectif que d'afficher une volonté de s'intéresser à l'enfant sans réel attachement à son sort concret.

Cette configuration particulière qui tient essentiellement au sujet sensible de l'enfance et de son aspect universaliste explique l'application parfois légèrement aléatoire de la Convention au plan international.

956. La Convention de New York est le cadre imposé par la communauté internationale et adopté par les Nations Unies pour que s'épanouissent concrètement les droits de l'enfant, à l'appréciation particulière des États partie. Cette situation impose que la Convention ne soit pas appliquée de façon homogène par l'ensemble des pays qui l'ont adoptée (A).

De plus, bien qu'il s'agisse d'un texte consensuel préparé par des délégations de tous les pays, il n'est pas moins soumis à la critique (B).

[1554] Le Comité des droits de l'enfant, s'appuyant sur l'article 4 de la Convention relatif à l'application des droits par les États a souvent répété que la mise en place des prérogatives du traité « *ne saurait dépendre des ressources budgétaires* » (Bolivie, CRC/C/15/Add.1 ; Indonésie, CRC/C/15/Add.25).

A – Une Convention inégalement appliquée

957. L'application du traité peut s'analyser sous deux angles d'étude différents. Il est possible d'examiner cette question sous l'angle apparent de l'adhésion des États à la Convention et ensuite de l'étudier sous l'angle de la réalité effective de sa mise en œuvre.

Quel que soit l'angle d'approche, il est expurgé des questions relatives aux réserves[1555]. Il s'agit ici d'étudier les États qui n'ont pas ratifié la Convention (1), avant de considérer la façon dont ceux qui l'ont accueillie l'appliquent réellement en tenant compte des éventuelles difficultés (2).

1. La non-adhésion de certains États à la Convention

958. La Convention de New York est un texte qu'aucun gouvernement au monde n'ignore. Il est connu de tous, tant dans son contenu que dans sa philosophie et les instances de l'ONU chargées de l'appliquer agissent au grand jour et souvent avec éclat pour que les retombées médiatiques que leurs actes engendrent soit à la hauteur des idéaux du texte. La publicité faite à travers le monde sur cet outil international témoigne de l'ampleur de son envol global.

Bien qu'ils sachent l'existence du texte, bien qu'ils en connaissent l'étendue de son application planétaire, deux États ne l'ont pas ratifié. L'un ne l'a pas voulu (a), l'autre ne l'a pas pu (b).

« *Pouvoir, vouloir, savoir, trois mots qui mènent le monde* »[1556].

a. Pays ne voulant pas ratifier la Convention

959. Le traité concernant les droits de l'enfant a été signé par les États-Unis d'Amérique le 16 février 1995 sous l'impulsion de l'administration du Président CLINTON. La volonté affichée par cet État était d'adhérer à cette Convention importante dans un pays où les enfants de moins de quinze ans représentent plus d'un cinquième de la population.

Pourtant, malgré le dynamisme charismatique du Président, la ratification devant le Sénat américain ne put jamais avoir lieu en raison de l'article 37, a) de la Convention qui prohibe absolument le recours à la peine capitale pour les enfants délinquants. Or vingt États

[1555] Cf. supra en page 547.
[1556] V. HUGO : « *Océan prose, œuvres complètes* » ; Robert Laffont, 2002.

fédérés connaissent le recours à la peine de mort pour les mineurs dans leur Constitution[1557] avec un seuil d'âge variant entre seize et dix-sept ans. Pour cette raison, le Sénat américain refusa de ratifier le texte qui n'a jamais été représenté au Congrès depuis.

Toutefois, depuis le refus du Sénat la situation de la peine de mort s'est modifiée aux États-Unis. Un arrêt de la Cour suprême du 1er mars 2005[1558] estime qu'infliger la peine capitale à un mineur est un traitement contraire à la Constitution des États-Unis qui prohibe dans son VIIIème amendement le recours aux « *peines cruelles ou inhabituelles* ». Cette décision de l'autorité judiciaire suprême des États-Unis intervient dans un contexte ou de nombreuses entités internationales s'étaient manifestées pour faire valoir l'existence d'un consensus généralisé contre la peine de mort sur les mineurs.

960. En déclarant inconstitutionnel le recours à la peine capitale pour les enfants (au sens de la Convention de New York), la Cour semblait ouvrir la voie à la possibilité pour cet État de ratifier le traité de 1989.

Deux obstacles se dressent sur la route de l'adhésion. Le premier est que la jurisprudence de la Cour suprême n'est pas figée et opère occasionnellement des revirements, de sorte que ce qui était inconstitutionnel aujourd'hui peut ne plus l'être demain, ce qui conduirait à remettre en cause une éventuelle adhésion du pays à la Convention.

D'autre part, l'interdiction d'infliger la peine de mort aux mineurs délinquants au moment des faits ne règle pas la question : elle la déplace. En effet, la principale conséquence de cette jurisprudence de mars 2005 est de commuer les peines capitales en emprisonnement à vie. Or, cette peine est également proscrite par l'article 37, a) de la Convention. L'adhésion des États-Unis est donc repoussée. Il n'existe cependant aucun empêchement dirimant à l'adhésion de ce pays à la Convention. Il n'y a aucune contre-indication constitutionnelle de nature à empêcher ce pays de ratifier une Convention comportant des dispositions contraires à son droit interne. Par ailleurs, il est loisible aux États-Unis de déposer des réserves sur l'article 37 de la Convention, ce qui permettrait, par le biais d'un dialogue constructif avec le Comité des droits de l'enfant, de faire progresser l'état de la question dans ce pays. Cependant, si les États-Unis émettaient une réserve relative à l'article 37 de la Convention, ils rejoindraient la Malaisie, Singapour et le Myanmar (qui a toutefois retiré sa réserve). Par

[1557] Ces États sont l'Alabama, l'Arizona, l'Arkansas, la Caroline du Nord, la Caroline du Sud, le Delaware, la Floride, la Géorgie, l'Idaho, le Kentucky, la Louisiane, le Mississippi, le Nevada, le New Hampshire, l'Oklahoma, la Pennsylvanie, le Texas, l'Utah et la Virginie.
[1558] Arrêt de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, ROPER Vs. SIMMONS, du 1er mars 2005.

ailleurs, ils risqueraient de voir soulever des objections à cette réserve que l'Allemagne ne manque pas de considérer comme nulle, comme contraire à l'objet et au but du traité.

Enfin, des organisations telles que DEI-France[1559], ont fait savoir qu'il leur paraissait inacceptable que les États-Unis d'Amérique adhèrent à la Convention en réservant l'application de l'article 37.

961. La situation des États-Unis face à la Convention est donc paradoxale. Disposant des moyens juridiques pour y adhérer, ils considèrent que leurs intérêts juridiques internes sont prioritaires sur les éléments internationaux, même quand ils font l'objet d'une adhésion aussi massive que pour la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Cette réticence bien connue de la part des gouvernements américains successifs à l'égard des grands textes internationaux est l'illustration classique de la théorie de l'isolationnisme des États-Unis.

À l'opposé de cette situation, il y a le cas d'un pays qui ne peut pas ratifier la Convention.

b. Pays ne pouvant pas ratifier la Convention

962. La Somalie représente l'aboutissement terminal du processus de signature de la Convention. Fait unique, il n'y aura aucun autre État signataire du texte de 1989 après la Somalie qui signe la Convention internationale relative aux droits de l'enfant le 4 mai 2002[1560]. Mais à l'instar des États-Unis d'Amérique, elle ne l'a pas ratifiée. La raison de cette absence de ratification n'est pas liée à une volonté étatique, mais au fait que l'État somalien soit en proie, depuis le début des années 1990, à une totale désorganisation et que son territoire ait fait l'objet d'une sécession du Somaliland[1561] le 18 mai 1991.

Ces éléments conduisent l'ONU et le Comité des droits de l'enfant à considérer avec bienveillance la non-ratification de la Convention par la Somalie. Mais cette absence de vigueur du texte international n'est pas sans conséquence à l'égard des populations que le texte est censé pouvoir protéger.

[1559] Cf. le communiqué de DEI-France du 20 décembre 2003.

[1560] L'article 46 de la Convention mentionne que le traité est ouvert « *à la signature de tous les États* », peu important sur ce point qu'ils soient membres ou non de l'ONU. C'est pourquoi il est possible de dire que la Somalie est l'ultime État à signer le texte, car tous les autres États du monde, parties à l'ONU ou non l'ont signée avant elle.

[1561] Le Somaliland est une portion de la Somalie dont le gouvernement n'a pas été reconnu par la communauté internationale.

D'abord en raison du fait que les associations internationales et les organisations non-gouvernementales ne peuvent pas opposer les dispositions du texte contre ses débiteurs classiques que sont l'État et la famille. Mais cela tient davantage à l'absence de gouvernement stable qu'à l'absence de ratification du texte, bien que ces deux points soient liés.

Ensuite et surtout en raison de l'absence de contrôle concret de la situation de l'enfant en Somalie par le Comité des droits de l'enfant, ce qui entraîne l'impossibilité de guider l'État dans un voie d'amélioration de ces conditions. Or, si les recommandations ont une valeur réprobatrice pour certains États qui estiment appliquer au mieux les dispositions de la Convention, elles ont parfois une vertu éducative pour les États qui, faisant de leur mieux pour appliquer le texte, n'y parviennent pas malgré leurs efforts. Le cadre de la Convention offre, en plus des recommandations du Comité, la possibilité de recourir à l'aide de la communauté internationale pour mettre en œuvre efficacement les dispositions du texte. En n'accédant pas à ces outils précieux, la Somalie est privée de la possibilité réelle d'améliorer la situation des populations infantiles sur son territoire[1562].

Les remarques du Comité relativement aux politiques de planification familiale, celles relatives aux enfants des rues ou à l'écoute de la parole de l'enfant permettraient probablement à la Somalie de ramener le taux de mortalité des enfants de moins de cinq ans à un niveau inférieur à celui qu'elle connaissait en 2006 qui était de 145 ‰[1563]. Des indications constructives sur les voies de scolarisation de l'enfant et la sensibilisation du gouvernement à cette question lui ouvriraient certainement le chemin de la scolarisation des enfants dans les écoles primaires en lui permettant d'aller au-delà des 22 % de scolarisation de 2006.

La situation de l'enfant en Somalie n'est pas dépendante d'une volonté étatique ou d'une incapacité à appliquer les dispositions de la Convention. C'est la situation instable du pays qui empêche la ratification du texte et sa mise en place.

Dans les pays ayant ratifié la Convention, la situation est différente. Si le texte est appliqué parfois de façon discutable, ça relève plus d'une incapacité ou d'un manque de volonté.

[1562] En Somalie (comprenant le territoire sécessionniste du Somaliland), la part de la population âgée de moins de quatorze ans est de 44,4 % (UNICEF : « *La situation des enfants dans le monde* » ; UNICEF 2008).
[1563] UNICEF : « *La situation des enfants dans le monde* » ; UNICEF 2008.

2. Les obstacles à l'application de la Convention

963. L'enfant est présenté par la Convention de New York comme l'avenir de l'humanité, laquelle est convaincue qu'il est indispensable d'apporter à certains enfants « *une attention particulière* » en raison des conditions de vie dans lesquelles ils évoluent. La vaste vague de ratifications qui a déferlé sur le traité fait apparaître la force de la volonté internationale de promouvoir son intérêt et de mettre en place des infrastructures qui lui soient adaptées et des droits qui lui soient propres.

L'examen approfondi des rapports déposés par les États parties et les recommandations du Comité des droits de l'enfant démontrent que, malgré les manifestations de bonne volonté des États, la réalité de l'application du texte est très différente de l'apparente unanimité qui meut les pays membres.

L'absence de contrainte liée à la Convention affranchit les pays qui ne veulent pas l'appliquer de toute sanction (a), et les lacunes de la cohésion internationale ne motivent pas les pays éprouvant des difficultés dans l'application du texte (b) à poursuivre des efforts sur un point politique qui n'est pas forcément au rang de leurs priorités.

a. Volonté insuffisante de certains États parties

964. L'application d'un texte n'est pas conséquente à sa ratification par un État. C'est une illusion commune que de croire que, sous prétexte qu'un État l'a signé puis adopté, un traité international sera appliqué intégralement. Plusieurs barrières s'érigent entre l'adoption du traité et son efficiente application par le pays.

Le premier empêchement relève d'une volonté étatique contraire à certains points du traité auquel le pays adhère : ce sont les réserves et les déclarations interprétatives. Pour ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, elles sont nombreuses, quelquefois inutiles, n'empêchant parfois que l'application d'un article accessoire, obérant occasionnellement le fonctionnement normal du traité ou occultant carrément son entrée en vigueur sur le territoire du pays[1564].

Une fois que l'État partie a formulé ses réserves et son interprétation des stipulations du traité, il lui appartient, en principe, d'appliquer convenablement le texte. Dans le cas de la Convention de New York, l'absence de pouvoir contraignant inhérent au traité, et

[1564] Cf. supra en page 547.

finalement peu envisageable[1565], laisse son efficacité intégralement liée à la bonne volonté de l'État qui y a adhéré. Or parfois, cette volonté d'appliquer le contrat international souscrit est mise à mal par des considérations internes, philosophiques, religieuses, économiques ou sociales qui ravalent la Convention au rang d'un texte à application facultative. Pourtant, l'idée même de convention internationale devrait inciter spontanément les États à respecter l'engagement pris et à lui donner vie au plan interne. De plus, le texte de l'article 4 du traité est explicite sur ce point quand il énonce que « *les États 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* ».

La question de la portée de l'article 4 de la Convention se pose en deux temps. Au premier temps se place le thème des réserves qui amoindrissent la plénitude de la valeur de l'article 4. Car cet article s'entend comme exclusif des réserves et interprétations formulées. De sorte que l'État partie doit « *mettre en œuvre les droits reconnus* » dans la Convention à l'exception de ceux pour lesquels il a formulé une réserve. Dans ce sens, le Comité des droits de l'enfant répète à l'envi que son rôle de promotion et de contrôle de l'application du texte exige l'examen systématique de la portée et de l'impact des réserves en vue de leur retrait par les parties[1566].

965. Le second temps est l'appréciation de la réalité de l'application par le Comité, en dehors des dispositions pour lesquelles une réserve ou une interprétation a été formulée. Les recommandations du Comité à cet égard sont souvent éloquentes, et sa façon de formaliser ces remarques révèle parfois la réalité de ce qu'il entend mettre en évidence. Il apparaît qu'il stigmatise épisodiquement le manque de bonne volonté de certains États parties devant des mesures qu'ils peuvent prendre sans remettre en cause fondamentalement l'ordonnancement de leur législation ni la philosophie qui la motive. C'est ainsi que dans ses conclusions adressées au Sri Lanka, le Comité lui a recommandé « *vivement* » « *d'envisager, d'élever et de normaliser dans toutes les communautés l'âge minimum pour contracter mariage* »[1567], la même vivacité est perceptible dans les recommandations touchant à l'application efficiente des dispositions de l'article 2 sur la non-discrimination[1568]. La formulation des recommandations du Comité sont révélatrices de son appréciation de la bonne volonté de

[1565] Cf. infra en page 790.
[1566] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingt-deuxième session* » ; septembre/octobre 1999, CRC/C/90.
[1567] Sri Lanka, CRC/C/15/Add.40.
[1568] Japon, CRC/C/15/Add.90.

l'État partie dans la mise en œuvre de la Convention. Au plus les recommandations sont vives, au plus l'intérêt en cause est important et la volonté de l'État de le mettre en œuvre est faible malgré des contraintes limitées.

966. La question des difficultés de mise en œuvre par les États parties est prise en considération par le Comité qui demande aux États parties de lui faire connaître les « *facteurs et les difficultés empêchant les États-parties de s'acquitter pleinement des obligations prévues par la Convention* »[1569]. Fort de ce renseignement, le Comité jauge selon que les facteurs et les difficultés sont réels et sérieux ou prétextes de la part de l'État à une non-application du traité. La liste des remarques du Comité serait oiseuse, et interminable. La prise en considération par le Comité des difficultés soulevées par les États dépend toutefois de certains critères tenant à la mesure envisagée pour appliquer la Convention et à l'obstacle rencontré.

Il semble que les obstacles tenant à l'expansion des compromis déjà accordés à l'occasion de la rédaction de la Convention ne puissent pas empêcher l'application des principes généraux de la Convention. Ainsi, l'influence de la religion ou de la culture, ne doit pas empêcher l'épanouissement du principe de non-discrimination de l'article 2. Le Comité a refusé de justifier certaines pratiques discriminatoires aux motifs qu'elles s'ancraient dans des croyances ancestrales fermement imprimées dans la culture collective de Madagascar :

> « *Le Comité recommande au gouvernement de promouvoir des campagnes d'information et de sensibilisation portant sur les principes et les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant, le cas échéant en collaboration étroite avec les responsables communautaires et religieux, de façon à faire prendre davantage conscience des préjugés et des traditions culturelles qui peuvent porter atteinte à l'exercice des droits des enfants et contribuer ainsi à leur élimination* »[1570].

Plus encore, est la situation particulière de l'Inde pour laquelle, le Comité recommande fermement de mettre un terme définitif à « *la pratique discriminatoire de l'intouchabilité* »[1571]. Selon lui, bien que cette pratique s'appuie en réalité sur une fonction religieuse établie et codifiée, elle ne saurait faire obstacle à l'application de l'article 2 de la Convention, même si l'État l'érige en difficulté de mise en œuvre de la Convention. Il est

[1569] Comité des droits de l'enfant : « *directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter conformément au paragraphe 1, b) de l'article 44 de la Convention* » ; 11 octobre 1996, CRC/C/58, par. 1.
[1570] Madagascar, CRC/C/15/Add.26, par. 17.
[1571] Inde, CRC/C/15/Add.115, par. 31.

constant, ici, que la volonté de l'État doit primer sur les habitudes et les traditions, surtout que l'Inde n'a formulé aucune réserve sur l'article 2 en lien avec le culte Hindouiste et le système de castes qui prévaut dans le pays.

À plus forte raison, le Comité refuse de considérer comme un obstacle les législations fondées sur des considérations surannées, notamment les discriminations posant un âge d'accès au mariage différencié selon le sexe de la personne ou distinguant l'étendue de la succession selon la filiation de l'enfant[1572].

967. Quand le Comité retient des difficultés comme justifiant le retard dans la mise en place du traité, il le signifie. C'est ainsi qu'il a estimé que les difficultés rencontrées par la Principauté de Monaco justifiaient le retard dans la mise en œuvre de la Convention[1573], même si ces soucis de mises en place n'avaient pas été exprimés clairement par le rapport du pays[1574].

Pour que les obstacles justifient les difficultés de mise en vigueur de la Convention selon le Comité, il importe qu'ils ne dépendent pas de la volonté propre de l'État et qu'ils ne puissent pas être aisément dépassés par lui. La conviction de l'organe de contrôle est que tout ce pour quoi l'État n'a pas émis de réserve doit être dépassé par l'ensemble des mesures qu'il prend en application du traité. Quand le préambule du texte énonce qu'il a été tenu compte « *de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant* », il énonce de ce fait que les stipulations de la Convention tiennent pour acquis le fait que les États doivent dépasser les traditions culturelles pour mener à bien l'application du texte. De sorte que seules des contraintes extérieures peuvent en justifier la mise en œuvre ralentie ou aléatoire.

La philosophie du Comité est de considérer que la ratification du traité vaut dépassement de soi afin d'en atteindre tous les objectifs. Il apparaît à ce titre que l'invocation d'une tradition, d'une contrainte philosophique ou religieuse, ou même des difficultés financières[1575] ne justifient aucunement la mise à mal des termes de la Convention.

La volonté du Comité est que les États parties se dépouillent des contraintes philosophiques, religieuses, culturelles ou budgétaires pour appliquer l'intégralité de la

[1572] Fidji, CRC/C/15/Add.89 ; Luxembourg, CRC/C/15/Add.92, Koweït, CRC/C/15/Add.96 ; Malte, CRC/C/15/Add.129.
[1573] Monaco, CRC/C/15/Add.158.
[1574] Monaco, CRC/C/28/Add.15.
[1575] Géorgie, CRC/C/15/Add.124 ; Pérou, CRC/C/15/Add.8.

Convention. Pour autant, même si le Comité le souhaite, la question des ressources financières est primordiale pour mettre en place les infrastructures. Si bien que, même si certains États parties expriment toute leur volonté pour mettre en œuvre les stipulations auxquelles ils ont adhéré, il s'avère que, parfois, leur potentiel est limité par l'insuffisance des fonds dont ils disposent. Vouloir ne fait pas tout.

b. Capacité insuffisante de certains États parties

968. Malgré les remarques du Comité des droits de l'enfant concernant le fait que les États parties à la Convention ne peuvent pas s'appuyer sur des difficultés budgétaires pour s'émanciper des obligations qu'ils ont contractées, il demeure que ces obstacles existent et qu'ils paralysent occasionnellement la mise en place concrète du traité.

Les problèmes économiques ne sont toutefois pas les seuls soucis que peuvent rencontrer les États. Il en existe d'autres, et bien que le Comité souhaite qu'ils soient dépassés par la volonté effective des gouvernants, il apparaît néanmoins qu'ils sont sérieux et qu'ils ne peuvent pas aisément être contournés.

La difficulté la plus sérieuse et la moins palpable, est peut-être d'ordre politique. Il n'est pas facile pour les États parties d'imposer la mise en place de la Convention dans des pays où des considérations d'un autre ordre (notamment économique) semblent prioritaires. Le protocole de Kyōto relatif à la gouvernance énergétique mondiale a ainsi été unanimement repoussé par le Sénat américain le 25 juillet 1997 par 95 voix contre la motion du Président CLINTON. C'est le même Sénat qui, quelques années auparavant, repoussait la ratification de la Convention de New York pour des raisons similaires, estimant que la politique nationale devait primer sur les droits de l'enfant reconnus dans le texte signé par le Président des États-Unis d'Amérique. Le cas des États-Unis est toutefois particulier, dans la mesure où ce pays assume une position internationale isolationniste. Cette conception incite ce pays à considérer les engagements internationaux comme potentiellement nuisibles à ses intérêts propres, et ainsi à minimiser au possible ses interventions au plan international.

Ce n'est pas le cas dans d'autres pays ayant ratifié le texte de New York. Dans des pays en voie de développement comme le Bangladesh ou le Pakistan, la question des droits de l'homme – *a fortiori* ceux des enfants – ne se présente pas comme une priorité nationale. Dans le cas du Bengladesh, la question même de la survie du pays passe avant celle de l'application de la Convention. Sur ce point, le Comité des droits de l'enfant a reconnu qu'effectivement, certains aspects géopolitiques handicapaient nettement la mise en œuvre du

traité[1576]. Pour le Pakistan, le Comité des droits de l'enfant prend acte des difficultés que l'État rencontre et qui ne sont pas seulement liées à des questions économiques ou démographiques :

> « *Le Comité reconnaît que l'État partie accuse un fort taux de croissance démographique et que près de la moitié de la population est âgée de moins de 18 ans. Il note par ailleurs que la situation économique n'a pas été favorable et que le revenu par habitant est relativement faible. L'arrivée de plus de 3 millions de réfugiés d'Afghanistan a pesé lourdement sur les ressources. Le Comité a relevé parmi d'autres difficultés un taux élevé d'analphabétisme et l'existence de coutumes et de valeurs traditionnelles qui ont par exemple retardé la lutte contre la discrimination dont les fillettes sont victimes* »[1577].

Dans ce rapide extrait des recommandations finales du Comité au Pakistan, l'accent est mis sur les soucis, indépendants de la volonté exprimée du pays, qui entravent l'application du texte et qui expliquent le retard pris par l'État. La réalité démographique, quand elle dépasse les attentes de l'État, ou sa situation culturelle sont des données qui permettent de justifier du retard pris pour mettre en place la Convention.

La situation économique du pays ne semble pas autoriser une justification aussi simple. Le Comité rappelle souvent que les États doivent engager tous les moyens financiers et humains possibles dans le but de promouvoir et d'appliquer le traité[1578], quitte à requérir l'aide internationale et la coopération des autres pays dans ce but[1579].

Il reste que les difficultés, malgré les vœux du Comité, persistent et qu'un État en proie à des difficultés économiques ne placera sans doute pas les deniers publics pour l'application d'un engagement international relatif aux droits de l'enfant et qu'il privilégiera les mesures politiques de nature à lui permettre de s'assumer financièrement. Le Comité des droits de l'enfant n'accueille jamais les soucis financiers comme justifiant la lenteur de

---

[1576] « *Le Comité reconnaît que la pauvreté et les catastrophes naturelles à répétition font obstacle à la pleine mise en œuvre de la Convention* » (Bangladesh, CRC/C/15/Add.221, par. 7).
[1577] Pakistan, CRC/C/15/Add.18 par. 8.
[1578] « *… il est recommandé à l'État partie de prendre des mesures supplémentaires, notamment d'allouer des ressources humaines et financières suffisantes…* » (Bénin, CRC/C/15/Add.106).
[1579] « *Veuillez indiquer la part de l'aide internationale aux niveaux multilatéral et bilatéral consacrée à des programmes en faveur des enfants et à la promotion de leurs droits et, le cas échéant, l'assistance reçue des institutions financières régionales et internationales* » (Comité des droits de l'enfant : « *directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter conformément au paragraphe 1, b) de l'article 44 de la Convention* » ; 11 octobre 1996, CRC/C/58).

l'application du traité. Si cela peut se comprendre pour des États industriels, c'est moins évident à saisir pour des pays en voie de développements. Toutefois, il n'est pas envisageable que le Comité puisse faire des exceptions pour les uns et non pour les autres.

Cela montre une des difficultés d'application du texte, ce qui, d'une certaine façon, le rend critiquable.

B – Une Convention critiquée

969. Les critiques sur la Convention portent sur le fond (1) et sur la forme (2). Toutefois, ces critiques révèlent souvent une certaine méconnaissance du traité au profit d'une analyse plus philosophique que juridique.

1. Les critiques quant au fond

970. Pour reprendre le mot de M. RAYMOND, « *par certains côtés, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est utopique…* »[1580], point de vue partagé notamment par M^me^ THÉRY[1581] qui relève une liste impressionnante de bonnes intentions.

Dans son article publié en 1992, cette dernière estime que certains droits énoncés par la Convention ne peuvent pas être atteints et leur application ne peut pas être contrôlée. Il en va ainsi, selon elle, notamment des articles 24, 27 et 31 de la Convention, ayant trait respectivement à l'état de santé de l'enfant, à son droit d'avoir un niveau de vie suffisant et à son droit au repos et aux loisirs. Certes ces droits sont-ils flous, autant le concept de « *meilleur état de santé possible* » que celui de « *niveau de vie suffisant* » que « *le droit au repos et au loisir* » ne répondent pas à des acceptations juridiques classiques. Ce que reproche M^me^ THÉRY repose sur la dissolution d'un droit dans un absolu utopique, ce qui risque de vider la Convention de son contenu juridique et de la rendre, concrètement inapplicable. À cet effet, l'éminente sociologue rapproche la Convention de ses prédécesseurs et de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Cette critique, constructive, ignore trois aspects complémentaires de la Convention, tenant à sa genèse, à sa finalité et à son application.

Le texte de la Convention repose sur un important compromis international, au confluent des richesses religieuses, philosophiques et culturelles des principales sociétés du monde. Dans cette configuration particulière, il était inenvisageable pour les rédacteurs de la

[1580] G. RAYMOND : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 2006, p. 23.
[1581] I. THÉRY : « *Nouveaux droits de l'enfant : la potion magique ?* » ; Esprit, Mars 1992.

Convention d'adopter une rédaction par trop précise, empêchant l'adaptation interne de la Convention par les législations des États parties. À ce titre, le Comité des droits de l'enfant a rappelé à plusieurs occasions que la rédaction des articles, et en particulier celle de l'article 1er, visait à permettre une adoption et une ratification les plus universelles possibles, sacrifiant la précision du texte à son universalité. De concert avec Mme THÉRY, il est possible de regretter ce flou juridique, mais cela reviendrait à produire une analyse ethnocentrique de la Convention, à la lumière de notre culture précise du droit et de notre logique juridique spécifique. Or, l'intérêt de ce traité, est précisément de permettre à chaque État partie de trouver le cadre juridique l'autorisant à une application juridique spécifique en rapport avec son droit et sa philosophie propre.

De plus, la finalité du texte n'est pas de mettre en place un droit de l'enfant unique et de portée universelle mais de présenter un cadre juridique dans lequel doivent s'épanouir les droits de l'enfant. D'où le sentiment que la Convention est plus une succession d'utopies que la mise en œuvre de réels droits.

Enfin, la remarque critique à l'égard de la Convention estime que le texte n'est pas contrôlable juridiquement. Là encore, c'est faire peu de cas des articles 42 et suivants du texte qui instituent le Comité des droits de l'enfant et de son rôle concret de contrôle de l'application du texte. Il est regrettable que la Convention n'ait pas de portée contraignante au plan international, et c'est sans doute là que la critique de Mme THÉRY se concentre, davantage que sur l'aspect juridique ou applicable du texte. La confusion est assez classique, entre ce qui est applicable et ce qui est contraignant.

971. Le deuxième pôle de critiques formulé par Mme THÉRY est de donner des droits à l'enfant sans pour autant lui demander d'assumer des responsabilités. Il est certain que c'est un point sur lequel la critique est évidente, il semble que la Convention ait omis la responsabilisation de l'enfant au profit de sa protection et de son épanouissement juridique[1582]. La critique est intéressante, et s'appuie sur deux droits reconnus par la Convention : la liberté d'expression et celle d'association énoncées par les articles 13 et 15 du traité. Mme THÉRY s'insurge sur le fait que l'enfant puisse user de ses droits à outrance, sans risquer de tomber sous le coup d'une quelconque responsabilité[1583]. Ce regard omet que les articles incriminés contiennent eux-mêmes des éléments restrictifs aux libertés accordées à

[1582] Cf. supra en page 633.

[1583] « *Quel citoyen deviendra l'enfant à qui l'on aura appris que rien n'est plus grand que de dire "*mon droit, mon droit*" avant d'appeler à l'aide, en cas de problème, ses parents ou son assureur ?* » (I. THÉRY : « *Nouveaux droits de l'enfant : la potion magique ?* » ; Esprit, Mars 1992).

l'enfant. Son droit d'expression est encadré par le « *respect des droits ou de la réputation d'autrui* »[1584] notamment. Ensuite, cet argument critique ne distingue pas l'apparence du fait avec la réalité du droit. Ce n'est pas parce que l'enfant ne dédommage pas la personne diffamée ou victime des propos qu'il a pu tenir ou des faits qu'il a pu commettre que sa responsabilité n'est pas engagée. Au contraire, il est impératif que sa responsabilité dans le dommage soit établie, quand même n'aurait-il commis aucune faute, pour que la réparation puisse avoir lieu. Il importe que l'enfant soit reconnu comme étant l'élément causal du dommage. Mais en raison de l'insolvabilité de l'enfant, et non par la force des droits énoncés dans la Convention, c'est un tiers qui doit assumer la réparation pécuniaire du dommage, situation où le *solvens* n'est pas le responsable du dommage. Cela est-il lié au texte de la Convention ? La réponse ne peut qu'être négative. Ce n'est pas la mise en place de ce texte international qui change la solution juridique en la matière, l'enfant a toujours et partout été considéré comme insolvable, et c'est afin de protéger les intérêts des victimes de dommages commis par des enfants que la charge de la responsabilité civile de l'enfant a été posée sur les épaules des parents, jugées financièrement plus stables. La Convention n'a eu aucune incidence sur la responsabilité civile des parents du fait de leur enfant mineur.

972. M^me^ THÉRY énonce une critique plus globale du texte, critique moins juridique et plus sociologique. Elle énonce que le défaut majeur du traité de New York est de faire poser sur l'enfance le poids des inégalités. Ainsi, la source des malheurs de l'enfant n'est pas le comportement des adultes à son égard, mais l'enfance elle-même. Elle estime que la Convention de New York transforme la communauté des enfants en minorité opprimée, alors que la réalité sociale est autre et que seule une partie de cette minorité souffre réellement. La Convention apparaît comme un texte permettant aux enfants, en tant que population opprimée, de se libérer de l'oppression. Pour M. YOUF[1585], si l'enfant est l'opprimé, l'oppresseur est l'adulte, de sorte que la Convention qui octroie ou reconnaît des droits à l'enfant l'incite à s'élever contre son oppresseur traditionnel. L'ellipse est attrayante à ce titre d'amalgamer l'adulte et les parents, et de transformer la Convention internationale relative aux droits de l'enfant en outil juridique permettant à l'enfant de s'affranchir de l'oppression des parents. Néanmoins, une telle affirmation ne reflèterait pas la réalité. Le Comité des droits de l'enfant l'a plusieurs fois répété, et le texte même de l'article 5 de la Convention, relatif à l'autonomie parentale en matière d'éducation de l'enfant, affirme l'inverse de ce point de vue.

[1584] Article 13, 2, a) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1585] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 319.

Si la Convention de New York est un texte permettant de délivrer l'enfant de l'oppression – ce qui reste très discutable – ce n'est pas nécessairement contre les parents qu'elle est dirigée. Cela d'autant que le Préambule du texte affirme clairement la place et l'importance de la cellule familiale dans le bien-être de l'enfant, énonçant que les parents ne sont pas, en principe, une nuisance à l'intérêt supérieur de l'enfant. Si les droits de l'enfant ont été affirmés, c'est surtout pour que l'enfant puisse les revendiquer face à l'État qui a lui-même la charge de les faire appliquer par les adultes. Le risque, soulevé et craint par M^me^ THÉRY est de transformer l'État en famille de substitution, figurant la Convention comme « *le cheval de Troie d'une incroyable immixtion de l'État dans les familles et la vie privée* »[1586], ceci renforcé par l'idée que les parents sont « a priori *suspects de porter atteinte aux droit de leur enfant* »[1587]. Il semble qu'il s'agisse là encore d'une lecture incomplète de la Convention, passant sous silence les principes du Préambule et surtout l'intangibilité de la cellule familiale proclamée dans l'article 5 de la Convention. De plus, loin de l'analyse de M. YOUF, il faut combattre l'idée selon laquelle les parents sont *a priori* néfastes à l'enfant. La Convention va précisément dans le sens contraire et implique les parents en premier lieu dans l'éducation de l'enfant et dans sa préparation à devenir un adulte. Ces remarques sur la Convention sont la manifestation d'une lecture imprécise, qui ne prend pas en compte les éléments juridiques développés par le texte. Ces points de vue ne s'inscrivent que dans un examen sociologique du texte, et bien qu'ils puissent poser des questions pertinentes, ils n'apportent pas de réponses satisfaisantes et ne semblent soulever que des inquiétudes, sociologiquement intéressantes, mais juridiquement infondées.

973. L'étude inverse est également vraie, et il est parfaitement possible de reprocher à la Convention de se placer dans un cadre juridiquement protecteur mais sociologiquement peu à même de prendre en compte la plénitude de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette notion ne se résume pas à un intérêt ponctuel, fini, concret et palpable. Il se décline également dans le temps et se dessine dans l'objectif ultime dépeint par l'article 29, 1, d) de la Convention quand il énonce que les États mettent tout en œuvre pour « *préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie* ». Il est donc autorisé de distinguer, dans le cœur de la Convention, deux intérêts supérieurs de l'enfant : l'un ponctuel quand son quotidien est en cause (dans les décisions le concernant, comme le stipule l'article 3 et sur toute question l'intéressant comme

[1586] I. THÉRY : « *Nouveaux droits de l'enfant : la potion magique ?* » ; Esprit, Mars 1992.
[1587] D. YOUF : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT 1997, p. 321.

le prévoit l'article 12 de la Convention), l'autre prolongé, absolu et unique : être un adulte préparé et épanoui.

Sur le plan juridique, la satisfaction de l'intérêt ponctuel de l'enfant est assurée par la lecture holistique de la Convention. Tout concourt pour donner à l'enfant les moyens d'assurer ses droits, notamment par l'entremise de ses parents quand ils remplissent normalement leur rôle de protection et d'éducation ou par l'État quand la famille ne permet pas la protection effective de l'enfant.

La satisfaction de l'intérêt ultime de l'enfant est plus problématique, car bien que l'État ait à sa charge cette valeur éducative de permettre à l'enfant de s'épanouir en adulte, les moyens que la Convention met en place pour y parvenir présentent un inconvénient notable, soulevé également par M^me^ THÉRY et M. YOUF. L'épanouissement de l'enfant dans sa vie d'adulte ne peut atteindre la plénitude que s'il a conscience qu'à côté des droits dont la Convention l'honore, il existe des responsabilités, des devoirs, des charges et des contraintes. Contrairement à ce qu'envisage M^me^ THÉRY, la prise de conscience par l'enfant qu'il existe un monde de responsabilités parallèle au monde des droits n'est pas absent de la Convention. L'univers de la responsabilité apparaît quand l'enfant, au-delà de ses activités normales, provoque un dommage à un tiers ou commet un crime. Le droit civil s'applique normalement à l'enfant et détermine si sa responsabilité est engagée pour permettre l'intervention des parents dans la réparation du dommage. En droit pénal, même s'il lui est adapté conformément à l'article 40 de la Convention[1588], il demeure que l'enfant est mis face à la conséquence dommageable de ses actes. La réalisation de l'œuvre judiciaire permet à l'enfant d'appréhender la portée des actes délinquants qu'il a commis dans le but de « *faciliter sa réintégration dans la société* »[1589]. Il est très regrettable que la sensibilisation de l'enfant aux réalités de ses responsabilités grandissantes ne soit pas prévue par la Convention autrement que dans les domaines marginaux où le droit s'applique à l'enfant. Il n'aurait pas été vain que la Convention prévoie dans sa logique générale que l'enfant soit, progressivement, amené à l'âge adulte et sensibilisé à l'utilisation des droits qui lui seront dévolus quand il aura quitté l'enfance. L'article 5 recèle l'idée que les parents doivent accompagner l'enfant « *d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités* » dans la direction de l'âge adulte. De même, l'article 12 appelle à la prise en compte du discernement de l'enfant pour l'écoute et la considération de sa parole. Mais ni la quiétude du cocon familial, ni les valeurs

[1588] Cf. supra en page 655.
[1589] Article 40, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

éducatives ne permettent à l'enfant de quitter progressivement les oripeaux de la jeunesse pour se vêtir des lourds habits de l'adulte, tissés d'obligations et brodés de devoirs.

974. La lacune majeure du texte est de ne pas garantir son aspect conventionnel à tous les acteurs dont il est question dans le traité. Aussi, pour l'État et les parents, le caractère conventionnel est réel, ces deux acteurs ont des devoirs, des charges, en même temps qu'ils ont des droits. Pour l'enfant, même au travers des lignes de l'article 40, l'apparence contractuelle du texte s'estompe pour laisser place à un texte plus déclaratif et moins contraignant. Juridiquement et sociologiquement, il n'est pas sain de laisser croire à l'enfant qu'il a des droits et qu'il n'est en charge d'aucune obligation. La réalisation entière de son intérêt supérieur à long terme passe nécessairement par une approche concrète de la vie réelle. Ce n'est pas en entretenant l'illusion que l'enfant n'a que des droits qu'il sera préparé à un monde adulte où les obligations et les devoirs prévalent.

Les critiques quant au fond du texte sont réelles et montrent que les compromis effectués lors de la préparation du traité ont occasionnellement occulté les objectifs poursuivis par la Convention. Il existe également des inconvénients de forme, moins dépendants des consensus réalisés par les États parties, mais qui nuisent aussi à la lecture du traité de New York.

2. Les critiques quant à la forme

975. La qualité principale de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant quant à sa forme est d'avoir été rédigée dans des termes précis et clairs, mêlant la rigueur juridique habituelle, nécessaire à l'application entière du texte à la clarté, indispensable vecteur de connaissance et de diffusion, conformément à l'article 42 du traité. La forme adoptée pour ce traité poursuit ainsi deux objectifs centraux : que le texte soit compréhensible par la plupart, et pas seulement par le juriste, et qu'il soit applicable par les juridictions. Ces deux buts ne sont pas évidents à concilier, car ce qui est vulgaire est généralement vaste, ce qui implique que le texte compris par le profane ne soit pas aisément applicable par un tribunal, et s'il est trop précis et juridique, il perd en accessibilité ce qu'il gagne en efficacité. L'alchimie technique pour obtenir un équilibre satisfaisant entre la clarté et la précision n'était pas facile à atteindre, et le texte, de ce point de vue, est plutôt une réussite, surtout s'il est tenu compte de ce que l'exercice était compliqué par le nécessaire consensus qui a guidé à son élaboration.

Toutefois, la Convention n'aurait pas nécessairement perdu de sa qualité si certaines précisions avaient été apportées dès la rédaction plutôt que de laisser le Comité des droits de l'enfant faire le point sur certaines questions.

976. En premier lieu, il n'aurait pas été techniquement impossible d'adopter une structure plus explicite de la Convention et de répertorier les droits dans des catégories plus précises. Aujourd'hui, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est composée en trois parties. La première partie dresse l'inventaire des droits reconnus à l'enfant, la deuxième met en place le Comité des droits de l'enfant et son mode de fonctionnement, la dernière traite des questions techniques de la Convention, relativement à sa signature, sa ratification et son entrée en vigueur. Cette architecture est intéressante, certes, mais elle ne reflète pas un découpage permettant l'identification des grands groupes de droits. Il s'agit d'une construction artificielle dont il aurait été loisible de se passer comme dans les grands textes universels[1590]. Au lieu de se lancer dans une répartition technique des articles de la Convention, il aurait été plus judicieux d'organiser le texte dans un découpage théorique comme il a été fait pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1591]. Ce découpage plus fonctionnel aurait permis d'éviter plusieurs errements auxquels le Comité des droits de l'enfant a dû répondre.

Principalement, l'appréhension de la philosophie générale du texte aurait facilitée si les principes généraux esquissés par le Comité dans l'examen du rapport du Mexique en 1994 avaient été clairement identifiés auparavant dans le texte international. Dans ce rapport, sans faire état clairement de l'existence de principes généraux, le Comité reproche à l'État partie de ne pas avoir mis en place une législation « *qui fasse référence à l'intérêt supérieur de l'enfant ou qui interdise la discrimination à l'égard des enfants* » [1592]. Les fondations des principes généraux de la Convention sont jetées dans cette remarque, et elles seront achevées par l'affirmation et le commentaire des quatre points cardinaux du texte lors des directives

[1590] La Déclaration universelle des droits de l'homme n'est pas structurée en plusieurs parties.
[1591] Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques se compose en six grandes parties, techniques et théoriques. L'architecture technique de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est présente dans le Pacte qui compte une partie (la quatrième) consacrée au Comité des droits de l'homme et une partie (la sixième) consacrée aux outils de ratification et aux mécanismes d'entrée en vigueur. Les trois autres parties répartissent les différents droits reconnus par le texte en distinguant selon qu'il s'agit de devoirs fondamentaux communs à tous les peuples (première partie), ou de principes fondamentaux destinés à permettre l'application du Pacte (deuxième partie). Vient ensuite le répertoire des droits proprement dit (troisième partie). Enfin dans une cinquième partie, le texte envisage la compatibilité du Pacte avec les autres normes internationales.
[1592] Mexique, CRC/C/15/Add.13, par. 7.

générales concernant les rapports que doivent présenter les États parties[1593]. Dans ce texte datant de 1996, soit sept ans après l'adoption de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant par l'Assemblée générale des Nations Unies, le Comité des droits de l'enfant consacre plus d'une vingtaine de paragraphes à la définition des quatre principes qui doivent absolument guider l'action de l'État partie dans l'application du texte, indépendamment de toute question budgétaire[1594].

Dans le même ordre d'idée, la lecture du texte aurait été facilitée, sans que pour autant la précision soit sacrifiée, si les différents droits de l'enfant avaient été répertoriés dans des catégories particulières. À nouveau, la lecture des recommandations édictées par le Comité des droits de l'enfant en 1996 révèle la difficulté d'organiser efficacement cette classification. La visibilité des grands groupes de droit n'est pas satisfaisante à cet égard, notamment quand le Comité montre que les droits et les libertés sont disséminés dans huit articles non successifs et parfois même au cœur d'un article où le droit de ne pas être soumis à la torture cohabite avec la prohibition de la peine de mort[1595].

977. Certes, rien ne permet d'affirmer qu'une structure plus théorique que technique aurait permis une application plus efficace du traité. Elle aurait toutefois satisfait à une certaine cohérence entre la lecture éparse des différents droits de la Convention et l'exigence du Comité des droits de l'enfant d'obtenir des rapports de la part des États qui répondent à un agencement appuyé sur les grandes catégories de droits développés dans la Convention.

En revanche, s'il est légitime de douter des effets d'une architecture cohérente du texte sur son application concrète, il est beaucoup moins douteux qu'un plan théorique clair aurait favorisé la diffusion et l'accessibilité du texte. Or, cet objectif est poursuivi par l'article 42 de la Convention qui exhorte les États à une large diffusion des principes et des dispositions du traité. Mais la dispersion de ces éléments dans l'ensemble du texte nuit précisément à cette vulgarisation du texte et oblige les États parties à mettre en place une diffusion qui risque d'aller à l'encontre de la logique du texte et à en diminuer la lisibilité. Les mises en garde de PORTALIS résonnent alors dans l'inconscient du juriste : une loi claire permet une adhésion plus importante de la population et affirme davantage sa légitimité en favorisant son application spontanée au détriment de l'application forcée.

[1593] Comité des droits de l'enfant : « *directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter conformément au paragraphe 1, b) de l'article 44 de la Convention* » ; 11 octobre 1996, CRC/C/58.
[1594] France, CRC/C/15/Add.20.
[1595] Article 37, a) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

978. L'imperfection est inhérente au droit, elle est le reflet des applications concrètes qui peuvent voir le jour au hasard des situations factuelles. Pour cette raison, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant apparaît comme un cadre, parfois utopique, dans lequel doivent s'épanouir les législations internes. Dans cette tâche, les États sont guidés par les recommandations du Comité des droits de l'enfant. Il n'était évidemment pas possible d'envisager un outil international parfait, aussi était-il normal qu'il soit soumis à critiques, qui, cependant, n'en altèrent ni la valeur intellectuelle moderne ni la qualité juridique concrète.

Les difficultés rencontrées par les États dans l'application du traité mettent en évidence que le consensus d'origine n'a pas permis d'effacer les différences ni les particularités des cultures. Dans ce sens, le droit interne de l'enfant, propre à chaque État, dépendant foncier des cultures et des racines des civilisations, doit tendre vers les buts fixés par la Convention, sans toujours pouvoir les atteindre.

Si la Convention de New York est le but à atteindre, ce qui représente le meilleur cadre d'épanouissement des droits de l'enfant, et si le Comité des droits de l'enfant est le guide permettant aux États de respecter au mieux ce cadre, alors les législations nationales sont les serviteurs de la Convention, bien qu'elles soient parfois soumises aux turbulences des peuples et à la force des traditions et des cultures, des religions et des croyances ancestrales.

La force des clichés est tenace : la France est le pays des droits de l'homme. A-t-elle réussi à mettre en place une application efficace de la Convention ? Le droit interne de l'enfant est-il à la hauteur des idéaux fixés par la Convention et des exigences du Comité des droits de l'enfant ? Ces questions nécessitent un examen approfondi.

Chapitre Deuxième : Le droit interne de l'enfant

979. L'article 4 de la Convention de New York oblige les États parties à mettre en œuvre les droits reconnus par le texte dans leur droit interne en prenant toutes les mesures possibles dans ce sens. La France a été parmi les premiers États à signer et ratifier le texte qui est entré en vigueur sur le territoire de la République peu de temps après son entrée en vigueur internationale. La Convention est un cadre aux contours idéaux dans lequel doivent s'épanouir les droits de l'enfant. L'utopie décrite par M. RAYMOND ne tient pas tant dans l'existence de ce cadre que dans l'exacte superposition des législations internes des États parties avec les dispositions de la Convention. Par définition, ce qui relève de l'idéal ne peut pas être atteint et l'aube ne se lèvera pas si tôt sur le jour où le Comité des droits de l'enfant n'adressera plus que des rapports de pleine satisfaction aux États du monde.

Ce succinct point de vue permet de considérer qu'une étude approfondie du droit français de l'enfant n'est pas – ne peut pas être – une redondance du droit international examiné auparavant. La perception que la France va parfois au-delà de ce que souhaite la Convention de New York est parfaitement réelle, de même qu'il existe des recoins du droit où la législation nationale ne répond pas aux exigences du traité.

La complexité de l'examen du droit français en matière d'enfance est notamment liée à ce que la France n'ait pas attendu la ratification du texte de 1989 pour se doter d'un arsenal juridique propre à l'enfant et de mesures qui lui soient appropriées. Pour cette raison, le droit français n'a pas pu se limiter à « *prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la* » Convention de New York. Il a dû également s'adapter aux dispositions de la Convention, en plus de créer des éléments juridiques nouveaux qui en découlaient.

980. Ces éléments conduisent à ne pas se contenter de prendre en compte le chemin que la législation française doit encore parcourir. Un regard dans cette direction ne porterait pas très loin. Il importe à l'inverse de contempler ce qui a déjà été fait, de constater les qualités et les défauts du droit interne de l'enfance avant que d'envisager les améliorations

possibles afin de s'approcher au plus près des engagements pris lors de la ratification du traité.

Dans cette optique, un tableau précis du droit positif de l'enfant sera dressé (Section 1) avant que d'établir une analyse prospectrice de la situation afin d'envisager des corrections ou des améliorations à la situation présente (Section 2).

Section 1 : Le droit positif de l'enfant : état des lieux

981. L'étude du droit positif de l'enfant ne peut pas être dissociée de son objet : l'enfant. Il n'est pas souhaitable de bien appréhender le droit français en la matière si l'enfant en lui-même n'est pas analysé dans sa globalité et dans son appartenance à la société civile que le droit régit. Ce n'est en effet que si la place véritable de l'enfant dans le monde qui l'entoure est bien comprise qu'il est possible de saisir la réelle portée du droit qui régit son comportement dans cette société (§ 1).

Quand le cadre général de l'enfant dans la société sera fixé, il sera temps d'étudier comment le droit français s'est approprié la Convention de New York. C'est par le biais de l'application de la Convention dans le droit interne qu'il est possible de comprendre comment le paysage juridique français a pu évoluer à la lumière de ce texte international. La Convention n'est sans doute pas venue bouleverser l'ordonnancement juridique autour de la question de l'enfant, mais elle a certainement contribué à renouveler la problématique sur le sujet tout en apportant des éléments plus modernes et, sous la houlette du Comité, plus contraignant. De cette façon, il importe de voir comment le traité a été appliqué en droit interne et quel accueil jurisprudentiel il a reçu (§ 2).

§ 1 – La place de l'enfant dans la société

982. La principale évolution concernant l'enfant dans la société est précisément qu'il n'en est plus exclu comme le pensait ARISTOTE. Le temps a fait son œuvre qui a permis à l'enfant de s'immiscer dans la vie des adultes et d'y prendre une place réelle et importante. L'évolution des pensées a accompagné la lente modification du droit pour que l'enfant ne soit plus un être à part, soumis à ses parents et déconsidéré par la société des adultes. Aujourd'hui,

c'est l'inverse qui prévaut : il est indispensable, pour assurer l'avenir des hommes et celui de l'enfant, qu'il soit intégré à la communauté des adultes.

Ce bouleversement dans la hiérarchie sociale, hissant l'enfant à l'égal des autres hommes et trouvant son aboutissement dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, a été accompagné de conséquences évidentes. Sur le plan social, l'enfant est subitement passé du statut d'être inférieur à celui d'être en devenir, source potentielle d'enrichissements économiques et facteur de développement pour la société (A). Ces considérations modernes ont forcé le droit à reconsidéré la place qu'il accordait à l'enfance, en protégeant plus activement l'enfant et en l'éloignant des dangers de l'âge adulte (B).

A – Un intérêt économique et social majeur

983. Le glissement de l'enfant depuis la périphérie de la société jusqu'à son centre a nécessairement engendré des conséquences sur le plan du droit, notamment pour ce qui concerne deux axes principaux de son développement que sont l'information et la santé.

Dans ce sens, des mesures particulières ont été prises en France depuis le milieu du XIX^{ème} siècle pour que l'enfant soit au cœur des préoccupations sanitaires et éducatives. Depuis peu, il est apparu qu'en plus d'être instruit (3) et soigné (4), l'enfant est aussi un enjeu économique central (2), essentiellement depuis que d'importants moyens d'information sont à sa disposition (1).

1. L'enfant et l'information

984. L'information est un vecteur de développement et de culture qui ouvre à la personne des voies de connaissance lui permettant d'enrichir son savoir et de sensibiliser à des événements auxquels elle n'aurait pas eu naturellement accès. C'est en s'informant et en se renseignant que certains peuples se sont ouverts à la démocratie et ont renversé l'oppression qui les gouvernait. Pour l'enfant, l'accès à l'information permet d'être sensibilisé aux droits qui sont les siens et à la société qui l'entoure, afin de n'en être pas isolé[1596]. Cependant, la vulnérabilité de l'enfant, sa candeur et son innocence, impliquent que l'accès à l'information, sans être à proprement parler limité, soit encadré, afin de « *protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être* »[1597]. Dans cette perspective,

[1596] T. HAMMARBERG : « *Children, the UN Convention and the media* » ; International journal of children's right, 1997, Vol. 5, p. 243.
[1597] Article 17, e) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

quoique l'accès à l'information soit ouvert à l'enfant, il importe que les données les plus complexes soient à sa portée et que les plus nuisibles ne le soient pas.

L'accès à l'information est prévu par l'article 17 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Avant ce texte, la France connaissait déjà ce droit, qu'elle reconnaît dans le préambule de la Constitution de 1946, indistinctement à l'adulte et à l'enfant. Ce droit d'accès à l'information a notamment été confirmé par la décision constitutionnelle du 11 octobre 1984[1598]. La Constitution de 1946 prévoyait donc, bien avant la Convention de New York, un accès libre de l'enfant et de l'adulte à l'information et à la culture[1599].

Sa vulnérabilité particulière requiert que l'accès à l'information ne soit pas trop âpre à ses yeux. Il est important de faire en sorte que les informations auxquelles l'enfant a libre accès soient vulgarisées à son intention[1600]. Car les documents diffusés par les médias visuels modernes ne sont pas, en principe, prévu pour les enfants. Ils sont captés, montés, commentés et diffusés pour que les adultes en prennent connaissance. C'est pourquoi les images et le son apportent l'information aux adultes mais sont parfois peu accessibles à l'enfant. Cela d'autant que souvent les techniques adoptées pour mettre en place les documentaires sont elles-mêmes porteuses incidentes de violence assimilable par l'adulte et non par l'enfant.

985. La liberté d'accès de l'enfant aux médias doit être rationalisée. Mais cette rationalisation, prônée par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ne doit pas se restreindre à une protection de l'enfant qui se bornerait à lui limiter l'accès à l'information et aux médias. Les articles 1er et 15 de la loi du 30 septembre 1986[1601] portant sur le rôle protecteur du Conseil supérieur de l'audiovisuel ont su laisser une latitude suffisante au Conseil pour qu'il puisse conjuguer la protection de l'enfant avec le tempérament de l'intervention des parents. Le choix opéré par le Conseil est de demander aux éditeurs de programmes télévisuels d'assurer une double sélection destinée à faire en sorte que l'enfant soit peu exposé aux images violentes des programmes.

[1598] Conseil constitutionnel, décision n°84-181 DC du 11 octobre 1984.

[1599] « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture* » (Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946).

[1600] Voir dans ce sens la proposition de loi déposée lors du Parlement des enfants en 1998 par des élèves d'une classe de Rouillon dans la Sarthe visant à promouvoir un journal d'informations spécialement dédié aux enfants afin de rendre moins choquantes les images d'actualités et plus abordables les faits traités.

[1601] Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (JORF, 1er octobre 1986, p. 11755).

La première sélection, exposée dans l'article 1er de sa recommandation du 7 juin 2005[1602] consiste à demander aux éditeurs de ne pas diffuser de contenu audiovisuel où la violence est trop intense et trop présente entre 6 heures et 22 heures. Et dans l'hypothèse où il est impossible d'empêcher la diffusion, notamment dans les journaux télévisés, le public doit être suffisamment averti sur ce point. L'article 1er de la recommandation du Conseil représente le principe selon lequel, pendant les horaires de la journée, le nécessaire doit être mis en œuvre pour éviter que l'enfant soit exposé à la violence. Toutefois, le Conseil ne peut pas totalement imposer ce point de vue aux diffuseurs et proscrire la diffusion de programmes également destinés aux adultes. C'est à ce stade que, par dérogation à l'article 1er et au principe de l'absence de violence dans les programmes audiovisuels, que le relais passe de celui qui diffuse à celui qui regarde, mettant alors en place la deuxième sélection. Les articles 2 et 3 de la recommandation de 2005 mettent en place une classification des programmes diffusés en cinq catégories stigmatisés par quatre pictogrammes affichés en début de diffusion du programme. La diffusion de ces programmes est possible pendant les horaires où l'enfant est susceptible de regarder la télévision. Dans ce cas, le Conseil confie aux parents, la charge de choisir ce qu'il est opportun que l'enfant regarde. Les intérêts du public adulte ne doivent pas être totalement sacrifiés à l'intérêt supérieur de l'enfant.

986. Le souhait du Conseil de ne pas prohiber totalement l'émission de programmes normalement déconseillés à l'enfant répond à deux exigences. La première est de ne pas compromettre excessivement la liberté de communiquer et d'informer par des considérations trop étriquées. Si l'intérêt de l'enfant doit être préservé, ainsi que sa moralité et sa santé, ce ne doit pas être au détriment de la portée de la liberté instituée constitutionnellement et rappelée par le Convention de New York. La deuxième exigence se découvre dans le fondement de la recommandation. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel s'est appuyé sur des considérations scientifiques qui font état de la nécessité pour l'enfant d'avoir parfois des repères ponctuels de violence et de dureté. À cet égard, il importe de faire la distinction entre les images violentes et la violence des images. Certains médias véhiculent des contenus sciemment et objectivement violents, pour lesquels la vigilance des parents est appelée, et, normalement, naturellement en alerte. Mais les techniques modernes permettent depuis peu d'installer une violence plus furtive et contre laquelle les recommandations du Conseil, pas plus que la vigilance des parents, ne peuvent lutter. La numérisation des technologies de montage

[1602] Recommandation n°2005-5 du 7 juin 2005 aux éditeurs de services de télévision concernant la signalétique jeunesse et la classification des programmes (JORF, 8 juillet 2005, n°92).

(notamment visuel) autorise la juxtaposition de plan de moins d'une seconde ce qui provoque chez le spectateur une angoisse dont il ne peut pas nécessairement identifier la cause. Cette situation est assimilable par l'adulte mais pas par l'enfant. Il importe donc, afin de sauvegarder l'enfant de ces angoisses, d'être sensibilisé à ces situations, ce que la Convention de New York ne pouvait pas prévoir.

Contrairement à ce qui est généralement admis, la violence des médias peut également avoir un effet positif sur l'enfant, toutes proportions gardées. Cette situation ne s'applique qu'à l'enfant capable de discernement qui cherche à surmonter une angoisse qu'il a vécue auparavant : « *Le goût pour des images violentes peut ainsi trouver sa motivation principale dans des spectacles ou des souvenirs sonores terrifiants vus ou entendus pendant l'enfance* » [1603]. Il existe donc une manifestation de l'inconscient de l'enfant pour lier des souvenirs de spectacles terrifiants, les maîtriser, les surmonter et les dépasser. Mais ce n'est pas la seule vertu surprenante de la violence des médias. M. TISSERON[1604] insiste également sur le fait que la violence des fictions permet à l'enfant de faire le lien entre les angoisses inhérentes à sa vie réelle et des images fictives qui n'engagent pas sa vie quotidienne afin d'éviter de penser à ce qui le traumatise au quotidien.

987. Le cadre du droit à l'information et à l'accès aux médias mis en place par le Conseil supérieur de l'audiovisuel est-il conforme aux attentes de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et du Comité des droits de l'enfant ? La réponse semble être nuancée sur ce point. Le Comité souhaite qu'en dernier lieu, conformément à l'article 5 de la Convention, les parents soient les seuls à surveiller l'usage que l'enfant fait des médias. Sur cet élément, les dispositions prises par le Conseil supérieur de l'audiovisuel sont en accord avec la Convention. Mais dans le rapport de la onzième session[1605], le Comité des droits de l'enfant lance l'anathème sur la violence, comme ne pouvant qu'être néfaste à l'enfant. Par ailleurs, ce rapport ne soulève pas la question des programmes télévisuels spécialement dédiés aux enfants[1606] qui émergent dans le paysage audiovisuel, bardés de caution de facture infantile et psychologiquement garantis sans faille. Ces émissions, parfois retransmises sans interruption par des diffuseurs spécialisés ont fait l'objet de plusieurs

[1603] S. TISSERON : « *Les jeunes et les médias. Violences, bandes et prévention* », *in* M. WIERVIORKA (Dir.) : « *Nos enfants* » ; Ed. Sciences Humaines, 2008, p. 72.
[1604] Serge TISSERON est psychiatre, psychanalyste, directeur de recherches à l'université Paris-X.
[1605] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la onzième session* » ; janvier 1996, CRC/C/50, annexe IX.
[1606] Toutefois, il faut remarquer que le rapport de la onzième session du Comité des droits de l'enfant date de 1996 et que le développement des programmes spécialement dédiés aux enfants n'a émergé qu'à partir de la moitié de la première décennie du XXI[ème] siècle.

études. L'apparence de ces programmes flatte l'œil de l'adulte attentif à l'épanouissement de son enfant, mais la réalité psychologique qu'elle cache est plus sombre et plus inquiétante. Elle a fait l'objet d'une autre recommandation du Conseil supérieur de l'audiovisuel[1607] dans laquelle il énonce les risques liés à ce type de programmes qui empêchent le jeune enfant de développer les relations importantes avec ses contemporains enfants et adultes[1608].

Les directives de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant en matière de protection de l'enfant face aux médias audiovisuels doivent donc être analysées loin des clichés et des idées reçues. Il n'est d'abord pas question de privilégier les émissions infantilisantes[1609] pour lutter contre celles qui présentent trop de violence. Une telle attitude (contre laquelle le Conseil supérieur de l'audiovisuel met en garde) serait non seulement contre-productive, mais encore nocive pour l'enfant au lieu de lui être bénéfique. À l'inverse, proscrire absolument toute vision de violence pour l'enfant ne semble guère plus sain, dans la mesure où certains cas, certes marginaux, nécessitent parfois ces situations.

988. Il faut également considérer que le secteur audiovisuel classique n'est plus le seul vecteur d'information à la portée de l'enfant. L'Internet est devenu également un moteur médiatique important permettant à l'enfant de se renseigner, d'aiguiser sa curiosité et de développer ses connaissances. Le danger de cet outil de communication moderne tient principalement en ce qu'il nécessite des agissements positifs de l'enfant. Il n'existe pas de réglementations spécifiques à la protection de l'enfant sur l'Internet. Le Ministère de la Justice a mis en place en 2000 l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication[1610]. Le but de cet office n'est pas d'offrir une répression particulière pour ce moyen de communication : l'Internet est un espace d'expression et de communication régi par le droit pénal commun. Ce qu'il est convenu d'appeler la « *cybercriminalité* » n'est que l'application numérique du droit pénal classique. L'office installé en 2000 n'a pour vocation que de faciliter les opérations en mettant à la disposition des officiers de police judiciaire des spécialistes dans le domaine de l'Internet. Il n'existe pas de délit particulier lié à ce moyen de communication ni de circonstances aggravantes impliquées par l'utilisation de cet outil pour commettre une infraction. La

[1607] Délibération n° 2008-85 du 22 juillet 2008 du Conseil supérieur de l'audiovisuel visant à protéger les enfants de moins de 3 ans des effets de la télévision, en particulier des services présentés comme spécifiquement conçus pour eux (JORF, 20 août 2008, n°82).
[1608] Les parents sont d'ailleurs alertés par un message s'affichant régulièrement à l'écran depuis un avis du Ministère de la Santé du 16 avril 2008.
[1609] Dans le sens où ces programmes prétendent favoriser le développement de l'enfant.
[1610] Décret n°2000-405 du 15 mai 2000 portant création d'un office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (JORF, 16 mai 2000, p. 7338).

répression n'étant pas un moyen fiable de lutter contre les dangers inhérents à au caractère impalpable de l'Internet, l'accent a été mis sur des moyens de prévention. Aujourd'hui, les moyens sont rares mais assez efficaces. Ils consistent en des outils privés permettant aux parents de limiter l'accès à l'Internet par la restriction de certains termes. Les logiciels de contrôle parental, délivrés indifféremment par les fournisseurs d'accès à Internet et par les concepteurs de systèmes d'exploitation permettent de protéger l'enfant contre sa propre curiosité ou de limiter les immixtions hasardeuses sur des sites qui ne lui sont pas dédiés.

Comme pour l'accès aux médias audiovisuels, la protection de l'enfant la plus efficace contre les atteintes de l'Internet demeure la vigilance active de ses parents. L'enfant fragile et parfois un peu oublié, est devenu, avec le XX^{ème} siècle, la cible des convoitises et des malveillances. S'il est naturel pour les parents de lutter contre les malveillances dont l'enfant peut faire l'objet, il leur est moins évident de l'éloigner des convoitises, surtout quand elles sont économiques.

2. « Infans economicus »[1611]

989. La place de l'enfant dans une société peut être révélée par plusieurs indicateurs, notamment sa prise en compte par le droit, par la justice, par la considération de ses parents. Tous ces indicateurs sont intéressants, mais ne sont guère visibles de la majorité. Pourtant, depuis la moitié des années 1980, un indicateur flagrant envahit les foyers et s'impose à la population : l'économie. La situation économique de l'enfant a considérablement évolué depuis la description qu'en faisait Saint Jean-Baptiste de LA SALLE :

> « *C'est une pratique qui n'est que trop ordinaire aux artisans et aux pauvres de laisser vivre leurs enfants à leur liberté comme des vagabonds, qui errent çà et là, pendant qu'ils ne peuvent encore les employer à quelque profession, n'ayant aucun soin pour les envoyer aux écoles, tant à cause de leur pauvreté, qui ne leur permet pas de satisfaire aux maîtres, qu'à cause qu'étant obligés d'en chercher du travail hors de chez eux, ils sont comme dans la nécessité de les abandonner…* »[1612].

[1611] Cet intitulé est également celui d'un article de M. LE BRAS publié en avril 2008 (H. LE BRAS : « *Infans economicus* » ; *in* M. WIERVIORKA (Dir.) :« *Nos enfants* » ; Ed. Sciences Humaines, 2008, p. 153).

[1612] J.-B. de LA SALLE : « *Méditations pour le tems de la retraite à l'usage de toutes les personnes qui s'employent à l'éducation de la jeunesse ; et particulièrement pour la retraite que font les Frères des écoles chrétiennes pendant les* vacances » ; cité *in* E. BECCHI, D. JULIA : « *Histoire de l'enfance en Occident, 2. Du XVIII^{ème} siècle à nos jours* » ; Histoire, Points, Ed. du Seuil, 1998, p. 15.

La situation économique de l'enfant à la fin du XVII^{ème} siècle est misérable en même temps qu'elle n'est pas une préoccupation pour les parents ni pour la société. ARIÈS développera une analyse similaire dans ses ouvrages historiques sur l'enfance au Moyen Âge[1613]. À ces époques, l'enfant est une bouche qu'il faut nourrir afin qu'il puisse aider son père aux travaux (s'il s'agit d'un garçon) ou sa mère à tenir la maison (s'il s'agit d'une fille). Économiquement parlant, l'enfant n'existe pas avant qu'il devienne une source potentielle de profit et un facteur d'influence de la vie familiale à la fin du XX^{ème} siècle. Autrement dit, s'il est question de facteurs économiques basiques, l'enfant n'est économiquement considérable qu'en tant que producteur et non comme consommateur.

C'est au XX^{ème} siècle que le paysage économique a évolué pour les familles. Le pouvoir d'achat augmentait tandis que le temps travaillé diminuait, et la question de l'occupation des enfants pendant leur temps libre s'est alors naturellement posée. L'enfant devint alors une cause d'achat, en même temps qu'il devenait lui-même un acteur acheteur, car l'argent de poche venait donner une réalité sonnante à l'institution trébuchante de la tirelire.

990. Lors, si l'enfant peut acheter et s'il devient une raison d'acheter pour ses parents, il importe qu'il devienne visible économiquement et que les vendeurs s'intéressent à lui. Les conséquences de cette situation sont particulièrement évidentes dans le monde publicitaire. Longtemps adressée aux parents, financiers privés et décideurs pour les enfants et pour la famille, les annonces publicitaires se sont sensiblement orientées vers l'enfant. Alors qu'il était longtemps question de convaincre les parents d'acheter pour le bien des enfants, les campagnes de publicité s'adressent directement aux enfants, pour qu'ils convainquent leurs parents d'acheter pour leur bien. Dans certains cas, la page publicitaire incite même l'enfant à acheter seul des objets de consommation courante spécifiquement conçus pour lui. Par ce moyen, l'enfant est devenu un acteur économique éminemment visible et très influent[1614]. La question inquiète, notamment en Europe du Nord, car le message social véhiculé par la publicité modifie sensiblement le schéma habituel de la famille selon lequel ce sont les parents qui décident et les enfants qui obéissent, et non l'inverse. En Autriche, un code de déontologie a été édicté afin que les enfants ne puissent plus être utilisés pour transmettre un

[1613] P. ARIÈS : « *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime* » ; Ed. du Seuil, 1973.
[1614] J.-Y. LE BIGOT, C. LOTT-VERNET, I. PORTON-DETERNE : « *Vive les 11-25* » ; Eyrolles, 2004.

message publicitaire destinés aux enfants ou visant à les inciter à exercer une pression sur les parents ou les tuteurs de l'enfant dans le but qu'ils achètent un bien[1615].

991. L'importance économique de l'enfant trouve également sa place au cœur de la famille, dans les relations entre générations. Avant l'entrée en vigueur du Code civil, notamment en pays de droit romain, le père de famille disposait de la liberté de tester. En général, quand il était à la tête d'une exploitation agricole ou d'un commerce, il choisissait un de ses enfants (si possible un garçon) qu'il intégrait à l'affaire, le formant pour qu'il puisse l'assumer seul par la suite. Quand le père décidait de se retirer de l'affaire, il demeurait à la charge financière de l'enfant qui avait pris sa suite. L'institution du Code civil et le principe d'égalité dans les successions a anéanti ce système autoritaire de l'Ancien Régime, mettant fin à cette prise en charge des parents par leurs enfants et obligeant les rédacteurs du Code à trouver d'autres mécanismes à cette fin[1616]. En outre, la situation économique des générations a également beaucoup évolué depuis la fin des Trente Glorieuses. À l'époque, les personnes à la retraite vivaient assez souvent sous le seuil de pauvreté alors que les jeunes n'avaient pas ce souci. Aujourd'hui, la situation est inverse. Les personnes retraitées n'ont pas de problèmes financiers, alors que leurs puînés connaissent la difficulté, parfois la misère. Si les personnes âgées connaissent une opulence relative, c'est au plan social que la difficulté apparaît, alors qu'à l'inverse, les jeunes agrandissent le cercle de leurs relations et de leurs connaissances, ont des enfants et s'épanouissent socialement mais non financièrement. « *Les conditions d'un échange sont dont réunies* » lance M. LE BRAS[1617], et la famille se mue en une bourse où les aînés aident matériellement leurs enfants, en échange d'une aide relationnelle et affective. L'enfant devient lui-même un enjeu économique et social. Les repas familiaux, les fins de vies, les obligations familiales deviennent des biens d'échange entre les générations contre des biens de consommation courante ou utilitaire.

992. La notion même de consommation peut devenir un enjeu éducatif pour l'enfant, et potentiellement un argument pour l'inciter à acheter et à consommer. Consommer permet à

[1615] « *Les spots publicitaires qui s'adressent, soit directement soit directement aux enfants en tant que consommateurs, soit aux adultes en tant que consommateurs par l'intermédiaires d'enfants utilisés à cette fin, soit encore aux enfants en tant que groupe cible, par l'intermédiaire d'enfants ou qui imitent la voix ou le comportement des enfants, ne doivent pas être acceptés par les responsables de la programmation* » (Autriche, CRC/C/15/Add.14, par. 168).

[1616] Démographiquement, l'institution de l'égalité dans les successions n'a pas été sans conséquence. Dans son article de 2008, M. LE BRAS rapporte que certains auteurs natalistes de la fin du XIX[ème] siècle imputent au Code civil la baisse de natalité dans le Sud-Ouest de la France. À l'inverse, les régions du Nord, qui connaissaient déjà un régime égalitaire dans les successions sous l'Ancien-Régime, ont un taux de fécondité plus élevé.

[1617] H. LE BRAS : « *Infans economicus* », *in* M. WIERVIORKA (Dir.) :« *Nos enfants* » ; Ed. Sciences Humaines, 2008, p. 156.

l'enfant d'avoir confiance en lui, d'apprendre à contrôler ses envies en fonction de son budget, à s'intégrer en suivant la mode. Le comportement consommateur de l'enfant est cependant différencié selon qu'il s'agit de bien de consommation courante ou d'investissement personnel important. Quand il s'agit d'un achat banal, il délègue l'action d'acheter à ses parents. Dans le cas contraire, quand il s'agit d'un achat pour lequel il s'investit personnellement de façon importante, il préfère l'acquérir lui-même. La société moderne a considérablement changé la façon d'appréhender le couple consommateur producteur. Tandis qu'au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime, l'enfant était négligé tant qu'il n'était pas lui-même producteur, le monde contemporain veille sur lui dès qu'il devient consommateur[1618].

La place économique de l'enfant a beaucoup évolué dans la société. Invisible, il est devenu évident. Inintéressant, il est devenu l'objet d'échanges et la cible d'avidités cupides parfois dévorantes. Insolvable il est devenu une manne financière incroyable et un levier économique influent sur la consommation des ménages. Longtemps ignoré, l'enfant est devenu avec le temps un acteur central de la société pour lequel l'État déborde de soins et d'attentions multiples. Principalement, loin des inquiétudes de LA SALLE, de nos jours, l'enfant est instruit.

3. L'enfant instruit

993. Le sujet de l'instruction de l'enfant est une préoccupation multiséculaire en France. La chanson veut que Charlemagne soit à l'origine de l'école, et l'histoire retient que Jules FERRY l'a modernisée et démocratisée. La chanson n'a pas tort et souvent l'histoire a raison. La place de l'instruction de l'enfant en France a formidablement évolué depuis l'ère carolingienne pour atteindre sa situation moderne actuelle et correspondre, en grande partie, aux engagements souscrits lors de la ratification de la Convention de New York.

L'éducation en France est un domaine qui a d'abord concerné une élite avant de s'intéresser à l'ensemble de la population. Un sobre *vade-mecum* de l'histoire de l'éducation en France (a) ne semble pas inutile pour mieux saisir le poids de l'Éducation nationale aujourd'hui et la façon dont le droit l'a organisée pour qu'elle réponde au mieux à l'intérêt de l'enfant (b).

[1618] cf. J.-Y. LE BIGOT, C. LOTT-VERNET, I. PORTON-DETERNE : « *Vive les 11-25* » ; Eyrolles, 2004, p. 107.

a. D'Alcuin à FERRY : vade-mecum *de l'école française*

994. Comme le rappellent MM. LEBRUN, VENARD et QUÉNIART[1619], l'éducation ne se fait pas forcément à l'école, et leurs histoires doivent être distinguées, surtout dans un pays où d'importants différends culturels, sociaux et techniques ont dispersé les pôles de connaissances et de transmission du savoir. Quatre principaux pôles d'éparpillement de la transmission du savoir ont longtemps empêché l'institution scolaire de se développer et de s'imposer à la majorité de la population. Une première divergence quant à la méthode a séparé durablement les détenteurs spirituels du savoir (principalement les hommes de foi et les religieux) des détenteurs modernes (partisans d'un savoir fondé sur l'érudition scientifique et la lecture pour tous). Ce premier clivage intellectuel brise l'unité parmi les érudits qui aurait dû prévaloir pour la formation des esprits. Mais une autre scission existe parmi ceux à qui la connaissance aurait dû être destinée, entre l'élite qui s'intéresse aux sciences sans renier la religion et le milieu populaire dont la culture s'attache aux croyances magiques, aux légendes et aux mystères professés et expliqués sur les parvis des cathédrales. Dans cette mosaïque culturelle éparse et colorée, l'école a eu beaucoup de mal à percer.

L'imagerie vosgienne présente depuis des temps immémoriaux le premier Empereur français comme le créateur de l'école. Or souvent, la lumière fixe celui qui décide, laissant dans l'ombre le réel artisan des grandes découvertes. Ainsi en est-il de Charlemagne qui institua l'école et d'Alcuin qui la théorisa et lui donna sa première forme visible. Il créa l'école du Palais à Aix-la-Chapelle qui servait à éduquer les enfants du souverain ainsi que ceux des aristocrates ayant vocation à servir la royauté. Les enseignements dispensés dans cette école reposaient sur l'apprentissage des sept arts libéraux répartis en deux groupes[1620], *trivium*[1621] et *quadrivium*[1622]. Alcuin marque une rupture sèche avec les préceptes grecs qui prévalaient alors dans le monde de l'enseignement. Les grecs favorisaient l'enseignement des sciences, mais l'influence du monde romain permit de mettre un terme à ces méthodes en favorisant l'enseignement de matières pratiques. L'Ancien Régime voit fleurir un grand nombre de petites écoles dans lesquelles sont enseignés les rudiments de l'instruction aux enfants. Le pouvoir royal ne s'oppose pas à l'instruction de la population, mais ne participe ni

[1619] F. LEBRUN, M. VENARD, J. QUÉNIART : « *Histoire de l'enseignement et de l'éducation, tome II* » ; Librairie académique Perrin, 2003, p. 41.
[1620] Si la répartition traditionnelle traite « *d'arts libéraux* », certains estiment que le *trivium* compte les trois arts et le *quadrivium* les quatre sciences.
[1621] Le *trivium* regroupe la grammaire, la rhétorique et la dialectique.
[1622] Le *quadrivium* regroupe l'arithmétique, la géométrie, l'astronomie et la musique.

à l'organisation de la scolarité ni à son financement, ce qui place l'école sous la responsabilité des diocèses. L'école devient le lieu de l'apprentissage par le monde religieux, sans qu'aucun contrôle étatique ne soit installé et en laissant la question du financement sans réponse. Du reste, ce sont les familles qui doivent payer l'école de l'enfant. De ce fait, l'accès au savoir reste pendant longtemps un privilège bourgeois réservé aux garçons. L'élite de la bourgeoisie a accès aux collèges et parfois à l'université qui garde le monopole des diplômes pour permettre d'accéder à des charges d'État.

Sous la Révolution, la question de l'éducation ne s'inscrit que dans le projet politique global des dirigeants. Elle doit permettre l'émancipation intellectuelle du peuple afin de favoriser son rejet du système féodal et du culte tout en vantant les mérites de la démocratie. La période qui s'étend du Consulat à la III^{ème} République voit se multiplier les écoles et les différentes formations pour les enfants plus âgés. À partir de 1816[1623], les communes doivent gratuitement ouvrir les écoles aux enfants indigents.

L'école ne prend son envol qu'avec Jules FERRY. La loi du 16 juin 1881[1624] ouvre la marche en rendant l'enseignement primaire gratuit. La charge des dépenses des écoles est affectée aux communes. Le tournant fondamental de l'éducation en France est pris avec la deuxième loi FERRY du 28 mars 1882[1625] qui rend l'enseignement primaire obligatoire pour tous, garçons et filles. Cette loi va permettre une instruction très vaste des enfants Français, sans pour autant les contraindre à se rendre dans les écoles[1626]. Cela aboutit à l'unification de la langue française sur tout le territoire et, concomitamment, à la dispersion des autres langues que la loi appelle des « *patois* ». L'instruction publique obligatoire de Jules FERRY fut un facteur important dans l'unification du pays, c'est le début de l'ère moderne de l'Éducation nationale. Elle pose les premiers principes d'égalité et de laïcité qui sont encore aujourd'hui les fondements de l'école.

[1623] L'ordonnance royale du 29 février 1816 met en place un brevet pour enseigner. L'école est confiée à l'administration de l'église mais n'est pas encore ouverte aux filles. L'ordonnance du 3 avril 1820 achèvera le processus commencé en 1816, l'école devient mixte.

[1624] Loi du 16 juin 1881 établissant la gratuité absolue de l'enseignement primaire dans les écoles publiques (JORF, 17 juin 1881, p. 3313).

[1625] Loi du 28 mars 1882 rendant l'enseignement primaire obligatoire (JORF, 29 mars 1882, p. 1697).

[1626] L'alinéa 1er de l'article 4 de la loi du 28 mars 1882 énonce que « *l'instruction primaire est obligatoire pour les enfants des deux sexes âgés de six ans révolus à treize ans révolus* ». Elle n'impose pas à l'enfant de se rendre à l'école. L'instruction peut être dispensée « *dans les familles, par le père de famille lui-même ou par toute autre personne qu'il aura choisie* ».

b. L'Éducation nationale moderne

995. Appuyée sur les principes dégagés par les lois FERRY de 1881 et 1882, l'éducation moderne est solidement ancrée dans l'intérêt de l'enfant. Dans un souci de lisibilité et d'utilisation, les règles édictées en matière d'éducation ont été compilées dans un Code de l'éducation comportant une partie législative[1627] et une partie réglementaire[1628]. L'instauration de ce Code est intéressante car elle se situe à un moment où le droit français de l'éducation est déjà très étoffé et où, malgré la solidité de ses bases philosophiques, il doit intégrer les principes posés par la Convention de New York de 1989. Il est alors remarquable de noter que l'éducation n'est plus un outil d'unification nationale, mais est destinée à promouvoir la connaissance de l'enfant et son épanouissement personnel. À ce titre, l'article L. 121-1 du Code de l'éducation prend acte nettement des préceptes posés par l'article 29 de la Convention en disposant que les différents établissements scolaires ont pour vocation de contribuer, non seulement à l'enseignement des matières fondamentales mais aussi à l'épanouissement personnel de l'enfant en favorisant la mixité et l'égalité, en prévenant la délinquance et en respectant les droits de la personne. Cette disposition de principe du Code inscrit l'éducation moderne dans la lignée des objectifs de la Convention. Le but est naturellement d'apprendre et d'instruire, mais aussi de permettre l'épanouissement complet de l'enfant. L'école est ouverte sur la société, elle doit en être le reflet et ne plus être une entité à part, cloisonnée et ne préparant pas l'enfant à son insertion sociale. Sur ce point, la place de l'éducation a également beaucoup évolué depuis le XIX^{ème} siècle. À cette époque-là, les lois imposaient à l'enfant une obligation scolaire intense, comportant notamment le devoir d'assiduité à l'égard de l'école et une obligation de résultat pour pouvoir quitter le système éducatif avant l'âge de treize ans. La priorité d'alors était davantage l'instruction que l'éducation. L'école moderne ne va pas dans ce sens, elle installe, aux côtés de la fonction éducative primaire des parents, une autre forme d'éducation, parfois plus citoyenne, ayant pour but de permettre à l'enfant de découvrir par lui-même ses droits et ses obligations. Dans

[1627] La partie législative du Code de l'éducation a été créée par l'ordonnance n°2000-549 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du Code de l'éducation (JORF, 22 juin 2000, p. 9346), ratifiée par la loi n°2003-339 du 14 avril 2003 portant ratification de l'ordonnance n°2000-549 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du Code de l'éducation (JORF, 15 avril 2003, p.6632).

[1628] Les livres I et II de la partie réglementaire du Code de l'éducation ont été instaurés sous leur forme initiale par les décrets n°2004-701, n°2004-702 et n°2004-703 du 13 juillet 2004 (JORF, 17 juillet 2004, pp. 12819 ; 12822 ; 12824). Le Livre III a été instauré par les décrets n° 2006-582 et n° 2006-583 du 23 mai 2006 (JORF, 24 mai 2006 ; p. 7616). Le Livre IV a été instauré par le décret n° 2008-263 du 14 mars 2008 (JORF, 18 mars 2008, p. 4800).

ce sens, il est possible d'estimer que la façon dont l'enfant est éduqué dans le cadre scolaire est conforme aux attentes de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

➢ *Les droits de l'élève*

996. Il faut en finir avec le point de vue énoncé par FOUCAULT au milieu des années 1970 :

> « *Quoi d'étonnant si la prison ressemble aux usines, aux écoles, aux casernes, aux hôpitaux, qui tous ressemblent aux prisons ?* »[1629].

Il faut dépasser cette idée que l'école serait une prison, hermétique à la société qui l'environne, et que l'enfant se défait de ses droits et de ses libertés quand il franchit le seuil de son école, de son collège ou de son lycée. L'école n'est pas un lieu isolé, elle est, au contraire, au cœur de la société. Dans ce sens, si l'école ne saurait faire obstacle à l'application des droits de l'enfant proclamés dans la Convention de New York. Il est normal que l'enfant puisse jouir, dans l'enceinte de son école des grandes libertés prévues par ce texte, notamment la liberté d'association, de réunion, d'expression. Il doit également être protégé contre toute forme de violence, contre la discrimination.

997. La liberté d'exprimer ses opinions est prise en compte par le droit de l'éducation par l'article L. 511-2 du Code de l'éducation qui prévoit que « *les élèves disposent, dans le respect du pluralisme et du principe de neutralité, de la liberté d'information et d'expression* ». L'exercice de cette liberté est soumis à la surveillance du chef d'établissement[1630]. Le pluralisme et le principe de neutralité permettent au chef d'établissement de suspendre ou d'interdire la diffusion d'écrits, ou de tout message quel que soit le support, qui serait injurieux ou diffamatoire[1631]. Cependant, la liberté prévue par l'article 13 de la Convention de New York ne doit pas s'analyser isolément. La Convention de New York doit s'interpréter et s'analyser globalement. Ainsi, la liberté d'expression ne saurait se limiter à la transcription d'un fait d'actualité. L'article L. 511-2 du Code de l'éducation met

[1629] M. FOUCAULT : « *Surveiller et punir* » ; Gallimard, 1975.

[1630] Article 3-1 du décret n°86-164 du 31 janvier 1986 portant organisation administrative et financière des établissements d'enseignement dont la responsabilité et la charge incombent entièrement à l'État et portant dispositions diverses applicables aux établissements d'enseignement de second degré municipaux ou départementaux (JORF, 6 février 1986, p. 2074).

[1631] Un arrêté ministériel du 26 avril 1983 (JORF, 9 juin 1983, p. 5252) crée le centre de liaison de l'enseignement et des moyens d'information dont la mission est de promouvoir l'utilisation des médias dans l'éducation par les élèves. Le décret n°93-718 du 25 mars 1993 (JORF, 29 mars 1993, p. 5544) en précise la mission en insistant sur le fait que son rôle est également d'accompagner l'élève dans la création de documents visant à développer son esprit critique et à diffuser des informations dans le sein de son établissement scolaire.

en place une forme, légère et très édulcorée, de journalisme scolaire, mais il serait réducteur de limiter la liberté d'expression à cet exemple. La liberté de l'article 13 du traité doit être conjuguée avec le principe général exposé à l'article 12 exigeant que les opinions de l'enfant soient respectées sur toute question l'intéressant. Dans la vie scolaire, tout intéresse l'enfant puisqu'il est l'acteur principal de ce lieu de vie. Quelle est la valeur donnée à la parole de l'enfant à l'école ? Peut-il intervenir facilement, efficacement ? Peut-il influer sur la vie de son établissement ?

Ces questions soulèvent le problème de la voix de l'enfant dans la vie scolaire. Sur ce point, la loi du 10 juillet 1989[1632] modifiée par la loi du 21 décembre 1991[1633] met en place la représentation de l'élève au sein de son établissement et au-delà dans la hiérarchie de l'éducation. Dans toutes les instances décisionnelles de l'Éducation nationale, la voix de l'enfant est portée par ses délégués. Dès 1994, la France recevait les félicitations du Comité des droits de l'enfant pour les mesures prises en vue de reconnaître le droit de l'enfant à ce que son opinion soit entendue et prise en compte dans toute procédure le concernant ainsi que les différentes initiatives lancées pour informer les enfants de leurs droits et les encourager à s'exprimer par l'intermédiaire de conseils spéciaux créés dans les écoles et les collectivités locales[1634].

Au sein de l'école, la parole de l'enfant et son opinion sont prises en compte et sa représentativité est assurée dans toutes les décisions qui le concernent. Sur ce point, l'école n'est pas un obstacle à l'application des droits de l'enfant prévus dans la Convention de New York. Sa liberté d'expression et celle d'information sont amplement présentes dans le milieu scolaire avec la possibilité pour l'élève d'exprimer son opinion au travers de différents médias.

998. Les libertés d'association et de réunion prévues par l'article 15 de la Convention sont respectées en France pour les mineurs. La loi du 1er juillet 1901[1635] n'interdit pas aux mineurs d'adhérer à une association. Il importe cependant qu'il ait une capacité de discernement suffisante, lui permettant de prendre part à la vie associative : voter, délibérer. L'école ne dresse pas de barrières face à cette liberté à partir du moment où l'association ne nuit pas à la conduite de l'établissement.

[1632] Loi n°89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation (JORF, 14 juillet 1989, p. 8860).
[1633] Loi n°91-1285 du 21 décembre 1991 modifiant la loi no 89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation et visant à permettre la représentation des élèves des lycées au Conseil supérieur de l'éducation (JORF, 24 décembre 1991, p. 16847).
[1634] France, CRC/C/15/Add.20, par. 7.
[1635] JORF, 2 juillet 1901, p. 4025.

999. La situation est plus délicate pour ce qui concerne la liberté de religion proclamée par l'article 14 de la Convention. L'article L. 141-1 du Code de l'éducation rappelle les termes du Préambule de la Constitution de 1946 en énonçant que l'accès à l'éducation est libre et que « *l'enseignement est gratuit et laïque* » pour tous. Ce rappel, implique les dispositions prises dans l'article L. 141-2[1636] du même Code, à savoir l'égal respect des croyances dans les enseignements (article L. 141-2 al. 1 du Code de l'éducation) et la possibilité offerte à chaque enfant d'exercer sa religion en dehors du cadre des enseignements dispensés dans le secteur public (article L. 141-2 al. 2 et article L. 141-3[1637] et L. 141-4[1638] du Code de l'éducation). La lecture des dispositions de ce titre du Code de l'éducation consacré à la question de la laïcité de l'enseignement public permet d'esquisser le cadre dans lequel l'enfant peut exprimer sa religion. Il semble qu'à l'intérieur des mûrs de son école, la neutralité soit de rigueur et que l'épanouissement de sa spiritualité doive s'accomplir à l'extérieur de l'établissement et en dehors des horaires de cours. Cependant, cette double exclusion de la religion, à la fois du lieu, et du temps scolaire ne semble s'appliquer qu'aux « *écoles élémentaires publiques* ». Dans les collèges et les lycées, il apparaît que seule la condition de temps s'applique, conformément à l'article L. 141-4 du Code de l'éducation. Le respect de la religion de l'enfant impose qu'effectivement, celui qui ne peut pas sortir de l'enceinte de son établissement (situation des internes notamment) puisse malgré tout exercer sa croyance. Les dispositions du Code de l'éducation entérinent une ancienne jurisprudence du Conseil d'État du 1er avril 1949[1639] qui annulait une circulaire du Ministère de l'Éducation nationale qui interdisait tous les services d'aumôneries dans les collèges et les lycées. La libre expression des croyances religieuses est assurée, même au cœur des établissements scolaires. En revanche, une neutralité plus stricte doit être observée pendant les horaires de cours, ce qui interdit aux élèves de pratiquer leur foi pendant la classe. La question s'est rapidement posée de déterminer la frontière entre la pratique d'une religion et la manifestation visible de l'appartenance à un groupe confessionnel.

[1636] Article L. 141-2 du Code de l'éducation : « *Suivant les principes définis dans la Constitution, l'État assure aux enfants et adolescents dans les établissements publics d'enseignement la possibilité de recevoir un enseignement conforme à leurs aptitudes dans un égal respect de toutes les croyances.*
L'État prend toutes dispositions utiles pour assurer aux élèves de l'enseignement public la liberté des cultes et de l'instruction religieuse ».

[1637] Article L. 141-3 du Code de l'éducation : « *Les écoles élémentaires publiques vaquent un jour par semaine en outre du dimanche, afin de permettre aux parents de faire donner, s'ils le désirent, à leurs enfants l'instruction religieuse, en dehors des édifices scolaires.*
L'enseignement religieux est facultatif dans les écoles privées ».

[1638] Article L. 141-4 du Code de l'éducation : « *L'enseignement religieux ne peut être donné aux enfants inscrits dans les écoles publiques qu'en dehors des heures de classe* ».

[1639] CE, 1er avril 1949 ; D. 1949, p. 531, note L. ROLLAND ; Lebon. p. 161.

1000. Ce problème a jailli à la fin des années 1980 dans les établissements scolaires, et débute dans les Vosges à Épinal, où une querelle éclate entre les enseignants d'un établissement scolaire et les parents d'élèves portant un foulard et refusant de l'ôter en raison de leur appartenance religieuse. L'affaire devient plus compliquée quand à Creil, un groupe d'élèves est exclu d'un collège parce que le port du voile est, selon le principal du collège, incompatible avec le bon fonctionnement d'un établissement scolaire. Le Ministre de l'Éducation nationale avait plaidé informellement pour une « *école de tolérance, où l'on n'affiche pas, de façon spectaculaire ou ostentatoire, les signes de son appartenance religieuse* »[1640]. La première étape de la réponse gouvernementale est posée ici en termes non juridiques et donne les grandes lignes de ce qui guidera l'action du droit par la suite. La frontière est dressée entre ce qui relève d'une atteinte au principe de laïcité et ce qui ne fait référence qu'à une manifestation extérieure d'une appartenance religieuse : la manifestation ne doit être ni ostensible ni spectaculaire. La réponse ne satisfait pas l'opinion publique ni les directions des établissements scolaires et le Conseil d'État est appelé à trancher la question en novembre 1989. Dans son avis du 27 novembre 1989, le Conseil énonce que « *dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public* »[1641]. Il ressort de ce premier avis une alchimie complexe entre la liberté d'expression, celle de religion et la laïcité de l'établissement scolaire. Le Conseil d'État ne traite pas clairement de la liberté de religion, et limite son analyse à la liberté d'expression dont les limites habituellement reconnues sont libellées dans l'avis et se cristallisent autour du « *caractère ostentatoire ou revendicatif* ».

[1640] Lionel JOSPIN cité *in* « *Libération* » du mardi 10 octobre 1989.
[1641] CE, Avis, 27 novembre 1989, AJDA 1990, p. 39.

1001. À la suite de cet avis, le Ministère de l'Éducation nationale rédige une circulaire le 12 décembre 1989[1642] dans laquelle il reprend la plupart des arguments du Conseil d'État, tout en leur donnant une tournure parfois plus rigide et laïque que celle adoptée par la Haute juridiction administrative. En 1992, la situation de la liberté de religion dans les établissements scolaires connaît un tournant avec la saisine contentieuse du Conseil d'État et l'étude de cas concrets. Dans l'arrêt KHEROUAA du 2 novembre 1992[1643], le Conseil invalide un article du règlement intérieur d'un lycée au motif que « *par la généralité de ses termes, ledit article institue une interdiction générale et absolue en méconnaissance des principes ci-dessus rappelés et notamment de la liberté d'expression reconnue aux élèves et garantie par les principes de neutralité et de laïcité de l'enseignement public* ». L'annulation de cette disposition du règlement intérieur du lycée induit l'annulation conséquente de la décision d'exclure les personnes concernées. Dans cette décision, le juge du droit administratif ne tranche pas avec précision la question de la limite à ne pas franchir entre la liberté de religion et le principe de laïcité. Dans le même temps, la France déposait auprès du Comité des droits de l'enfant son premier rapport conformément à l'article 44 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Elle y expose sommairement le problème posé par la cohabitation de la liberté de religion et du principe de laïcité de l'enseignement public, sans toutefois aborder la situation de la manifestation de l'appartenance religieuse de l'enfant :

> « [Les libertés de pensée, de conscience et de religion] *sont reconnues en France comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. En conséquence, l'État s'interdit d'orienter les opinions et les croyances, notamment celles des enfants confiés à l'école publique. Le principe de laïcité impose, au sein des établissements scolaires publics, une totale neutralité dans l'expression des opinions et l'interdiction de tout prosélytisme religieux ou politique* »[1644].

Il est particulièrement intéressant de noter que le rapport de la France sur la question établit clairement la neutralité de l'enseignant face aux convictions de l'enfant, mais qu'il reste totalement muet sur la question de savoir si l'enfant peut librement exprimer son orientation religieuse dans l'établissement scolaire. Or pourtant, le Comité a rappelé quelques années plus tard que « *les enfants ne sont pas privés de leurs droits fondamentaux du seul fait*

[1642] Circulaire du 12 décembre 1989 (JORF, 15 décembre 1989, p. 15577).
[1643] CE, 2 novembre 1992 ; JCP 1993, II, 21998, note P. TEDESCHI.
[1644] France, CRC/C/3/Add.15, par. 224.

qu'ils franchissent les portes de l'école »[1645], mais il n'a pas relevé l'absence de remarque de la France sur ce point dans l'examen du rapport[1646].

1002. La situation reste stable jusqu'en 1994 où le Ministre de l'Éducation nationale édite une nouvelle circulaire sur la question des signes religieux à l'école[1647]. Cette circulaire ne change pas fondamentalement les principes posés par l'avis du Conseil d'État de 1989, rappelés dans la Circulaire JOSPIN. Toutefois, ce texte met en place une modulation sensible en opérant une distinction entre les signes ostentatoires et des signes plus discrets. M. BAYROU, Ministre de l'Éducation de l'époque appelait les chefs d'établissement à « *proposer aux conseils d'administration, dans la rédaction des règlements intérieurs, l'interdiction de ces signes ostentatoires, sachant que la présence de signes plus discrets, traduisant seulement l'attachement à une conviction personnelle, ne peut faire l'objet des mêmes réserves comme l'ont rappelé le Conseil d'État et la jurisprudence administrative* ». Sous des aspects purement informatifs, sous couvert de transmettre le contenu de la décision de 1992, la circulaire de 1994 peut prêter à une interprétation plus ambiguë, et d'une certaine façon, plus discutable. Il est légitime de s'interroger sur les vertus d'une telle circulaire si elle n'a pour objectif que de répéter ce qui a déjà été dit, sans autre forme de précisions. Ce texte n'apporte de précision que sur la notion de « *signe ostentatoire* » et permet d'apporter un élément supplémentaire à l'arrêt KHEROUAA de 1992, en rappelant que les règlements intérieurs qui porteraient atteinte, sans distinction, à la liberté de religion, seraient nécessairement censurés par les juridictions administratives[1648]. Ainsi, indistinctement, la circulaire visait les croix chrétiennes géantes portées par les élèves, les kippas, ou les foulards portés par les jeunes filles musulmanes. Objectivement, les seuls vrais signes ostentatoires dans un collège ou dans une école, sont le dernier cas : le foulard porté par les jeunes filles musulmanes.

De plus, la circulaire de 1994 apporte une précision importante par rapport à celle de 1989, les signes ostentatoires ne font plus l'objet d'un dialogue avec l'élève qui les porte, mais sont simplement interdits, ce qui peut conduire à une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'à l'exclusion de l'élève contrevenant. Le XX^{ème} siècle se terminera avec les exclusions d'une centaine d'élèves, dont la moitié fut annulée par les juridictions administratives. La

[1645] Comité des droits de l'enfant : « *Observation générale n°1* » *in* Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001, HRI/GEN/1/Rev. 5.
[1646] France, CRC/C/15/Add.20.
[1647] Circulaire n°1649 du 20 septembre 1994 relative au port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires (BO, 29 septembre 1994, p. 2528).
[1648] À cet effet, la circulaire proposait un exemple de disposition à insérer dans les règlements intérieurs des établissements scolaires.

situation devint rapidement nébuleuse sur le plan du droit, le Conseil d'État continuant, dans la lignée de la jurisprudence de 1989, à annuler les dispositions des règlements intérieurs dont les termes trop généraux portent atteinte à la liberté de religion[1649].

Devant l'atermoiement et les conséquences dans l'opinion publique, une commission présidée par M. STASI est installée le 3 juillet 2003 par le Président CHIRAC. Son but est de mettre un terme aux doutes sur la question et d'aboutir à la promulgation d'une loi sur la question. Le rapport de la commission est remis au Président de la République le 11 décembre 2003. Il traite de nombreuses questions relatives à la laïcité dans des domaines aussi divers que l'hôpital public, l'éducation nationale, la prison, la justice. Le rapport STASI appelle à l'adoption rapide d'une législation sur la question afin que le principe de laïcité soit mieux affirmé dans les écoles, en prévoyant notamment l'adoption pour l'école de la mention suivante :

> « *Dans le respect de la liberté de conscience et du caractère propre des établissements privés sous contrat, sont interdits dans les écoles, collèges et lycées, les tenues et signes manifestant une appartenance religieuse ou politique. Toute sanction est proportionnée et prise après que l'élève a été invité à se conformer à ses obligations* »[1650].

Par ailleurs, cette disposition doit être précisée par le fait que « *les tenues et signes religieux interdits sont les signes ostensibles, tels que grande croix, voile ou kippa. Ne sont pas regardés comme des signes manifestant une appartenance religieuse les signes discrets que sont par exemple médailles, petites croix, étoiles de David, mains de Fatma, ou petits Coran* ». La loi issue de ce débat de fond est promulguée en mars 2004[1651], elle insère l'article L. 141-5-1 dans le Code de l'éducation qui prévoit que « *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* ».

1003. L'inconvénient majeur de cette disposition du Code de l'éducation réside dans la généralité des termes employés. Il n'est pas évident que l'ostentation des signes

[1649] CE, 10 juillet 1995 ; *Association Un Sysiphe* ; JCP 1995, II, 12519, note A. ASHWORSTH ; CE, 10 mars 1995, *époux AOUKILI* ; JCP 1995, II, 22431, note N. VAN TUONG ; CE, 20 octobre 1999 ; D. 2000, p. 251, concl. R. SCHWARTZ ; JCP 2000, II, 13306.

[1650] B. STASI : « *Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République* » ; La Documentation française, 2004, p. 68.

[1651] Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics (JORF, 17 mars 2004, p. 5190).

d'appartenance religieuse soit clairement définie par les tribunaux. Par ailleurs, cette disposition législative n'est pas forcément en accord avec l'article 14, 3 de la Convention de New York qui ne permet de limiter la liberté de « *manifester sa religion ou ses convictions* » que pour préserver « *la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui* ». Le flou de la loi, qui, au final, ne tranche toujours pas la question de savoir où s'arrête la manifestation d'une croyance et où débute le prosélytisme, laisse dubitatif quant à sa conformité à l'article 14 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Une première application de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation a eu lieu en 2005. La Cour administrative d'appel de Paris a estimé dans un arrêt du 19 juillet de cette année-là[1652] que le port d'un sous-turban pendant les horaires de classe était un signe ostensible d'appartenance religieuse, par là-même contraire au principe de laïcité de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation, et que le fait de contrarier le principe de laïcité ne dépendait pas d'une volonté de la personne concernée. Elle a énoncé, dans son attendu de principe que « *bien que ce sous-turban soit d'une dimension plus modeste que le turban traditionnel et qu'il soit de couleur sombre, il ne peut être qualifié de signe discret ; qu'en le portant dans une enceinte scolaire l'intéressé a manifesté ostensiblement son appartenance à la religion sikhe, alors même que son intention n'était pas d'extérioriser sa foi ; qu'il a ainsi adopté une attitude contraire aux dispositions législatives précitées ; qu'à elle seule cette violation de l'interdiction légale, jointe au refus réitéré d'y renoncer, rendait son auteur passible d'une sanction disciplinaire, même si elle ne s'était accompagnée d'aucun acte de prosélytisme et en admettant même qu'elle n'ait entraîné aucun trouble à l'ordre public* ». Selon le juge administratif, le seuil à partir duquel la loi de 2004 est violée et au-delà duquel le principe de laïcité est contrarié se situe à la frontière entre la discrétion et l'ostentation. Il semble que la part d'appréciation souveraine du juge se situe dans cette marge objective, indépendamment d'un éventuel comportement de prosélytisme, notion héritée de la circulaire de 1989 et qui n'est plus d'actualité.

D'autres éléments extraits de cet arrêt apportent des éléments de réflexion sur la question de la conformité de cette disposition du Code de l'éducation avec l'article 14 de la Convention de New York relatif à la liberté de religion. Le requérant avait avancé l'argument que la décision d'exclusion prononcée à l'encontre de son fils mineur était contraire aux articles 9 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment parce qu'elle portait atteinte à la liberté d'exprimer sa

[1652] C.A.A. Paris, 19 juillet 2005 ; Dr. Adm. 2005, comm. p. 170.

religion qui ne doit, selon la Convention européenne, être restreinte que dans des circonstances « *qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». En l'espèce, le juge administratif reconnaît que le comportement de l'élève, même s'il ne porte pas atteinte à l'ordre public, suffit en lui-même à justifier l'exclusion parce qu'il est contraire à l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation, ce qui permet de déduire que cette disposition est nécessaire « *à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

L'atteinte à l'un de ces éléments ne semble toutefois envisageable que par le biais de la manifestation d'une volonté positive. Or la loi de 2004 n'en mentionne aucune, comme si elle déduisait du port ostensible d'un signe ou d'une tenue rattachés à une religion la volonté de l'affirmer, contrairement au principe de neutralité et de respect des autres croyances. Le glissement législatif opéré depuis la circulaire JOSPIN de 1989 autorise aujourd'hui le juge à ne plus s'interroger sur la volonté de l'élève d'adopter une attitude revendicatrice, mais, uniquement en s'appuyant sur l'affichage ostentatoire de son appartenance confessionnelle, d'en déduire une volonté excessive de revendiquer son appartenance religieuse. Il résulte que l'attention ne porte plus tant sur l'attitude de l'élève que sur l'ostentation dont il fait preuve. Sur ce point, il ne semble pas évident que la Cour administrative d'appel ait scrupuleusement respecté la lettre du texte. Le critère de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation n'est pas vestimentaire, mais volontaire. Ce n'est pas le signe d'appartenance religieuse qui doit être ostensible, mais la façon dont il est utilisé pour manifester ostensiblement l'appartenance religieuse. Dans la rédaction de son arrêt, la Cour administrative de Paris a déplacé la question en estimant que l'élément vestimentaire, bien qu'il « *soit d'une dimension plus modeste que le turban traditionnel et qu'il soit de couleur sombre,* […] *ne peut être qualifié de signe discret* ». Mais encore une fois, la volonté du législateur n'est pas de sanctionner le simple port d'un vêtement, mais de sanctionner une volonté de manifester ostensiblement une appartenance religieuse. De là, plusieurs éléments de classification sont possibles, en prenant normalement en compte la place primordiale de la volonté de l'élève. Il existe des signes ostensibles par nature qui ne sont pas volontairement affichés[1653], de même qu'il existe des signes ostensibles par nature qui peuvent ne pas être

[1653] C'est le cas du Tilak hindou qui peut difficilement ne pas être ostensible puisqu'il s'agit d'un point de couleur rouge, grise ou blanche imposée au milieu du front et qui marque l'appartenance à la religion hindouiste ou bouddhiste.

affichés ou qui peuvent être cachés à la vue[1654], ou encore des signes naturellement discrets[1655] ou non qui peuvent être volontairement affichés de façon ostensible.

La discussion peut également porter sur l'ordre des mots. M. RAYMOND énonce que la Cour administrative d'appel de Paris a estimé dans cet arrêt que le sous-turban était « *un signe d'appartenance ostensible* »[1656]. Cette remarque n'est pas exacte, dans la mesure où la Cour ne met pas tant l'accent sur le caractère ostentatoire de l'appartenance religieuse de l'élève[1657] que sur le caractère ostentatoire – visible – du signe. Il aurait peut-être été plus exact de dire qu'il s'agissait d'un signe ostensible d'appartenance. La spécificité du sous-turban Sikh est à rapprocher du cas particulier attaché au foulard islamique, qui appelle une réflexion sur la visibilité de l'expression religieuse. Depuis la loi de mars 2004, des jeunes filles musulmanes ont fait le choix de ne plus cacher leur chevelure sous un voile ou sous un foulard, mais de la masquer sous un bandeau de tissu. Cet ornement vestimentaire ne permet pas, à lui seul, d'identifier l'appartenance religieuse de la personne, si bien que cette façon de procéder à été tolérée dans la plupart des établissements[1658]. Ainsi, lorsque le signe religieux devient invisible à l'œil, dès qu'il s'efface dans une forme de mode vestimentaire, il n'est plus possible d'établir l'appartenance religieuse, sauf si la personne ornée décide de la manifester ostensiblement. Aussi n'est-il pas possible de distinguer parmi les porteurs de *dreadlocks*[1659] entre ceux qui manifestent leur appartenance au mouvement rastafari et ceux qui ont vu, dans cette forme de coiffure, un accessoire de mode.

La lecture faite de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation par la Cour administrative d'appel de Paris est manifestement erronée et a déplacé le critère volontaire de la loi sur un critère objectif tenant à la discrétion ou à la visibilité du signe d'appartenance religieuse.

[1654] C'est le cas de l'antaravasaka, sous-vêtement bouddhiste qui peut parfaitement être porté sous un vêtement commun.

[1655] Le rapport de la commission STASI mentionnait les « *petites croix* » comme des éléments vestimentaires ne devant pas faire l'objet de l'interdiction de la loi. Pourtant, si ce signe est objectivement discret, il peut être détourné de son objective discrétion en étant affiché ostensiblement. C'est le cas quand une personne colle une petite croix en relief au milieu de son front.

[1656] G. RAYMOND : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 2006, p. 350.

[1657] L'arrêt précise d'ailleurs « *que son intention n'était pas d'extérioriser sa foi* ».

[1658] Ce qui a conduit un grand nombre d'établissements à adopter dans leur règlement intérieur des dispositions interdisant toutes les formes de couvre-chef.

[1659] Les dreadlocks sont le résultat d'une pousse prolongée et naturelle des cheveux, sans intervention mécanique de peigne, brosse ou ciseaux. Elles sont un signe d'appartenance à la croyance rastafari et symbolisent l'opulence et la force de la crinière du lion conquérant de la tribu de Juda dont serait descendu le premier empereur d'Éthiopie et guide spirituel du mouvement.

1004. Lorsqu'il a été saisi de la question, le Conseil d'État a confirmé la décision de la Cour de Paris. Il a cependant précisé certains points pour lesquels « *la cour administrative d'appel de Paris n'a pas fait une inexacte application des dispositions de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation* ». Si l'interprétation faite n'est pas inexacte, le Conseil ne l'estime pas exacte non plus et précise le régime des tenues et signes d'appartenance religieuse :

> « *Il résulte de ces dispositions que, si les élèves des écoles, collèges et lycées publics peuvent porter des signes religieux discrets, sont en revanche interdits, d'une part, les signes ou tenues, tels notamment un voile ou un foulard islamique, une kippa ou une grande croix, dont le port, par lui-même, manifeste ostensiblement une appartenance religieuse, d'autre part, ceux dont le port ne manifeste ostensiblement une appartenance religieuse qu'en raison du comportement de l'élève* » [1660].

En s'appuyant concrètement sur les conclusions de la Commission STASI, le Conseil d'État sépare la question de l'ostentation intrinsèque du signe en rattachant la manifestation évidente d'une appartenance religieuse à la volonté de la personne, soit parce qu'en portant un signe très visible, elle ne peut pas ignorer qu'il exprime une appartenance religieuse, soit parce que l'élève détourne l'usage normal d'une tenue pour rendre son port ostensible.

Cette précision est d'envergure, permettant de ne pas infirmer la décision de la Cour d'appel et de rendre plus subjective l'appréciation de la manifestation ostensible d'une appartenance religieuse. Ce faisant, le Conseil rapproche nettement le sens de l'article L. 141-5-1 du Code de l'éducation des buts poursuivis par l'article 14, 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Cette disposition précise bien que la liberté de manifester sa religion peut être limitée, impliquant que seule une volonté de montrer ostensiblement son appartenance religieuse peut porter atteinte aux intérêts protégés par le droit[1661], peu important la discrétion ou l'évidence du signe. C'est à ce titre et seulement à ce titre que la liberté d'expression de la religion peut être limitée.

L'école est le lieu de socialisation privilégié de l'enfant, c'est dans son enceinte qu'il fait l'apprentissage de la vie en communauté, de l'existence des droits des autres. Si ses droits ne s'effacent pas quand il y pénètre, il importe de considérer qu'à l'école, l'enfant est

[1660] C.E. 5 décembre 2007 ; AJDA 2008, p. 535, note R. KELLER.
[1661] Comité des droits de l'homme : « *Observation générale n°22* », *in* Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001, HRI/GEN/1/Rev.5.

chargé d'obligations dont l'inobservation est sanctionnée. Le droit français de la discipline scolaire est-il au diapason des exigences de la Convention de New York ?

➢ *Les devoirs de l'élève*

1005. Les devoirs de l'élève dans le cadre de sa scolarité sont doubles. Les premiers sont spécifiques à l'école, les seconds sont un rappel des règles de vie extérieures qui s'appliquent également dans l'enceinte de l'établissement scolaire. En d'autres termes, si les droits de l'enfant ne sont pas laissés à l'extérieur de l'école, ses obligations non plus. C'est l'article L. 511-1 du Code de l'éducation qui traite ce point :

> « *Les obligations des élèves consistent dans l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études ; elles incluent l'assiduité et le respect des règles de fonctionnement et de la vie collective des établissements* ».

L'obligation purement scolaire d'assiduité a été précisée par l'article 4-5 du décret du 31 janvier 1986 modifié[1662]. Ce texte énonce que cette obligation consiste de la part de l'élève à respecter les horaires de classe et à se soumettre aux obligations du contrôle continu imposées par les enseignants.

L'obligation de respecter les règles de fonctionnement et de la vie collective est plus diffuse. Elle consiste à imposer à l'élève de respecter les personnes et les biens, autant le corps enseignants que les autres élèves. Cette obligation principale rappelle les règles applicables naturellement à l'enfant à l'extérieur de l'établissement et précise que certains actes répréhensibles pénalement le sont particulièrement à l'école. C'est sur cette obligation générale de respect des personnes et des biens à l'intérieur de l'école que s'appuie le délit d'outrage à enseignant prévu par l'article 433-5 al. 3 du Code pénal[1663]. C'est également sur ce principe général qu'est fondée la répression du délit de bizutage prévu à l'article 511-3 du Code de l'éducation qui reproduit les articles 225-16-1 à 225-16-3 du Code pénal.

[1662] Décret n°86-164 du 31 janvier 1986 portant organisation administrative et financière des établissements d'enseignement dont la responsabilité et la charge incombent entièrement à l'État et portant dispositions diverses applicables aux établissements d'enseignement de second degré municipaux ou départementaux (JORF, 6 février 1986, p. 2074).

[1663] Article 433-5 al. 3 du Code pénal : « *Lorsqu'il est adressé à une personne chargée d'une mission de service public et que les faits ont été commis à l'intérieur d'un établissement scolaire ou éducatif, ou, à l'occasion des entrées ou sorties des élèves, aux abords d'un tel établissement, l'outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende* ».

L'école n'est pas un lieu où la responsabilité de l'enfant est absente, l'élève qui ne respecte pas les personnes ou les biens qui sont mis à sa disposition est susceptible d'engager sa responsabilité pénale ou civile et ainsi engager celle de ses parents. L'école n'est pas une enceinte privée de droits, au surplus, la discipline scolaire est sanctionnée par des procédures spéciales et dévolues au conseil de discipline institué dans chaque établissement scolaire. Les décisions prises par le conseil sont toujours susceptibles d'appel formé devant le recteur d'académie. Les sanctions prises par le conseil ou par le chef d'établissement quand il ne s'agit pas d'une exclusion de l'établissement supérieure à huit jours, respectent le principe posé par l'article 28, 2 de la Convention de New York qui souhaite 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* ». Cette stipulation renvoie notamment à l'article 19 de la Convention prohibant toute forme de violence. De cette façon, le recours à une sévérité excessive est proscrit dans la discipline d'un établissement scolaire. Sur ce point, la législation française est exemplaire et n'autorise que des sanctions disciplinaires sans atteinte à l'intégrité corporelle ou psychique de l'enfant[1664].

La Convention de New York ne perd pas de sa portée à l'intérieur de l'école. Les droits y sont respectés et les devoirs de l'élève sont sanctionnés conformément aux principes directeurs du traité. La place grandissante[1665] de l'éducation dans la société atteste également de la situation sociale de l'enfant et de ce que la première préoccupation de l'État est de former au mieux les esprits et les corps. Cependant, la formation des esprits et la vivification des corps ne sont pas tout, il importe également qu'ils soient soignés.

4. L'enfant soigné

1006. La santé de l'enfant est exposée par la Convention de New York dans plusieurs articles, les deux principaux étant l'article 6 relatif au droit de l'enfant à la vie et l'article 24 qui expose que l'enfant a le droit de « *jouir du meilleur état de santé possible* ». Le cadre idéal dessiné par la Convention est un enfant en pleine santé, débordant d'énergie et disposant de toutes les attentions médicales possibles à son service. La lecture attentive de l'article 24 du traité permet d'opérer une distinction entre deux grands moments de la vie de l'enfant et ainsi deux grandes catégories de soins pour l'enfant.

[1664] *A contrario*, la législation britannique autorise les châtiments corporels tant qu'ils sont raisonnables.
[1665] Le budget du Ministère de l'éducation nationale est le premier poste budgétaire de l'État et représente environ 28 % de l'utilisation des ressources publiques. De plus, en 2008, la part du budget de l'Éducation nationale a progressé de presque 2 %.

Les premières minutes de la vie de l'enfant sont sensibles et la Convention appelle l'attention des États parties sur le besoin de « *réduire la mortalité parmi les nourrissons* »[1666]. Il importe donc que le droit interne de la santé, faisant écho au cadre général voulu par la Convention, porte ses efforts sur l'enfant en bas âge (a), sans pour autant négliger l'enfant plus âgé (b).

a. Le droit sanitaire du jeune enfant

1007. Le droit interne de la santé de l'enfant fait l'objet d'une partie entière du Code de la santé publique intitulée « *Santé de la famille, de la mère et de l'enfant* ». La juxtaposition de la mère et de l'enfant dans un intitulé de partie de Code montre la volonté du législateur de ne pas limiter la préoccupation de la santé de l'enfant à sa vie aérienne mais également de prendre soin de lui quand il baigne encore dans la quiétude du liquide amniotique.

➢ *La santé de l'enfant non-né*

1008. Le principe reconnu par l'article 16 du Code civil et repris dans l'article L. 2211-1 du Code de la santé publique énonce que la loi « *garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* »[1667]. Ce point fut repris dans l'article 6 de la Convention de New York imposant le droit de l'enfant à la vie. L'article 24, 2, d)[1668] de la Convention met également en place l'obligation pour l'État de prendre soin de la mère pendant sa grossesse, toujours dans le but de protéger l'enfant. Il existe ainsi en droit interne, conformément aux vœux de la Convention, deux moyens de protéger la santé de l'enfant non-né : d'une part en protégeant par la force de la loi les atteintes à la grossesse de la femme, et en lui prodiguant des soins attentifs d'autre part.

La grossesse est protégée pénalement par les dispositions des articles L. 2222-1 à L. 2222-4 du Code de la santé publique qui découlent en grande partie des anciens articles 223-10 et suivants du Code pénal. Avant leur insertion dans le Code de la santé publique, les dispositions du Code pénal prévoyaient que la grossesse était protégée à la fois par la volonté de la mère et par les dispositions de la loi, sans que la volonté de la mère ne vienne atténuer la

[1666] Article 24, 2, a) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1667] Lors des débats parlementaires à l'occasion de la première lecture devant le Sénat en 1994, la discussion avait tourné autour de la formulation de cet article pour savoir s'il fallait garantir le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ou dès celui de la vie. Le choix s'est finalement porté sur le déterminant possessif « *sa* » qui indique que la vie n'a pas de commencement fixé visible et qui risque moins de porter atteinte à la possibilité pour la mère enceinte d'interrompre sa grossesse.
[1668] Article 24, 2, d) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *Les États parties s'efforcent d'assurer* […] *aux mères des soins prénatals et postnatals appropriés* ».

répression. La volonté de la mère apparaît comme l'enjeu le plus impalpable et pourtant le plus protégé par la loi puisque l'article L. 2222-1 du Code de la santé publique punit de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende le fait de pratiquer une interruption de la grossesse, quelque soit son stade d'avancement, sans le consentement de la mère.

Cette sanction particulière de la violation du consentement de la mère montre que la volonté de la femme est l'atout le plus protecteur de l'enfant à naître. Dans cette optique, la notion de « *soins prénatals* » envisagée par la Convention de New York ne se limite pas à une acception thérapeutique ou sanitaire[1669]. Aussi, avant de sanctionner une atteinte à la volonté de la mère, convient-il de l'éclairer afin que les choix entrepris par la femme soient efficaces. L'article L. 2211-2 al. 2 du Code de la santé publique mentionne que « *l'enseignement de ce principe* [de primauté de la vie] *et de ses conséquences, l'information sur les problèmes de la vie et de la démographie nationale et internationale, l'éducation à la responsabilité, l'accueil de l'enfant dans la société et la politique familiale sont des obligations nationales* ». Le premier soin apporté *in utero* à l'enfant réside dans l'éducation des parents à venir, afin que la volonté de la mère soit une protection efficace contre les atteintes potentielles à sa grossesse.

Cependant, la volonté de la mère n'est pas la seule défense de la grossesse, et la loi réprime également le délinquant qui a sciemment contrevenu aux dispositions en matière d'interruption de la grossesse. L'article L. 2222-2 du Code de la santé publique reprend les termes de l'ancien article 223-11 du Code pénal et prévoit que le délit est constitué dès que le délinquant « *en pleine connaissance de cause* » est animé par la volonté de mettre un terme à la grossesse en sachant qu'il ne respecte pas les critères imposés par la loi, soit qu'il s'agisse de critères temporels quand l'atteinte est portée au-delà du délai prévu par la loi (article L. 2222-2, 1° du Code de la santé publique), soit qu'il s'agisse de critères personnels quand l'atteinte est portée par une personne qui n'est pas habilitée par la loi à pratiquer une interruption de grossesse (article L. 2222-2, 2° du Code de la santé publique), soit encore qu'il s'agisse de critères administratifs quand l'interruption est pratiquée dans un établissement non habilité (article L. 2222-2, 3° du Code de la santé publique). Lorsque ce sont les limites imposées par la loi qui sont franchies, la volonté de la mère est sans importance.

[1669] Sur ce point, en 1998, l'assemblée mondiale de la Santé a réaffirmé les principes datant de 1978 dits « *d'Alma-Ata* » dans un document intitulé « *La santé pour tous au XXI*^{ème} *siècle* ». Dans ce texte, la notion de « *soins de santé primaires* » (promus à l'article 24, 2, b) de la Convention) est étendue à des conseils donnés aux mères : « *Les soins de santé primaires* […] *comprennent au minimum : une éducation concernant les problèmes de santé qui se posent ainsi que les méthodes de prévention et de lutte qui leur sont applicables, la promotion de bonnes conditions alimentaire et nutritionnelles, un approvisionnement suffisant en eau saine et des mesures d'assainissement de base, la protection maternelle et infantile, y compris la planification familiale…* » (Organisation mondiale de la Santé : « *Déclaration d'Alma-Ata* » ; 1978, A51/5).

1009. Promouvoir la santé de l'enfant dans le sein de sa mère, n'est pas seulement une préoccupation pénale, c'est également, et principalement, une affaire de santé publique[1670]. La femme enceinte fait l'objet d'attention particulière de la loi, conformément aux exigences de la Convention relative aux droits de l'enfant. Les dispositions du Code de la santé publique pour ce qui concerne le suivi de la grossesse sont une combinaison de soins facultatifs et d'incitation financière. L'article L. 2122-1 du Code de la santé publique mentionne que la « *femme enceinte bénéficie d'une surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement qui comporte, en particulier, des examens prénataux et postnataux obligatoires pratiqués ou prescrits par un médecin ou une sage-femme* ». Le caractère obligatoire n'est pas sanctionné par une amende en cas de non-soumission de la mère aux examens prénataux. Toutefois, l'article L. 533-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que « *le versement de la prime à la naissance est subordonné à la justification de la passation du premier examen prénatal médical obligatoire de la mère prévu en application de l'article L. 2122-1 du Code de la santé publique* ». L'assistance financière de la femme enceinte est donc subordonnée aux soins qu'elle apportera à l'enfant qu'elle porte.

D'autres mesures périphériques sont prises pour favoriser une grossesse sans risque et permettre au fœtus un épanouissement *in utero* optimal ainsi qu'un suivi médical actif et efficace[1671]. C'est ainsi que tout est mis en œuvre pour qu'une aide médicale soit

[1670] La grossesse est également une question de droit civil, puisque la maternité est un des éléments constitutifs de la vie privée selon l'article 9 du Code civil. La jurisprudence a toujours considéré que la grossesse était un élément éminemment intime qui relevait nécessairement de la vie privée (Cass. Civ. 2, 5 janvier 1983, Bull. Civ. II, n°4 ; Cass. Civ. 2, 8 juillet 1991, Bull. Civ. II, n°152). À ce titre, marginalement, la question de l'intérêt atteint peut-être soulevée, notamment en matière de droit à l'image. Il est acquis que le droit à l'image de la mère est contrarié par la publication d'une imagerie médicale. N'est-il pas possible de considérer, dès lors qu'il est identifiable, que le droit à l'image de le fœtus est également atteint et qu'il doit être défendu par sa mère agissant en qualité d'administratrice légale des intérêts de son enfant mineur ? Il ne saurait être opposé sur ce point que le fœtus n'a pas la qualité de personne et que, dans cette optique, il n'est pas titulaire d'un droit à l'image. D'une part, ce serait contrarier la lecture de l'article 9 al. 1er du Code civil qui ne mentionne pas que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée* » mais que « *chacun* » y a droit. D'autre part, ce serait négliger la portée et la valeur de la maxime *infans conceptus*. Cette règle de droit, héritée du droit romain, prévoit que l'enfant est considéré comme né chaque fois qu'il en va de son intérêt. Il semble bien ici qu'il soit dans l'intérêt du fœtus de voir protéger son droit à l'image, dans la mesure où rien ne saurait empêcher les parents de l'enfant d'agir pour la même raison et dans les mêmes qualités, une fois l'enfant né. Enfin, sur le thème du droit au respect de la vie privée, la même solution serait envisageable si un média d'information quelconque diffusait un élément relatif à la santé amniotique de l'embryon ou du fœtus. La santé fait partie intégrante de la vie privée (Cass. Civ. 1, 6 juin 1987, Bull. Civ. I, n°191) et sa divulgation est condamnée dès qu'elle a lieu dans le but de susciter la curiosité du public.

[1671] L'article L. 2122-2 du Code de la santé publique institue le carnet de grossesse dont toute femme enceinte dispose.

apportée à tout moment[1672] et qu'aucun obstacle ne s'interpose entre le corps médical et la femme enceinte dans les derniers temps de la grossesse.

1010. La femme enceinte est, selon la jurisprudence criminelle, particulièrement vulnérable[1673], pour cette raison, elle fait l'objet d'un grand nombre d'attentions de la part du droit social, attentions toutes dirigées vers la santé de l'enfant à travers le confort social et matériel de sa mère. La grossesse de la femme ne doit pas entraîner de détérioration de son niveau social, ni nuire à une éventuelle amélioration de ce niveau. Ainsi, la grossesse ne doit pas être un motif pour ne pas embaucher une femme[1674], ni être une raison de la licencier parce qu'elle n'aurait pas fait mention de son état lors d'un entretien d'embauche. Sur ce point, un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 2 février 1994 établit l'intérêt qu'il s'agit de protéger. Les dispositions relatives à la femme enceinte du Code du travail n'ont pas pour but de protéger la femme en tant qu'employée, ni son emploi en tant que source de revenus, mais de protéger son état, ce qui implique qu'à travers cette protection, ce soit l'enfant qu'elle porte qui est protégé. L'attendu de principe de cette décision le montre :

> « *…attendu que Mme X... n'étant pas tenue, en application de l'article L. 122-25 du Code du travail, de révéler son état de grossesse, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que l'employeur ne pouvait rompre le contrat en méconnaissance des dispositions relatives à la protection de la maternité…* »[1675].

L'état de la femme enceinte peut également justifier une mutation à sa demande ou à l'initiative de son employeur, sans que cela n'entraîne de diminution de son revenu[1676]. D'autres mesures visent à garantir à la future mère, un repos six semaines avant et dix semaines après l'accouchement[1677] ou à empêcher le licenciement de la femme enceinte pour une raison liée à son état[1678].

[1672] L'article L. 222-5 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que le service de l'aide sociale à l'enfance peut participer à une aide matérielle et psychologique de la mère en détresse.
[1673] Une femme enceinte a été qualifiée de « *personne vulnérable* » au sens de l'article 225-14 du Code pénal. Ainsi le fait d'héberger une femme enceinte dans un local d'habitation de 20 m² dans des conditions incompatibles avec la dignité de la personne humaine (en l'espèce le local abritait une femme enceinte, trois enfants, était humide et peu chauffé) est-il constitutif du délit d'abus de vulnérabilité d'une personne (Cass. Crim. 11 février 1998, Bull. Crim. n°53).
[1674] Article L. 1225-1 du Code du travail.
[1675] Cass. Soc. 2 février 1994, Bull. Civ. V, n°38.
[1676] Article L. 1225-7 du Code du travail tel qu'issu de l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007.
[1677] Article L. 1225-17 du Code du travail.
[1678] Articles L. 1225-4 et L. 1225-5 du Code du travail.

La santé de l'enfant à naître est amplement prise en compte par le droit. La situation sociale de la mère est organisée de façon que son état ne soit pas une charge supplémentaire à celle de son travail. Sa situation de future mère est également prise en compte de façon à l'inciter à agir en faveur de son enfant. De plus, la loi met l'accent en amont de la grossesse afin d'informer les futures mères et d'éclairer au mieux leur consentement au moment d'envisager la maternité.

Puis, un jour, l'enfant naît.

➢ *La santé de l'enfant nouveau-né*

1011. Dans son article 24, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant distingue clairement entre l'enfant à naître, celui qui vient de naître et celui qui a dépassé les premiers temps de la vie[1679]. Le droit français tente de répondre aux exigences de la Convention en mettant en place, comme pour la femme enceinte, un dispositif juridique protégeant le nouveau-né contre les atteintes à sa personne en même temps qu'il promeut en sa faveur des mesures d'ordre sanitaire.

L'article 300 de l'ancien Code pénal[1680] prévoyait un crime particulier pour l'atteinte à la vie d'un nouveau-né dans les trois jours qui suivent sa naissance. Ce délai très bref n'était pourtant pas explicité dans l'ancien article, mais un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 avril 1837[1681] vient préciser que « *l'aggravation de peine dont la loi a frappé ce crime a été déterminée uniquement par la situation particulière de l'enfant, qui, au moment où il entre dans la vie, ne participe point encore aux garanties communes, et par la facilité qu'a le coupable d'effacer sa naissance* »[1682]. L'infanticide était puni de la réclusion criminelle à perpétuité sauf quand il était commis par la mère de l'enfant, cas où il était réprimé d'une peine de réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans[1683]. Depuis la loi du 16 décembre 1992[1684] instituant le nouveau Code pénal, l'incrimination spéciale d'infanticide a disparu au profit d'un crime aggravé contre mineur de quinze ans prévu à

[1679] L'article 24, 2, a) vise « *les nourrissons et les enfants* » et l'article 24, 2, d) souhaite « *des soins prénatals et postnatals* » pour les mères.
[1680] Article 300 de l'ancien Code pénal : « *l'infanticide est le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau-né* ».
[1681] Cass. Crim. 14 avril 1837, Journal du Palais 1837.
[1682] Cet arrêt casse une décision de la Cour d'assises de la Nièvre au motif qu'elle avait retenue la qualification d'infanticide pour l'homicide commis sur un enfant âgé de huit jours.
[1683] Article 302 de l'ancien Code pénal.
[1684] Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur (JORF, 23 décembre 1992, p. 17568).

l'article 221-4, 1° du nouveau Code pénal. La répression est semblable à celle de l'ancien Code pénal, et peut être portée à une peine de réclusion criminelle à perpétuité quand le meurtre est accompagné de circonstances aggravantes comme le viol, la torture ou les actes de barbarie.

La personne du nouveau-né est ainsi protégée au même titre que celle d'un enfant ou d'un adolescent. La fragilité de l'enfant dans ses premières années, très précisément décrite dans l'arrêt de la Cour de cassation de 1837[1685], a été étendue à la plupart des enfants, ce qui revient à considérer que l'incapacité à se défendre n'est plus liée à la faiblesse de l'âge ni à la proximité temporelle entre le meurtre et la naissance.

1012. Il existe, à côté des mesures répressives sanctionnant l'atteinte à l'embryon ou au fœtus, et des sanctions pénales liées aux atteintes à l'enfant né, des mesures sanitaires, sociales et médicales visant à protéger et à promouvoir sa santé et sa sécurité[1686].

Depuis le milieu des années 1990, une campagne a été lancée pour promouvoir les soins maternels postnatals, et en particulier l'allaitement. L'activisme des campagnes publicitaires dans ce sens n'ont pas permis de faire progresser clairement l'allaitement maternel en France[1687]. Afin d'inciter les mères dans cette voie, certaines mesures ont été prises par le législateur dans l'objectif de garantir à la mère allaitante les meilleures conditions sanitaires et sociales possibles. Dans ce but, l'article L. 1121-5 du Code de la santé publique prévoit un encadrement très strict pour les recherches biomédicales sur les femmes allaitantes ou les parturientes. Le critère déterminant est que ces recherches présentent un risque minimal pour la mère et pour son enfant. Il en va de même pour les collectes de sang[1688]. Un soin particulier est apporté aux traitements par rayonnement pour les femmes enceintes ou qui allaitent leur enfant. L'article R. 1333-61 du Code de la santé publique n'envisage pas l'arrêt du traitement, puisque cela serait contraire à l'intérêt de la mère, et par ricochet à celui de l'enfant. Il convient alors de combiner la santé de la mère, celle de l'enfant et la nécessité pour elle de recevoir un traitement par rayonnement. Le médecin doit alors particulièrement justifier son acte thérapeutique (article R. 1333-61 al. 2 du Code de la santé publique) en tenant compte de l'urgence de la situation. L'allaitement n'est cependant pas une

[1685] « *… cette protection spéciale de la loi ne s'attache ni au degré de parenté de l'auteur du meurtre,* […] *ni à la considération de la faiblesse de l'âge, puisque long-temps encore après la naissance l'enfant est dans l'impossibilité de se défendre* » (Cass. Crim. 14 avril 1837, Journal du palais 1837).
[1686] Sur l'utilité de distinguer la santé et la sécurité de l'enfant (G. RAYMOND : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 2006, p. 252).
[1687] « *Dix ans de campagne pour l'allaitement maternel* » ; Ouest-France, 15 avril 2008.
[1688] Article L. 1221-8-1 al. 3 du Code de la santé publique.

priorité et ne prime pas sur la santé de la mère. À ce titre, l'article R. 1333-61 al. 3 du Code de la santé publique mentionne que si la mère doit subir le traitement, des conseils doivent lui être donnés « *pour suspendre l'allaitement pendant une durée adaptée à la nature du traitement* ».

La circonstance que la mère allaite son enfant doit également être mentionnée sur les notices dont la rédaction est imposée par l'article R. 5121-149 du Code de la santé publique, qui invite notamment à attirer l'attention des mères sur l'influence de leur médication sur la qualité du lait dont elles nourrissent leur enfant.

La loi attache une attention particulière à la qualité du lait dont est nourri l'enfant[1689], mais elle porte un regard également attentif à la santé de la mère et à son confort social. Ainsi, une surveillance particulière est portée par les médecins du travail sur la femme qui allaite son enfant[1690], de même que certaines facilités sont accordées à la femme qui souhaite donner le sein à son enfant pendant ses heures de travail et sans quitter son entreprise[1691]. De nombreuses dispositions du Code du travail prévoient que la mère peut allaiter son enfant deux fois par jour[1692], pour une durée maximale d'une heure[1693], sans perte de salaire, dans un local *ad hoc* si l'entreprise compte moins de cent femmes salariés[1694] et dans une chambre mise à la disposition des mères dans les autres cas. Le soin méticuleux apporté par la loi à la précision du confort du local dédié à l'allaitement montre combien tout est fait pour que la santé de l'enfant ne soit pas contrariée par le travail de sa mère, et comme le confort social de la mère allaitante est mis en avant par le législateur. De sorte que l'emploi salarié ne saurait aucunement contrarier la santé de l'enfant, ni que l'enfant ne doive être un handicap à l'épanouissement social de sa mère[1695]. Il est frappant de considérer l'attention

[1689] Article R. 4412-89 du Code du travail.
[1690] Article R. 4624-19 du Code du travail et article R 717-16, 4° du nouveau Code rural.
[1691] Article L. 1225-31 du Code du travail.
[1692] *Ibid*., article R. 1225-5. La durée globale est réduite à quarante minutes quand l'employeur met un local spécial à disposition des mères dans son entreprise (*Ibid*., article R. 1225-6).
[1693] *Ibid*., article L. 1225-30.
[1694] *Ibid*., article L. 1225-32.
[1695] L'article R. 4152-3 du Code du travail recense les huit points exigés pour la situation et l'ameublement général du local. Ainsi ce local doit-il être séparé des espaces de travail, suffisamment aéré, équipé de fauteuils spécialement étudiés pour l'allaitement, bien éclairé, doté d'accès à l'eau courante et bien chauffé, ouvert sur l'extérieur, et nettoyé quotidiennement en dehors de la présence des enfants (sur ce point, l'article R. 4152-21 mentionne que le nettoyage doit être rigoureux). L'article R. 4152-17 du même Code prévoit en outre que le local doit profiter d'une hauteur sous plafond minimum de trois mètres et disposer, par enfant, d'une superficie de trois mètres carrés. Le local ne pouvant pas contenir plus de douze berceaux, s'il advenait qu'un deuxième local doive être mis en place, il devrait être desservi par un vestibule commun avec le premier. Le local est placé sous la surveillance d'un médecin (article R. 4153-23) qui, devant inspecter une fois par semaine la chambre d'allaitement, doit consigner ses observations dans un carnet ouvert à cet effet. L'inobservation des dispositions du Code relatives au local *ad hoc* est sanctionnée par une amende prévue pour les contraventions de cinquième

développée par le législateur moderne pour faire en sorte que la mère trouve sur son lieu de travail des conditions de vie qui débordent complètement de l'ordinaire social. Les dispositions du Code du travail relatives à la prise en charge des conditions de confort de l'allaitement par l'employeur relèvent presque du soin qu'un « *bon père de famille* » mettrait pour concevoir, meubler et entretenir la chambre de son enfant. Il s'agit ici d'imposer à l'employeur une responsabilité de père de famille, et non plus seulement une responsabilité de supérieur hiérarchique. Le lien de subordination nécessaire à l'installation du contrat de travail se dissout quand l'employée devient mère sur son lieu de travail et que son employeur se transforme en père de famille.

Mais la mère n'est pas obligée d'allaiter l'enfant (quoique la loi l'y incite et fasse le nécessaire dans ce sens), elle peut aussi choisir de le nourrir avec des substituts. Leur fabrication et leur distribution sont également très encadrées ainsi que leur publicité par diverses dispositions du Code de la consommation et du Code de la santé publique.

1013. La santé du nouveau-né ne passe pas uniquement par son alimentation, quand même la loi mettrait-elle tout en œuvre pour garantir qu'elle soit la meilleure possible ; point sur lequel elle se conforme aux impératifs de l'article 24, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

La santé du nourrisson transite également par l'éloignement de toute maladie contagieuse, aux séquelles potentiellement handicapantes ou létales. C'est ainsi qu'il existe certaines vaccinations obligatoires pour le nourrisson, qui ont pour objectif premier de protéger sa santé en même temps qu'éviter les épidémies. Toutefois, la politique de vaccination infantile n'a pas pour vocation affichée de protéger l'enfant seul, mais plus, précisément, d'éviter la propagation des épidémies[1696]. Dans ce sens, les vaccins obligatoires que les parents doivent respecter ne visent pas tant la santé personnelle de l'enfant que la protection de l'intérêt général, ceci explique que lorsqu'une pathologie ne présente plus de risque épidémiologique pour la communauté, la vaccination ne soit plus obligatoire, et qu'à l'inverse, quand une pathologie présente ce risque, l'absence de vaccination ne soit tolérée que dans le cas d'une incompatibilité sanitaire avec l'enfant concerné. Sur ce point, la politique vaccinale française semble légèrement différer de la philosophie de la Convention de New York. Le traité international ne cherche pas dans sa logique à éviter les épidémies,

---

catégorie (article R. 4743-2 du Code du travail), peine portée à une amende maximum de 3 000 € en cas de récidive (articles 132-11 et 132-15 du Code pénal).

[1696] Le titre du Code de la santé publique relatif aux campagnes de vaccinations est intitulé « *lutte contre les épidémies et certaines maladies transmissibles* ».

mais bien à protéger l'enfant dans son intérêt supérieur. C'est dans ce contexte que le Comité des droits de l'enfant s'est félicité que certains États parties adoptent une politique de vaccination systématique[1697] ou que d'autres considèrent que le refus de vaccination soit contraire, non à l'intérêt général mais à l'intérêt particulier de l'enfant[1698].

Passés les premiers émois de la naissance et les premiers risques sanitaires, l'enfant grandit. Mais sa santé reste une préoccupation prise en compte par la loi qui impose des mesures de suivi et de prévention tout au long de l'enfance.

- *La santé du jeune enfant*

1014. Autant la période néonatale apparaît, sur le plan médical des vaccinations, comme une question intéressant l'intérêt général plus que l'intérêt supérieur de l'enfant, autant le suivi médical postérieur de l'enfant est clairement envisagé dans son intérêt propre. Les mesures médicales ne sont plus systématiques et correspondent plus à une étude concrète du cas de l'enfant. Il n'est plus question de seulement protéger une population, mais surtout de promouvoir la santé personnelle de l'enfant. Pour suivre ce but, l'article 163 du décret du 5 octobre 1953[1699] crée un carnet de santé délivré gratuitement par les maires lors de la déclaration de la naissance de l'enfant. Aujourd'hui, sa délivrance et son utilisation sont codifiées aux articles L. 2132-1 et suivants du Code de la santé publique. Afin de permettre un suivi efficace de la santé du jeune enfant, les examens cliniques, médicaux et sanitaires ainsi que les vaccinations qu'il subit y sont consignés.

En outre, durant la scolarité de l'enfant, le Code de l'éducation met en place une surveillance médicale composée d'une vigilance active[1700] et d'une forme de veille sanitaire ayant pour objectif de s'assurer que l'enfant n'est soumis à aucun mauvais traitement dans sa famille, ni ne souffre d'une quelconque pathologie.

[1697] Notamment la Croatie où la vaccination est obligatoire contre la tuberculose, la diphtérie, le tétanos, la coqueluche, la poliomyélite, la rougeole, les oreillons, la rubéole et l'hépatite B (Croatie, CRC/C/8/Add.19).

[1698] Le rapport de l'Italie pour le Comité des droits de l'enfant mentionne un « *jugement rendu par la Cour constitutionnelle* » en mars 1992 qui estime que le refus de vacciner un enfant constitue une conduite préjudiciable pour lui et peut donner lieu, sur requête d'un parent, du ministère public, à une injonction du juge des enfants pour faire exécuter la vaccination (Italie, CRC/C/8/Add.18).

[1699] Décret n°53-1001 du 5 octobre 1953 portant codification des textes législatifs concernant la santé publique (JORF, 7 octobre 1953, p. 8833).

[1700] Article L. 541-1 al. 1er du Code de l'éducation : « *Au cours de leur sixième, neuvième, douzième et quinzièmes années, tous les enfants sont obligatoirement soumis à une visite médicale au cours de laquelle un bilan de leur état de santé physique et psychologique est réalisé. Ces visites ne donnent pas lieu à contribution pécuniaire de la part des familles* ».

Passés les premiers temps de la vie, la santé de l'enfant devient une préoccupation individuelle plus que collective et les dispositions de santé publique interviennent plus pour protéger l'intérêt sanitaire personnel de l'enfant que pour prévenir des conséquences épidémiologiques liées à une absence de vaccination.

Au-delà des premières années de l'enfant, il n'est plus seulement question de protéger l'enfant contre les maladies et contre autrui, il importe à partir d'un certain âge de prévenir certains comportements de l'enfant qui pourraient entraîner une détérioration de sa santé.

b. Le droit sanitaire de l'enfant plus âgé

1015. À compter d'un certain âge, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant envisagée à l'article 3, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ne se limite plus à éloigner les menaces extérieures et indépendantes de sa volonté, mais également à prendre en compte son autonomie grandissante pour prévenir des comportements délinquants, nuisibles pour sa santé.

Le traité de 1989 va dans ce sens en appelant la vigilance des États parties sur le fait que la volonté autonome de l'enfant peut le conduire sur des sentiers dangereux comme celui de la toxicomanie[1701]. Il est donc nécessaire, quand l'enfant commence à grandir, de le protéger à la fois des accidents de santé extérieurs et de ses propres comportements néfastes.

Les accidents de santé indépendants de la volonté de l'enfant sont multiples si sont entendues dans cette acception les atteintes à son intégrité physique. D'une façon générale, la santé de l'enfant est une préoccupation parentale, imposée par l'article 371-1 al. 2 du Code civil qui dispose que l'autorité parentale est prévue pour protéger l'enfant « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* ». C'est ainsi qu'il appartient aux parents de faire le nécessaire pour promouvoir la santé de l'enfant qui est en principe une préoccupation collégiale quand il s'agit d'actes médicaux graves[1702]. Quand les parents ne parviennent pas à un accord sur la meilleure façon de protéger l'intérêt sanitaire de l'enfant, conformément à l'article 375 du Code civil, c'est au juge des enfants qu'il appartient de trancher la question[1703]. Il arrive cependant un âge où la maturité de l'enfant semble suffisante pour que les décisions médicales ne transitent plus par la volonté de ses parents mais s'adressent

[1701] Article 33 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (Cf. supra en page 637).
[1702] C.A. Paris, 29 septembre 2000 ; D. 2001, p. 1585.
[1703] C.A. Nancy, 3 décembre 1982 ; JCP 1983, II, 20081, note G. RAYMOND ; Gaz. Pal. 1984, 1, 132, note A. DORSNER-DOLIVET.

directement à lui. La loi reconnaît notamment à la jeune fille le droit de décider une interruption volontaire de sa grossesse, indépendamment de son âge[1704]. Il est ainsi établi qu'à partir de l'âge où la jeune fille peut procréer, elle est à même de prendre des décisions médicales graves comme l'interruption de sa grossesse. À compter de cet instant, est-il toujours légitime de considérer que la santé de l'enfant appartient au domaine de l'autorité parentale ou bien commence-t-elle à glisser vers la volonté autonome de l'enfant ? Car contrairement à d'autres domaines comme le choix de l'adoptant dans le cadre d'une adoption plénière[1705]ou simple[1706] ou le choix d'un changement de nom[1707] ou de prénom[1708], ou l'acquisition de la nationalité française[1709], ou encore la convocation par le juge dans une affaire le concernant[1710] ou par le conseil de famille dans le cadre d'une tutelle[1711], ce n'est pas par une disposition de la loi ou par une appréciation judiciaire que la santé de la jeune fille échappe au contrôle des parents. C'est une réalité biologique qui permet d'opérer cette translation décisionnelle depuis l'autorité parentale vers la volonté de l'enfant.

Cette situation ne va sans provoquer un certain hiatus entre la théorie du droit médical et la réalité de la pratique, car le professionnel de santé peut être mis en face d'une situation qui l'oblige à préserver, non pas l'état de santé présent de la patiente, mais sa faculté ultérieure de préserver le secret de son état de santé actuel. C'est le cas quand une jeune fille est auscultée par un médecin en présence de ses représentants légaux (par défaut les parents) et que, diagnostiquant la grossesse de l'enfant, il doit combiner son obligation de tenir sa patiente et ses représentants légaux informés de son état de santé tout en préservant l'option ultérieure de la jeune fille de préserver le secret sur sa grossesse en l'opposant à la volonté de ses parents.

[1704] L'article L. 2212-7 du Code de la santé publique prévoit que le consentement des parents est, si possible, recueilli, mais que si la jeune fille enceinte décide absolument de garder le secret sur sa situation et sur l'issue qu'elle projette pour y mettre un terme, le médecin doit pratiquer l'intervention en faisant accompagner la patiente d'une personne majeure de son choix.

[1705] Article 345 al. 3 du Code civil : « *S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière* ».

[1706] Article 360 al. 3 du Code civil : « *Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption* ».

[1707] Article 61-3 al.1er du Code civil : « *Tout changement de nom de l'enfant de plus de treize ans nécessite son consentement personnel lorsque ce changement ne résulte pas de l'établissement ou d'une modification d'un lien de filiation* ».

[1708] Article 60 al. 2 du Code civil.

[1709] Article 21-11 al. 2 du Code civil.

[1710] Article 388-1 al. 1er du Code civil : « *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* ».

[1711] Article 410 al. 2 du Code civil : « *Le conseil de famille est également convoqué à la demande du mineur âgé de moins de seize ans et capable de discernement, sauf décision contraire spécialement motivée du juge* ».

L'article L. 2212-7 du Code de la santé publique expose malgré tout l'idée que l'intérêt de l'enfant réside dans la communication de son état de santé à ses responsables légaux afin qu'ils soient mis en mesure, sinon de décider, au moins de conseiller la jeune fille enceinte dans l'exercice de sa volonté relativement à sa santé. Cette philosophie a été étendue à l'ensemble des soins de santé prodigués aux mineurs. L'article L. 1111-5 al. 1er du Code de la santé publique prévoit que « *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. 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* ». Il est constant que l'intérêt sanitaire de l'enfant réside dans la connaissance de sa santé par ses parents, toutefois, l'enfant peut absolument interdire l'accès à son état de santé à ses représentants légaux. Un arrêt du Conseil d'État du 17 novembre 2006 confirme cette position en énonçant qu'une mineure qui se rend dans un hôpital médico-psychologique peut refuser qu'une partie de son dossier soit communiqué à sa mère[1712].

La particularité du droit de la santé par rapport aux autres droits dans lesquels l'enfant est plus ou moins actif, c'est qu'aucun seuil d'âge n'est précisé dans la loi pour qu'il puisse exercer son droit au secret. Il n'existe ni référence à un âge fixe, ni référence à un seuil subjectif comme la faculté de discernement. Le droit au secret médical est une prérogative que l'enfant peut mettre en œuvre à n'importe quel âge. Dans ce domaine, la législation française en matière de secret va dans le même sens que les recommandations générales du Comité des droits de l'enfant qui, s'appuyant sur l'article 16 de la Convention relatif au droit au respect de la vie privée, estime que le secret est le gage d'un accès positif de l'enfant aux services et aux professionnels de santé. Dans cette voie, il engage les États parties à faire le nécessaire pour que des modalités administratives ne viennent pas compromettre la confidentialité des soins médicaux prodigués à l'enfant. Ainsi, le Comité estime-t-il qu'il est préjudiciable à l'intérêt de l'enfant et contraire à son droit au respect de la vie privée que la facture des soins qu'il a subis soit adressée à ses parents, ce qui ôte par là-même tout caractère confidentiel à la

[1712] C.E. 17 novembre 2006, inédit.

consultation qu'il a suivie[1713]. En matière d'interruption volontaire de grossesse, la question ne se pose pas en France puisque l'article L. 2214-1 du Code de la santé publique prévoit que les frais occasionnés par l'intervention sont à la charge directe de l'État. Pour les autres frais, rien n'est prévu et il apparaît que la procédure normale, serait qu'ils soient adressés aux parents de l'enfant, en tant qu'ils représentent classiquement la garantie des dépenses de l'enfant.

1016. Arrive un âge où le contrôle total des parents sur la santé de l'enfant leur échappe. Il est constant qu'à compter du début de l'adolescence, la pudeur et là quête d'indépendance incitent l'enfant à prendre en main sa santé. C'est à la même période que son propre comportement peut y nuire. L'article 33 de la Convention de New York met en garde les États contre les dangers de la toxicomanie pour l'enfant en plaçant l'accent sur la prévention. La Convention ne fait pas état de la consommation d'alcool et de tabac par l'enfant, mais les directives générales adressées par le Comité des droits de l'enfant aux États mentionnent que les pays membres doivent, dans leur rapport, dresser un bilan de la consommation de ces substances par les populations jeunes.

La question de la toxicomanie en France est surtout traitée par la répression pénale. Pour l'enfant les enjeux sont doubles, car la répression n'a pas prise sur l'enfant de moins de treize ans qui n'est pas pénalement responsable et qui devient un acteur possible pour le trafic de substances illicites. La situation de l'enfant face à la drogue doit être étudiée avec circonspection en fonction de l'âge de l'enfant, et de son rôle (actif ou passif) dans l'usage de stupéfiants.

La réponse pénale à la toxicomanie infantile est appuyée sur les principes de l'ordonnance de 1945[1714] et correspond à la logique de la répression des mineurs. Cependant, la pratique judiciaire pose clairement la différence entre l'enfant qui agit pour diffuser des stupéfiants et celui qui consomme ces substances. Pour le premier, la sanction est répressive à partir de treize ans, éducative entre dix et treize ans, et fait l'objet d'une mesure éducative si, avant dix ans, il est établi qu'il disposait d'une capacité de discernement suffisante. La justice considère que ces enfants, en plus de mettre leur vie en danger, représentent également une menace pour leurs congénères, d'où la nécessité de forcer le trait de la répression en envisageant, dans les cas extrêmes, une mesure privative de liberté. Quand l'enfant se contente de consommer des substances stupéfiantes, la sanction est uniquement éducative, la

[1713] Pays-Bas, CRC/C/15/Add.114.
[1714] Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante (JORF, 4 février 1945, p. 530).

justice estime que la réponse doit permettre d'éviter à l'enfant de tomber dans l'addiction. L'ordre public n'est pas en cause, la nécessité d'une répression pénale, quoique possible, ne se présente pas au juge du fond.

L'alcool connaît un sort identique, toutefois agrémenté du folklore visuel prévu par l'article L. 77 du Code des débits de boissons[1715] qui impose l'apposition d'une affiche concernant la protection des mineurs dans le cadre de l'ivresse publique. L'accès aux débits de boissons est réglementé pour les mineurs de seize ans qui doivent être accompagnés de leur père, mère ou tuteur ou de toute personne majeure ayant la charge de sa surveillance. Dans certains débits de première catégorie[1716] les mineurs de treize à seize ans sont autorisés sans la présence de leurs parents. La prise de conscience de ce que l'alcool est une calamité pour la jeunesse date des années 1870, mais il faudra attendre une loi de 1915[1717] pour « *élever une barrière contre le flot montant de l'alcool* ». En cas de consommation d'alcool, la loi pénale ne sanctionne jamais l'enfant. Il n'existe pas en France de délit pour la consommation d'alcool, il s'agit d'un fléau contre lequel il est présumé que la raison de l'enfant ne peut pas lutter. En revanche, celui qui incite l'enfant à boire est passible de deux ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende, peine portée à trois ans de prison et 75 000€ si l'enfant ivre est âgé de moins de quinze ans[1718].

Le Code de la santé publique contient un certain nombre de dispositions permettant de prévenir l'accès de l'enfant à l'alcool. Étrangement, il est visible que les dispositions protectrices de l'enfant face à l'alcool sont plus préventives que répressives alors que l'addiction alcoolique est, médicalement parlant, moins néfaste que l'addiction aux stupéfiants en direction de laquelle il n'existe que peu de dispositions légales préventives. Ce point soulève question au regard de l'article 33 de la Convention qui prévoit précisément que les mesures prises par les États parties en la matière doivent viser à « *protéger les enfants* ». Le caractère répressif de la législation française en matière de stupéfiants peut avoir un effet prophylactique et dissuasif à l'égard de l'éventuel consommateur ou vecteur de stupéfiants. Cependant, axer les mesures préventives exclusivement sur l'effet dissuasif de la législation

[1715] L'article 1er de l'arrêté du 20 décembre 1996 (JORF, 31 décembre 1996, p. 19683) prévoit le modèle d'affiche devant être apposée dans chaque débit de boissons. Cet arrêté n'a pas suivi l'évolution législative qui a transféré le Code des débits de boissons dans le Code de la santé publique. C'est la raison pour laquelle, bien que le fondement textuel prévoyant l'affiche soit l'article L. 3341-1 du Code de la santé publique, les affiches mentionnent toujours l'article L. 77 du Code des débits de boissons et de lutte contre l'alcoolisme.
[1716] Les débits de première catégorie ne peuvent servir que des boissons sans alcool.
[1717] Loi du 9 novembre 1915 relative à la réglementation de l'ouverture de nouveaux débits de boisson (JORF, 11 novembre 1915, p. 8106).
[1718] Article 227-19 du Code pénal.

est une mesure éphémère et peu porteuse[1719]. En réalité, la prévention en la matière passe essentiellement par l'absence de campagne publicitaire en faveur des boissons alcoolisées. Il en va de même pour les produits du tabac, pour lesquels la législation adopte la même philosophie que l'alcool : réprimer celui qui favorise l'accès de l'enfant à ces substances[1720].

La question de la santé de l'enfant est un dosage complexe entre la répression de ses comportements délinquants et la prévention de ses actes néfastes à sa santé. Le tout compliqué par le fait que l'enfant, parvenu à un certain âge et à un certain degré de maturité, exprime le besoin de prendre en charge sa santé.

La place de l'enfant dans la société a contraint le législateur à adapter le droit des adultes à ses spécificités. De cette façon, l'enfant amplement ignoré du droit pendant des générations est devenu une préoccupation législative de premier ordre dans le courant du XX^{ème} siècle, au point qu'il est difficile aujourd'hui de nier l'importance juridique de l'enfant.

B – Une place juridique croissante

1017. L'enfant est devenu juridiquement visible parce qu'il est devenu socialement inévitable. Les différents droits qui lui sont appliqués le sont davantage par adaptation du droit des adultes à ses particularités que par une véritable création juridique. La prise en compte par le juriste de la spécificité de l'enfant, et notamment sa fragilité et son immaturité, l'a contraint à ne plus se contenter d'adapter le droit de l'adulte, mais à dégager des concepts et des prérogatives qui soient propres à l'enfant.

Si l'enfant a pris cette dimension en droit, c'est que son intérêt y a été particulièrement promu. Il importe cependant de revenir sur cette notion déjà amplement théorisée et commentée[1721], car bien que la naissance en jurisprudence et la consécration par la loi révèlent une volonté du juriste de prendre en compte les intérêts du plus faible face aux

[1719] Sur ce point, lire le discours de M. BADINTER lorsqu'il présenta le projet de loi portant abolition de la peine de mort en 1981 et dans lequel il énonça que l'effet dissuasif de la guillotine était émoussé et qu'il témoignait lui-même de ce qu'à l'occasion du procès de BONTEMS et BUFFET un certain Patrick HENRY réclamait la tête des accusés : « *…sachez bien que dans la foule qui à Troyes criait au passage de BUFFET et de BONTEMS autour du palais de justice* « à mort BUFFET, à mort BONTEMS *» se trouvait un jeune homme qui s'appelait Patrick HENRY. Croyez-moi, à ma stupéfaction quand je l'ai appris, j'ai compris ce que ce jour-là pouvait signifier la valeur dissuasive de la peine de mort !* ».

[1720] Article L. 3512-1-1 du Code de la santé publique : « *Est puni des amendes prévues pour les contraventions de la 2e classe le fait de vendre ou d'offrir gratuitement, dans les débits de tabac et tous commerces ou lieux publics, des produits du tabac à des mineurs de moins de seize ans, sauf si le contrevenant fait la preuve qu'il a été induit en erreur sur l'âge des mineurs. Les modalités du contrôle de l'âge sont définies par décret* »

[1721] Notamment : R. LE GUIDEC : « *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français* » ; thèse, Nantes, 1973 ; J. RUBELLIN-DEVICHI : « *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises* » ; JCP 1994, I, 3739 ; Y. LEGUY : « *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales* » ; thèse, Rennes, 1974.

pouvoirs des plus forts, il n'est pas exact de considérer l'intérêt de l'enfant comme une fin en soi, mais au contraire de le consacrer comme un vecteur de paix sociale et d'organisation saine de la société. Sous ce nouvel angle d'étude, derrière la finalité affirmée dans l'article 371-1 al. 1er du Code civil[1722], est dissimulé un intérêt plus vaste, et ainsi protégé : celui de la société dans sa globalité (1).

Le milieu privilégié d'épanouissement de l'enfant est son cadre familial naturel. Il est donc légitime que la partie du droit privé dans laquelle la place de l'enfant a le plus crû soit le droit de la famille. Le poids de la volonté de l'enfant sur la vie de sa famille est devenu un phénomène important qui a profondément modifié la façon dont les décisions sont prises en la matière. L'enfant est devenu, dans sa vie de famille, une personne que la justice ne peut plus contourner (2).

1. Revenir sur l'intérêt de l'enfant

1018. Il est admis que l'apparition jurisprudentielle de la notion remonte aux environs d'un arrêt du milieu du XIXème siècle qui énonçait que « *le droit de visite des grands-parents n'est exceptionnel ni dans son principe ni dans son étendue ; il ne peut être mis en échec que s'il est inconciliable avec les prérogatives des parents ou avec l'intérêt supérieur de l'enfant* »[1723]. Dans cette décision et dans d'autres, l'intérêt de l'enfant apparaît comme une limite à la puissance paternelle, comme un frein aux excès de pouvoir du père sur son enfant, et sur les relations qu'il peut entretenir avec ses grands-parents. Dans cet arrêt l'intérêt de l'enfant a permis de protéger les relations entre les générations en favorisant le contact normal d'un enfant avec ses aïeux. Ce faisant, la jurisprudence a permis de favoriser la cohésion familiale sur laquelle repose en théorie la cohésion de la société. Il apparaît dès lors que l'intérêt de l'enfant n'est pas seulement une finalité, mais également un moyen de protéger d'autres intérêts, qui lui sont parfois supérieurs.

L'analyse réalisée à propos de l'intérêt de l'enfant est individualiste, figurant que sa protection ou sa promotion n'intéressaient que l'enfant. Il semble pourtant que cette analyse ne correspond pas à la réalité et contient des lacunes (a) et qu'à l'inverse, l'intérêt de l'enfant doit être considéré dans un point de vue plus général (b).

[1722] Article 371-1 al. 1er du Code civil : « *L'autorité parentale est un ensemble de droit et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ».
[1723] Cass. Civ. 8 juillet 1957 ; DP. 1857, 1, p. 273 ; S. 1857, 1, p. 721 ; Grands arrêts n°56. C.A. Paris, 8 avril 1965 ; JCP 1966, II, 14566.

a. Les lacunes de l'analyse individualiste de l'intérêt de l'enfant

1019. La sentence du Doyen CARBONNIER à propos de l'intérêt de l'enfant est devenue célèbre au point d'être reprise dans presque tous les travaux qui se rapportent au sujet de l'intérêt de l'enfant :

> « *L'intérêt de l'enfant, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui…* »[1724].

Le versant « *magique* » de la notion suscite la curiosité et aiguise l'instinct du juriste pour percer ses mystères. Mais, portant son regard sur la magie de l'intérêt de l'enfant, il a omis qu'il était possible d'en abuser, ce qui implique qu'en donnant trop d'importance à l'intérêt de l'enfant, on oublie qu'il faille le conjuguer avec les intérêts qui en sont proches : ceux des parents, ceux de la famille en général.

La principale lacune dans l'étude de l'intérêt de l'enfant repose sur l'idée qu'il prime sur les autres, le rendant exclusif à la prise en compte des intérêts environnants. Il est possible qu'en promouvant l'intérêt de l'enfant, ou en cherchant simplement à le protéger, un juge en oublie qu'il y a d'autres intérêts en jeu, parfois masqués par celui de l'enfant, parfois en opposition avec lui. Dans un arrêt de 1966[1725], la Première Chambre civile de la Cour de cassation casse un arrêt qui a refusé un droit de visite et d'hébergement pour le père biologique d'un enfant qui n'a pas pu être reconnu parce que le père était déjà retenu dans les liens du mariage et que la mère était seule détentrice de la puissance paternelle. La Cour de cassation réforme la décision d'appel parce qu'elle n'a pas pris en compte l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, il n'est pas dit que le mariage du père ait donné naissance à quelque enfant, mais la question se pose de savoir si l'intérêt de l'enfant en question n'entre pas en concurrence de l'intérêt des enfants légitimes du couple. Ainsi, en protégeant l'intérêt légitime de l'un, n'existe-t-il pas un risque d'aller à l'encontre de l'intérêt des autres ? Dans un arrêt de la même année[1726], la même juridiction pousse le raisonnement un peu plus loin en énonçant, dans l'espèce aux circonstances semblables, que la Cour d'appel avait à tort refusé le droit de visite au père biologique « *sans relever aucune circonstance* […] *contraire à l'intérêt de l'enfant* ». Cette décision éclaire encore davantage l'aspect individualiste de la prise en

[1724] J. CARBONNIER : note sous C.A. Paris, 10 avril 1959 ; D. 1960, p. 673.
[1725] Cass. Civ. 1, 29 mars 1966, Bull. Civ. I, n°214.
[1726] Cass. Civ. 1, 4 juin 1966 ; Bull. Civ. I, n°335.

considération de l'intérêt de l'enfant. Mieux, elle postule de principe que la visite du père biologique de l'enfant est dans son intérêt, sauf s'il advient qu'un élément contraire le prouve.

L'intérêt de l'enfant peut parfois entrer en conflit avec la bonne volonté d'un parent exerçant l'autorité parentale et cherchant à éduquer son enfant au mieux. Dans un arrêt de la même année[1727], la même juridiction a estimé qu'une Cour d'appel jugeait à bon droit le refus d'un chef d'établissement scolaire de délivrer au père les identités de deux personnes que son enfant avait bousculées. Le père souhaitait obtenir ces identités afin que son enfant présente ses excuses pour avoir bousculé et injurié les deux personnes âgées. La Cour d'appel a estimé que le refus opposé par l'établissement scolaire correspondait à l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation s'est alors trouvée face à deux conceptions distinctes de l'intérêt de l'enfant : celui d'un père qui estime qu'il est bon pour son enfant d'apprendre à reconnaître et à réparer ses fautes, et celui d'un établissement scolaire qui estime à l'inverse que l'intérêt de l'enfant réside dans l'abstention de communiquer avec les personnes violentées. Il n'est pas évident que la solution retenue ait encore cours aujourd'hui, au vu de la place de l'éducation dans la notion d'intérêt de l'enfant.

Les situations d'espèces sont multiples, innombrables et ondulent systématiquement autour d'un conflit entre les intérêts des parents, des aïeux et celui de l'enfant. La liste des décisions rendues sur ce thème serait fastidieuse et peu opportune. Il ressort toutefois que la Cour de cassation ne se contente pas de faire primer l'intérêt de l'enfant sur d'autres droits ou sur d'autres intérêts, elle l'étudie et l'apprécie indépendamment de l'environnement familial de l'enfant. De sorte qu'il n'existe pas l'intérêt de l'enfant au sein d'autres intérêts, mais qu'il n'existe que l'intérêt de l'enfant. Un arrêt plus récent[1728] a rejeté un pourvoi formulé contre un arrêt d'appel en affirmant que la Cour d'appel en « *écartant ainsi la demande de M. X… en considération du seul intérêt de l'enfant* » a légalement justifié sa décision. Un arrêt contemporain[1729] estime que l'intérêt de l'enfant, seul critère à prendre en compte pour définir la résidence habituelle de l'enfant, doit primer sur celui du père. L'espèce opposait cette fois deux conceptions de l'intérêt de l'enfant dont l'une était, à tort, qualifiée d'intérêt du père. Deux enfants étaient scolarisés au Luxembourg dans une école germanophone. Or, le père ne parlant pas Allemand, estimait qu'il était préférable pour ses enfants d'être scolarisés en France afin de pouvoir assurer une coparentalité réelle, sans que

[1727] Cass. Civ. 1, 12 juillet 1966 ;Bull. Civ. I, n°425.
[1728] Cass. Civ. 1, 8 janvier 1991 ; inédit. Dans le même sens, d'autres décisions estiment « *que le seul critère à prendre en compte est l'intérêt de l'enfant* » (Cass. Civ. 2, 15 janvier 1997 ; inédit ; Cass. Civ. 2, 15 mars 2001 ; inédit).
[1729] Cass. Civ. 1, 8 novembre 2005 ; Bull. Civ. I, 2005, n°404.

l'obstacle de la langue ne se dresse entre ses enfants et lui. La Cour d'appel a donné droit, pour cette raison, à la demande du père et a ordonné la scolarisation des enfants dans un établissement francophone. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel au motif qu'elle n'avait pas recherché l'intérêt de l'enfant et n'avait privilégié que l'intérêt du père. Certes la cassation était-elle inévitable en raison de l'absence de base légale de l'arrêt d'appel. Mais un regard critique doit être porté sur les motivations de cette cassation. L'intérêt du père selon la Cour de cassation revenait à exercer une coparentalité effective, ce que la Cour de cassation ne nie pas. Du reste, il n'est pas contestable que l'intérêt pratique du père réside dans la possibilité de communiquer facilement avec l'établissement scolaire de ses enfants afin d'être à même de pratiquer les meilleurs choix pour eux et de prendre les meilleures décisions possibles, précisément, dans leur intérêt. Car, au-delà d'un choix scolaire basique, se dessine la possibilité pour le père d'être aussi bien au fait que la mère (luxembourgeoise et germanophone) pour prendre les décisions relevant de son autorité parentale. En somme, ce que la Cour de cassation nomme « *intérêt du père* » n'est qu'un intérêt indirect de l'enfant. La Cour cherchait probablement en 2005 à sanctionner une imprécision sémantique de la Cour d'appel. Dans le cas inverse, c'est qu'elle tentait de mettre en parallèle l'intérêt propre de l'enfant avec d'autres intérêts afin de faire prévaloir celui de l'enfant.

Il serait inexact de considérer que la jurisprudence a toujours fait primer l'intérêt de l'enfant sur l'ensemble des autres intérêts. En revanche, il est intéressant de constater que lorsqu'il est étudié par les juridictions, l'intérêt de l'enfant est toujours pris indépendamment d'autres facteurs humains ou juridiques. Son examen est exclusif, inévitablement *in concreto*[1730].

1020. De plus, le Doyen CARBONNIER[1731] pensait que le pouvoir magique de la notion d'intérêt de l'enfant est tellement grisant, et attractif pour le juge des enfants ou pour le juge aux affaires familiales, qu'il peut l'amener à écarter l'application rigoureuse de la loi pour lui préférer une équité masquée sous le visa d'articles du Code civil. Le danger d'une telle dérive est naturellement de priver l'enfant de la protection normale de la loi, qui est censée protéger son intérêt particulier, sans pour autant porter atteinte aux droits des tiers. C'est notamment pour cette raison que l'intérêt de l'enfant est apprécié par un magistrat, seul habilité à prendre en compte l'intérêt de l'enfant et ceux des tiers. Mais cette théorie juridique est rarement

[1730] R. LE GUIDEC : « *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français* » ; thèse, Nantes 1973, p. 643.
[1731] Rejoint sur ce point par M[me] RUBELLIN-DEVICHI (J. RUBELLIN-DEVICHI : « *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises* » ; JCP 1994, I, 3739).

appliquée. En matière d'adoption, par exemple, l'article 348-3 al. 3 du Code civil énonce que lorsque le consentement à adoption n'a pas été rétracté dans les deux mois prévus par l'alinéa 2 de l'article, les parents biologiques peuvent encore demander la restitution de l'enfant, à moins qu'il n'ait été déjà placé. En cas de refus de la personne qui a accueilli l'enfant, le juge tranche, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. Il est évident que l'intérêt de l'enfant entre en concurrence avec l'intérêt de ses parents biologiques et celui de la personne qui l'a accueilli. Pour autant, le juge est invité à ne prendre en compte que l'intérêt de l'enfant, à l'exclusion des autres considérations humaines en cause.

L'intérêt de l'enfant est d'une importance centrale, tant il doit permettre d'éviter les souffrances actuelles et doit permettre l'épanouissement futur, mais il ne saurait évincer les données humaines sous-jacentes aux intérêts des tiers. Car souvent, masqués par l'intérêt des parents, existent ceux des grands-parents et souvent, plus largement, l'équilibre de la famille.

Cette analyse isolationniste de l'intérêt de l'enfant pose quelques soucis toutefois, relayés par l'article 3, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui énonce que l'intérêt de l'enfant est supérieur, ce qui peut induire, marginalement, des comportements juridiques discutables, par exemple quand un juge part du principe que la parole de l'enfant doit primer sur celles des autres.

Quand le Doyen CARBONNIER parlait de l'abus qui peut être fait de l'intérêt de l'enfant, il envisageait peut-être que l'intérêt de l'enfant occulterait celui, parfois supérieur, d'autres personnes ou d'autres institutions.

Sans renier l'importance majeure de la place de l'intérêt de l'enfant en droit français, il faut néanmoins s'interroger sur la possibilité qu'il ait dépassé les objectifs que les juges de 1857 avaient envisagés. Est-il possible, sans corrompre sa valeur, d'envisager une analyse plus globale de l'intérêt de l'enfant, prenant mieux en compte les considérations extérieures ?

b. Le retour à une appréciation holistique de l'intérêt de l'enfant

1021. Rares sont les études menées sur la notion d'intérêt de l'enfant qui l'intègrent au monde juridique en se préoccupant de ce qu'il ait pu lui préexister. Il est rare que le droit préexiste au fait, c'est généralement l'inverse. Il en va souvent de même pour les grands concepts juridiques, généralement précédés d'idées philosophiques.

C'est le cas de l'intérêt de l'enfant qui connaissait des antécédents philosophiques dans les écrits de Saint-Thomas d'Aquin au XIII^{ème} siècle à travers la notion de « *bien de l'enfant* »[1732]. Contrairement à la notion moderne d'intérêt de l'enfant, l'idée développée par Saint-Thomas ne considère pas le bien de l'enfant comme une finalité, mais comme un vecteur pour le bien de la communauté : le bien de l'enfant est bon pour la communauté, peu important au demeurant la façon dont le bien de l'enfant est prodigué. La pensée de Saint-Thomas diffère fondamentalement de l'acception moderne de l'intérêt de l'enfant qui devient, depuis l'article 371-1 al. 1 du Code civil, une finalité, ce que la jurisprudence avait déjà bien ancré dans l'application du droit.

La révolution philosophique imposée par Saint-Thomas est le déclencheur de l'évolution du droit de l'enfant moderne. Tout commence par la nécessité de favoriser le bien de l'enfant, quand même ne serait-ce que dans le but de favoriser celui de la communauté. Le bien de l'enfant au XIII^{ème} siècle est intéressé là où l'intérêt de l'enfant du XXI^{ème} siècle est altruiste.

La lacune principale de l'appréciation contemporaine de l'intérêt de l'enfant invite à s'interroger sur la possibilité de revenir en partie vers la conception traditionnelle des siècles passés, sans toutefois sacrifier l'intérêt de l'enfant au bien de la communauté qui l'entoure. Il n'est pas impossible de penser que l'intérêt de l'enfant protège parfois des intérêts plus grands, ou, à l'inverse, qu'il en contrarie d'autres.

Un exemple éclairant est rapporté sur ce point par un propos du Doyen CARBONNIER qui affirmait que l'intérêt de l'enfant coïncidait avec celui des parents quand la famille était unie. La perception de l'éminent juriste exprimait clairement l'idée que l'intérêt de l'enfant est rarement dissocié de celui d'un tiers. Mais il convient d'aller un peu plus loin dans l'analyse de la question. Quand « *la famille forme un bloc* », il est clair que la promotion de l'intérêt de l'enfant poursuit celui de la famille, de façon que ce qui est bon pour l'enfant est présumé être bon pour la famille. L'éclatement du bloc familial doit-il concourir à modifier la perception juridique de l'intérêt de l'enfant ?

Si l'intérêt de l'enfant est considéré comme la somme des bienfaits que sa famille lui prodigue, véhiculée principalement par l'autorité parentale détenue par les parents, la

[1732] Cf. supra en page 433.

lecture de l'article 373-2 al. 1er du Code civil[1733] appelle à penser que l'intérêt de l'enfant est encore coïncidant avec celui de sa famille.

Si encore, l'intérêt de l'enfant est considéré comme l'ensemble des relations que l'enfant peut tisser avec ses parents et avec ses aïeux, la lecture de l'alinéa suivant du même article laisse penser qu'il n'est pas mis en cause par la séparation des parents et que la loi offre des garanties pour le protéger[1734]. En principe donc, quand les parents se séparent, l'intérêt de l'enfant (contenu dans ses relations avec ses parents et dans l'autorité parentale dont ils ont la charge à son endroit) n'est pas remis en cause. Ce qui est problématique, c'est quand l'enfant, bien que poursuivant des relations normales et consenties avec ses deux parents, est séparé physiquement de l'un d'eux. C'est là que le « *bloc* » décrit par le Doyen CARBONNIER se fissure et que la cellule familiale explose. Néanmoins, là encore, la loi semble protéger l'intérêt familial en prévoyant que, dans l'intérêt de l'enfant, « *la résidence habituelle de l'enfant peut être fixée alternativement au domicile de chacun des parents* »[1735].

Il apparaît que la loi française ne se contente pas de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant pris isolément, il y a dans les dispositions du Code civil des éléments qui, sous couvert de protéger un intérêt exclusif de l'enfant, défendent également l'intérêt familial. Quand, malgré ses efforts, l'intérêt de l'enfant devient inconciliable avec celui de sa famille, alors les dispositions du Code civil prévoient une disjonction progressive de ces points de vue depuis la possibilité d'une résidence habituelle de l'enfant chez un seul des parents[1736] jusqu'au retrait de l'autorité parentale des deux parents[1737] quand ils ont manifesté qu'ils ne protégeaient plus l'enfant mais qu'ils devenaient un danger pour lui.

Le droit ne voit l'intérêt de l'enfant totalement dissocié de celui de sa famille que lorsque manifestement elle ne remplit plus ses devoirs primaires de protection et d'éducation. Dans les autres hypothèses, l'intérêt de l'enfant demeure intimement lié à celui de sa famille. Les raisons profondes de cette communion entre l'intérêt de l'enfant et celui de sa famille s'inscrivent dans une analyse plus vaste encore, et déjà effectuée par PORTALIS. L'intérêt familial réside dans son unité et dans une autorité parentale épanouie sur l'enfant, sans qu'une contrainte géographique ou un empêchement juridique puissent en gêner l'exercice normal

[1733] Article 373-2 al. 1er du Code civil : « *La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* ».
[1734] Article 373-2 al. 2 du Code civil : « *Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* ».
[1735] Extrait de l'article 373-2-9 al. 1er du Code civil.
[1736] Article 373-2-9 du Code civil.
[1737] Article 378 du Code civil.

par les parents. C'est sur un socle familial solide que repose une société cohérente[1738]. Le point de vue de Saint-Thomas n'est pas si éloigné de l'analyse de PORTALIS, elle-même finalement, assez moderne.

1022. Il n'y a pas qu'en matière de séparation des parents que l'intérêt de l'enfant peut coïncider avec celui de sa famille et pour lequel il apparaît comme un rempart contre la dissolution de la cellule familiale. L'article 337[1739] du Code civil, qui autorise le juge à maintenir des relations entre un enfant et la personne qui l'élevait, permet notamment au juge de maintenir des liens familiaux d'apparence avec des personnes qui ne font plus juridiquement partie de la famille de l'enfant. Il y a, c'est convenu, un intérêt psychologique pour l'enfant à ce que les liens qu'il avait tissés avec la personne qui l'élevait ne soient pas brutalement rompus en raison d'une contestation de filiation. Ce point est entendu, mais il faut également prendre en compte l'intérêt, similaire, de la personne qui élevait l'enfant et qui se trouve, du même coup, protégé par celui de l'enfant.

Il est acquis que l'intérêt de l'enfant est un point central du droit moderne de l'enfant, mais il n'est pas aussi incontestable que sa prise en compte n'intéresse que la personne de l'enfant. Il est important de voir, en arrière-plan, que des intérêts plus vastes existent, considérés par le biais de l'intérêt de l'enfant. Parmi tous ces intérêts, celui de l'unité familiale, gage séculaire de l'unité sociale, est sans doute le plus essentiel. Il n'est pas question de revenir sur l'altruisme de la notion d'intérêt de l'enfant, il doit rester un critère de décision désintéressé et surtout orienté en faveur de l'enfant. Mais il faut reconnaître qu'il n'est pas possible de prendre prétexte de la séparation des parents pour estimer que l'intérêt de l'enfant devient autonome, voire opposé à celui de ses ascendants. Cette extrémité n'est envisageable que lorsque le cénacle intime de la famille devient un milieu hostile et qu'il importe, pour le préserver, d'opposer l'intérêt de l'enfant à celui de ses parents.

L'appréciation individualiste n'évalue pas suffisamment l'intérêt familial. Or, en faisant abstraction de ce point, le risque est de prendre des décisions ponctuelles, motivées par un intérêt de l'enfant extrait de son contexte et de sacrifier une unité familiale en raison de difficultés temporaires. Or, l'article 375-2 du Code civil va dans le sens inverse de ce point de vue, en considérant que l'unité familiale doit être privilégiée afin de tout mettre en œuvre

[1738] « *Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens* » (J.-E. PORTALIS : « *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* » ; prononcé le 21 janvier 1801 devant le Corps Législatif, *in* F. PORTALIS : « *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* » ; Joubert 1844).

[1739] Article 337 du Code civil : « *Lorsqu'il accueille l'action en contestation, le tribunal peut, dans l'intérêt de l'enfant, fixer les modalités des relations de celui-ci avec la personne qui l'élevait* ».

pour permettre aux parents de ne plus nuire à l'intérêt de l'enfant. Il existe donc une situation où l'intérêt de l'enfant, parfois contraire à celui de ses parents (voire menacé par eux) est déconsidéré pour favoriser l'intérêt familial qui réside dans l'unité. C'est l'objectif très précisément des dispositions de l'article 375-2 al. 1er du Code civil qui envisagent l'assistance à la famille « *afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre* ». Si le Code civil se contentait d'une approche individualiste de la notion, il ne permettrait pas que l'intérêt de l'enfant soit en contradiction, même ponctuellement, avec ceux de ses parents, ce qui induirait, dès qu'il y a danger pour lui, qu'il soit retiré de son milieu familial.

1023. Le regard du juriste sur l'enfant et son intérêt est aujourd'hui attentif et altruiste. Il n'est plus question, comme pour Saint-Thomas d'Aquin, de sacrifier l'intérêt de l'enfant à ceux de la communauté. Mais l'opposé ne doit pas plus prévaloir, et la loi ne permet pas de sacrifier l'intérêt général à celui de l'enfant. Sauf dans des exceptions très encadrées par la loi, l'intérêt de l'enfant doit aller dans le sens de celui de sa famille ou de la communauté. La lecture des dispositions du Code civil sur ce point montre que l'intérêt de l'enfant passe avant tout par l'unité de sa famille.

La relation familiale a d'ailleurs beaucoup changé depuis la rédaction du Code civil. Le gouvernement de la communauté a mué tant dans sa direction que dans sa philosophie. Gouvernement autocratique placé entre les mains du père, il s'est ouvert à la dyarchie grâce à l'article 213 du Code civil[1740] tel qu'issu de la loi du 4 juin 1970[1741] et enfin à la démocratie par l'article 371-1 al. 3 du Code civil qui invite les parents à associer l'enfant aux décisions qu'ils prennent et qui le concernent.

Dès cet instant, l'enfant qui longtemps a subi la politique menée pour lui par son père, puis par ses parents, devient un acteur central de la vie familiale.

2. La place centrale de l'enfant dans sa vie de famille

1024. Loin des considérations autoritaires du Code de 1804, l'enfant moderne est entièrement intégré à la vie de sa famille. Quand il ne participe pas aux prises de décisions en raison de son manque de maturité, son intérêt guide les décisions que prennent les parents ou le juge. Sa place n'est plus subordonnée totalement aux souhaits de ses parents. Les principes

[1740] Article 213 du Code civil : « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ».
[1741] Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 juin 1970, p. 5227).

de la prise en compte de la volonté de l'enfant sont posés par l'article 371-1 du Code civil déjà cité et exposent l'idée que l'intérêt de l'enfant influe sur la vie familiale.

Le glissement subi par la vie de famille depuis 1804 a progressivement conduit à ne plus voir l'enfant comme un intérêt familial[1742], il n'est plus cantonné à la perpétuation de l'espèce. De sorte que son encadrement physique n'a plus aujourd'hui la brutalité et la sévérité que lui réservait le Code de 1804. De nos jours, les relations entre l'enfant et le couple parental sont beaucoup plus égalitaires. Mais dans un certaine mesure, quand l'attention est portée sur l'importance donnée à l'intérêt de l'enfant en droit, la question se pose, presque spontanément, de savoir si l'enfant n'est pas devenu le nouveau chef de la famille, sinon dans le droit, au moins dans les faits.

La question n'est pas de regarder avec nostalgie le traitement que réservait à l'enfant le Code civil de 1804 ni les prérogatives de police familiale qu'il donnait au père. Mais l'analyse de l'évolution du droit de la famille dans le domaine des relations entre les parents et l'enfant permet de constater que la gouvernance familiale prévue par l'article 213 du Code civil est susceptible d'être contrariée par la place de l'enfant dans la démocratie familiale. Autrement posée, la question revient à se demander si l'autorité parentale moderne possède les outils pour assumer cette autorité et s'il est envisageable que l'enfant se pose en obstacle au gouvernement normal de ses parents.

1025. Longtemps autocratique, la direction d'origine de la famille appartenait exclusivement au père, seul détenteur de la puissance et de ses attributs. La direction morale et matérielle suivait une seule volonté, rarement contrariée par le droit. La puissance paternelle s'exerçait avec d'autant plus de vigueur qu'elle s'imposait à l'enfant et à l'épouse en considération de l'ancien article 213 du Code civil qui disposait en 1804 que « *la femme doit obéissance à son mari* ». Pendant plus de quatre-vingts ans, la légitimité paternelle et son autorité sur sa famille ne sont pas remises en cause : sa puissance est presque absolue et ne connaît de limite qu'autant que la volonté du père le permette. La loi du 24 juillet 1889 pose une première limite en permettant la déchéance de la puissance paternelle tandis que la loi du 19 avril 1898 permet que l'enfant maltraité soit confié à un tiers où à un établissement spécialisé[1743]. La puissance paternelle ne perd cependant rien de sa force et ses attributs de police restent vivaces. C'est avec le XX^{ème} siècle que la passion autour de l'enfant maltraité

[1742] ARIÈS parlait en la matière de « *révolution sentimentale* » (P. ARIÈS : « *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime* » ; Ed. du Seuil, 1973).
[1743] E. PIERRE : « *La loi du 19 avril 1898 et les institutions* » ; Revue d'histoire de l'enfance irrégulière, n°2, 1999.

va naître. La considération internationale[1744] déclenchera la prise de conscience des législateurs nationaux sur le fait que l'enfant, même au sein de sa famille « *doit être mis en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement* »[1745]. Or, les mesures de prison domestique prévues au Code civil, pour lesquelles l'autorité judiciaire n'était que le bras armé de la police familiale, ne sont pas compatibles avec un développement normal de l'enfant. L'impact de la Première Guerre mondiale a montré en France une volonté de préserver l'enfant, qui aboutira, discrètement[1746], au décret-loi du 30 octobre 1935[1747]. La puissance paternelle n'est pas encore dépouillée de ses droits de police sur l'enfant. Il conserve, au titre des articles 376 et suivants du Code civil le droit d'exiger de la justice qu'elle prenne des mesures pour sanctionner l'enfant. Mais là où les mesures du Code de 1804 étaient purement coercitives (permettant d'emprisonner l'enfant pendant un temps donné), elles deviennent éducatives sous l'influence du décret-loi de 1935. La puissance paternelle cesse d'exercer un pouvoir absolu quand l'enfant quitte la famille. Ce n'est donc plus le père qui décide de la peine à infliger à l'enfant, mais la justice, dans un but qui doit veiller au développement normal de l'enfant.

À travers les dispositions nouvelles mises en place par le décret-loi de 1935, il apparaît, en filigrane, la première prise en compte réelle de la part de l'autorité judiciaire de l'intérêt de l'enfant. Cette remarque peut surprendre par rapport à l'attendu de principe détaillé dans l'arrêt de 1857 de la Chambre civile de la Cour de cassation. Il n'existe pas de contradiction dans ces deux évènements. L'arrêt de 1857 vient poser une limite naturelle à la puissance paternelle, et crée l'intérêt de l'enfant, non comme une notion autonome mais comme une limite à une autre notion. Le décret-loi de 1935 participe d'une autre logique et demande au juge de considérer l'intérêt de l'enfant pour envisager une sanction éducative et non plus simplement un emprisonnement.

L'analyse de M^{me} ROLLET-ECHALIER dans son étude de la politique de la petite-enfance sous la III^{ème} République est en accord avec le point de vue de M. YOUF qui considère également que les mesures de 1935 « *ont un caractère transitoire* »[1748]. Ces deux points de vue ne reflètent pas la réalité de la question, car si la puissance paternelle ne connaît pas, en apparence, de bouleversement notable, le décret-loi de 1935 montre le premier signe concret

[1744] Par l'intermédiaire de la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924.
[1745] Article 2 de la Déclaration de Genève du 26 septembre 1924.
[1746] « *… un décret-loi passé relativement inaperçu parce qu'il n'aura que trois ans d'applications* » *in* C. ROLLET-ECHALIER : « *La politique à l'égard de la petite enfance sous la III^{ème} République* » ; PUF, 1990, p. 268.
[1747] Décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la protection des enfants du premier âge (JORF, 31 octobre 1935, p. 11630).
[1748] D. YOUF : « *Penser les droits de l'enfant* » ; PUF 2002, p. 254.

que le droit appréhende désormais l'éducation de l'enfant comme étant son intérêt, et que si la puissance paternelle abdique sur ce point, c'est à l'État de se charger de la question. La valeur éducative de l'État se doublait alors d'une forme de sanction des parents qui, par leur comportement, compromettaient « *la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant* ». Le comportement des père et mère, s'il peut porter atteinte à l'intérêt de l'enfant (quoique cette notion n'existe pas dans le décret-loi de 1935), ne peut toujours pas assurer conjointement la direction de la famille, laquelle reste entière, sous la domination de la puissance paternelle. La loi du 4 juillet 1970[1749] met un terme à cette hégémonie patriarcale en prévoyant dans son article 6 que « *dans tous les textes où il est fait mention de la puissance paternelle, cette mention sera remplacée par celle de l'autorité parentale* ».

1026. Le remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale, et la dyarchie familiale qu'elle installe crée un environnement fertile pour l'épanouissement de l'intérêt de l'enfant et complique d'autant le gouvernement de la famille. L'article 372-1 ancien du Code civil posait le principe de l'exercice commun de l'autorité parentale, mais en même temps, il chargeait le juge des tutelles de s'immiscer dans la vie de la famille quand les deux parents n'étaient plus en accord sur les mesures à prendre dans l'intérêt de l'enfant.

Au seuil des années 1970, la direction bicéphale de la famille n'est contrariée qu'en cas de désaccord, quand le juge peut intervenir afin de trancher, non dans l'intérêt familial, mais dans celui de l'enfant. L'idée a passé les décennies et perdure toujours dans le droit positif. Quand un problème naît à propos de l'exercice de l'autorité parentale[1750], le juge aux affaires familiales tranche la question, non plus seulement en fonction de l'intérêt de l'enfant, mais selon un ensemble de critères définis par l'article 373-2-11 du Code civil[1751]. Avant la loi de 1993[1752] qui réforme l'autorité parentale et met en place l'article 290 du Code civil, le juge officiait seul sur les litiges pouvant naître à l'occasion d'un différend sur l'exercice de l'autorité parentale. La loi de 1993 l'insère au cœur d'un collège d'experts qui doit l'aider à prendre sa décision. Or, parmi les acteurs permettant au juge de forger sa conviction et de trancher, l'enfant paraît. L'article 372-2-11, 2° du Code civil prévoit aujourd'hui en effet que le juge doit tenir compte « *des sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1* ». Articulée avec l'article 371-1 al. 3 du

[1749] Loi n°70-459 du 4 juillet 1970 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 juin 1970, p. 5227).
[1750] Peu importe si les parents sont séparés ou non, mariés ou pas.
[1751] Pour une étude détaillée de la façon dont le juge aux affaires familiales procède, cf. G. CORNU : « *Droit civil, la famille* » ; Montchrestien, 8ème édition, 2003, p. 170.
[1752] 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 (JORF, 9 janvier 1993, p. 495).

Code civil relatif à l'association de l'enfant aux décisions qui le concernent, cette disposition montre l'achèvement du processus juridique qui substitue à la puissance absolue du père la place majeure de l'enfant dans la direction de la famille. Il n'est plus possible, sous l'empire du droit positif qu'un conflit sur l'exercice de l'autorité parentale soit tranché sans prendre en compte l'intérêt de l'enfant, le cas échéant, manifesté par l'intéressé.

En l'état actuel du droit, la volonté de l'enfant ne peut pas s'opposer à l'exercice de l'autorité parentale. D'une part, il n'a pas qualité pour agir et ne peut pas saisir le juge aux affaires familiales au sens de l'article 373-2-8 du Code civil[1753]. La jurisprudence a, à plusieurs reprises, confirmé ce point de droit en énonçant qu'il ne fait pas partie des membres de la famille pouvant saisir le juge aux affaires familiales[1754].

De même, dans le cadre de son audition prévue par l'article 373-2-11 du Code civil, le juge des enfants ne peut pas déléguer sa décision à la volonté de l'enfant. De sorte qu'une décision modulant l'exercice de l'autorité parentale ou l'attribution d'un droit de visite à la seule volonté de l'enfant serait cassée par la Cour régulatrice[1755]. Si l'enfant a pris une place majeure dans la vie de sa famille, si son intérêt en inspire la direction, et si sa volonté est prise en compte par le juge chargé de trancher les conflits relatifs à l'autorité parentale qui s'exerce sur lui, il ne dispose pas d'un pouvoir de blocage de l'institution familiale. L'enfant ne peut pas juger des bienfaits de l'autorité parentale pour lui, c'est un point qui reste à l'appréciation des parents, ou du juge aux affaires familiales quand les parents sont en désaccord.

1027. La législation française ouvre une place importante à l'intérêt de l'enfant et à l'enfant lui-même. Dans ce sens, il est possible de considérer que la place de l'enfant dans la société française est assez bien prise en compte par le droit, comme le souhaitent la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et le Comité des droits de l'enfant

Cependant, l'application de la Convention dans le droit interne n'a pas été aussi rapide et spontanée que l'auraient souhaité les défenseurs du texte, ni les instances internationales chargées de son exécution. Longtemps, les souhaits formulés par les représentants de l'exécutif français peu avant la signature et peu après la ratification du texte

[1753] Article 373-2-8 du Code civil : « *Le juge peut également être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant* ».
[1754] Cass. Civ. 1, 4 janvier 1995 ; Bull. Civ. I, 1995, n°2.
[1755] Cass. Civ. 2, 11 octobre 199 ; Bull. Civ. II, 1995 n°232 ; Gaz. Pal. 1996, p.230 ; Cass. Civ. 2, 23 mars 1994 ; Bull. Civ. II, 1994, n°107.

international[1756] ont été voilés par les hésitations jurisprudentielles relatives à l'application du texte dans l'ordonnancement juridique interne.

§ 2 – L'application de la Convention de New York en droit interne

1028. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est entrée en vigueur en France le 6 septembre 1990[1757]. L'intérêt suscité par ce nouvel outil juridique, spécialement dédié à l'enfant en tant que minorité, est grand dans la société française et l'espoir naît que les dispositions mises en place par le traité trouveront un écho positif dans le droit français et dans sa doctrine. [1758]

Par anticipation, en 1988, le Premier Ministre avait sollicité le Conseil d'État afin qu'il établisse un rapport sur l'adaptation du droit français en matière de protection de l'enfance. La réaffirmation dans l'article 55 de la Constitution de 1958[1759] de la supériorité des traités internationaux régulièrement négociés, signés et ratifiés sur la loi a longtemps été la cause de doutes quant au sort d'une loi contraire à une convention internationale antérieure ou ultérieure.

Le double ordre juridictionnel français a mis un certain temps à s'accorder sur cette question, les Hautes juridictions estimant qu'il ne leur appartenait pas d'écarter l'application d'une loi, même contraire à un engagement international pris par le pays en raison notamment du principe de séparation des pouvoirs et des dispositions archaïques d'une loi des 16 et 24 août 1790 qui interdit au juge de suspendre l'application des lois.

La Cour de cassation tranchera la question dans l'arrêt de sa Chambre mixte du 24 mai 1975[1760] en exposant que les traités internationaux ont une autorité supérieure à la loi

---

[1756] À l'occasion du Congrès de l'Union nationale des associations familiales, François MITTERRAND déclarait à propos de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qu'il souhaitait « *que la France en soit l'un des premiers pays signataires et que les travaux d'adaptation de notre droit interne soient menés à bien* ». Peu de temps plus tard, Michel ROCARD, Premier ministre déclarait au sujet de la Convention que « *les enfants, tous les enfants, les nôtres comme ceux des autres, ont des droits sur nous tous que nous devons sans cesse affirmer et défendre* » (France, CRC/C/3/Add.15, par. 5 et 6).

[1757] Il apparaît une confusion fréquente entre l'entrée en vigueur internationale du texte (le 2 septembre 1990, à la suite du dépôt du vingtième outil de ratification) et l'entrée en vigueur sur le territoire français, trente jours après le dépôt de l'outil de ratification français, le 6 septembre 1990.

[1758] J.-L. CLERGERIE : « *L'adoption d'une convention internationale sur les droits de l'enfant* » ; Revue de droit public, Mars-Avril 1990, p. 435.

[1759] Les articles 26 à 28 de la Constitution du 27 octobre 1946 affirment que l'adhésion de la France au principe du monisme par lequel les traités internationaux régulièrement signés et ratifiés ont force de loi.

[1760] Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975 ; Bull. Civ. 1975, n°4 ; D. 1975, p. 497, concl. A. TOUFFAIT ; JCP 1975, II, 18180*bis* ; Gaz. Pal. 1975, 2, p. 470 ; JDI 1975, p. 801.

française, même s'ils lui sont antérieurs. La position de la Cour de cassation avait été stimulée par celle du Conseil constitutionnel qui décidait quelques mois auparavant qu'il n'était pas compétent pour trancher la conformité d'une loi adoptée par le Parlement à une convention internationale. Le Conseil affirmait qu'il ne lui appartient pas, « *lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* » [1761]. Par principe, si la juridiction constitutionnelle se déclarait incompétente pour appliquer l'article 55 de la Constitution de 1957 et trancher les litiges relatifs à l'application de cette disposition, il en découle que les juridictions civiles et administratives disposaient d'une forme de délégation en la matière.

Le Conseil d'État adoptera une position similaire à celle de la Cour de cassation, mais beaucoup plus tardivement. Il était tenu par une décision antérieure de 1968 dans laquelle il avait décliné la question en estimant qu'une loi postérieure à un traité international lui prévaut[1762]. Le bouleversement juridique sur ce point est venu avec l'arrêt « *Nicolo* » du 20 octobre 1989[1763] dans lequel le Conseil reconnaît la pleine supériorité du droit international sur le droit interne en écartant l'application d'une loi contraire à un traité antérieur.

En bonne logique, les solutions adoptées par les deux juridictions s'appliquent sans obstacles aux conventions internationales signées et ratifiées par la France depuis lors. Dès 1990, le contentieux sur la question naît devant la Cour de cassation et le Conseil d'État relativement à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Devant la juridiction judiciaire, la question n'engendre, la première fois, aucun trouble lorsqu'elle décide que la confirmation par une chambre d'accusation de l'incarcération d'un mineur n'est pas contraire à l'article 40 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant[1764]. La deuxième fois, guère plus d'émotion quand elle décide qu'une décision d'un juge aux affaires matrimoniales n'est pas contraire à l'article 29, 1 de la Convention[1765]. En revanche, l'émotion et l'indignation doctrinales sont vives quand elle pose en principe dans un arrêt célèbre du 10 mars 1993 que « *les dispositions de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être*

[1761] Décision n°74-54 du 15 janvier 1975 : « *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* » ; Revue de droit public 1975 p. 185, note L. FAVOREU ; Revue de droit public 1975, p. 1335, note L. PHILIP ; D. 1975, jur. p. 529, comm. L. HAMON ; AJDA 1975, p. 134, comm. J. RIVERO ; JCP 1975, II, 18030, comm. E.-M. BEY ; Gaz. Pal. 1976, 1, p. 25, comm. A. PELLET.
[1762] C.E. sect. 1er mars 1968 ; « *Syndicat général des fabricants de semoule de France* » ; Lebon p. 149.
[1763] C.E. 20 octobre 1989 ; « *Nicolo* » ; Lebon p. 190.
[1764] Cass. Crim. 27 novembre 1990 ; inédit.
[1765] Cass. Civ. 1, 9 avril 1991 ; inédit.

invoquées devant les tribunaux, cette Convention, qui ne créé des obligations qu'à la charge des États parties, n'étant pas directement applicable en droit interne »[1766].

Le Conseil d'État est resté fidèle à sa position, ne refusant pas l'application de la Convention, qui trouve surtout à s'immiscer dans les questions relatives au droit des étrangers. C'est d'ailleurs sur ce point que les juges du droit administratif acceptent l'application en droit interne de l'article 3, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant[1767].

Les deux ordres de juridictions ont vu évoluer leur jurisprudence. La Cour de cassation s'est assouplie (A), le Conseil d'État a poursuivi un travail de sélection entre les dispositions directement applicables et celles qui ne le sont pas (B).

A – La position de la Cour de cassation

1029. L'attendu de principe de l'arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 10 mars 1993 a provoqué des réactions doctrinales très enflammées, parfois virulentes et des tentatives d'explication de la part même de magistrats de la Haute juridiction. Il ne semble pas vain de reconsidérer ces positions opposées (1) avant d'envisager qu'une solution autre soit possible (2) pour justifier son évolution jurisprudentielle sur ce point.

1. Les positions doctrinales après l'arrêt de 1993

1030. Dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation, les cas sont rares où la doctrine se scinde aussi franchement sur la question de l'interprétation à donner d'un arrêt. Rares encore sont les situations où la position de la Cour est à ce point incomprise que des hauts-magistrats de la juridiction interviennent pour tenter d'en expliquer la signification. Rarissimes enfin sont les hypothèses où le magistrat qui présidait la formation à l'heure de la décision intervient personnellement pour faire face aux critiques dont sa juridiction est l'objet. La véhémence et la vigueur des propos échangés à l'occasion de l'arrêt du 10 mars 1993 (a) montrent combien la question faisait débat entre ceux qui condamnaient avec force la position de la Cour (b) et ceux qui, à l'inverse, tentaient d'en trouver les justifications profondes (c).

[1766] Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; Bull. Civ. I, n°103 ; Defrénois 1993, p. 852, note J. MASSIP ; D. 1993, p. 361, note J. MASSIP ; JCP 1993, I, 3677, note C. NEIRINCK et P.-M. MARTIN ; RDSS 1993, p. 533, note F. MONÉGER ; Rev. Crit. DIP, 1993, p. 449, note P. LAGARDE ; D. 1994, p. 34, note F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ ; Gaz. Pal. 1995, p. 3, note A. BRAUNSCHWEIG et R. DE GOUTTES.

[1767] C.E. 22 septembre 1997 ; D. 1998, somm. p. 297, note C. DESNOYER ; JCP 1998, II, 10052, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; Dr. Fam. 1998, comm. p. 56, note P. MURAT.

a. L'espèce du 10 mars 1993

1031. L'arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation est un cas d'espèce ordinaire comme il en arrive chaque année devant les cours d'appel.

Après plusieurs années de vie commune, un couple non marié se sépare. Ne trouvant pas d'accord quant à l'exercice du droit de visite du père, celui-ci sollicite l'intervention du juge aux affaires matrimoniales. Le 19 avril 1988, le magistrat ordonne une enquête sociale au cours de laquelle il fait procéder à l'audition de l'enfant alors (âgée de onze ans) afin de déterminer les motifs de son refus et d'examiner si l'absence de relations avec son père était contraire à son intérêt. Au vu de l'expertise, le juge aux affaires matrimoniales rejette la demande du père, dans une ordonnance du 21 août 1989, confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 7 décembre 1990.

Le père forme un pourvoi contre cet arrêt au motif notamment que la Cour aurait dû inviter l'enfant à s'exprimer sur la situation compte tenu des allégations du père qui faisaient état de pressions de la part de la mère susceptibles d'influencer le jugement de l'enfant. En ne faisant pas intervenir l'enfant, la Cour d'appel aurait, selon le père, violé les articles 1, 3, 9 et 12 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et l'article 374 ancien du Code civil.

Une double question se posait aux juges de la Première Chambre civile de la Cour de cassation. La première reposait sur l'applicabilité des articles visés par le pourvoi, et dans l'hypothèse où ils auraient été applicables, la question de leur violation par la Cour d'appel devait également être résolue.

C'est par l'attendu de principe bien connu que la Cour a estimé que la Convention n'était « *pas directement applicable en droit interne* », rejetant, sur cette maxime au « *style lapidaire qui caractérise les décisions de principe* »[1768], le pourvoi du père de l'enfant.

À la suite de cette décision, une partie de la doctrine est plongée dans une profonde incompréhension.

b. L'incompréhension doctrinale

1032. Devenus presque plus célèbres que l'arrêt, les propos tenus peu de temps après sa publication par deux éminents commentateurs, font aujourd'hui partie des poncifs sur la

[1768] 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. p. 203.

question. Reflets supposés fidèles de la perplexité dans laquelle s'est abimée la doctrine à la suite de la décision de la Cour régulatrice, le verbe grave et les termes forts de cet article[1769] font l'objet d'une reprise régulière dans la plupart des commentaires sur le sujet de l'application directe en droit interne de la Convention de New York.

1033. Sans s'appesantir sur la forme de l'article, pour laquelle le principal intéressé à fait savoir par voie de presse sa stupeur et son indignation[1770], il importe de revenir sur son fond dont certains éléments – quoique critiquables – traduisent les ambivalences de l'arrêt commenté.

Les commentateurs s'émeuvent d'abord de ce que l'arrêt de 1993 fasse mention de la signature de la Convention et non de sa ratification, ce qui induirait que les magistrats de la Cour de cassation attacheraient plus d'importance à la signature qu'à la ratification qui seule emporte adhésion du pouvoir législatif au traité. Il n'y a pourtant là qu'une clause de style classique et récurrente en la matière. La Cour de cassation fait plus souvent référence à la date de la signature du texte qu'à celle de la ratification[1771]. Les auteurs ont déploré ce manque de rigueur de la part de la Haute juridiction, sans s'interroger sur les motivations d'un choix sémantique de cet ordre. Il est acquis que la signature n'entraîne pas de réelle portée juridique sur l'existence du traité[1772] mais il est également acquis que c'est la signature du Président de la République qui engage le processus de ratification. Dans cette voie, la ratification n'a de sens qu'autant qu'elle est précédée par la signature du représentant de l'État. C'est elle qui donne l'impulsion juridique au processus d'adhésion, de sorte que, compte tenu du fait majoritaire propre aux institutions de la V^{ème} République, la ratification n'est que la suite logique de la signature.

1034. Sur le plan interne, la critique a également porté sur le fait qu'il n'était pas utile pour la Cour de cassation d'écarter l'application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant alors qu'elle pouvait parfaitement aboutir au même résultat en tirant ses arguments du droit interne. De plus, une analyse rigoureuse du comportement du juge aux affaires matrimoniales établit que la solution aurait abouti au même rejet si la Cour de

[1769] C. NEIRINCK, P.-M. MARTIN : « *Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt* LE JEUNE » ; JPC 1993, I, 3677.
[1770] J. MASSIP : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; D. 1993, jur. p. 361, *in fine*.
[1771] Cass. Soc. 27 septembre 1989 (Bull. Civ. V 1989, n°552) à propos de « *la convention sur la sécurité sociale du 12 octobre 1948 signée entre la France et la Tchécoslovaquie* » ; Cass. Crim. 6 mai 2008 (Bull. Crim. 2008, n°106) à propos de « *la convention internationale du travail n° 81, signée le 19 juillet 1947* » ; Cass. Crim. 20 mars 2007 (inédit) à propos de « *la Convention signée à Rome le 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles* » ; Cass. Civ. 1, 11 juillet 2006 (Bull. Civ. I 2006, n°378) à propos de « *la Convention de Londres du 19 novembre 1976, signée par la France* ».
[1772] Sauf dans le cas des accords en forme simplifiée.

cassation avait validé la procédure suivie par le juge au regard des dispositions de la Convention invoquées au pourvoi. Il faut revenir sur cette remarque et remettre en cause que l'application de la Convention à l'espèce n'aurait rien changé à la solution du litige. Sur le fond, il est vrai que la solution aurait été la même, et l'examen des moyens du pourvoi à la lumière des articles visés aurait certainement débouché sur son rejet.

Mais la motivation du rejet n'aurait pas été la même et la portée de l'arrêt en aurait été subséquemment bouleversée. Si la Cour de cassation avait examiné la valeur des arguments du pourvoi, elle aurait validé la décision des juges du fond en estimant, classiquement, que dans le cadre de leur appréciation souveraine, ils auraient fait une exacte application des textes visés. De ce fait, la Cour aurait implicitement accepté l'application en droit interne de la Convention mais en aurait explicitement écarté la violation en l'espèce, ce qui aurait conduit au rejet du pourvoi. Ce faisant, elle aurait laissé dans l'ombre la question de l'application directe de la Convention, ce qui aurait été certainement plus préjudiciable à la clarté de son positionnement. De plus, une solution de cet ordre aurait inévitablement contrarié la logique jurisprudentielle, dans la mesure où, comme une forme naturelle de question préalable, le sujet de l'applicabilité directe d'une convention internationale doit être normalement envisagé avant d'examiner l'efficacité du fondement soulevé. Enfin, s'agissant du premier cas d'espèce publié sur ce point, il était naturel, nonobstant la possibilité d'obtenir une solution similaire au fond par un autre moyen, que la Cour étudie d'abord l'application du traité avant d'en examiner le bon usage par les juridictions du fond.

1035. L'inquiétude principale des éminents auteurs porte sur le risque de contagion de la décision de 1993 sur le reste du droit international public et la remise en cause de la jurisprudence de la Cour sur l'application directe des traités en droit interne, au mépris de l'article 55 de la Constitution. La crainte est d'autant plus légitime que l'attendu de principe ne pose pas de nuances quant aux dispositions de la Convention qui ne seraient pas applicables en droit interne, laissant entendre qu'il était possible d'écarter l'application complète d'une convention internationale. L'ambiguïté de ce propos a été relevée à plusieurs reprises[1773] pour laquelle deux magistrats de la Cour ont reconnu qu'une imprécision sur ce

[1773] 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. p. 203 ; C. NEIRINCK, P.-M. MARTIN : « *Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt* LE JEUNE » ; JPC 1993, I, 3677

point était de nature à susciter l'incompréhension des commentateurs les plus alertes[1774], ce qui a conduit par la suite la Chambre sociale[1775] puis la Première Chambre civile[1776] à préciser cette position en énonçant non plus que la Convention n'était pas applicable en droit interne mais que ses dispositions ne pouvaient « *être directement invoquées devant les juridictions nationales* ».

Les peurs engendrées par l'arrêt de 1993 étaient légitimes et se sont traduites en doctrine mais aussi sur le plan international par l'intervention du Comité des droits de l'enfant. Dans les recommandations[1777] qu'il a formulées à l'issue de l'examen du deuxième rapport périodique de la France, le Comité a clairement invité la France à « *fournir dans son prochain rapport des informations sur l'applicabilité directe de la Convention* » [1778].

Cette situation a d'abord été vivement condamnée par la doctrine sur des argumentations parfois discutables, elle a ensuite occasionné une attente de la part de la communauté internationale[1779]. À l'issue de cette première décision, un bloc de trois autres décisions a permis de préciser le point de vue de la Cour régulatrice.

c. Les précisions à la suite de l'arrêt de 1993

1036. Après les commentaires qui ont suivi l'arrêt de mars 1993, plusieurs précisions ont été apportées, notamment par le principal intéressé : M. MASSIP qui présidait aux débats de la Première Chambre civile qui a prononcé l'arrêt[1780]. Reprenant les arguments développés par les commentateurs, il explique tout d'abord que la question de l'applicabilité de la Convention se posait en préalable à l'examen de son efficacité. L'arrêt du 10 mars 1993 a pris prétexte de ce que la question soulevée en l'espèce pouvait être résolue de deux façons distinctes[1781] pour répondre à une question qui n'avait jamais été soulevée et qui poserait

[1774] A. BRAUNSCHWEIG et R. DE GOUTTES : « *Note à propos des arrêts de 1993 de la Première Chambre civile de la Cour de cassation sur la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant* » ; Gaz. Pal. 8 juillet 1995, p. 878.
[1775] Cass. Soc. 13 juillet 1994 ; Bull. Civ. V, 1994, n°236.
[1776] Cass. Civ. 1, 4 janvier 1995 ; Bull. Civ. I, 1995, n°2.
[1777] France, CRC/C/15/Add.240, par. 7.
[1778] France, CRC/C/65/Add.26.
[1779] J. RUBELLIN-DEVICHI : « *L'accueil réservé par la France à la Convention internationale sur les droits de l'enfant* » ; Gaz. Pal. 8 juillet 1995, p. 885.
[1780] J. MASSIP : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; D. 1993, jur. p. 361.
[1781] M. MASSIP en envisage une troisième dans sa note en estimant que « *la loi française, telle du moins qu'elle était rédigée lorsque l'arrêt a été rendu, ne prévoie rien en ce qui concerne l'audition de l'enfant dans les litiges relatifs à l'autorité parentale, cette audition n'était prescrite qu'à la suite d'un divorce, l'arrêt attaqué ne pouvait encourir le grief invoqué* ». Il ajoute ainsi aux deux voies offertes par l'analyse de la Convention seule, une troisième voie ouverte par l'application de la loi interne (J. MASSIP : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; D. 1993, jur. p. 362).

nécessairement problème par la suite. Le haut-magistrat explique que la position de la Cour de cassation ne peut pas se résoudre, en raison de l'article 55 de la Constitution et de la jurisprudence reconnaissant la supériorité du traité sur la loi interne, à une application sans discernement des traités internationaux. Il rappelle qu'en matière de droit international public, il n'existe pas une forme unique de traité, mais au moins deux : d'une part ceux qui s'appliquent directement[1782] et d'autre part ceux qui ne créent de réelles obligations qu'à la charge des États parties[1783]. M. MASSIP estime que c'est dans la deuxième catégorie que doit être classée la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, et il prend appui sur la terminologie employée dans le texte pour étayer son point de vue[1784] et expose qu'une grande part des stipulations de la Convention créent des obligations à la charge des États et non des prérogatives directement invocables devant les juridictions, ce qui serait d'ailleurs directement et explicitement exprimé dans l'article 4 du traité.

Les justifications invoquées par l'éminent praticien s'avèrent suivies d'effet dans la jurisprudence de sa juridiction quand, quelques années plus tard, elle précisera que seules certaines stipulations de la Convention ne peuvent pas être directement invoquées en s'appuyant, précisément, sur l'article 4 de la Convention[1785]. Ces éléments traduisent, selon M. MASSIP, la volonté des États parties[1786] qu'il importe de déterminer avec précision pour distinguer les dispositions d'application directe de celles qui ne le sont pas. De plus, il estime que la mise en place d'un Comité des droits de l'enfant pour « *examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux* », révèle précisément que ce sont les États qui contractent des obligations et qu'il ne s'agit pas d'une convention d'application directe.

Enfin, M. MASSIP se livre à l'analyse de l'article 12, 2 de la Convention pour conclure que « *c'est à l'État et à lui seul, qu'il incombe de mettre sa législation en harmonie avec la Convention* ». Séduisante à première vue, l'étude critique de la Convention telle

[1782] C'est le cas quand les parties contractantes ont fait le choix de mettre en place un ensemble de règles qui s'appliqueraient en droit interne comme le ferait une loi nationale.
[1783] C'est le cas quand les parties contractantes font le choix de transposer leurs engagements internationaux dans leur droit interne.
[1784] Point de vue repris *in* A. BRAUNSCHWEIG et R. DE GOUTTES : « *Note à propos des arrêts de 1993 de la Première Chambre civile de la Cour de cassation sur la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant* » ; Gaz. Pal. 8 juillet 1995, p. 879.
[1785] « …attendu qu'il résulte du texte même de la convention du 26 janvier 1990 que, conformément à l'article 4 de celle-ci, ses dispositions ne créent d'obligations qu'à la charge des États parties, de sorte qu'elles ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions » (Cass. Civ. 1, 4 janvier 1995 ; Bull. Civ. I 1995, n°2).
[1786] « *Au-delà de l'analyse – souvent bien divinatoire, surtout pour un traité de cette ampleur – des intentions cachées dans la formulation des textes…* » (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. p. 203).

qu'exposée par le magistrat semble répondre aux inquiétudes de ses détracteurs. Mais l'exposé ne résiste pas à un examen plus attentif, car il se fonde sur des propos parfois approximatifs ou sur des raccourcis confortables, mais inexacts.

1037. En premier lieu, l'étude de l'article 12, 2 de la Convention repose sur un postulat classique et très contestable qui conduit le remarquable praticien à se permettre une élision qui prive de son sens exact l'article en question. M. MASSIP écrit que « *l'article 12 lui-même dispose que l'État "* devra donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans la procédure…", *ce qui implique évidemment les modalités d'application* ». Dans la façon même dont l'article de la Convention de New York est cité par l'auteur, il est possible de sentir la difficulté que le magistrat a pu éprouver pour donner à l'unique occurrence, dans l'outil juridique international, du pronom impersonnel « *on* », les formes rassurantes de l'État législateur. C'est une commodité intellectuelle que de conférer à ce qu'il est difficile de définir les contours les plus vastes. Du reste, cette pétition de principe a été reprise[1787], jusque chez les détracteurs de l'arrêt en question quand ils énoncent que « *les articles invoqués*[1788] *ne présentent pas d'ambiguïté* »[1789]. Par définition, ce pronom impersonnel n'est pas exclusif, mais au contraire inclusif : il a vocation à représenter tous les débiteurs de l'obligation contenue dans l'article en question. L'article 12 du traité est, au contraire, celui qui permet le plus aisément, d'appliquer directement la Convention en droit interne.

1038. En second lieu, l'examen du Comité comme illustration de la volonté des États parties de s'obliger mutuellement semble pareillement sujet à caution. La création du Comité des droits de l'enfant répond à deux raisons cumulatives. La première exigence est d'accorder à la Convention une forme de force obligatoire par le biais des recommandations formulées par le Comité. Car, contrairement à ce que semble envisager M. MASSIP, le rôle du Comité ne se limite pas à un travail d'examen des rapports. Et quand même se limiterait-il à cette fonction, l'idée contenue dans la notion d'examen appelle celle, corollaire, de sanction. Cette attribution de sanctions est d'ailleurs parfaitement remplie par le Comité quand, dans ses recommandations, il exprime sa satisfaction, son inquiétude, ou son indignation. À ce stade, la deuxième exigence à laquelle répond la création du Comité, découle naturellement de la première : affranchir l'application de la Convention des travaux préparatoires du traité et

[1787] « *Qui est ce "*on*", sinon l'État ?* » (P. COURBE : « *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant* » ; D. 2006, chron. p. 1489).
[1788] Notamment et précisément l'article 12, 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.
[1789] C. NEIRINCK, P.-M. MARTIN : « *Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt* LE JEUNE » ; JPC 1993, I, 3677, par. 15.

émanciper son effectivité d'une quête de la volonté de ses rédacteurs. Les articles 43 et suivants de la Convention mettent à la charge du Comité le devoir de veiller à la bonne application du texte et l'obligation d'en guider la mise en œuvre. Dans cette voie, le point de vue défendu par M. MASSIP s'en trouve considérablement revisité dans le sens où, contrairement à ce qu'il envisage, le rôle du Comité n'est pas d'observer mais d'agir, puisque c'est à lui qu'incombe le devoir de dire la façon dont la Convention doit être appliquée par les États parties. Il importe donc, quand l'interprétation d'un article de la Convention pose problème, de se référer, non plus aux souhaits de ses rédacteurs, mais à l'interprétation qu'en propose le Comité à travers les recommandations qu'il formule. Il existe deux grandes formes de recommandations prévues par la Convention. D'une part les recommandations adressées à chaque État lorsque le Comité examine les rapports qui lui sont remis, mais également des recommandations générales rédigées dans des termes tels qu'ils commandent aux États des comportements à adopter pour l'application du texte. Le paragraphe 13 des directives adoptées par le Comité en 1996[1790], l'organe de surveillance appelle la vigilance des États parties sur le sens à donner à l'article 4 du traité. Il souhaite notamment que les États fassent mention dans leurs rapports de la place donnée au texte « *pour ce qui est de la possibilité que les dispositions de la Convention soient directement invoquées devant les tribunaux et appliquées par les pouvoirs publics* ». L'objet de cette remarque est suffisamment éloquent : la Convention relative aux droits de l'enfant appelle à une applicabilité directe en droit interne.

Conscient de ce que son pouvoir se limite à des recommandations[1791] sans effet coercitif, il est nécessaire, dans logique de la Convention, que les juridictions nationales suivent les suggestions du Comité. Dans ce cadre imposé, la visibilité du Comité est déterminante. Plus ses recommandations et ses remarques auront d'écho dans la société civile et plus les particuliers seront à même de faire valoir convenablement leurs droits reconnus par le texte.

1039. La position tenue par M. MASSIP défend un point de vue tout à fait cohérent qui s'appuie sur la réalité juridique du texte. Il n'y a pas, dans le traité, que des droits attribués aux particuliers qui soient susceptibles d'être invoqués devant une juridiction. Il existe aussi

[1790] Comité des droits de l'enfant : « *directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter conformément au paragraphe 1, b) de l'article 44 de la Convention* » ; 11 octobre 1996, CRC/C/58.
[1791] Dont le caractère parfois un peu trop diplomatique est occasionnellement regretté par certaines associations, notamment en France par DEI-France.

des obligations à la charge des États. Et comme le précisent d'autres commentateurs, il importe que l'éventail de ce qui est invocable devant les juridictions soit déployé afin que l'incertitude jurisprudentielle cesse.

Sur ce point, la position adoptée par la Cour de cassation depuis 1993 peut très bien être rationnalisée.

2. Essai de rationalisation de la position de la Cour de cassation

1040. La position de la Cour de cassation ne peut pas s'étudier sans prendre le recul nécessaire pour apprécier la globalité de son interprétation. Dans cette perspective, plus vaste, il est possible de décomposer le travail de la Cour en trois étapes (a) avant de considérer que son action n'avait pas pour objectif d'écarter sèchement la Convention relative aux droits de l'enfant, mais d'interpeller le législateur sur ce qu'elle pensait être ses obligations (b).

a. La position évolutive de la Cour de cassation

1041. Contrairement à ce qui est retenu par la doctrine, l'arrêt de mars 1993 ne marque pas le début de la préoccupation jurisprudentielle de la Cour de cassation au sujet de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Quelques espèces avaient précédé la décision célèbre et n'avaient fait l'objet d'aucune publication. La première affaire date du 27 novembre 1990[1792] et a été traitée par la Chambre criminelle. Le demandeur au pourvoi estimait que le refus d'une chambre d'accusation de remettre en liberté un mineur contre lequel est engagée une procédure pour viol en réunion était contraire à la Convention de New York, notamment ses articles 37 à 41. Au passage, il faut relever que la crédibilité du pourvoi est sur ce point très contestable. Il est difficile d'expliquer en quoi le fait d'incarcérer un mineur poursuivi pour un crime est contraire à l'article 37 de la Convention relatif à la prohibition de la torture, ou à l'article 38 concernant l'enfant touché par les conflits armés, ou à l'article 39 sur la réadaptation des enfants victimes de mauvais traitements, ou encore à l'article 41 qui n'a aucun lien avec le droit pénal.

La Chambre criminelle restreint l'examen du pourvoi à la question de l'article 40 relatif à l'administration de la justice des mineurs. La Chambre n'écarte nullement l'analyse de l'argument, mais écarte la violation de l'article 40 en faisant siens les arguments de la chambre d'accusation au terme desquels l'article 40 « *n'interdit aucunement une mesure*

[1792] Cass. Crim. 27 novembre 1990 ; inédit.

privative de liberté à l'encontre d'un mineur suspecté d'un fait criminel ». La question préalable décrite et exposée par M. MASSIP et tant critiquée par la doctrine n'est pas abordée, la Chambre criminelle examine puis rejette l'argument fondé sur l'inexécution de la Convention.

1042. Une autre espèce a été présentée devant la Première Chambre civile de la Cour en 1991[1793]. Pour une première espèce civile, la surprise peut venir du fondement invoqué. Il ne s'agissait pas de reprocher à un magistrat de ne pas avoir tenu compte de l'opinion de l'enfant, ni de son intérêt supérieur. Le demandeur, un père de famille divorcé dont la Cour d'appel de Versailles avait suspendu le droit de visite et d'hébergement à l'égard de ses enfants mineurs, estimait que cette mesure ne permettait pas de « *favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques* ». Effectivement, le demandeur invoquait l'atteinte à l'article 29, 1, a) de la Convention qui porte sur les buts de l'éducation.

À nouveau, l'argumentation du pourvoi laisse coi. Elle dénote une lecture infondée du texte, puisque l'éducation est clairement une charge de l'État et n'a aucun rapport avec les obligations familiales. L'article 29 précise les données développées dans l'article 28 qui énonce le droit à l'éducation, dont la mise en œuvre est à la charge de l'État.

La Cour de cassation n'est pas désarçonnée par cette argumentation audacieuse et écarte le moyen en examinant l'éventuelle violation du texte international. Les juges du droit énoncent que la Cour d'appel a, « *sans violer l'article 29, paragraphe 1, alinéa a, de la Convention internationale des droits de l'enfant, légalement justifié sa décision* ». De nouveau, comme pour l'arrêt de 1990, la Cour de cassation accueille la question de la violation d'un article de la Convention, considérant acquise la solution de son applicabilité en droit interne.

Ces deux espèces inédites paraissent bien anecdotiques voire accessoires. Néanmoins, elles obligent à revoir la position de l'arrêt de 1993 qui n'apparaît plus comme la première pierre posée à l'édifice. L'arrêt de 1993 prend un accent sensiblement différent : c'est un revirement de jurisprudence, ou plutôt une correction de jurisprudence qui, revenant sur les positions antécédentes, impose une précision négligée par les précédentes espèces. Cette mise en perspective de l'arrêt « *LE JEUNE* » permet de répondre aux remarques des détracteurs de la position de la Cour de cassation quand ils estimaient que les juges du droit

[1793] Cass. Civ. 1, 9 avril 1991 ; inédit.

« *pour des raisons qui échappent à l'entendement* » méconnaissaient les règles du droit international public[1794]. La réalité est autre : ce sont les arrêts de 1990 et 1991 qui, ne se posant pas la question de l'applicabilité en droit interne de la Convention, ont porté peu d'intérêt aux règles basiques du droit prétendument dévoyé par l'arrêt de 1993 ; lequel arrêt, loin de mépriser ces règles, reprise la cohérence d'une jurisprudence trop hâtive.

1043. Enveloppé dans la cohérence du flot de la jurisprudence, cet arrêt ne doit pas être examiné isolément. Les magistrats de la Cour de cassation qui ont eu à le commenter, ont noté que l'attendu de principe était rédigé de façon un peu brutale et laissait penser que la Cour écartait en quelques mots l'application de toute la Convention[1795]. La correction vint ultérieurement par les arrêts de 1995[1796] dans lesquels la Cour exprime, en visant certaines stipulations de la Convention, que celles-ci, précisément, ne s'appliquent pas en droit interne. La modulation de la position de la Cour est déjà sensible à ce stade.

Les regards portés par la doctrine sur les arrêts entourant celui de mars 1993 ne pouvaient pas profiter du recul contemporain nécessaire à l'analyse de la jurisprudence dans son ensemble. De sorte que le comportement juridique de la Cour de cassation, qui dépassait l'entendement des plus éminents juristes, peut s'inscrire dans une étude plus vaste, depuis 1990 jusqu'au milieu des années 2000.

1044. PORTALIS était parvenu, au prix d'efforts rhétoriques admirables, à rétablir une certaine forme de confiance dans la jurisprudence que la Révolution avait souhaité chasser. La jurisprudence a pour but d'aller là ou la loi ne peut aller : au législateur le cas général ; au juge l'espèce particulière. Restaurée dans son pouvoir décisionnel et interprétatif, la jurisprudence parvint à s'affranchir des doutes qui pesaient traditionnellement sur elle, au point que parfois, dans son office, il arrive au juge d'interpeller le législateur. Les trois arrêts de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 6 février 2008, relatifs à la question de l'enfant sans vie, en sont un exemple éclatant, en ce qu'ils mettent le législateur en face de ses responsabilités. Dans ces espèces, l'Avocat général avait conclu à la cassation en déclarant que si la jurisprudence avait un rôle important à jouer en matière de fixation de la norme, sur la question de l'État civil, il revenait au législateur d'agir. Interpellant les juges du droit, il

[1794] C. NEIRINCK, P.-M. MARTIN : « *Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt* LE JEUNE » ; JPC 1993, I, 3677, par. 3.
[1795] A. BRAUNSCHWEIG, R. DE GOUTTES : « *Note à propos des arrêts de 1993 de la Première Chambre civile de la Cour de cassation sur la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant* » ; Gaz. Pal. 8 juillet 1995, p. 878.
[1796] Cass. Civ. 1, 4 janvier 1995 ; Bull. Civ. I 1995, n°2.

achevait son propos en les invitant à prendre une position tranchée, à laquelle l'opinion publique et le législateur ne manqueraient pas de réagir[1797]. La jurisprudence tient également ce rôle d'aiguillon dans la quiétude du législateur, parfois un peu éloignée des réalités[1798].

1045. Au vu des réactions provoquées par l'arrêt de 1993, il est tout à fait envisageable de penser que la Cour de cassation avait souhaité mettre le législateur en face des responsabilités qui lui incombent en premier lieu à la lumière de l'article 4 de la Convention : rendre effectives en droit interne les dispositions de la Convention. Dans ce contexte, les arrêts du 18 mai 2005, souvent analysés comme un revirement de jurisprudence, apparaissent effectivement comme un renoncement devant l'attitude du législateur de ne pas mettre en place une législation conforme à la Convention. Ces décisions peuvent également signifier qu'à l'inverse, dans la mesure où le législateur a agi en la matière, il n'y a plus lieu de maintenir une jurisprudence incomprise. Dans un cas comme dans l'autre, le changement de position de la Cour s'assimile à une forme de renoncement.

Une observation attentive des arrêts de la Cour offre la possibilité qu'au lieu de renoncer, le juge du droit ait achevé en 2005, un long processus pour imposer la Convention en droit interne.

Le principe établi en 1993 n'a finalement pas été repris dans un grand nombre de décisions ultérieures. Dès 1996, la Cour de cassation semble avoir éloigné la question de l'application des dispositions de la Convention. Dans un arrêt du 25 juin 1996, la Cour rejette un pourvoi fondé sur l'article 12, 1, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui estimait que les juges du fond n'avait pas pris en compte le point de vue de l'enfant. Mais au lieu de rejeter le pourvoi en évoquant le principe établi en 1993, la Cour de cassation l'écarte au motif que « *faisant application de l'article 388-1 du Code civil, la cour d'appel a procédé à l'audition du mineur et relaté son opinion qu'elle a prise en considération en usant de son pouvoir souverain d'appréciation* » [1799]. En évinçant le pourvoi de la sorte, le juge du droit répond à la remarque de M^me^ RONDEAU-RIVIER qui rappelait dans son article de 1993[1800] que des moyens de droit interne existaient permettant de rejeter les pourvois invoquant l'intérêt de l'enfant ou son audition dans les instances le concernant. Sur ce point, la Cour de cassation maintiendra une position identique pendant plusieurs années en

[1797] « *Quelle meilleure façon d'y inciter le législateur, que d'écarter du débat la circulaire du 30 novembre 2001 en cassant les décisions qui vous sont soumises* ? » (A. LEGOUX, Avocat général près la Cour de cassation).
[1798] J. CARBONNIER : « *Droit et passion du droit sous la V^ème^ République* » ; Flammarion 1996, p. 57.
[1799] Cass. Civ. 1, 25 juin 1996 ; inédit.
[1800] 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. p. 205.

s'abstenant de faire référence à la Convention dans les motifs de ses arrêts de rejet. Il lui arrivera également d'écarter un pourvoi invoquant une violation de la Convention, sans faire état de son applicabilité directe[1801].

Le 18 mai 2005, la Cour de cassation se prononce sur l'intérêt de l'enfant dans le cadre d'une reconnaissance de paternité mensongère. Elle rejette le pourvoi qui estimait qu'en annulant la reconnaissance, la Cour d'appel n'avait pas pris en compte l'intérêt de l'enfant. Le juge du droit répond à cet argument en énonçant que la Cour a précisément « *tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3, 1 de la Convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant* »[1802]. Plusieurs justifications ont été proposées sur ce que certains auteurs ont considéré comme un signe avant-coureur de revirement. Mais il semble que cet arrêt ne soit qu'un revirement apparent, et qu'il soit en réalité l'aboutissement d'une politique jurisprudentielle bien précise visant à imposer l'application de la Convention dans le droit interne.

b. La Convention de New York intégrée en droit interne

1046. L'arrêt du 18 mai 2005 n'était pas isolé. La Cour rendait le même jour une décision au contenu plus explicite qui, visant les articles 12, 2 et 3, 1 de la Convention et l'article 388-1 du Code civil, cassait une décision des juges du fond qui n'avait pas pris suffisamment en compte l'opinion et l'intérêt supérieur de l'enfant. Est-il question de revirement ? la réponse n'est pas si affirmative qu'il y paraît, car ce n'est pas la première fois que, sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil la Cour de cassation exige que l'enfant soit entendu quand il en va de son intérêt. Sur ce plan, la position de la Cour de cassation n'a pas changé, elle est conforme à son axe jurisprudentiel depuis l'arrêt du 25 juin 1996. Ce qui change, c'est l'apparition, au côté de l'article de droit interne, de deux stipulations de droit international, qui, finalement, ne s'imposaient guère. De ce fait, il se s'agit pas d'une « *reconnaissance immédiate de droits octroyés aux enfants par la Convention elle-même* »[1803] puisque ces droits ont été octroyés par l'intermédiaire de lois françaises intervenues depuis l'adoption du traité.

[1801] Cass. Civ. 1, 25 juin 1996 ; Bull. Civ. I, 1996, n°268 ; Cass. Crim. 27 novembre 1996 ; Bull. Crim. 1996, n°431 ; Cass. Civ. 2, 10 juin 1999 ; inédit ; Cass. Civ. 1, 19 octobre 1999 ; Bull. Civ. II 1999, n° 282 ; Cass. Crim. 5 septembre 2001 ; inédit.
[1802] Cass. Civ. 1, 18 mai 2005 ; Bull. Civ. I 2005 n°211 ; AJ. Famille 2005, p. 274, obs. T. FOSSIER ; RTDCiv. 2005, p. 556, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI ; RTDCiv. 2005, p. 585, obs. J. HAUSER.
[1803] P. COURBE : « *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant* » ; D. 2006, chron. p. 1487.

La juxtaposition, dans une même décision, d'un article de droit interne et de stipulations de droit international invite à une remarque d'évidence : le droit interne est conforme au droit international. Si dans l'arrêt concernant l'annulation de la reconnaissance la Cour de cassation ne cite pas d'article de droit interne, c'est qu'il n'en existe pas relatif à l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'examen de son état civil. Par analogie, la Cour de cassation applique le principe de subsidiarité du droit international qui énonce qu'en l'absence de dispositions internes, les dispositions conventionnelles s'appliquent.

Il importe également de considérer le point de vue du législateur. En exposant que la loi interne est conforme au droit international, et que compte tenu des avancées législatives, la Convention peut être invoquée devant les tribunaux, la Cour expose qu'elle n'hésitera pas à écarter la loi française si elle l'estime incompatible avec les dispositions de la Convention.

C'est ainsi que la Cour estime que les articles 335, 336, 341-1, 348-1 et 352 du Code civil sont conformes à l'article 7, 1[1804] de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant[1805].

Loin d'être un revirement, les positions de la Cour de cassation depuis le 18 mai 2005 mettent en évidence une intégration souple et complète de la Convention dans le droit interne. Il s'agit également d'une forme d'avertissement à l'adresse du législateur qui doit désormais considérer que le droit interne de l'enfant est contrôlé par la Haute juridiction judiciaire et qu'il lui sera difficile de s'écarter du chemin qu'elle a tracé à cet effet.

1047. Enfin, depuis 2005 la position de la Cour de cassation a montré plusieurs points essentiels sur l'utilisation même de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Dans la deuxième espèce traitée par la Cour le 18 mai 2005[1806], la visa de la juridiction porte sur les articles 3, 1 et 12, 2 de la Convention. Une jeune fille dont la résidence habituelle avait été fixée chez sa mère aux États-Unis, avait sollicité directement la Cour d'appel par courrier, pendant le délibéré de la Cour, afin d'être entendue. La question posée aux juges du droit était de savoir si une jeune fille capable de discernement pouvait être entendue à sa demande. Au plan juridique interne, la réponse est apportée par l'article 388-1 du Code civil (cité également par l'arrêt). Au plan international, la question est abordée par

[1804] Article 7, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci 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* ».
[1805] Cass. Civ. 1, 7 avril 2006 ; Bull. Civ. I 2006, n°195. D'autres exemples jurisprudentiels mettent en parallèle les articles du Code civil et ceux de la Convention.
[1806] Cass. Civ. 1, 18 mai 2005 ; Bull. Civ. I 2005, n°212.

l'article 12, 2 de la Convention. La solution de la Cour est éloquente. Elle énonce « *qu'en se déterminant ainsi, alors que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Un premier constat attire l'intérêt du juriste : la Cour de cassation développe une première interprétation holistique de la Convention. En effet, elle combine les dispositions de l'article 3, 1 et de l'article 12, 2 du texte, là où seuls les termes de l'article 12, 2 suffisaient. Ceci la rapproche fortement des instructions du Comité des droits de l'enfant qui exprimait en 1996 dans le rapport de sa onzième session que la Convention est un texte complet dont les dispositions ne peuvent être interprétées isolément. Le traité de New York vise à s'intégrer totalement dans l'ordonnancement juridique des États parties, ce qui implique un examen global de ses termes. Ainsi, à propos du droit au logement prévu à l'article 27 du texte, le Comité rappelait que « *qu'il existe des liens étroits et une relation d'interdépendance entre le droit au logement des enfants et presque tous les autres droits énoncés dans la Convention, ce qui met en lumière l'optique intégrée et holistique de la Convention, ainsi que du processus d'application et de suivi de cet instrument* » [1807].

Un deuxième point mérite un éclairage particulier en tant qu'il évince les considérations doctrinales énonçant que l'État est seul débiteur de l'obligation de permettre à l'enfant d'être entendu dans toute procédure le concernant. En déclarant que la Cour d'appel n'avait pas respecté le droit de l'enfant d'être entendu, la Cour de cassation énonce qu'il lui incombait de prendre en compte la demande de l'enfant. Dans ce cas particulier, le « *on* » de la première phrase de l'article 12, 2 de la Convention est le juge, et non l'État.

1048. De ces éléments datant de 2005, il est possible de dégager une idée générale que la Cour de cassation intègre, petit à petit, les positions tenues par le Comité des droits de l'enfant et qu'elle aligne sa jurisprudence sur ses recommandations, qu'elles soient adressées à la France ou à d'autre pays. Le clivage habituel détaillé par M. MASSIP sur les dispositions auto-exécutives et celles qui nécessitent une transposition par l'État semble d'évaporer à mesure que la Cour de cassation intègre la Convention. Sur ce point, à nouveau, elle s'approche des recommandations du Comité qui souhaite que la Convention fasse l'objet d'une lecture intégrée. Un exemple de cette politique d'intégration du texte est particulièrement visible dans un arrêt du 22 mai 2007. La Première Chambre civile de la Cour

[1807] Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la onzième session* » ; janvier 1996, CRC/C/50, annexe VIII.

de cassation estime que l'article 9, 3 de la Convention peut être invoqué directement devant les juridictions[1808]. La thèse retenue par M. MASSIP, reprise par d'autres commentateurs sur la distinction entre les dispositions d'exécution immédiate et celles qui nécessitent une transposition achoppe sur cet arrêt. En effet, en énonçant que l'article 9, 3 de la Convention s'appliquait en droit interne, la Cour de cassation met un terme à la différenciation terminologique retenue pour distinguer les différentes catégories de dispositions. Dans son article de 1993, le haut magistrat explique qu'il suffit de lire le texte de la Convention pour constater que certains articles prévoient que les États « *veillent* », ou « *respectent* », ou « *s'engagent* »[1809], ce qui induit selon lui que certaines dispositions ne relèvent pas de l'application immédiate du texte. Or, précisément, l'article 9, 3 de la Convention stipule que « *les États 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…* ».

1049. La jurisprudence de la Cour de cassation a considérablement évolué sur l'application de la Convention de New York. Loin des positions un peu abruptes de 1993, la Cour a développé d'abord une politique visant à accueillir l'application directe de certaines dispositions de la Convention. Depuis 2007, il semble qu'elle ait encore approfondi son orientation en intégrant la Convention directement. Le 16 avril 2008, la Première Chambre civile a prononcé un arrêt qui va dans le sens de celui de 2007 en indiquant que l'article 10 du traité était directement applicable. Il apparaît que l'orientation moderne de la Cour soit de poursuivre une politique d'intégration complète du texte international en faisant siennes les recommandations du Comité, sans écarter les réserves de la France par rapport à certains points du texte. En ce sens, la formulation de la Cour de cassation s'est encore modifiée depuis 2005. Les arrêts de 2005 mentionnent, notamment, que l'article 3, 1 est une disposition directement applicable. Cette formulation a disparu, de même qu'avait disparu assez rapidement la formule des arrêts de 1993. Aujourd'hui, l'intérêt supérieur de l'enfant prévu à l'article 3, 1 de la Convention apparaît dans toutes les décisions de la Cour. Il a dépassé la simple question de l'application directe de la Convention. L'intérêt supérieur de l'enfant est devenu un principe général du droit de l'enfant, comme la prise en compte de son opinion (article 12), comme son droit à la vie (article 6)[1810] et comme le principe de non-

[1808] Cass. Civ. 1, 22 mai 2007 ; Bull. Civ. 1 2007, n°199.
[1809] J. MASSIP : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; D. 1993, jur. p. 362.
[1810] Sous réserve des clauses interprétatives déposées à l'occasion de la signature du traité (Cass. Crim. 27 novembre 1996 ; Bull. Crim. 1996, n°431 ; Cass. Crim. 5 sept. 2001 ; inédit).

discrimination (article 2). La question de l'application directe de ces stipulations ne se pose plus : ces principes généraux de la Convention ne s'imposent pas en droit français, mais elles s'imposent au droit français, elles guident l'office du juge. C'est également ainsi que le Comité avait souhaité qu'elles soient intégrées au droit interne des États parties[1811].

En inscrivant le courant jurisprudentiel dans l'intégration progressive de la Convention dans le droit interne, la Cour de cassation a su, au prix d'arrêts audacieux, critiquables et souvent mal compris, inciter le législateur à faire œuvre en direction de l'enfant tout en se rapprochant de la doctrine du Comité des droits de l'enfant. Il a été écrit que son évolution et le changement de sa position de principe adoptée en 1993 rapprochait la Haute juridiction judiciaire de la position adoptée par le Conseil d'État. Ce point de vue n'est pas certain, tant il est vrai que le Conseil d'État n'a pas décidé d'intégrer la Convention en droit interne.

B – La position du Conseil d'État

1050. La jurisprudence administrative n'a pas transité par le mode de réflexion de la Cour de cassation. Sa position s'est fixée sur la ligne de conduite admise en 1989 et sur la supériorité des traités sur la loi. De plus, la philosophie du Conseil d'État n'est pas la même que celle de la Cour de cassation. Il considère notamment qu'il n'a pas à solliciter le législateur par l'intermédiaire de ses décisions afin de l'inciter à édicter de nouvelles normes. Fidèle à cette attitude, la Conseil d'État a immédiatement accepté d'appliquer la Convention de New York en droit interne. Il faut toutefois considérer que son analyse fait preuve de plus de parcimonie que celle de la Cour de cassation. Le juge administratif s'appuie sur la thèse qui distingue les dispositions qui s'appliquent seules de celles qui nécessitent l'intervention du législateur.

Les conséquences de cette politique de distinction sont d'abord une jurisprudence plus restrictive que celle de la Cour de cassation (1), et, à terme, plus confuse (2).

[1811] La notion de « *principes généraux* » de la Convention relative aux droits de l'enfant est souvent mentionnée par le Comité. Il a régulièrement insisté sur le fait que ces principes, indissociables les uns des autres, et présents dans tous les autres articles. Dans ce cadre, les principes généraux du traité doivent être « *étroitement reflétés dans la législation et la pratique nationale* » (Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la dixième session, oct./nov. 1995* » ; CRC/C/46, par. 218).

1. Une jurisprudence restrictive

1051. Le domaine dans lequel interviennent principalement les litiges relatifs à la Convention relative aux droits de l'enfant devant le juge administratif (a), impose que ses solutions ne puissent pas intégrer toute la Convention au risque de mettre en péril certains pans de la politique de l'État (b). Cela exige, en sus d'une restriction de la quantité d'articles de la Convention applicables en droit interne, une application très rigoureuse, parfois déroutante (c).

a. Domaine d'intervention du juge administratif

1052. Les cas où le juge administratif peut intervenir sont beaucoup plus restreints que ceux ouverts à l'appréciation de la Cour de cassation. Il est très rare que l'enfant voie ses intérêts mis en cause devant le juge administratif. Du reste, dans les espèces en question, ses intérêts sont indirectement concernés, contrairement à ceux de ses parents.

L'arrêt prononcé par le Conseil d'État le 22 septembre 1997 n'est pas spécialement représentatif des suites de sa jurisprudence puisque dans cet arrêt, c'est l'intérêt de l'enfant qui était réellement en cause. Dans cette affaire, une mère célibataire turque vivant en France depuis 1992 a ramené irrégulièrement son fils unique de quatre ans en France. En 1993, elle sollicite auprès du préfet de Moselle une mesure de regroupement familial que le préfet rejette au motif que l'entrée de l'enfant sur le territoire national était irrégulière. De plus, il demande à la mère de faire le nécessaire pour que son enfant retourne en Turquie dans un délai d'un mois à compter de sa décision. Mais en Turquie, il n'y a ni père, ni famille, ni personne pour recevoir et élever l'enfant. Le Conseil d'État estime que « *la décision de renvoyer le jeune Tolga en Turquie et de le séparer, même provisoirement de sa mère, porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et doit être regardée comme contraire à l'article 3, 1 de la convention internationale des droits de l'enfant* » [1812]. La décision du préfet est annulée, l'enfant reste sur le territoire de la République et se verra par la suite accorder un titre de séjour.

Cette première espèce montre que la Convention de New York peut faire obstacle à l'exécution d'une mesure concernant la politique d'immigration. C'est essentiellement sur

[1812] C.E. 22 septembre 1997 ; D. 1998, somm. p. 297, note C. DESNOYER ; JCP 1998, II, 10052, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; Dr. Fam. 1998, comm. p. 56, note P. MURAT.

ces litiges que le Conseil d'État est intervenu[1813]. Toutefois, il faut noter que les cas de reconduite d'un enfant à la frontière sont rares. C'est la raison pour laquelle, l'intérêt de l'enfant est souvent invoqué afin de faire barrage à l'application d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'expulsion du territoire concernant les parents.

Dans la mesure où l'intervention du juge administratif est commandée par un litige opposant l'État à un particulier ou pour la remise en cause d'une décision réglementaire, il est évident que sa charge est moindre que celle de la Cour de cassation.

En outre, puisque ses décisions peuvent avoir pour effet de compromettre des décisions individuelles ou des considérations d'ordre général, l'éventail des stipulations internationales que le Conseil d'État peut déclarer invocables devant les juridictions françaises est nécessairement réduit.

b. La Convention de New York et les enjeux politiques de l'État

1053. C'est essentiellement en matière d'immigration que le Conseil d'État est appelé à trancher. Or, ce domaine de la politique de l'État est particulièrement sensible, les reconduites à la frontière, surtout quand elles s'accompagnent d'une séparation avec la famille ont souvent mauvaise presse dans l'opinion publique. Pour cette raison, afin que les décisions du Conseil ne mettent pas en péril la politique du Gouvernement, il est important qu'il sélectionne les articles qu'il estime applicables.

L'article 3 de la Convention, ainsi que les articles 2, 6 et 12 ne posent pas réellement de problèmes, puisqu'ils irriguent normalement les décisions administratives. À ce titre, l'attendu concernant l'application de l'article 3 de la Convention établit clairement qu'il n'est pas question de l'invoquer devant une juridiction, mais que son but (la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant) est naturellement pris en compte dans les décisions administratives :

[1813] D'autres actions ont été menées en invoquant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Un arrêt du Conseil d'État du 30 juillet 2003 rejetait la demande de l'Observatoire international des prisons visant à remettre en cause le décret n°96-287 du 2 avril 1996 (JORF, 5 avril 1996, p. 5260) relatif au régime disciplinaire des détenus et modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale au motif que le décret était contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Un arrêt du 6 octobre 2000 (C.E. 6 octobre 2000, « *association promouvoir* » ; AJDA 2000, 1060, concl. BOISSARD) rejet les demandes d'une association visant à remettre en cause les circulaires du ministre de l'éducation nationale relatives à l'éducation sexuelle et au SIDA. Enfin, un arrêt du 18 février 2005 rejette le recours d'un organisme de gestion d'une école privée contre un jugement d'un tribunal administratif annulant la délibération d'un conseil général décidant de subventionner les travaux de réparation de l'école au-delà de la limite fixée par la loi.

> « *…dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'autorité administrative doit accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant…* »

L'attendu atteste que l'intérêt de l'enfant doit inspirer les décisions administratives, même s'il appartient au Conseil d'État de définir ce qui relève de cette notion[1814].

Concilier les droits de l'enfant et la sérénité de la politique de l'État conduit forcément le Conseil à écarter des dispositions de la Convention qui seraient susceptibles de constituer un obstacle difficile à franchir pour l'action gouvernementale. À ce titre, l'article 9, 1 de la Convention dispose 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 séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Si le Conseil appliquait une jurisprudence d'intégration du texte comme la Cour de cassation, cette stipulation ferait immédiatement obstacle à toute procédure administrative susceptible de séparer l'enfant d'un de ses parents. Il en est ainsi des procédures de reconduite à la frontière quand un enfant demeure sur le territoire. Un cas d'espèce est intervenu sur ce point en 2001 et a amené le Conseil d'État à se prononcer sur cet article.

En l'espèce une femme est restée sur le territoire plus d'un mois après qu'une décision préfectorale lui a refusé un titre de séjour. Selon l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le préfet peut ordonner une reconduite de la personne concernée à la frontière, ce qu'il fit. Vivant en France depuis 1999, avec un enfant mineur, cette personne invoquait l'article 9 de la Convention pour permettre l'annulation de l'arrêté de reconduite à la frontière. Le Conseil d'État n'a pas suivi la requête de l'intéressée et a décidé que la requérante ne pouvait « *se prévaloir utilement des stipulations de l'article 9 de la Convention* […] *qui créent des obligations entre États et sans ouvrir de droit à leurs ressortissants* ».

Le Conseil d'État sélectionne, au cas par cas, les articles de la Convention dont il autorise l'application immédiate. Au vu de l'arrêt de 2001, il semble que la position du juge du droit administratif dépende notamment de la formulation de l'article, reprenant le point de vue relaté par M. MASSIP. Ainsi, dans un arrêt de 1999[1815], le Conseil d'État a-t-il énoncé que « *les articles 2, 1 et 2, 2 de la Convention internationale du 26 janvier 1990, relative aux*

[1814] Cf. infra en page 761.
[1815] C.E. 30 juin 1999 ; D. 2000, p. 1, note F. BOULANGER.

droits de l'enfant, ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers, et ne peuvent donc être utilement invoquées à l'appui de conclusions dirigées contre un acte administratif… ». La cohérence de la distinction était respectée dans la mesure où ces deux alinéas de l'article 2 de la Convention énoncent que la non-discrimination est une charge de l'État.

1054. Si l'examen des dispositions applicables se traite au cas par cas, au vu du contenu de la stipulation, il n'échappe pas à des règles doctrinales adoptées par le Conseil. À l'occasion d'un arrêt de 1997[1816] le Conseil a suivi les conclusions du Commissaire du Gouvernement qui instaurait une méthode pour déterminer dans quels cas une stipulation n'était pas applicable en droit interne. Il commence par poser comme présomption que toute personne peut se prévaloir des dispositions d'un texte international. Cette présomption ne peut agir quand le texte en cause mentionne clairement que la stipulation internationale ne cherche qu'à régler les rapports entre État ou encore si elle est trop imprécise pour pouvoir agir de façon autonome.

À première vue, les stipulations de l'article 2 répondent à une des exceptions prévues par la doctrine du Conseil. Mais un élément de taille vient toutefois contrarier l'harmonie de la position de la juridiction. L'article 2 fait partie du socle de la Convention, sans lequel le texte perd considérablement de sa valeur. De plus, refuser en droit interne d'appliquer un principe aussi important que celui de non-discrimination revient à occulter la philosophie générale du texte. Dans ce contexte, la position du Conseil n'est pas évidente à concilier avec l'efficacité du traité.

Il semble que la Cour régulatrice ait pris conscience de ce souci majeur. Dans un arrêt du 8 décembre 2003, revenant expressément sur sa précédente jurisprudence, le Conseil énonce, à propos de l'article 2, 2 du traité qu'il résulte de « *ces stipulations, qui ont pu être utilement invoquées* […] *tant en première instance qu'en appel à l'appui du recours pour excès de pouvoir*.. »[1817]. Le procédé adopté en 1999 pour distinguer ce qui est directement applicable de ce qui ne l'est pas ne semble pas infaillible, la doctrine ayant parfois elle-même du mal à s'y retrouver[1818].

[1816] C.E. 23 avril 1997 ; Lebon p. 142, concl. R. ABRAHAM ; RFDA 19997, p. 585 ; D. 1998, p. 15 ; RGDIP 1998, p. 203, note D. ALLAND ; AJDA 1997, p. 435, note D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT.

[1817] C.E. 8 décembre 2003 ; inédit.

[1818] « *Quant aux articles jugés d'application directe par le Conseil d'État, on ne peut en établir une liste précise. Car, selon certains commentateurs, sont producteurs d'effets directs les articles 3, 1 ; 16 et 37 ; à l'inverse des articles 9 ; 10 ; 20 ; 24,1 ; 26,1 et 27,1.* […] *Tandis que pour d'autres, seul l'article 3, 1 est retenu…* » (P.

La méthode adoptée n'est pas fiable et rend la jurisprudence du Conseil d'État parfois peu lisible. Mais toujours dans le but de protéger l'action gouvernementale et lui conserver son efficacité, la juridiction est amenée à prendre des décisions strictes parfois déroutantes.

c. Une jurisprudence stricte

1055. Peu enclin à permettre à tous les articles de la Convention de s'appliquer directement en droit interne, le Conseil d'État veille à ce que les conditions auxquelles les articles sont directement applicables soient les plus restrictives possibles. Dans ce sens, les jurisprudences fondées sur l'article 3, 1 du traité de New York sont souvent accompagnées de considérations factuelles telles qu'elles aboutissent parfois à un rétrécissement de leur champ d'application.

La position du juge du droit administratif s'explique en grande partie par le fait que l'arrêt bienveillant de 1997 n'est pas révélateur de la majorité de la jurisprudence en matière de reconduite à la frontière. En effet, il est rare que le contentieux porte sur la reconduite d'un jeune enfant dans son pays, de sorte que la probabilité pour que l'intérêt supérieur de l'enfant soit en jeu est faible. C'est principalement les parents qui sont mis dans cette situation, ce qui induit qu'en traitant leur demande, le juge doit examiner l'intérêt de l'enfant intervenant indirectement.

Dans cette perspective, l'analyse de la juridiction est nécessairement plus stricte. Il a ainsi été jugé que l'intérêt d'un enfant en bas âge ne faisait pas obstacle à la reconduite de son père à la frontière dès lors que l'enfant conservait en France une part importante de sa famille[1819]. La situation d'espèce est d'autant plus compréhensible que l'enfant avait été conçu en Turquie puis né en France alors que le père était resté dans son pays d'origine puis que celui-ci avait rejoint sa famille en France lorsque l'enfant a eu un an. La jurisprudence considère que l'intérêt de l'enfant n'est pas en jeu dans cette circonstance.

Une solution analogue a été retenue alors que le père tombait sous le coup d'un arrêté de reconduite à la frontière et que l'enfant était âgé de deux ans mais que rien n'indiquait que le père ait vécu avec lui ou ait contribué à son éducation. À nouveau, le juge administratif estime que l'intérêt de l'enfant n'est pas lésé et que l'arrêté préfectoral n'y porte

---

COURBE : « *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant* » ; D. 2006, chron. p. 1488). La remarque de M. COURBE sur l'incertitude doctrinale quant aux articles d'application directe semble obsolète puisqu'elle ne prend pas en compte la jurisprudence de 2003.

[1819] C.E. 19 juin 2000 ; inédit.

pas atteinte[1820]. De même dans le cas où l'enfant en bas âge peut être pris en charge par sa mère pendant le temps d'une procédure de regroupement familial[1821].

Il semble que l'intérêt de l'enfant ne soit pas mis en cause dès lors qu'il existe des solutions juridiques pour qu'il reste accompagné d'un de ses parents. Deux arrêts du 11 juillet 2001 sont éclairants sur ce point. Les faits rapportent que deux parents résident irrégulièrement avec leur enfant en France depuis 1999. L'un et l'autre ont demandé la délivrance d'un titre de séjour qui leur a été refusé par la préfecture. Après être demeuré un mois en France à la suite de ce refus, le préfet a ordonné leur reconduite à la frontière. Dans le premier arrêt[1822], le Conseil d'État valide la décision prise contre le père au motif qu'elle ne portait pas atteinte à l'intérêt de l'enfant dans la mesure où « *il ne ressort pas des pièces du dossier que* [le requérant] *ne pouvait pas emmener son fils avec lui* ». La motivation du Conseil peut surprendre au regard de celles qu'il a prises auparavant. Dans les espèces précédentes, le Conseil estime que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas atteint quand il est possible qu'il demeure sur le territoire de la République avec son autre parent. Dans cette affaire, le Conseil n'envisage pas cette solution. Cela est lié au fait que la mère de l'enfant est elle-même sous le coup d'une procédure de reconduite à la frontière, ce qui induirait l'idée que l'intérêt de l'enfant soit préservé quand il retourne régulièrement dans son pays d'origine et qu'il ne l'est pas s'il reste en situation irrégulière dans un pays qui n'est pas le sien. La deuxième espèce de cette affaire apporte une réponse identique : l'intérêt de l'enfant n'est pas corrompu puisque la mère avait elle aussi la possibilité d'emmener l'enfant avec elle[1823].

1056. Les différentes décisions du Conseil établissent une jurisprudence qui méconnaît la portée réelle de la Convention. D'abord, comme la Cour de cassation à l'origine de son examen de la Convention, le Conseil d'État refuse d'interpréter la Convention dans sa globalité et se contente d'une analyse restreinte du texte. Ainsi, quand un requérant fait valoir une combinaison de deux articles contenant l'article 3 de la Convention, le Conseil écarte-t-il systématiquement la seconde stipulation. De cette façon, il prend l'intérêt de l'enfant comme une définition dotée d'un « *fort potentiel* »[1824], sans le décliner à travers les autres articles. Ceci nie la portée réelle de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention. Cette notion ne doit pas être vue comme une stipulation comme les autres, mais doit être considérée

[1820] C.E. 23 juin 2000 ; inédit.
[1821] C.E. 23 mai 2001 ; inédit.
[1822] C.E. 11 juillet 2001, 1ère espèce ; inédit.
[1823] C.E. 11 juillet 2001, 2ème espèce ; inédit.
[1824] C. CHABERT : « *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois* » ; PUAM, 2001.

comme un principe général, conducteur du texte international. De sorte que pris isolément, il perd de son efficacité puisque sa teneur est censée irriguer l'ensemble du texte, ce que le Conseil ignore, tentant de conjuguer les intérêts de politique interne avec les exigences du texte qu'il doit appliquer : ce qui rend sa jurisprudence parfois difficile à lire.

2. Une jurisprudence administrative peu lisible

1057. Les charges liées au travail du juge administratif l'obligent au pragmatisme, de même que la spécificité de la matière sur laquelle il est amené à se prononcer le contraint à ne pas promouvoir de jurisprudences qui puissent interpeller le législateur[1825]. Intriguant entre les impératifs de la politique de l'État et les exigences d'application du droit, il ne peut que composer avec les normes internationales qui lui sont proposées. Pour ce qui concerne l'application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant en droit interne, la manifestation de ce pragmatisme des juridictions administratives est une lisibilité parfois compliquée de la jurisprudence.

1058. En premier lieu parce qu'une lecture sélective des dispositions de la Convention oblige le Conseil d'État à faire fi de la lecture holistique du texte qui lui donne sa cohérence et son efficacité. Comment imaginer en effet que l'article 3, 1 de la Convention n'irrigue pas l'ensemble des autres dispositions ? Ainsi quand le Conseil énonce que l'article 3 est applicable directement en droit interne mais qu'une autre disposition ne l'est pas, il retire à l'article 3 sa valeur de principe directeur du texte, ce qui est clairement en contradiction avec la position du Comité des droits de l'enfant. La position du Comité invite à considérer que la Convention est intégralement d'application directe devant les juridictions internes, ce que réfute le Conseil d'État. L'arrêt qu'il a rendu le 28 novembre 2003[1826] montre l'ambivalence de la position de la Haute juridiction administrative et son embarras pour appliquer l'article 3 du texte sans appliquer l'article 9 qui fait expressément référence à l'intérêt de l'enfant. Afin de faire obstacle à un arrêté de reconduite à la frontière du préfet de Savoie, une femme algérienne, mère d'un enfant et divorcée, invoquait les dispositions des articles 3, 9 et 10 de la Convention. Elle estimait notamment que l'arrêté était contraire à l'article 9 de la Convention qui énonce qu'une séparation entre les parents et l'enfant ne doit pas être contraire à l'intérêt de l'enfant. Il est difficile de nier la parenté intellectuelle entre l'article 3 qui pose un principe général et l'article 9 de la Convention qui en donne une application particulière. En rejetant

[1825] En dehors des cas où le Conseil d'État est amené à se prononcer sur la légalité d'un acte réglementaire.
[1826] C.E. 28 novembre 2003 ; inédit.

l'application directe en droit interne de l'article 9 de la Convention, le Conseil d'État se livre à un exercice juridique particulièrement compliqué puisqu'il estime que le principe général posé par l'article 3 peut être directement invoqué mais que les applications particulières ne le peuvent pas. Cet exercice de contorsion juridique rend la jurisprudence administrative peu cohérente et peu respectueuse des positions adoptées par le Comité des droits de l'enfant.

D'une part, la jurisprudence administrative laisse pour lettre morte la recommandation du Comité qui invite les juridictions internes à appliquer directement le texte. Ensuite, elle s'oppose à la politique du Comité pour ce qui concerne l'appréciation globale du texte, lui faisant perdre sa substance, notamment quand elle disjoint l'article 3 du traité des autres articles.

Dans l'arrêt de novembre 2003, le Conseil d'État envoie un message difficile à saisir au plan du droit international. En détachant l'article 9 de l'article 3 de la Convention, le Conseil d'État énonce que s'il fait sien le principe général, il estime que les cas particuliers du texte ne sont pas tous applicables directement en droit interne. Or, l'article 9 de la Convention n'est pas le seul article qui décline l'intérêt de l'enfant à une situation spéciale. L'article 18 énonce que l'autorité parentale doit être guidée par l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 21 estime que la procédure d'adoption doit également être conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Enfin, tandis que l'article 40 estime que l'audition de l'enfant en justice doit être rendue possible sauf si l'intérêt de l'enfant s'y oppose, l'article 37 envisage la privation de liberté séparément des adultes, sauf, de nouveau, si l'intérêt supérieur de l'enfant s'y oppose. Ces quelques stipulations explicitent que l'article 3 met en place une norme directrice qui inspire l'application des autres stipulations. Il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il puisse bénéficier d'une éducation de qualité, même si les articles 28 et 29 de la Convention ne le mentionnent pas. De même, qu'il est dans l'intérêt primordial de l'enfant de bénéficier d'un droit inhérent à la vie, quand même l'article 6 du traité est-il muet sur ce point.

Il semble qu'à travers la décision de novembre 2003, le Conseil d'État ait décidé de décliner seul l'intérêt de l'enfant, indépendamment des cas prévus par la Convention. Pourtant, dans un arrêt du 31 octobre 2008 le Conseil décide que l'article 37 de la Convention est d'application directe. Ce faisant, il semble revenir sur un point de vue précédemment établi et accepte qu'une déclinaison particulière de l'article 3 puisse être invoquée devant les juridictions du fond. Cependant, la décision n'opère pas un changement aussi radical qu'il y paraît, mais le considérant relatif à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant mérite d'être cité :

> « *…les stipulations des articles 3-1 et 37 de la convention relative aux droits de l'enfant font obligation d'adapter le régime carcéral des mineurs dans tous ses aspects pour tenir compte de leur âge et imposent à l'autorité administrative d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants pour toutes les décisions qui les concernent ; qu'il en résulte, compte tenu des fortes contraintes qu'il comporte, qu'un régime d'isolement ne peut être rendu applicable aux mineurs sans que des modalités spécifiques soient édictées pour adapter en fonction de l'âge, le régime de détention, sa durée, les conditions de sa prolongation et, notamment le moment où interviennent les avis médicaux* » [1827].

Ce considérant du Conseil d'État rend plus nébuleuse encore sa jurisprudence, et la difficulté de lisibilité de l'ensemble s'accroît. La doctrine s'est contentée de voir dans cet arrêt une extension du champ d'application directe de la Convention de New York. En effet, l'article 37 s'inscrit dans la liste sélective des articles de la Convention directement applicable. Mais deux enseignements majeurs doivent s'ajouter à cette considération plutôt descriptive.

D'abord, le Conseil d'État adopte pour la première fois une lecture globale du texte en acceptant de conjuguer l'application de deux articles pour dégager une solution juridique nouvelle. Dans cette optique, la Haute juridiction administrative se rapproche très sensiblement du point de vue du Comité. Ce faisant, elle marche sur les traces imprimées auparavant par la Cour de cassation vers l'application complète de la Convention en droit interne.

Ensuite, le juge du droit administratif revient sur sa précédente position et affirme que les déclinaisons conventionnelles de l'intérêt de l'enfant sont également applicables en droit interne. Cependant, son changement de position n'est pas aussi brutal qu'il y paraît puisqu'il ne spécifie pas quel alinéa de l'article 37 s'applique directement en droit interne.

Enfin, et c'est sur ce point que la brume jurisprudentielle s'étoffe en brouillard juridique, il n'est pas possible de prévoir la suite de cette amorce de revirement. Le Conseil d'État mettra-t-il un terme à sa jurisprudence pragmatique au risque de mettre en péril certains pans de la politique gouvernementale ou continuera-t-il à adopter une attitude sourcilleuse

[1827] C.E. 31 octobre 2008 ; D. 2009, p. 134, note M. HERZOG-EVANS.

pour déterminer les dispositions de la Convention qui s'appliquent de celles qui ne s'appliquent pas ?

Deux aspects s'opposent sur ce point. D'un côté la cohérence juridique qui voudrait que le Conseil d'État adopte la même position que la Cour de cassation, et d'un autre le statut particulier de cette juridiction qui lui impose une certaine réserve quant à la politique gouvernementale. L'arrêt d'octobre 2008 est une solution qui s'inscrivait dans le cadre du contrôle de légalité d'un décret, il ne s'agissait pas d'un recours en excès de pouvoir. De sorte que, devant la juridiction administrative, deux moyens s'offrent pour invoquer la Convention. Si le Conseil d'État semble accepter de l'appliquer directement quand il contrôle la légalité d'une décision réglementaire prise par le pouvoir exécutif, il n'est pas évident qu'il agirait de la même façon pour un recours en excès de pouvoir.

1059. Enfin, la lisibilité des décisions est gênée par la formulation même des décisions du Conseil. Concernant l'article 2 de la Convention, tandis que la plupart des solutions lui refusent explicitement tout effet direct[1828], d'autres le lui octroient[1829] tout aussi explicitement. Parfois plus ambivalente, la formulation de la Haute juridiction administrative plonge le lecteur dans le doute, relativement aux articles 7 et 9 de la Convention – se rapportant respectivement au droit de l'enfant d'avoir une identité et à son droit de ne pas être séparé de ses parents. Dans certains cas, le Conseil d'État exclut toute application directe[1830] alors que dans d'autres hypothèses, il adopte une tournure inattendue en mentionnant que « *en tout état de cause* [les stipulations de l'article 7] *n'ont pas été méconnues* »[1831]. De plus, le Conseil étudie le sort des stipulations de l'article 7 dans le même attendu que l'article 3, 1 dont il reconnaît l'applicabilité directe, alors qu'il analyse dans un paragraphe isolé le cas de l'article 10 auquel il refuse de reconnaître une application direct. Pour finir sur l'ambiguïté des formules du Conseil d'État, il faut rapporter le cas de certaines décisions pour lesquelles, au lieu de trancher la question de l'applicabilité directe du texte, le Conseil évite le sujet en mentionnant que le moyen tiré de la violation d'un article de la Convention « *manque en fait* », ce qui induit l'idée que si l'argumentation avait été plus soutenue, le moyen aurait été recevable[1832].

[1828] Cf. notamment C.E. 30 juin 1999 ; D. 2000, p. 1, note F. BOULANGER.
[1829] Cf. notamment C.E. 8 décembre 2003 ; inédit.
[1830] C.E. 7 juillet 2000 ; inédit ; C.E. 28 juillet 2000, inédit ; C.E. 9 février 2001 ; inédit.
[1831] C.E. 11 juillet 2001 ; inédit.
[1832]

1060. Toutes ces considérations et les positions du Conseil d'État ne favorisent pas la lecture de son point de vue. Il est souhaitable qu'il soit clarifié, ne serait-ce que pour la visibilité et la compréhension de l'application de la Convention en droit interne. Il semble primordial de faire une distinction entre le recours pour excès de pouvoir et celui en illégalité. Dans le premier cas, si la Convention était directement invocable par les particuliers pour contester les actes administratifs les concernant, cela risquerait à terme de mettre en péril une partie de la politique gouvernementale, sans en contester les sources. En revanche, quand il s'agit de contester la légalité d'un acte réglementaire, il paraît plus cohérent que la Convention puisse être invoquée directement, puisqu'il importe que l'acte réglementaire soit en conformité avec la loi, elle-même conforme à la norme internationale.

L'arrêt de 2008 paraît s'inscrire dans cette démarche, mais n'est que le début d'un nouveau cheminement jurisprudentiel qu'il importe de suivre. Car les voies d'aménagements sont sensibles sur ce point, de même que les perspectives d'un droit interne de l'enfant sont intéressantes à envisager.

Section 2 : Aménagements et perspectives

1061. Le droit français est, dans une vaste mesure, en conformité avec les dispositions du traité de New York. Si bien qu'un examen détaillé du droit de l'enfant français ne présenterait qu'un intérêt limité, souvent très descriptif. Néanmoins, le regard du Comité des droits de l'enfant s'est porté sur certains points de l'ordonnancement juridique interne qui posaient problème lors de l'examen du dernier rapport de la France en 2004 (§ 1).

Les éléments de cet examen permettent d'établir que la France est une nation assez réactive pour mettre sa législation en conformité avec les textes internationaux qu'elle a souscrits. Ceci autorise à envisager l'aboutissement de l'intégration du texte (§ 2) dans la plupart des situations.

§ 1 – Les préoccupations du Comité des droits de l'enfant

1062. La France a rapidement adopté une attitude favorable à l'émancipation et au développement des droits de l'enfant dans sa législation. De cette façon, le droit français relatif à l'enfance est, pour une grande partie, en conformité avec l'esprit de la Convention.

Dans l'examen du rapport périodique de la France en 2004[1833], le Comité n'a soulevé aucune disposition législative française qui soit en opposition complète avec la Convention de New York. La plupart de ses recommandations portent sur des questions d'ordre administratif, telle que l'équitable répartition des ressources entre les départements[1834], la nécessité de poursuivre le développement de la prise en compte de l'opinion de l'enfant[1835], l'impérieux besoin de perfectionner l'enregistrement des naissances en Guyane Française[1836].

Certains sujets de préoccupations plus importants ressortent cependant de l'examen du rapport du Comité à l'égard des droits et libertés civils de l'enfant (A), et d'un point important du droit pénal (B).

A – Préoccupations relatives aux droits et libertés civils

1063. Dans l'examen du rapport de 2004, le Comité des droits de l'enfant pointe deux inquiétudes à l'égard de certains droits civils. Dans le premier cas, il s'agit du droit de l'enfant à l'éducation. La question est prise sous l'angle de l'exception, à la suite de la loi du 15 mars 2004[1837]. Dans le second cas, le souci naît avec l'ancienne disposition du Code civil prévoyant un âge différent pour accéder au mariage selon le sexe (1). Les réponses françaises montrent que le législateur français est soucieux de la conformité des lois internes avec le droit international (2).

1. L'état des questions dans le rapport de 2004

1064. La liberté de religion est assurée en France depuis que l'État et l'Église sont séparés, point dont le Comité des droits de l'enfant se félicite. Il relève dans son rapport que certaines allégations mentionnent une montée de la discrimination de l'enfant notamment fondée sur la religion. Il ne semble toutefois pas porter un crédit important à cette question dans la mesure où il n'énonce aucune recommandation ni suggestion sur ce point. Mais le Comité saisit l'occasion de discuter de la question de la religion pour glisser sur les conséquences juridiques des affaires du voile islamique en France. Il ne revient pas sur le bien-fondé du texte de 2004 qui inscrit dans le marbre de la loi, les critères permettant de

[1833] France, CRC/C/15/Add.240.
[1834] France, CRC/C/15/Add.240, par. 11.
[1835] France, CRC/C/15/Add.240, par. 22.
[1836] France, CRC/C/15/Add.240, par. 23.
[1837] Loi n°2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics (JORF, 17 mars 2004, p. 5190).

sanctionner le port ostensible d'un signe d'appartenance religieuse[1838]. Le Comité ne pense pas que ce texte soit une atteinte à la liberté de l'enfant d'exercer sa religion. En revanche, il s'inquiète sur les conséquences que ce texte pourrait avoir sur le droit à l'éducation. Il craint que « *la nouvelle loi relative au port de signes et de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles publiques n'aille à l'encontre du but recherché en négligeant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de l'enfant à l'éducation…* »[1839].

Les recommandations du Comité sur cette question sont de veiller à ce que la jouissance des droits reconnus par la Convention soit un critère déterminant pour l'appréciation de la situation de l'enfant dont le port d'une tenue vestimentaire contrarie la consécration du principe de laïcité à l'école.

1065. La deuxième préoccupation importante du Comité concernait le fait que la législation nationale fixait un âge différent pour le mariage en fonction du sexe[1840]. Cette mesure portait atteinte au principe de non-discrimination institué par l'article 2 de la Convention en même temps qu'elle « *rend plus difficile la lutte contre les mariages forcés* » et qu'elle nuit à l'épanouissement et au bon développement de l'enfant[1841].

Sur ces deux points, les réponses nationales furent rapides, ce qui paraît montrer la bonne volonté du législateur pour conformer ses lois aux normes juridiquement supérieures.

2. Les réponses du législateur français

1066. Pour ce qui concerne la loi de 2004, le législateur n'a pas modifié la position française et a laissé à la jurisprudence le soin de veiller à ce que les dispositions légales soient appliquées avec discernement, ce que le Conseil d'État n'a pas manqué de faire[1842].

Quant à la question du mariage, la réponse ne tarda pas. Le législateur vota la loi du 4 avril 2006[1843] par laquelle il suivait scrupuleusement les recommandations du Comité qui l'invitait à « *réexaminer l'âge minimum du mariage pour relever celui des filles de telle sorte qu'il soit le même que celui des garçons, créant ainsi des conditions favorables à la lutte*

[1838] Cf. supra en page 702.
[1839] France, CRC/C/15/Add.240, par. 25.
[1840] Article 144 ancien du Code civil : « *L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage* ».
[1841] France, CRC/C/15/Add.240, par. 16.
[1842] Cf. supra en page 703.
[1843] 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 (JORF, 5 avril 2006, p. 5097).

contre les mariages forcés… »[1844]. La particularité de cette loi tient dans ce que les travaux préparatoires du texte sont restés étonnamment silencieux sur les motivations de la proposition de loi modifiant l'article 144 du Code civil. Dans son rapport à l'occasion de l'examen du texte en séance publique devant l'Assemblée Nationale, M. GEOFFROY insère rapidement, entre deux considérations générales, le fait que cette question était une des préoccupations du Comité des droits de l'enfant[1845].

La réaction du législateur français fut très rapide aux recommandations internationales, puisque la proposition de loi dont est issu le nouveau texte de l'article 144 du Code civil a été déposée au Sénat dès le 10 novembre 2004, par un éventail de sénateurs qui insista beaucoup sur les violences commises contre les femmes et peu sur le rapport du Comité des droits de l'enfant.

Il faut cependant nuancer le propos sur la rapidité du législateur français en la matière, car le Comité des droits de l'enfant avait, dès 1994, manifesté son inquiétude dans l'examen du premier rapport de la France :

> « *Dans le cadre des réformes législatives et à la lumière des principes fondamentaux de la Convention, en particulier de son article 2, le Comité suggère à l'État partie d'envisager de revoir sa législation actuelle sur l'âge minimum requis pour contracter mariage* »[1846].

Bien que la question ait été laissée de côté pendant deux législatures, le souci français d'aligner sa législation sur les recommandations du Comité est constant. À ce titre, l'instance internationale a noté « *avec satisfaction* » que la France avait adopté de nombreux textes[1847] en faveur des enfants depuis l'examen du premier rapport en 1994 et qu'elle avait répondu à de nombreuses de ses recommandations[1848].

[1844] France, CRC/C/15/Add.240, par. 17.

[1845] G. GEOFFROY : « *Rapport n°2726 fait au nom de le Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple* ».

[1846] France, CRC/C/15/Add. 20, par. 22.

[1847] Entre autres, la loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs (JORF, 18 juin 1998, p. 9255) ; loi n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce (JORF, 1er juillet 2000, p. 9946) ; loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral (JORF, 4 décembre 2001, p. 19279) ; loi n°2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille (JORF, 5 mars 2002, p. 4159) ; loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JORF, 5 mars 2002, p. 4161) ; loi n°2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance (JORF, 3 janvier 2004, p. 184).

[1848] France, CRC/C/15/Add.240, par. 3.

Sur le plan civil, la France ne paraît pas rétive à l'idée de modifier sa législation pour l'harmoniser avec la Convention de New York. Il n'en est pas de même pour le droit pénal, domaine dans lequel la France apparaît jalouse de conserver sa souveraineté, mais où elle veille également à ne pas trop heurter les positions du Comité des droits de l'enfant.

B – Préoccupations relatives au droit pénal

1067. La thématique de la justice des mineurs est amplement abordée par la Convention de New York[1849] et strictement contrôlée par le Comité des droits de l'enfant. De fait, le droit pénal du mineur est la branche qui régit les situations où l'enfant est en contact direct avec l'État dans sa dimension répressive. C'est en prise avec le droit pénal que l'enfant répond des actes délinquants qu'il a pu commettre, et il est naturel que le Comité affiche une vigilance accrue quant à la bonne application des principes détaillés par la Convention, puisque c'est dans ce domaine que peuvent surgir les défaillances les plus préjudiciables à l'enfant.

Dans le cadre du contrôle qu'il exerce sur l'application des articles relatifs au droit pénal de l'enfant par les États parties, le Comité des droits de l'enfant a marqué une attention spécifique sur trois points. Le Comité veille particulièrement d'abord à ce que la privation de liberté soit une mesure ultime[1850], prise pour un temps court[1851] et en dernier recours[1852]. Il souhaite également, dans le cas où l'enfant est privé de liberté, que l'emprisonnement se fasse dans des conditions qui assurent son bien-être, notamment en prévoyant qu'il soit systématiquement séparé des adultes[1853].

L'attention du Comité à l'égard de l'enfant en prise à la répression est subordonnée à l'âge à partir duquel l'enfant peut répondre pénalement de ses actes. Le Comité se montre particulièrement sensible sur le point de l'âge de la responsabilité pénale et estime qu'il s'agit d'un élément constitutif de la définition de l'enfant.

[1849] Cf. supra en page 651.

[1850] Article 40, 4 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *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* ».

[1851] « *L'État partie devrait veiller en particulier à ce que la privation de liberté ne constitue qu'une mesure de dernier ressort à n'appliquer que pour un laps de temps le plus court possible* » (Myanmar, CRC/C/15/Add.69, par. 46).

[1852] « *… la privation de liberté ne devrait être envisagée qu'en tout dernier recours et il faudrait accorder une attention particulière aux mesures de réinsertion, à la réadaptation psychologique et à la réinsertion sociale…* » (Égypte, CRC/C/15/Add.5, par. 14 ; Bulgarie, CRC/C/15/Add.66, par. 19).

[1853] Article 37, c) de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « *… en particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes…* ».

Dans l'examen du rapport français déposé en 2004, le Comité a noté que l'âge de la responsabilité pénale en France n'était pas clairement défini (1). Cet élément est critiquable (2), et le positionnement du Comité explique, en partie, le retrait précipité de la réforme de la fin d'année 2008 qui envisageait l'abaissement de l'âge à partir duquel un enfant est passible de prison (3).

1. Âges et responsabilité pénale en France

1068. Antérieurement à la réforme du 9 septembre 2002[1854], la question de la responsabilité pénale en France n'avait pas soulevé de problèmes devant le Comité de droits de l'enfant. L'examen du rapport initial de la France par l'instance chargée de l'application de la Convention de New York est silencieux sur ce point en 1994[1855]. Avant la loi du 9 septembre 2002, qui modifie notamment l'article 122-8 du Code pénal, le droit pénal français posait en présomption irréfragable l'irresponsabilité pénale du mineur de moins de treize ans. Au vu des recommandations du Comité des droits de l'enfant, et compte tenu de son silence dans l'examen du rapport de 1994, cet âge coïncidait avec le souhait formulé à l'article 40, 3, a) de la Convention aux termes duquel les États doivent « *établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale* ».

La réforme de 2002 change substantiellement les données du problème. Le nouvel article 122-8 du Code pénal précise que « *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables* » en même temps qu'il énonce qu'une loi déterminera « *les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de 10 à 18 ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de 13 à 18 ans…* ». Cette nouvelle disposition, combinée à d'autres, met en place cinq situations avant la majorité pénale.

Si l'enfant n'a pas de discernement, il n'encoure aucune sanction pénale, ni éducative puisqu'il ne peut pas commettre d'infraction. Des mesures d'assistance éducative peuvent être envisagées s'il s'avère que la situation de l'enfant entre dans les prévisions de l'article 375 du Code civil.

[1854] Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (JORF, 10 septembre 2002, p. 14934).

[1855] France, CRC/C/15/Add.20. Le Comité recommande à la France de porter le regard sur « *sa législation régissant l'administration de la justice des mineurs, notamment les dispositions relatives aux enfants privés de liberté, de façon à garantir que la privation de liberté ne soit utilisée qu'en dernier recours et soit d'une durée aussi brève que possible…* » (CRC/C/15/Add.20, par. 26). En revanche, la question de l'âge de la responsabilité pénale n'est pas abordée.

Si l'enfant est âgé de moins de dix ans et qu'il dispose de discernement, il est pénalement responsable. Mais il ne pourra pas subir de peine ni de sanction éducative. La juridiction pour mineurs pourra prononcer une mesure éducative, parmi celles prévues par l'article 15[1856] de l'ordonnance du 2 février 1945.

L'enfant âgé de plus de dix ans et de moins de treize ans peut être poursuivi et condamné à l'une des sanctions éducatives définies à l'article 15-1[1857] de l'ordonnance de 1945.

L'enfant âgé de plus de treize ans et de moins de seize ans est passible de peines répressives, mais nécessairement diminuées de moitié[1858] par rapport à celles qu'une personne pénalement majeure subirait.

[1856] Article 15 de l'ordonnance du 2 février 1945 modifié par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance (JORF, 7 mars 2007, p. 4297) : « *Si la prévention est établie a l'égard du mineur de treize ans, le tribunal pour enfants prononcera, par décision motivée, l'une des mesures suivantes :*
1° Remise à ses parents, à son tuteur, à la personne qui en avait la garde ou à une personne digne de confiance ;
2° Placement dans une institution ou un établissement public ou privé, d'éducation ou de formation professionnelle, habilité ;
3° Placement dans un établissement médical ou médico-pédagogique habilité ;
4° Remise au service de l'assistance à l'enfance ;
5° Placement dans un internat approprié aux mineurs délinquants d'âge scolaire ;
6° Mesure d'activité de jour, dans les conditions définies à l'article 16 ter ».

[1857] Article 15-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 modifiée : « *Si la prévention est établie à l'égard d'un mineur âgé d'au moins dix ans, le tribunal pour enfants pourra prononcer par décision motivée une ou plusieurs des sanctions éducatives suivantes :*
1° Confiscation d'un objet détenu ou appartenant au mineur et ayant servi à la commission de l'infraction ou qui en est le produit ;
2° Interdiction de paraître, pour une durée qui ne saurait excéder un an, dans le ou les lieux dans lesquels l'infraction a été commise et qui sont désignés par la juridiction, à l'exception des lieux dans lesquels le mineur réside habituellement ;
3° Interdiction, pour une durée qui ne saurait excéder un an, de rencontrer ou de recevoir la ou les victimes de l'infraction désignées par la juridiction ou d'entrer en relation avec elles ;
4° Interdiction, pour une durée qui ne saurait excéder un an, de rencontrer ou de recevoir le ou les coauteurs ou complices éventuels désignés par la juridiction ou d'entrer en relation avec eux ;
5° Mesure d'aide ou de réparation mentionnée à l'article 12-1 ;
6° Obligation de suivre un stage de formation civique, d'une durée qui ne peut excéder un mois, ayant pour objet de rappeler au mineur les obligations résultant de la loi et dont les modalités d'application sont fixées par décret en Conseil d'État ;
7° Mesure de placement pour une durée de trois mois maximum, renouvelable une fois, sans excéder un mois pour les mineurs de dix à treize ans, dans une institution ou un établissement public ou privé d'éducation habilité permettant la mise en œuvre d'un travail psychologique, éducatif et social portant sur les faits commis et situé en dehors du lieu de résidence habituel ;
8° Exécution de travaux scolaires ;
9° Avertissement solennel ;
10° Placement dans un établissement scolaire doté d'un internat pour une durée correspondant à une année scolaire avec autorisation pour le mineur de rentrer dans sa famille lors des fins de semaine et des vacances scolaires… ».

[1858] Article 20-2 al. 1er de l'ordonnance du 2 février 1945 modifiée par la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs (JORF, 11 août 2007, p. 13466) : « *Le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs ne peuvent prononcer à l'encontre des mineurs âgés de plus de treize ans une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue. Si la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, ils ne peuvent prononcer une peine supérieure à vingt ans de réclusion*

Enfin, l'enfant âgé de plus de seize ans et de moins de dix-huit ans peut subir une peine entière, à condition que cela soit exceptionnel et spécialement motivé par la juridiction de jugement[1859]. La majorité pénale est atteinte à dix-huit ans.

Les conséquences de la réforme de 2002 est que le seuil d'âge défini pour atteindre à la responsabilité pénale est devenu une notion floue et une question préalable à l'examen de la situation engendrée par l'enfant. Le flou provoqué par cette réforme ouvre la nouvelle définition de la responsabilité pénale à des critiques du Comité des droits de l'enfant.

2. Les critiques sur l'incertitude de l'âge

1069. À l'occasion de l'examen du rapport périodique de la France de 2004, le Comité des droits de l'enfant a noté le changement de législation pénale et a montré son inquiétude en invitant la France à « *établir un âge minimum de la responsabilité pénale qui soit acceptable au plan international et au-dessous duquel un enfant soit réputé ne pas avoir la capacité d'enfreindre la loi pénale* »[1860]. Le Comité des droits de l'enfant rappelle l'État à son devoir. L'article 40, 3, a) mentionne expressément que l'âge de la responsabilité pénale doit être déterminé et non pas déterminable. À plusieurs reprises, il s'est montré opposé à l'idée que cet âge puisse être fixé *in concreto* en fonction de l'appréciation d'un juge et non plus en fonction de la volonté de la loi, le danger étant de céder à l'arbitraire ou à l'influence de la douleur des victimes de l'enfant.

En outre, l'imprécision de l'article 122-8 du Code pénal crée une inquiétude supplémentaire. La notion de « *capacité de discernement* » prévue par la loi de 2007 et insérée dans le Code pénal est plus souvent dans le verbe du civiliste que dans celui du pénaliste. Il s'agit de ce que le profane appelle « *l'âge de raison* », âge de maturité globalement observé à compter duquel un enfant est capable de raisonner, sans être nécessairement capable d'être raisonnable. En droit civil, la capacité de discernement est requise quand l'intérêt de l'enfant est en jeu et que son avis, le plus souvent consultatif, est nécessaire afin de le protéger. Aussi, l'enfant capable de discernement est-il amené à s'exprimer dans toute affaire le concernant, en particulier pour les cas de tutelles de ses biens. Au civil, la question du discernement revient à s'interroger sur les capacités de l'enfant à

---

criminelle. La diminution de moitié de la peine encourue s'applique également aux peines minimales prévues par les articles 132-18, 132-18-1 et 132-19-1 du code pénal ».

[1859] Article 20-2 al. 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 modifiée : « *Toutefois, si le mineur est âgé de plus de seize ans, le tribunal pour enfants ou la cour d'assises des mineurs peut décider qu'il n'y a pas lieu de le faire bénéficier de l'atténuation de la peine prévue au premier alinéa…* »

[1860] France, CRC/C/15/Add.240, par. 17.

protéger ses intérêts, et à faire valoir son opinion sur sa situation personnelle au plan patrimonial, familial ou social. Autrement exprimé, le juge qui souhaite ou doit entendre l'enfant capable de discernement doit avant tout se demander si l'enfant sait ce qui est bon pour lui-même.

1070. Au pénal, la question est totalement inversée et surtout, multipliée. Il n'est plus question de savoir si l'enfant perçoit ce qui est bon pour lui, mais au contraire de savoir si l'enfant a conscience d'avoir nui à un tiers. À ce stade, le sujet s'ouvre sur d'autres questions. Le discernement est-il le même pour un délit contre les biens, contre les personnes ou pour un crime ? Il n'est pas évident que la conscience d'un vol à l'étalage soit la même que celle d'un meurtre ou d'un assassinat. De sorte que l'idée de « *capacité de discernement* » est floue et nécessite certainement le recours à des expertises préalablement à l'examen de la situation de l'enfant prévenu ou accusé.

La question pourrait être de nouveau inversée en rappelant que, dans la plupart des cas, l'acte délinquant est motivé par la recherche d'un intérêt personnel. Ceci ne change rien à la complexité de la question, au contraire, cela l'augmente dans la mesure où il faudrait que l'enfant ait conscience qu'en commettant un acte néfaste il a cherché à promouvoir un intérêt personnel. Une telle éventualité est peu envisageable.

1071. La principale inquiétude du Comité des droits de l'enfant relativement à la question de la fixation d'un seuil de la responsabilité pénale variable reposait essentiellement sur la subjectivité dont elle serait entachée. Le risque étant que le juge, humain par nature et subjectif par conséquent, ne fasse varier l'âge selon son libre arbitre. La solution française est encore plus délicate, puisqu'il paraît évident que, indépendamment de la volonté d'un magistrat, l'âge de la capacité de discernement n'est pas la même selon la gravité de l'acte.

1072. La France semble cependant estimer que la recommandation du Comité ne s'applique pas à sa législation puisque dans son rapport périodique déposé en 2008, elle énonce que « *si aucun seuil d'âge n'est expressément fixé par le droit français pour engager la responsabilité pénale d'un mineur, le juge appréciant, au cas par cas, la capacité de discernement du mineur, les mineurs de moins de treize ans ne peuvent faire l'objet que de mesures de protection ou d'avertissement* »[1861]. Mais la réponse aux recommandations faites en 2004 ne correspond nullement aux problèmes soulevés par le Comité. Celui-ci exprimait

[1861] France, CRC/C/FRA/4, par. 129.

son inquiétude à l'idée que des enfants très jeunes puissent être inquiétés par le droit pénal, indépendamment de la question d'une peine ou d'une sanction éducative. Le Comité invitait la France à envisager un âge en-dessous duquel une poursuite pénale est impossible et non un âge sous lequel une sanction est inenvisageable. La réponse de la France n'est donc pas satisfaisante sur ce point. Ceci induit que les différentes inquiétudes et les remarques du Comité des droits de l'enfant n'ont probablement pas été sans conséquence sur les volontés de réforme du Gouvernement.

3. L'influence du droit international sur la politique pénale interne

1073. Le 3 décembre 2008, la Commission de propositions de réforme sur l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants a remis son rapport au Garde des Sceaux. Cette commission présidée par M. VARINARD a émis une série de soixante-dix propositions de réformes parmi lesquelles « *l'amélioration de la lisibilité formelle du droit pénal applicable au mineur* ». Dans cette voie, la commission reprend les remarques du Comité des droits de l'enfant et énonce que la difficulté juridique naît de l'incertitude qui plane autour de la notion de capacité de discernement de l'enfant dans la procédure pénale. Elle répond aux vœux du Comité qui appelait en 2004 à préciser l'âge en-dessous duquel un enfant est présumé ne pas pouvoir enfreindre la loi pénale, et l'âge de la majorité pénale. Ce faisant, la Commission entérine la distinction entre les deux âges. Elle propose que soit inscrit dans la loi que la majorité pénale est atteinte à dix-huit ans et que l'âge de la responsabilité pénale soit fixé à douze ans[1862].

Le rapport fait état d'études médicales multiples, de rapports psychologiques et des vœux du Comité des droits de l'enfant en la matière qui estime que l'âge de douze ans est l'âge en-dessous duquel il ne faudrait pas descendre[1863]. Ainsi, la Commission confère une légitimité importante à sa proposition puisqu'elle paraît s'inscrire dans la ligne de la volonté du Comité. Mais à y regarder de plus près, la réalité est légèrement différente. Les recommandations sur lesquelles s'appuie la Commission ne sont pas formulées de la façon

[1862] A. VARINARD : « *Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs* » ; Ministère de la Justice, 2008, propositions n°s 7 et 8.
[1863] « *… le Comité des droits de l'enfant des Nations unies a indiqué, lors de sa dernière session de février 2007, que l'âge minimal de la responsabilité pénale des mineurs ne devrait pas être fixé en dessous de 12 ans* » (A. VARINARD : « *Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs* » ; Ministère de la Justice, 2008, p. 73).

dont il est fait état dans son rapport, de sorte que, sans apporter un argument erroné, le rapport français émet une réalité tronquée.

À l'occasion de l'examen des rapports du Kenya[1864], du Suriname[1865] et de la Malaisie[1866], le Comité des droits de l'enfant a, effectivement, appelé ces États à relever l'âge de la responsabilité pénale à douze ans. Dans les recommandations qu'il a adressées au Kenya, le Comité appelle l'État partie à « *porter l'âge de la responsabilité à 12 ans minimum…* ». Au Suriname, de la même façon, il exhorte le pays à « *prendre les mesures nécessaires pour que le Code pénal révisé, qui porte l'âge de la responsabilité pénale à 12 ans, soit adopté sans délai* ». À la Malaisie, enfin, le Comité conseille « *de porter l'âge de la responsabilité à 12 ans minimum…* ».

Au vu de ces trois rapports, il apparaît que la Commission française a raison de souhaiter un abaissement de l'âge de la responsabilité pénale et d'indiquer que ce souhait est en conformité avec les préconisations du Comité des droits de l'enfant. Toutefois, ce point de vue est à relativiser si un soin est pris à noter que, pour le Kenya et pour la Malaisie, le Comité a invité les États parties à poursuivre l'élévation de l'âge de la responsabilité pénale en ne se limitant pas à douze ans, âge qui apparaît plus comme une étape que comme un objectif final à atteindre[1867]. Le positionnement envisagé par la Commission repose donc sur des arguments internationaux erronés, ce qui a été rappelé par la Défenseure des enfants dans son avis du 8 décembre 2008[1868].

1074. Le rapport de la Commission de réforme proposait également, dans la même optique, que l'âge de discernement soit clarifié en matière pénale, en posant une présomption simple de capacité de discernement au même âge que la responsabilité pénale : douze ans. Cette proposition apportait des éclaircissements sur la question, mais elle n'y répondait pas totalement. La présomption étant simple, il n'appartenait plus au Parquet de prouver la

[1864] Kenya, CRC/C/KEN/CO/2.
[1865] Suriname, CRC/C/SUR/CO/2.
[1866] Malaisie, CRC/C/MYS/CO/2.
[1867] « *Le Comité recommande* […] *de porter l'âge de la responsabilité à 12 ans minimum, et d'envisager de le relever encore* » (Kenya, CRC/C/KEN/CO/2, par. 68). « *Le comité recommande* […] *de procéder dans les meilleurs délais au relèvement de l'âge minimum de la responsabilité pénale, de le porter au moins à 12 ans et de continuer à l'augmenter* » (Malaisie, CRC/C/MYS/CO/2, par. 104).
[1868] « *La Défenseure des enfants rappelle la position du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies : celui-ci encourage les États parties à relever l'âge de la responsabilité pénale pour le porter à 12 ans mais il considère qu'il s'agit d'un âge minimum absolu que les États sont invités à augmenter progressivement.*
En adoptant le seuil de la responsabilité pénale à 12 ans, la France se situerait dans la partie la plus basse des seuils fixés par de nombreux pays européens, qui ont plutôt retenu l'âge de 14 ou 15 ans. La Défenseure des enfants rappelle qu'elle avait proposé de fixer ce seuil à 13 ans, en l'assortissant d'un critère complémentaire de discernement » (D. VERSINI, Défenseure des enfants : « *Avis de la Défenseure sur le rapport de la commission VARINARD* » ; 8 décembre 2008).

capacité de discernement du prévenu ou de l'accusé, mais à celui-ci de prouver qu'il n'était pas capable de discernement au moment des faits.

Au-delà de l'argumentaire discutable sur lequel s'appuie le rapport de la Commission, une question de cohérence générale du droit se pose si les propositions de la Commission sont rapprochées du droit civil et des âges civils de l'enfant[1869]. La capacité de discernement pénale n'est pas de la même nature que celle du droit civil, ce qui est rappelé par la Commission VARINARD quand elle explique que pour s'évincer de la poursuite pénale, l'enfant de douze ans « *devra faire la preuve qu'il n'avait pas conscience que son acte pouvait entraîner de telles conséquences…* »[1870].

La présomption de capacité de discernement en droit pénal repose donc sur le postulat qu'à compter de douze ans, un enfant est conscient que son acte entraîne des conséquences néfastes, préjudiciables à autrui et, le cas échéant, à lui-même. C'est sur cette affirmation que repose l'idée défendue par la Commission de réforme. En droit civil, le postulat est inverse, et l'enfant est capable de discernement quand il est considéré comme apte à protéger ses propres intérêts. La présomption en matière civile est de considérer que l'enfant est capable de discernement à partir de treize ans, puisque c'est à cet âge qu'il doit donner son accord pour certaines procédures le concernant parmi lesquelles, et non des moindres, le consentement à sa propre adoption. En schématisant la situation de façon binaire, il est possible de dire que le droit civil cherche la capacité à discerner ce qui est bon, et le droit pénal cherche la capacité à discerner ce qui est mal, ou à comprendre le bénéfice personnel qu'un enfant peut tirer d'une action malfaisante. Une réforme de cet ordre n'aurait-elle pas inversé une logique philosophique de premier ordre en estimant que l'enfant discerne ce qui est mal pour autrui avant de comprendre ce qui est bon pour lui ? Cette considération, conjuguée aux autres remarques du Comité conduisent à penser qu'en fait de « *bon sens* »[1871], c'est vers le contresens ou pire, vers le non-sens, que cette réforme aurait conduit le droit pénal français. De plus, une modification du droit pénal, peu de temps avant l'examen par le Comité des droits de l'enfant des troisième et quatrième rapports périodiques français, n'aurait certainement pas manqué de soulever des critiques au sein de l'instance de contrôle internationale. Enfin, si le Comité a toujours préconisé aux États parties de relever l'âge de la responsabilité pénale, il n'a jamais été partisan d'un abaissement de ce seuil.

[1869] Cf. supra en page 162.
[1870] A. VARINARD : « *Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs* » ; Ministère de la Justice, 2008, p. 79.
[1871] R. DATI : « *Discours de réception du rapport VARINARD* », 3 décembre 2008.

1075. Les différents points de vue du Comité ont une influence indiscutable sur la mise en place du droit français de l'enfant. Il est possible alors, les considérations critiques du Comité relativement à la situation française des droits de l'enfant une fois dégagées, d'explorer les voies pour renforcer l'efficacité du texte et pour doter la France d'un ordonnancement juridique propre à l'enfant.

§ 2 – Intégrer et compléter le dispositif juridique de l'enfance

1076. Compte tenu de la jurisprudence qui considère toujours que la Convention de New York ne peut pas être intégralement appliquée en droit interne, le droit de l'enfance reste un domaine juridique incomplètement intégré. Quand même le droit interne finirait-il d'intégrer la Convention, il n'en demeure pas moins que l'intérêt principal de cet outil est de gérer les relations de l'enfant dans tous les pays. Or, s'agissant d'une convention portant en grande partie sur des libertés fondamentales reconnues à l'enfant, il importe que son aura ne se limite pas à une application interne de ses dispositions.

De sorte que, s'il est admis que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant nécessite encore quelques aménagements en droit interne (A), il reste constant que l'application efficace du traité nécessite que son autorité soit également affirmée au plan international (B).

A – Achèvement du processus d'intégration de la Convention

1077. Le Comité des droits de l'enfant a manifesté son attente de connaître la position de le France sur l'application directe du traité. Le processus d'intégration a été amplement entamé par la Cour de cassation, mais la Haute juridiction doit encore préciser sa position et affirmer nettement la supériorité du traité sur la loi interne (1).

D'autre part, la place du législateur ne doit pas être minimisée tant que la position de l'ordre administratif sera maintenue de distinguer, pour appliquer la Convention en droit interne, selon la nature des recours. De sorte que le travail de transposition du législateur doit poursuivre son œuvre normative (2) dont l'aboutissement trouverait sa forme dans la rédaction d'un Code de l'enfant (3).

1. La fin de l'intégration judiciaire de la Convention

1078. L'évolution jurisprudentielle de la Cour de cassation montre qu'elle est apparemment passée d'une négation de l'autorité de la Convention vers une reconnaissance implicite de l'applicabilité directe de l'ensemble de ses dispositions. La Cour a également montré à plusieurs reprises qu'elle abandonnait la lecture isolée des différents articles pour lui préférer une lecture globale, conforme aux vœux répétés du Comité des droits de l'enfant. De plus, elle semble reconnaître l'autorité de cette instance pour déterminer les directives d'interprétations du texte, délaissant la quête chimérique des souhaits des rédacteurs du traité pour privilégier le point de vue de l'autorité chargée de son application. A plusieurs égards, le comportement de la Cour de cassation paraît répondre aux exigences du droit international et aux dispositions internes de l'article 55 de la Constitution de 1958. Pour autant, affirmer qu'elle a achevé son cheminement jurisprudentiel serait inexact, et se satisfaire de sa position actuelle serait illusoire.

Pour l'instant, les différentes espèces de la Cour de cassation laissent planer un doute quant à la supériorité de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant par rapport à la loi française. La Cour de cassation n'a pas été appelée à trancher d'espèce où la loi française serait en contradiction avec une stipulation du traité. La solution jurisprudentielle d'une telle situation n'est pas sans importance. Le traité de New York ne se contente pas, comme d'autres textes internationaux, de mettre en place des normes techniques. Il énonce des libertés, des droits fondamentaux et, surtout, plusieurs principes directeurs. Aussi, une espèce où la Cour de cassation écarterait l'application de la loi française au bénéfice de la Convention aurait des conséquences juridiques beaucoup plus sensibles que s'il s'agissait, comme dans l'arrêt de 1975, d'une question technique.

Dans l'arrêt « *Jacques VABRE* » du 24 mai 1975[1872], la question se limitait à la perception de droits fiscaux sur des importations de café, de sorte que la solution de la Cour de cassation, indépendamment du principe posé quant à la supériorité du traité, n'avait qu'une incidence technique sur la question envisagée. Si la Cour de cassation poursuit son cheminement vers l'intégration de la Convention dans l'ordre juridique français, et qu'elle continue de faire siennes les recommandations du Comité des droits de l'enfant, elle peut être amenée à écarter des dispositions de la loi française que le Comité trouverait discutables.

[1872] Ch. Mixte, 24 mai 1975 ; Bull. Civ. 1975, n°4 ; D. 1975, p. 497, concl. A. TOUFFAIT ; JCP 1975, II, 18180*bis* ; Gaz. Pal. 1975, 2, p. 470 ; JDI 1975, p. 801.

1079. Les incidences ne sont pas minces, et les questions sans réponse sont nombreuses. Qu'adviendrait-il si une décision condamnant un enfant d'une dizaine d'années était cassée au motif que la responsabilité pénale de l'enfant a été retenue alors que la loi française prévoit un seuil flou quand la Convention exige, d'après son article 40, un âge fixe ? Qu'adviendrait-il si la Cour de cassation décidait que la procédure française en matière de détermination de la responsabilité pénale d'un enfant est contraire à son intérêt supérieur selon l'article 3 du traité ? Le Comité a eu l'occasion de déclarer que la détermination de sa responsabilité était « *pénible pour un enfant aussi jeune* »[1873]. De plus, dans les recommandations qu'il a adressées à la France à l'issue de l'examen de son deuxième rapport, le Comité a clairement signifié que « *la législation et la définition de l'enfant "*capable de discernement*"* […] *risque d'entraîner une discrimination* »[1874], ce qui induit l'idée que la législation française en matière pénale risque d'être jugée contraire, tant à l'article 3 qu'à l'article 2 de la Convention. La loi française sur la responsabilité pénale de l'enfant semble porter atteinte à deux des quatre principes fondamentaux du traité de New York.

D'autres questions se posent comme celle de l'accès aux origines de l'enfant pour laquelle le Comité a montré son inquiétude à l'égard de la législation française[1875].

La finalisation du processus jurisprudentiel de la Cour de cassation est un passage important pour que la Convention trouve en France sa pleine efficacité. C'est ainsi que le législateur sera contraint de veiller scrupuleusement à ce que les normes qu'il vote soient conformes à la Convention, sous peine de voir l'application de ces normes écartée par les juridictions judiciaires.

Pour autant, la Cour de cassation ne peut pas seule rendre la Convention applicable. Elle ne peut trancher que les litiges entre particuliers. Pour les cas où la Convention est la source d'un litige avec l'administration, la solution est différente et le législateur retrouve toute sa place.

2. La fin de la transposition législative de la Convention

1080. La France étant dotée de deux ordres juridictionnels, pour que l'applicabilité directe d'un traité international soit complète, il importe que les deux ordres adoptent la même position. Or, en l'état actuel des solutions de jurisprudence, si la Cour de cassation se dirige

[1873] Hong Kong, CRC/C/SR.329.
[1874] France, CRC/C/15/Add.240, par. 17.
[1875] France, CRC/C/15/Add.20, par ; 14.

clairement vers une intégration complète du texte, il n'en est pas de même du Conseil d'État qui poursuit son analyse pragmatique du texte, en distinguant ce qui est directement applicable de ce qui ne l'est pas.

Il adopte ainsi la procédure qui différencie en droit européen les directives communautaires qui nécessitent une transposition, des règlements qui sont applicables en l'état.

Aussi longtemps que le Conseil d'État maintiendra son point de vue à l'égard de la Convention, une grande partie de ses dispositions ne pourront pas être invoquées directement par un particulier dans les situations l'opposant à l'administration. Il faut cependant rapidement faire une différence en fonction de l'action intentée devant la juridiction administrative, car là encore, un point de détail a son importance. Quand l'action vise la remise en cause d'un acte réglementaire, il semble que la Convention soit applicable intégralement[1876]. Tandis que si l'action poursuit l'objectif de remettre en cause une décision individuelle, la Convention n'est pas intégralement applicable. Ce contexte permet d'affirmer que l'ordre administratif s'appuie sur l'intégralité de la Convention quand il vérifie la légalité des textes réglementaires, et qu'il s'appuie uniquement sur ce qu'il estime directement applicable quand il examine les litiges relatifs à des décisions individuelles.

Il n'est pas nécessairement souhaitable que la position du Conseil d'État change sur l'effet direct de la Convention dans les litiges qui opposent un particulier à l'administration dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir. En effet, les solutions qui se dégageraient auraient nécessairement pour effet de mettre en cause une partie de la politique de l'État. De plus, sur un plan plus moral, le fait d'invoquer la Convention de New York pour remettre en cause une décision administrative qui ne concerne pas directement l'enfant peut heurter. Quand l'intérêt de l'enfant est invoqué devant les juridictions judiciaires, cet intérêt est pris pour lui-même. La solution adoptée pour l'enfant n'a pas de conséquence sur la situation juridique des parents, en dehors des cas tenant de la résidence habituelle de l'enfant. Dans le cas où l'intérêt de l'enfant est invoqué devant les juridictions administratives, il l'est souvent pour remettre en cause une décision de reconduite à la frontière et ainsi parvenir à la priver d'effet. Dans ces conditions, l'intérêt de l'enfant est détourné au profit de celui d'un de ses parents, ce qui permet de relativiser l'apparente intransigeance du Conseil sur les situations qui lui sont présentées.

[1876] C.E. 7 juin 2006 ; D. 2007, p. 2192, note A. GOUTTENOIRE, L. BRUNET.

1081. En l'état de la jurisprudence administrative, la Convention de New York ne peut pas s'appliquer directement dans toutes ses dispositions dans les litiges entre un particulier et l'administration, car il importe que les décisions prises ne remettent pas en cause la politique gouvernementale. Dans ce cadre ainsi mis en place, il importe que le législateur prenne acte de cette situation afin de transposer en droit interne les obligations qu'il a souscrites en ratifiant le texte et dont le Conseil d'État estime qu'elles sont uniquement à sa charge.

L'influence de la jurisprudence sélective du Conseil d'État n'est pas la seule à placer le législateur français en situation de finir l'action législative entreprise depuis la ratification du texte. Le Comité des droits de l'enfant, quoique se satisfaisant de l'état des droits de l'enfant en France, a émis plusieurs remarques qui nécessitent un travail législatif.

Il estime notamment que la France devrait se doter d'une législation conforme à l'article 28 de la Convention prohibant absolument les châtiments corporels. Il note en effet que le rapport énonce que l'État considère les châtiments corporels comme inacceptables, mais que dans les faits, la situation dans les écoles ou dans les familles n'est pas en phase avec les vœux du Gouvernement. Le Comité estime qu'une campagne de sensibilisation doit être menée pour permettre aux familles et aux autorités scolaires et sanitaires de prendre conscience de cette situation. En France, cette recommandation du Comité connaît quelques échos dans l'opinion publique.

Pour autant, la Défenseure des enfants n'a pas souhaité qu'une proposition de loi soit déposée pour prohiber les châtiments corporels[1877], bien que le Conseil de l'Europe cherche à interdire le recours à ces méthodes dans l'ensemble des pays membres du Conseil[1878]. Dans le même sens que le Conseil de l'Europe, le Comité des droits de l'enfant préconise à la France de prendre des mesures législatives, pour rejoindre le groupe des dix-huit pays d'Europe ayant d'ores et déjà proscrit cette pratique. Mais le Comité a pleinement conscience de ce que cette pratique d'éducation familiale est héritée de siècles de tradition de puissance paternelle. Aussi, invite-t-il l'État à commencer par sensibiliser la population à des pratiques éducatives plus positives.

En matière de droits de l'enfant, la France est plutôt bonne élève, d'où le fait que le Comité fasse assez peu de recommandations relatives à la législation, ce qui voudrait indiquer que la Convention de New York est bien appliquée en France. Ceci doit être nuancé,

[1877] C. LEGRAND : « *Mais pourquoi tapent-ils ?* » ; « *La Croix* » ; 29 octobre 2008 ; C. LEGRAND : « *Faut-il interdire la fessée ?* » ; « *La Croix* » ; 29 octobre 2008.
[1878] A. LECLAIR : « *Le Conseil de l'Europe veut abolir la fessée* » ; « *Le Figaro* » ; 17 juin 2008.

car s'il n'émet pas de recommandations sur la législation française, le Comité l'invite à porter des efforts pour que les mesures prises ou envisagées soient appliquées avec plus d'efficacité[1879]. Dans cette optique, le Comité propose un outil juridique complet et maniable : un Code de l'enfance.

3. La rédaction d'un Code de l'enfance

1082. La Convention de New York a été rédigée sur le socle posé auparavant par les Déclarations relatives aux droits de l'enfant. Chacune a en commun l'idée que l'enfant est un être à part, qui nécessite un droit propre et des protections particulières. La spécificité de la Convention de 1989 tient dans ce qu'elle exprime, dans son article 4, l'exigence que les États parties la mettent en œuvre en usant de tous les moyens juridiques possibles, indépendamment des questions budgétaires.

Dans son œuvre de surveillance de l'application du texte, le Comité des droits de l'enfant s'est exprimé sur ce qu'il fallait entendre par l'expression « *toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus par la présente Convention* ». Lors de plusieurs recommandations à des États, le Comité a estimé que l'aboutissement de l'intégration du texte dans le droit interne des États et la marque de que leur législation est en accord avec la Convention est la promulgation d'un « *code détaillé de l'enfance* »[1880]. L'avantage de la codification des normes en matière d'enfance est d'achever la lisibilité du droit propre à cette catégorie de la population.

Aujourd'hui, en France, les questions relatives aux droits de l'enfant sont dispersées entre au moins onze codes, parmi lesquels le Code civil, le Code pénal, les deux codes de procédures, le Code de l'éducation, de la santé publique. Si à cette liste s'ajoute le Code de la justice pénale des mineurs projeté par la Commission VARINARD, la lisibilité de l'ensemble du droit de l'enfant en France s'en trouve notablement troublée. L'idée de départ qui motive l'élaboration d'un code dédié à la justice pénale des mineurs est la même qui doit inciter à la rédaction d'un code dédié à l'enfance en général.

[1879] Les recommandations pour augmenter l'efficacité des mesures prises sont plurielles et touchent aussi bien l'égale répartition des ressources dans tous les départements (France, CRC/C/15/Add.240, par. 19), que le droit des enfants handicapés (France, CRC/C/15/Add.240, par. 41), que l'allocation de ressources plus importantes pour l'éducation obligatoire (France, CRC/C/15/Add.240, par. 49), ou encore les mauvais traitements portés aux enfants dans le cadre des détentions provisoires (France, CRC/C/15/Add.240, par. 59).
[1880] Algérie, CRC/C/15/Add.76, par. 29 ; République démocratique lao, CRC/C/15/Add.78, par. 30.

Derrière l'aspect formel d'une compilation des nombreuses lois portant sur l'enfant, l'élaboration d'un code de l'enfance permettra une nouvelle rédaction de l'ensemble des lois afin de gommer les imperfections juridiques actuelles[1881] et d'effacer les incohérences. Dans ce sens, le Comité des droits de l'enfant appelle souvent la France à « *réexaminer sa législation* »[1882]. La rédaction d'un Code permettrait un réexamen complet, ce qui favoriserait l'essor des droits de l'enfant et également leur visibilité, et donc répondrait à la volonté du Comité des droits de l'enfant de favoriser par tous moyens la promotion des droits de l'enfant.

La création d'un Code de l'enfance pourrait permettre, en guise d'exergue, de publier la Convention relative aux droits de l'enfant, puis de décliner, dans plusieurs parties, les différentes branches du droit de l'enfant instillées notamment dans la Convention comme le droit à la santé, le droit à l'éducation, le droit à une vie de famille harmonieuse.

Enfin, et ce ne serait pas la moindre des innovations, la mise en place d'un Code de l'enfance permettrait de créer un outil unique pour tout juriste en lien d'une façon ou d'une autre avec l'enfance.

1083. Les recommandations du Comité montrent que l'application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant tient en grande partie à la bonne volonté des États parties. La Convention, comme tout traité, est dépourvu de force contraignante au plan international. Pourtant, les objectifs qu'il poursuit reposent principalement sur l'idée de promouvoir la protection de l'enfant en raison de sa fragilité en tant qu'il représente un enjeu d'avenir pour l'ensemble de l'humanité.

L'ampleur de ce but imposerait que la Convention dispose d'une autorité internationale plus importante afin que son application soit plus efficace.

B – Renforcement de l'autorité internationale de la Convention

1084. La principale faiblesse de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, est que, si elle n'est pas spontanément appliquée par les États parties, en dehors de ses suggestions, de ses remarques et de ses recommandations, le Comité des droits de l'enfant ne dispose d'aucun recours pour ne serait-ce qu'inviter plus fermement l'État à remplir ses

[1881] La Commission VARINARD propose de revisiter la terminologie pénale associée à l'enfance en remplaçant notamment le tribunal des enfants par un « *tribunal des mineurs* » et le juge des enfants par un « *juge des mineurs* ».
[1882] France, CRC/C/15/Add.240, par. 17, par. 19, par. 22, par. 59.

obligations. Il apparaît que deux axes doivent être privilégiés pour permettre à la Convention de bénéficier d'une autorité internationale plus forte.

La première voie est de donner les moyens au Comité des droits de l'enfant de contrôler de façon plus assidue les progrès réalisés par les pays (1), la seconde est la mise en place de sanctions quand les manquements à la Convention et à ses grands principes sont particulièrement évidents (2).

1. Augmenter le pouvoir de contrôle du Comité des droits de l'enfant

1085. Le Comité des droits de l'enfant fonctionne comme un aimant[1883] en faisant venir à lui les rapports, les remarques et les commentaires des différents acteurs internationaux en lien avec l'enfance. De ce fait, à nouveau, son pouvoir d'investigation est limité à ce que mentionnent les différents rapports. En tant qu'organe chargé « *d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la* » Convention de New York, il gagnerait en efficacité s'il lui était possible de dépêcher un émissaire indépendant, chargé de constater ces rapports. Le Comité se félicite de la mise en place, en France notamment, d'un « *défenseur des enfants* »[1884]. Une institution de ce type au niveau international serait une voie de progrès (a).

Par ailleurs, l'article 44, 1, b) de la Convention mentionne que les États doivent soumettre leur rapport périodiques tous les cinq ans. Ce délai très long s'appuie sur l'idée que les rapports ne peuvent faire état que des progrès mentionnés à l'article 43 du traité. Il serait judicieux, quand la situation l'exige, que les rapports soient plus fréquents (b).

a. La création d'un défenseur international des enfants

1086. La notion de « *défenseur des enfants* » est une création française. Il semble opportun d'en examiner, succinctement le rôle, afin de pouvoir envisager de le transposer au plan international.

[1883] Cf. supra en page 583.
[1884] France, CRC/C/15/Add.240, par. 3.

➢ *Le Défenseur des enfants français.*

1087. En France, l'institution du « *Défenseur des enfants* » a été créée par la loi du 6 mars 2000[1885]. Comme son nom l'indique avec clarté, son rôle est, indépendamment du pouvoir en place et des institutions publiques, de défendre les intérêts des enfants et de promouvoir leurs droits, reconnus par la loi française ou les engagements internationaux contractés par la France[1886]. L'article 3 de la loi met en place les conditions d'action du Défenseur. Il est chargé, quand un enfant met en cause une administration publique, de saisir le Médiateur de la République. Quand l'enfant met en cause une personne physique, le rôle du Défenseur est de régler le litige de façon non contentieuse. Quand un enfant lui paraît en danger, il doit saisir le Procureur de la République.

Le rôle du Défenseur des enfants français tient dans l'observation, la médiation et la critique. Même si ses rapports d'activités n'influencent pas beaucoup le législateur, il demeure qu'ils sont souvent sans concession et font montre d'une observation critique des droits de l'enfant en France. À ce titre, le Comité des droits de l'enfant a souhaité, dans ses recommandations générales à la France, que les rapports du Défenseur français lui soient transmis en même temps que le rapport gouvernemental sur les progrès accomplis. De plus, il apparaît que les rapports du Défenseur ont souvent été cités lors des sessions d'examen du rapport français, prouvant l'importance que le Comité des droits de l'enfant lui attache[1887].

La grande latitude et l'indépendance du Défenseur des enfants français permettent d'envisager une transposition aménagée de cette institution au niveau international.

➢ *Un rôle de rapporteur et de médiateur international*

1088. L'institution du Comité des droits de l'enfant permet à l'ONU de suivre les progrès accomplis par les États dans l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant. La limite de cette possibilité de contrôle réside dans ce que le Comité n'est saisi que des informations que les États veulent bien lui transmettre, dans des délais de cinq ans, quand les États les respectent (ce qui est rare[1888]).

[1885] Loi n°2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants (JORF, 7 mars 2000, p. 3536).
[1886] Article 1er al. 2 de la loi n°2000-196 du 6 mars 2000.
[1887] France, CRC/C/SR.967.
[1888] La France a accumulé un retard considérable en matière de présentation de ses rapports. Dans les recommandations qu'il lui a faites, le Comité appelle l'État à veiller au « *respect d'un calendrier qui soit pleinement conforme aux dispositions de l'article 44 de la Convention* ». Pour lui permettre de rattraper ce

Ce procédé connaît plusieurs lacunes. La première est que le suivi des progrès des États parties n'est pas continu. Le Comité n'est pas en mesure actuellement de suivre constamment l'application de la Convention dans les États parties, il doit se contenter des rapports périodiques. La deuxième lacune est que l'influence du Comité est restreinte à ses recommandations qui, de la même façon, ne bénéficient pas d'un suivi concret sur le terrain. Enfin, la troisième lacune réside dans le fait que les États doivent attendre l'examen du rapport pour connaître les recommandations du Comité pour améliorer l'application du traité.

La création d'un organe annexe, chargé d'apporter des réponses concrètes entre l'examen des rapports par le Comité serait une façon de pallier ces lacunes. Le Défenseur international des enfants pourrait bénéficier d'une latitude d'observation pour l'application de la Convention et poursuivre l'impulsion donnée par le Comité en aidant les États parties à suivre ses recommandations.

De plus, dans le cadre d'une mission de médiation, il pourrait aider le Comité des droits de l'enfant à connaître les difficultés rencontrées par l'État partie dans l'exécution de ses recommandations. Sa médiation pourrait également permettre aux personnes physiques d'exprimer leurs sentiments à l'égard de la politique menée par leur gouvernement dans le cadre des droits de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant s'est montré très attentifs aux points de vue du Défenseur des enfants français précisément parce qu'ils lui permettent d'obtenir une vision concrète de la situation des droits dans le pays. La différence entre le rapport remis par la France et les rapports du Défenseur des enfants réside dans ce que le premier ne fait valoir que la mise en place générale des droits de l'enfant alors que le second exprime la réalité de cette mise en œuvre et les litiges qu'elle crée.

La réalité de l'application des droits échappe souvent au Comité, ce qui l'oblige à ne proposer que des recommandations générales. S'il avait connaissance, par le biais d'un rapporteur spécialement mandaté à cet effet, de la réalité des droits de l'enfant, cela lui permettrait d'affiner la précision de ses rapports et d'augmenter l'efficacité de son contrôle.

Une autre amélioration du Comité peut être apportée pour lui permettre d'avoir un regard *a priori* sur les progrès réalisés au lieu de se contenter d'un examen *a posteriori*.

---

retard, le Comité a autorisé à la France à lui présenter ses troisième et quatrième rapports dans un seul document au plus tard le 5 septembre 2007 (France, CRC/C/15/Add.240, par. 63). La France a déposé ce document dans le courant de l'année 2008.

b. La possibilité de saisir le Comité

1089. Le Comité des droits de l'enfant est une instance de contrôle à l'agenda planifié. Il ne se réunit qu'en sessions, toujours aux mêmes échéances et publie des recommandations sur les mesures « *adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la présente Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits* »[1889]. Le Comité des droits de l'enfant est une institution qui constate, apprécie, critique et propose des corrections. Sans pour autant minimiser son importance, il est possible de dire que le Comité des droits de l'enfant est un cercle passif, dans la mesure où il ne peut pas intervenir dans la réalisation des progrès mais qu'il ne peut que les constater ou en déplorer l'inexistence.

Il serait opportun, pour augmenter l'efficacité du travail du Comité qu'il ne soit pas limité à une œuvre de contrôle, mais qu'il puisse aussi être l'origine de conseils ou d'avis. Il ne saurait être question de l'autoriser à s'immiscer dans la politique interne d'un État partie. Pour donner un rôle actif au Comité, il serait judicieux que les États qui entreprennent des réformes ou des ajustements législatifs puissent solliciter le Comité afin d'obtenir son avis sur la conformité de la réforme avec les dispositions de la Convention et avec les objectifs que le Comité souhaite que l'État en question atteigne.

Cette procédure de saisine pour avis respecte les impératifs de neutralité du Comité et les exigences de non ingérence du droit international. De plus, la mise en place de cette technique permettrait aux États d'établir un dialogue constructif avec le Comité et d'anticiper sur ses éventuelles remarques. Sur le plan international, la possibilité offerte aux États parties de solliciter l'avis du Comité avant de mettre en œuvre des réformes ou des ajustements législatifs portant sur les droits de l'enfant renforce nettement l'efficacité de la Convention. Les effets sur le droit interne sont également sensibles.

L'exemple français des dernières recommandations du Comité est intéressant à cet égard. Le Comité souhaite que le législateur français réexamine une série de dispositions qu'il a prises et de corriger des lois récemment promulguées. La correction d'une loi n'est pas un acte législatif anodin et reflète une forme de renoncement du législateur amené à reconnaître que la loi qu'il a édictée est imparfaite. L'amendement d'une loi récente, sa modification ou, pire, son abrogation, nuit grandement à la lisibilité du texte législatif. Cet état de fait explique que les législateurs soient peu enclins à revisiter les textes qu'ils ont votés. Une procédure d'avis de la part du Comité favoriserait l'efficacité des réformes, et, indirectement, la

[1889] Article 44, 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

rédaction des rapports des États parties. En effet, le fait de suivre un avis du Comité sur un texte législatif présume que l'instance internationale n'ait plus à critiquer le texte.

Afin de renforcer encore l'autorité du texte, il serait judicieux que celui-ci soit pourvu d'une force contraignante par le biais de sanctions dans le cas où les manquements aux stipulations sont évidents et injustifiés.

2. Sanctionner les manquements ostensibles à la Convention

1090. Comme la plupart des traités internationaux, la Convention de New York n'est appliquée que par la bonne volonté des États parties. Les manquements, les dysfonctionnements ne sont pas sanctionnés, seules les remarques du Comité ont valeur de réprimande internationale et ne sont pas nécessairement suivies d'effets en droit interne.

La nature du texte, créateur de droits, précepteur de principes, interdit de sanctionner tous les manquements ou toutes les violations du texte. En revanche, il existe des situations dans lesquelles la violation des droits de l'enfant et majeure, et, surtout, indéniable. Dans ces cas-là, la solution d'une coercition émanant d'une juridiction indépendante et supérieure est envisageable (b), en suivant l'exemple de la procédure en matière de droits de l'homme (a).

a. L'exemple de la procédure en matière de droits de l'homme

1091. La principale faiblesse du Comité tient dans le fait que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est un outil international, au confluent des accords entre les États mais, comme souvent, dépourvu de force contraignante. Il n'existe aucun organe pouvant sanctionner un non respect des obligations des États. Le Comité compte beaucoup sur la valeur de ses recommandations, parfois sur leur fermeté et sur leur large diffusion par les États pour suffire à permettre une application réelle du traité. L'implication importante des organisations non-gouvernementales ainsi que des organes de l'ONU permet de penser que le suivi de l'application de la Convention est assuré. Bien que le réseau, au centre duquel le Comité des droits de l'enfant apparaît, selon ses propres termes, comme un catalyseur, soit développé, il lui manque la possibilité de contraindre les États à prendre leurs responsabilités dans l'application du texte qu'ils ont signé.

Est-il possible d'envisager une procédure contraignante pour faire appliquer la Convention ? Un système pourrait se rapprocher de la procédure de signalement devant le Comité des droits de l'homme. Prévue par l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, cette procédure autorise un État à signaler au Comité des droits de l'homme le manquement d'un autre État à l'application du Pacte. Considérant que l'application de ce Pacte nécessitait un contrôle encore plus rigoureux, un protocole additionnel et facultatif à ce traité a été rédigé. Il prévoit que la procédure de signalement exposée dans le Pacte est étendue à la saisine du Comité par les particuliers qui s'estimeraient victimes d'une violation de leurs droits fondamentaux par l'État sous la juridiction duquel ils sont placés. Ce protocole met en place une procédure qui permet au Comité des droits de l'homme d'examiner des plaintes individuelles, de les instruire, d'ordonner à l'État mis en cause des mesures provisoires quand la durée de la procédure d'examen ne permet pas de garantir la santé ou la survie du plaignant[1890], et quand la violation est confirmée[1891] par son examen, de condamner l'État à verser une indemnité[1892] au plaignant. Cette procédure de plainte individuelle permet au Pacte d'être mieux appliqué et au Comité des droits de l'homme d'être plus en prise avec la réalité tangible de sa mise en œuvre.

Mais ce signalement, s'il est possible pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'est guère envisageable pour la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Aussi, pour envisager de sanctionner les manquements au texte de 1989, importe-t-il d'effectuer quelques modifications.

[1890] Il faut prévoir un délai de six mois à un an pour la décision sur la recevabilité d'une communication, et les conclusions du Comité sont rendues publiques un an ou deux après. En tout, il faut compter de deux à trois ans pour que l'examen d'une plainte soit mené à son terme.
Il peut arriver que la victime présumée d'une violation des droits de l'homme ait besoin d'être protégée avant que le Comité n'ait eu le temps de formuler ses vues, et le Comité a dû parfois, sans préjuger du bien-fondé de la plainte, faire connaître son opinion provisoire à certains États. C'est ainsi que dans certains cas, le Comité a informé l'État en cause de ne pas renvoyer ou expulser la victime supposée, dans un autre cas le Comité a demandé de ne pas procéder à une exécution capitale alors que la communication était en cours, enfin dans un autre cas le Comité a exprimé ses inquiétudes sur l'état de santé de la victime et a demandé au gouvernement de la faire examiner médicalement et a demandé de recevoir une copie du rapport médical.

[1891] En tout, 728 communications d'individus mettant en cause 52 États parties ont été examinées par le Comité des droits de l'homme. Le Comité a conclu ses travaux et a fait part de ses vues sur 239 cas et a établi qu'il y a eu sur 181 cas, des violations des dispositions contenues dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

[1892] Les décisions du Comité rendues en vertu du Protocole facultatif ont permis de changer la juridiction de quelques États. Dans un certain nombre de cas, des prisonniers furent libérés et une indemnité fut remise à la victime dont les droits furent violés. En 1990, le Comité institua un mécanisme par lequel il cherche à observer de plus près l'attitude des États parties sur les mesures prises pour donner effet à ses décisions ; la coopération des États a été encourageante.

b. L'application aux droits de l'enfant

1092. Une procédure telle que celle envisagée pour les droits de l'homme ne pourrait pas facilement être mise en place au niveau du Comité des droits de l'enfant. D'abord parce que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ne fait pas intervenir deux mais trois acteurs : l'enfant, l'État, la famille. Il serait peu envisageable qu'un enfant (au sens de la Convention) puisse demander au Comité d'examiner une violation de ses droits par ses parents. D'une part parce que, en raison de sa minorité, il devra agir par l'intermédiaire d'un tiers et d'autre part parce que, en cas de violation avérée par les parents, cela pourrait conduire le Comité à sanctionner une personne privée. Or, les personnes privées ne sont pas directement parties à la Convention, elles n'ont pas matériellement adhéré à la Convention, elles ne sont que ressortissantes d'un État partie. De plus, les conflits entre particuliers sont soumis aux juridictions internes des États et, le cas échéant, aux institutions spécialement créées à cet effet[1893].

Ensuite, cela créerait un risque de nuisance aux intérêts de l'État si un particulier adulte (un parent) décidait de signaler les immixtions de l'État dans la gestion de l'éducation qu'il donne à son enfant. Conformément à l'article 14, 2 de la Convention, « *les États respectent le droit et le devoir des parents* […] *de guider* [l'enfant] *dans l'exercice du droit* » à la liberté de conscience et de religion. Il serait tout à fait possible pour un parent d'effectuer un signalement à l'encontre d'un État qui obligerait l'enfant à choisir une religion particulière. Aussi, un signalement auprès d'une autorité compétente ne saurait être ouvert aux particuliers, de peur de voir se multiplier les procédures abusives et de mettre en péril les intérêts d'un État et la sécurité du plaignant.

1093. La procédure de signalement individuel, similaire à celle développée par le Comité des droits de l'homme, n'est pas envisageable dans le cadre de la Convention relative aux droits de l'enfant et de l'activité du Comité des droits de l'homme. L'application de la Convention demeure une question de spontanéité, loin du contrôle contentieux international. Néanmoins, une solution proche de la procédure de signalement par un État serait déjà plus praticable, surtout depuis que la Convention relative aux droits de l'enfant s'est enrichie de deux protocoles relatifs à l'enfant en prise à la pornographie, à l'exploitation et aux conflits armés. Cela permettrait à un État d'attirer la vigilance du Comité sur le comportement d'un autre État en regard d'une question relative aux droits de l'enfant. En outre, il serait possible

[1893] En France, le rôle du Défenseur des enfants est, précisément, de régler ce genre de litiges.

d'étendre la possibilité d'interpeller le Comité sur une violation des droits de l'enfant aux organisations internationales avec lesquelles il collabore dans le cadre de la préparation de l'examen des rapports des États parties.

Toutefois, les situations politiques sont telles qu'aucun État ne peut affirmer appliquer parfaitement la Convention. De sorte qu'un recours d'un État contre un autre État ne serait crédible que si l'État plaignant pouvait se targuer d'irréprochabilité aux yeux du Comité. Il importe donc, dans ces conditions, de réduire le domaine des signalements aux cas où la violation de la Convention est manifeste, excessive et porte atteinte aux intérêts des enfants nationaux de l'État mis en cause, en même temps qu'elle oblige l'État plaignant à assumer les devoirs de l'État contre lequel il se plaint. Autrement dit, il s'agit de limiter les cas d'ouverture aux situations où un État est obligé d'assumer les obligations d'un autre en matière de droits de l'enfant. Cette réduction, importante, de la question, réduit d'autant les États ayant vocation à agir. La situation ne se présente que dans une hypothèse où les droits des enfants sont gravement violés, obligeant un État à assurer leur protection à la place d'un autre. C'est le cas quand des enfants sont contraints de fuir leur pays en raison d'un état de guerre ou de guerre civile, ou parce qu'ils sont l'objet de persécutions. Dans cette hypothèse, les enfants, obligés de quitter leur pays, sont pris en charge par un autre État. Le fait même qu'un enfant soit forcé de quitter son pays est la manifestation évidente (et indéniable) de ce que l'État viole les droits de l'enfant, notamment l'article 38, 4 de la Convention qui impose, en cas de conflit armé, que l'État prenne « *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* ». Subséquemment, le déplacement forcé des enfants d'un pays vers un autre est également une atteinte intolérable à leur intérêt (article 3), à leur droit à la survie (article 6), au respect de l'unité de leur famille (article 9). Cela porte également atteinte au devoir général de protection de l'État prévu par l'article 19 de la Convention. Le déplacement de populations d'enfants est une préoccupation majeure du Comité[1894]. Il serait cohérent que, dans ce domaine qui porte ostensiblement atteinte aux droits de l'enfant[1895], il puisse exister une procédure de signalement, suivie d'injonctions, et, le cas échéant, de sanctions.

1094. Donner des attributions quasi-juridictionnelles au Comité des droits de l'enfant bouleverserait la conception classique de son devoir de surveillance de l'application du traité.

[1894] Burundi, CRC/C/15/Add.133 par. 30 ; Colombie, CRC/C/15/Add.137, par. 34 ; Iraq, CRC/C/15/Add.94, par. 15.
[1895] G. MACHEL : « *Impact des conflits armés sur les enfants* » ; A/51/306.

Cela obligerait également à ajouter un protocole additionnel et facultatif à la Convention de 1989, rédigé dans un esprit similaire à celui du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En outre, cela assurerait au Comité une surveillance constante du respect des droits de l'enfant par les États parties. Une telle juridictionnalisation de l'autorité du Comité des droits de l'enfant permettrait en outre de réduire le fossé qui existe entre l'apparente universalité de la Convention (attestée par le fait que 192 États l'aient ratifiée) et la réalité de son application, perturbée par les réserves et soumises aux aléas politiques des États.

1095. Si la Convention de New York s'en tenait à des considérations générales, liées à la protection de l'enfant dans sa famille et à lui donner des droits et des libertés depuis longtemps reconnus aux autres hommes, la nécessité de son respect pourrait s'éclipser derrière la nécessité de garantir aux États parties la certitude de leur souveraineté. Mais la Convention relative aux droits de l'enfant ne se limite pas à protéger les droits de l'enfant. Accompagnée de deux protocoles facultatifs ajoutés à l'orée du XXI^{ème} siècle, le but de la Convention est également désormais de protéger l'enfant non plus dans ses droits, mais aussi dans sa chair, dans son existence et dans sa tranquillité. En complétant le texte de 1989 de ces ajouts modernes, l'ONU a décidé de faire de la Convention un outil complet en faveur des enfants. Offrir un outil aussi complet et s'interdire la possibilité de le rendre efficace concrètement revient à réduire considérablement son importance. La nécessité d'une sanction dans les cas majeurs est impérieuse.

Elle s'inscrit en droite ligne du rappel mis en exergue dans le préambule de la Convention :

> « *L'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux* ».

Conclusion de la seconde partie

1096. Le droit ne s'est pas offert aux hommes avec évidence. Fruit de luttes, œuvre de pouvoir, sujet de débats et occasion d'expressions de forces, le droit est une construction longue et difficile. Selon les philosophes, la conscience du droit naît en même temps que celle de la propriété privée. Le droit des hommes remonte à une époque immémoriale où un homme eut à protéger ce qu'il estimait être son bien. Fort d'expériences et de décisions, le droit s'est patiemment construit : abolissant les inégalités, réduisant les souffrances, promouvant le bien commun et protégeant la propriété.

En parallèle à la construction constante du droit des hommes, des bouleversements intellectuels sont venus apporter des changements concrets, souvent accompagnés de heurts et de violences. L'affirmation des droits de l'homme, l'émancipation des libertés individuelles et la consécration des droits inaliénables de tout être humain ne se sont pas faits sans cris et sans effusions. Il apparaît aujourd'hui, plusieurs siècles après ces changements importants de l'histoire universelle, que ces mutations sont acquises et que les droits de l'homme font l'homme moderne. Pourtant, le temps écoulé entre l'apparition du droit et l'affirmation de ces droits-là est considérable, mais cela n'empêche pas les droits de l'homme d'apparaître comme une réalité universelle indéniable, malgré leur relative jeunesse.

Que dire de la jeunesse des droits de l'enfant en comparaison de celle des droits de l'homme ?

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est un texte nouveau, en même temps qu'il est la preuve d'une grande modernité. Elle est la manifestation d'un compromis mondial entre les cultures et les croyances, entre les religions et les philosophies. Elle est l'aboutissement de plusieurs millénaires d'évolution des idées et des regards que le monde des adultes porte sur l'enfant. De cette façon, la Convention de New York marque l'achèvement d'un long processus. Mais il serait présomptueux et inexact d'avoir la prétention

d'affirmer qu'elle se suffit à elle-même. Elle s'apparente davantage à une étape, franchie de façon presque universelle, pour continuer sur le chemin de l'affirmation des droits de l'enfant.

Or, ce chemin est sinueux et serpente dans trois directions pour atteindre le but ultime qui est la reconnaissance des droits de l'enfant comme un élément du quotidien, au même titre, en principe, que les droits de l'homme.

La première direction sur le chemin des droits de l'enfant conduit au plan international. Il est primordial que le concert des nations continue de parachever ce que la Convention a mis en place. L'enjeu est, au même titre que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de donner une force contraignante à la Convention relative aux droits de l'enfant tout en poursuivant l'entraide entre les pays pour que la théorie exprimée dans les cinquante-quatre articles du texte devienne une réalité sur les cent-quatre-vingt-douze territoires des États parties.

La deuxième direction s'infiltre dans les États. Au niveau interne, les efforts à fournir sont encore grands pour que les enfants ne soient plus considérés juridiquement comme des personnes de second ordre ou comme des êtres inférieurs. Il importe que les législations des États soient le reflet que l'enfant est une personne à part entière mais que sa jeunesse d'esprit et sa fragilité imposent que soient prises à son attention, les dispositions nécessaires pour qu'il puisse un jour entrer pleinement dans le monde des adultes en y étant préparé au mieux. Dans ce domaine, la France agit de façon convenable. Le droit français a pris acte dès 1970 de ce que l'enfant faisait partie de sa famille et de la société en effaçant la notion de puissance paternelle. Cette terminologie surannée, héritée des philosophies les plus antiques et du droit romain, exprimait l'idée que le père disposait d'une puissance qu'il exerçait sur son enfant, réduisant celui-ci à la manifestation visible d'une personne dépourvue de droits. L'apparition de la notion d'autorité parentale avec la loi du 4 juillet 1970 est un mouvement essentiel sur la voie de l'affirmation des droits de l'enfant. Cet élan a été poursuivi par la loi du 4 mars 2002 qui instille à l'autorité parentale l'exigence qu'elle soit dirigée vers l'enfant. L'intérêt de l'enfant, qui était resté cantonné à la jurisprudence, est gravé dans le marbre de la loi. Cette affirmation posée par l'article 371-1 du Code civil révolutionne la famille – au sens astronomique du terme – en inversant sa direction. Tandis qu'auparavant l'enfant devait suivre ses parents, il est désormais un acteur du quotidien, susceptible de faire valoir ses droits et ses envies dans le gouvernement de sa famille. Sujet passif de la cellule intime, il est devenu la préoccupation première de ses parents, prenant la place d'un acteur conscient de la politique familiale.

C'est précisément dans l'intimité du cercle de famille que s'insinue silencieusement le troisième chemin emprunté pour la pleine affirmation des droits de l'enfant. Certes les lois, les conventions, les règlements et les traités ont-ils une importance capitale dans le changement des civilisations. Mais ils sont sans effet s'ils n'emportent pas l'adhésion des populations auxquelles ils s'appliquent. Les lois et les traités affichent ouvertement la volonté des États de progresser sur le chemin des droits de l'enfant. Mais il importe, comme l'a souvent fait remarquer le Comité des droits de l'enfant, que les mesures prises au niveau gouvernemental soient accompagnées concrètement par des campagnes de sensibilisation et par des mesures d'explication et de vulgarisation. Une loi, pas plus qu'un juge, ne peut seule changer les mœurs ou les mentalités. Son édiction doit être poursuivie par un effort pour que son esprit pénètre l'ensemble de la population à laquelle elle est censée s'appliquer.

Ces trois chemins doivent être suivis pour atteindre le but affiché par la Convention de New York. Celle-ci, inexistante sans l'harmonieux concert des nations, ne saurait survivre sans la volonté des États et l'adhésion des populations. Il importe que ces trois voies soient suivies concomitamment pour que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 ne perde pas de son authenticité, de sa vivacité et de sa modernité.

Conclusion générale

1097. L'enfant attire naturellement la compassion et l'affection, la tendresse et, une certaine forme de commisération. L'enfant attendrit, il émeut, il amuse. À l'inverse, le droit fait partie de ces disciplines aux abords austères, à la réputation glacée et aux contours abrupts. Reprenant la pensée de PORTALIS, il n'appartient pas à l'enfant d'abandonner sa fragilité pour suivre la route stricte que le droit lui trace. Au contraire, c'est au droit de se conformer à son interlocuteur et de lui offrir un espace d'évolution adapté lui permettant de vivre paisiblement en préparant sereinement sa vie d'adulte pendant laquelle la rigueur du droit s'accomplira entièrement.

Ainsi, pour essayer de dégager une définition satisfaisante de l'enfant, était-il indispensable de ne plus l'enfermer dans l'étroit statut juridique du mineur. De ce fait, il apparaît que l'enfant est une personne aux contours temporels encore nébuleux qui dépendent autant de circonstances de fait que de comportements juridiques. À ce titre, la définition proposée de l'enfant en tant que personne aux caractéristiques multiples, exigeant protection et responsabilisation, entraîne un examen nouveau du statut de mineur qui lui est attribué. Le droit français prend surtout en considération l'aspect immature et fragile de l'enfant au détriment du besoin naturel d'apprendre les rudiments de la vie d'adulte qui l'attend et que souvent, impatient, il attend. Il paraît donc intéressant que le législateur s'attarde sur la question de savoir comment il pourrait envisager une réforme de la minorité pour que le statut de mineur intègre le besoin de préparer l'enfant à devenir un citoyen le plus complet possible.

1098. La fragilité de l'enfant et son immaturité ont particulièrement été prises en compte par le droit international de l'enfant dans sa construction la plus visible : la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989. Cet outil moderne a mis cette question en exergue, dès son préambule, affirmant que le premier devoir du droit était de protéger l'enfant, sans pour autant l'opposer à l'adulte, mais au contraire en lui permettant de s'intégrer au mieux dans son environnement. C'est la raison pour laquelle la Convention de

New York insiste pour que l'unité familiale soit préservée et que l'enfant y tienne une place d'acteur et non simplement de spectateur, comme longtemps ce fut le cas.

Avancée majeure en matière de droit de l'enfance, le traité de New York représente la source vive qui irrigue les canaux des législations internes ; grossie, au confluent du Comité des droits de l'enfant, par l'ensemble des recommandations de cette instance de surveillance. Le droit international de l'enfant est peu connu, peut-être parce que la Convention de New York apparaît comme un texte évident, facile à comprendre et s'apparentant, pour ses grands principes, à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Amplifiée par les considérations du Comité, elle prend immédiatement un aspect normatif beaucoup plus subtil et complexe qu'une déclaration de droits classique. Elle s'inscrit alors dans une mouvance régulatrice, prenant dûment en compte les obligations souscrites par les États de *« prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits* » de l'enfant. L'ensemble formé de la Convention et des considérations du Comité des droits de l'enfant tient une place de premier rang dans l'ordre juridique propre à l'enfant. Certes, des considérations culturelles, philosophiques, religieuses ou financières sont-elles autant de barrages sur le cours de sa réalisation. Mais la ténacité et l'opiniâtreté des instances internationales à favoriser l'application de ce texte, ainsi que son adoption presque universelle, permettent d'espérer qu'un jour le droit de l'enfant sera devenu une réalité et un élément du quotidien. Ce jour-là, s'il arrivait, le Comité n'aurait plus d'utilité concrète et ses recommandations se limiteraient à des *satisfecit*.

L'examen de la réalité contemporaine de l'application concrète de la Convention relègue à l'utopie l'éventualité d'un droit de l'enfant ancré dans les consciences et dans les usages. La France, malgré une image de « *bonne élève* » du droit de l'enfant, n'est pas épargnée par certaines remarques du Comité qui relève que la législation interne contient certains aspects discriminatoires ou qui ne favorisent pas pleinement l'intérêt supérieur de l'enfant. Sans être marginales, les constatations du Comité ne remettent pas en cause les grands principes du droit français de l'enfant qui a, de façon satisfaisante, su s'adapter à la personne de l'enfant.

1099. Des progrès restent à faire, mais ils tiennent surtout de l'accompagnement des mesures prises en faveur de l'enfant. C'est par ce vecteur de sensibilisation que les droits de l'enfant deviendront une réalité tangible et ne seront plus cantonnés à des principes évasifs, parfois difficiles à appréhender pour celui ou celle qui n'est pas aguerri à la question. C'est à ce moment, quand le droit de l'enfant quitte les codes ou les lois pour irriguer les mentalités,

que le travail du juriste s'achève. Ce n'est pas au législateur, ni au juge, ni aux professionnels du droit de vulgariser ce qu'il vote, ce qu'il applique ou ce qu'il utilise. Le juriste doit passer la main aux enseignants, aux journalistes, aux travailleurs sociaux et à l'ensemble des professionnels en prise directe avec la population à laquelle le droit s'applique.

Il reste néanmoins un domaine où le juriste doit poursuivre l'œuvre de transmission du droit à l'adresse, précisément, des professionnels du droit de l'enfant. Il semble aujourd'hui primordial que les facultés de droit ne se contentent plus d'enseigner le droit de l'enfant au travers du prisme, réducteur et déformateur, de l'incapacité civile et de la minorité. L'enfant, en tant que discipline d'enseignement, doit quitter les cadres qui lui sont dévolus pour être enseigné en tant que droit positif à part entière. Le droit de l'enfant ne saurait être réduit à des considérations sommaires sur la Convention de New York ou sur le droit interne. Il importe que des enseignements structurés et complets soient dispensés permettant d'apprécier la réalité de l'enfance à travers une définition entière du sujet et un examen intégral du droit qui s'y applique. Les professionnels du droit de l'enfant doivent être les premiers destinataires de l'exigence de diffusion imposée par la Convention de New York dans son article 42. Ce n'est que si les professionnels sont bien formés et bien renseignés que le droit de l'enfant sera bien appliqué.

Étudier la rencontre du monde de l'enfant et de celui du juriste exigeait donc d'abandonner la dureté (occasionnellement mécanique) du regard juridique pour adopter l'espace d'un moment le regard (parfois un peu naïf) de l'enfant. Cet effort est aussi soutenu que son accomplissement est indispensable. Ce n'est qu'en s'écartant des automatismes acquis et souvent irréfléchis que le juriste peut essayer d'esquisser un droit moderne adapté à un sujet de droit particulier, par son âge, sa fragilité et son immaturité. Seul un effort dans ce sens permet de s'apercevoir que l'enfant est une personne sensible et fragile et que le droit moderne doit abandonner de sa sévérité pour embrasser au mieux ces spécificités.

L'enfant est universel.

« *… Et tant pis pour ceux qui s'étonnent,*
Et que les autres me pardonnent.
Mais les enfants ce sont les mêmes,
À Paris ou à Göttingen ».

– BIBLIOGRAPHIE –

I) Ouvrages juridiques généraux

- **R. CABRILLAC** (dir) : « *Dictionnaire du vocabulaire juridique* » ; Litec, 2002.
- **J. CARBONNIER** : « *Droit civil, t.2. La famille, l'enfant, le couple* » ; PUF, Coll. Thémis, 2002.
- **J. CARBONNIER** : « *Droit civil, t.1. Introduction, les personnes* » ; PUF, Coll. Thémis, 1991.
- **J. CARBONNIER** : « *Droit civil, les personnes* » ; PUF, 21ème éd. 2000.
- **G. CORNU** : « *Droit civil, la famille* » ; Montchrestien, 8ème éd. 2003.
- **C. DEMOLOMBE** : « *Cours de Code Napoléon t. VI*» ; 12ème éd. 1861.
- **J. FLOUR** : « *Cours d'introduction à l'étude du droit et droit civil* » ; A. Collin, 1968.
- **Y. GAUDEMET** : « *Traité de droit administratif* », LGDJ, 18ème éd. 2005.
- **J.-P. GRIDEL** : « *Introduction au droit et au droit français* » ; Dalloz, 1993.
- **R. GUILLIEN, J. VINCENT** : « *Termes juridiques* » ; Dalloz, 10ème éd. 1995.
- **P. MALAURIE** : « *Cours de droit civil, la famille* » ; Cujas 1999.
- **P. MALAURIE, L. AYNÈS** : « *Cours de droit civil. Les personnes, les incapacités* » ; Cujas 3ème éd. 1994-1995.
- **P. MALINVAUD** : « *Introduction à l'étude du droit* » ; 9ème éd. Litec 2002.
- **H., L., J. MAZEAUD** : « *Leçons de Droit civil* » ; T. 1, Montchrestien 1983.
- **F. TERRÉ, D. FENOUILLET** : « *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités* » ; 6ème éd. Dalloz 1996.
- **M. VÉRON** : « *Droit pénal spécial* » ; Dalloz, 1999.

II) Publications juridiques spécialisées

- Association H. CAPITANT : « *Le corps humain et le droit* » ; Dalloz, 1977.
- **A.-M. ALLEON, O. MORVAN, S. LEBOVICI** : « *Devenir adulte* » ; PUF, 1990.
- **R. ANDORNO** : « *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles* » ; LGDJ, 1996.
- **F. BAILLEAU** : « *Les jeunes face à la justice pénale* » ; Syros, 1996.
- **J.-L. BAUDOUIN, C. LABRUSSE-RIOU** : « *Produire l'homme, de quel droit ?* » ; PUF, 1987.

- **O. CAYLA, Y. THOMAS** : « *Du droit de ne pas naître* » ; Gallimard, 2002.
- **C. CHABERT** : « *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois* » ; PUAM, 2001.
- **M. CHAUVIÈRE, P. LENOËL, E. PIERRE** : « *Protéger l'enfant* » ; PUR, 1996.
- **A. DAGUERRE** : « *La protection de l'enfance en France et en Angleterre 1980-1989* » ; L'harmattan 1999.
- **F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ** : « *Les droits de l'enfant* » ; coll. *Que sais-je ?*, PUF, 5ème éd. 2001.
- **F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ** : « *Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps* » ; Documentation française, 1999.
- **R. DRAÏ, M. HARICHAUX** : « *Bioéthique et droit* » ; PUF, 1988.
- **B. EDELMAN** : « *La personne en danger* » ; PUF, 1999.
- **L. FABIUS, J.-P. BRET** : « *Droits de l'enfant, de nouveaux espaces à conquérir. Tome I* » ; Rapport de l'Assemblée Nationale, 6 mai 1998.
- **P. FÉLIDA, D. LECOURT, J.-F. MATTEI, C. THIBAULT, D. THOUVENIN, C. SUREAU** : « *L'embryon humain est-il humain ?* » ; PUF, 1996.
- **P.-A. FENET** : « *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* » ; Ducessois 1828.
- **M. GARAUD** : « *La Révolution française et la famille* » ; PUF, 1978.
- **T. HAMMARBERG** : « *Children, the UN Convention and the media* » ; International journal of children's right, 1997.
- **R. HODGKIN, P. NEWELL** : « *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant* » ; UNICEF, 2002.
- **X. LABBÉE** : « *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort* » ; PUL, 1990.
- **J. LANG** : « *L'enfant dans la société internationale* » ; Rapport de l'Assemblée nationale, 1997.
- **G. LEPOINTE** : « *La famille dans l'Ancien Droit* » ; Domat, 1947.
- **J.-L. LORRAIN** : « *Adolescence, comment en sortir ? Les enjeux d'une politique publique* » ; Rapport du Sénat, n°242.
- **B. MANIER** : « *Quand les femmes auront disparu, l'élimination des filles en Inde et en Asie* » ; La Découverte, 2004.
- **G. MEUNIER** : « *L'application de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des États parties* » ; L'Harmattan, 2002.
- **P. MURAT** : «*La famille, la loi, l'État* » ; L.G.D.J, 1990.
- **C. PERELMAN, R. VANDER ELST** : « *La notion à contenu variable en droit* » ; Bruylant, 1984.
- **F. PORTALIS** : « *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil* » ; Joubert, 1844.

- **J.-E. PORTALIS** : « *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* » ; confluences, 1999.
- **G. RAYMOND** : « *Droit de l'enfance et de l'adolescence* » ; Litec 5ème éd. 2006.
- **C. ROLLET-ECHALIER** : « *La politique à l'égard de la petite enfance sous la III*^{ème} *République* » ; PUF, 1990.
- **M. SANTO PAIS** : « *Manuel relatif à l'établissement de rapports sur les droits de l'homme* » ; UNITAR, 1997.
- **B. STASI** : « *Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République* » ; La Documentation française, 2004.
- **R. SZRAMKIEWICZ** : « *Histoire du droit français de la famille* » ; Dalloz, 1995.
- **F. TERRÉ** : « *L'enfant de l'esclave : génétique et droit* » ; Flammarion, 1987.
- **A. VARINARD** : « *Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs* » ; Ministère de la Justice, 2008.
- **D. YOUF** : « *Introduction à la philosophie des droits de l'enfant* » ; ANRT, 2003.
- **D. YOUF** : « *Penser les droits de l'enfant* » ; PUF, 2002.

III) Doctrine

1. *Thèses et mémoires*

- **J. BOULANGER** : « *L'intérêt de l'enfant dans l'évolution législative* » ; mémoire, Nantes, 2002.
- **C. BIDEAU-CAYRE** : « *L'accès de l'enfant à la justice en droit français et en droit québécois* », thèse, Lyon, 2006.
- **T. BREGER** : « *Analyse critique et bilan de l'action du Comité des droits de l'enfant des Nations unies* » ; mémoire, Nantes, 2002.
- **M. DOURIS** : « *L'enfant à particularités* » ; thèse, Lyon, 2006.
- **V. EGEA :** « *L'impératif en droit de la famille* » ; mémoire, Aix, 2002.
- **F. GÉNY** : « *Science et technique en droit privé positif* » ; thèse, Paris, 1924.
- **L. GRIFFON** : « *Droits de famille et communauté de vie* » ; thèse, 2000.
- **R. LALOU** : « *La maxime "*Infans conceptus…*" en droit français* » ; thèse, Paris 1904.
- **L. LECOQ** : « *De la fiction comme procédé juridique* » ; thèse, Paris, 1914.
- **R. LE GUIDEC** : « *La notion d'intérêt de l'enfant en droit français* » ; thèse, Nantes, 1973.
- **Y. LEGUY** : « *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales* » ; thèse, Rennes, 1974.

- **C. NEIRINCK** : « *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents* » ; thèse, Montpellier, LGDJ 1984.
- **L. SÉBAG** : « *Condition juridique des personnes avant leur naissance* » ; thèse, Paris, 1936.

2. Chroniques et articles

- **P. ALSTON** : « *Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant* » ; Bulletin des droits de l'homme, 1991/2.
- **V. BALESTRIERO** : « *La situation de l'enfant mort-né* » ; D. 1999, chron. p. 81.
- **A. BELAUD-GUILLET** : « *Le statut du fœtus ex utero, du droit à la vie au droit sur la vie* » ; Petites Affiches, 16 septembre 1998, p. 8.
- **H. BLOSSE-PLATIÈRE, O. MATOCQ** : « *La parole de l'enfant dans le divorce de ses parents* » ; Petites Affiches, 3 mai 1995, p. 85.
- **D. BOURGAULT-COUDEVYLLE** : « *La condition juridique de l'embryon et du fœtus* » ; Regards sur l'actualité, n°291, p. 17.
- **C. BYK** : « *La recherche sur l'embryon humain* » ; JCP 1996, I, 3949.
- **C. BYK** : « *L'embryon jurisprudentiel* » ; Gaz. Pal. 24/25 octobre 1997, p. 46.
- **J.-S. CAYLA** : « *La loi du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de grossesse : aspects médicaux et biologiques* » ; RTDSS 1980, p. 308.
- **J.-L. CLERGERIE** : « *L'adoption d'une convention internationale sur les droits de l'enfant* » ; Revue de droit public, Mars-Avril 1990, p. 435.
- **G. CORNU** : « *L'âge civil* » *in* « *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER* » ; Dalloz et Sirey, 1961, Tome II, p. 1.
- **G. COUCHEZ** : « *La fixation à dix-huit ans de l'âge de la majorité* » ; JCP 1975, I, 2684.
- **P. COURBE** : « *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant* » ; D. 2006, chron. p. 1487.
- **M. DONNIER** : « *L'intérêt de l'enfant* » ; D. 1959, Chron. P. 179.
- **J.-P. DURAND** : « *Le point de vue catholique* », *in* « *Bioéthique et droit* » ; PUF, 1988, p.60.
- **D. DUTRIEUX** : « *Législation funéraire : une nouvelle définition de l'enfant mort-né* » ; Defrénois, 15 juin 2002, p. 719.
- **J. FRANÇOIS** : « *Contribution à l'étude de la personnalité* » ; Revue Générale de droit, de la législation et de la jurisprudence, 1931, p. 286.
- **F. GISSER** : « *Réflexions en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité* » ; JCP 1984, I, 3142.
- **J.-P. GRIDEL** : « *L'âge et la capacité civile* » ; D. 1998, chron. p. 90.
- **M. GRIMALDI** : « *L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence* » ; Defrénois, 1991 p. 385.

- **H. GROUTEL** : « *Droit des assurances terrestres* », D. 1987, p. 178.
- **M. GUGGENHEIM** : « *La législation rabbinique* », *in* « *Bioéthique et droit* » ; PUF, 1988, p. 81.
- **P.-J. HESSE** : « *Un droit fondamental vieux de 3 000 ans : l'état de nécessité, jalons pour l'histoire de la notion* » ; Droits fondamentaux n°2, janvier 2002, p. 134.
- **X. LABBÉE** : « *Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine* » ; D. 1999, chron. p. 437.
- **J.-J. LEMOULAND** : « *L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation* » ; RTDCiv. 1997, p. 1.
- **B. MATHIEU** : « *La recherche sur l'embryon au regard des droits fondamentaux* » ; D. 1999, p. 451.
- **G. MEMETEAU** : « *La perte de chances et la responsabilité médicale* » ; Gaz. Pal. 24/25 Octobre 1997, p. 22.
- **G. MEMETEAU** : « *La situation juridique de l'enfant conçu* » ; RTDCiv. 1989, p. 611.
- **G. MEMETEAU** : « *Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique* » ; JCP 1985, I, 3191.
- **G. MEMETEAU** : « *Le refus de soin à enfant conçu* » ; RTDSS, 1979, p. 317.
- **J.-C. MONTANIER** : « *Les actes de la vie courante en matière d'incapacité* » ; J.C.P. 1982, I, 3076.
- **P. MURAT** : « *Vers la fin des filiations légitime et naturelle* » ; Droit de la famille, Hors-série, Décembre 2000.
- **P. MURAT** : *« Réflexions sur la distinction être humain / personne juridique* » ; Dr. Fam. 1997, p. 4.
- **C. NEIRINCK** : « *L'embryon humain, une catégorie juridique à dimension variable ?* » ; D. 2003, chron. p. 841.
- **R. NERSON** : « *L'activité du mineur non émancipé* » ; RTDCiv. 1971, p. 613.
- **P. PEDROT** : « *Le statut juridique de l'embryon et du fœtus en droit comparé* » ; JCP. 1991, I, 3483.
- **L. PEYREFITTE** : « *Considérations sur la règle «* aliments n'arréragent pas *»* » ; RTDCiv. 1968, p. 286.
- **E. PIERRE** : « *La loi du 19 avril 1898 et les institutions* » ; Revue d'histoire de l'enfance irrégulière, n°2, 1999.
- **J. PRADEL** : « *La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt Assemblée plénière du 29 juin 2001)* » ; D. 2001, n°36, p. 2907.
- **G. RAYMOND** *:* « *Le statut juridique de l'embryon humain* » ; Gaz. Pal. 1993, 1, p. 524.
- **P. RAYNAUD** : « *L'enfant peut-il être objet de droit ?* » ; D. 1988, chron. p. 109.

- **A. ROUAST** : « *La condition juridique de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage* » ; RTDCiv. 1927, p. 137.
- **G. ROUJOU DE BOUBÉE** : « *L'interruption volontaire de grossesse, commentaire de la loi du 17 janvier 1975* » ; D. 1975, Chron. p. 209.
- **J. RUBELLIN-DEVICHI** : « *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises* » ; JCP 1994, I, 3739.
- **P. SALVAGE** : « *La viabilité de l'enfant nouveau-né* » ; RTDCiv. 1976, p. 725.
- **A. SÉRIAUX** : « *"*Tes père et mère honoreras*", réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain* » ; RTDCiv. 1986, p. 265.
- **F.-F. STONE** : « *Cinq problèmes de responsabilité civile en droit américain* » ; RDIC, 1956, p. 232.
- **E. SERVERIN** : « *La loi du 31 décembre 1979, aspects juridiques et sociologiques* » ; RTDSS, 1980, p. 291.
- **J. STOUFFLET** : « *L'activité juridique du mineur non-émancipé* » *in* « *Mélanges en l'honneur de Pierre VOIRIN* » ; LGDJ, 1966.
- **I. THÉRY** : « *Nouveaux droits de l'enfant : la potion magique ?* » ; Esprit, Mars 1992.
- **R. THÉRY** : « *La condition juridique de l'embryon et du fœtus* » ; D. 1982, Chron. p. 231.
- **D. VERSINI**, Défenseure des enfants : « *Avis de la Défenseure sur le rapport de la commission VARINARD* » ; 8 décembre 2008.
- **D. VIGNEAU** : « *Dessine-moi un embryon* » ; Petites Affiches, 14 décembre 1994, p. 62.
- Secrétariat général de la CIEC : « *État civil et décès périnatal dans les états de la commission internationale de l'état civil* » ; JCP 1999, I, 124, p. 613.

3. <u>Notes de jurisprudence</u>

- **D. ALLAND** : note sous C.E. 23 avril 1997 ; RGDIP 1998, p. 203.
- **A. ASHWORSTH** : note sous CE, 10 juillet 1995 ; *Association Un Sysiphe* ; JCP 1995, II, 12519.
- **A. BÉNABENT** : note sous C.A. Rennes, 18 mars 1982 ; D. 1983, IR, p. 449.
- **J. BERNARD** : note sous Cass. Ass. Plén. 31 Mai 1991 ; JCP 1991, II, 21752.
- **D. BERTOL** : note sous Cass. Civ. 2, 5 février 2004 ; Petites Affiches, 24 juin 2005.
- **E.-M. BEY** : note sous Décision n°74-54 du 15 janvier 1975 : « *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* » ; JCP 1975, II, 18030.
- **G. BLANC** : note sous Cass. Civ. 2, 18 septembre 1996 ; D. 1998, Chron. p. 327.
- **F. BOULANGER** : note sous C.E. 30 juin 1999 ; D. 2000, p. 1.

- **D. BOURGAULT-COUDEVYLLE** : note sous Cass. Civ. 1, 25 juin 1996 ; D. 1997, p. 455.
- **P. BOUZAT** : note sous Cass. Crim. 12 mai 1954 ; D. 1955, p. 229.
- **A. BRAUNSCHWEIG** : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; Gaz. Pal. 1995, p. 3.
- **J. BROUCHOT** : note sous Cass. Crim. 11 juin 1953 ; JCP 1953, II, 7708.
- **L. BRUNET** : note sous C.E. 7 juin 2006 ; D. 2007, p. 2192.
- **J. CARBONNIER** : note sous TGI Versailles, 24 septembre 1962 ; D. 1963, p. 52.
- **J. CARBONNIER** : note sous C.A. Paris, 10 avril 1959 ; D. 1960, p. 673.
- **F. CHABAS** : note sous Cass. Civ. 2, 19 février 1997, « *BERTRAND* » ; Gaz. Pal. 1997, 2, p. 572.
- **F. CHABAS** : note sous Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000 ; JCP 2000, II, 10438.
- **F. CHABAS** : note sous Cass. Civ. 2, 5 février 2004 ; RJPF. 2004-9, p. 39.
- **F. CHABAS** : note sous Cass. Ass. Plén. 9 mai 1984 ; D. 1984, n°37 p. 525.
- **D. CHAUVAUX** : note sous C.E. 23 avril 1997 ; AJDA 1997, p. 435.
- **J.-Y. CHEVALLIER** : note sous Cass. Crim. 19 février 1997 ; JCP 1997, II, p. 354.
- **J.-Y. CHEVALLIER** : note sous C.A. Reims, 3 février 2000 ; D. 2000, p. 43.
- **J. CLÉMENT** : note sous C.E. 26 octobre 2001 ; Petites Affiches, 15 janvier 2002.
- **L. COLLET-ASKRI** : note sous C.A. Reims, 3 février 2000 ; Petites Affiches, 5 octobre 2000, p. 16.
- **Y. DAGORNE-LABBÉ** : note sous Cass. Civ. 2, 9 mars 2000 ; Petites Affiches, 9 novembre 2000.
- **D. DE BÉCHILLON** : note sous C.E. 26 octobre 2001 ; RFDA. 2002, p. 146.
- **M. DE CAZALS** : note sous T.G.I. Paris, 3 juin 1976 ; D. 1977, p. 303.
- **R. DE GOUTTES** : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; Gaz. Pal. 1995, p. 3.
- **M. DEGUERGUE** : note sous C.E. 26 octobre 2001 ; AJDA 2002, p. 259.
- **N. DEJEAN DE LA BATIE** : note sous Cass. Ass. Plén. 9 mai 1984 ; JCP 1984, II, 20255.
- **F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ** : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; D. 1994, p. 34.
- **B. DE LAMY** : note sous Cass. Crim. 30 juin 1999 ; D. 2000, n°12, p. 181.
- **N. DELECOURT** : note sous Cass. Civ. 2, 5 juin 1991 ; D. 1992, Somm. p. 63.
- **P. DELVOVE** : note sous C.E. 31 octobre 1980 ; D. 1984, IR, p. 73.

- **N. DESCAMPS-DUBAELE** : note sous Cass. Civ. 2, 22 octobre 1997 ; D. 1998, somm. p. 293.
- **C. DESNOYER** : note sous Cass. Crim. 30 juin 1999 ; D. 2000, n°17, p. 169.
- **C. DESNOYER** : note sous C.E. 22 septembre 1997 ; D. 1998, somm. p. 297.
- **P. DHÉRY** : note sous CEDH, 25 mars 1993 ; Gaz. Pal. 1994, 2, p. 481.
- **H. DONNEDIEU DE VABRES** : note sous Cass. Crim. 3 août 1950 ; D. 1950 p. 701.
- **A. DORSNER-DOLIVET** : note sous Cass. Civ. 1, 11 octobre 1988 ; JCP 1989, II, 21358.
- **L. DUBOUIS** : note sous C.E. 26 octobre 2001 ; RDSS. 2002 p.41.
- **L. DUCOUR** : note sous Cass. Crim. 3 août 1950 ; Sirey, I, p. 65.
- **L. DUMAINE** : note sous Cass. Crim. 30 juin 1999 ; D. 2000, n°17, p. 169.
- **G. DURRY** : note sous Cass. Crim. 14 mai 1980 ; RTDCiv. 1981, p. 158.
- **C. DUVERT** : note sous C.A. Paris, 29 septembre 2000 ; D. 2001, p. 1585.
- **R. ENCINAS DE MUNAGORRI** : note sous Cass. Civ. 1, 18 mai 2005 ; RTDCiv 2005, p. 556.
- **J.-F. ESCHYLLE** : note sous Cass. Civ. 1, 14 mai 1992 ; D. 1993, p. 247.
- **G. FAURÉ** : note sous C.A. Metz, 3 septembre 1998 ; JCP 2000, II, 10231.
- **G. FAURÉ** : note sous C.A. Lyon, 13 mars 1997 ; JCP. 1997, II, 22955.
- **G. FAURÉ** : note sous Cass. Crim. 30 juin 1999 ; JCP. 2000, II, 10231.
- **L. FAVOREU** : note sous Décision n°74-54 du 15 janvier 1975 : « *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* » ; Revue de droit public 1975 p. 185.
- **E. FORTIS-MONJAL** : note sous C.A. Paris, 24 mai 1984 ; D. 1985, jur. p. 143.
- **T. FOSSIER** : note sous TI. Saint-Omer, 3 mai 1989 ; JCP N, II, 89.
- **T. FOSSIER** : note sous Cass. Mixte. 9 février 2001 ; JCP, 25 avril 2001, n°17 p. 817.
- **T. FOSSIER** : note sous Cass. Civ. 1, 18 mai 2005 ; AJ. Famille 2005, p. 274.
- **T. FOSSIER** : note sous Cass. Mixte. 9 février 2001 ; JCP N, n°7, p. 323.
- **T. FOSSIER** : note sous Cass. Civ. 1, 27 mai 2003 ; JCP 2004, I, 109, n°5.
- **P. FRION** : note sous C.E. 26 octobre 2001 ; Gaz. Pal. 2002, 1451.
- **P. FRION** : note sous C.E. 26 octobre 2001 ; Dr. Fam. 2002, n°53.
- **T. GARÉ** : note sous Cass. Civ. 2, 22 octobre 1997 ; JCP 1998, II, 10014.
- **T. GARÉ** : note sous Cass. Civ. 1, 6 mars 1990 ; JCP 1991, II, 21664.
- **T.-X. GIRARDOT** : note sous C.E. 23 avril 1997 ; AJDA 1997, p. 435.
- **A. GOUTTENOIRE-CORNUT** : note sous Cass. Civ. 2, 9 mars 2000 ; JCP. 2000, II, 10374.

- **A. GOUTTENOIRE-CORNUT** : note sous Cass. Civ. 1, 21 novembre 1995 ; D. 1996, 420.
- **A. GOUTTENOIRE-CORNUT** : note sous C.E. 22 septembre 1997 ; JCP 1998, II, 10052.
- **A. GOUTTENOIRE-CORNUT** : note sous C.E. 7 juin 2006 ; D. 2007, p. 2192.
- **F. GRANET** : note sous C.A. Versailles, 3 octobre 1996 ; D. 1998, Somm. p. 30.
- **F. GRANET-LAMBRECHT** : note sous Cass. Civ. 1, 6 février 2008 ; D. 2008, pan. p. 1371.
- **H. GRATADOUR** : note sous Cass. Civ. 1, 5 avril 2005 ; AJFam. 2005, p. 273.
- **P. GUERDER** : note sous Cass. Mixte. 9 février 2001 ; Dr. Fam. avril 2001, n°4 p. 21.
- **C. GUETTIER** : note sous C.E. 26 octobre 2001 ; Petites Affiches, 19 août 2002.
- **J. GUIGUE** : note sous Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000 ; Gaz. Pal. 2001, p. 37.
- **P. GUIOMARD** : note sous Cass. Civ. 1, 6 février 2008 ; D. 2008, p. 483.
- **L. HAMON** : note sous Décision n°74-54 du 15 janvier 1975 : « *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* » ; D. 1975, jur. p. 529.
- **J. HAUSER** : note sous C.A. Paris, 9 janvier 1996 ; RTDCiv. 1996, p. 365.
- **J. HAUSER** : note sous C.A. Bourges, 8 novembre 2000 ; RTDCiv. 2001, p. 577.
- **J. HAUSER** : note sous Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000 ; RTDCIV 2001 p. 103.
- **J. HAUSER** : note sous Cass. Civ. 1, 3 novembre 2004 ; RTDCiv. 2005, n°1, p. 100.
- **J. HAUSER** : note sous Cass. Civ. 1, 25 mai 2004 ; RTDCiv. 2004, p. 492.
- **J. HAUSER** : note sous Cass. Civ. 2, 22 octobre 1997 ; RTDCiv. 1998, p. 95.
- **J. HAUSER** : note sous Cass. Civ. 2, 11 octobre 1995 ; RTDCiv. 1996, p. 141.
- **J. HAUSER** : note sous C.E. 26 octobre 2001 ; RTDCiv. 2002, p. 484.
- **J. HAUSER** : note sous Cass. Civ. 1, 21 novembre 1995 ; RTDCiv, 1996, p. 140.
- **J. HAUSER** : note sous Cass. Civ. 1, 18 mai 2005 ; RTDCiv. 2005, p. 585.
- **M. HERZOG-EVANS :** note sous C.E. 31 octobre 2008 ; D. 2009, p. 134.
- **D. HUET-WEILLER** : note sous Cass. Ass. Plén. 31 Mai 1991 ; RTDCiv. 1991, 517.
- **S. JOLLY-ABRAVANEL** : note sous Cass. Civ. 1, 12 décembre 2000 ; JCP, 25 juillet 2001, n°30 p. 1503.
- **L. JOSSERAND** : note sous C.A. Lyon, 23 janvier 1907 ; D. 1908, jur. p. 73.

- **P. JOURDAIN** : note sous Cass. Civ. 2, 19 février 1997, « *BERTRAND* » ; D. 1997, p. 265.
- **P. JOURDAIN** : note sous Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000 ; D. 2001, p. 332.
- **P. JOURDAIN** : note sous Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000 ; RTDCIV 2001 p. 149.
- **P. JOURDAIN** : note sous Cass. Crim. 18 mai 2004 ; RTDCiv. 2005, n°1, p. 140.
- **P. JOURDAIN** : note sous Cass. Civ. 2, 18 septembre 1996 ; RTDCiv. 1997, p. 436.
- **L. JULLIOT-DE-LA-MORANDIÈRE** : note sous Cass. Ch. Réunies, 8 mars 1939 ; D. 1941, p. 37.
- **R. KELLER** : note sous C.E. 5 décembre 2007 ; AJDA 2008, p. 535.
- **X. LABBÉE** : note sous C.A. Douai, 2 juin 1987 ; JCP. 1989, II, 21250.
- **X. LABBÉE** : note sous TGI Lille, 6 mai 1996 ; D. 1997, jur. p. 543.
- **P. LAGARDE** : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; Rev. Crit. DIP, 1993, p. 449.
- **V. LARRIBAU-TERNEYRE** : note sous Cass. Civ. 1, 25 mai 2004 ; Dr. Fam. 2004, n°122.
- **C. LARROUMET** : note sous Cass. Civ. 2, 18 mars 1981 ; D. 1981, IR, 319.
- **G. LEBRETON** : note sous Cass. Civ. 2, 19 février 1997, « *BERTRAND* » ; Petites Affiches, 15 septembre 1997.
- **P. LEGAL** : note sous Cass. Crim. 11 juin 1953 ; RSC 1954, p. 117.
- **R. LEGEAIS** : note sous Cass. Ass. Plén. 9 mai 1984 ; Defrénois 1984, p. 557.
- **B. LEGROS** : note sous Cass. Crim. 19 février 1997 ; D. 1997, n°18, p. 236.
- **L. LEVENEUR** : note sous Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000 ; CCC. 2001, n°39.
- **P. MALAURIE** : note sous C.A. Lyon, 13 mars 1997 ; Defrénois, art. 36578, p. 640.
- **P. MALAURIE** : note sous Cass. Civ. 1, 11 juin 1991 ; D. 1991, p. 521.
- **P.-M. MARTIN** : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; JCP 1993, I, 3677.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 6 février 2008 ; Defrénois 2008, p. 866.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 2, 5 juin 1991 ; Defrénois 1992, p. 302.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 3 juin 1980 ; Defrénois 1981, 32599.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; Defrénois 1993, p. 852 ; D. 1993, p. 361.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 2 mai 1990 ; Defrénois 1990, p. 960.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 25 mai 2004 ; Defrénois 2004, n°1677.

- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 10 mai 1995 ; Petites Affiches, 13 mars 1996, n°32.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 11 décembre 1985 ; D. 1986, n°27.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 14 mai 1992 ; Defrénois 1992, 1435.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 6 mars 1990 ; Defrénois 1990, p. 944.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 27 mai 2003 ; Defrénois 2003, p. 1496.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ. 1, 29 juin 1994 ; Defrénois 1995, p. 321.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Ass. Plén. 31 Mai 1991 ; Defrénois 1991, p. 948.
- **J. MASSIP** : note sous Cass. Civ 1. 22 Juillet 1986 ; Defrénois 1986, p.1433.
- **D. MAZEAUD** : note sous Cass. Civ. 2, 19 février 1997, « *BERTRAND* » ; D. 1997, somm. p. 290.
- **D. MAZEAUD** : note sous Cass. Ass. Plén. 17 novembre 2000 ; D. 2001, p. 332.
- **P. MAZIÈRE** : note sous CEDH, 25 mars 1993 ; JCP 1994, II, 22262.
- **F. MONÉGER** : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; RDSS 1993, p. 533.
- **L. MOREAU** : note sous C.E. 26 octobre 2001 ; JCP 2002, II, 10025.
- **P. MURAT** : note sous Cass. Civ. 1, 6 février 2008 ; Dr. Fam. 2008, p. 165.
- **P. MURAT** : note sous C.A. Lyon, 13 mars 1997 ; Dr. Fam. sept. 1997, p. 4.
- **P. MURAT** : note sous Cass. Civ. 2, 19 février 1997, « *BERTRAND* » ; Dr. Fam. 1997, p. 83.
- **P. MURAT**: note sous Cass. Civ. 1, 5 avril 2005 ; Dr. Fam. 2005, n°155.
- **P. MURAT**: note sous Cass. Civ. 2, 18 septembre 1996 ; Dr. Fam. 1997, n°83.
- **P. MURAT**: note sous C.E. 22 septembre 1997 ; Dr. Fam. 1998, comm. p. 56.
- **C. NEIRINCK** : note sous Cass. Civ. 1, 10 mars 1993 ; JCP 1993, I, 3677.
- **R. NERSON** : note sous TGI Versailles, 25 avril 1979 ; RTDCiv. 1981, p. 142.
- **G. PAIRE** : note sous Cass. Civ. 1, 10 décembre 1985 ; D. 1987, jur. p. 449.
- **J. PATARIN** : note sous Cass. Civ. 1, 14 mai 1992 ; RTDCiv. 1993, p. 171.
- **A. PELLET** : note sous Décision n°74-54 du 15 janvier 1975 : « *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* » ; Gaz. Pal. 1976, 1, p. 25.
- **M. PENNEAU** : note sous Cass. Civ. 1, 11 octobre 1988 ; D. 1989, somm. p. 317.
- **L. PHILIP** : note sous Décision n°74-54 du 15 janvier 1975 : « *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* » ; Revue de droit public 1975, p. 1335.
- **J. PRADEL** : note sous Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001 ; D. 2001, n°36, p. 2907.
- **M. PUECH** : note sous Cass. Crim. 3 août 1950 ; « *grands arrêts de la jurisprudence criminelle* », n°100, p. 381.
- **M. PUECH** : note sous Cass. Crim. 11 juin 1953 ; GAJC, Cujas, n°33 p. 132.

- **C. PUIGELIER** : note sous C.A. Lyon, 13 mars 1997 ; Dr. Pén. Oct. 1997, p. 4.
- **M.-L. RASSAT** : note sous Cass. Crim. 30 juin 1999 ; Dr. Pén. n°4, p. 4.
- **J. RAVANAS** : note sous Cass. Civ. 1, 12 décembre 2000 ; D. 2001 p. 2064.
- **J. RAVANAS** : note sous C.A. Paris, 14 février 2002 ; D. 2002, p. 2004.
- **P. REMY-CORLAY** : note sous Cass. Civ. 1, 18 mai 2005 ; RTDCiv 2005, p. 750.
- **J. RIVERO** : note sous Décision n°74-54 du 15 janvier 1975 : « *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* » ; AJDA 1975, p. 134.
- **A. ROBERT** : note sous C.A. Paris, 17 juin 1965 ; D. 1966, p. 130.
- **L. ROLLAND** : note sous CE, 1er avril 1949 ; D. 1949, p. 531.
- **G. ROUJOU DE BOUBÉE** : note sous Cass. Crim. 30 juin 1999 ; D. 2000, n°12, p. 181.
- **J. RUBELLIN-DEVICHI** : note sous TGI Versailles, 25 avril 1979 ; RTDCiv. 1981, p. 142.
- **J. RUBELLIN-DEVICHI** : note sous Cass. Civ. 2, 17 octobre 1985 ; RTDCiv. 1987, p. 303.
- **P. SALVAGE** : note sous Cass. Civ. 1, 14 mai 1992 ; JCP N 1993, II, 137.
- **R. SAVATIER** : note sous Cass. Civ. 2, 29 mai 1963 ; JCP 1964, II, 13651.
- **A. SERIAUX** : note sous Cass. Civ. 1, 12 juillet 1994 ; JCP 1995, II, 22425.
- **E. SERVERIN** : note sous C.A. Lyon, 13 mars 1997 ; D. 1997, p. 557.
- **M. TCHENDJOU** : note sous Cass. Civ. 1, 12 juillet 1994 ; D. 1995, p. 624.
- **P. TEDESCHI** : note sous CE, 2 novembre 1992 ; JCP 1993, II, 21998.
- **F. TERRÉ** : note sous Cass. Ass. Plén. 31 Mai 1991 ; JCP 1991, II, 21752.
- **F. TESTU** : note sous Cass. Civ. 1, 14 mai 1992 ; JCP 1993, II, 22097.
- **P. THÉRY** : note sous Cass. Civ. 1, 18 mai 2005 ; RTDCiv 2005, p. 627.
- **D. THOUVENIN** : note sous Cass. Ass. Plén. 31 Mai 1991 ; D 1991. p. 417.
- **N. VAN TUONG** : note sous CE, 10 mars 1995, *époux AOUKILI* ; JCP 1995, II, 22431.
- **G. VINEY** : note sous Cass. Civ. 2, 19 février 1997, « *BERTRAND* » ; JCP 1997, II, 22848.
- **G. VINEY** : note sous C.E. 26 octobre 2001 ; JCP, I, 124.
- **A. VITU** : note sous Cass. Crim. 29 avril 1976 ; JCP 1976, II, 18505.

4. <u>Actes de colloques</u>

- « *Mineurs étrangers isolés, vers une harmonisation des pratiques dans l'intérêt supérieur de l'enfant* », Colloque, 20 juin 2008.

- « *La protection des enfants au cours des séparations parentales conflictuelles* », Colloque, 8/9 mars 2007.

- **G. RAYMOND, C. MARIE** : « *Métamorphoses de l'enfant dans le Code civil, la chrysalide devient papillon* » ; *in* « *Évolution de l'enfant dans le Code civil français* » ; Colloque, Poitiers, 19 novembre 2004.

IV) Publications de l'ONU

- G. MACHEL : « *Impact des conflits armés sur les enfants* » ; A/51/306.

- Bureau international du travail : « *Le travail des enfants, l'intolérable point de mire* » ; BIT, 1998.

- Comité des droits de l'homme : « *Récapitulation des observations générales ou recommandations adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* » ; 26 avril 2001 (HRI/GEN/1/Rev.5).

- Commission des droits de l'homme : « *Rapport du groupe de travail sur un projet de convention relative aux droits de l'enfant* » ; 2 mars 1989 (E.CN.4/1989/48).

- Commission des droits de l'homme : « *Cinquante-septième session, compte-rendu analytique de la neuvième séance* » ; (E/CN.4/2001/9).

- Comité des droits de l'enfant : « *Réserves, déclarations et objections concernant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant* » ; 7 décembre 1999 (CRC/C/2/Rev.8).

- Comité des droits de l'enfant : « *directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les États parties doivent présenter conformément au paragraphe 1, b) de l'article 44 de la Convention* » ; 11 octobre 1996 (CRC/C/58).

- Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la deuxième session* » ; Septembre/octobre 1992 (CRC/C/10).

- Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la cinquième session* » ; janvier 1994 (CRC/C/24).

- Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la huitième session* » ; Janvier 1995 (CRC/C/38).

- Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la dixième session* » ; octobre/novembre 1995 (CRC/C/46).

- Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la onzième session* » ; janvier 1996 (CRC/C/50).

- Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la seizième session* » ; septembre/octobre 1997 (CRC/C/69).

- Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingtième session* » ; janvier 1999 (CRC/C/84).

- Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingt-deuxième session* » ; septembre/octobre 1999 (CRC/C/90).
- Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingt-cinquième session* » ; septembre/octobre 2000 (CRC/C/100).
- Comité des droits de l'enfant : « *Rapport sur la vingt-huitième session* » ; septembre/octobre 2001 (CRC/C/111).
- Comité des droits de l'enfant : « *Le rôle de la famille dans la promotion des droits de l'enfant* » ; 10 octobre 1994 (CRC/C/SR.176).
- Haut Commissariat aux droits de l'homme : « *Legislative history of the Convention of the rights of the child* » ; Volume II (E/CN.4/1987/25).
- Conseil économique et social des Nations Unies : « *Rapport de la commission des droits de l'homme sur sa trente-huitième session* » ; 15 mars 1982, (E/CN.4/1982/30/Add.1).
- Organisation mondiale de la Santé : « *Déclaration d'Alma-Ata* » ; 1978 (A51/5).

V) Activités du Comité des droits de l'enfant

1. *Rapports adressés au Comité des droits de l'enfant*

- Afrique du Sud, CRC/C/51/Add.2.
- Algérie, CRC/C/28/Add.4.
- Allemagne, CRC/C/11/Add.5.
- Arabie Saoudite, CRC/C/51/Add.2.
- Argentine, CRC/C/8/Add.2.
- Arménie, CRC/C/28/Add.9.
- Australie, CRC/C/8/Add.31.
- Azerbaïdjan, CRC/C/11/Add.8.
- Bangladesh, CRC/C/3/Add.38.
- Barbade, CRC/C/3/Add.45.
- Belarus, CRC/C/3/Add.14.
- Belgique, CRC/C/11/Add.4.
- Belize, CRC/C/3/Add.46.
- Bénin, CRC/C/33/Add.52.
- Bolivie, CRC/C/3/Add.2.
- Bulgarie, CRC/C/8/Add.29.
- Burundi, CRC/C/3/Add.58.

- Cambodge, CRC/C/11/Add.16.
- Canada, CRC/C/11/Add.3.
- Chine, CRC/C/11/Add.7.
- Colombie, CRC/C/8/Add.3.
- Colombie, CRC/C/70/Add.5.
- Comores, CRC/C/28/Add.113.
- Costa Rica, CRC/C/65/Add.7.
- Croatie, CRC/C/8/Add.19.
- Croatie, CRC/C/70/Add.23.
- Danemark, CRC/C/8/Add.8.
- Djibouti, CRC/C/8/Add.39.
- Égypte, CRC/C/65/Add.9.
- Équateur, CRC/C/3/Add.44.
- Espagne, CRC/C/8/Add.6.
- Éthiopie, CRC/C/8/Add.27.
- Éthiopie, CRC/C/70/Add.7.
- Ex-République yougoslave de Macédoine, CRC/C/8/Add.36.
- Fédération de Russie, CRC/C/3/Add.5.
- Finlande, CRC/C/8/Add.22.
- Finlande, CRC/C/70/Add.3.
- Fidji, CRC/C/28/Add.7.
- France, CRC/C/3/Add.15.
- France, CRC/C/65/Add.26.
- France, CRC/C/FRA/4.
- Géorgie, CRC/C/41/Add.4.
- Ghana, CRC/C/3/Add.39.
- Guatemala, CRC/C/3/Add.33.
- Honduras, CRC/C/3/Add.17.
- Hongrie, CRC/C/8/Add.34.
- Îles Marshall, CRC/C/28/Add.12.
- Inde, CRC/C/28/Add.10.
- Indonésie, CRC/C/3/Add.10.
- Iraq, CRC/C/41/Add.3.
- Irlande, CRC/C/11/Add.12.

- Italie, CRC/C/8/Add.18.
- Jamaïque, CRC/C/8/Add.12.
- Jamahiriya arabe libyenne, CRC/C/28/Add.6.
- Japon, CRC/C/41/Add.1.
- Jordanie, CRC/C/70/Add.4.
- Kirghizistan, CRC/C/41/Add.6.
- Koweït, CRC/C/8/Add.35.
- Lesotho, CRC/C/11/Add.20.
- Lettonie, CRC/C/11/Add.22.
- Lituanie, CRC/C/11/Add.21.
- Liban, CRC/C/8/Add.23.
- Luxembourg, CRC/C/41/Add.2.
- Maldives, CRC/C/8/Add.33.
- Malte, CRC/C/3/Add.56.
- Maroc, CRC/C/28/Add.1.
- Maurice, CRC/C/3/Add.36.
- Mexique, CRC/C/3/Add.11.
- Monaco, CRC/C/28/Add.15.
- Mongolie, CRC/C/3/Add.32.
- Myanmar, CRC/C/8/Add.9.
- Namibie, CRC/C/3/Add.12.
- Népal, CRC/C/3/Add.34.
- Nicaragua, CRC/C/3/Add.25.
- Nicaragua, CRC/C/65/Add.4.
- Nigéria, CRC/C/8/Add.26.
- Norvège, CRC/C/8/Add.7.
- Nouvelle-Zélande, CRC/C/28/Add.3.
- Pakistan, CRC/C/3/Add.13.
- Palaos, CRC/C/51/Add.3.
- Panama, CRC/C/8/Add.28.
- Paraguay, CRC/C/3/Add.17.
- Pays-Bas, CRC/C/51/Add.1.
- Pérou, CRC/C/65/Add.8.
- Pérou, CRC/C/3/Add.7.

- Philippines, CRC/C/3/Add.23.
- Pologne, CRC/C/8/Add.11.
- Portugal, CRC/C/5/Add.30.
- République arabe syrienne, CRC/C//28/Add.2.
- République centrafricaine, CRC/C/11/Add.18.
- République de Corée, CRC/C/8/Add.21.
- République démocratique du Congo, CRC/C/3/Add.57.
- République démocratique populaire lao, CRC/C/8/Add.32.
- République islamique d'Iran, CRC/C/41/Add.5.
- République Tchèque, CRC/C/11/Add.11.
- Roumanie, CRC/C/3/Add.16.
- Royaume-Uni, CRC/C/11/Add.1.
- Royaume-Uni, Île de Man, CRC/C/11/Add.19.
- Royaume-Uni, Territoire dépendant : Hong Kong, CRC/C/11/Add.9.
- Royaume-Uni, Territoires d'outre-mer, CRC/C/41/Add.7.
- Saint-Siège, CRC/C/3/Add.27.
- Sénégal, CRC/C/3/Add.31.
- Soudan, CRC/C/3/Add.3.
- Soudan, CRC/C/3/Add.20.
- Sierra Leone, CRC/C/3/Add.43.
- Slovaquie, CRC/C/11/Add.17.
- Sri Lanka, CRC/C/8/Add.13.
- Suède, CRC/C/3/Add.1.
- Suriname, CRC/C/28/Add.11.
- Tadjikistan, CRC/C/28/Add.14.
- Thaïlande, CRC/C/11/Add.13.
- Togo, CRC/C/3/Add.42.
- Togo, CRC/C/65/Add.27.
- Tunisie, CRC/C/11/Add.2.
- Turquie, CRC/C/51/Add.4.
- Ukraine, CRC/C/8/Add.10.
- Viêt-Nam, CRC/C/3/Add.4.
- Yémen, CRC/C/70/Add.1.
- Yougoslavie, CRC/C/8/Add.16.

- Zimbabwe, CRC/C/3/Add.35.

2. *Comptes rendus des sessions du Comité des droits de l'enfant*

- Algérie, CRC/C/SR.387.
- Allemagne, CRC/C/SR.243.
- Arabie saoudite, CRC/C/SR.687.
- Argentine, CRC/C/SR.177.
- Arménie, CRC/C/SR.603
- Australie, CRC/C/SR.403.
- Autriche, CRC/C/SR.507.
- Bangladesh, CRC/C/SR. 380.
- Bélarus, CRC/C/SR.124.
- Belgique, CRC/C/SR.224.
- Belize, CRC/C/SR.511.
- Bénin, CRC/C/SR.543.
- Bolivie, CRC/C/SR.52.
- Bulgarie, CRC/C/SR.345.
- Burkina Faso, CRC/C/SR.136.
- Burundi, CRC/C/SR.645.
- Cambodge, CRC/C/SR.629.
- Canada, CRC/C/SR.214.
- Chine, CRC/C/SR.298.
- Colombie, CRC/C/SR.188.
- Colombie, CRC/C/SR.655.
- Comores, CRC/C/SR.665.
- Costa Rica, CRC/C/SR.595.
- Croatie, CRC/C/SR.279.
- Croatie, CRC/C/SR.981.
- Danemark, CRC/C/SR.199
- Djibouti, CRC/C/SR.637.
- Égypte, CRC/C/SR.679.
- Équateur, CRC/C/SR.479.
- Espagne, CRC/C/SR.171.
- Éthiopie, CRC/C/SR.349.

- Éthiopie, CRC/C/SR.675.
- Ex-République yougoslave de Macédoine, CRC/C/SR.597.
- Fédération de Russie, CRC/C/SR.62.
- Finlande, CRC/C/SR.282.
- Finlande, CRC/C/SR.643.
- France, CRC/C/SR.139.
- France, CRC/C/SR.967.
- Géorgie, CRC/C/SR.619.
- Ghana, CRC/C/SR.377
- Guatemala, CRC/C/SR.306.
- Honduras, CRC/C/SR.158.
- Hongrie, CRC/C/SR.455.
- Îles Marshall, CRC/C/SR.659.
- Inde, CRC/C/SR.589.
- Indonésie, CRC/C/SR.79.
- Iraq, CRC/C/SR.482.
- Irlande, CRC/C/SR.436.
- Italie, CRC/C/SR.235.
- Jamaïque, CRC/C/SR.196.
- Jamahiriya arabe libyenne, CRC/C/SR.432.
- Japon, CRC/C/SR.465.
- Jordanie, CRC/C/SR.621.
- Kirghizistan, CRC/C/SR.627.
- Koweït, CRC/C/SR.487.
- Lesotho, CRC/C/SR.685.
- Lettonie, CRC/C/SR.671.
- Lituanie, CRC/C/SR.583.
- Liban, CRC/C/SR.289.
- Luxembourg, CRC/C/SR.471.
- Maldives, CRC/C/SR.468.
- Malte, CRC/C/SR.633.
- Maroc, CRC/C/SR.317.
- Maurice, CRC/C/SR.332.
- Mexique, CRC/C/SR.106.

- Monaco, CRC/C/SR.717.
- Mongolie, CRC/C/SR.264.
- Myanmar, CRC/C/SR.357.
- Namibie, CRC/C/SR.109.
- Népal, CRC/C/SR.301.
- Nicaragua, CRC/C/SR.211.
- Nicaragua, CRC/C/SR.549.
- Nigéria, CRC/C/SR.321.
- Norvège, CRC/C/SR.149.
- Nouvelle-Zélande, CRC/C/SR.363.
- Pakistan, CRC/C/SR.132.
- Palaos, CRC/C/SR.691.
- Panama, CRC/C/SR.353.
- Paraguay, CRC/C/SR.167.
- Pays-Bas, CRC/C/SR.578.
- Pérou, CRC/C/SR.605.
- Pérou, CRC/C/SR.82.
- Philippines, CRC/C/SR.185.
- Pologne, CRC/C/SR.192.
- Portugal, CRC/C/SR.250.
- République arabe syrienne, CRC/C/SR.360.
- République centrafricaine, CRC/C/SR.657.
- République de Corée, CRC/C/SR.276.
- République populaire démocratique de Corée, CRC/C/SR.458.
- République démocratique du Congo, CRC/C/SR.705.
- République démocratique populaire lao, CRC/C/SR.400.
- République islamique d'Iran, CRC/C/SR.617.
- République tchèque, CRC/C/SR.411.
- Roumanie, CRC/C/SR.120.
- Royaume-Uni, CRC/C/SR.204.
- Royaume-Uni, Île de Man, CRC/C/SR.647.
- Royaume-Uni, Territoire dépendant : Hong Kong, CRC/C/SR.329.
- Royaume-Uni, Territoires d'outre-mer, CRC/C/SR.647.
- Saint-Siège, CRC/C/SR.255.

- Sénégal, CRC/C/SR.247.
- Soudan, CRC/C/SR.69.
- Sierra Leone, CRC/C/SR.593.
- Slovaquie, CRC/C/SR.663.
- Slovénie, CRC/C/SR.337.
- Sri Lanka, CRC/C/SR.228.
- Suriname, CRC/C/SR.635
- Tadjikistan, CRC/C/SR.653.
- Thaïlande, CRC/C/SR.493.
- Togo, CRC/C/SR.420.
- Tunisie, CRC/C/SR.225.
- Turquie, CRC/C/SR.701.
- Ukraine, CRC/C/SR.239.
- Uruguay, CRC/C/SR.326.
- Yémen, CRC/C/SR.523.
- Yougoslavie, CRC/C/SR.269.
- Zimbabwe, CRC/C/SR.293.

3. Recommandations du Comité des droits de l'enfant

- Afrique du Sud, CRC/C/15/Add.122.
- Algérie, CRC/C/15/Add.76.
- Allemagne, CRC/C/15/Add.43.
- Arabie saoudite, CRC/C/15/Add.148.
- Argentine, CRC/C/15/Add.35.
- Arménie, CRC/C/15/Add.119.
- Australie, CRC/C/15/Add.79.
- Autriche, CRC/C/15/Add.98.
- Azerbaïdjan, CRC/C/15/Add.77.
- Bangladesh, CRC/C/15/Add.74.
- Barbade, CRC/C/15/Add.103.
- Belarus, CRC/C/15/Add.17.
- Belgique, CRC/C/15/Add.38.
- Belize, CRC/C/15/Add.99.
- Bénin, CRC/C/15/Add.106.

- Bolivie, CRC/C/15/Add.1.
- Bulgarie, CRC/C/15/Add.66.
- Burundi, CRC/C/15/Add.133.
- Cambodge, CRC/C/15/Add.128.
- Canada, CRC/C/15/Add.37.
- Chine, CRC/C/15/Add.56.
- Colombie, CRC/C/15/Add.30.
- Colombie, CRC/C/15/Add.137.
- Comores, CRC/C/15/Add.141.
- Costa Rica, CRC/C/15/Add.117.
- Croatie, CRC/C/15/Add.52.
- Danemark, CRC/C/15/Add.33.
- Djibouti, CRC/C/15/Add.131.
- Égypte, CRC/C/15/Add.145.
- Équateur, CRC/C/15/Add.93.
- Espagne, CRC/C/15/Add.28.
- Éthiopie, CRC/C/15/Add.67.
- Éthiopie, CRC/C/15/Add.144.
- Ex-République yougoslave de Macédoine, CRC/C/15/Add.118.
- Fédération de Russie, CRC/C/15/Add.4.
- Finlande, CRC/C/15/Add.53.
- Finlande, CRC/C/15/Add.132.
- France, CRC/C/15/Add.20.
- France, CRC/C/15/Add.240.
- Géorgie, CRC/C/15/Add.124.
- Ghana, CRC/C/15/Add.73.
- Guatemala, CRC/C/15/Add.58.
- Honduras, CRC/C/15/Add.24.
- Hongrie, CRC/C/15/Add.87.
- Îles Marshall, CRC/C/15/Add.139.
- Inde, CRC/C/15/Add.115.
- Indonésie, CRC/C/15/Add.25.
- Iraq, CRC/C/15/Add.94.
- Irlande, CRC/C/15/Add.85.

- Italie, CRC/C/15/Add.41.
- Jamaïque, CRC/C/15/Add.32.
- Jamahiriya arabe libyenne, CRC/C/15/Add.84.
- Japon, CRC/C/15/Add.90.
- Jordanie, CRC/C/15/Add.125.
- Kenya, CRC/C/KEN/CO/2.
- Kirghizistan, CRC/C/15/Add.127.
- Koweït, CRC/C/15/Add.96.
- Lesotho, CRC/C/15/Add.147.
- Lettonie, CRC/C/15/Add.142.
- Lituanie, CRC/C/15/Add.146.
- Liban, CRC/C/15/Add.54.
- Luxembourg, CRC/C/15/Add.92.
- Malaisie, CRC/C/MYS/CO/2.
- Maldives, CRC/C/15/Add.91.
- Malte, CRC/C/15/Add.129.
- Maroc, CRC/C/15/Add.60.
- Maurice, CRC/C/15/Add.64.
- Mexique, CRC/C/15/Add.13.
- Monaco, CRC/C/15/Add.158.
- Mongolie, CRC/C/15/Add.48.
- Myanmar, CRC/C/15/Add.69.
- Namibie, CRC/C/15/Add.14.
- Népal, CRC/C/15/Add.57.
- Nicaragua, CRC/C/15/Add.36.
- Nicaragua, CRC/C/15/Add.108.
- Nigéria, CRC/C/15/Add.61.
- Norvège, CRC/C/15/Add.23.
- Nouvelle-Zélande, CRC/C/15/Add.71.
- Pakistan, CRC/C/15/Add.18.
- Palaos, CRC/C/15/Add.149.
- Panama, CRC/C/15/Add.68.
- Paraguay, CRC/C/15/Add.75.
- Pays-Bas, CRC/C/15/Add.114.

- Pérou, CRC/C/15/Add.120.
- Pérou, CRC/C/15/Add.8.
- Philippines, CRC/C/15/Add.29.
- Pologne, CRC/C/15/Add.31.
- Portugal, CRC/C/15/Add.45.
- République arabe syrienne, CRC/C/15/Add.70.
- République centrafricaine, CRC/C/15/Add.138.
- République de Corée, CRC/C/15/Add.51.
- République démocratique du Congo, CRC/C/15/Add.153.
- République démocratique lao, CRC/C/15/Add.78.
- République islamique d'Iran, CRC/C/15/Add.123.
- République populaire démocratique de Corée, CRC/C/15/Add.88.
- République Tchèque, CRC/C/15/Add.81.
- Roumanie, CRC/C/15/Add.16.
- Royaume-Uni, CRC/C/15/Add.34.
- Royaume-Uni, Île de Man, CRC/C/15/Add.134.
- Royaume-Uni, Territoire dépendant : Hong Kong, CRC/C/15/Add.63.
- Royaume-Uni, Territoires d'outre-mer, CRC/C/15/Add.135.
- Saint-Siège, CRC/C/15/Add.46.
- Sénégal, CRC/C/15/Add.44.
- Soudan, CRC/C/15/Add.6.
- Soudan, CRC/C/15/Add.10.
- Sierra Leone, CRC/C/15/Add.116.
- Slovaquie, CRC/C/15/Add.140.
- Sri Lanka, CRC/C/15/Add.40.
- Suriname, CRC/C/15/Add.130.
- Suriname, CRC/C/SUR/CO/2.
- Tadjikistan, CRC/C/15/Add.136.
- Thaïlande, CRC/C/15/Add.97.
- Togo, CRC/C/15/Add.83.
- Tunisie, CRC/C/15/Add.39.
- Turquie, CRC/C/15/Add.152.
- Ukraine, CRC/C/15/Add.42.
- Yémen, CRC/C/15/Add.102.

- Yougoslavie, CRC/C/15/Add.49.
- Zimbabwe, CRC/C/15/Add.55.

VI) Publications non-juridiques

- **P. ARIÈS** : « *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime* » ; Seuil 1973.
- **E. BECCHI, D. JULIA** : « *Histoire de l'enfance en Occident. 2. Du XVIII*ème *siècle à nos jours* » ; Seuil, 1998.
- **J. BOSWELL** : « *Au bon cœur des inconnus, les enfants abandonnés de l'Antiquité à la Renaissance* » ; NRF, Gallimard, 1993.
- **A. CHEMIN** : « *En donnant un état civil aux "enfants sans vie", la Cour de cassation incite à revoir les lois bioéthiques* » ; *Le Monde*, 12 février 2008.
- **M.-A. CLICHE** : « *Est-ce vraiment pour son bien ?* » ; Thémis, 2000.
- **G. de BUFFON, G. CUVIER** : « *Œuvres complètes de BUFFON* » ; Duménil, 1835.
- **M. DEHAN** : « *Problèmes éthiques soulevés par la réanimation néonatale* » ; Médecine/Sciences 1993.
- **F. DOLTO** : « *Les étapes majeures de l'enfance* » ; Gallimard, 1994.
- **M. FOUCAULT** : « *Surveiller et punir* » ; Gallimard, 1975.
- **O. GALLAND** : « *Sociologie de la jeunesse* » ; Armand Colin, 3ème éd. 2004.
- **J. GENDREAU** : « *L'adolescence et ses rites de passages* » ; PUR, 1999.
- **C. HENNAU-HUBLET** : rapport *in* « *Bioéthique dans les années 1990* » ; Gent, 1987.
- **T. HOBBES** : « *De Cive* » ; LGF 1996.
- **J.-Y. LE BIGOT, C. LOTT-VERNET, I. PORTON-DETERNE** : « *Vive les 11-25* » ; Eyrolles, 2004.
- **S. LEBOVICI (dir.), A.-M. ALLEON, O. MORVAN** : « *Devenir Adulte* » ; PUF, 1990.
- **M. LEPORRIER** : « *La petite encyclopédie médicale hamburger* » ; Flammarion, 2003.
- **E. MARTIN** : « *Précis de médecine légale* » ; 2ème ed. Doin 1950.
- **A. MINKOWSKI** : « *Pour un nouveau-né sans risque* » ; Paris, Stock, 1976.
- **J. PIAGET** : « *Le jugement et le raisonnement chez l'enfant* » ; PUF, 2000.
- **J. PIAGET** : « *Le jugement moral chez l'enfant* » ; PUF, 2000.
- **R. PIÉDELIÈVRE, E. FOURNIER** : « *Médecine légale* » ; J.-B. BAILLIEU et fils, 1973.

- **F. PUECH** : « *Interruption volontaire de grossesse pour motif médical, alternative au fœticide* » ; journées scientifiques du réseau sécurité naissance, 10 novembre 2001.
- **J. RICHARD** : « *Histoire des croisades* » ; Fayard, 1999.
- **V. SCHAEFFER, L SALTEL, C. BOUDEY, J. HOROVITZ** : « *Interruption médicale de grossesse* » ; Les cahiers du SYNGOF, n°60, décembre 2004.
- **E. SULLEROT** : « *La Dimension sociologique de la contraception* » ; Fertilité-Orthogénie, 1973.
- **A. VAN GENNEP** : « *Les rites de passage* », Picard, 1990.
- **M. WIERVIORKA** (Dir.) : « *Nos enfants* » ; Ed. Sciences Humaines, 2008.

VII) Références bibliographiques secondaires

- **ARISTOTE** : « *Éthique à Nicomaque* » ; Vrin, 1994.
- **P. AUSTER** : « *Léviathan* » ; Actes Sud, 1993.
- **N. BARRÉ** : « *Statuts et Règlements des escoles chrestiennes et charitables du S. Enfant Jésus, establies dans les villes, les bourgs et les villages* » ; Ed. du Cerf, 1994.
- **J. BODIN** : « *Les six livres de la République, Livre I* » ; Confluences éd. 1999.
- **H. BORDEAUX** : « *Les pierres du foyer* », Plon.
- **J.-B. BOSSUET** : « *Oraison funèbre de Henriette-Anne d'Angleterre, Duchesse d'Orléans* », Larousse 1995.
- **L. BOURGEOIS** : « *Naître et grandir au XVII^{ème} siècle, le récit véritable d'une sage-femme, suivi du journal pédiatrique de Jean HÉROÜARD, médecin de Louis XIII enfant* » ; Paléo, 2000.
- **COLETTE** : « *Journal à rebours* » ; Œuvres complètes, t. XII, Ed. Le Fleuron-Flammarion.
- **K. DELOBBE** : « *Des enfants au XIX^{ème} siècle* » ; PEMF, 2000.
- **M. DE MONTAIGNE** : « *Les essais* » ; coll. La pléiade, Gallimard, 2007.
- **A. DE MUSSET** : « *A quoi rêvent les jeunes filles* », acte I, scène 4, Gallimard.
- **H.-G. DE RIQUETTI-MIRABEAU** : « *Œuvres de MIRABEAU : précédées d'une notice sur sa vie et ses ouvrages* » ; Guien et Compagnie, 1822.
- **A. DE SAINT-EXUPÉRY** : « *Le Petit Prince* » ; Gallimard, coll. De la Pléiade.
- **F. DOLTO** : « *Tout est langage* » ; Vetiges-Carrère, 1987.
- **S. FERENCZI** : « *Confusion de langue entre les enfants et l'adulte* » ; Payot, 2002.
- **L. FERRY** : « *L'homme-Dieu ou le sens de la vie* » ; Grasset, 1996.

- **G. FLAUBERT** : « *Correspondance 1857. A sa nièce Caroline, 25 avril 1857* » ; Éd. Girard et Leclerc, Rouen, 2003.
- **E. JEBB** : « *Lettre d'accompagnement de la charte des enfants à la Société des Nations* » ; Archives d'État de la Ville de Genève.
- **T. HOBBES** : « *Du Citoyen* » ; Flammarion, 2002.
- **D. HOUARD** : « *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie* » ; Ed. Le Boucher, 1780.
- **V. HUGO** : « *Les feuilles d'automne, XIX, Lorsque l'enfant paraît* » ; Gallimard 1981.
- **V. HUGO** : « *Mélancholia* », « *Les contemplations* » ; Garnier Pocket, 1966.
- **M. KAPLAN** : « *Histoire médiévale* » ; Complexes, 1995, p. 185.
- **A. KOYRÉ** : « *Études d'histoire de la pensée scientifique* », Gallimard 1998.
- **G. LALLEMENT** : « *Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour, recueillis dans un ordre chronologique et historique* » ; Eymery, 1821
- **P. LEROUX** : « *De l'Humanité, de son principe et de son avenir, à Béranger, doctrine, livre III, Chap. 1* » ; Perrotin, 1845.
- **E. LE ROYER DE LA TOURNERIE** : « *Nouveau commentaire portatif de la coutume de Normandie* » ; Imp. privilégiée, 1778.
- **J. LOCKE** : « *Deuxième traité du gouvernement civil* » ; Flammarion, 1984.
- **E. MARTIN** : « *Adolescence ne se dit-il que des garçons ?* » ; Courrier de Vaugelas 1869.
- **OSSIAN** : « *La guerre de Temora* » ; Hachette.
- **M. PAGNOL** : « *Marius* » ; I, 3, Fasquelle 1962.
- **B. PALISSY** : « *Discours admirables* » ; Ed. Paléo, 2000.
- **PLUTARQUE** : « *Les vies des hommes illustres* » ; Ed. Gallimard, 1990.
- **J. PRÉVERT, G. LEFEUVRE** : « *Le Cancre* » ; Complexe, 2006.
- **M. PROUST** : « *À la recherche du temps perdu. À l'ombre des jeunes filles en fleurs* », Gallimard.
- **L. ROBIN** : « *Opinion et projet de décret sur les enfants naturels* » ; Impr. Nat. 1792.
- **A. ROGER** : « *L'art d'aimer, ou, la fascination de la féminité* » ; Champ Vallon 1995
- **J. ROSTAND** : « *Pensées d'un biologiste* » ; Stock, 1995.
- **J.-J. ROUSSEAU** : « *L'Emile ou De l'éducation* » ; Garnier-Flammarion, 1966.
- **P.-M. QUITARD** : « *Dictionnaire des proverbes et des locutions proverbiales* » ; P. Bertrand, 1842.
- **F. RABELAIS** : « *Pantagruel* » ; LGF, 1994.

- **A. RIMBAUD** : « *Sensation ; Poésies complètes* », LGF, 1998.
- **G. RODENBACH** : « *La jeunesse blanche, la maison paternelle* », Mercure de France, 1970.
- **A. ROGER** : « *L'art d'aimer, ou, la fascination de la féminité* » ; Champ Vallon 1995.
- **St-Thomas d'Aquin** : « *Principes de la réalité naturelle* » ; N^{lles} Ed. Latines, 1994.
- **St-Thomas d'Aquin** : « *Somme contre les gentils* » ; T. 3, Flammarion 1999.
- **G. SANTAYANA** : « *Soliloques en Angleterre. De la guerre* » ; Scribner 1923.
- **L. SÉDAR SENGHOR** : « *Éthiopiques, d'autres chants* » ; Seuil 1990.
- **B. STÉPHANE** : « *Petite et grande histoire des rues de Paris* » ; Albin Michel, 2000.
- **TACITE** : « *Œuvres complètes* » ; Gallimard, 1990.
- **J.-B. DE LA VARENDE** : « *Le centaure de Dieu* » ; Grasset 1995.

– INDEX ALPHABÉTIQUE –

(Les numéros renvoient aux pages)

- A -

Accès à l'information

Approches françaises 690–91
Dangers modernes 689–90
État de la question 687–88
Nouvelles technologies 691–92
Rationalisation..... 688–89
Violence bénéfique..... 690

Acte de l'état civil

Acte d'enfant sans vie ..... *Voir* "enfant sans vie"
Acte de naissance.....*Voir* ce mot

Acte de naissance

Effet déclaratif..... 97–98
Nullité..... 81–82
Bonne foi du déclarant 84
Mauvaise foi du déclarant 84
Nullité législative 83
Théorie du fonctionnaire de fait..... 83
Valeur probante 95–97

Adolescence

Définition..... 182
Adulescere 182
Approche historique..... 182–83, 185
Approche psychologique 186–87
Approche Sociologique..... 187–88
Évolution terminologique..... 185–86
Genre..... 184–85
Délinquance..... 255–56
Émancipation.....*Voir* ce mot
Fin de minorité
Aménagements 378–82
Art. 12 de la CIDE..... 382
Perception jurisprudentielle..... 279–82
Rescision pour lésion..... 209–10, 377–78
Responsabilisation active
Adoption plénière..... 205–6
Adoption simple 206–7
Assistance..... 213–16
Changement de nom 204
Disposition du corps 199–200
Maîtrise de la sexualité..... 200–202
Mandat intergénérationnel .. 211–12, 216–17
Mariage..... 197–99
Responsabilisation participative
Audition par le juge 193–94
Cellule familiale 191–93
Rites de passage
Applications juridiques 245, 246
Contrat jeune majeur 246
Définition..... 244–45
Émancipation..... 245–46
Influences socio-économiques 249–50
Mariage 250–51

Applicabilité directe

Conseil d'État
Applicabilité sélective..... 760–62
Différence de recours..... 784
Différence des recours 766–68
Doctrine de sélectivité..... 762
Domaine d'intervention 759–60
Formulation des arrêts 768
Incohérence..... 765–66
Intérêt de l'enfant 763–64
Cour de cassation
Analyse de l'art. 12 756
Arrêt de 1993
Comité des droits de l'enfant 748–49
Critiques doctrinales..... 743–46
Examen de l'art. 12..... 748
Explications de la solution 746–48
Interpellation du législateur 752–53
Rappel de l'espèce..... 743
Conformité du droit interne..... 754–55
Fin du processus d'intégration 782–83
Intégration des principes généraux.... 757–58
Intégration du traité 756–57
Interprétation holistique 755–56
Position antérieure à 1993 751
Positions postérieures à 1993 753–54
Généralités 740–42
Transposition et accompagnement..... 785

Autorité parentale

Abus
Châtiments corporels 356
Excision..... 355
Droit romain
Autorictas 311
Potestas..... 311
Parents mineurs .....*Voir* ce mot

- C -

Comité des droits de l'enfant

Élection des membres 586–87
Fonctionnement général 586–88
Observations finales 590
  Formulation 671–72
Présession 588–89

Convention relative aux droits de l'enfant

Aménagements
  Code de l'enfance 785
  Défenseur international des enfants
    Efficacité du Comité 789–90
    Exemple français 788–89
  Saisine du Comité 791–92
  Sanctions internationales 792–96
Applicabilité directe ..... *Voir* ce mot
Application de la CIDE
  Intégration 547–48
  Interprétation holistique 561
  Obstacles culturels 672
  Obstacles démographiques 674–75
  Obstacles économiques 675–76
  Obstacles politiques 674
  Obstacles recevables 673, 674–75
  Obstacles religieux 672–73
  Réserves religieuses 556–57
  Retrait des réserves 561–64
  Supériorité juridique du traité 547
  Valeur constitutionnelle 548–49
  Valeur législative 549
Art. 1er
  Âge de la majorité 623
  Âge du mariage 630–31
  Controverse 618–19
  Début de l'enfance 619–20
  Émancipation par justice 630
  Enfant majeur 624–25
  Majorité *in concreto* 626–27
  Majorité pénale 628–29
  Responsabilité pénale 629–30
  Santé du fœtus 620–21
Critiques
  Absence d'effet contraignant 676–77
  Affrontement avec les parents 678–79
  Aspect peu conventionnel 681
  Intérêt à long terme de l'enfant 679–81
  Irresponsabilité de l'enfant 677–78
  Non-responsabilisation de l'enfant 679–81
  Structure formelle du texte 682–83
Droit à la vie et à la survie
  Accès à l'emploi 507–8
  Crimes d'honneur 505–6
  IVG et régulation des naissances 503
  Mariages précoces 505
  Moyens de subsistance 508
  Peine capitale 639–40
  Prohibition des IVG sélectives 504
  Promotion de l'avortement 504–5
  Promotion de l'IVG 637–38
  Protection active 502–3
  Santé du jeune enfant 506–7
  Situation de guerre 602–5
  Soins néonatals 638
  Stupéfiants 640–41
Droit aux soins
  Enfant réfugié 645–46
  Rééducation de l'enfant 644–45
  Séparation des parents 647–48
  Violences parentales 647
Droits de l'homme de l'enfant
  Parenté avec la DUDH 492–93
Éducation familiale
  Information de l'enfant 541–42
  Initiation démocratique 543
  Maturité de l'enfant 540–41
  Opinion de l'enfant 538–39
  Responsabilisation active 539–40
  Valeurs de l'ONU 543–44
Efficacité
  Identification des acteurs 583–86
  Rédaction juridique 582–83
Famille
  Définition 523–24
  Polymorphisme 522–23
Garantie des droits
  Applicabilité directe de la CIDE 567
  Débiteurs des droits 565–66
  Intégration de la CIDE 566–67
  Problématique générale 564–65
  Transposition de la CIDE 567–68
Instruction
  Gratuité 579
  Mise en place progressive 578
  Non discrimination 578–79
  Objectifs 580–81
  Parole et intérêt de l'enfant 581
  Prohibition de la violence 579–80
Justice pénale de l'enfance
  Âge de l'enfant 659
  Droits et libertés de l'enfant 657
  Intérêt spécial de l'enfant 658
  Juridiction spécialisée 658–59
  Objectifs 656
  Opinion de l'enfant 661–63
  Philosophie générale 655
  Philosophie pénologique 660–61

Répression nécessaire 661
Rôle de l'État 655–56
Subsidiarité de la peine 659–60

Liberté d'expression
Définition 513–14
Illustrations internationales 515–16
Liens avec l'information 514–15
Limites 514
Obstacles traditionnels 514

Liberté de conscience 517–18
Liberté de pensée 516–17
Liberté religieuse
États religieux 518–20
Religion parentale 520–21

Moralité de l'enfant
Défaillance familiale 651–52
Influence des médias 652–53
Négligences insuffisantes 653

Non discrimination
Discriminations factuelles 498–99
Discriminations législatives 498
Discriminations traditionnelles 498
Efficacité 497
Lien avec l'égalité 494–500

Obligations de l'enfant
Obligation scolaire 633–34
Respect de l'environnement 634
Respect des parents 632–33
Respect des valeurs internationales ... 634–35
Respect des valeurs nationales 634–35

Pays n'ayant pas ratifié
Somalie 668–69
USA 666–68

Philosophie générale 24–25
Prohibition des violences
Accompagnement des mesures 531–32
Châtiments corporels 534
Développement de l'enfant 535–36
Législations prohibitives 530–31
Mesures recommandées 534–35
Traditions familiales 532–33
Violences d'État 642–43
Violences non visibles 529
Violences visibles 528–29

Promotion des droits
Accident budgétaire 571
Budgétisation 570
Contrôle parlementaire 573
Coordination politique 569–70
Double traduction 574
Étude d'impact 572–73
Formation 576–77
Initiatives privées 576
Insuffisance des ressources 570–71
Interactivité 575
Médiatisation 573–74

Protocoles factultatifs ..... *Voir* ce mot
Réserves déposées
État des réserves déposées 550–51
Justifications culturelles 551–52
Réserves ambiguës 554–55
Réserves de portée restreinte 553
Réserves étendues 555
Réserves inefficaces 553–54
Réserves Thaïlandaises
Atteinte à l'art. 29 de la CIDE 558–59
Atteinte à l'art. 6 de la CIDE 557
Atteinte à l'art. 7 de la CIDE 556–57
Contenu des réserves 555–56
Invisibilité juridique de l'enfant 558
Soumission aux us internes 555–59
Soumission au droit interne 552–53

Respect de l'opinion de l'enfant
Analyse holistique 510–11
Critère de maturité 512–13
Débiteurs de l'obligation 661–63
Droit et possibilités 663–64
Nature de l'obligation 511–12

Responsabilité parentale
Intérêt supérieur de l'enfant 526–27
Respect réciproque 527

Scolarisation de l'enfant
Promotion des valeurs de l'ONU 649–51

- D -

Déclaration de Genève de 1924

Analyse des droits 483–84
Approche historique 479–81
Philosophie générale 481–82
Place de l'État 545

Déclaration des droits de l'enfant de 1959

Analyse générale 484–87
Place de l'État 546

Droit pénal de l'enfant

Capacité de discernement 776–77
État de la question 777
Modalités de fixation 777

Rapport VARINARD
Argumentation tronquée 779
Présomption de discernement 779–80
Présomption incohérente 780
Responsabilité pénale à 12 ans 778–79

Seuils d'âges 774–76

- E -

Émancipation

Par décision de justice
Approche historique 227–29
Droit positif 229–30
Par le mariage
Définition 230–31
Rôle de la famille 231

Enfance

Analyse sémantique
Adolescent 279–82
Bébé 277–78
Dimension individuelle 283–92
Embryon 274
Enfant autonome 264–65, 266–68
Enfant descendant 260–64, 269–72
Fœtus 275–77
Approche historique
Antiquité 14
Christianisme 15–16
Croyances 13–14
Époque contemporaine 23–25
Époque pré-médiévale 16–17
Judaïsme 15
Renaissance 17–21
XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles 21–23
Définition
Antidéfinition 153
Approche juridique 153
Approche scientifique 152
Art. 1er de la CIDE 259, 618–22
Infans 150
Problématique générale 26–27
Puer 150
Émancipation ..... *Voir* ce mot
Influence économique
Approche historique 692–93
Influence sur la famille 693–94
Responsabilisation active 694–95
Littérature 152, 154
Moralité ..... *Voir* ce mot
Problématique mondiale 155
Santé ..... *Voir* ce mot
Sécurité ..... *Voir* ce mot
Sortie forcée
Délinquance 255–56
Parents mineurs 252–53
Sortie volontaire 247–49
Statistiques 155, 157
Synonyme de jeunesse 154

Enfance en difficulté

Juge des enfants
Cas d'ouverture 361–62
Rôle 359–60
Saisine 360–61
Mesures éducatives
Assistance éducative en milieu ouvert 362–63
Difficultés d'application 367–68
Influence sur l'autorité parentale 365–66
Philosophie générale 366–67
Placement de l'enfant 363–65

Enfant mort-né

Définition juridique 41
Définition médicale 41

Enfant sans vie

Arrêts du 6 février 2008 49–52
Cas exclus 54
Enfant né vivant 44–45
Funérailles 52–54
Identification 52–54
Livret de famille 52–54
Mentions de l'acte 52, 79
Notion de naissance 79–81
Prénom 52–53
Régimes juridiques
Avant la circulaire de 2001 45–46
Circulaire de 2001 46–49
Décret et arrêté d'août 2008 51–52
Viabilité de l'enfant 42–43

- F -

Fœtus

Définitions 56–57
Fœticide 64–65
Protection pénale 61–64, 78

- I -

IMG

Avant le seuil de viabilité 59
Indication fœtale
Définition 60
Fœticide 64–65
Motivation de la mère 70–71
Personnalité de l'enfant 69–70

Protection pénale 61–64
Volonté de la mère 66–67
Indication maternelle
Définition 71–72
Motivation de la mère 72
Personnalité de l'enfant 72–74
Information de la mère 67
IVG pour motif thérapeutique
Critique 58–59

Infans conceptus...

Analyse 105–6
Application législative 108–9
Applications dans le Code civil 117–19
Ancien article 315 124–25
Approche historique 102–3
Droit comparé 103–4
Efficacité 128–29
Exemples historiques 101–2
Gradation de l'intérêt 114
Illustrations jurisprudentielles
Accident de travail 109
Assurance vie 110–12
Filiation 107, 125–27
Filiation adultérine 112–13
Successions 107–8
Intérêt fictif 114–15
Intérêt indirect 115–16
Intérêt négatif 112–14
Inversion de la maxime 120–22
Ordre public 112
Restriction de la portée 117–22
Viabilité 130–31

Intérêt de l'enfant

Anti-intérêt de l'enfant 734–35
Appréciation *in concreto* 729–30
Approche exclusive 730–31
Approche globabiste 731–32
Approche individualiste 728–29
Détermination judiciaire 388–89
Disjonction avec la volonté de l'enfant ... 390–91
Famille désunie
Coïncidence des intérêts 732–33
Disjonction des intérêts 733
Famille unie
Coïncidence des intérêts 732
Intérêt des parents 384–86
Intérêt général 733–34
Prolégomènes 386–87
Saint-Thomas d'Aquin ..... *Voir* ce mot
Valeur prospectrice 387–88

Interruption volontaire de grossesse

Pour motif médical ..... *Voir* IMG
Pour raisons personnelles ..... *Voir* IVG

IVG

Confusion avec l'avortement 35–37
Influence de la volonté du père 136
Motifs de la loi de 1975 35–37
Notion d'IVG tardive 139
Notion de "détresse" 38–39, 135–36
Personnalité juridique 38–39
Régimes antérieurs à 1975 132–33
Loi NEUWIRTH de 1967 134–35

- M -

Majorité

Abaissement à dix-huit ans
Difficultés d'application 179–80
Motivations 177–79
Accompagnement du jeune majeur
Curatelle 238–39
Tutelle 239–40
Âge
Fixation *in abstracto* 220–21
Fixation *in concreto* 220
Modes de détermination 162–63
Contrat jeune majeur
Assistance au majeur 234–35
Fonctionnement 232–34
Mise en place 235–36
Objectifs 237

Minorité

Accès progressifs à la majorité 171–72
Actes de la vie courante 172–73
Capacité de discernement 174–75
Comparaison avec les protections du majeur
Curatelle 242
Sauvegarde de justice 243
Tutelle 158, 241–42
Détachement de la personne 158–61
Parents mineurs
Exercice de l'autorité parentale 254
Problématique 252–53
Responsabilité des parents 165–67
Indemnisation des victimes 167–69
Seuils d'âges
12 ans 163
13 ans 163–64
14 ans 170
15 ans 170–71
16 ans 169, 171
17 ans 171

Mode alternatif de parentalité
Conséquences juridiques 400–401
Maternité de substitution
Cas des couples gays 399–400
Interdiction jurisprudentielle..... 398–99

Moralité de l'enfant
Choix religieux 351–52
Médias
Internet..... 353–54
Télévision..... 352–53
Protection légale 357–58

- N -

Naissance
Date certaine..... 96–97
Étymologies..... 34
Infanticide
Code pénal de 1810..... 76–78
Code pénal de 1994..... 78
Présomption de vie 76–78, 81
Problématique..... 74–76
Viabilité .....*Voir* ce mot

- O -

Obligations de l'enfant
Dette d'aliments envers les parents
Conditions..... 317–19
Enfant mineur..... 319–20
Obligation civile 321–23
Obligation naturelle..... 321
Piété filiale 319
Piété parentale 320
Réciprocité..... 317–18
Responsabilisation de l'enfant 323
Honneur et respect aux parents
Approche historique..... 308–9
Code Napoléon..... 309–10, 316
Enfant majeur..... 314–15
Mariage forcé 314–15
Relations avec les parents 312–14
Sépulture des parents 315
Veto de l'enfant..... 312
Relations intergénérationnelles
État du droit..... 325–26
Relations avec les aïeux..... 327–31
Relations avec les parents du 1er degré.... 326

- P -

Parents mineurs
Émancipation du fait de la filiation 341
État de la question 333–34
Exercice de l'autorité parentale
Administration des biens de l'enfant . 335–36
Assistance des ascendants 336–37
Délégation contentieuse 340
Délégation gracieuse..... 340
Exercice conjoint 340–41
Image de l'enfant..... 334–35
Obligation d'aliments 337–38
Responsabilité civile du fait de l'enfant .. 338–39
Vie de famille..... 334

Personnalité juridique
Approche historique..... 92–93
Condition purement potestative
IVG pour motifs personnels..... 137–38
Condition résolutoire
Fondement statistique 137
Condition simplement potestative
IMG sur indication fœtale 141–42
IMG sur indication maternelle..... 139–40
Condition suspensive ou résolutoire..... 131
Dépossession..... 91
Établissement
Pratique..... 94–95
Théorie 148–49
Personne potentielle..... 99–100
Position classique..... 89
Remise en cause..... 89–91
Succession de conditions 139

Philosophie de l'enfance
ARISTOTE..... 421–35
Communauté d'intérêt..... 423
Equilibre familial..... 424–25
Incapacité d'exercice de l'enfant..... 428–29
Justice inégalitaire..... 433
Obligations naturelles parentales 427
Personnalité de l'enfant 430–32
Philia et amitié..... 423–24
Place des membres de la famille..... 429
Privilège de masculinité..... 433–34
Propriété sur l'enfant 430
Relations familiales..... 422–23

BODIN (Jean) 444–54
Devoir révérencieux de l'enfant 447–48
Droits de l'épouse 451
Fondements de la société 444–45
Influences sur le droit de la famille 451
Limites à la puissance du père 449–50
Personnalité de l'enfant 449
Puissance de l'époux 445–46
Puissance du père 446–47
Sanctions extrapatrimoniales 448–49
Sanctions patrimoniales 451–52
Code Napoléon
Puissance paternelle 473–74
Situation de l'enfant naturel 474–75
Droit coutumier
Organisation familiale 441
Sanctions parentales 442
Droit écrit
Émancipation 443
Sanctions parentales 442–43
École libérationniste des droits 477–78
École protectionniste des droits 476–77
HOBBES (Thomas) 454–59
Autorité contractuelle du père 458
Autorité naturelle de la mère 457–58
Contrat social 456–57
État de nature 455–56
Individualisation de l'enfant 458
LOCKE (John) 464–69
Définition de l'autorité parentale 467
Droits naturels de l'enfant 467–68
Notion d'autorité parentale 465–66
Théorisation de l'autorité parentale .. 466–67
MIRABEAU (Honoré-Gabriel) 471
Période révolutionnaire
Exercice de l'autorité parentale 471
Majorité émancipatrice 471–72
Suppression des sanctions patrimoniales. 472
PORTALIS (Jean-Etienne) 473
PUFENDORF (Samuel) 459–64
Contrat social 459–60
Couple parental 460–61
Droit de l'enfant à la vie 461–62
Exercice de la puissance paternelle 463–64
Personnalité de l'enfant 461
Place de l'enfant 462–63
Raison de l'enfant 419–21
Saint-Thomas d'Aquin 436–40
Bien de l'enfant 437
Éducation de l'enfant 438–39
Équilibre familial 436–37
Organisation familiale 438
Organisation sociale 438
Personnalité de l'enfant 439–40
Successions 439

Protocoles facultatifs

Impulsion 591
Protocole sur les atteintes sexuelles
Controverse
Analyse de la CIDE 609
Autres textes internationaux 610–11
Majorité sexuelle 615–16
Suffisance de la CIDE 608–9
Enfant prostitué
Débat sur la dépénalisation 613–15
Volet répressif
Pénologie 611–12
Procédure pénale spéciale 612
Protocole sur les conflits armés
Déclaration contraignante 606–7
Dispositions de la CIDE 593–94
Écheveau juridique 600
Art. 38 de la CIDE 602–5
Conventions de Vienne 600–602
Traité de protection de la femme 602
Enrôlement de l'enfant 605–6
Impact des guerres sur l'enfant 595–96
Incidence des conflits sur la CIDE 596–98

- R -

Réformes du droit de la famille

Approche historique 402
Divorce 403–4
Filiation 404–5
Vacance 405–6
Nom de famille 403

- S -

Santé de l'enfant

Carnet de santé 720
Enfant plus âgé
Alcoolisme et tabagisme 725–26
Domaine personnel 721–22
Secret médical 722–24
Toxicomanie 724–25
IVG 350
Nouveau-né
Promotion de l'allaitement 717–18
Protection pénale 716–17
Protection sociale de la mère 718–19

Vaccination 719–20
Opposition des parents 348–50
Période anténatale
Information de la mère..... 712–13
Protection de la grossesse 713
Protection sociale de la mère 715–16
Soins prénatals 714
Prélèvement hématopoïétique 348

Scolarisation de l'enfant

Approche historique..... 696–97
Complémentarité avec la famille 370–72
Discipline scolaire 711
Liberté d'association 700
Liberté d'expression 699–700
Liberté religieuse
Arrêt du Conseil d'État (1992) 703–4
Arrêt du Conseil d'État (2007) 709–10
Avis du Conseil d'État (1989)..... 702
C.A.A. de Paris (2004) 706–8
Circulaire (1994) 704–5
Droit positif..... 705–6
Principe de laïcité 701
Rapport STASI 705
Obligations scolaires
Obligation d'assiduité..... 710
Obligation générale de respect 710
Sanctions financières..... 372–73
Scolarité obligatoire 373–74

Sécurité de l'enfant

Analyse 346–47

- V -

Viabilité

Approche historique..... 143–44
Critère de conformation..... 144–45
Critère de maturité
Durée de la grossesse 145–46
Évolution..... 146
Poids du fœtus..... 147–48
Définition générale..... 85–86
Établissement 87–88
Présomption 86–87

– TABLE DES MATIÈRES –

INTRODUCTION **13**

PARTIE I : L'ENFANT DU DROIT **31**

Chapitre Premier : Le temps de l'enfance **33**

Section 1 : Le début de l'enfance : la vie prénatale 33

§ 1 – L'importance relative de la naissance 34

A – La naissance : un moment biologique 34

1. Les interruptions volontaires de la grossesse 35

a. L'I.V.G. et l'avortement 35
b. L'I.V.G. pour motifs personnels 38

2. Les autres interruptions de la grossesse 40

a. Les enfants mort-nés 41
b. Le fœtus mis au monde 56

- Interruption médicale de la grossesse sur indication fœtale 60
- Interruption médicale de grossesse sur indication maternelle 71

B – Un moment non-juridique 74

1. La naissance, un faisceau d'indices et de présomptions 76

a. Une présomption de vie 76
b. Un indice de viabilité 85

2. La prédominance de la reconnaissance juridique 89

- Le début de la manifestation de la personnalité juridique 89

§ 2 – La vie prénatale : apparition de l'enfant. 98

A – La période prénatale appréhendée par le droit 100

1. Un cantonnement aux maximes 100

a. La maxime « infans conceptus… » 101
b. La survie de la maxime « infans conceptus… » 107

2. La prise de conscience législative 117

a. La restriction de la portée de la maxime 117
b. L'évolution jurisprudentielle de la maxime 122

B – Début de l'enfance : l'autonomie de la personne conçue 130

1. La volonté de la mère : condition potestative préalable 132

a. Condition purement potestative de la mère 134
b. Condition simplement potestative de la mère 139

2. La viabilité : entre suspension et résolution de la personnalité juridique 142

a. La viabilité juridique 143
b. Le rapprochement avec la viabilité médicale 147

Section 2 : La fin de l'enfance 149

§ 1 – Dix-huit ans : un âge arbitraire et peu efficace 150

A – L'amalgame des notions de minorité et d'enfance 151

1. L'enfance, un temps universel 151

a. Universalité individuelle 152

b. Universalité mondiale 155
2. La minorité : un moment imposé par la loi 157
a. L'exception de minorité 158
b. Le régime évolutif de représentation du mineur 162
➢ Tempéraments quantitatifs à la minorité 163
➢ Tempéraments qualitatifs à la minorité 172
B – Majorité et fin de l'enfance : une vérité à réviser 175
1. La majorité à dix-huit ans 176
2. Fin de minorité et adolescence 181
a. L'adolescence : un âge à géométrie variable 182
b. Adolescence et fin de minorité 189
➢ La responsabilisation participative de l'adolescent 191
➢ La responsabilisation active de l'adolescent 196
c. Le droit à l'épreuve de l'adolescence : le quasi-majeur 208
3. Le passage à la capacité complète 217
a. Un passage brutal 218
b. La responsabilité active : le droit d'agir 221
c. La responsabilité passive : l'obligation de subir 223
§ 2 – L'âge adulte : entre majorité et minorité 225
A – Les adultes mineurs et les enfants majeurs 226
1. L'émancipation : entrée avancée dans la majorité 227
a. L'émancipation par décision de justice 227
b. L'émancipation par le mariage 230
2. Les différents allongements de la minorité d'un adulte 232
a. Le décret du 18 février 1975 : le jeune majeur 232
b. La protection des jeunes majeurs 237
c. Les majeurs protégés : grands enfants ou adultes amputés ? 240
B – La fin de l'enfance : l'insertion dans la société 243
1. L'insertion volontaire : capacité d'exercice et volonté d'exercer 243
a. Réinventer des rites de passage 244
b. Entrer dans l'âge adulte : une décision volontaire 247
c. Les influences socio-économiques et culturelles 249
2. L'insertion obligée : le résultat d'un conflit 252
a. Puer puerum lupus 252
b. La violence en tant que mode d'insertion 255

Chapitre Deuxième : Le concept juridique d'enfant 258

Section 1 : L'enfant indéfini par le droit 259

§ 1 – L'absence de définition claire de l'enfant 259
A – L'enfant dans le Code civil 260
1. L'enfant dans le Code civil de 1804 260
a. L'enfant descendant 260
b. L'enfant autonome 264
2. L'enfant du troisième millénaire 266
a. L'enfant autonome 266
b. L'enfant descendant 269
B – L'enfant dans la jurisprudence 272

1. Les différents âges de l'enfance 273
a. L'embryon 274
b. Le fœtus 275
c. Le bébé 277
d. L'adolescent 279
2. Les différentes significations de l'enfant 282
a. L'enfant dans sa dimension individuelle 283
b. L'enfant dans sa sphère familiale 292
➢ L'autorité parentale : l'enfant objet 292
➢ Le divorce : l'enfant sujet 296
➢ La filiation : l'enfant personne 299
c. L'enfant dans son milieu social 301
d. L'enfant et son patrimoine 305
§ 2 – Les définitions hétéronomes de l'enfant 306
A – L'enfant et ses parents 307
1. L'article 371 du Code civil : l'honneur et le respect 308
2. Les articles 205 et 203 du Code civil : l'obligation alimentaire mutuelle 317
B – L'enfant et sa famille 324
1. L'enfant et ses aïeux 325
2. L'enfant et ses enfants 332
Section 2 : Concilier responsabilité et protection de l'enfant 342
§ 1 – L'enfant : un adulte en devenir 343
A – Protéger l'enfant 343
1. La protection par le milieu familial 344
a. Une protection normale de l'enfant 344
➢ La protection de la sécurité de l'enfant 345
➢ La protection de la santé de l'enfant 348
➢ La protection de la moralité de l'enfant 351
b. La reconnaissance sociale de la mission protectrice des parents 355
2. La protection par la société civile 358
a. Pallier les insuffisances de la famille 359
b. Concilier la pratique et les textes 366
B – Responsabiliser l'enfant 369
1. Apprendre 369
2. Libérer 375
§ 2 – L'enfant : une personne centrale 383
A – L'émergence de l'intérêt de l'enfant 384
1. L'intérêt de l'enfant en question 384
2. Le développement de l'intérêt de l'enfant en jurisprudence 389
B – Les réformes du droit de la famille 392
1. Le PaCS 393
a. L'enfant du PaCS hétérosexuel 394
b. L'enfant du PaCS homosexuel 398
2. Les autres réformes du droit de la famille 402

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 407

PARTIE II : LE DROIT DE L'ENFANT 415

Chapitre Liminaire : Concilier le droit et l'enfant 418

- La raison de l'enfant 419

Section 1 : L'incompatibilité aristotélicienne 421

§ 1 – L'enfant dans sa famille 421

A – L'inanité des relations juridiques 422

- La philia, fondement de l'harmonie domestique 423

B – Un être soumis 425

1. L'enfant est-il un sujet de droit ? 426

a. L'enfant n'est pas titulaire de droits 427
b. L'enfant ne peut pas exercer de droits 428

2. L'enfant est-il une personne ? 429

§ 2 – L'enfant dans la cité 432

A – L'enfant et le fils 432

- L'enfant mâle : un citoyen « en puissance » 433

B – L'enfant exclu du droit de la cité 435

Section 2 : L'enfant médiéval 435

§ 1 – Saint-Thomas d'Aquin et le « *bien de l'enfant* » 436
§ 2 – Droit coutumier et droit écrit 440

A – L'enfant de droit coutumier 441
B – L'enfant de droit écrit 442

§ 3 – BODIN : la restauration de la puissance absolue du père 444

A – La puissance paternelle garante de la cohésion de la société 444

1. La puissance absolue du père de famille 445
2. Régression de la place de l'enfant dans sa famille 446

B – L'influence de la pensée de BODIN sur le droit de la famille 450

1. La famille à l'image de Dieu 451
2. Le droit de la famille : monopole royal 452

Section 3 : L'individualisation de l'enfant 454

§ 1 – HOBBES : la contestation de la construction aristotélicienne 454

A – Le renversement du schéma philosophique classique 455

1. L'égalité entre les hommes à l'état de nature 455
2. Remise en cause du modèle familial du souverain 456

B – La famille et l'enfant selon HOBBES 457

§ 2 – PUFENDORF : les prémices des droits de l'enfant 459

A – Inscription explicite de l'enfant au rang des personnes 459

1. Une société de devoirs réciproques 459
2. L'enfant : une personne séparée de ses parents 460

B – Repenser le gouvernement de la famille 461

§ 3 – LOCKE : la première manifestation des droits de l'enfant 464

A – La naissance de l'autorité parentale 465
B – Les premiers droits de l'enfant 466

1. La définition de l'autorité parentale 466

2. Les droits pour l'enfant contenus dans l'autorité parentale 467

Section 4 : L'émergence des droits de l'enfant 469

§ 1 – Promotion et négation de l'enfant : de la Révolution au Code civil 470

A – La petite Révolution de la famille 471
B – La réaction du Code civil 473

§ 2 – Les différentes approches philosophiques modernes 475

A – L'approche protectionniste des droits de l'enfant 476
B – L'approche libérationniste des droits de l'enfant 477

§ 3 – La genèse de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 478

A – La Déclaration de Genève : la prise de conscience internationale 479

1. L'historique de la Déclaration de 1924 479
2. L'esprit de la Déclaration de 1924 481

a. Le préambule : une Déclaration aux hommes 481
b. Les articles : un ensemble de devoirs moraux 483

B – L'ONU et l'enfant 484

1. L'enfant au cœur du dispositif de l'ONU 484
2. La Déclaration des droits de l'enfant de 1959 485

Chapitre Premier : Le droit international de l'enfant 488

Section 1 : Présentation de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant 489

§ 1 – Compléter le juridisme des déclarations antérieures 490

A – Donner des droits à l'enfant 491

1. Les droits de l'homme de l'enfant 492
2. Les droits protecteurs de l'enfant 501
3. Les droits politiques et les libertés 510

B – La place de la famille 521

1. Définition de la famille 522
2. La place des parents 525

a. La responsabilité parentale 525

- L'équilibre des relations familiales 526
- La lutte contre les comportements parentaux violents 528

b. Élever l'enfant 537

- Méthodologie générale à l'adresse des parents 538
- Le contenu du devoir d'élever l'enfant 543

C – La place de l'État 545

1. Respecter 546

a. Compatibilité de la législation interne avec la Convention 547
b. Adoption intégrale de la Convention 550

- Typologie sommaire des réserves émises par les États parties 550
- La politique de retrait des réserves du Comité des droits de l'enfant 561

2. Garantir 564

a. Les débiteurs contre lesquels porte la garantie 565
b. Les différentes méthodes de garantie 566

3. Promouvoir 568

a. Coordonner la politique de l'État en faveur des droits de l'enfant 569

b. Accompagner les mesures législatives 574
4. Instruire 577
§ 2 – Le caractère obligatoire de la Convention 582
A – Une rédaction juridiquement efficiente 582
B – Le Comité des droits de l'enfant 586
1. Fonctionnement général du Comité 586
2. Le devoir de surveillance 588
a. L'examen des rapports 588
b. Les observations finales 590
§ 3 – Les protocoles facultatifs 591
A – Le protocole concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés 592
1. La prise de conscience internationale 592
a. L'éducation en prévention des luttes armées 592
b. L'impact des conflits armés sur l'enfant et sur ses droits 595
➢ Les conséquences sur la personne de l'enfant 595
➢ L'atteinte aux droits de l'enfant pendant les conflits armés 596
2. L'affirmation de la fragilité physique de l'enfant 599
a. L'environnement international préexistant 600
b. Le prolongement de la Convention de New York 605
B – Le protocole concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants 607
1. Un protocole controversé 608
a. L'efficacité des normes internationales antérieures 608
b. Préciser les dispositions de la Convention 611
2. L'enfant prostitué 613
Section 2 : Une vision incomplète de l'enfant 616
§ 1 – L'enfant libre 617
A – La définition temporelle problématique de l'enfant 618
1. L'absence de définition du début de l'enfance 618
2. L'imprécision de la fin de l'enfance 622
a. L'amalgame entre âge adulte et majorité 623
b. Les différentes majorités 626
B – Les obligations à la charge de l'enfant 631
1. Les obligations familiales 632
2. Les obligations sociales et citoyennes 633
§ 2 – La protection de l'enfant 636
A – La protection physique de l'enfant 636
1. La protection de la vie de l'enfant 636
a. Réduction de la mortinatalité 637
b. Allongement de l'espérance de vie 639
2. La protection du corps de l'enfant 642
B – La protection morale de l'enfant 648
1. Les valeurs éducatives 648
2. La protection de la moralité de l'enfant 651
C – La protection juridique de l'enfant 654
1. Le droit pénal de l'enfant 654

a. La philosophie de la justice pénale de l'enfant 655
b. Les droits et libertés de l'enfant devant la justice pénale 657
c. Le particularisme du droit pénal de l'enfant 658
d. La pénologie alternative de l'enfant 660
2. L'accès de l'enfant à la justice 661
Section 3 : L'application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant 665
A – Une Convention inégalement appliquée 666
1. La non-adhésion de certains États à la Convention 666
a. Pays ne voulant pas ratifier la Convention 666
b. Pays ne pouvant pas ratifier la Convention 668
2. Les obstacles à l'application de la Convention 670
a. Volonté insuffisante de certains États parties 670
b. Capacité insuffisante de certains États parties 674
B – Une Convention critiquée 676
1. Les critiques quant au fond 676
2. Les critiques quant à la forme 681
Chapitre Deuxième : Le droit interne de l'enfant 685
Section 1 : Le droit positif de l'enfant : état des lieux 686
§ 1 – La place de l'enfant dans la société 686
A – Un intérêt économique et social majeur 687
1. L'enfant et l'information 687
2. « Infans economicus » 692
3. L'enfant instruit 695
a. D'Alcuin à FERRY : vade-mecum de l'école française 696
b. L'Éducation nationale moderne 698
➢ Les droits de l'élève 699
➢ Les devoirs de l'élève 710
4. L'enfant soigné 711
a. Le droit sanitaire du jeune enfant 712
➢ La santé de l'enfant non-né 712
➢ La santé de l'enfant nouveau-né 716
➢ La santé du jeune enfant 720
b. Le droit sanitaire de l'enfant plus âgé 721
B – Une place juridique croissante 726
1. Revenir sur l'intérêt de l'enfant 727
a. Les lacunes de l'analyse individualiste de l'intérêt de l'enfant 728
b. Le retour à une appréciation holistique de l'intérêt de l'enfant 731
2. La place centrale de l'enfant dans sa vie de famille 735
§ 2 – L'application de la Convention de New York en droit interne 740
A – La position de la Cour de cassation 742
1. Les positions doctrinales après l'arrêt de 1993 742
a. L'espèce du 10 mars 1993 743
b. L'incompréhension doctrinale 743
c. Les précisions à la suite de l'arrêt de 1993 746
2. Essai de rationalisation de la position de la Cour de cassation 750

a. La position évolutive de la Cour de cassation 750
b. La Convention de New York intégrée en droit interne 754
B – La position du Conseil d'État 758
1. Une jurisprudence restrictive 759
a. Domaine d'intervention du juge administratif 759
b. La Convention de New York et les enjeux politiques de l'État 760
c. Une jurisprudence stricte 763
2. Une jurisprudence administrative peu lisible 765
Section 2 : Aménagements et perspectives 769
§ 1 – Les préoccupations du Comité des droits de l'enfant 769
A – Préoccupations relatives aux droits et libertés civils 770
1. L'état des questions dans le rapport de 2004 770
2. Les réponses du législateur français 771
B – Préoccupations relatives au droit pénal 773
1. Âges et responsabilité pénale en France 774
2. Les critiques sur l'incertitude de l'âge 776
3. L'influence du droit international sur la politique pénale interne 778
§ 2 – Intégrer et compléter le dispositif juridique de l'enfance 781
A – Achèvement du processus d'intégration de la Convention 781
1. La fin de l'intégration judiciaire de la Convention 782
2. La fin de la transposition législative de la Convention 783
3. La rédaction d'un Code de l'enfance 786
B – Renforcement de l'autorité internationale de la Convention 787
1. Augmenter le pouvoir de contrôle du Comité des droits de l'enfant 788
a. La création d'un défenseur international des enfants 788
➢ Le Défenseur des enfants français. 789
➢ Un rôle de rapporteur et de médiateur international 789
b. La possibilité de saisir le Comité 791
2. Sanctionner les manquements ostensibles à la Convention 792
a. L'exemple de la procédure en matière de droits de l'homme 792
b. L'application aux droits de l'enfant 794

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 797

CONCLUSION GÉNÉRALE 800

– BIBLIOGRAPHIE – 803

– INDEX ALPHABÉTIQUE – 831

– TABLE DES MATIÈRES – 839

L'ENFANT ET LE DROIT

Résumé

Mots clés : adolescence, Convention internationale des droits de l'enfant, définition, droits de l'enfant, enfance, enfant, majorité, minorité, personnalité juridique.

L'article 1er de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, en ce qu'il esquisse pour la première fois une définition temporelle de l'enfant, tente de combler une lacune que la force de l'habitude avait installée. Le droit de l'enfant présente cette particularité unique d'exister sans que le sujet sur lequel il porte ait été défini. Si l'enfant est présent en droit, il n'intervient pas en tant que personne mais uniquement sous la forme du statut qui lui est conféré : celui du mineur. L'usage pris consistant à identifier l'enfant au mineur (et l'adulte au majeur) doit faire l'objet d'un réexamen minutieux. Il importe que le juriste revienne sur ce qu'il considère comme acquis et qu'il forge une définition la plus complète possible de l'enfant afin de pouvoir déterminer ses caractéristiques propres, sources de sa spécificité.

Ce n'est qu'à cette condition, préalable et indispensable, que le droit de l'enfant peut être étudié. Or ce droit, peu visible et par là difficilement appréhensible, est relativement méconnu. Le texte de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 fait office de référence à suivre pour adopter des mesures législatives propres à l'enfance. Mais loin de n'être qu'un cadre juridique, cette Convention est en réalité un outil de premier ordre, au cœur de considérations doctrinales internationales. Seule une analyse de la Convention et des recommandations du Comité des droits de l'enfant permet d'en saisir l'ampleur et l'intérêt. De plus, ce n'est qu'à partir d'une compréhension complète du droit international sur cette question que le droit interne de l'enfant peut lui être comparé.

THE CHILD AND THE LAW

Summary

Keywords : adolescence, international Convention on the rights of the child, definition, rights of the child, childhood, child, majority, minority, legal entity.

The first article of the international Convention on the rights of the child, because it draws for the first time a temporal definition of the child, tries to fill a gap installed by custom. The right of the child presents this peculiarity to exist, without any definition of the subject it is concerned with. If the child is present in the law, he's represented by his status of minor, but not as a person. The assimilation of the child to the minor (and the adult to the major) has to be strictly revised. The lawyer must reconsider his certainties to build a definition of the child, as complete as possible, in order to determine his characteristics from which proceeds his specificity.

It is only to this condition, initial and crucial, that the right of the child can be studied. Now, this right, not very perceptible and therefore, understandable with difficulty, is relatively underestimated. The text of the international Convention on the rights of the child of 1989 seems to be a kind of guide to follow in order to adopt some new laws specific to childhood. But, it is not simply a juridical frame, this Convention is in reality an essential juridical tool, in the heart of many international doctrinal opinions. Only a global view of the Convention and the recommendations of the Committee of the rights of the child allows understanding their extent and their interest. Moreover, it is only through a complete knowledge of the international law about this question that the internal law can be compared with it.