



**HAL**  
open science

# L'enfant et le droit. L'évolution de l'approche juridique de la question de la minorité depuis le XVIIIe siècle

Cathy Pomart-Nomdédéo

## ► To cite this version:

Cathy Pomart-Nomdédéo. L'enfant et le droit. L'évolution de l'approche juridique de la question de la minorité depuis le XVIIIe siècle. *Revue historique de l'océan Indien*, 2010, Enfance et jeunesse dans les pays du Sud-Ouest de l'océan Indien (XVIIIème - XXIème siècles), 06, pp.32-43. hal-03413750

**HAL Id: hal-03413750**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-03413750>**

Submitted on 4 Nov 2021

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

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

## L'enfant et le droit.

# L'évolution de l'approche juridique de la question de la minorité depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle

Cathy Pomart-Nomdédéo  
Université de La Réunion

Le statut de l'enfant a connu en droit français une évolution remarquable mais progressive. L'enfant initialement envisagé comme un objet de propriété est aujourd'hui devenu un sujet de droits à part entière, et peut-être même le sujet du droit par excellence. Cette évolution traduit un changement de perception radical à l'égard de l'enfant considéré de plus en plus comme un « adulte en devenir ».

Longtemps la famille est restée un groupe fermé sur lui-même, placé sous la puissance du chef de famille, le patriarche. Les prérogatives discrétionnaires liées à la qualité de père, puis de parent, étaient nombreuses. L'exercice de la puissance paternelle était en effet soustrait à tout contrôle. Certes, le droit de vie et de mort sur l'enfant – symbole de l'absolutisme de la puissance paternelle – initialement accordé au père a rapidement disparu, mais la possibilité pour le père d'exercer le droit de correction fut un droit discrétionnaire jusqu'à la loi du 15 avril 1943<sup>3</sup>.

Cette vision est dépassée<sup>4</sup>. L'immixtion de l'Etat dans cette sphère privée que constitue la famille a permis de protéger la femme, dans un premier temps, à l'époque où elle était soumise à son mari et permet aujourd'hui de veiller au respect de l'intérêt de l'enfant<sup>5</sup>. L'appréciation de cet intérêt de l'enfant n'est plus laissée à la discrétion du père ou des parents. Il constitue un standard juridique<sup>6</sup> que les juges peuvent interpréter parfois à l'encontre de l'appréciation des parents.

Un membre de la famille ne bénéficie plus d'un droit tout puissant sur les autres. Chacun est désormais reconnu dans son individualité et protégé. L'enfant lui-même émet des prétentions concernant les décisions à prendre dans son intérêt.

Dans la législation française, l'enfant a d'abord été sujet passif du droit. La sujétion de l'enfant au Droit était axée autour de la protection, de l'éducation et de l'éventuelle sanction du mineur. Cet angle d'approche classique de la relation Droit/enfant subsiste toujours à l'heure actuelle, même si le dispositif législatif est régulièrement renouvelé, mais il est complété par une nouvelle dimension de cette relation. L'enfant est devenu, depuis quelques années, sujet actif du droit, au point

<sup>3</sup> De même, l'époux avait, avant la loi du 18 février 1938, un droit discrétionnaire en ce qui concerne la fixation de la résidence du ménage.

<sup>4</sup> Le point de départ de l'évolution a sans doute été la disparition de la *patria potestas* à la faveur de la loi du 28 août 1792. A compter de cette loi, le père n'a plus pu décider seul : il a dû composer avec un tribunal domestique. Sa puissance a en outre été limitée dans le temps à la minorité de l'enfant.

<sup>5</sup> V. par ex. Perrot (M.), « Sur la notion d'intérêt de l'enfant et son émergence au XIX<sup>e</sup> siècle », in *Actes* n° 37, Paris, Solin, p. 40-43 ; v. Chabert (C.), *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 632 p. ; v. Lemaire (I.), *La notion d'intérêt de l'enfant dans le droit du divorce*, thèse Rouen, 2000, 487 p. ; v. Sandras (C.), *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, thèse Paris II, 2000, 765 p. ; v. Thery (I.), *La référence à l'intérêt de l'enfant dans la modification du droit de garde après divorce*, thèse Paris V, 1983, 350 p.

<sup>6</sup> V. Coet (P.), *Les notions-cadres dans le code civil, étude des lacunes intra-legem*, thèse Paris II, 1985, 379 p. ; v. également Perelman (Ch.) et Vander Elst (R.), *Les notions à contenu variable*, coll. « Travaux du centre national de recherches de logique », Bruxelles, Bruylant, 1984, 373 p. ; v. enfin Pomart (C.), *La magistrature familiale. Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2003, 575 p., préf. Dekeuwer-Defossez (F.).

qu'on assiste à une véritable conquête des droits de l'enfant<sup>7</sup>. La protection, l'éducation et la sanction du mineur – objectifs pourtant difficiles à atteindre dans certains Etats de la zone océan Indien – ne suffisent plus au législateur français. Le droit se voit alors confier une vocation épanouissante de l'enfant qui peut rapidement dévier vers un risque de sur-protection. Les dangers d'une dérive vers société « pédocentrique » ne doivent pas être négligés.

L'approche juridique de la question de la minorité a donc connu un bouleversement dont l'ampleur et les conséquences nous échappent encore. Au temps de la sujétion au droit a succédé celui de la conquête des droits de l'enfant. L'enfant qui se trouvait au cœur de la protection se situe aujourd'hui au cœur de revendications. La perspective s'est renversée : l'enfant saisi par le droit (I) a décidé de se saisir du droit (II).

## I – L'enfant saisi par le Droit – La sujétion de l'enfant au Droit

Sous cet angle d'approche « classique » de la relation enfant/Droit, l'enfant apparaît comme un sujet passif. Cet être en devenir bénéficie d'une législation spécifique. Ce souci de protection de l'enfant a trouvé progressivement des contreparties<sup>8</sup>. Cette approche présente une conception équilibrée de droits et de devoirs au bénéfice ou à charge de l'enfant.

La protection de l'enfant contre les tiers et contre lui-même doit, dans l'idéal, être garantie par sa famille mais il se peut que la prise en charge de l'enfant par la « sphère privée » que constitue sa famille soit défaillante, cette carence est alors suppléée par la « sphère publique ». L'idéal d'autorégulation au sein de la cellule familiale (A) s'avère parfois illusoire et la nécessité d'une régulation étatique peut se révéler pressante (B).

### A – L'idéal d'autorégulation au sein de la cellule familiale

Le déclenchement du dispositif protecteur de l'enfant est en amont conditionné par son rattachement à une cellule familiale, autrement dit par l'établissement d'un lien de filiation juridique. Dès lors que ce rattachement existe, l'enfant bénéficie d'un droit à l'entretien, à la protection de sa santé, de sa sécurité et de sa moralité (conformément à la trilogie classique de l'article 375 alinéa 1 du Code civil) et à l'éducation. Ces droits sont garantis par son ou ses parents, qu'ils soient mariés ou non, qu'ils vivent ensemble ou soient séparés : c'est ce que la doctrine appelle « la survie du couple parental au-delà du couple conjugal »<sup>9</sup>. Cette protection permet aux parents de diriger la vie de l'enfant, dès lors, elle connaît une contrepartie dans la responsabilité parentale – responsabilité civile délictuelle de plein droit des parents du fait de leur enfant prévue à l'article 1384 alinéa 4 du Code Civil. Aucune faute n'est exigée pour pouvoir engager leur responsabilité.

Le mineur est en outre soumis à un régime d'incapacité juridique de principe (instauré par la loi n°74-631 du 5 juillet 1974) sauf pour quelques actes qu'il peut

<sup>7</sup> V. Bailleau (F.) et Gueissaz (M.) (sous la resp.), *De quel droit ? De l'intérêt ... aux droits de l'enfant*, Cahier du centre de recherche interdisciplinaire de Vauresson, Vauresson, 1988, 171 p.

<sup>8</sup> Ainsi, par exemple, l'article 371 du Cciv. prévoyant que l'enfant doit respect et obéissance à ses parents connaît des concrétisations nombreuses et parfois surprenantes : v. Pomart (C.), « Les dispositions législatives non-normatives : une invitation à penser la normativité en terme de continuum », RRJ 2004-3, p. 1679-1698, plus précisément p. 1692.

<sup>9</sup> V. article 203 du Cciv. concernant les parents mariés, mais les mêmes obligations existent lorsque les parents vivent en concubinage, dans le cadre d'un pacte civil de solidarité ou se sont séparés.

effectuer seul<sup>10</sup> tels les actes de la vie courante<sup>11</sup>. Le mécanisme de représentation permet de palier cette incapacité générale d'exercice. Le représentant légal du mineur, qui est la plupart du temps son parent, agit au nom et pour le compte du mineur dans tous les actes de la vie civile conformément à l'article 389-3 du Code civil.

Les droits et obligations des parents à l'égard de leur enfant se sont affirmés avec le temps comme des prérogatives partagées. Le mouvement égalitariste qui a inspiré le droit de la famille depuis les années 80 a en effet permis le passage de la « puissance paternelle » à « l'autorité parentale ». Cette égalité entre parents a nécessité la mise en place de mécanismes destinés à faciliter le fonctionnement au quotidien de cette coparentalité<sup>12</sup> tels que la présomption – réfragable – d'accord entre parents pour les actes usuels, posée par l'article 372-2 du Code civil<sup>13</sup>.

Les prérogatives discrétionnaires du père sur l'enfant ont cédé la place à des droits-fonctions des parents ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Un équilibre s'est ainsi établi, équilibre qui fait que la plupart des auteurs refusent aujourd'hui l'abandon de la terminologie d'« autorité parentale » au profit de celle de « responsabilité parentale »<sup>14</sup> pourtant appliquée dans d'autres Etats comme en droit anglais.

La protection « classique » de l'enfant apparaît comme un plus petit dénominateur commun qui devrait être acquis dans tous les pays. Or, tel n'est pas le cas. Les pays voisins de la zone océan Indien ne sont pas tous parvenus au même stade de développement de leur législation en faveur de l'enfant mais ils suivent globalement l'évolution du droit français sous l'impulsion de conventions internationales.

On peut, pour illustrer nos propos, songer à la législation malgache. Madagascar a ratifié la Convention Internationale sur les droits de l'enfant le 19 mars 1991. Depuis, des efforts de mise en conformité de la législation aux principes garantis par la Convention sont réalisés. Aujourd'hui, le fondement des textes malgaches relatifs à la filiation et plus généralement à l'enfant est l'intérêt de l'enfant comme en témoigne la dernière vague de réformes législatives en matière familiale. La loi n°2005-014 du 7 septembre 2005 relative à l'adoption a ainsi clairement affirmé le principe de subsidiarité de l'adoption internationale par rapport au placement alternatif au sein de la famille élargie dans l'intérêt de l'enfant. La loi n° 2007-022 du 20 août 2007 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux a quant à elle fixé l'âge minimum du mariage à 18 ans, le mariage précoce n'étant autorisé que par le juge en considération des circonstances et du point de vue de

<sup>10</sup> V. nos développements *infra* sur la prémajorité.

<sup>11</sup> V. Montagnier (J.-C.), « Les actes de la vie courante en matière d'incapacités », JCP 1982, I, 3076.

<sup>12</sup> V. dossier « coparentalité », AJ famille avril 2009, p. 148 s. v. également Gouttenoire-Cornut (A.), « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », DR. famille, nov. 2002, p. 4-6. V. enfin Vauville (F.), « Du principe de coparentalité », P.AFF. 18 octobre 2002, p. 4-11.

<sup>13</sup> V. article 372-2 du Cciv. : « A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ». La difficulté consiste alors pour le tiers à déterminer dans quelle mesure l'acte envisagé est un acte usuel ou non. La question peut se poser par exemple s'agissant de l'inscription ou de la radiation d'un enfant de l'école lorsque les parents se séparent. ces « actes usuels » et les « actes importants » seront sans aucun doute plus précisément définis à la faveur de l'adoption d'un statut du beau-parent (cf. *infra* nos développements sur le projet de loi et le rapport Léonetti, intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers, Paris, La documentation française, oct. 2009, 106 p., p. 58 s.) mais la jurisprudence apporte d'ores et déjà un certain nombre d'éclaircissements par rapport à ces notions (cf. liste non-exhaustive présentée par le rapport Léonetti, *ibid.*, p. 56-57).

<sup>14</sup> V. Meulders-Klein (M.-T.), « Droits des enfants et responsabilités parentales : quel juste équilibre ? », in *La personne, la famille et le droit. 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1999, préf. G. Cornu, p. 345-363.

l'enfant<sup>15</sup>. La loi n°2007-023 du 20 août 2007 sur les droits et la protection de l'enfant a pour sa part mis l'accent sur les interventions préventives et détaille les mesures de protection contre l'exploitation des enfants.

Il ne faudrait toutefois pas s'arrêter à cette analyse erronée parce que partielle du droit malgache. Tout d'abord, il existe parfois un fossé entre l'adoption d'une loi et son application effective. Par ailleurs, les lois malgaches cohabitent avec le droit coutumier qui n'est pas toujours conforme aux principes affirmés par la Convention relative aux droits de l'enfant. Ainsi, l'abandon des jumeaux dès lors que la coutume veut qu'il soit tabou de les élever ensemble, l'abandon des enfants supposés nés sous un jour néfaste, les mariages précoces, les discriminations à l'égard des filles sont autant d'atteintes aux droits de l'enfant. L'évolution de certaines coutumes semble indispensable, en gardant comme référent la Convention Internationale sur les droits de l'enfant.

Même sur le territoire français, les droits des enfants ne sont pas uniformément garantis. A Mayotte, par exemple, la prise en charge des enfants et la protection de leurs droits sont discutables dès lors que l'état civil est défaillant (malgré la Commission de Révision de l'Etat Civil instaurée en 2001) et que les femmes ont des difficultés à établir leur nationalité française. Les enfants subissent malheureusement encore trop souvent les conséquences de ces dysfonctionnements : l'accès aux soins, aux bourses scolaires ou à d'autres prestations est rendu délicat<sup>16</sup>.

La nécessité d'une régulation étatique se fait sentir lorsque la cellule familiale ne parvient pas à garantir la protection de l'enfant.

## **B – La nécessité d'une régulation étatique**

Il peut s'agir alors de protéger le mineur contre sa famille ou contre les tiers voire de le protéger contre lui-même.

Face aux carences parentales, l'Etat doit intervenir pour assurer la prise en charge des enfants. L'idéal est d'aider les parents à assumer leurs responsabilités pour les restaurer dans leur rôle. Il apparaît visiblement, à la lecture des objectifs poursuivis par la protection de l'enfance (Article L. 112-3 CASF) que la prise en charge partielle ou totale du mineur doit rester subsidiaire. La prévention et l'accompagnement doivent être prioritaires.

Ainsi, par exemple, de nouvelles mesures d'accompagnement telles que le contrat de responsabilité parentale ont pu voir le jour. La loi du 31 mars 2006 et le décret du 1<sup>er</sup> septembre 2006 ont permis la création de ce contrat qui s'analyse comme une décentralisation du contrôle de la fréquentation scolaire. En vertu de ce contrat, le Président du Conseil général s'immisce dans le domaine de l'autorité parentale, habituellement réservé aux parents. Il existe quatre hypothèses dans lesquelles un tel contrat peut être proposé : l'absentéisme scolaire de l'enfant à hauteur d'au moins quatre demi-journées dans le mois<sup>17</sup>, le trouble au fonctionnement de l'établissement scolaire causé par l'enfant, toute difficulté liée à une carence de l'autorité parentale<sup>18</sup>, le fait que les parents du mineur refusent sans motif légitime, l'accompagnement parental ou l'accomplissent de manière

<sup>15</sup> Cette loi a modifié l'article 3 de l'ordonnance du 1er octobre 1962 qui prévoyait un seuil d'âge discriminatoire de 17 ans pour les garçons et de 14 ans pour les filles.

<sup>16</sup> V. rapport de la défenseure des enfants Mme Versini au président de la république, 20 nov. 2008.

<sup>17</sup> Les motifs d'absence n'ont pas été communiqués, les motifs donnés sont inexacts.

<sup>18</sup> Ce troisième cas d'ouverture offre une grande marge d'appréciation au président du conseil général.

partielle<sup>19</sup>. Ces cas d'ouverture révèlent une carence de l'autorité parentale. L'autorité des parents disparaît alors, l'Etat s'y substitue. Le Président du Conseil général peut se saisir de lui-même ou être saisi (par un inspecteur d'académie, un chef d'établissement, le maire, le préfet). Il peut proposer aux parents de l'enfant un contrat de responsabilité parentale, parents qui disposent d'un délai de quinze jours pour accepter le contrat ou le refuser et avancer des explications ainsi que des propositions. Ce contrat conclu pour une durée initiale maximale de six mois peut faire l'objet d'un renouvellement (allant au maximum jusqu'à un an). Les sanctions encourues en cas de non-respect du contrat se veulent incitatives et vont de la suspension des prestations familiales<sup>20</sup> à la saisine d'une autorité de justice. Les sanctions prévues ne sont cependant jamais véritablement appliquées. Aussi cherche-t-on de nouveaux moyens pour lutter contre l'absentéisme scolaire parmi lesquels l'initiative expérimentale du Recteur de Créteil consistant à mettre en place une cagnotte pour les élèves faisant preuve d'assiduité dans trois lycées professionnels (l'argent collecté devant servir à des projets éducatifs collectifs) ou encore la récompense de l'assiduité par des places de match de football pour aller soutenir l'Olympique de Marseille. Cette « foire aux idées » en dit long sur la difficulté à lutter contre ce phénomène.

Une immixtion judiciaire plus intrusive peut parfois se révéler nécessaire : on songe ici à l'assistance éducative et au placement. Le principe énoncé à l'article 375-2 du Code civil est clair : le maintien du mineur dans son milieu actuel est préférable, le placement est l'ultime recours. Il doit en outre s'accomplir, dans la mesure du possible, avec l'adhésion de la famille. L'assistance éducative quant à elle permet de protéger l'enfant en danger. Le juge doit là encore s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure prononcée conformément aux exigences de l'article 375-1 alinéa 2 du Code civil.

Concrètement, la protection de l'enfance se déclenche dans deux cas de figure distincts : en cas de défaillance de la famille ou en son absence. Les décisions prises dans le cadre de la protection de l'enfance doivent chercher à satisfaire « l'intérêt de l'enfant » (Article L112-4 CASF). La loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance<sup>21</sup> a mis l'accent sur la procédure d'alerte dans un souci préventif (réseaux de soutien et d'accompagnement à la parentalité, Observatoire national de l'enfance en danger). En vue de détecter au plus tôt les situations de danger, la loi de 2007 a organisé le signalement. L'objectif était de ne plus laisser seul le professionnel (enseignant, éducateur, travailleur social, soignant) qui constate une situation inquiétante. La solitude rendait délicate la prise de décision : en l'absence de certitude, fallait-il se taire ou déclencher une procédure judiciaire au risque de se tromper. La loi du 5 mars 2007 a permis la création de cellules pluridisciplinaires de recueil des signalements tolérant un partage du secret professionnel. La réforme a également permis une clarification des critères permettant d'orienter les signalements vers une prise en charge administrative ou

<sup>19</sup> Le maire peut alors saisir le président du conseil général en vue de la conclusion du contrat.

<sup>20</sup> Le principe demeure bien le refus d'une suppression des prestations familiales mais la suspension du versement des allocations familiales est organisée par un dispositif décentralisé par le biais du contrat de responsabilité parentale (CRP). Faute de justification légitime du refus d'un CRP ou à défaut de respect du contrat par les parents, le président du conseil général détermine la durée et la proportion de la mesure de suspension. Celle-ci est au plus égale à 3 mois et peut être renouvelée par l'autorité l'ayant prononcé dans la limite d'une durée maximale de 12 mois. Si les parents se conforment par la suite aux exigences découlant du CRP, le versement des prestations est rétroactivement rétabli.

<sup>21</sup> La protection des mineurs ou de l'enfance apparaît comme un concept plus large et plus ambitieux que celui classique d'assistance éducative : v. sur ce point Eschylle (J.-F.), « autorité parentale. Assistance éducative. Champ d'application. Conditions », J.-Cl. civil – art. 371 à 387, 2008.



judiciaire<sup>22</sup>. L'Aide sociale intervient toujours sur la base d'un accord avec les parents (cette coopération est l'une des conditions de l'efficacité de son intervention) alors que la justice prend ses décisions d'autorité (aucun accord n'est plus possible). Par ailleurs, l'intervention judiciaire est affirmée comme subsidiaire, la justice est saisie dans des hypothèses extrêmes. Autrement dit, lorsque l'enfant ne court pas de danger immédiat, l'accompagnement éducatif de l'enfant et des familles doit primer. Enfin, la diversification des modes de prise en charge des enfants permet désormais de dépasser notre système binaire classique, l'alternative placement / maintien à domicile, pour proposer une mesure sur mesure.

La protection de la Société est également accordée aux mineurs victimes d'infractions. Le droit pénal français accepte de prendre en considération la minorité stigmatisée tantôt comme une circonstance aggravante<sup>23</sup>, tantôt comme un élément constitutif d'une infraction spécifiquement applicable au mineur<sup>24</sup>. La multiplication des incriminations visant spécifiquement le mineur témoigne de l'attachement à la valeur sociale de l'enfance ainsi que des déviations fréquentes dont sont victimes les mineurs.

On peut évoquer au titre des dernières nouveautés, la proposition de loi n°1538 du 18 mars 2009 visant à lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes<sup>25</sup>. Ce texte envisage entre autre la création de deux nouveaux articles – Art. 222-32-1 et 227-27-2 Cpén. Venant définir les contours de l'inceste qui ne serait pas incriminé spécifiquement mais qui le serait comme une circonstance aggravante d'une infraction sexuelle. Ce texte complique sans doute inutilement la donne. Il existait déjà une circonstance aggravante tenant au lien de parenté ou d'autorité de la personne qui accomplissait ce type d'actes<sup>26</sup>.

Dans les pays de la zone, les préoccupations sont identiques. Ainsi, la législation malgache a marqué un véritable tournant en matière de lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants : la loi n°2007-038 du 14 janvier 2008 sur la lutte contre la traite des personnes et le tourisme sexuel apparaît comme l'aboutissement de la campagne nationale menée depuis 2005 avec l'appui de l'UNICEF. Cette loi traduit la volonté d'endiguer le problème latent d'exploitation sexuelle et de la prostitution infantile à Madagascar<sup>27</sup>. Toutefois, sur ce point encore, les habitudes sont parfois tenaces et la loi rencontre de réelles difficultés à faire changer les comportements. La prostitution infantile est parfois la seule source de revenus des familles malgaches.

Les mineurs auteurs d'infractions sont protégés contre eux-mêmes par la Société qui les soumet au droit pénal prévoyant des mesures à caractère éducatif ou

<sup>22</sup> Avant la réforme de 2007, le double fondement administratif et judiciaire de la protection de l'enfance était source de complexité (originalité du modèle français institué en 1958/59).

<sup>23</sup> La circonstance aggravante peut tenir à l'âge (moins de 18 ans, moins de 16 ans ou moins de 15 ans) mais elle peut également concerner l'existence d'une particulière vulnérabilité de la victime, l'existence d'un lien de parenté ou d'autorité, le recours au service d'un mineur ou encore la proximité d'un établissement d'enseignement.

<sup>24</sup> V. délaissement de mineur, privation d'aliments ou de soins, incitation du mineur à des comportements dangereux pour sa santé, violences habituelles sur mineur, non-dénonciation d'infractions commises sur un mineur, corruption de mineur, atteinte sexuelle sans violence sur mineur de 15 ans/sur mineur de 15 à 18 ans, etc.

<sup>25</sup> Proposition en cours d'adoption : adoptée en 1ère lecture le 28 avril 2009 par l'assemblée nationale, le 30 juin 2009 par le sénat. V. Dr. famille juin 2009, alertes veille n° 51.

<sup>26</sup> L'article 222-24, 4° CPén. punit de 20 ans de réclusion criminelle le viol commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime (au lieu de 15 ans de réclusion criminelle pour un viol non aggravé). L'article 222-28, 2° CPén. Punit de 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende l'agression sexuelle commise par un ascendant ou une personne ayant autorité sur la victime (au lieu de 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende pour une agression sexuelle non aggravée).

<sup>27</sup> V. rapport de Madagascar sur l'application de la CIDE 2003/2008.

répressif. Ils bénéficient toutefois de règles de fond et procédurales spécifiques prévues par l'ordonnance du 2 février 1945 à laquelle renvoie l'article 122-8 du Code pénal. Depuis des années, la doctrine réfléchit à la réforme globale de l'ordonnance de 1945. Des aménagements ont été réalisés par le biais de la réforme du code de 1994, de 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 (intervention des éducateurs jusqu'à la majorité des condamnés), de la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes (enregistrement audiovisuel des interrogatoires) ou de la loi d'orientation et de programmation du 9 septembre 2002, mais la réforme d'ensemble demeure introuvable. La solution se trouve peut-être dans le rapport de la Commission Varinard présenté fin 2008<sup>28</sup> qui a formulé diverses propositions parmi lesquelles la création d'un Code de la justice pénale des mineurs, la fixation d'un âge de responsabilité pénale (12 ans) et d'une présomption simple de discernement pour le mineur de plus de 12 ans, la fixation de la majorité pénale à 18 ans ainsi que l'information des parents et leur association aux poursuites diligentées contre leur enfant<sup>29</sup>.

L'enfant longtemps considéré comme un être démuné qu'il était nécessaire de protéger semble désormais tout à fait capable de « se saisir du Droit » et de partir à la conquête de nouveaux droits qu'il entend revendiquer.

## II – Le Droit saisi par l'enfant – La conquête des droits de l'enfant

Depuis quelques années, on assiste à un renouvellement de la relation enfant/Droit. 1990 semble être l'année charnière pour la France du fait de la ratification de la Convention Internationale sur les droits de l'enfant. Ce dernier prétend devenir un « sujet actif » du droit<sup>30</sup>. La surprotection de l'enfant cède le pas à l'installation d'une société pédocentrique (A). La multiplication des droits de l'enfant ne saurait toutefois être infinie ; elle doit souffrir des limites et composer avec divers obstacles (B).

### A – Vers une société pédocentrique ?

En matière familiale, l'un des objectifs principaux de notre législation est la satisfaction de l'intérêt de l'enfant et son épanouissement. Les initiatives destinées à assurer la promotion des droits de l'enfant sont nombreuses. On peut songer à la création du Défenseur des enfants par la loi n°2000-196 du 6 mars 2000<sup>31</sup>. Le projet de suppression du poste de Défenseur des enfants présenté en septembre 2009 a d'ailleurs suscité un tollé. Les attributions de l'actuel défenseur des enfants seraient, selon le projet de loi organique, exercées par un futur Défenseur des droits mais

<sup>28</sup> V. rapport de la commission sur la réforme de l'ordonnance du 2 février 1945, déc. 2008.

<sup>29</sup> Il faudra remédier aux incompatibilités de notre droit interne par rapport aux exigences de l'article 40 de la CIDE qui subsistent encore parmi lesquelles l'absence d'âge minimal de responsabilité pénale (exigence de la CIDE rappelée en 2009 par le comité des droits de l'enfant) et le processus de désécialisation (v. Touret de Coucy (F.), « enfance délinquante », Rép. Pén. Dalloz, 2005, §§ 61-62).

<sup>30</sup> V. comité des droits de l'enfant (51ème session), observations finales du comité des droits de l'enfant : France, juin 2009, crc/c/fra/co/4, §6 : le comité déplore que la France n'incorpore pas suffisamment à son droit la notion « d'enfant sujet de droit » et invite à pousser plus avant le pédocentrisme.

<sup>31</sup> V. art. 1 de la loi du 6 mars 2000 : le défenseur a pour mission de promouvoir les droits de l'enfant et de veiller à leur respect. v. également circulaire du 30 novembre 2006 portant sur les relations entre le défenseur des enfants et l'autorité judiciaire.



certain craignent un risque de dilution des spécificités des problématiques attachées à l'enfance. On peut encore évoquer la nomination le 16 janvier 2009 d'un Haut Commissaire à la jeunesse, chargé de l'élaboration d'une politique cohérente pour les 16-26 ans<sup>32</sup>.

Les textes garantissant des droits à l'enfant se multiplient. Ces textes présentent une force contraignante des plus variables : ils vont de la déclaration de bonnes intentions, telle la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, à des conventions internationales liant les Etats<sup>33</sup>. Il est impossible de toutes les évoquer mais signalons-en deux parmi les principales<sup>34</sup>. Tout d'abord, la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989 et ratifiée par la France en 1990<sup>35</sup>. Cette convention apparaît, aujourd'hui encore, insuffisamment intégrée à notre droit interne<sup>36</sup>. En effet, si le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies se félicite de l'alignement de la jurisprudence de la Cour de cassation sur celle du Conseil d'Etat<sup>37</sup>, il se dit préoccupé par le fait que peu d'articles sont reconnus comme étant directement applicables : il souhaiterait que l'intégralité de la Convention soit d'application directe en France<sup>38</sup>. On peut également songer à la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant adoptée par le Conseil de l'Europe à Strasbourg le 25 janvier 1996<sup>39</sup> dont l'approbation par la France a été permise par le biais d'une loi de ratification n°2007-1155 du 1<sup>er</sup> août 2007. La loi du 5 mars 2007 avait permis de lever tout obstacle à la ratification<sup>40</sup>.

La multiplication des textes va de paire avec une profusion des droits consacrés. Le phénomène de subjectivisation s'entend de la multiplication des « droits à » dans notre législation ou dans les revendications des justiciables<sup>41</sup>. Ce phénomène s'explique en partie par l'influence du Conseil Constitutionnel<sup>42</sup> et de la Cour Européenne des droits de l'homme<sup>43</sup> et a malheureusement pour contrepartie la « dévalorisation des droits subjectifs » qui manquent « d'efficacité » et de « lisibilité »<sup>44</sup>.

<sup>32</sup> On sort du cadre de la minorité stricto sensu, preuve du caractère parfois artificiel des seuils légaux.

<sup>33</sup> V. Rondeau-Rivier (m.-c.), « Les conventions internationales en matière de droit de la famille », Def. 1991/1, n° 32, p. 265 s. ; Sturlese (B.), « Elaboration et mise en œuvre des instruments internationaux relatifs à la protection des mineurs », def. 1991/1, n° 32, p. 280 s.

<sup>34</sup> V. également la charte des droits fondamentaux de l'union européenne, la convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux enlèvements illicites d'enfants, le règlement communautaire (ce) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles II bis).

<sup>35</sup> V. « La convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article », dossier in Dr. famille nov. 2009, étude/dossier n° 13, p. 11-56.

<sup>36</sup> V. 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> rapports périodiques de la France – rapport de la défenseure des enfants au comité des droits de l'enfant des nations unies, crc/c/fra/4, déc. 2008 + observations finales du comité.

<sup>37</sup> V. 1<sup>ère</sup> Civ. 18 mai 2005, JCP g 2005, ii, 10115, note Chabert (C.). V. également Neirinck (C.), « L'application de la convention internationale des droits de l'enfant à la découpe : à propos d'un revirement de jurisprudence », rd Sanit. soc. 2005, p. 814 s.

<sup>38</sup> V. comité des droits de l'enfant (51<sup>ème</sup> session), préc. *supra* note 28, §§ 10-11.

<sup>39</sup> Publication par le décret n° 2008-36 du 10 janvier 2008.

<sup>40</sup> V. Gouttenoire (A.), « L'approbation par la France de la convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », Dr. famille 2007, alertes n° 62 ; Fricero (N.), « Ratification de la convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant : une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans », RJPf 2008, 1/10, p. 8 s.

<sup>41</sup> V. concernant la subjectivisation en général : Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> république*, coll. « Forum », Flammarion, 1996, p. 121 s. ; Cohen (D.), « Le droit à ... », in *L'avenir du droit*, Mélanges F. Terre, Dalloz, PUF éd. Jurisclasseur, 1999, p. 393 s. ; Pichard (M.), *Le droit à, étude de législation française*, Economica, 2006, 566 p., préf. Gobert (M.). V. en droit de la famille : Aune (A.-C.), *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, coll. « centre P. Kayser », PUAM, 2007, 469 p., préf. Leborgne (A.).

<sup>42</sup> V. Luchaire (F.), « Les fondements constitutionnels du droit civil », RTDCIV. 1982, p. 248 s.

<sup>43</sup> V. Debet (A.), sur *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme le droit civil*, coll. « Bibliothèque des thèses », Paris, Dalloz, 2001.

<sup>44</sup> V. Aune (A.-C.), thèse préc. *supra* note 39, p. 49 s.

Il existe effectivement pléthore de « droits à » reconnus à l'enfant : droit à une alimentation équilibrée et à un logement sain (Art. 27 CIDE), droit à la santé (Art. 24 CIDE), droit à l'éducation (Art. 28 CIDE)<sup>45</sup>, droit aux loisirs (Art. 31 CIDE), droit à la culture (Art. 29 CIDE), droit d'être protégé contre l'exploitation dans le travail (Art. 32 CIDE), droit à être protégé contre les mauvais traitements (Art. 19 CIDE), etc.

La vitalité du mouvement ne tarit pas et la subjectivisation se poursuit. Parmi les droits les plus souvent invoqués ces dernières années, on rencontre le droit de l'enfant à être entendu (Art. 12 s. CIDE). S'agissant de l'audition de l'enfant, la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 est venue compléter la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993. La réforme avait été encouragée par le Rapport du Défenseur des enfants de 2005<sup>46</sup> ainsi que par le Rapport de la Mission d'information sur la famille et les enfants de 2006<sup>47</sup>. Le mineur capable de discernement a désormais le droit d'être entendu dans toute procédure le concernant : son audition est de droit lorsqu'il en fait la demande et si le mineur refuse l'audition, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus<sup>48</sup> (Art. 388-1 du Cciv.).

Très prochainement, de nouveaux droits procéduraux seront sans doute accordés au mineur<sup>49</sup> du fait de l'approbation et de la ratification par la France de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant. L'article 5 de ce texte prévoit le droit à la désignation d'un représentant spécial<sup>50</sup> ou encore le droit d'exercer tout ou partie des prérogatives d'une partie aux procédures qui le concerne. Sur ce point, notre droit positif interne a encore des progrès à effectuer. Si notre droit semble satisfaire aux exigences de la convention qui reconnaît à l'enfant le droit d'être informé et d'exprimer son opinion dans les procédures qui le concernent, seule la procédure française d'assistance éducative accorde aujourd'hui la qualité de partie au mineur.

Des revendications de plus en plus nombreuses se font entendre et préparent les « droits à » de demain : il s'agit par exemple de la revendication autour d'un droit à l'embauche (de nombreuses mesures ont été prises pour résorber le chômage des moins de 25 ans : contrats de qualification, d'apprentissage, d'insertion... il n'y a qu'un pas pour que l'on arrive à des revendications autour d'un droit à l'embauche), de la revendication d'un droit à la connaissance de ses origines (l'œuvre du Conseil National pour l'accès aux origines personnelles créé par la loi n°2002-93 du 22 janvier 2002 apparaît sur ce point aussi déterminante

<sup>45</sup> Ainsi, par ex., la loi n° 2005-380 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école du 23 avril 2005 a prévu – en son article 10 – qu'une mesure d'assistance éducative peut être ordonnée lorsque les personnes responsables du mineur non émancipé s'opposent à la poursuite de sa scolarité au-delà de l'âge de 16 ans.

<sup>46</sup> V. défenseur des enfants, l'enfant face à la justice, rapport 2005, la documentation française, 2005. Le rapport dénonçait la pratique disparate des auditions et la motivation succincte des refus d'audition.

<sup>47</sup> V. mission d'information sur la famille et les droits des enfants, rapport du 25 janvier 2006, rapp. Ass. Nat. n° 2832, 1ère partie.

<sup>48</sup> V. Watine-Drouin (c.), « minorité – audition du mineur en justice. Défense de ses intérêts », J.-Cl. civil – art. 388-1 et 388-2, 2009 ; v. Gouttenoire (a.), « la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance : à la recherche de nouveaux équilibres », d. 2007, chron. p. 1090 s. ; v. Eudier (F.) et Chambocel-Saligue (P.), « Réforme de la protection de l'enfance : le défi de la coopération », RJPF nov. 2007, p. 11 s.

<sup>49</sup> V. Gouttenoire (A.), « L'enfant et les procédures judiciaires : un statut en devenir », aj famille nov. 2003, p. 368 s. et du même auteur « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », in colloque enfance et justice, Dr. famille 2006, étude n° 29. V. encore Murat (p.), « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », Dr. famille 2006, étude n° 31.

<sup>50</sup> Droit de demander à être assisté par une personne appropriée de son choix afin de l'aider à exprimer son opinion ; droit de demander lui-même ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, la désignation d'un représentant distinct, dans les cas appropriés, un avocat ; droit de désigner son propre représentant ; droit d'exercer en tout ou partie des prérogatives d'une partie à de telles procédures.

qu'insuffisante<sup>51</sup>). On peut également songer à la question du droit pour l'enfant de voir un lien s'établir avec un tiers, son beau-parent. Le projet de statut du beau-parent semble actuellement au point mort<sup>52</sup>. En tout état de cause, le Rapport remis au Premier Ministre se trouve très en retrait par rapport au projet de loi initial<sup>53</sup>. Faut-il consacrer un nouveau « droit à » au risque de créer des conflits entre les droits des uns et des autres ou laisser faire la jurisprudence<sup>54</sup> ?

L'implication du mineur doit-elle être poussée plus avant ? L'article 371-1 du Code civil prévoit que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité ». Ce principe de consultation du mineur se décline dans divers domaines comme en témoignent les articles L. 1111-2 alinéa 5 et L. 1111-4 alinéas 3 et 5 du Code de la santé publique<sup>55</sup> et a tendance à se généraliser. La difficulté vient cependant de ce qu'il s'agit d'un principe sans véritable sanction. Par ailleurs, quand bien même la consultation a lieu, elle n'oblige en rien à entériner l'avis du mineur.

La simple consultation de principe rencontre donc des limites qui lui sont intrinsèques et une évolution vers l'autonomie du mineur peut alors se révéler séduisante. Des « majorités anticipées » semblent déjà se dessiner dans notre législation (majorités sexuelle et religieuse) au point que certains envisagent la création d'une véritable prémajorité<sup>56</sup>. Le mécanisme de l'émancipation d'une part et l'abaissement ponctuel des seuils d'âge légaux pour accomplir différents actes d'autre part (droits du mineur sur son corps, capacité à s'engager dans un contrat de travail, autonomie patrimoniale limitée) ne suffiraient donc pas/plus. Des arguments nombreux sont avancés en faveur « d'une libération graduelle du mineur »<sup>57</sup> qui apparaît préférable à une majorité brutalement libératrice<sup>58</sup>. Les reconnaissances ponctuelles de l'autonomie du mineur<sup>59</sup> céderaient place à un véritable statut juridique de l'adolescent<sup>60</sup>.

Il existe cependant parfois des contradictions dans l'évolution de notre législation. Songeons par exemple à la question de la prémajorité sexuelle. Différents textes semblent consacrer cette prémajorité. Ainsi, l'article L. 5134-1 du

<sup>51</sup> V. la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines personnelles des personnes adoptées et pupilles de l'état. v. Rubellin-Devichi (J.), « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous x dans la loi du 22 janvier 2002 », Dr. famille 2002, étude n° 11, p. 7 s.

<sup>52</sup> V. rapport sénat n° 392, les nouvelles formes de parentalité et le droit, 2005/2006 ; v. Gouttenoire (A.), « Un beau-parent peut en cacher un autre », aj famille 2006, p. 10 ; v. proposition de loi n° 585, 2007-2008 et visant à aménager les conditions d'exercice de la parentalité, Dr. famille 2008, *Alertes* n° 17 ; v. Marraud des Grottes (G.), « Reconnaissance juridique des beaux-parents : statut ou statu quo ? », RLDC 2007/43, n° 2743 ; v. Hauser (J.), « Des tiers : légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence », RTDCIV. 2009, n° 19, p. 309-312. V. Mirkovic (A.), « Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », Dr. famille 2009, étude n° 28.

<sup>53</sup> V. rapport Léonetti, préc. *supra* note 11 faisant suite au projet de loi Morano qui lui-même faisait suite au rapport Versini de 2006.

<sup>54</sup> V. Hauser (J.), « Des tiers : légiférer encore ou faire confiance à la jurisprudence ? », RTDCIV. 2009, p. 309-312.

<sup>55</sup> L'article L. 1111-2 al. 5 du CSP prévoit que les mineurs, en fonction de leur maturité, doivent recevoir une information et participer à la prise de décision médicale les concernant ; l'article L. 1111-4 al. 3 et 5 du CSP dispose qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne (...). Le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer une volonté et à participer à la décision ».

<sup>56</sup> V. Roque (J.), « La prémajorité », Dr. famille 2009, étude n° 20. V. également Gisser (F.), « Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, une institution en cours de formation : la prémajorité », JCP g 1984, I, 3142. V. encore Stofflet (J.), « L'activité juridique du mineur non émancipé », in mélanges p. Voirin, LGDJ, 1966, p. 783 s.

<sup>57</sup> V. Grimaldi (M.), « L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence », in *L'enfant, la famille et l'argent*, colloque LERADP Lille 2, Paris, LGDJ, 1991, p. 101-116, p. 102.

<sup>58</sup> V. Roque (J.), art. préc. *supra* note 54, p. 29 s.

<sup>59</sup> V. Rubellin-Devichi (J.), « Le droit français est-il adapté aux adolescents ? », def. 1991/2, n° 33, p. 123 s.

<sup>60</sup> V. Raymond (G.), droit de l'enfance et de l'adolescence, coll. « pratique professionnelle », LITEC J-CI, 4<sup>e</sup> éd., 2003, p. 60 s. l'auteur est pessimiste et évoque « l'impossibilité à définir un tel statut ».

Code de la Santé publique tel qu'il résulte de la loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 prévoit que l'autorisation parentale n'est pas requise pour la prescription, la délivrance ou l'administration de contraceptifs aux mineures. A également été prévu un accès facilité à la pilule du lendemain qui peut être délivrée anonymement et gratuitement par les infirmières scolaires, les pharmacies, les centres de planification ou d'éducation familiale<sup>61</sup>. De même, la procédure d'interruption volontaire de grossesse pour les mineures a été simplifiée : le consentement parental initialement exigé n'est plus requis, depuis 2001, par l'article L. 2212-7 al. 3 CSP. Le législateur se satisfait de l'accompagnement d'un adulte référent pour la mineure qui souhaite garder le secret. Mais, parallèlement, l'âge légal du mariage pour les jeunes-filles a été repoussé à 18 ans (Art. 144 Cciv. dans sa version issue de la loi 4 avril 2006<sup>62</sup>). Cette modification consacre incontestablement un recul de l'idée d'une prémajorité.

La consécration d'une prémajorité conduirait à entériner une approche non unitaire de la minorité. Certes, ladite conception éclatée de la minorité existe déjà du fait des divers seuils d'autonomie reconnus. Il faudrait alors s'accorder sur le critère de la prémajorité. Jusqu'à présent, l'autonomie relative reconnue au mineur repose sur un mélange de critères subjectifs (le principal critère retenu en droit français étant le discernement) et de critères objectifs (seuil d'âge variable selon la question qui se présente : 10, 13, 15 ans). Des propositions se manifestent pour un critère objectif qui serait les 16 ans de l'enfant<sup>63</sup>. Il n'est pas certain alors que la création d'une prémajorité systématique soit une avancée. Certes, la lisibilité des dispositions et la prévisibilité des solutions<sup>64</sup> seraient améliorées mais l'adaptabilité tenant à l'adoption de seuils différents et au critère du discernement disparaîtrait. Un régime de prémajorité existe déjà informellement<sup>65</sup> ; une uniformisation n'apparaît pas indispensable.

Les dangers d'une société « pédocentrique » imposent de poser un certain nombre de freins à la subjectivisation du droit de la famille.

## B – Les limites à la multiplication des droits de l'enfant

La multiplication des droits de l'enfant se heurte à des limites intrinsèques mais également extrinsèques.

La principale limite intrinsèque réside dans la fixation de la naissance comme point de départ de la personnalité juridique. Le statut juridique du fœtus, de l'embryon a donné lieu à des controverses. En refusant l'application de la qualification pénale d'homicide ou de blessures volontaire(s) ou involontaire(s) à l'embryon et au fœtus, la Cour de cassation a réaffirmé qu'il ne s'agissait là que de

<sup>61</sup> V. décret n° 2002-39 du 9 janvier 2002 relatif à la prise en charge anonyme des interruptions volontaires de grossesse pratiquées sans le consentement parental.

<sup>62</sup> La motivation de cette réforme était double : il s'agissait de supprimer une discrimination dont souffraient les hommes et de lutter contre les mariages forcés des jeunes filles.

<sup>63</sup> V. proposition de la commission Alfandari (E.), Dekeuwer-Defossez (F.), Moneger (F.), Verdier (P.) et Verkindt (P.-Y.), *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant*, coll. « Rapport officiel », la documentation française, 1993.

<sup>64</sup> V. Dekeuwer-Defossez (F.), *Rénover le droit de la famille ; propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, coll. « rapports officiels », Paris, La documentation française, 1999, p. 102. ; v. également rapports annuels du défenseur des enfants : rapport 2005, *L'enfant face à la justice*, Paris, La documentation française, 2005 et rapport 2008 : *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles*, Paris, La documentation française, 2008 ; v. encore Hauser (J.), « Du discernement ou une famille réduite à la procédure », LPA 28 avril 1999, n° 84, p. 11 s.

<sup>65</sup> V. Roque (J.), art. préc. *supra* note 54, p. 25

choses<sup>66</sup>. Le législateur ne considère certes pas l'embryon ou le fœtus comme une chose quelconque<sup>67</sup> mais il demeure que la personnalité juridique qui permet d'être titulaire de droits et débiteur d'obligations commence bien à la naissance. Accorder une protection ne signifie pas reconnaître des droits.

Les limites extrinsèques à la multiplication des droits reconnus à l'enfant résident essentiellement dans les conflits d'intérêts divergents qui se présentent nécessairement. Lorsqu'il choisit de consacrer un droit subjectif au profit de l'enfant, le législateur décide par là-même de sacrifier l'intérêt d'autrui.

On peut tout d'abord évoquer, à titre d'illustration, le droit à la connaissance de ses origines qui est de plus en plus fréquemment reconnu à l'enfant à l'invitation de la Convention Internationale sur les droits de l'enfant. Il s'agit ici de procéder à la pondération délicate de la liberté de la mère et des droits de l'enfant. Ainsi, permettre à une femme d'accoucher sous X c'est poser un obstacle pour l'enfant qui vient au monde à la connaissance de sa filiation maternelle ainsi que paternelle. Tantôt, le législateur sacrifie un intérêt au profit de l'autre (tel a été le cas en France avant la loi de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 en date du 16 janvier 2009 puisqu'il existait une fin de non-recevoir – autrement dit un obstacle juridique – à l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant né sous X... la filiation paternelle ne pouvant que difficilement s'établir, même si elle n'était pas exclue<sup>68</sup>) ; tantôt, il procède à la conciliation de ces intérêts ce qui ne satisfait en général personne (ainsi, pour reprendre notre exemple, la loi du 16 janvier 2009 a supprimé la fin de non-recevoir opposée à l'enfant qui recherche sa filiation alors qu'il est né sous X mais le secret de l'accouchement a été préservé : il subsiste donc un obstacle de fait qui ne satisfait pas les partisans du droit à la connaissance de ses origines<sup>69</sup>).

De la même manière, le droit à l'embauche des jeunes pose des réelles difficultés d'articulation avec le droit au travail des aînés.

La subjectivisation du droit de la famille au profit de l'enfant rencontre donc des limites lorsqu'elle se confronte à d'autres intérêts revendiqués. Souhaitons alors que les revendications des différents lobbies s'équilibrent pour que l'enfant trouve, dans sa famille et dans notre Droit, une place, sa place d'enfant – ni plus, ni moins.

*Cathy Pomart-Nomdédéo est Maître de conférences en Droit privé  
pomart.cathy@wanadoo.fr*

<sup>66</sup> V. crim. 30 juin 1999, d. 1999, jurisp. p. 710, note Vigneau (D.), RSCRM. 1999, p. 813, obs. Mayaud (Y.) ; ass. pl. 29 juin 2001, RTDCIV. 2001, p. 560, obs. Hauser (J.) ; crim. 25 juin 2002, d. 2002, jurisp. p. 3099, note Pradel (J.).

<sup>67</sup> La question de la modification éventuelle du statut de l'embryon occupe les débats à l'heure de la préparation de la révision des lois de bioéthique. v. office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques : Ass. Nat. n° 135 et Sénat n° 107, p. 18 ; v. également rapport de l'agence de biomédecine sur l'application de la loi bioéthique de 2004 (oct. 2008, p. 71) ; v. encore Galloux (J.-C.), « Non à l'embryon industriel : le droit européen des brevets au secours de la bioéthique », d. 2009, chron. p. 578 s. ; Hauser (J.), RTDCIV. avril-juin 2009, n° 1, p. 293-294 (sur l'idée de la création d'une défenseure des embryons).

<sup>68</sup> V. 1<sup>ère</sup> civ. 7 avril 2006, RTDCIV. 2006, p. 292, obs. Hauser (J.), def. 2006, 1127, note Massip (J.).

<sup>69</sup> En tout état de cause, le dispositif français d'accouchement sous x – même dans sa version antérieure à la réforme de 2009 – n'a jamais été considéré comme contraire aux exigences issues de la convention EDH : v. cour EDH 13 février 2003, n° 42326/98 « Odièvre c/ France », d. 2003, jurisp. p. 1240, note Mallet-Bricout (B.) ; jcp g 2003, II, 10 049, note Gouttenoire-Cornut (A.) et Sudre (F.). V. également cour EDH 10 janvier 2008, n° 35991/04 « Kearns c/ France », d. 2008, jurisp. p. 415, obs. Guiomard (P.) ; AJF 2008, p. 78, obs. Chenede (F.).