

AUTORITÉ PARENTALE : QUESTIONS DIVERSES

Titre *Résumé à venir*
par Prénom **Nom**.....2

LE RETOUR DE L'AUTORISATION DE SORTIE DU TERRITOIRE DE L'ENFANT MINEUR

par Muriel Cadiou

Avocat associée, Cabinet Cadiou-Barbe-Laroque

Bérangère Diot

Avocat collaborateur, Cabinet Cadiou-Barbe-Laroque

Depuis le 15 janv. 2017¹, il n'est plus possible pour un mineur non accompagné par un titulaire de l'autorité parentale de sortir du territoire français s'il n'est muni d'une autorisation prévue par l'art. 371-6 c. civ. (formulaire CERFA n° 15646*01), quel que soit le motif du déplacement (vacances, voyages scolaires, séjours linguistiques, etc.)².

Ce dispositif, créé par l'art. 49 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016³ visant notamment à renforcer les mesures de lutte contre le terrorisme, rétablit l'autorisation de sortie du territoire (AST) en venant restreindre la liberté de circulation du mineur.

Il s'ajoute à l'interdiction judiciaire de sortie du territoire (IST) et à l'opposition administrative à la sortie du territoire (OST).

Son efficacité est critiquable.

Dispositif ancien : la liberté de circulation du mineur - Avant le 15 janv. 2017, un mineur pouvait, sans être accompagné par une personne détentrice de l'autorité parentale, quitter le territoire national vers un pays de l'Union européenne ou de l'Espace Schengen, avec une simple carte d'identité ou un passeport⁴.

Pour voyager vers un pays en dehors de l'Union européenne et hors espace Schengen, le mineur devait obligatoirement présenter un passeport et parfois un visa⁵. Certains pays exigeaient toutefois parfois également, lorsque le mineur voyageait seul ou en présence d'un de ses parents, que celui-ci soit muni d'une autorisation de l'autre parent ou d'autres documents tels que le jugement de divorce.

Nouveau dispositif : la détention d'une autorisation obligatoire de sortie du territoire - Désormais, le mineur⁶ voyageant hors du territoire national sans être accompagné par un titulaire de l'autorité parentale, quelle que soit sa nationalité, devra être muni en plus d'éventuels autres documents requis par le pays de destination :

- d'une carte d'identité ou d'un passeport (selon les pays) ;
- d'une autorisation de sortie du territoire, ne pouvant excéder une année, rédigée et signée par un des titulaires de l'autorité parentale au moyen du formulaire Cerfa n° 15646*01⁷, mentionnant entre autres⁸ :

- les noms, prénoms, date et lieu de naissance de l'enfant mineur ;
- les noms, prénoms, date et lieu de naissance du titulaire de l'autorité parentale, la qualité au titre de laquelle celui-ci exerce l'autorité parentale, son adresse ainsi que le cas échéant ses coordonnées téléphoniques et son adresse électronique ;
- la durée de l'autorisation dans la limite d'un an ;
- de la photocopie lisible d'un document d'identité émanant dudit signataire de l'autorisation, titulaire de l'autorité parentale, dont la forme dépend de sa propre nationalité⁹ :

- lorsque celui-ci est de nationalité française : une carte d'identité ou un passeport en cours de validité ou périmés depuis moins de 5 ans ;
- lorsque celui-ci est un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse : carte nationale d'identi-

té ou passeport délivrés par l'administration compétente de l'État dont le titulaire possède la nationalité, ou un des documents de séjour délivrés en application de l'art. L. 311-1 s. CESEDA, en cours de validité ;

- lorsque le titulaire de l'autorité parentale est ressortissant d'un pays tiers à l'Union européenne : passeport délivré par l'administration compétente de l'État dont il possède la nationalité ou un des documents de séjour délivrés en application de l'art. L. 311-1 s. CESEDA, ou titre d'identité et de voyage pour réfugié(e) ou apatride, en cours de validité.

À noter - En cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, la signature d'un seul des titulaires de l'autorité parentale suffit, dès lors que l'autorisation de sortie du territoire pour l'enfant constitue un acte usuel au sens de l'art. 372-2 c. civ. Mais l'accord du second parent sera recherché si le service instructeur a eu connaissance d'un désaccord.

Interdiction et opposition à la sortie du territoire - Sont maintenues l'interdiction judiciaire de sortie du territoire (IST) et l'opposition administrative à la sortie du territoire (OST).

Pour mémoire, l'**interdiction de sortie du territoire** (IST) peut être judiciairement sollicitée auprès du

(1) Date d'entrée en vigueur du décret n° 2016-1483 du 2 nov. 2016 relatif à l'autorisation de sortie du territoire d'un mineur non accompagné par un titulaire de l'autorité parentale (JO du 4).

(2) Dispositif applicable sur l'ensemble du territoire national français, y compris en outre-mer. Mais, il ne s'applique ni en Nouvelle-Calédonie - l'autorité parentale relève de la compétence locale -, ni dans les terres australes et antarctiques françaises (TAAF). À noter qu'entre la métropole et l'outre-mer, l'AST n'est pas requise sauf si le mineur fait escale dans un pays étranger, y compris si le mineur est en transit et ne quitte pas la zone internationale.

(3) Et complété par la circulaire NOR/INTD1638914C du 29 déc. 2016.

(4) La Suisse exige toutefois une autorisation parentale pour le mineur voyageant seul.

(5) Le pays de destination peut exiger d'autres documents ou formalités indiquées sur les « fiches pays » du site du Ministère des Affaires étrangères dans la rubrique « Conseils aux voyageurs ».

(6) Si le mineur émancipé n'a pas à présenter une AST, il doit se munir d'un exemplaire du jugement ayant prononcé son émancipation ou de la preuve de son mariage.

(7) En cas de fausse déclaration, le signataire s'expose aux sanctions des art. 441-6 et 441-7 c. pén.

(8) Art. 1 du décret n° 2016-1483 du 2 nov. 2016, préc.

(9) Art. 2 du décret n° 2016-1483 du 2 nov. 2016, préc. ; annexe de l'arrêté du 13 déc. 2016 fixant les modalités d'application du décret n° 2016-1483 du 2 nov. 2016 (JO du 16, NOR : INTD1634326A).

juge aux affaires familiales sur le fondement de l'art. 373-2-6 c. civ., au regard de « la nécessité pour l'enfant de maintenir des relations avec chacun de ses parents et le risque pouvant affecter la continuité et l'effectivité de ces liens »⁽¹⁰⁾. En l'absence de mention d'une durée, elle demeure valable jusqu'à l'intervention d'une nouvelle décision judiciaire ou jusqu'à la majorité de l'enfant, sauf si elle est prononcée dans le cadre d'une ordonnance de protection, auquel cas sa durée est de six mois maximum, sauf cas de prolongation (introduction d'une procédure de divorce, de séparation de corps ou relative à l'exercice de l'autorité parentale)⁽¹¹⁾.

La portée de cette interdiction est relative car elle peut faire l'objet d'une mainlevée consensuelle dans les conditions prévues à l'art. 1180-4 c. pr. civ., soit précisément, au plus tard 5 jours avant le départ projeté (sauf circonstances exceptionnelles ou décès d'un membre de la famille). Cette disposition permet aux parents eux-mêmes de paralyser la mesure judiciaire d'interdiction, le départ du mineur pouvant intervenir :

- sans formalité si le mineur voyage avec ses deux parents ;
- après accomplissement d'une déclaration d'autorisation de départ du territoire national effectuée devant un officier de police judiciaire (ou un agent de police judiciaire) si le mineur voyage avec un seul de ses parents (par l'autre parent) ou totalement seul (par les deux parents).

L'interdiction prononcée par le *juge des enfants* est en revanche quant à elle absolue, seul le juge pouvant en ordonner la mainlevée, et limitée à deux ans en vertu du dernier alinéa de l'art. 375-7 c. civ.

Cette faculté appartient également, depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, au *procureur de la République* qui, en vertu du dernier alinéa de l'art. 375-5 c. civ., peut « en cas d'urgence, dès lors qu'il existe des éléments sérieux laissant supposer que l'enfant s'apprête à quitter le territoire national dans des conditions qui le mettraient en danger et que l'un des détenteurs au moins de l'autorité parentale ne prend pas de mesure pour l'en protéger », interdire la sortie du territoire pour une durée maximale de deux mois. Cette mesure précède normalement la saisine par le Procureur de la République du juge des enfants dans les huit jours qui peut à son tour mainte-

nir ou supprimer cette interdiction. L'interdiction de sortie du territoire est inscrite au fichier des personnes recherchées (FPR) et, sauf instruction contraire du magistrat, au système d'information Schengen (SIS).

À noter - Le mineur pourra également faire l'objet d'une mesure d'interdiction de sortie du territoire (IST administrative) de six mois prononcée par le ministre de l'Intérieur sur le fondement de l'art. L. 224-1 CSI en cas de risque terroriste.

L'opposition administrative à la sortie du territoire (OST) à titre conservatoire⁽¹²⁾ effectuée auprès de la préfecture, de la sous-préfecture, du haut-commissariat de la République (commissariat ou gendarmerie si les services administratifs sont fermés), voire du Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale du ministère de la justice, permet, quant à elle, à l'un des parents, en cas d'urgence et de risque d'enlèvement, de saisir le préfet qui instruit la demande. S'il estime la demande justifiée, il prend une décision d'opposition à la sortie du territoire qui entraîne l'inscription de l'enfant sur le fichier des personnes recherchées (FPR) et son signalement au système d'information Schengen (SIS).

Cette mesure, non renouvelable, dont la durée de validité est de 15 jours, entraîne la saisine du procureur de la République qui lui-même peut saisir le juge aux affaires familiales ou le juge des enfants en urgence d'une demande d'interdiction de sortie du territoire dans le cas où le parent ne l'a pas déjà fait.

L'instruction du 5 mai 2014⁽¹³⁾ est venue créer une opposition à la sortie du territoire spécifique en cas de risque avéré de départ de l'enfant mineur vers « des zones de conflit pour y prendre part lorsque les parents constatent des signes de radicalisation idéologique pouvant le conduire à une entreprise terroriste ». Sa validité est cette fois de 6 mois, prorogeable à la demande de l'un des titulaires de l'autorité parentale, et entraîne l'inscription de l'enfant au FRP, son signalement au SIS, ainsi que l'information du procureur de la République qui a la possibilité de saisir le juge des enfants.

Une efficacité discutable - La nouvelle autorisation pour permettre la sortie du territoire de l'enfant mineur non accompagné d'un titulaire de l'autorité parentale prend la forme d'un simple acte sous-seing privé établi par l'un des titulaires de l'autorité parentale au moyen d'un formulaire administratif Cerfa (et non plus en mairie comme avant le 1^{er} janv. 2013) présenté aux autorités aéroportuaires ou terrestres de l'air et des frontières ; ce qui naturellement n'offre aucune garantie de sincérité et d'authenticité et comporte intrinsèquement le risque d'établissement de faux.

Il est donc permis de douter de l'utilité et de l'efficacité du rétablissement de cette autorisation, qui alourdit en revanche considérablement les formalités propres aux déplacements courants de mineurs notamment avec leurs grands-parents, un tiers de confiance ou encore les voyages scolaires. Cette autorisation de sortie du territoire ne dispense d'ailleurs nullement le garde-frontière de la consultation du fichier des personnes recherchées et du système d'information Schengen.

(10) Civ. 1^{re}, 3 mars 2010, n° 08-21.059, AJ fam. 2010. 326, obs. F. Mbala Mbala ; dans le même sens : Civ. 1^{re}, 16 déc. 2015, n° 15-10.442, AJ fam. 2016. 102, obs. S. Thouret ; D. 2016. 8 ; *ibid.* 674, obs. M. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2016. 95, obs. J. Hauser.

(11) C. civ., art. 515-11 et 515-12.

(12) V. circulaire NOR/INTD1638914C du 29 déc. 2016.

(13) V. instruction INTK1400256J du 5 mai 2014.

SORTIE DU TERRITOIRE : TABLEAU COMPARATIF DES MESURES

par Valérie Avena-Robardet
Rédactrice en chef de l'AJ famille

Autorisation de sortie du territoire	Opposition à la sortie du territoire (OST)	Interdiction de sortie du territoire (IST)
Textes applicables		
<ul style="list-style-type: none"> ■ C. civ., art. 371-6 ■ Décr. n° 2016-1483 du 2 nov. 2016 ■ Arrêté NOR INTD1634326A du 13 déc. 2016 ■ Circ. NOR/INTD1638914C du 29 déc. 2016 (sortie du territoire national des mineurs) 	<ul style="list-style-type: none"> ■ C. civ., art. 371-3 ■ Décr. n° 2010-569 du 28 mai 2010 (fichier des personnes recherchées) ■ Instruction n° NOR/INTK1400256J du 5 mai 2014 (opposition à la sortie du territoire) ■ Circ. NOR/INTD1638914C du 29 déc. 2016 (sortie du territoire national des mineurs) 	<ul style="list-style-type: none"> ■ C. civ., art. 373-2-6, 375-5, 375-7 ■ C. pr. civ., art. 1180-3 et 1180-4 ■ CSI, art. L. 224-1 s. et R. 224-1 s. ■ Décr. n° 2010-569 du 28 mai 2010 (fichier des personnes recherchées) ■ Décr. n° 2010-1134 du 29 sept. 2010 (violences conjugales) ■ Circ. NOR/INTD1638914C du 29 déc. 2016 (sortie du territoire national des mineurs) ■ Circ. NOR INTD1504320J du 18 févr. 2015 (mesure administrative d'interdiction de sortie du territoire) ■ Circ. NOR INTD1519020C du 31 juill. 2015 (mesure administrative d'interdiction de sortie du territoire) ■ Circ. n° CIV/07/12 du 12 sept. 2012 (interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents) ■ Circ. n° CIV/13/10 du 1^{er} oct. 2010 (violences faites aux femmes et conjugales)
Objectif		
Autorisation de sortie du territoire du mineur signée par un titulaire de l'autorité parentale	Interdiction de sortie du territoire en cas de risque imminent d'enlèvement familial de l'enfant (OST conservatoire dans l'attente d'une IST) ou risque de radicalisation du mineur devant être éloigné des zones de conflit (ne peut sortir du territoire qu'accompagné de l'un des parents)	Interdiction de sortie du territoire : <ul style="list-style-type: none"> ■ en cas de risque d'enlèvement familial (accord requis des deux parents pour la sortie du territoire, C. civ., art. 373-2-6) ■ de mise en danger (C. civ., art. 375-5) ■ d'assistance éducative (C. civ., art. 375-7) ■ aux fins d'empêchement d'activités terroristes (CSI, art. L. 224-1)
Autorité compétente		
Titulaire(s) de l'autorité parentale qui signe(nt) le formulaire Cerfa n° 15646*01 présenté aux autorités de contrôle	Préfet du département	<ul style="list-style-type: none"> ■ JAF (risque d'enlèvement familial) ■ Juge des enfants (assistance éducative) ■ Ministère public qui devra ensuite saisir le juge des enfants (mise en danger, C. civ., art. 375-5) ■ Ministre de l'intérieur (risque terroriste)
Auteurs de la demande		
Un titulaire de l'autorité parentale		<ul style="list-style-type: none"> ■ <i>Risque d'enlèvement familial</i> : parents ou ministère public (373-2-8) ■ <i>Assistance éducative</i> : père et mère, personne ou service auquel l'enfant est confié, tuteur, ministère public, enfant capable de discernement, juge des enfants d'office

		<ul style="list-style-type: none"> ■ <i>Mise en danger</i> : ministère public (C. civ., art. 375-5) ■ <i>Risque terroriste</i> : ministre de l'intérieur
Durée		
Un an maximum	15 jours non prorogables pour l'OST conservatoire et 6 mois pour OST pour risque de radicalisation prorogable jusqu'à la majorité du mineur	<ul style="list-style-type: none"> ■ <i>Risque d'enlèvement familial</i> : si aucune durée précisée, jusqu'à la majorité du mineur ; mais elle est de 6 mois maximum si prononcée dans le cadre d'une ordonnance de protection (prolongation possible en cas de procédure de divorce, de séparation de corps ou relative à l'exercice de l'autorité parentale) ■ <i>Assistance éducative</i> : 2 ans maximum ■ <i>Mise en danger</i> (C. civ., art. 375-5) : 2 mois maximum ■ <i>Risque terroriste</i> : ministre de l'intérieur : 6 mois renouvelables par période de 6 mois sans limitation
Publicité		
Présentation du formulaire à la frontière	Inscription au fichier des personnes recherchées (FPR) et signalement au système d'information Schengen (SIS)	<p>Inscription au FPR et signalement au SIS, sauf instruction contraire du magistrat</p> <p><i>Particularités en cas de risque terroriste (CSI, art. L. 224-1 s.)</i> : inscription au FPR, invalidation des titres dans les bases « titres », signalement de l'invalidation des titres au SIS et à Interpol</p>

LE CONTENTIEUX DE L'EXERCICE PAR LE MAJEUR PROTÉGÉ DE L'AUTORITÉ PARENTALE : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

par **Richard Ouédraogo**

Docteur en droit privé et sciences criminelles, qualifié aux fonctions de maître de conférences ; Membre associé au Centre Droits et Perspectives du droit (EA 4487) – L'ERADP, Lille 2

Peu d'études ont été consacrées à la question de l'exercice de l'autorité parentale par le majeur protégé¹. La raison principale de ce désintérêt doctrinal semble résider dans la discrétion dont fait preuve le législateur lui-même en la matière. En effet, le code civil ne dit pas grand-chose de l'exercice de l'autorité parentale par la personne souffrant de déficience intellectuelle ; et la récente ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, qui a notamment institué l'habilitation familiale dans le but, semble-t-il, de « revaloriser le rôle de la famille »², n'a pas non plus révolutionné les choses en la matière. En réalité, la modification de l'art. 391 c. civ. a seulement eu pour conséquence d'unifier le régime de l'administration légale, en autorisant le juge des tutelles à ouvrir une tutelle en lieu et place de l'administration légale lorsqu'il existe une cause grave³.

Tout semble donc aller de soi, à en croire en tout cas le législateur. L'art. 458 c. civ. affirme juste que, sous réserve des dispositions

L'exercice « normal » par le majeur protégé de l'autorité parentale peut être entravé par son état de santé

particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée. Sont ainsi réputés strictement personnels

la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. En principe donc, « les majeurs protégés ont, comme tous parents, vocation à élever leur enfant ; [et] en ce domaine, leur curateur ou leur tuteur ne sauraient les assister ou les représenter »⁴.

Pour autant, « si la protection du majeur a pour finalité l'intérêt de la personne protégée (C. civ., art. 415), le droit de la famille doit dans la mesure du possible permettre la protection de l'intérêt de l'enfant »⁵. Car, on voit bien que l'exercice « normal » par le majeur protégé de l'autorité parentale peut être entravé par son état de santé. Concrètement, la personne souffrant d'un lourd handicap mental a besoin d'être accompagnée au quotidien dans l'accomplissement des différents actes de la vie. Si elle vient par conséquent à devenir parent, la question se pose naturellement de son aptitude à assumer ses responsabilités dans l'intérêt de l'enfant.

L'enjeu pour le droit est, alors, d'assurer une protection optimale de deux intérêts distincts mais intimement liés : celui de l'enfant, évidemment, puisque toute la philosophie des normes définissant et encadrant l'autorité parentale tend à promouvoir les droits de celui-ci, et celui du majeur, aussi, car la société ne saurait imposer une quelconque restriction de son droit fondamental à fonder une famille en raison de son état de santé.

En pratique, il revient au juge de procéder, en quelque sorte, à la balance des intérêts en présence. Au regard des circonstances qui peuvent se présenter à lui, celui-ci doit par exemple s'assurer que

le maintien d'un exercice normal de l'autorité parentale est conforme à l'intérêt de l'enfant et demeure adapté à l'état de santé du majeur protégé. Si tel n'est pas le cas, il lui revient de définir les modalités d'un aménagement raisonnable de l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale.

Dans l'une ou l'autre hypothèse, l'analyse des décisions rendues au cours des dernières années montre que l'intérêt de l'enfant joue un rôle prépondérant au sein d'un contentieux assez mouvementé mais finalement peu exploré par la doctrine.

■ Le maintien d'un exercice « normal » de l'autorité parentale

Le maintien de l'exercice normal par le majeur protégé de l'autorité parentale est la règle. On l'a dit, le placement sous tutelle ou sous curatelle d'un individu n'est pas de nature à restreindre ses droits parentaux. Le législateur a lui-même érigé l'autorité parentale du majeur protégé en acte strictement personnel. Et les juges rappellent régulièrement que le retrait de l'autorité parentale ne peut intervenir que lorsque la personne protégée est hors d'état de manifester sa volonté, ainsi que le prévoit l'art. 373 c. civ. Toutefois, en pratique, l'état de santé du majeur protégé nécessite dans certains cas un aménagement des modalités d'exercice de cette autorité parentale.

L'autorité parentale, un acte strictement personnel

Les actes strictement personnels, au sens de l'art. 458 c. civ., sont ceux qui, par leur nature tellement

(1) Pour une étude récente, v. not. F. Fresnel et I. Maria, Majeurs protégés et autorité parentale, LPA, n° 97, 15 mai 2014, p. 6 s.

(2) Selon la formule d'A. Batteur, Dr. fam. 2016, n° 11, dossier 45.

(3) V. Mikalef-Toudic, Le majeur protégé, parent d'un enfant mineur. À propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre portant réforme de l'administration légale, Dr. fam. 2016, n° 11, dossier 46.

(4) A. Batteur, Le majeur protégé et l'enfant, in G. Raoul-Cormeille (dir.), *Nouveau droit des majeurs protégés. Difficultés pratiques*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes, commentaires & Actes », 2012, p. 237.

(5) *Ibid.*, p. 224.

intime, se trouvent profondément incorporés aux droits fondamentaux de la personne protégée. De ce fait, le majeur sous tutelle ou sous curatelle exerce seul ces prérogatives sans être représenté ou assisté. Quant au parent faisant l'objet d'une mesure de sauvegarde de justice, on observera que l'altération de ses facultés est si atténuée que cet état n'a pratiquement aucune incidence quant à l'exercice de ses attributs parentaux. Rappelons justement qu'aux termes de l'art. 435 c. civ., la personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Cela s'entend, notamment, des droits parentaux.

Lorsque le juge est ainsi amené à se prononcer, en cas de placement sous mesure de protection d'un parent, sur les modalités concrètes d'exercice de l'autorité parentale ou même sur son retrait pur et simple, son appréciation va porter au fond sur la gravité de l'état de santé dudit parent. Ce n'est que lorsque le majeur protégé est objectivement hors d'état de manifester sa volonté que la loi autorise le retrait de l'autorité parentale.

Sauf que l'art. 373 ne donne pas une définition de cette notion, ce qui confère au juge un pouvoir d'appréciation relativement conséquent.

Exemple - Dans une espèce jugée devant la cour d'appel de Lyon en 2013⁶, un père demandait l'exercice exclusif de l'autorité parentale sur son enfant âgé de seulement 3 ans. Le motif invoqué était le placement sous curatelle renforcée de la mère depuis le 22 févr. 2012, et ce, pour une période de 60 mois. Cette dernière souffrait en effet de troubles psychologiques médicalement constatés. Pour la cour d'appel, toutefois, rien n'indiquait que cette mesure de protection traduisait véritablement l'état d'une personne qui était hors d'état de manifester sa volonté.

L'interprétation rigoureuse des termes de l'art. 373 c. civ. ne laisse aucune place à une évaluation approximative des circonstances de l'espèce : le retrait de l'autorité parentale est une décision si grave que le seul fait de placer le parent sous curatelle renforcée ne saurait suffire à le motiver. La cour va même plus loin. Elle indique notamment que le père n'a pas constitué avocat pour venir apporter des éléments de nature à établir l'incapacité de la mère à exercer conjointement avec lui l'autorité parentale, ce alors que cette dernière rappelle qu'elle a déjà deux enfants sur lesquels elle déclare exercer l'autorité parentale.

Il est intéressant de voir, à travers ce raisonnement, toute l'importance pour les juges du fond d'affirmer le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale dont la remise en cause ne peut reposer que sur

des éléments objectifs rapportés par le parent qui souhaite se voir attribuer une exclusivité dans la jouissance des attributs parentaux. D'ailleurs, quand bien même les juges disposeraient d'éléments corroborant l'existence de troubles psychiques chez un parent, rien ne les oblige, dans l'hypothèse où une mesure de protection serait envisagée, à priver celui-ci de l'exercice de son autorité parentale tant qu'il conserve une certaine lucidité lui permettant d'avoir des rapports « normaux » avec son enfant.

Exemple - Dans un arrêt du 3 juill. 2015⁷, la cour d'appel de Nancy relève qu'en dépit de sa maladie psychique chronique le père doit bénéficier d'un droit de visite deux demi-journées par mois, étant donné qu'un rapport d'enquête sociale fait état de « bonnes relations » entre lui et sa fille. Il convient tout de même de noter, ici, que l'âge et l'état de maturité de l'enfant ont permis aux juges, lors de l'audition de celle-ci, d'apprécier toute l'importance, dans l'intérêt du père comme dans celui de la fille, de maintenir ce lien parental vital⁸.

Il peut aussi arriver que l'exercice de l'autorité parentale soit confié à un proche du majeur protégé lorsque ce dernier est hors d'état de manifester sa volonté. Cela suppose, bien entendu, que l'autre parent ne soit pas en mesure d'exercer l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant, et, surtout, que le majeur protégé ait des proches de confiance avec qui l'enfant développe des liens affectifs stables.

Exemple - Par un arrêt du 28 avr. 2015, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé, après avoir constaté que la mère, atteinte de troubles psychiatriques, avait reconnu seule l'enfant à sa naissance, que le père, dont la paternité a été judiciairement déclarée après, ne pouvait se voir confier l'exercice de l'autorité parentale et voir fixer la résidence habituelle de l'enfant à son domicile⁹. Il est vrai que les circonstances étaient assez particulières : les rapports que le père entretenait avec la grand-mère maternelle de l'enfant – cette dernière s'est vue déléguer l'exercice total de l'autorité parentale à titre définitif – étaient caractérisés par une certaine « animosité » ; ce qui aurait pu constituer un danger pour l'enfant. En outre, les juges ont relevé que l'absence de liens affectifs entre le mineur et son père n'était pas de nature à faciliter l'éveil d'un enfant qui avait déjà connu plusieurs ruptures depuis sa naissance. Son intérêt commandait en l'espèce, outre de maintenir le lien avec la mère, d'organiser un droit de visite en lieu neutre au bénéfice du père. Un tel dispositif permettrait notamment à ce dernier de nouer un lien de qualité avec l'enfant, et ce avec l'aide d'intervenants sociaux.

En définitive, on retiendra que, sauf acte usuel, le juge n'autorisera un tiers à accomplir un acte relevant de l'autorité parentale qu'à titre exceptionnel. Et une telle autorisation devra être nécessairement limitée dans le temps, comme vient de le rappeler la Cour de cassation¹⁰.

La plupart du temps, pour ce qui est du majeur incapable qui n'est pas en mesure d'assumer seul ses responsabilités parentales, l'aménagement judiciaire de l'exercice de l'autorité apparaîtra comme la solution la plus respectueuse de l'intérêt de l'enfant.

L'aménagement parfois nécessaire de l'exercice de l'autorité parentale

Si le législateur a entendu faire de l'autorité parentale un acte strictement personnel du majeur protégé, le juge doit, dans certaines circonstances, procéder à quelques aménagements concrets. En clair, pour préserver l'intérêt de l'enfant, il peut prendre des mesures de contrôle et d'encadrement des relations que le majeur protégé entretient avec son enfant.

(6) Lyon, 18 juin 2013, RG n° 12/05902.

(7) Nancy, 3 juill. 2015, RG n° 15/01571.

(8) Par ex., la cour souligne que « l'enfant, âgée de 11 ans, est à l'aise avec son père et, étant très intelligente et très mature, elle n'hésitera pas à signaler à l'association ses inquiétudes le cas échéant ».

(9) Aix-en-Provence, 28 avr. 2015, RG n° 13/18067.

(10) Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 15-28.935, AJ fam. 2017. 138, obs. P. Pedron ; D. 2017. 62.

Exemple - Il ressort d'une décision rendue en 2008 par la cour d'appel de Grenoble que, malgré la maladie psychique dont souffrait une mère placée sous curatelle renforcée, l'intérêt de son enfant était de la voir régulièrement, même si ces rencontres physiques devaient évidemment demeurer très limitées¹¹. En l'espèce, la résidence habituelle de l'enfant avait été fixée chez le père. Toutefois, pour les juges du fond, il ne faisait aucun doute qu'il existait entre la mère et l'enfant une réelle affection réciproque. Et ce lien affectif objectif justifiait que soit aménagé un droit de visite à la journée, un samedi sur deux.

La nécessité d'aménager l'exercice de l'autorité parentale au nom de l'intérêt de l'enfant peut même conduire à des solutions assez singulières, même si elles sont, au fond, souvent profondément teintées d'une forme d'humanisme.

Exemple - Dans un arrêt de 2009, la cour d'appel d'Orléans a confirmé un jugement qui avait accordé un droit de visite et d'hébergement sur un enfant, âgé de 4 ans, à la sœur de la mère¹². La mère était placée sous curatelle en raison des troubles psychologiques qu'elle rencontrait. L'enfant, lui, faisait l'objet d'une mesure de placement en famille d'accueil par l'aide sociale à l'enfance. Pour la cour, l'intérêt de l'enfant, en l'espèce, est de pouvoir connaître et entretenir des liens avec sa famille maternelle, dans la mesure où il n'est pas prétendu que l'accueil assuré par cette tante, infirmière en psychiatrie de profession, soit inadapté, ou qu'un motif grave puisse s'opposer à de tels liens. Le critère déterminant, ici, est la conscience qu'ont les juges que la mère pourra ainsi continuer à développer des liens affectifs avec son enfant.

Il est surtout intéressant de noter que les circonstances de ce dernier arrêt illustrent une prise en considération d'une sorte de reconfiguration des schémas familiaux dans les litiges portant sur l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale. Vraisemblablement, le rôle de l'entourage proche du parent sous mesure de protection peut parfois, à juste titre, être valorisé par le juge lorsque celui-ci est, par exemple, convaincu que ces proches peuvent servir de relai à la perpétuation des relations entre l'enfant et le parent déficient. On a là une belle illustration de l'importance des tiers, dont la place au sein de l'autorité parentale suscite encore de la méfiance de la part du législateur français¹³.

Quoi qu'il en soit, c'est l'intérêt de l'enfant qui permet véritablement au juge d'apprécier l'opportunité de faire intervenir un tiers et de définir, éventuellement, la place qui doit être la sienne dans l'aménagement de l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale.

Tantôt, il opérera une restriction des modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement de certains grands-parents jugés « abusifs ».

Exemple - C'est ce qu'a jugé une cour d'appel¹⁴, dans une espèce où les deux parents souffraient de difficultés psychologiques et étaient tous deux sous curatelle. Pour ces juges caennais, les grands-parents ne sauraient empiéter sur les droits parentaux et, surtout, ils devaient veiller à ne pas faire rejaillir sur l'enfant le conflit qui les oppose aux parents et à rester dans le respect des relations intergénérationnelles.

Tantôt, le juge délèguera carrément l'exercice de l'autorité parentale à un beau-parent, même de manière partielle.

Exemple - Récemment, la cour d'appel de Colmar¹⁵ a eu à connaître d'une affaire où la mère, sous tutelle, ne pouvait exercer les attributs de l'autorité parentale. L'exercice exclusif de l'autorité parentale avait donc été attribué au père,

lequel confiait l'enfant, aujourd'hui âgé de 12 ans, à son ex-épouse pendant ses heures de travail. Depuis le décès du père, l'enfant vit chez cette personne à laquelle il est attaché et qui lui assure un cadre serein, bienveillant, adapté, lui permettant de grandir. Les juges ont donc décidé, en toute logique, de lui déléguer partiellement l'exercice de l'autorité parentale, tout en octroyant à la mère et à la grand-mère maternelle un droit de visite et d'hébergement s'exerçant progressivement dans un premier temps par médiatisation au sein d'une association.

Ces différentes solutions montrent bien que l'aménagement judiciaire de l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale, guidé par l'intérêt de l'enfant, obéit à un double objectif : garantir le respect des droits fondamentaux du parent déficient, et assurer, autant que faire se peut, dans l'intérêt du mineur, la cohésion des liens familiaux.

On notera également, au passage, que dans le cadre d'un mandat de protection future – mesure permettant la désignation d'un ou de plusieurs tiers aux fins de représentation en cas d'altération des aptitudes d'une personne qui n'est ni sous tutelle, ni faisant l'objet d'une habilitation familiale¹⁶ – l'exercice de l'autorité parentale sur un enfant mineur pourra aussi être envisagé. Le mandat prendra alors effet, ainsi que le prévoit le troisième alinéa de l'art. 477 c. civ., à compter du jour où le mandat décèdera ou ne pourra plus prendre soin de l'intéressé.

Dans certaines circonstances, l'état de santé du majeur ainsi que son comportement ne permettent malheureusement pas une préservation des attributs fondamentaux de la responsabilité parentale¹⁷. Le législateur a prévu, dans ces cas, des conditions permettant le retrait pur et simple de l'autorité parentale.

■ Le retrait de l'exercice de l'autorité parentale

Avant la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant¹⁸ qui a substitué à la déclara-

(11) Grenoble, 17 juin 2008, RG n° 07/02617.

(12) Orléans, 8 sept. 2009, RG n° 08/03503.

(13) S. Moracchini-Zeidenberg, L'autorité parentale et les tiers, Dr. fam. 2010, étude n° 7.

(14) Caen, 18 avr. 2013, *Juris-Data* n° 2013-012753.

(15) Colmar, 22 mars 2016, *Juris-Data* n° 2016-005523.

(16) V., sur l'articulation entre mesure de curatelle et mandat de protection future, Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 15-28.669, AJ fam. 2017. 144, obs. G. Raoul-Cormeil ; D. 2017. 191, note D. Noguéro.

(17) V., en ce sens, Versailles, 3 mai 2012, RG n° 10/08938, où les juges ont accueilli la demande d'exercice exclusif de l'autorité parentale par le père dans l'intérêt des enfants. Pour la Cour, si la mesure de curatelle renforcée est sans incidence sur l'exercice, par la personne protégée, des droits dont elle dispose concernant l'autorité parentale, l'altération des facultés mentales de la mère, la possibilité qui en découle qu'elle soit à nouveau hospitalisée, l'impossibilité de tout dialogue serein avec le père et les interférences produites par ses propres parents rendent en pratique très difficile l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

(18) Sur cette loi, I. Corpart, Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité, Dr. fam. 2016, étude n° 14.

tion judiciaire d'abandon la déclaration judiciaire de délaissement parental des art. 381-1 et 381-2 c. civ.¹⁹, l'art. 350 c. civ. était ainsi rédigé : « l'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné par le tribunal de grande instance, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa. La demande en déclaration d'abandon est obligatoirement transmise par le particulier, l'établissement ou le service de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant à l'expiration du délai d'un an, dès lors que les parents se sont manifestement désintéressés de l'enfant./ Sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs./ La simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée, mais non suivie d'effet, de reprendre l'enfant, n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon. Ces démarches n'interrompent pas le délai figurant au premier alinéa./ L'abandon n'est pas déclaré si, au cours du délai prévu au premier alinéa du présent article, un membre de la famille a demandé à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de ce dernier./ Lorsqu'il déclare l'enfant abandonné, le tribunal délègue par la même décision les droits d'autorité parentale sur l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance, à l'établissement ou au particulier qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié ». Si les conditions de la déclaration d'abandon étaient rigoureusement contrôlées par les juges du fond avant l'abrogation de ces dispositions par la loi du 14 mars 2016, la Cour de cassation a tout de même eu à préciser, dans un important arrêt rendu en 2014²⁰, que l'intérêt de l'enfant devrait être pris en considération même lorsque les conditions d'application de l'art. 350 c. civ. étaient réunies. L'intérêt de l'enfant apparaissait ainsi comme le critère essentiel dans la mise en œuvre du mécanisme prévu par l'ancien art. 350 c. civ.

L'encadrement rigoureux des conditions de la déclaration d'abandon

L'art. 350 c. civ., récemment abrogé par la loi du 14 mars 2016 comme nous venons de le voir, tentait d'apporter un éclairage à la notion de « désintérêt manifeste » des parents, en évoquant les situations dans lesquelles ces derniers n'ont pas entretenu avec leur enfant les relations nécessaires au maintien de liens affectifs. Bien entendu, il revenait au

juge, saisi d'une demande en déclaration d'abandon, d'apprécier *in concreto* le comportement du ou des parent(s) concerné(s). On rappellera au passage que la Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée, en 2013, sur cette mesure de déclaration d'abandon, et a jugé qu'elle ne violait pas le droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'art. 8 de la Conv. EDH²¹.

Exemple - Dans un arrêt du 7 juill. 2015, la cour d'appel de Rennes a confirmé un jugement qui avait caractérisé le désintérêt manifeste d'une mère envers son fils dans une situation où celle-ci n'avait pas eu de relations avec cet enfant depuis une dizaine d'années²². En l'espèce, les juges ont constaté le désintérêt manifeste de la mère envers cet enfant, après avoir relevé que la mère de l'enfant, victime de troubles psychiatriques et placée sous tutelle, se trouvait depuis l'origine dans l'incapacité d'exercer son rôle de mère envers son fils – qui a fait l'objet d'un placement avant même d'atteindre sa première année de vie –, affirmant par ailleurs ne pas le reconnaître, et que l'enfant, actuellement âgé de 11 ans, était placé auprès d'une famille d'accueil depuis l'âge de 8 mois et y trouvait la stabilité, les repères et l'affection nécessaires à un développement aussi harmonieux que possible et à son épanouissement, au point qu'il appelle le couple de la famille d'accueil « Papa » et « Maman ».

C'est donc, vraisemblablement et on peut le comprendre, l'absence prolongée d'un parent dans la vie d'un enfant qui traduisait l'hypothèse du désintérêt manifeste auquel se référerait la disposition abrogée de l'art. 350 c. civ.

Toutefois, les conditions de cette déclaration d'abandon étaient rigoureusement encadrées par la jurisprudence. Les juges du fond considéraient que la simple existence de troubles psychiatriques chez un parent ne pouvait, à elle seule, caractériser un état de désintérêt manifeste envers l'enfant. Un examen minutieux du comportement de ce parent déficient s'avérait nécessaire.

Exemples - Dans un arrêt du 18 nov. 2014, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a rejeté une requête du conseil général des Bouches-du-Rhône tendant à déclarer un enfant abandonné, en application justement de l'ancien art. 350 c. civ.²³. Et pour cause, le conseil général avait fait état, dans sa requête initiale, de troubles psychiatriques non traités de la mère qui avaient justifié le placement de l'enfant. Les juges d'appel ont estimé qu'ayant eu connaissance de ces difficultés psychiques, le conseil général aurait pu solliciter un extrait d'acte de naissance de la mère pour vérifier si elle avait été déclarée incapable majeure, avant d'introduire une procédure judiciaire tendant à déclarer son enfant abandonné. Or, dans cette affaire, la mère, d'abord placée sous tutelle, bénéficiait désormais d'une curatelle renforcée. Elle a contacté les services de l'aide sociale à l'enfance pour demander un rapprochement géographique de l'enfant. Pour la cour, elle n'avait peut-être tout simplement pas eu la possibilité d'entretenir une relation suivie avec l'enfant durant la période considérée, sans pour autant s'en désintéresser.

Dans le même état d'esprit, la cour d'appel de Douai, par une décision rendue le 2 avr. 2015, a rejeté une requête en déclaration d'abandon du conseil général du Nord fondée sur les anciennes dispositions de l'art. 350 c. civ.²⁴. Pour les magistrats nordistes, si l'absence de tout contact de la mère avec l'enfant pendant l'année précédant la requête du président du conseil général pouvait constituer une marque de désintérêt, son caractère volontaire n'était guère établi. En effet, précise la cour, la mère avait été placée sous curatelle ; ce qui supposait, conformément à l'art. 425 c. civ., une impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de

(19) V. L. Gebler, *supra* p. XXX.

(20) Civ. 1^{re}, 3 déc. 2014, n° 13-24.268, AJ fam. 2015. 60, obs. P. Salvage-Gerest ; D. 2015. 10 ; RTD civ. 2015. 118, obs. J. Hauser.

(21) CEDH, 26 sept. 2013, *Zambotto Perrin c/ France*, n° 04962/11.

(22) Rennes, 7 juill. 2015, RG n° 14/05079.

(23) Aix-en-Provence, 18 nov. 2014, *Juris-Data* n° 2014-028642.

(24) Douai, 2 avr. 2015, *Juris-Data* n° 2015-008965.

ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté.

Il apparaît donc, à la lecture de ces décisions, que le caractère volontaire du désintérêt du parent était un élément central dans l'appréciation par les juges des conditions de la mesure de déclaration d'abandon. L'évaluation de la volonté du majeur protégé d'entretenir des liens affectifs avec son enfant, malgré un état de santé parfois précaire, permettait aux juges d'avoir un contrôle plus strict des conditions du retrait de l'autorité parentale. Et derrière cet encadrement rigoureux des conditions de la déclaration d'abandon, l'idée était de s'assurer que la rupture du lien avec le parent déficient n'était pas de nature à porter préjudice à l'intérêt de l'enfant concerné.

La nouvelle mesure judiciaire de « délaissement parental », instituée par la loi du 14 mars 2016²⁵, a maintenu l'exigence d'un désintérêt volontaire que devra toujours observer le juge en dépit d'une objectivisation du délaissement. Le décret n° 2017-148 du 7 févr. 2017 portant diverses dispositions de procédure en matière d'autorité parentale, publié au *Journal officiel* du 9 févr. 2017, est venu consacrer cette évolution législative en décrivant la procédure applicable en matière de déclaration judiciaire de délaissement parental, et en apportant des modifications aux procédures actuellement prévues par le code de procédure civile en matière de délégation de l'exercice de l'autorité parentale et de retrait de l'autorité parentale²⁶.

La nouvelle mesure permet à toute personne, établissement ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance ayant recueilli un enfant délaissé, d'obtenir du tribunal de grande instance une délégation de l'autorité sur l'enfant en question, l'enfant pouvant alors être admis à titre définitif en qualité de pupille de l'État. Un enfant est dit « délaissé », aux termes de l'art. 381-1 c. civ., lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, « sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit ». D'aucuns ont déploré cette réintroduction du désintérêt volontaire, étant entendu que le régime nouveau n'apportera pas véritablement de changements majeurs dans la pratique judiciaire²⁷. L'on a par exemple reproché au législateur, à juste titre, de n'avoir pas « saisi l'occasion qui lui était offerte de faciliter l'accès de l'enfant délaissé au statut de pupille de l'État, statut plus protecteur même en l'absence de projet d'adoption »²⁸. Toutefois, à travers ses objectifs d'amélioration de la gouvernance de la protection de l'enfance, de sécurisation du parcours de l'enfant et d'adaptation de son statut sur le long terme, l'on peut au moins admettre que la loi nouvelle a voulu replacer l'intérêt de l'enfant au cœur des priorités.

L'intérêt de l'enfant comme critère essentiel

Chacun le sait, l'intérêt de l'enfant a pris, au cours des dernières décennies, une importance telle que, en droit de l'autorité parentale, il semble être devenu le critère essentiel permettant d'apprécier la prise en compte du bien-être de l'enfant dans la sphère familiale, et même au-delà. D'ailleurs, sous l'empire de l'ancien art. 350 c. civ., la jurisprudence a toujours considéré, et ce, de manière constante, que, même lorsque les conditions d'application de ce texte étaient réunies, l'intérêt de l'enfant pouvait justifier le rejet d'une requête aux fins de déclaration d'abandon²⁹.

Avec l'arrêt (préc.) rendu en décembre 2014 par la première Chambre civile de la Cour de cassation³⁰, l'on a pu justement constater toute l'importance que revêtait l'appréciation judiciaire de l'intérêt de l'enfant dans cette procédure aujourd'hui abrogée. Très clairement, l'intérêt de l'enfant apparaissait comme une considération primordiale pour les juges même lorsque, en apparence, les parents étaient totalement défailants du fait notamment d'une me-

sure de protection juridique. Dans cet arrêt de 2014, il ressort des faits qu'un jeune enfant avait été confié par le juge des enfants à l'aide sociale à l'enfance depuis une dizaine d'années, la mesure de placement ayant été régulièrement renouvelée depuis cette date. Il apparaissait clairement que les deux parents s'étaient désintéressés de leur enfant de manière manifeste depuis de nombreuses années. Les conditions de l'ancien art. 350 c. civ. étaient donc réunies. Mais, pour la juridiction suprême, ce constat ne suffisait nullement à accueillir favorablement la requête en déclaration judiciaire d'abandon. Elle donna ainsi raison aux juges du fond d'avoir relevé que l'intérêt de l'enfant serait sinon remis en cause. En réalité, l'enfant risquait en l'espèce d'être confronté à une séparation douloureuse avec sa famille d'accueil, après avoir connu une rupture avec ses parents.

Exemple - Très récemment, la Chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel d'Angers est parvenue à une solution à peu près identique, toujours en considération de l'intérêt de l'enfant³¹. Dans les faits, l'Aide sociale à l'enfance du Maine-et-Loire faisait appel d'un jugement qui avait accordé un droit de visite médiatisé à un père sur son enfant de 4 ans. Elle sollicitait la suspension de ce droit, faisant valoir que le père ne voyait plus son fils ni ne prenait de ses nouvelles depuis juillet 2014. Elle a même produit un rapport détaillant l'attachement de l'enfant à sa famille d'accueil ; il y est notamment précisé qu'il évolue de « façon positive ». C'est donc en toute logique que la cour a fait droit à la demande de l'Aide sociale à l'enfance en déclarant que, au vu du désintérêt manifeste à l'égard de son fils, il convenait de suspendre le droit de visite du père, étant précisé qu'une requête en reconnaissance de délaissement parental sera examinée prochainement.

Que peut-on retenir finalement de l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto* ? D'une part, ce critère apparaît comme une sorte de norme transcendante au-dessus de toutes considérations. Il permettait ainsi au juge, sous l'empire de l'ancien art. 350 c. civ., d'avoir une véritable mainmise sur les éléments factuels convoqués lors de la procédure de déclaration d'abandon. D'autre part, la volonté de l'enfant a toujours été un facteur déterminant dans l'appréciation de son intérêt : lorsqu'il est en mesure d'exprimer son point de vue devant le juge, il est évident que sa parole revêt, ici plus qu'ailleurs, une importance capitale dans l'évaluation de l'intensité des rapports affectifs qu'il entretient avec son parent sous mesure de protection juridique.

(25) C. civ., art. 381-1 et 381-2.

(26) V. L. Gebler, *supra* p. XXX.

(27) V. not. L. Gebler, *in* AJ fam. 2016. 201.

(28) F. Eudier et A. Gouttenoire, La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant - une réforme « impressionniste », JCP 2016, n° 16, doct. 479.

(29) Civ. 1^{re}, 6 janv. 1981, n° 79-15.746.

(30) Civ. 1^{re}, 3 déc. 2014, n° 13-24.268, AJ fam. 2015. 60, obs. P. Salvage-Gerest ; D. 2015. 10 ; RTD civ. 2015. 118, obs. J. Hauser.

(31) Angers, 13 janv. 2017, RG n° 16/02922.

Sous cet angle, il faut le rappeler, l'abrogation de l'art. 350 c. civ. ne devrait nullement affecter cette place primordiale de l'intérêt de l'enfant dans le contentieux portant sur l'exercice par le majeur protégé de l'autorité parentale. Bien au contraire. Dès lors que des parents faisant l'objet de mesure de protection juridique seront empêchés par la maladie d'exercer leur responsabilité, l'intérêt de l'enfant commandera

(32) En ce sens, A. Molière, note ss Civ. 1^{re}, 16 mars 2016, Dr. fam. 2016, comm. 107.

(33) I. Corpart, étude préc.

une privation de leurs droits parentaux si les juges estiment, bien entendu, que le retrait de l'autorité parentale ne remet en cause ni les droits des parents concernés ni ceux de leur enfant mineur. Du reste, le nouvel art. 381-1 c. civ. semble bien recentrer la définition du délaissement sur l'enfant en soulignant le défaut de « relations nécessaires à son éducation ou à son développement » : l'intérêt de l'enfant s'invite, on le voit, du moins implicitement, dans la définition même du comportement susceptible de caractériser le délaissement³². Il s'agit à l'avenir, pour reprendre les termes d'un auteur, de « donner la priorité à l'enfant et non à ses parents »³³. Gageons que le nouveau dispositif législatif tiendra toutes ses promesses.

SALOMON JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES OU LE PARTAGE DE L'ENFANT

par **Pierrette Auffer**

Médiateur, avocat honoraire

Elisabeth Schellino

Magistrat, Tribunal de grande instance de Toulouse

Il s'agit d'envisager ici les modalités d'application de l'exercice de l'autorité parentale conjointe dans les couples homosexuels mariés dont l'un des parents est le père ou la mère biologique de l'enfant, l'autre parent l'ayant adopté en adoption plénière.

En cas de divorce, quels seront les arguments avancés par les uns et les autres ? Sont-ils les mêmes qu'il s'agisse d'un couple de femmes mariées ou d'un couple d'hommes mariés ? Sont-ils ceux que l'on rencontre traditionnellement en présence d'un couple hétérosexuel ?

Différents aspects peuvent être plaqués devant le juge aux affaires familiales¹ à l'appui du choix de lieu de vie de l'enfant, en demande ou en défense, par l'un ou l'autre des parents en fonction de contextes présumés :

- les parents restent suffisamment proches quant à leurs domiciles respectifs et au lieu de scolarisation de l'enfant, pour que puisse être proposée une résidence en alternance paritaire, échelonnée par exemple sur huit jours ;
- l'éloignement géographique rend, au contraire, impossible une telle option : il faut alors statuer sur le lieu de vie et le domicile de l'enfant auprès d'un parent et, en corollaire, sur le temps d'accueil de l'autre parent.

Examinons successivement le cas d'un couple de femmes mariées et celui d'un couple d'hommes mariés, avant de s'intéresser à la décision du juge.

■ Séparation d'un couple de femmes mariées

Cadre général - La séparation concerne un couple de femmes mariées dont l'une est la mère biologique de l'enfant, après insémination artificielle avec donneur réalisé à l'étranger, et adoption plénière de l'enfant par l'épouse de la mère.

Postulat de départ : l'enfant est élevé dans le couple marié par les deux mères depuis sa naissance ; chacune des mères travaille.

La séparation du couple intervient alors que l'enfant est encore petit mais en âge d'être scolarisé en maternelle. Il a trois ans. À cet âge, l'enfant n'est pas capable de discernement permettant son audition par le magistrat (le choix de cette configuration sans audition de l'enfant a pour but d'examiner les fondements d'une jurisprudence la plus objective possible).

Hypothèse n° 1 - Le conflit est limité au temps de présence en alternance de l'enfant entre les deux mères.

Une fois vérifiées les raisons pratiques permettant l'alternance - proximité de logements et de l'école -, la mise en place d'une résidence alternée de huitaine est envisagée.

Toutefois la mère de naissance s'y oppose : elle veut limiter les contacts de son épouse, la mère adoptive, à une fin de semaine sur deux et au partage des vacances scolaires.

Arguments de la mère de naissance. Elle développe les points suivants :

- rien n'est plus important que la relation de la mère qui a porté l'enfant par rapport à la mère adoptive juridique et sociale ;
- l'enfant est trop jeune pour supporter la séparation d'avec sa mère biologique pendant huit jours ;

Les arguments avancés au soutien de l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation d'un couple homosexuel sont-ils spécifiques ?

(1) Sur les difficultés procédurales, v. F. Berdeaux-Gacogne, *infra* p. XXX.

- si la mère adoptive refait sa vie avec une autre compagne, les repères de l'enfant avec trois mères potentielles seront trop complexifiés ;

- si la mère de naissance envisage elle-même de refaire sa vie, c'est justement le lien biologique et une présence plus importante auprès de sa mère de naissance qui serait prédominant pour structurer l'enfant.

Arguments de la mère adoptive. Cependant la mère adoptive fait valoir ses droits et demande l'établissement d'une résidence en alternance.

Elle développe les points suivants :

- elle s'est occupée quotidiennement de l'enfant depuis sa naissance jouant les mêmes rôles et effectuant les mêmes gestes que la mère de naissance, son épouse ;
- l'enfant a donc bénéficié de deux présences maternelles similaires et a grandi dans cette configuration sans précellence au quotidien de celle qui en avait accouché ;
- elle est aussi apte que la mère de naissance à éduquer leur enfant commun, lequel les appelle toutes deux « Maman » en y associant leurs prénoms ;
- la résidence en alternance paritaire viendrait conforter la place de chacune d'elles dans une temporalité et un espace équivalents.

Hypothèse n° 2 - Le conflit s'est polarisé sur la résidence de l'enfant, la distance géographique entre les deux lieux de vie des deux mères ne permettant pas une résidence en alternance.

Arguments de la mère de naissance. La mère de naissance insistera encore plus sur l'impact de la grossesse, du lien prénatal pour obtenir la résidence de celui qui est « son enfant » :

- elle fera valoir que la demande d'adoption, à laquelle elle a certes consenti, n'avait de sens que si les deux parents demeuraient ensemble sans rupture du mariage ;
- elle expliquera qu'elle ne saurait donner à la « chair de sa chair » une justification à une séparation, que l'enfant pourrait ressentir comme un abandon, et au fait qu'il vive avec une « mère de substitution ».

Arguments de la mère adoptive. La mère adoptive insistera sur le fait que cet engagement dans l'adoption est justement le moteur essentiel dans la prise en charge de cet enfant :

- elle rappellera que, dans toute autre circonstance, on ne discuterait même pas de la validité de ce lien en voulant le considérer comme purement juridique et inopérant pour vivre avec l'enfant adopté ;
- elle ajoutera qu'il n'a jamais été caché à l'enfant, même petit, les circonstances de sa conception, de sa naissance – avec le concours d'un donneur de sperme anonyme – et de son milieu de vie ;
- elle fera valoir son projet parental comme étant celui qui serait le plus adapté pour leur enfant ;
- elle précisera que, pour ce dernier, la place de ses deux mères est identique, même si la séparation des épouses oblige à un choix délicat entre chacune d'elles quant à la vie future de leur enfant, indépendamment du temps d'accueil de l'autre.

■ Séparation d'un couple d'hommes mariés

Cadre général - La séparation concerne un couple d'hommes mariés dont l'un est le père biologique de l'enfant, après gestation pour autrui réalisée à l'étranger, et adoption plénière de l'enfant par l'époux du père. Le postulat est le même que celui pris pour le couple de femmes.

Hypothèse n° 1 - Le conflit est limité au temps de présence en alternance de l'enfant entre les deux pères. Une fois vérifiées les raisons pratiques permettant l'alternance – proximité de logements et

de l'école –, la mise en place d'une résidence alternée de huitaine est envisagée.

Toutefois le père de naissance s'y oppose : il veut limiter les contacts du père adoptif à une fin de semaine sur deux et partages des vacances scolaires.

Arguments du père de naissance. Il développe des points quasi identiques à ceux répertoriés ci-dessus pour les mères, avec quelques nuances :

- rien n'est plus important que la relation du père qui a engendré l'enfant par rapport au père adoptif juridique et social ;
- l'enfant est trop jeune pour supporter la séparation d'avec son parent biologique pendant huit jours ;
- si le père adoptif refait sa vie avec un autre compagnon les repères de l'enfant avec trois pères potentiels seront trop complexifiés ;
- si le père de naissance envisage lui-même de refaire sa vie, c'est justement le lien biologique et une présence plus importante auprès de lui qui serait prédominant pour structurer l'enfant.

Arguments du père adoptif. Le père adoptif fait valoir ses droits et demande l'établissement d'une résidence en alternance.

Il développe des points quasi identiques à ceux répertoriés ci-dessus pour les mères, avec quelques nuances :

- il expose qu'il s'est occupé quotidiennement de l'enfant depuis sa naissance jouant les mêmes rôles et effectuant les mêmes gestes que le père de naissance, son époux ;
- il précise que les arguments, tirés de la place du lien maternel qui uni l'enfant à la mère en ayant accouché, ne peuvent certainement pas intervenir dans leur cas ;
- il affirme que pour l'enfant, élevé par deux pères, la notion de l'engendrement est totalement symbolique et n'a aucun impact sur la réalité de son quotidien ;
- il insiste sur le fait que l'enfant a bénéficié de deux présences paternelles similaires et a grandi dans cette configuration sans précellence au quotidien de celui qui a été le « donneur de sperme » ;
- il est aussi apte que le père de procréation à éduquer leur enfant commun, lequel les appelle tous deux « Papa » en y associant leurs prénoms ;
- la résidence en alternance paritaire viendrait conforter la place de chacun d'eux dans une temporalité et un espace équivalents.

Hypothèse n° 2 - Le conflit s'est polarisé sur la résidence de l'enfant, la distance entre les deux lieux de vie des deux pères ne permettant pas une résidence en alternance.

Arguments du père biologique. Le père biologique insistera d'autant plus sur le lien biologique fondamental pour obtenir la résidence de celui qui est « son enfant » :

- il fera valoir que la demande d'adoption, à laquelle il a certes consenti, n'avait de sens que si les deux parents demeuraient ensemble sans rupture du mariage ;
- il exposera qu'il ne saurait donner à la « chair de sa chair » une justification à une séparation, que l'enfant pourrait ressentir comme un abandon, et au fait qu'il vive avec un père sans aucun lien autre que juridique.

Arguments du père adoptif. Le père adoptif insistera sur le fait que cet engagement dans l'adoption

est justement le moteur essentiel dans la prise en charge de cet enfant :

- il rappellera que, dans toute autre circonstance, on ne discuterait même pas de la validité de ce lien en voulant le considérer comme purement juridique et inopérant pour vivre avec l'enfant adopté ;
- il expliquera qu'il n'a jamais été caché à l'enfant, même petit, les circonstances de sa conception, de sa naissance – et notamment que la mère n'a été choisie que pour le porter et le faire venir au monde sans que cette dernière conserve forcément un quelconque contact avec lui – et de son cadre de vie, à savoir deux pères sans distinction entre eux ;
- il fera valoir son projet parental comme étant celui qui serait le plus adapté pour leur enfant ;
- il précisera que, pour ce dernier, les deux pères sont identiques, même si leur séparation oblige à un choix délicat entre chacun d'eux quant à la vie future de leur enfant, indépendamment du temps d'accueil de l'autre.

■ Que déciderait Salomon ?

Que déciderait Salomon, en omettant volontairement alors d'utiliser le glaive de la justice ?

Peut-être aurait-il l'idée de proposer la mise en place d'une médiation entre les parents pour qu'elle lui évite de trancher ?

La question, cependant, est rémanente : dans ce type de conflits, les raisonnements étayés par l'importance du lien biologique prédomineraient-ils sur ceux des liens juridiques et sociaux ? Une réponse affirmative serait un renversement de toutes les motivations sur le rôle du « parent social » ayant permis entre autres, avant le « mariage pour tous », les délégations-partage de l'autorité parentale entre deux femmes – ou deux hommes – vivant en concubinage, pacés ou pas, et dont l'un d'eux a donné naissance à l'enfant.

Nous tenterons une synthétisation des questions et réflexions usuelles du juge aux affaires familiales en présence de séparations de couples hétérosexuels et examinerons leurs adaptations potentielles aux séparations des couples homosexuels.

1) L'âge de l'enfant et la place dite « primordiale » de la femme et mère, plus précisément dans la petite enfance.

Les exposés habituels – mère figure d'attachement pour le jeune enfant, père moins capable que la mère de s'en occuper, présence maternelle ou paternelle obligatoire – présentés devant le juge des affaires familiales sont obsolètes : soit nous sommes en présence de deux épouses/mères et l'argument est inopérant, puisqu'il s'agit de deux femmes ; soit nous sommes en présence de deux époux/pères et l'argument tombe puisqu'il n'y a aucune mère présente auprès de l'enfant.

2) Le besoin de stabilité géographique ou affective de l'enfant, la place du père ou de la mère au quotidien avant la séparation.

La réponse usuelle est que l'enfant aura de toute façon deux lieux de vie et deux maisons, quel que soit le temps de leur occupation respective. Le constat est le même que le couple de divorcés soit hétérosexuel ou homosexuel. On pourrait encore démon-

trer qu'une mère ou un père présenterait un investissement plus impliqué que l'autre, sans aucune spécificité par rapport à un couple de parents hétérosexuel.

3) La disponibilité d'un parent pour l'enfant par rapport à l'autre, qu'elle soit liée ou pas à une activité professionnelle, et l'organisation pratique pour chaque période avec l'enfant.

Le fait qu'un des deux parents, père/père ou mère/mère, n'exerce pas d'activité professionnelle aurait-il une incidence plus forte dans le cadre d'un couple homosexuel ? Le juge serait-il incité à laisser l'enfant davantage avec le parent « disponible », sans ignorer l'incidence de la contribution alimentaire rendue peut-être encore plus nécessaire à ce stade, ce dernier ayant nécessairement une source de revenus réduite ? Il est, fort heureusement, considéré et établi que l'exercice d'une activité professionnelle n'empêche pas un investissement normal en tant que parent. Et la prise en compte de tous les palliatifs organisationnels possibles tempère une telle approche : possibilité de faire garder l'enfant, aménagement du temps de travail, organisation des RTT pour les salariés, travail à domicile, aides de la famille, etc. Sans compter l'appréciation d'une qualité de présence active pendant le temps consacré à l'enfant, indépendante de sa durée effective. En définitive, c'est essentiellement la présentation précise et étayée des projets de vie respectifs autour de l'enfant qui sera prise en considération.

Lorsque l'éloignement géographique oblige à des choix du lieu de vie pour l'enfant, et en présence de parents dont aucun ne démeriterait, le caractère volontaire du déménagement pourrait-il – ce qui est déjà le cas – être déterminant ; ce qui pourrait conduire à ce que le parent « déplaceur » soit considéré comme le parent « perdant » ?

Dans la même hypothèse, si l'éloignement résulte d'une contrainte professionnelle, Salomon pourrait-il alors jouer à pile ou face ?

Toutes ces questions valent pour un couple de parents hétérosexuel comme homosexuel.

Que reste-t-il à ce stade de vraiment différent dans les évolutions possibles du regard du juge aux affaires familiales ? Ou, pourrions-nous dire, comment continuer à prendre en compte l'intérêt de l'enfant et des parents « asexués », c'est-à-dire des parents pour lesquels il est impossible de trancher selon les repères traditionnels de sexes différents et complémentaires ?

Le juge aux affaires familiales, toujours garant de l'intérêt inébranlable de l'enfant, va-t-il demeurer dans le droit-fil – de l'épée « salomonnesque » – pour les décisions à imposer ou à orienter ? La prédominance d'un parent par rapport à l'autre va-t-elle encore résulter de son sexe, comme s'en plaignent depuis longtemps les pères « privés de leurs droits » ? Le juge aux affaires familiales, bien évidemment, sait que les critères et repères ont déjà été adaptés aux nouvelles configurations familiales.

Le juge aux affaires familiales est confronté à un regard nouveau dans une évolution sociétale où l'enfant dans ces nouvelles familles homoparentales ne doit pas devenir le symptôme, voire le syndrome d'un choix fondamental de vie de couple : il est toujours le même enfant, avec ses besoins et protections, la recherche de son bien-être demeure la boussole de la décision du magistrat.

Au vu de ces rôles sexués parentaux identiques doit-il reconsidérer les valeurs qui les sous-tendent ? Le juge aux affaires familiales va-t-il être troublé par cette spécificité et peut-on imaginer que les décisions rendues subissent par trop l'impact de la nature homosexuelle de la parentalité ? Au contraire, le juge aux affaires familiales devra se concentrer de plus en plus sur les qualités parentales de chaque individu, surtout si elles sont de même niveau.

Les exposés habituels – mère figure d'attachement pour le jeune enfant, père moins capable que la mère de s'en occuper, présence maternelle ou paternelle obligatoire – présentés devant le juge des affaires familiales sont obsolètes

De telle sorte que la valeur de chaque parent, assortie des paramètres environnementaux démontrés, devienne la jauge unifiée de la décision du magistrat, indépendamment de la composition homosexuelle ou hétérosexuelle du couple.

Enfin, pourquoi ne pas envisager que les décisions intervenant dans les séparations des couples homosexuels finissent peu à peu

par imprégner celles relatives aux couples hétérosexuels, par des motivations de jurisprudence univoques et associées au fil de l'histoire juridique évolutive des familles ?

Salomon, à l'instar du roi David, n'aura alors plus qu'à jouer tranquillement de la harpe...

LES OPTIONS PROCÉDURALES DU PARENT SOCIAL : EMBUCHES ET SUBTILITÉS LIÉES À L'APPLICATION DES ARTICLES 371-4 ET 377-1 DU CODE CIVIL¹

par Florent Berdeaux-Gacogne

Avocat au barreau de Paris

Le statut juridique du parent social, entendu comme le compagnon ou la compagne du parent légal qui est, comme ce dernier, à l'origine du projet parental et amené à ce titre à éduquer l'enfant au quotidien, a fait l'objet d'une reconnaissance légale, certes relative, à travers la nouvelle rédaction de l'art. 371-4 c. civ., issue de la loi sur le « mariage pour tous »².

Exclusivement appréhendé à travers la protection de son lien avec l'enfant (que, par hypothèse, il n'a pas reconnu ni adopté) en cas de séparation d'avec le parent légal, ce « tiers » peut en effet s'adresser au juge aux affaires familiales pour que le cadre de ses relations personnelles avec l'enfant soit déterminé. Bien souvent, il s'agit de demander la fixation d'un droit de visite et d'hébergement, sur le fondement dudit art. 371-4, voire d'une résidence alternée et, parfois, d'une pension alimentaire

Le défenseur des droits, Jacques Toubon, a considéré que le fait de devoir engager une procédure avec mise en état était, en soi, source de danger et participait à accentuer le risque de rupture du lien tiers/enfant

fondée sur l'existence d'une obligation naturelle d'entretenir l'enfant que l'on a contribué à faire naître.

La pratique régulière de ce contentieux si particulier, potentiellement si violent, qui voit souvent un parent (légal) nier jusqu'à l'existence même du lien entre l'enfant et l'autre parent (social), en profitant de l'absence de lien de filiation, révèle plusieurs spécificités techniques qui transforment la procédure en véritable chemin de croix pour le justiciable et imposent à l'avocat, dès l'ouverture du dossier, d'élaborer une stratégie globale afin de lutter contre le pire ennemi du parent social : le temps qui passe (1^{re} partie).

Ces spécificités se complexifient encore lorsque, préalablement à la séparation, les parents avaient mis en place une délégation-partage d'autorité parentale (DPAP) au profit du même parent social (2^e partie).

■ Le parent social sans délégation-partage d'autorité parentale (C. civ., art. 371-4)

La procédure, elle-même contraire à l'intérêt de l'enfant - Le justiciable qui souhaite faire reconnaître son lien avec l'enfant fait face à une première difficulté : l'exercice de ce droit se fait au travers d'une assignation au fond, et non sous le forme d'une simple requête, entraînant donc une mise en état devant le juge aux affaires familiales (C. pr. civ., art. 1180). Compte tenu des délais inhérents à la procédure, et alors même que, bien souvent, le demandeur ne voit déjà plus l'enfant, le seul fait d'engager une action va participer à accentuer la rupture du lien puisque celui-ci va continuer à se distendre au fil des audiences de mise en état.

De nombreuses décisions judiciaires se fondent ainsi sur le temps écoulé depuis la dernière rencontre entre l'enfant et son parent social pour rejeter la demande de droit de visite, alors que ce temps est essentiellement celui de la procédure elle-même³. Cet état de fait a conduit le défenseur des droits,

(1) Cet article est le fruit d'échanges et d'expérimentations procédurales permanents avec mes confrères Catherine Clavin, Emilie Duret et Clélia Richard. Une partie de la jurisprudence visée dans cet article m'a par ailleurs été signalée par ma consœur Sarajean Hamou. Qu'elles en soient remerciées.

(2) F. Berdeaux-Gacogne, La discrète reconnaissance du parent social, AJ fam. 2013. 346.

(3) Par ex., Civ. 1^{re}, 23 oct. 2013, n° 12-20.560, AJ fam. 2013. 705, obs. G. Vial ; RTD civ. 2014. 106, obs. J. Hauser ; v. *contra*, Besançon, 1^{er} sept. 2016, n° 15/00916, relevant que la demanderesse avait été d'une particulière réactivité en engageant l'action judiciaire aussitôt qu'elle avait pu et n'était pas responsable de la rupture du lien.

Jacques Toubon, à considérer que le fait de devoir engager une procédure avec mise en état était, en soi, source de danger et participait à accentuer le risque de rupture du lien tiers/enfant.

Le réflexe a donc été rapidement pris d'inviter les demandeurs à agir sans tarder après la constatation de la rupture du lien, pour ne pas participer à créer ou accentuer eux-mêmes la distance.

Les moyens procéduraux à la disposition du demandeur pour accélérer l'obtention d'un jugement

- Parallèlement, certaines pistes peuvent être utilement exploitées⁴.

■ Tout d'abord, le juge aux affaires familiales, bien que saisi sur le fondement de l'art. 371-4, peut l'être en référé (C. pr. civ., art. 1073) ; ce qui a le mérite indéniable d'accélérer considérablement l'obtention d'une décision, même provisoire.

Toutefois, l'existence d'un conflit souvent aigu risque de constituer une contestation sérieuse (C. pr. civ., art. 808), et la démonstration de ce qu'un dommage imminent est sur le point de se produire (art. 809) n'est pas facile sans expertise médico-psychologique, laquelle est incompatible avec le but de célérité recherché. Le risque que le magistrat considère n'y avoir lieu à référé est donc important et, en définitive, le temps aura continué à passer. Cette voie est donc rarement utilisée.

■ Beaucoup plus efficace, le recours à la procédure à jour fixe mérite d'être multiplié. L'urgence peut aisément être constituée en présence d'un risque de rupture du lien qu'il sera de plus en plus difficile à compenser par la suite, laquelle rupture apparaît suffisamment contraire à l'intérêt de l'enfant pour mériter, au moins, un examen rapide de l'affaire.

Plusieurs juridictions du fond ont accepté d'autoriser les plaideurs à assigner dans ces formes en se fondant notamment sur le très jeune âge de l'enfant⁵. En effet, si la rupture a lieu lorsque l'enfant a deux ans, le risque est grand que le juge considère que, plus d'un an de procédure après, il soit finalement préférable de ne pas rétablir un lien qui, *de facto*, n'existera plus.

Il nous semble d'autant plus opportun de tenter de convaincre le magistrat d'autoriser l'assignation à jour fixe qu'il est toujours possible, si les débats démontrent que cela devient nécessaire, de rebasculer vers la mise en état, par exemple pour ordonner une mesure d'instruction...

■ De la même manière, l'action peut être engagée en la forme des référés, bien que la pureté procédurale d'un tel procédé nous semble incertaine.

En effet, si l'art. 1137 c. pr. civ. dispose que le juge aux affaires familiales est, par principe, saisi de cette

manière, l'art. 1180 du même code n'a-t-il pas précisément pour objet d'y déroger en renvoyant à la procédure contentieuse ? Considérer que la saisine en la forme des référés reste possible (notamment parce que l'art. 492-1 c. pr. civ. est alors applicable du fait du renvoi à la procédure contentieuse devant le tribunal de grande instance) ne revient-il pas à priver l'art. 1180 de tout effet ?

Ces objections ne convainquent pas la jurisprudence, qui admet sans difficulté l'assignation en la forme des référés⁶.

■ Même quand, finalement, le référé n'a pas été possible ou que le juge ne l'a pas autorisé à assigner à jour fixe, le demandeur pourra encore tenter d'obtenir, sur le fondement de l'art. 771, 4°, c. pr. civ. et par la voie d'un incident devant le juge de la mise en état (JME), la fixation d'un droit de visite et d'hébergement provisoire valable le temps de la procédure (entre autres mesures souvent demandées à ce stade, telles qu'une expertise médico-psychologique ou une enquête sociale) afin de permettre la reprise rapide du lien.

Les juridictions sont toutefois divisées : certaines l'acceptent⁷, mais d'autres ont considéré que cela revenait finalement à demander au JME d'ordonner exactement la même chose que ce qui était demandé, au fond⁸... Il est vrai que, stratégiquement, tout se joue alors au stade de l'incident : obtenir du juge qu'il prononce un droit de visite et d'hébergement (DVH) provisoire rend peu probable, sauf élément faisant réellement apparaître un danger pour l'enfant dans l'exercice même de ce droit de visite provisoire, qu'il le supprime finalement dans le jugement au fond.

■ Enfin, et notamment dans l'hypothèse où un autre mode alternatif de règlement des conflits aurait échoué (le processus collaboratif semblant particulièrement recommandé dans ces dossiers), le recours à la procédure participative aurait aussi pour mérite d'encadrer l'instance dans un calendrier maîtrisé.

Malheureusement, dans un contentieux ou, très clairement, l'une des deux parties a précisément intérêt à gagner du temps, il est peu fréquent qu'elle accepte, *ab initio*, de s'imposer volontairement un calendrier plus contraignant que celui de la juridiction.

Les choses se compliquent encore lorsque le parent social qui revendique la fixation des modalités de ses relations personnelles avec l'enfant est déjà délégataire de l'autorité parentale partagée avec le parent légal.

Le recours à la procédure à jour fixe mérite d'être multiplié

■ Le parent social avec délégation-partage d'autorité parentale (C. civ. 377-1)

Le parent social bénéficiant d'une délégation-partage de l'autorité parentale, spontanément accordée par le parent légal par une requête gracieuse antérieure, n'est pas dans la même situation procédurale que celui qui n'en bénéficie pas.

Compétence du JAF qui a accordé la DPAP - Aux termes de l'art. 377-1 c. civ. le juge aux affaires familiales (sous-entendu : celui qui a accordé la DPAP) est compétent pour connaître des difficultés qu'engendre l'exercice de l'autorité parentale ainsi déléguée. Rien d'extraordinaire, donc, à considérer que le juge naturellement compétent pour trancher sur le choix d'un établissement scolaire, la sortie du territoire ou autre décision relevant de l'exercice de l'autorité parentale entre parents séparés, le soit également pour intervenir entre un parent et un délégataire de l'autorité parentale, même s'il n'est pas parent légal. C'est, ici, la qualité de titulaire de l'autorité parentale qui est également en jeu dans les deux hypothèses, et non celle de parent.

Incertitude autour des modalités de saisine - En revanche, lorsque le litige porte sur la fixation de la résidence de l'enfant et/ou celle

(4) Ces développements s'appliquent aussi dans le cadre du contentieux fondé sur la fixation du droit de visite et d'hébergement des grands-parents, puisqu'il s'agit du même art. 371-4 c. civ. Pourtant, la situation est tout à fait différente dès lors que, dans les hypothèses qui nous intéressent, il s'agit véritablement de sauver la relation parent/enfant. Les juges ont d'ailleurs beaucoup moins d'empressement à accélérer la prise de décision lorsqu'il s'agit d'une demande de grands-parents, faute d'une urgence comparable.

(5) Par ex. : Caen, 10 mars 2016, n° 15/01208, RTD civ. 2016. 603, obs. J. Hauser ; pour une espèce concernant le DVH des grands-parents sur le fondement du même art. 371-4 : Paris, 11 févr. 2016, n° 14/21452.

(6) Et ce, depuis longtemps : Agen, 24 juill. 1996, D. 1997. 578, note P. Nicoleau et C. Talbert ; Nîmes, 9 janv. 2013, n° 11/02269.

(7) TGI Lille, 20 mars 2014, n° 13/06222.

(8) TGI Paris, 13 déc. 2011, n° 11/40888.

d'un droit de visite, un conflit de textes peut exister : le parent social doit-il saisir le juge en qualité de tiers, qu'il continue d'être au sens de l'art. 371-4 c. civ. et sur ce fondement, entraînant l'engagement d'une procédure avec mise en état ? Ou bien doit-il privilégier la saisine sur requête classique, considérant qu'il s'agit là d'une difficulté d'exercice de l'autorité parentale visée à l'art. 1179 c. pr. civ. ? Il nous semblait que le recours à l'art. 371-4 devait être privilégié, en ce qu'il vise spécialement la fixation des modalités de maintien des relations personnelles entre le parent social et l'enfant, alors que l'art. 1179 faisait figure de texte général englobant les autres difficultés d'exercice de l'autorité parentale.

Pourtant, et à notre connaissance, la pratique démontre l'inverse : en présence d'une DPAP, le JAF ne se reconnaît compétent que sur le fondement de l'art. 377-1⁹, la fixation de la résidence et/ou du droit de visite étant alors considérée comme l'une des difficultés d'exercice de l'autorité parentale partagée.

Cela constitue un avantage considérable pour le parent social, qui n'a pas à subir les délais de la procédure avec mise en état.

Mais cela institue aussi une différence de traitement qui, même si elle s'explique par la différence de situation juridique (bénéficiaire ou non de l'autorité parentale), n'est pas satisfaisante car elle fait dépendre le sort du parent social de la bonne volonté du parent légal qui, seul, a le pouvoir d'accepter, ou non, de déléguer et

de partager son autorité parentale.

La pratique démontre que, en présence d'une DPAP, le JAF ne se reconnaît compétent que sur le fondement de l'art. 377-1

de partager son autorité parentale.

On est donc loin de l'égalité parentale pourtant recherchée (on pense particulièrement aux familles homoparentales dans lesquelles la séparation serait intervenue avant adoption de l'enfant du conjoint).

Retrait de la délégation-partage d'autorité parentale - Être titulaire de l'autorité parentale partagée ne garantit pas, en tout état de cause, une tranquillité procédurale éternelle : encore faut-il *demeurer* titulaire de la DPAP.

En effet, on sait que celle-ci peut être retirée par le juge (et non, cette fois, par la seule manifestation de volonté du parent légal qui souhaiterait ne plus la partager) ; en pratique, il semble bien qu'à l'exception d'une décision¹⁰, les juges fassent droit au retrait de la DPAP en présence d'un couple séparé qui ne s'entend plus pour la maintenir.

Cela entraîne en pratique une autre course procédurale : le parent social a intérêt à saisir le juge tant qu'il est encore délégataire, pour ne pas devoir se réorienter vers la procédure au fond de l'art. 371-4, tandis que le parent légal va tenter de déposer une requête en retrait de la délégation d'autorité parentale avant toute action adverse.

Fort curieusement, cette course se double d'une dernière particularité : alors que la demande de délégation-partage d'autorité parentale, comme la saisine du juge devant trancher une difficulté dans ce cadre, doivent être dirigées vers la juridiction dans le ressort de laquelle se situe le domicile de l'enfant (C. Pr. civ., art. 1202, al. 2), la demande de retrait, quant à elle, est à déposer devant le

juge dans le ressort duquel se situe le domicile du parent social (C. pr. civ., art. 1202, al. 1^{er}).

Une modification de ce dernier texte apporterait un minimum de cohérence, l'essentiel du droit de la famille étant fondé sur la compétence territoriale du juge dans le ressort duquel se situe le domicile de l'enfant (ou du parent qui vit avec lui), et permettrait aux deux questions d'être tranchées en même temps : maintien ou retrait de la DPAP puis, en conséquence, examen ou non des difficultés d'exercice de l'autorité parentale.

Cas de la résidence alternée - Enfin, une dernière distinction a été portée à notre connaissance : le parent social pourrait demander un droit de visite sur le fondement de l'art. 371-4, mais ne pourrait demander de résidence alternée que s'il est titulaire de la délégation d'autorité parentale, puisque cette notion de résidence alternée serait exclusivement liée à la dite autorité parentale.

Une telle distinction ne nous paraît pas cohérente. Certes, les termes de l'art. 371-4 ne visent que les « relations personnelles » du tiers et de l'enfant, sans jamais évoquer la résidence ni le droit de visite. Pourtant, dans tous les dossiers opposant parent légal et parent social, la notion de « relations personnelles » ne désigne rien d'autre que celle de choix de la résidence et modalités du droit de visite et d'hébergement.

Dans ces conditions, on voit mal pourquoi les relations du tiers avec l'enfant ne pourraient exister que dans la limite où elles n'entraînent pas de résidence alternée, à moins qu'il ne s'agisse que d'une question de vocable : le droit de visite et d'hébergement du lundi au dimanche une semaine sur deux serait acceptable, mais pas la résidence alternée, parce que le mineur doit résider officiellement avec son seul parent légal ?

* * *

On le voit, le statut de celui qui est un parent au quotidien, mais non aux yeux de la loi, reste essentiellement bancal et composé de quelques prérogatives, mais les textes qui l'encadrent ne sauraient constituer un véritable régime. Les professionnels de la procédure ont encore matière à exercer leur art.

(9) Par exemple TGI Paris, 8 avr. 2016, n° 16/33902.

(10) TGI Nanterre, 14 déc. 2010, n° 10/02107, AJ fam. 2011. 426, obs. C. Siffrein-Blanc ; D. 2012. 1432, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2012. 111, obs. J. Hauser.

FORMULE

MODÈLE DE CITATION DIRECTE POUR ABANDON DE FAMILLE¹

par Florent Berdeaux-Gacogne

Avocat au Barreau de Paris

INSTITUT
DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

L'abandon de famille est constitué en présence d'un défaut de paiement intégral des pensions alimentaires pendant plus de deux mois consécutifs. Cette situation se rencontre, en pratique, très souvent. Pourtant, le recours à la citation correctionnelle pour abandon de famille n'est pas aussi fréquent, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la victime préférera l'efficacité d'une saisie directe par huissier, qui ne lui coûte rien et obtient, lorsqu'elle est fructueuse, des résultats plus satisfaisants que la punition pénale. Ensuite, l'avocat hésitera à conseiller à son client de faire ci-

ter le débiteur, en raison de ce qu'il ne peut s'agir que d'une voie de dernier recours : les relations familiales à venir en seront détériorées, souvent au préjudice de l'enfant. Il s'agit toutefois parfois de l'unique moyen de pression à la disposition du créancier. Observons que le bénéficiaire d'une pension ordonnée dans le cadre d'une ordonnance de protection peut également viser l'infraction constituée par le simple non-respect des dispositions de l'ordonnance (C. pén., art. 227-4-2), dont l'élément matériel ne requiert aucune durée de la violation pour être constitué ; le seul défaut de paiement d'une échéance de la pension, dès lors qu'elle est fixée par ordonnance de protection, suffit.

À Mesdames et Messieurs les président et juges du Tribunal correctionnel de ...

Rappel sur le tribunal à saisir

Art. 382 c. pr. pén. : « Pour le jugement du délit d'abandon de famille prévu par l'article 227-3 du code pénal, est également compétent le tribunal du domicile ou de la résidence de la personne qui doit recevoir la pension, la contribution, les subsides ou l'une des autres prestations visées par cet article ».

Citation directe devant le tribunal correctionnel de ...

L'AN DEUX MILLE ... ET LE :

À LA REQUÊTE DE :

Madame/Monsieur ...

Né(e) le ... à ...

De nationalité ...

Exerçant la profession de ...

Demeurant ...

Ayant pour avocat :**Maître ...****Avocat au Barreau de ...**

Adresse ...

Tel : ... Fax : ...

Email : ...

Toque ...

Et élisant domicile en son cabinet [obligatoire, aux termes de l'art. 392 c. pr. pén., à moins que le demandeur ne soit déjà domicilié dans le ressort du tribunal saisi]

J'AI, HUISSIER SOUSSIGNÉ :

DONNÉ CITATION À :

Madame/Monsieur ...

Né(e) le... à...

De nationalité ...

Profession ...

Demeurant ...

Où étant et parlant à :

D'avoir à comparaître le ... à ... [respecter un délai de 10 jours entre la signification et la date de l'audience, délai augmenté d'un mois en cas de résidence en outre-mer, ou, en cas de résidence en métropole, si le tribunal saisi se situe en outre-mer ; délai augmenté d'un mois en cas de résidence dans un État membre de l'UE, deux mois dans les autres cas] **devant le tribunal correctionnel de ...** [préciser la chambre], **sis ... en qualité de prévenu** [ou de témoin de la personne citée ou de civilement responsable, C. pr. pén., art. 551]. Vous trouverez ci-après l'exposé des motifs et l'objet de la demande formée contre vous.

Et à même requête que ci-dessus, nous, huissiers, susdits et sous-signés,

AVONS DENONCÉ ET LAISSÉ COPIE DE LA PRÉSENTE À :

Monsieur le procureur de la République, près le tribunal de grande Instance de ..., siégeant en son parquet au palais de justice de ladite ville,

TRÈS IMPORTANT

En application des dispositions de l'article 410 du code de procédure pénale, devant le tribunal correctionnel, le prévenu doit com-

(1) **Attention** : Ce modèle de convention n'est pas exhaustif, il appartiendra au rédacteur de l'adapter en fonction de la situation de son client dans le respect de ses obligations professionnelles et de son obligation de conseil.

paraître en personne, éventuellement assisté d'un avocat. Pour une personne morale, c'est le dirigeant légal qui doit comparaître.

Vous devez donc venir personnellement à l'audience, seul(e) ou assisté(e) de votre avocat. Vous pouvez être assisté(e) de l'avocat de votre choix ou, si vous en faites la demande, d'un avocat commis d'office, dont les frais seront à votre charge, sauf si vous remplissez les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle.

Vous pouvez bénéficier en outre, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit.

Conformément à l'article 411, alinéas 1 et 2, du code de procédure pénale, si vous estimez être dans l'impossibilité de venir à l'audience, vous devez adresser une lettre au président du tribunal pour expliquer les raisons de votre absence et demander à être jugé en votre absence en étant représenté au cours de l'audience par votre avocat ou par un avocat commis d'office. Vous joindrez à votre lettre toutes pièces justificatives.

Vous devez rappeler dans toute correspondance, la date, l'heure et le lieu de l'audience à laquelle vous êtes convoqué(e).

Si à l'audience vos raisons sont admises par le tribunal, une nouvelle citation vous sera adressée pour une audience ultérieure.

Dans le cas contraire, le procès se déroulera en votre absence et vous risquez qu'une décision soit rendue à votre rencontre sur les seuls éléments fournis par votre adversaire.

Conformément à l'article 390 du code de procédure pénale, la citation informe le prévenu qu'il doit comparaître à l'audience en possession des justificatifs de ses revenus ainsi que de ses avis d'imposition ou de non-imposition, ou les communiquer à l'avocat qui le représente.

Le droit fixe de procédure dû en application du 3° de l'article 1018 A du code général des impôts peut être majoré si vous ne comparez pas personnellement à l'audience ou si vous n'êtes pas jugé(e) dans les conditions prévues par les alinéas 1 et 2 de l'article 411 du code de procédure pénale.

Si vous êtes cité(e) en tant que témoin, il vous est rappelé que la non-comparution, le refus de témoigner et le faux témoignage sont punis par la loi.

FAITS ET PROCÉDURE

■ Rappel des faits

Situation matrimoniale [*mariage, concubinage ou pacs*] avec

Madame/Monsieur ...

Né(e) le ... à ...

De nationalité ...

Profession ...

Demeurant ...

... enfants [*mineurs ou majeurs*] sont issus de cette union :

■ ..., né(e) le ... à ...,

■ ..., né(e) le ... à ...,

■ ..., né(e) le ... à ...,

■ **Rappel des précédentes procédures, médiation, procédure participative, droit collaboratif, etc.**

■ **Rappel des décisions dont la violation est alléguée**

DISCUSSION

■ Section I - Sur le délit d'abandon de famille

Aux termes de l'article 227-3, alinéa 1^{er}, du code pénal, « le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire, une convention judiciairement homologuée ou une convention prévue à l'article 229-1 du code civil lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

A. Sur les conditions préalables à la qualification de l'infraction

Il existe à la charge de Madame/Monsieur ... une obligation de paiement :

[*choisir en fonction du cas concerné*]

■ de la pension alimentaire due à l'enfant mineur ...

■ de la pension alimentaire due à l'enfant majeur ... Il doit être rappelé à cet égard que les effets d'une condamnation à une pension alimentaire ne cessent pas de plein droit à la majorité de l'enfant, sauf disposition contraire formulée dans le jugement (Crim. 9 juin 1993, n° 91-81.272 et 92-83.179). Monsieur/Madame ... est ainsi toujours débiteur de la pension à l'égard de ...

■ d'une pension alimentaire entre ascendants et descendants, due à ... au titre de l'article 203/205 du code civil

■ des subsides dus à l'enfant ... en vertu de l'article 342 du code civil

■ de la contribution aux charges du mariage due à ...

■ de la prestation compensatoire à verser à ... Il importe peu à cet égard que cette pension doive être acquittée sous forme de rente ou

de capital (Crim., 2 déc. 1998, n° 97-83.671).

■ des dommages et intérêts mis à sa charge dans le cadre du divorce pour faute prononcé à ses torts exclusifs

■ de la somme fixée par le jugement du ... à titre d'avance sur la communauté existant entre elle/lui et Madame /Monsieur ...

Cette obligation trouve sa source dans :

[*choisir en fonction du cas concerné*]

■ le jugement de divorce, rendu par le juge aux affaires familiales près le tribunal de grande instance de ..., en date du ...

■ la convention portant règlement complet des effets du divorce, homologuée par jugement en date du ...

■ la convention de divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire

■ l'ordonnance de non-conciliation, rendue par le juge aux affaires familiales près le tribunal de grande instance de ..., en date du ...

■ la décision en date du ... et rendue par ..., modifiant les mesures provisoires prévues dans l'ordonnance de non-conciliation du ...

■ la convention portant organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale homologuée par une décision de ... en date du ...

■ le procès-verbal de conciliation du ..., qui équivaut à une convention homologuée (Crim. 31 mars 1999, n° 98-82.372)

■ le jugement du ... homologuant la convention sous-

seing privé conclue entre les époux (Crim. 8 oct. 1997, n° 96-85.598)

■ la décision étrangère rendue par ... et revêtue de l'*exequatur* par décision du tribunal de grande instance de ... le ...

■ la décision étrangère rendue par ..., exécutoire de plein droit en France au regard de l'article 20 de la convention de La Haye sur le recouvrement international des aliments du 23 novembre 2007 et de l'article 17, § 2, du règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires

■ Sur le caractère exécutoire de la décision

Cette décision, dûment signifiée/notifiée au débiteur de la pension, était définitive/exécutoire de plein droit/assortie de l'exécution provisoire au moment des faits incriminés, de telle sorte que Monsieur/Madame ... devait s'acquitter de sa dette.

OU

Bien que cette décision n'avait pas de caractère exécutoire au moment des faits, il apparaît que Monsieur/Madame ... en a volontairement exécuté les dispositions, se reconnaissant ainsi débiteur/débitrice de la pension en cause (Crim., 23 oct. 1991, n° 90-81.452).

OU

Bien que cette décision n'ait pas été notifiée, il apparaît que Monsieur/Madame ... en a volontairement exécuté les dispositions, ce qui a rendu inutiles les formalités de notification (Crim., 9 juin 1993, n° 91-81.272).

Si la décision en cause est devenue caduque

Il importe peu que cette décision soit désormais caduque, cette caducité n'ayant aucun effet rétroactif et ne remettant pas en cause la consommation antérieure de l'infraction (Crim. 7 oct. 1992, n° 91-85.138).

Si le débiteur est également l'objet d'une procédure collective

Enfin, il est indifférent que Madame/Monsieur ... soit l'objet d'une procédure collective et que la créance alimentaire n'ait pas été déclarée. Cette absence de déclaration n'a en effet aucune incidence sur la caractérisation de l'infraction (Crim. 7 janv. 2004, n° 03-82.337). Le dessaisissement de Madame/Monsieur ... de la gestion de ses biens n'est pas plus un obstacle et le délit est bien constitué (Crim. 9 juin 2004, n° 02-87.820).

B. Sur les éléments constitutifs de l'infraction

1. Sur l'élément matériel de l'infraction

L'élément matériel de l'infraction réside dans le fait de ne pas intégralement verser la créance alimentaire reconnue par la décision judiciaire ou la convention judiciairement homologuée pendant plus de deux mois consécutifs.

■ Sur l'inexécution de son obligation de paiement par Madame/Monsieur

En l'espèce, Madame/Monsieur ... a versé mensuellement à ... la somme de ... € au lieu de ... €

[Variante : n'a jamais rien versé à ..., etc.]

Madame/Monsieur ... n'a ainsi pas exécuté intégralement son obligation de paiement. Il sera rappelé que le paiement partiel consomme l'infraction (Crim. 31 mars 1926, DH 1926. 284).

OU

Le paiement effectué par Madame/Monsieur ... ne tenait pas compte de l'indexation et n'était dès lors pas intégral (Crim. 26 oct. 1987, n° 86-94.943).

OU

Aux termes de l'article 1347-2 du code civil, la compensation n'est pas admise en matière alimentaire. Il est indifférent en conséquence que Monsieur/Madame ... paye le loyer/les charges/ait procédé à des donations/garde l'enfant ... pour lequel la pension est due, ceci n'ayant pas pour conséquence d'éteindre ou même de réduire son obligation de paiement. Il/elle devait donc bien exécuter intégralement son obligation, ce qu'il n'a pourtant pas fait.

■ Sur la durée du défaut de paiement

L'infraction est caractérisée dès lors que le débiteur est resté plus de deux mois consécutifs sans payer la pension due.

Attention : la cour d'appel d'Aix en Provence (n° 140/D/13/99, 10 févr. 1999) a relaxé le prévenu au motif que la partie civile n'avait visé qu'un défaut de paiement de deux mois exactement ► il faut plus de deux mois.

En l'espèce, le dernier règlement effectué régulièrement, c'est-à-dire intégralement versé, date du ... Madame/Monsieur ... demeure donc sans s'acquitter de son obligation depuis ... mois.

OU

En l'espèce, malgré une première condamnation en date du ... pour abandon de famille à une amende de ... ainsi qu'au paiement à la partie civile de la somme de ..., Monsieur/Madame ... n'a pas repris le paiement de son obligation et est demeuré de nouveau plus de deux mois sans s'acquitter de son obligation, à savoir ... mois.

OU

En l'espèce, Monsieur/Madame ... n'a jamais versé la pension et a refusé pour la première fois de verser la pension due le ...

Dans le cas d'une prestation compensatoire à verser sous forme de capital

La décision condamnant Monsieur/Madame ... au paiement de la prestation compensatoire a été régulièrement signifiée le ...

[Variante : prévoyait qu'elle devait être intégralement versée à échéance du ...]

Il/Elle a néanmoins refusé de verser ce capital pendant plus de deux mois à compter de cette signification/échéance et a ainsi consommé l'infraction².

Si une plainte a été déposée avant le délai de deux mois

Madame/Monsieur ... a porté plainte le ..., soit avant l'écoulement du délai de deux mois. Mais il suffit que ce délai soit acquis à la date de la présente citation, l'infraction est donc bel et bien consommée (Crim. 27 nov. 1962, Bull. crim. n° 339).

■ Sur l'indifférence des modifications ultérieures de l'obligation

Monsieur/Madame ... se prévaut aujourd'hui de ce que la décision lui imposant le paiement de la pension/prestation/etc. à ... a été réformée/modifiée (+/- de façon rétroactive). Cette circonstance est pourtant tout à fait indifférente dans la mesure où l'infraction a été définitivement consommée par le défaut de paiement pendant plus de deux mois de cette créance (Crim. 29 janv. 2014, n° 13-81.918).

2. Sur l'élément moral de l'infraction

L'élément moral de l'infraction résulte de l'abstention volontaire de payer la créance résultant de la décision judiciaire ou de la convention judiciairement homologuée, pourtant connue du débiteur.

(2) En cas de paiement de la prestation compensatoire sous forme de versements périodiques pendant une période déterminée, le délit d'abandon de famille ne peut pas être constitué pour les défauts de paiement postérieurs à cette période : Crim. 7 sept. 2016, n° 14-82.076, D. 2016. 1819.

■ Sur la connaissance de son obligation de paiement par le débiteur

En l'espèce,

[choisir en fonction du cas concerné]

la décision lui ayant été régulièrement notifiée/signifiée, Monsieur/Madame ... avait connaissance de l'obligation de payer la pension/prestation/etc.

Malgré l'absence de notification/signification de la décision, Monsieur/Madame ... en a volontairement exécuté les dispositions, admettant ainsi sa connaissance de ladite décision.

■ Sur le caractère volontaire de son abstention de payer

En l'espèce, ... [compléter].

Dès lors, l'élément intentionnel du délit d'abandon de famille est lui aussi caractérisé.

C. Sur l'absence de justification du refus de présenter l'enfant

■ Sur l'erreur de droit

Monsieur/Madame ... allègue pour justifier le défaut de paiement d'une erreur sur la portée de ses obligations familiales. Il/Elle soutient que ...

Pourtant, la jurisprudence n'admet l'erreur de droit que de manière très restrictive. L'erreur de droit n'est ainsi prise en compte que si elle a été provoquée par l'autorité administrative ou par l'autorité judiciaire elle-même.

Il est donc sans incidence sur la condamnation que ... ait conseillé/enjoint au débiteur de ne pas payer la pension alimentaire fixée par une décision exécutoire.

■ Sur la contrainte

Monsieur/Madame ... invoque désormais une cause de non-imputabilité de l'infraction, à savoir son impossibilité de payer en raison de ...

Pourtant, en matière d'abandon de famille, la jurisprudence de la chambre criminelle exige une impossibilité absolue de payer la pension en cause (Crim. 28 juin 2000, n° 99-84.364).

En l'espèce, ... [compléter en indiquant en quoi les éléments de fait ne constituent pas l'impossibilité alléguée].

Monsieur/Madame ... faillit ainsi à apporter la preuve qui lui incombe de cette impossibilité absolue de faire face à son obligation de paiement (Crim. 18 mars 1998, n° 97-82.915).

Il en ressort incontestablement que Madame/Monsieur ... s'est rendu(e) coupable du délit d'abandon de famille, prévu et réprimé par l'article 227-3 du code pénal.

■ Section II - Sur le défaut de notification de son changement de domicile par le débiteur

L'article 227-4 du code pénal dispose que : « le fait, par une personne tenue, dans les conditions prévues à l'article 227-3, à l'obligation de verser une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature, de ne pas notifier son changement de domicile au créancier dans un délai d'un mois à compter de ce changement, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. »

A. Sur l'obligation de verser la pension/la contribution dans les conditions prévues à l'article 227-3 du code pénal

Comme il a été largement démontré plus haut, une obligation de paiement existait à la charge de madame/monsieur ... en vertu de ... [décision/convention, etc.].

PAR CES MOTIFS

Vu les articles 227-3, 227-4 et 227-29 du code pénal,
Vu les réquisitions du procureur de la République,

B. Sur les éléments constitutifs de l'infraction

■ Sur l'élément matériel

L'élément matériel de l'infraction consiste dans l'absence de notification dans le délai d'un mois de tout changement de domicile du débiteur d'une pension alimentaire, d'une contribution, de subsides ou de prestations de toute nature au créancier de cette obligation.

Madame/Monsieur ... a déménagé et s'est installé(e) dans un immeuble sis ... à compter du ... [date], soit depuis ... mois, sans jamais en informer le créancier. L'existence de l'élément matériel du délit est en conséquence incontestable.

■ Sur l'élément moral

Madame/Monsieur ... s'est de surcroît abstenu volontairement de procéder à cette notification, alors qu'il/elle avait parfaitement connaissance de cette obligation qui lui incombait, résultant de l'article 373-2 du code civil et rappelée par la convention judiciairement homologuée/la convention par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire /la décision judiciaire du ...

L'élément intentionnel du délit est ainsi également caractérisé.

Le tribunal ne pourra donc que condamner Madame/Monsieur ... de ce chef.

■ Section III - Sur le préjudice subi par Monsieur/Madame

Ainsi, le préjudice, tant moral que financier, subi par Madame/Monsieur ... devra être réparé, en application de l'article 1240 du code civil.

En conséquence, le tribunal correctionnel fera droit à la demande de Madame/Monsieur ..., en condamnant Monsieur/Madame ..., à lui verser la somme de ... € en réparation du préjudice matériel qu'il a subi ainsi que la somme de ... € en réparation du préjudice moral qu'il a subi, soit la somme totale de ... € à titre de dommages et intérêts.

■ Section IV - Sur l'astreinte

[Rappel : le juge pénal peut prononcer une astreinte dans le cadre de l'instance civile, sur le fondement de l'article 33 de la loi du 19 juillet 1991, en accessoire de la condamnation à payer des dommages-intérêts]

■ Section V - Sur l'article 475-1 du code de procédure pénale

Contraint de saisir la justice pénale afin de faire respecter ses droits fondamentaux de père/de mère de ... (nom de l'enfant)/d'époux/d'épouse, Monsieur/Madame ... a dû, pour ce faire, engager les frais de la présente procédure.

Dans ces conditions, il serait inéquitable de laisser à la charge de la partie civile les sommes qu'elle a exposées.

Madame/Monsieur ... sera condamné(e) à lui verser la somme de ... € sur le fondement de l'article 475-1 du code de procédure pénale.

IL EST DEMANDÉ AU TRIBUNAL DE :

Sur l'action publique,

■ **Déclarer** Madame/Monsieur ..., coupable du chef d'abandon de famille, au préjudice de ..., pour s'être, du ... au ... [dates] à ..., en tous cas depuis un temps non prescrit et sur le territoire national, volontairement abstenu de verser, pendant plus de deux mois, la ... [pension/contribution/prestation compensatoire] mise à sa charge par ... [décision/convention], faits prévus et réprimés par les dispositions des articles 227-3 et 227-29 du code pénal,

■ **Déclarer** Madame/Monsieur ..., coupable du chef d'abandon de famille, au préjudice de ..., pour s'être, du ... au ... [dates] à ..., en tous cas depuis un temps non prescrit et sur le territorial national, volontairement abstenu de notifier, dans le délai d'un mois, à ..., créancier de la ... [pension/contribution/prestation compensatoire] mise à sa charge par ... [décision/convention], son changement de domicile, faits prévus et réprimés par les dispositions des articles 227-4 et 227-29 du code pénal,

■ **Entrer** en voie de condamnation à l'encontre de Madame/Monsieur ... et faire application de la loi pénale,

Sur l'action civile,

■ **Recevoir** Madame/Monsieur ... en sa constitution de partie civile et l'en dire bien fondé(e),

■ **Constater** la gravité du préjudice causé au requérant,

En conséquence,

■ **Condamner** Madame/Monsieur ... à payer à Madame/Monsieur ... la somme de ... € de dommages-intérêts en réparation de son préjudice matériel,

■ **Condamner** Madame/Monsieur ... à payer à Madame/Monsieur ... la somme de ... € de dommages-intérêts en réparation de son préjudice moral,

■ **Condamner** Madame/Monsieur ... à payer à Madame/Monsieur... la somme de ... € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale.

SOUS TOUTES RÉSERVES

Liste des pièces

Pièce n° 1 : ...

Pièce n° 2 : ...

FORMULE

MODÈLE DE CITATION DIRECTE POUR NON-REPRÉSENTATION D'ENFANT¹

par Florent Berdeaux-Gacogne

Avocat au Barreau de Paris

INSTITUT
DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

Le délit de non-représentation d'enfant est constitué dès lors qu'une personne tenue de présenter un enfant à une autre, qui bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement (ou qui doit récupérer l'enfant à l'issue de l'exercice de ce droit), ne le fait pas. Moyen de pression efficace si l'enfant est toujours sur le territoire français, le recours à la citation directe peut avanta-

geusement être complété d'une demande d'astreinte formée devant les juridictions civiles. Comme pour l'abandon de famille (v. *supra* p. XXX), le bénéficiaire d'un droit de visite (qui est souvent, alors, l'auteur des violences alléguées dans le cadre de cette ordonnance) peut également viser l'infraction constituée par le simple non-respect des dispositions de l'ordonnance (C. pén., art. 227-4-2).

À Mesdames et Messieurs les président et juges du tribunal correctionnel de ...

Citation directe devant le tribunal correctionnel de ...

L'AN DEUX MILLE ... ET LE :

À LA REQUÊTE DE :

Madame/Monsieur ...

Né(e) le ... à ...

De nationalité ...

Exerçant la profession de ...

Demeurant ...

Ayant pour avocat :

Maître ...

Avocat au Barreau de ...

Adresse ...

(1) **Attention** : ce modèle de convention n'est pas exhaustif, il appartiendra au rédacteur de l'adapter en fonction de la situation de son client dans le respect de ses obligations professionnelles et de son obligation de conseil.

Tel : ... Fax : ...
 Email : ...
 Toque ...

Et élisant domicile en son cabinet [obligatoire, aux termes de l'art. 392 c. pr. pén., à moins que le demandeur ne soit déjà domicilié dans le ressort du tribunal saisi]

J'AI, HUISSIER SOUSSIGNÉ :

DONNÉ CITATION À :

Madame/Monsieur ...

Né(e) le... à...
 De nationalité ...
 Profession ...
 Demeurant ...

Où étant et parlant à :

D'avoir à comparaître le ... à ... [respecter un délai de 10 jours entre la signification et la date de l'audience, délai augmenté d'un mois en cas de résidence en outre-mer, ou, en cas de résidence en métropole, si le tribunal saisi se situe en outre-mer ; délai augmenté d'un mois en cas de résidence dans un État membre de l'UE, deux mois dans les autres cas] **devant le tribunal correctionnel de ...** [préciser la chambre], **sis ... en qualité de prévenu** [ou de témoin de la personne citée, ou de civilement responsable, C. pr. pén., art. 551]

Vous trouverez ci-après l'exposé des motifs et l'objet de la demande formée contre vous.

Et, à même requête que ci-dessus, Nous, Huissiers, susdits et soussignés,

AVONS DENONCÉ ET LAISSÉ COPIE DE LA PRÉSENTE À :

Monsieur le procureur de la République, près le tribunal de grande instance de ..., siégeant en son parquet au palais de justice de ladite ville,

TRÈS IMPORTANT

En application des dispositions de l'article 410 du code de procédure pénale, devant le tribunal correctionnel, le prévenu doit comparaître en personne, éventuellement assisté d'un avocat. Pour une personne morale, c'est le dirigeant légal qui doit comparaître.

FAITS ET PROCÉDURE

■ Rappel des faits

Situation matrimoniale (**mariage, concubinage ou pacs**) avec

Madame/Monsieur ...

Né(e) le ... à ...
 De nationalité ...
 Profession ...
 Demeurant ...

... enfants (**mineurs ou majeurs**) sont issus de cette union :

- ..., né(e) le ... à ...,
- ..., né(e) le ... à ...,
- ..., né(e) le ... à ...,

- **Rappel des précédentes procédures, médiation, procédure participative, droit collaboratif etc.**
- **Rappel des décisions dont la violation est alléguée**

DISCUSSION

■ Section I - Sur le délit de non-présentation d'enfant

Aux termes de l'article 227-5 du code pénal, « le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

A. Sur les conditions préalables à la qualification de l'infraction

... [nom du ou des enfants] est/sont mineur(s) [pièces n° 1 et 2, actes de naissance des enfants].

Il existe une obligation de représentation des enfants à leur père/mère/à Madame/Monsieur ..., laquelle trouve sa source dans :

Vous devez donc venir personnellement à l'audience, seul(e) ou assisté(e) de votre avocat. Vous pouvez être assisté(e) de l'avocat de votre choix ou, si vous en faites la demande, d'un avocat commis d'office, dont les frais seront à votre charge, sauf si vous remplissez les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle. Vous pouvez bénéficier en outre, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit.

Conformément à l'article 411, alinéas 1 et 2, du code de procédure pénale, si vous estimez être dans l'impossibilité de venir à l'audience, vous devez adresser une lettre au président du tribunal pour expliquer les raisons de votre absence et demander à être jugé en votre absence en étant représenté au cours de l'audience par votre avocat ou par un avocat commis d'office. Vous joindrez à votre lettre toutes pièces justificatives.

Vous devez rappeler dans toute correspondance, la date, l'heure et le lieu de l'audience à laquelle vous êtes convoqué(e).

Si à l'audience vos raisons sont admises par le tribunal, une nouvelle citation vous sera adressée pour une audience ultérieure.

Dans le cas contraire, le procès se déroulera en votre absence et vous risquez qu'une décision soit rendue à votre encontre sur les seuls éléments fournis par votre adversaire.

Conformément à l'article 390 du code de procédure pénale, la citation informe le prévenu qu'il doit comparaître à l'audience en possession des justificatifs de ses revenus ainsi que de ses avis d'imposition ou de non-imposition, ou les communiquer à l'avocat qui le représente.

Le droit fixe de procédure dû en application du 3° de l'article 1018 A du code général des impôts peut être majoré si vous ne comparez pas personnellement à l'audience ou si vous n'êtes pas jugé(e) dans les conditions prévues par les alinéas 1 et 2 de l'article 411 du code de procédure pénale.

Si vous êtes cité(e) en tant que témoin, il vous est rappelé que la non-comparution, le refus de témoigner et le faux témoignage sont punis par la loi.

[choisir en fonction du cas concerné]

- le jugement de divorce en date du ...
- la convention de divorce homologuée par jugement en date du ...
- la convention de divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire
- l'ordonnance de non-conciliation, rendue par le juge aux affaires familiales près le tribunal de grande instance de ... en date du ...
- la décision en date du ... modifiant les mesures conservatoires prévues dans l'ordonnance de non-conciliation du ...
- la décision rendue en matière d'assistance éducative par le juge des enfants près le tribunal de grande instance de ... en date du ...
- la convention portant organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale homologuée par une décision en date du ...

Dans le cas où l'auteur de la citation n'est pas un parent, mais un beau-parent, grand-parent ou tout tiers ayant obtenu un droit de visite et d'hébergement par décision de justice et réclamant l'enfant :

Il est rappelé qu'aucune autre condition préalable n'est exigée par l'article 227-5 du code pénal.

À cet égard, la Cour de cassation a précisé que cette disposition n'exigeait pas l'existence d'un lien de parenté entre l'enfant mineur et celui qui a le droit, reconnu par une décision de justice, de le réclamer (Crim., 6 oct. 1999, n° 98-86.372).

L'absence de lien de parenté entre ... (nom de l'enfant) et Monsieur/Madame ... est donc tout à fait indifférente.

B. Sur les éléments constitutifs de l'infraction

L'élément matériel de l'infraction réside dans le fait de ne pas remettre l'enfant au titulaire du droit de visite et d'hébergement, c'est-à-dire de ne pas se conformer aux modalités de remise de l'enfant issues de la décision/de la convention fixant l'obligation de représentation.

OU

L'élément matériel de l'infraction réside dans le fait, pour celui qui exerce le droit de visite et d'hébergement, de ne pas ramener l'enfant chez le parent chez qui est fixée sa résidence habituelle, c'est-à-dire de ne pas se conformer aux modalités de remise des enfants issues de la décision/de la convention fixant l'obligation de représentation.

Précisions dans le cas d'une simple inertie

Il est rappelé que le délit de non-représentation d'enfant est constitué par le simple fait de ne pas déployer tous les efforts nécessaires pour que le droit de l'autre personne sur l'enfant puisse être exercé (Crim. 29 avr. 1976, n° 75-93.024, Bull. crim. n° 132). L'« inertie persistante » de la personne supposée se soumettre au droit de réclamer l'enfant dont est titulaire une autre personne est donc bien constitutive de l'infraction (Crim. 19 avr. 2000, n° 98-84.849).

En l'espèce, ... [compléter]

Dans ces conditions, l'élément matériel de l'infraction est parfaitement caractérisé.

L'élément moral de l'infraction résulte du refus délibéré (Crim. 3 juill. 1984, n° 82-91.695, Bull. crim. n° 254) ou réitéré (Crim., 28 févr. 1968, n° 67-92.365, Bull. crim. n° 71) de remettre l'enfant au titulaire du

droit de réclamer l'enfant, malgré la connaissance de l'obligation de lui présenter l'enfant (Crim., 23 juin 1999, n° 98-87.147, Bull. crim. n° 155).

En l'espèce, ... [compléter sur la connaissance de l'obligation de présenter l'enfant].

En outre, ... [préciser sur le refus délibéré ou réitéré].

Dès lors, l'élément intentionnel du délit de non-représentation d'enfant est lui aussi caractérisé.

C. Sur l'absence de justification du refus de présenter l'enfant

L'infraction de non-représentation d'enfant n'est caractérisée qu'en présence d'une non-présentation « indue » de l'enfant.

En l'espèce, ... [préciser les faits allégués par le parent refusant la présentation].

Pour justifier la non-représentation d'enfant, la jurisprudence retient parfois l'existence d'un état de nécessité devant la démonstration d'un danger avéré pour l'enfant (par ex., la maladie ou les perturbations psychologiques graves de l'enfant : Crim. 15 déc. 1976, n° 76-90.325, Bull. crim. n° 368).

Le plus souvent, la jurisprudence se montre extrêmement réticente à admettre l'existence d'un fait justificatif et refuse ainsi de le faire en présence de simples soupçons de maltraitance sexuelle (Crim. 12 sept. 2004, n° 04-81.037).

Par ailleurs, la jurisprudence constante refuse de considérer que la résistance de l'enfant puisse constituer un fait justificatif (Crim. 12 mai 1954, Bull. crim. n° 175 ; Crim., 27 oct. 1993, n° 93-81.362).

Bien au contraire, il résulte des devoirs issus de l'autorité parentale que les parents doivent permettre et faciliter le maintien des relations personnelles des enfants avec l'autre parent, ce qui exclut que la résistance de l'enfant soit retenue ; et ce, d'autant plus qu'elle peut être issue d'une manipulation de l'un des parents.

La Cour de cassation exhorte ainsi les parents à « user de leur autorité pour vaincre le refus des enfants de déférer au droit de visite de l'autre parent » (Crim., 27 oct. 1993, préc.).

En l'espèce, ... [compléter]

Dans ces conditions, Madame/Monsieur ... ne démontre aucun fait justificatif de nature à empêcher la qualification de l'infraction et se rend donc coupable du délit incriminé à l'article 227-5 du code pénal.

■ Section II – Sur le préjudice subi par Monsieur/Madame

Ainsi, le préjudice, tant moral que financier, subi par Madame/Monsieur ... devra être réparé, en application de l'article 1240 du code civil.

En conséquence, le tribunal correctionnel fera droit à la demande de Madame/Monsieur ..., en condamnant Monsieur/Madame ..., à lui verser la somme de ... € en réparation du préjudice matériel qu'il a subi ainsi que la somme de ... euros en réparation du préjudice moral qu'il a subi, soit la somme totale de ... € à titre de dommages et intérêts.

■ Section III – Sur l'astreinte

[Rappel : le juge pénal peut prononcer une astreinte dans le cadre de l'instance civile, sur le fondement de l'article 33 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, en accessoire de la condamnation à payer des dommages-intérêts]

■ Section IV – Sur l'article 475-1 du code de procédure pénale

Contraint de saisir la justice pénale afin de faire respecter ses droits fondamentaux de père/de mère de ... [nom de l'enfant], Monsieur/Madame ... a dû, pour ce faire, engager les frais de la présente procédure.

Dans ces conditions, il serait inéquitable de laisser à la charge de la partie civile les sommes qu'elle a exposées.

Madame/Monsieur ... sera condamné(e) à lui verser la somme de ... € sur le fondement de l'article 475-1 du code de procédure pénale.

PAR CES MOTIFS

Vu les articles 227-5 et 227-29 du code pénal,
Vu les réquisitions du procureur de la République,

IL EST DEMANDÉ AU TRIBUNAL DE :

Sur l'action publique,

- **Déclarer** Madame/Monsieur ... coupable du chef de non-représentation d'enfant au préjudice de Monsieur/Madame ..., pour avoir, les ... [date] à... [ville], en tous cas depuis un temps non prescrit et sur le territoire national, refusé de représenter le(s) enfant(s) mineur(s) ... à leur père/à leur mère, à Madame/Monsieur ..., tel qu'il/elle avait le droit de le réclamer en vertu de ... [décision ou convention justifiant le droit], faits prévus par l'article 225-7 et réprimés par les dispositions des articles 227-5 et 227-29 du code pénal,
- **Entrer** en voie de condamnation à l'encontre de Madame/Monsieur ... et faire application de la loi pénale,

Sur l'action civile,

- **Recevoir** Madame/Monsieur ... en sa constitution de partie civile et l'en dire bien fondé(e),
- **Constater** la gravité du préjudice causé au requérant,

En conséquence,

- **Condamner** Madame/Monsieur ... à payer à Madame/Monsieur ... la somme de ... € de dommages-intérêts en réparation de son préjudice matériel,
- **Condamner** Madame/Monsieur ... à payer à Madame/Monsieur ... la somme de ... € de dommages-intérêts en réparation de son préjudice moral,
- **Condamner** Madame/Monsieur ... à payer à Madame/Monsieur ... la somme de ... € au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale.

SOUS TOUTES RÉSERVES

BORDEREAU DE PIÈCES

Pièce n° 1 : ...

Pièce n° 2 : ...