

N° 2832

# ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958  
DOUZIÈME LÉGISLATURE

---

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 janvier 2006

## RAPPORT

FAIT

AU NOM DE LA MISSION D'INFORMATION <sup>(1)</sup>

SUR LA FAMILLE ET LES DROITS DES ENFANTS

Président

M. Patrick BLOCHE,

Rapporteure

Mme Valérie PECRESSE,

Députés.

---

TOME I

RAPPORT

---

<sup>(1)</sup> La composition de cette mission figure au verso de la présente page.

*La mission d'information sur la famille et les droits des enfants est composée de :*

M. Patrick BLOCHE, Président ; M. Pierre-Christophe BAGUET, Mme Henriette MARTINEZ, Vice-Présidents ; Mmes Patricia ADAM, Jacqueline FRAYSSE, Secrétaires ; Mme Valérie PECRESSE, Rapporteuse ; Mmes Martine AURILLAC, Christine BOUTIN, M. Gérard CHERPION, Mme Marie-Françoise CLERGEAU, MM. Patrick DELNATTE, Bernard DEROSIER, Pierre-Louis FAGNIEZ, René GALY-DEJEAN, Pierre GOLDBERG, Mmes Claude GREFF, Élisabeth GUIGOU, MM. Sébastien HUYGHE, Olivier JARDÉ, Mmes Annick LEPETIT, Gabrielle LOUIS-CARABIN, M. Hervé MARITON, Mmes Hélène MIGNON, Nadine MORANO, MM. Jean-Marc NESME, Yves NICOLIN, Bernard PERRUT, Mmes Bérengère POLETTI, Michèle TABAROT, M. Alain VIDALIES.

## AVANT-PROPOS DU PRESIDENT

Par la qualité des témoignages qui lui ont été apportés et des débats qui ont lieu en son sein, la Mission d'information sur la famille et les droits des enfants fera date. Je n'ai néanmoins pas voté son rapport, et je voudrais m'en expliquer.

En créant une mission chargée de réfléchir à l'évolution de la famille, le Président de notre Assemblée souhaitait ouvrir un débat sur l'adoption, la monoparentalité, les mères porteuses et la mise en œuvre du pacte civil de solidarité. Il s'agissait donc bien de présenter un portrait de la famille, ou plutôt des familles, d'aujourd'hui, ce qui devait conduire à envisager l'évolution de certaines dispositions du code civil. Par cette « feuille de route », il lançait aux membres de la Mission un pari, celui d'aborder des questions de société sensibles, en dépassant nos clivages pour écouter sereinement des positions que nous ne partageons pas, loin du climat passionnel qui dénature encore trop souvent les débats parlementaires sur la famille.

Le pari a été tenu : tous les points de vue ont été entendus, et il n'y a eu aucun sujet tabou. Les auditions ont permis de mesurer la pluralité des opinions, et les tables rondes ont assuré des débats contradictoires parfaitement équilibrés. Annexés au rapport, les comptes-rendus de ces auditions et tables rondes restituent la qualité de nos travaux, et forment ainsi un document de référence. Pourtant, le pari n'était pas gagné, tant la création de la Mission a suscité des réactions de méfiance.

Je tiens à rendre hommage au Président Jean-Louis Debré qui, en veillant à ce que cette mission d'information soit présidée par un membre de l'opposition, a donné une liberté de parole inédite. Je veux également saluer l'esprit d'ouverture de Valérie Pécresse, rapporteure de la Mission, qui a eu le souci constant de poser toutes les questions sans *a priori*, et d'écouter tous les arguments, afin qu'aucun sujet ne soit évacué.

La Mission a effectué quatre déplacements à l'étranger : elle s'est rendue à Madrid, à Londres, à Bruxelles, à La Haye, à Ottawa, à Québec et à Montréal. Je souhaite remercier vivement les personnels des ambassades et consulats de France dans ces villes, qui ont remarquablement accueilli les délégations et organisé des rencontres passionnantes avec des responsables politiques, administratifs et associatifs, qui ont su nous présenter les solutions

adoptées dans leur pays et leurs éventuelles limites. Ces déplacements nous ont permis de constater que des pays proches culturellement ou géographiquement de la France font preuve d'une grande capacité d'innovation dans leur droit de la famille et d'une attention à la lutte contre les discriminations, sans que les fondements de la société s'en trouvent pour autant ébranlés.

Certes, le rapport ne remet en cause aucun droit, en ne proposant par exemple ni de supprimer la possibilité d'adopter pour une personne seule, ni de restreindre les cas dans lesquels un enfant peut bénéficier d'une résidence en alternance chez chacun de ses parents. Certes, les propositions relatives à la protection de l'enfance et à la lutte contre les mariages forcés vont dans le bon sens, et je les ai soutenues pour qu'elles fassent l'objet de notes d'étape adoptées à l'unanimité par la Mission.

Mais je ne partage ni l'analyse que le rapport fait des évolutions de notre société, ni les conséquences juridiques qu'il en tire.

Le rapport ne prend pas la pleine mesure des évolutions des modes de vie familiaux. Il ne nie pas – comment le pourrait-il ? – l'explosion des naissances hors mariage, la multiplication des recompositions familiales, le choix d'élever un enfant seul ou avec un compagnon ou une compagne du même sexe, le succès du pacte civil de solidarité, qui a déjà répondu à l'attente de 340 000 de nos concitoyens. Mais, s'il présente ces changements, c'est pour les regretter. La Mission souhaitait voir la société telle qu'elle est, non telle qu'elle l'imagine. Je crains que la majorité de ses membres n'ait en définitive préféré la voir telle qu'elle la souhaiterait, par attachement au modèle familial traditionnel – un père et une mère unis par le mariage, vivant ensemble avec leurs enfants – dont elle déplore l'érosion.

Le mariage est présenté comme la seule forme d'organisation du couple qui assure véritablement la sécurité de l'enfant. C'est accorder peu de place aux millions de couples qui ont choisi d'avoir des enfants sans se marier, et aux 400 000 enfants – c'est-à-dire près de la moitié – qui, chaque année, naissent hors mariage. C'est remettre en cause une évolution récente de notre droit qui tend à traiter de la même manière les enfants, quel que soit le statut de leurs parents. Peut-on encore faire du mariage le fondement de la famille, alors que le droit de l'autorité parentale est désormais quasiment identique que les enfants soient nés dans le cadre du mariage ou hors de celui-ci, et que les notions mêmes d'enfant légitime et d'enfant naturel viennent d'être supprimées du code civil ?

Le rapport privilégie de manière disproportionnée la dimension biologique de la filiation, en la considérant comme une garantie de sécurité pour l'enfant. L'existence de liens biologiques entre l'enfant et les adultes qui l'élèvent n'a pourtant jamais été l'assurance d'une bonne éducation. La Mission le reconnaît elle-même, en dénonçant – avec raison – « l'idéologie du lien familial » sur laquelle repose encore notre conception de la protection de l'enfance, et en préconisant, dans l'intérêt de l'enfant, un recours plus fréquent à une famille d'accueil. Fonder la famille sur le lien biologique, c'est faire peu de cas de la souffrance des couples touchés par l'infertilité et avoir peu de considération pour leurs capacités à élever un enfant. C'est oublier trop rapidement toute une dimension de notre droit civil qui, par la possession d'état et la présomption de paternité, permet d'ancrer la filiation en dehors de liens biologiques, en confiant l'enfant à la personne qui l'élève et pas nécessairement à celle qui l'a conçu. Cette primauté donnée au biologique conduit la Mission à justifier les conditions restrictives actuellement requises pour adopter conjointement – former un couple de sexe différent, de plus marié – par la vraisemblance biologique qu'elles offrent : il faudrait réserver l'adoption aux parents qui pourront faire croire à l'enfant adopté qu'il a été conçu par eux. Peut-on toujours fonder une règle de droit sur un faux-semblant, au moment où la société aspire à davantage de transparence ?

La Mission s'est donné comme fil conducteur l'intérêt de l'enfant. C'est en effet le critère le plus pertinent pour faire évoluer notre droit de la famille. Mais, le rapport a choisi d'opposer d'emblée – c'est l'objet de sa première partie – les droits de l'enfant aux aspirations des adultes – assimilées rapidement à une revendication d'un droit à l'enfant –, sans vérifier s'ils peuvent être compatibles. Pourtant, en offrant à certains couples infertiles la possibilité de procréer grâce à l'aide de la médecine, la loi permet déjà de satisfaire un désir d'enfant que la nature empêche, et reconnaît ainsi une forme de droit à l'enfant, sans que le législateur y ait vu une atteinte aux droits de l'enfant.

En fondant son analyse sur une opposition réductrice entre l'enfant et l'adulte, le rapport évacue trop facilement la nécessité de respecter le principe d'égalité qui, avec l'intérêt de l'enfant, doit à mes yeux guider toute réflexion sur le droit de la famille. Ainsi, la défense des droits de l'enfant est avancée pour maintenir l'inégalité entre les couples : parce qu'il ne faudrait pas lui permettre de revendiquer un droit à l'enfant, un couple homosexuel ne devrait pas accéder aux droits offerts par le mariage. Ce postulat conduit la Mission à justifier que, parce qu'ils sont homosexuels, deux hommes ou deux femmes qui se sont aimés et ont construit leur vie ensemble ne peuvent pas se transmettre leurs biens comme peuvent le faire des époux, et doivent continuer à être considérés comme des tiers sans lien de famille, sur lesquels les ascendants, les frères ou les sœurs ont

priorité. Je ne peux pas approuver cette discrimination. De la même façon, je n'adhère pas au raisonnement qui conduit la Mission à refuser de réaffirmer le droit de toute personne, combien même elle serait homosexuelle et dès lors qu'elle présente les qualités requises pour accueillir et élever un enfant, de demander à adopter : c'est pérenniser l'hypocrisie qui pousse certaines d'entre elles à dissimuler l'existence de leur partenaire du même sexe pour éviter un refus d'agrément. C'est également maintenir une inégalité territoriale, contraire à nos principes républicains, en laissant aux conseils généraux la possibilité d'exclure *a priori* les demandes d'adoption émanant de personnes homosexuelles.

Enfin, le rapport adopte une posture défensive pour opposer une fin de non recevoir aux réformes engagées à l'étranger, au nom de la préservation d'un modèle français, comme si, face aux solutions mises en œuvre par nos voisins, nous avons forcément raison. Personne ne nie le droit d'un État de conserver sa spécificité, surtout sur une question aussi fondamentale que la famille. Mais encore faut-il que cette spécificité soit justifiée. Or, les Anglais, les Espagnols ou les Belges ne respectent pas moins la dignité humaine que nous. Ils le font autrement, plus attentifs à la lutte contre les discriminations, et je ne crois pas qu'il faille, si facilement, leur donner des leçons d'éthique.

Les questions posées à la Mission exigeaient que nous nous positionnions en fonction de nos intimes convictions, davantage qu'à partir de nos certitudes idéologiques. C'était une des difficultés de nos travaux, mais aussi tout leur intérêt. Par ce rapport, la majorité de la Mission a pu faire état de ses convictions. Pour ma part, je n'ai pas été convaincu par son analyse. Je reste persuadé que la loi doit mettre l'enfant à l'abri des discriminations qui pourraient résulter de la situation de ses parents. Nous devons répondre à l'aspiration légitime de nos concitoyens à l'égalité des droits, en ouvrant le mariage civil, fruit de la volonté libre de deux personnes, aux couples de même sexe, et en fondant l'accès à l'adoption et à la procréation médicalement assistée sur la capacité des adultes à prendre la responsabilité d'un enfant, et non plus sur leur orientation sexuelle ou le statut juridique de leur couple.

Patrick BLOCHE

## SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
<b>INTRODUCTION</b> .....	17
<b>PREMIERE PARTIE : L'ENFANT FACE A L'EVOLUTION DE LA FAMILLE : DROITS DE L'ENFANT CONTRE DROIT A L'ENFANT</b> .....	21
<b>I.– LES MUTATIONS DE LA FAMILLE ET LA VALORISATION DU DESIR D'ENFANT</b> .....	21
<b>A.– LA FAMILLE RESTE UNE VALEUR FONDAMENTALE</b> .....	23
<b>1.– Les transformations de la famille doivent être replacées dans           une perspective historique</b> .....	23
<i>a) Existe-t-il un modèle de la famille occidentale ?</i> .....	23
<i>b) L'incidence de l'évolution de la famille sur la société</i> .....	25
<b>2.– L'ampleur des évolutions récentes ne doit pas cacher les           permanences dans les modes de vie familiaux</b> .....	27
<i>a) Des évolutions démographiques incontestables</i> .....	27
<i>b) Des permanences réelles</i> .....	32
<b>3.– Les Français sont très attachés à la famille</b> .....	35
<i>a) La famille : une valeur plus qu'une institution</i> .....	35
<i>b) La famille : une dimension affective désormais primordiale</i> .....	36
<b>B.– LES PARCOURS FAMILIAUX SE SONT DIVERSIFIES ET ONT TENDANCE A SE       STRUCTURER AUTOUR DU DESIR D'ENFANT</b> .....	37
<b>1.– Une évolution aux causes plurielles</b> .....	37
<i>a) La montée de l'individualisation</i> .....	38
<i>b) L'affirmation du principe d'égalité</i> .....	39
<i>c) Les avancées scientifiques</i> .....	40
<b>2.– La diversification des modèles familiaux</b> .....	41
<b>3.– L'enfant, fondement essentiel de la famille d'aujourd'hui</b> .....	42

C.– FACE A LA MONDIALISATION, LE DROIT DE LA FAMILLE DEMEURE LE FRUIT D'UNE CULTURE ET DE CHOIX POLITIQUES NATIONAUX.....	43
1.– La mondialisation et les possibilités de contournement de la loi française.....	43
2.– Le droit de la famille : une création nationale .....	48
<b>II.– L’AFFIRMATION DES DROITS DE L’ENFANT .....</b>	<b>51</b>
A.– LES DROITS DE L’ENFANT NE SONT PAS ENTIEREMENT RESPECTES .....	52
1.– La Convention internationale relative aux droits de l’enfant.....	52
2.– Les progrès de la France dans le respect des droits de l’enfant .....	54
3.– L’application de la Convention par le juge français.....	56
a) <i>Les réticences de la Cour de cassation, en partie levées depuis mai 2005</i> .....	57
b) <i>La position dès l’origine plus ouverte du Conseil d’État</i> .....	58
B.– LA PRIMAUTE DE L’INTERET DE L’ENFANT DOIT ETRE GARANTIE .....	62
1.– Accélérer la mise en conformité du droit français avec la Convention internationale relative aux droits de l’enfant.....	62
2.– Mieux contrôler le respect des droits de l’enfant .....	63
3.– Donner à tous les enfants le droit d’être entendus par la justice .....	64
<b>DEUXIEME PARTIE : LE DROIT DE L’ENFANT A UNE FAMILLE .....</b>	<b>69</b>
<b>PREMIERE SOUS-PARTIE : L’ENFANT FACE AUX TRANSFORMATIONS DU COUPLE .....</b>	<b>69</b>
<b>I.– L’ORGANISATION DU COUPLE .....</b>	<b>70</b>
A.– LES TROIS FORMES DE VIE COMMUNE : MARIAGE, PACTE CIVIL DE SOLIDARITE, CONCUBINAGE .....	73
1.– Des conditions d’accès inégalement exigeantes.....	73
a) <i>Les conditions d’âge</i> .....	74
b) <i>Le sexe des personnes formant le couple</i> .....	74
c) <i>Les empêchements</i> .....	76
2.– Des devoirs très contrastés .....	76
3.– Des droits partiellement différents .....	79
a) <i>Des droits sociaux semblables ou très voisins</i> .....	79
b) <i>Des droits fiscaux distincts</i> .....	80
4.– Des modalités de dissolution plus ou moins formalisées .....	83



B.— AMELIORER LA GRADATION DES DEVOIRS ET DES DROITS .....	85
1.— La liberté du concubinage doit être préservée.....	85
2.— Le pacte civil de solidarité doit devenir un contrat de couple cohérent .....	87
a) <i>Les défauts du pacte civil de solidarité</i> .....	88
b) <i>Les propositions d'évolution élaborées par le groupe de travail du             ministère de la justice</i> .....	90
c) <i>Les autres revendications</i> .....	93
d) <i>Pour une réforme du pacte civil de solidarité</i> .....	94
3.— Le mariage républicain doit rester l'institution fondatrice de la famille .....	98
a) <i>Le mariage civil n'est pas seulement un contrat</i> .....	98
b) <i>Le mariage est la forme d'union qui préserve le mieux l'intérêt de             l'enfant</i> .....	99
c) <i>L'altérité homme-femme doit continuer de fonder le mariage</i> .....	102
d) <i>Définir le mariage risquerait de le fragiliser</i> .....	111
<b>II.— REAFFIRMER LA LIBERTE DU MARIAGE ET LUTTER CONTRE LES MARIAGES FORCES</b> .....	113
A.— LES INSTRUMENTS JURIDIQUES UTILISABLES.....	115
1.— Les moyens de prévenir la célébration de mariages forcés.....	115
a) <i>Pour les mariages célébrés en France</i> .....	116
b) <i>Pour les mariages de ressortissants français célébrés à l'étranger</i> .....	118
2.— Les possibilités d'annulation de mariages forcés .....	118
a) <i>L'action en nullité du mariage forcé célébré en France</i> .....	119
b) <i>L'action en nullité du mariage forcé célébré à l'étranger</i> .....	119
B.— LES PROPOSITIONS D'AMELIORATION DU DISPOSITIF .....	120
1.— Relever l'âge minimal d'accès au mariage .....	120
2.— Renforcer les formalités relatives à la célébration et à la transcription du mariage .....	122
a) <i>Contrôler le vice du consentement</i> .....	122
b) <i>Assouplir la réalisation des auditions</i> .....	123
c) <i>Renforcer les conséquences de la demande de sursis à la transcription</i> .....	124

3.– Faciliter les demandes de nullité du mariage pour vice de consentement .....	125
a) <i>Élargir les possibilités d'action du procureur de la République</i> .....	125
b) <i>Allonger et harmoniser les délais</i> .....	126
c) <i>Rendre illégitime la contrainte résultant de la crainte révèrencielle envers les parents</i> .....	127
4.– Protéger les victimes par des mesures d'accompagnement et éduquer les adolescents.....	128
a) <i>Informé toutes les personnes concernées</i> .....	128
b) <i>Aider les victimes</i> .....	129
5.– Refuser l'instauration d'une sanction pénale spécifique au mariage forcé.....	130
a) <i>Les avantages attendus de la création d'un délit spécifique</i> .....	130
b) <i>Des effets négatifs à éviter</i> .....	131
<b>DEUXIEME SOUS-PARTIE : L'ENFANT FACE A LA DIVERSIFICATION DE LA FILIATION</b> .....	133
<b>I.– L'ADOPTION</b> .....	136
A.– LES DEUX FORMES D'ADOPTION .....	136
1.– Les conditions à remplir pour pouvoir adopter.....	137
a) <i>Les conditions relatives à l'état civil de l'adoptant</i> .....	137
b) <i>L'obtention de l'agrément pour adopter</i> .....	138
2.– Les conditions à remplir pour pouvoir être adopté .....	143
a) <i>Pour une adoption plénière</i> .....	144
b) <i>Pour une adoption simple</i> .....	145
3.– Les effets de l'adoption .....	145
a) <i>Les effets de l'adoption plénière</i> .....	145
b) <i>Les effets de l'adoption simple</i> .....	146
B.– GARANTIR AUX ENFANTS ADOPTES LA SECURITE JURIDIQUE ET AFFECTIVE .....	149
1.– Réserver l'adoption conjointe aux couples mariés .....	149
a) <i>L'accès à l'adoption conjointe ne peut pas être autorisé aux concubins de sexe différent</i> .....	149
b) <i>L'accès à l'adoption conjointe ne saurait a fortiori être accordé aux concubins de même sexe</i> .....	151
2.– Maintenir la possibilité d'adoption par une personne seule.....	154
a) <i>Faut-il revenir sur l'adoption par une personne seule ?</i> .....	154
b) <i>Faut-il autoriser explicitement l'agrément des célibataires homosexuels ?</i> .....	156

<b>II.— LES FILIATIONS ISSUES D’UNE ASSISTANCE MEDICALE</b> .....	158
A.— LE DISPOSITIF PREVU PAR LES LOIS DE BIOETHIQUE .....	158
1.— L’assistance médicale à la procréation : un régime strictement encadré .....	159
<i>a) Les conditions de mise en œuvre des méthodes d’assistance médicale à la procréation</i> .....	159
<i>b) Les conséquences sur la filiation de l’assistance médicale à la procréation avec tiers donneur</i> .....	161
2.— La gestation pour autrui : une pratique interdite en France.....	162
<i>a) Une atteinte au principe d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes</i> .....	162
<i>b) Les difficultés rencontrées par les enfants nés d’une gestation pour autrui</i> .....	163
B.— CONFORTER LE MODELE BIOETHIQUE FRANÇAIS .....	166
1.— L’assistance à la procréation doit conserver sa justification médicale, autour du triptyque « un père, une mère, un enfant ».....	166
<i>a) L’assistance médicale à la procréation ne peut être autorisée aux femmes seules</i> .....	167
<i>b) L’assistance médicale à la procréation ne peut être ouverte aux couples de même sexe</i> .....	170
<i>c) Le transfert de l’embryon post mortem pourrait être autorisé dans un cadre précis</i> .....	172
2.— L’interdiction de la gestation pour autrui doit être maintenue.....	175
<i>a) Pour des raisons éthiques, la gestation pour autrui ne peut pas être légalisée</i> .....	176
<i>b) La situation des enfants nés d’une gestation pour autrui ne peut pas trouver de réponse dans l’établissement d’une filiation maternelle</i> .....	180
3.— La gratuité des dons de gamètes et de l’aide à la procréation doit être réaffirmée .....	182
<b>III.— L’ACCES DE L’ENFANT A SES ORIGINES PERSONNELLES</b> .....	184
A.— LES ENFANTS ABANDONNES .....	185
1.— L’équilibre institué par la loi du 22 janvier 2002.....	185
<i>a) Les situations dans lesquelles une personne ne connaît pas ses parents biologiques ou l’un d’eux</i> .....	185
<i>b) Le dispositif d’accès aux origines personnelles des enfants nés ou abandonnés sous le secret</i> .....	188
<i>c) Un équilibre critiqué par les uns, défendu par les autres</i> .....	194

2.– L'accès aux origines doit-il devenir un droit ? .....	195
<i>a) Les arguments en faveur du maintien de la possibilité d'accoucher dans l'anonymat</i> .....	196
<i>b) Les arguments en faveur de la suppression de l'anonymat</i> .....	197
<i>c) La position de la Mission : pour une évolution à moyen terme vers un accouchement « dans la discrétion »</i> .....	200
B.– LES ENFANTS NES D'UNE PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE AVEC TIERS DONNEUR .....	205
1.– Le principe de l'anonymat du don .....	205
2.– Offrir une liberté de choix aux donneurs et aux futurs parents .....	206
<b>TROISIEME SOUS-PARTIE : LES PARENTS FACE A LA RESPONSABILITE DE L'EDUCATION DE L'ENFANT</b> .....	211
<b>I.– L'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE APRES LA SEPARATION DES PARENTS</b> .....	211
A.– LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE COMMUNE DES PARENTS .....	212
1.– Les droits et devoirs induits par l'exercice en commun de l'autorité parentale .....	213
<i>a) Le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses deux parents</i> .....	213
<i>b) La contribution des deux parents à l'entretien et à l'éducation de l'enfant</i> .....	213
2.– La persistance de droits et de devoirs pour le parent non gardien en cas d'exercice de l'autorité parentale par l'autre .....	214
3.– Vers un exercice consensuel de l'autorité parentale .....	215
<i>a) La convention sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale</i> .....	215
<i>b) La résidence alternée</i> .....	216
<i>c) Le recours à la médiation familiale</i> .....	218
4.– La fixation et l'exécution des pensions alimentaires .....	219
B.– FAVORISER L'EXERCICE DE LA COPARENTALITE PAR LE PERE ET LA MERE .....	220
1.– Améliorer la mise en œuvre de la résidence alternée .....	220
<i>a) Faut-il interdire la résidence alternée pour les tout petits enfants ?</i> .....	221
<i>b) Organiser le partage des prestations familiales</i> .....	226
2.– Renforcer la médiation familiale .....	231
<i>a) Une pratique encore peu développée en France</i> .....	232
<i>b) Des améliorations nécessaires</i> .....	233

3.– Mieux assurer le respect des obligations des parents .....	235
<i>a) Les pensions alimentaires .....</i>	235
<i>b) L'exercice du droit de visite et d'hébergement .....</i>	239
<b>II.– LA PLACE DES TIERS AUPRES DE L'ENFANT .....</b>	<b>242</b>
<b>A.– LES OUTILS JURIDIQUES EN VIGUEUR .....</b>	<b>243</b>
1.– La participation à l'exercice de l'autorité parentale .....	244
<i>a) La délégation et le partage de l'exercice de l'autorité parentale .....</i>	244
<i>b) L'exercice de l'autorité parentale après le décès d'un parent légal .....</i>	246
2.– L'établissement d'un lien de filiation .....	248
<i>a) La filiation de complaisance .....</i>	248
<i>b) L'adoption plénière de l'enfant du conjoint .....</i>	249
<i>c) L'adoption simple .....</i>	249
3.– Les liens juridiques entre grands-parents et petits-enfants .....	250
<i>a) Les grands-parents, bénéficiaires de droits spécifiques .....</i>	250
<i>b) Les grands-parents, tiers comme les autres .....</i>	253
<b>B.– DONNER AUX PARENTS LEGAUX LA POSSIBILITE DE DESIGNER UN DELEGUE         POUR LES ACTES DE LA VIE COURANTE DE L'ENFANT .....</b>	<b>253</b>
1.– L'adoption n'est pas une réponse appropriée aux situations de recomposition familiale .....	254
<i>a) L'adoption plénière .....</i>	255
<i>b) L'exercice conjoint de l'autorité parentale après l'adoption simple .....</i>	257
2.– L'accomplissement des actes usuels de la vie de l'enfant doit être facilité .....	260
<b>C.– LA PLACE DES TIERS APRES LE DECES DES PARENTS DOIT ETRE RENFORCEE .....</b>	<b>263</b>
1.– Autoriser le beau-parent ou un autre tiers à demander au juge que l'enfant lui soit confié .....	264
2.– Permettre au juge de choisir un beau-parent ou un autre tiers comme tuteur, plutôt qu'un grand-parent .....	264
<b>D.– LIER L'EXERCICE DES DROITS DES GRANDS-PARENTS A L'INTERET DE L'ENFANT .....</b>	<b>266</b>

<b>TROISIEME PARTIE : LE DROIT DE L'ENFANT A ETRE PROTEGE .....</b>	<b>269</b>
<b>I.– L'ENFANCE EN DANGER : UN PHENOMENE MIEUX CONNU .....</b>	<b>270</b>
A.– L'EVOLUTION DES SIGNALEMENTS .....	272
1.– Des sources d'informations diversifiées .....	273
2.– Le profil des enfants signalés .....	275
3.– Les circuits de transmission des informations .....	276
4.– Les difficultés d'évaluation du risque .....	277
B.– LES CARACTERISTIQUES DES DANGERS PESANT SUR LES ENFANTS .....	278
1.– La progression des cas de maltraitance .....	278
2.– Les enfants en risque : un phénomène de plus en plus préoccupant .....	279
3.– L'évolution des facteurs de danger .....	279
<b>II.– LA PREVENTION ET LA DETECTION DE L'ENFANCE EN DANGER.....</b>	<b>280</b>
A.– ANTICIPER LE DEPISTAGE DES LA GROSSESSE .....	282
B.– AMELIORER LES PROCEDURES DE DETECTION.....	287
1.– La détection des enfants en danger doit incomber à un responsable bien identifié.....	290
2.– Les enseignants et les médecins doivent être davantage impliqués .....	291
<i>a) Mieux former les enseignants aux problématiques de l'enfance en danger .....</i>	<i>291</i>
<i>b) Travailler en réseau pour mettre en place une veille sanitaire et                 améliorer le suivi médical des enfants .....</i>	<i>293</i>
3.– Les professionnels doivent pouvoir mieux évaluer le danger pesant sur l'enfant.....	300
C.– PARTAGER LES INFORMATIONS .....	304
D.– GARANTIR LE SUIVI DES FAMILLES DETECTEES.....	311

<b>III.– LA PRISE EN CHARGE DES ENFANTS ET DE LEUR FAMILLE</b> .....	315
A.– LES MESURES DE PROTECTION DE L’ENFANT .....	315
1.– Le cadre législatif.....	315
<i>a) La protection administrative</i> .....	315
<i>b) La protection judiciaire</i> .....	317
2.– Les modes de prise en charge .....	319
<i>a) Les actions éducatives à domicile</i> .....	319
<i>b) Les modes d’accueil des enfants séparés de leur famille</i> .....	320
B.– CLARIFIER LES CRITERES DE PRISE EN CHARGE .....	321
1.– La notion d’intérêt de l’enfant doit être précisée .....	321
2.– L’intervention du juge doit être plus ciblée .....	326
C.– REVOIR LES MODALITES DE LA PRISE EN CHARGE .....	330
1.– Mieux prendre en charge les enfants et leur famille .....	330
<i>a) Trouver un équilibre entre le maintien dans le milieu familial et le placement</i> .....	330
<i>b) Diversifier les mesures éducatives et donner une reconnaissance législative aux expériences innovantes</i> .....	331
2.– Garantir la continuité de l’accueil des enfants .....	336
<i>a) Poser le principe de la stabilité de l’accueil</i> .....	337
<i>b) Limiter le recours aux pouponnières</i> .....	338
<i>c) Réévaluer régulièrement les modalités de l’accueil</i> .....	339
3.– Respecter les droits des mineurs étrangers isolés .....	341
4.– Préciser les modalités d’exercice de l’autorité parentale.....	343
<b>IV.– L’ORGANISATION DU DISPOSITIF DE PROTECTION DE L’ENFANCE</b> .....	348
A.– UNE ARCHITECTURE COMPLEXE, COUTEUSE ET PEU LISIBLE.....	349
B.– RENFORCER LA COHERENCE DE L’ACTION DES DEPARTEMENTS .....	351
1.– La coordination entre les services départementaux doit être améliorée .....	351
2.– Le président du conseil général doit être clairement identifié comme protecteur départemental de l’enfance.....	352

C.– MODERNISER LE FONCTIONNEMENT DES JURIDICTIONS POUR ENFANTS.....	354
1.– Maintenir la spécificité du juge pour enfants.....	354
2.– Mieux former et mieux encadrer les juges pour enfants.....	357
3.– Réduire les délais de jugement et veiller à l'exécution des décisions de justice .....	358
D.– RENFORCER LES CONTROLES ET HARMONISER LES PRATIQUES DES DEPARTEMENTS.....	360
<b>PROPOSITIONS DE LA MISSION .....</b>	<b>365</b>
<b>EXAMEN DU RAPPORT .....</b>	<b>377</b>
<b>EXPLICATIONS DE VOTE ET CONTRIBUTIONS.....</b>	<b>379</b>
<b>ANNEXES .....</b>	<b>415</b>



## INTRODUCTION

Chacun reconnaît le rôle de la famille. Elle reste un point de repère fondamental de la société, le lieu symbolique où se construisent les rapports entre les sexes, entre les générations et entre l'autorité et la liberté. C'est au sein de la cellule familiale que s'exprime en premier lieu la solidarité, que s'apprend le respect de l'autre, que se construisent les premières expériences et les apprentissages, que se transmettent les valeurs. C'est un maillon central de la cohésion sociale qui doit être conforté, comme le stipule l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État* ».

Mais chacun constate également combien la famille a changé. Elle a suivi une mutation qui affecte tous les pays occidentaux, à des degrés divers. Les formes de la famille se sont historiquement diversifiées, sous l'influence des demandes de la société et des progrès médicaux. L'aspiration à une plus grande autonomie se traduit par une instabilité des parcours familiaux dont les indices semblent aujourd'hui bien ancrés dans l'évolution de notre démographie : progression des divorces, multiplication des unions libres, apparition de formes de reconstitution familiale inédites. L'idée d'un modèle familial est mise en question par le souhait de chacun de choisir ses propres relations familiales. L'allongement de l'espérance de vie modifie les rapports entre les générations, et les avancées de la biologie offrent de nouvelles possibilités de procréation.

Comment dès lors protéger cette cellule de base de la vie en société et, en même temps, prendre en compte les changements qui l'affectent ?

C'est pour répondre à cette interrogation que, à l'initiative du Président Jean-Louis Debré, la Conférence des Présidents de l'Assemblée nationale a créé, le 7 décembre 2004, une mission d'information sur la famille et les droits des enfants.

La Mission s'est donné comme fil directeur – son intitulé l'y invitait – l'intérêt de l'enfant. Toute réflexion sur la famille doit en effet tenir compte des bouleversements profonds intervenus, essentiellement sous la pression du droit international, dans le statut de l'enfant. Celui-ci est désormais sujet de droits, et il n'est plus possible de faire passer systématiquement les aspirations des adultes avant le respect de ces droits.

C'est donc à partir des droits de l'enfant, et plus particulièrement des normes internationales adoptées pour les garantir, que la Mission a examiné l'évolution de la famille. Élaborée par les Nations unies, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant lui indiquait les deux directions qui ont servi de trame à ses travaux : le droit de l'enfant à une famille d'une part, le droit de l'enfant à être protégé d'autre part.

L'enfant a d'abord le droit de grandir dans une famille. Celle-ci est reconnue par la Convention de New York comme essentielle au développement de l'enfant qui se construit autour de son lien de filiation et de l'exercice de l'autorité parentale. Plusieurs stipulations de la Convention visent à préciser les contours de ce droit de l'enfant à une famille, de manière à organiser celle-ci conformément à l'intérêt supérieur du mineur : droit à connaître ses parents (article 7), droit à être élevé par ses parents (même article), droit à conserver les liens avec ses deux parents (article 18), soumission de l'adoption à l'intérêt de l'enfant (article 21).

L'enfant a également droit à être protégé, y compris vis-à-vis des membres de sa famille lorsqu'ils risquent de compromettre son développement. L'article 3 de la Convention de New York fait obligation aux États parties de prendre toutes les mesures législatives et administratives pour assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être. Il faut donc s'efforcer de trouver un équilibre entre le respect de la sphère privée et les garanties que la société doit apporter à tout individu, et en particulier aux plus fragiles.

À partir de ces deux orientations, la Mission s'est efforcée de répondre aux difficultés concrètes auxquelles les familles sont confrontées. Elle a souhaité entendre tous les points de vue, sans aucun tabou, afin de rendre compte de la diversité de la société.

Réfléchir à l'évolution de la famille, c'est s'interroger sur la constitution du droit qui la fonde. En faisant le constat des mutations des modes de vie familiaux, les membres de la Mission ont été interpellés dans leur responsabilité de législateurs : quel doit être le rôle du droit face à l'évolution de la société ? Au terme de ses travaux, la Mission est persuadée que vouloir adapter systématiquement le droit aux mœurs déboucherait sur une fuite en avant normative. La norme doit au contraire permettre aux individus de se construire à partir de critères stables, sûrs et compréhensibles. La force symbolique du droit doit répondre aux besoins de repères exprimés par nos concitoyens. Comme l'enseignait le doyen Carbonnier, le code civil ne doit être modifié que « d'une main tremblante », c'est-à-dire avec beaucoup de prudence et sans vouloir précipiter les évolutions sociales par une révolution législative.

La Mission s'est rendue à l'étranger pour prendre la mesure des réformes parfois spectaculaires engagées par certains pays. Elle retire de ces déplacements la conviction que la globalisation et la contractualisation des échanges ne doivent pas empêcher chaque État de préserver sa spécificité, sauf à créer une obligation de s'aligner sur la législation la plus transgressive. Chaque pays est fondé à choisir, conformément à ses principes éthiques, à ses traditions et à ses choix politiques, ses propres réponses aux demandes de la société.



**PREMIERE PARTIE :  
L'ENFANT FACE A L'EVOLUTION DE LA FAMILLE : DROITS DE L'ENFANT  
CONTRE DROIT A L'ENFANT**

La Mission a souhaité débiter ses travaux en s'interrogeant sur les fondements, l'évolution et l'état actuel de la famille, car elle doit voir la France telle qu'elle est et non telle qu'elle l'imagine. Elle a pu ainsi mesurer combien la famille est désormais centrée sur l'enfant : face à l'instabilité croissante des couples, celui-ci est de plus en plus perçu comme le support identitaire des parents et le fondement de la cellule familiale ; l'enfant est désormais désiré, choisi, il peut même parfois être revendiqué comme un droit. Confrontée à cette évolution, la Mission est convaincue de la nécessité d'affirmer les droits de l'enfant et d'en garantir le respect.

**I.- LES MUTATIONS DE LA FAMILLE ET LA VALORISATION DU  
DESIR D'ENFANT**

Le terme de famille désigne des individus liés par le sang ou par l'alliance, mais aussi l'institution qui régit ces liens. Il peut viser un groupe de personnes associées par les liens du mariage et de la filiation, et qui partagent la même résidence, groupe qualifié autrefois de « maisonnée », mais aussi l'ensemble plus large de la parenté, qui rassemble parents et alliés indépendamment des relations qu'ils entretiennent, ou non, entre eux. De façon encore plus large, on peut utiliser le terme de famille dans l'acception ancienne de « maison », qui désignait une lignée noble.

Ces définitions peuvent sembler inutiles, tant la réalité familiale imprègne notre société. Il apparaît pourtant que la famille connaît depuis quelques décennies des évolutions importantes, démographiques, mais aussi plus essentielles, qui ont pu sembler en ébranler certains fondements, et qui conduisent à repenser la conception de la famille telle qu'elle figure dans le droit français.

Le code civil ne contient aucune définition de la famille. Son article 213 se contente d'affirmer que « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* », tandis que l'article 215 évoque le choix de la « *résidence de la famille* ». Dans les deux cas, les articles portent sur les devoirs et les droits des époux. Les autres occurrences du mot « famille » concernent principalement le livret de famille, le conseil de famille ou le nom de famille.

Sans contenir lui non plus de définition à proprement parler, le code de l'action sociale et des familles, qui a, pour l'essentiel, remplacé le code de la famille et de l'aide sociale <sup>(1)</sup>, et dont le titre met l'accent sur la pluralité des formes familiales, mentionne, dans son article L. 211-1, les groupements de personnes susceptibles de composer les associations auxquelles est reconnu le caractère d'associations familiales. Celles-ci « *ont pour but essentiel la défense de l'ensemble des intérêts matériels et moraux, soit de toutes les familles, soit de certaines catégories d'entre elles et [...] regroupent :*

– *des familles constituées par le mariage et la filiation ;*

– *des couples mariés sans enfant ;*

– *toutes personnes physiques soit ayant charge légale d'enfants par filiation ou adoption, soit exerçant l'autorité parentale ou la tutelle sur un ou plusieurs enfants dont elles ont la charge effective et permanente (...) ».*

Si les deux premières catégories correspondent à des familles « traditionnelles », la troisième, introduite en 1975 <sup>(2)</sup>, est censée couvrir la diversification des formes familiales en intégrant dans le champ des associations familiales celles qui regroupent des parents vivant seuls avec leurs enfants ou des familles constituées hors du mariage. Ces personnes doivent avoir à la fois un lien juridique avec les enfants (lien de filiation légitime, naturelle ou adoptive, exercice de l'autorité parentale ou tutelle) et leur charge.

Ces critères ont récemment conduit l'Union nationale des associations familiales à agréer l'association SOS Papa. En revanche, l'Association des parents et futurs parents gais et lesbiens n'a pas reçu d'agrément, au motif que les futurs parents homosexuels qui, même s'ils désirent un enfant, n'en ont pas, ne répondent à aucune des conditions requises pour former une association familiale.

---

(1) La plus grande partie des dispositions du code de la famille et de l'aide sociale a été abrogée par l'article 4 de l'ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000, et reprise dans le nouveau code de l'action sociale et des familles.

(2) Par la loi n° 75-629 du 11 juillet 1975 portant modification des articles premier à 16 du code de la famille et de l'aide sociale, lesquels avaient été créés par l'ordonnance du 3 mars 1945.

## A.— LA FAMILLE RESTE UNE VALEUR FONDAMENTALE

### 1.— Les transformations de la famille doivent être replacées dans une perspective historique

Si la presse rend régulièrement compte de la prétendue « crise » de la famille ou souligne sa « réhabilitation », la Mission est convaincue que ces raccourcis ne rendent pas correctement compte de l'évolution de la structure familiale.

#### *a) Existe-t-il un modèle de la famille occidentale ?*

Lorsque l'on parle de la « crise » de la famille, on se réfère à une famille considérée comme traditionnelle, qui serait la famille nucléaire composée du père, de la mère, unis par le mariage, et de leurs enfants légitimes. Or cette forme de famille est avant tout un fruit de l'histoire et de la culture occidentale.

M. Robert Neuburger présente comme une exception culturelle « *la famille actuelle, la famille " conjugale ", selon le terme de Lévi-Strauss, et que j'appelle la famille " PME " – père, mère, enfant –* ». Il rappelle que « *plus on remonte dans le passé, moins on trouve ce type de famille, y compris dans le passé français, puisque, en France, le modèle a longtemps été celui de la famille paysanne, structurée autour d'un patriarche et s'élargissant par foyers. L'enfant était élevé au sein d'un groupe élargi, et non pas par deux parents* »<sup>(1)</sup>.

M. André Burguière partage cette conception : « *Tous nos jugements sur l'état et les problèmes actuels de la famille – par exemple quand nous parlons de " déclin " ou de " crise " de la famille – se réfèrent à un long passé de stabilité plus ou moins mythique* »<sup>(2)</sup>. Il estime que « *en tant qu'officialisation d'une alliance entre un homme et une femme, mais surtout entre deux familles, (...) le mariage existe dans pratiquement toutes les sociétés* », mais qu'il n'a, en occident, été valorisé et favorisé par l'Église qu'à partir du XV<sup>ème</sup> siècle, « *comme moyen d'arracher l'individu à l'insécurité et à la solitude* ». L'Église insistait alors sur la donation réciproque et le libre consentement des conjoints, qui prenaient corps dans l'auto-administration du sacrement du mariage. Au siècle suivant, l'État, inquiet du développement des mésalliances permises par les « mariages clandestins » fondés sur l'amour, imposait un contrôle étroit des familles sur le choix des époux, tandis que l'Église entreprenait d'enfermer la sexualité dans la sphère conjugale, ce dont atteste la quasi-disparition des naissances illégitimes à partir de la seconde moitié du XVII<sup>ème</sup> siècle.

---

(1) Table ronde du 2 novembre 2005.

(2) Audition du 9 mars 2005.

Si les fondements de la famille « classique » étaient ainsi en place, le modèle familial de l'époque moderne n'était pas celui dont on regrette aujourd'hui l'effacement. L'autorité du père y était toute puissante, y compris dans le choix du conjoint, et limitait l'autonomie des individus. La mortalité infantile, qui a longtemps freiné l'attachement des parents à leurs jeunes enfants, ne s'est réduite que très progressivement.

Les familles de cette époque ne présentaient pas vraiment une plus grande stabilité que celles d'aujourd'hui, tant le décès d'un parent et le remariage du survivant y étaient fréquents. Il n'était pas rare qu'un homme ait successivement plusieurs épouses et que des enfants de plusieurs lits cohabitent, avant que les aînés orphelins soient éparpillés parmi d'autres membres de la parenté. Si les causes de ce phénomène étaient très éloignées de celles à l'origine des familles recomposées d'aujourd'hui, ce type de cohabitation était alors relativement fréquent, les pères de famille se remariant très rapidement après un veuvage afin qu'une femme puisse prendre soin de leurs enfants (et de leur maison).

Ainsi, devant la Mission, M. François de Singly a clairement distingué cette famille traditionnelle d'ancien régime et la famille « traditionnelle » à laquelle on se réfère en général : *« ce qu'on appelle couramment la famille traditionnelle est déjà une forme moderne de la famille, la vraie famille traditionnelle ayant disparu depuis longtemps. Il n'y a donc pas vraiment de nostalgiques de cette famille traditionnelle, mais plutôt des gens qui critiquent l'évolution de ce que j'appellerai la " famille moderne 1 ", qui va de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle jusqu'à 1960, en une " famille moderne 2 " »*<sup>(1)</sup>. La première est fondée sur le modèle de la femme au foyer, dépendante de son mari, alors que la seconde apparaît avec l'autonomisation et l'individualisation de la femme.

Force est ainsi de constater qu'il n'y a pas à proprement parler un modèle de famille occidentale classique, ce qui conduit Mme Martine Segalen à rappeler que si, depuis deux siècles, on pense toujours que la famille est en crise, *« en réalité cette institution multiple et changeante ne court pas plus de danger aujourd'hui qu'hier »*, et que *« l'image de la famille occidentale heureuse et stable est un mythe »*<sup>(2)</sup>.

M. Claude Martin<sup>(3)</sup> partage avec ses condisciples la dénonciation de la vision nostalgique d'un « âge d'or » mythique de la famille, qu'il situe dans l'immédiat après Seconde Guerre mondiale, à l'époque des Trente Glorieuses,

---

(1) Audition du 22 mars 2005.

(2) Audition du 9 mars 2005.

(3) Audition du 15 février 2005.



dont la gloire ne serait pas seulement économique mais aussi familiale. Cette période voit en quelque sorte l'apogée de la « famille moderne 1 » que M. François de Singly <sup>(1)</sup> situe entre la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et les années 1960.

En effet, alors que la Première Guerre mondiale avait brisé d'innombrables familles et eu de lourdes conséquences démographiques, les années qui suivirent le second conflit mondial ont été marquées par une « *institution familiale (...) alors stable et féconde, d'autant plus stable que le nombre des divorces était onze fois inférieur à celui des mariages, et que régnaient une nette division et une nette complémentarité des rôles entre les sexes, que l'on peut résumer par la formule " Monsieur Gagnepain et Madame Auroy "* ». Grâce à des mariages particulièrement précoces et nombreux (seule une personne sur dix nées dans les générations 1945-1950 ne s'est pas mariée), l'indice conjoncturel de fécondité était de l'ordre de 3 et l'indice brut de nuptialité de 8 pour 1 000 habitants.

#### ***b) L'incidence de l'évolution de la famille sur la société***

La Mission a entendu des témoignages relativisant l'impact des évolutions de la famille sur la société.

Ainsi, après avoir dénoncé la nostalgie de cet « âge d'or » de la famille, M. Claude Martin a mis en question, devant la Mission, l'incidence des évolutions de la famille sur l'ensemble de la société. Il a souligné que « *contrairement à une idée reçue, l'évolution de la famille n'est pas la cause d'un certain nombre de problèmes sociaux tels que la montée de la délinquance ou l'affaiblissement des solidarités familiales, mais la résultante d'une série de transformations sociales, liées notamment à l'évolution du marché du travail, des modes de production et de consommation, à celle des temps sociaux, à celle des conditions dans lesquelles les parents ont à assumer leur tâche d'éducateurs ou à assister leurs parents devenus dépendants* » <sup>(2)</sup>.

M. Éric Fassin affirme que « *l'anthropologie en tant que science sociale, qu'elle soit américaine ou de langue française, réfute l'existence d'une définition universelle du mariage ou de la famille* » <sup>(3)</sup>. Dans cette perspective, les transformations progressives de la famille sont inévitables et ne sont en elles-mêmes ni bonnes ni mauvaises.

---

(1) Audition du 22 mars 2005.

(2) Audition du 15 février 2005.

(3) Table ronde du 12 octobre 2005.

Dans le même mouvement de relativisation, M. Maurice Godelier pose comme position théorique fondamentale que « *la famille est toujours un élément d'un système de parenté et, nulle part, la famille et la parenté ne sont le fondement d'une société* »<sup>(1)</sup>. Le système de parenté européen, qui repose sur la famille nucléaire monogame, est non linéaire, un enfant « descendant » aussi bien de ses parents paternels que de ses parents maternels. Ce système se retrouve à des époques et des lieux différents, notamment chez les Inuits et chez les Garia de Nouvelle-Guinée sans que ces sociétés aient été contact, et sans qu'elles se ressemblent par ailleurs.

Pourtant, la majorité de la Mission est convaincue que l'individualisme et la primauté des choix affectifs peuvent fragiliser les solidarités intra-familiales, mettre en cause la capacité des parents à assumer leur responsabilité envers leurs descendants, et avoir ainsi une incidence sur l'organisation de la société.

La relativisation de la place de la famille dans la société et des répercussions sociales des évolutions qui la touchent est vivement contestée par M. Charles Melman qui a expliqué à la Mission que : « *l'institution familiale (...) semble caractéristique de notre espèce en ce sens que, bien avant que notre histoire n'ait commencé à s'écrire, et du fait d'une autorité dont nous ignorons tout, elle a réuni un homme et une femme afin qu'ils maintiennent ensemble une liaison stable dans le but de produire et d'élever des enfants. Là est l'aspect fondamental de cette institution, par ailleurs constitutive du groupe social, qui n'a jamais rassemblé des individus, mais des familles* »<sup>(2)</sup>.

La plupart des représentants des grandes religions monothéistes, ainsi que certains francs-maçons<sup>(3)</sup>, entendus par la Mission considèrent aussi la famille comme le fondement de la société. Pour le Grand Rabbin Sitruk, « *la famille est la cellule de base de la société, et toutes les autres structures sociales, aussi nobles soient-elles, lui sont subalternes* ». L'Archevêque de Paris André Vingt-Trois estime que le rôle de la famille justifie qu'elle soit encadrée par la loi : « *Même s'il n'a pas pris la forme moderne que nous connaissons dans nos législations civiles, il y a toujours eu un encadrement de la transmission entre générations, qui est la base même de la continuité et de la stabilité d'une société. Cette transmission entre générations est assurée au premier chef par la famille. Ce sont les modalités juridiques de la vie familiale qui structurent la transmission de la vie et conditionnent l'avenir de la société* ».

---

(1) Audition du 9 mars 2005.

(2) *Idem*.

(3) Auditions et table ronde du 7 décembre 2005.

Souligner la place particulière qu'occupe la famille dans la société permet de légitimer l'immixtion de celle-ci dans le fonctionnement de la cellule familiale, au nom de l'intérêt général. Mais, indépendamment de la réponse que chacun apporte à cette question, la défense de l'intérêt de l'enfant, dont personne ne conteste qu'il fonde l'avenir de toute société, justifie incontestablement que le législateur accorde toute son attention aux conditions dans lesquelles il voit le jour et est élevé.

## **2.- L'ampleur des évolutions récentes ne doit pas cacher les permanences dans les modes de vie familiaux**

L'ampleur et la rapidité des évolutions qu'a connues la famille française depuis une quarantaine d'années expliquent les inquiétudes exprimées à travers l'idée de la « crise » de la famille. Les données démographiques témoignent clairement de ces changements, mais il existe aussi des permanences évidentes, qui ne doivent pas être sous-estimées.

### ***a) Des évolutions démographiques incontestables***

Si les données démographiques présentées ici portent sur la France, notre pays est loin d'être le seul touché par ces évolutions. Il occupe en fait une position moyenne en Europe, comme le montrent les deux tableaux figurant en annexe n° 2.

#### **• *Le déclin du mariage, comme fondement de la constitution de la famille***

Selon l'Institut national des études démographiques (INED), alors que 394 000 mariages avaient été célébrés en 1970, on n'en comptait plus que 279 000 en 2002. Lorsqu'il s'agit du premier mariage, l'âge moyen au moment de sa célébration a augmenté de plus de 5 ans et demi depuis 1970 : il est désormais de 30,4 ans pour les hommes et de 28,2 ans pour les femmes. Aussi, alors que seulement une personne sur dix nées entre 1945 et 1950 ne s'est pas mariée, ce sera le cas de trois personnes sur dix dans la génération née en 1970.

Ce déclin du mariage s'accompagne d'un développement de l'union libre : celle-ci est plus fréquente et dure beaucoup plus longtemps qu'auparavant. Quand, au début des années 1970, un couple sur six débutait son union par une phase d'union libre, c'est le cas de neuf couples sur dix aujourd'hui. En 1975, la moitié des unions libres se transformait en mariage dans les deux ans ; ce n'était plus le cas que d'une sur trois en 1985, d'une sur cinq en 1995. L'union libre devient ainsi une forme de vie commune parfaitement banalisée, qui ne concerne plus seulement une population marginale ou très jeune, mais qui est au contraire particulièrement répandue chez les hommes et les femmes qui ont déjà fait l'expérience d'une rupture d'union.

Désormais, la cohabitation n'est plus, comme dans les années 1970, généralement suivie d'un mariage lorsque le couple désire un enfant ou en attend un ; le mariage n'est plus considéré comme un préalable indispensable pour accueillir un enfant. Aussi la conséquence la plus visible de ce développement de l'union libre et de son allongement est la multiplication des naissances hors mariage, qui représentent 44 % de l'ensemble des naissances en 2002, plus de la moitié des naissances d'aînés (56 %), un tiers des deuxièmes enfants et encore presque un quart des troisièmes enfants. Ainsi, parmi les enfants nés hors mariage dans les années 1990, seuls 40 % verront leurs parents se marier, et seulement deux sur trois avant l'âge de six ans.

La proportion de 44 % des naissances hors mariage est relativement élevée en Europe occidentale, et place la France aux premiers rangs de la fréquence du phénomène, juste derrière la Suède (56 % en 2002), la Norvège (50 %) et le Danemark (45 %).

- *La fragilisation des unions*

La généralisation de la cohabitation pré-maritale n'a pas diminué la fréquence des divorces, et les unions commencées hors mariage, qu'elles aient été ou non suivies d'un mariage, sont plus fragiles que les mariages directs : selon l'INED, parmi les premières unions commencées vers 1980, le taux de rupture avant cinq ans est de 11 % pour les unions commencées hors mariage, et de 5 % pour les autres ; avant dix ans, il était respectivement de 22 et de 12 %.

Il y a désormais 42 divorces pour 100 mariages, contre 12 pour 100 en 1970. L'indicateur de divortialité passe de 11 divorces pour 100 mariages à la fin des années 1960 à plus de 30 dès 1985 ; il s'établit à 38 % de 1995 à 2001, puis grimpe à nouveau jusqu'à 42 % en 2003. Il s'agit d'un indicateur annuel qui tient compte de tous les mariages soumis au risque. Des divorces pouvant être prononcés à des durées de mariage élevées, il faut attendre de longues années pour pouvoir estimer la fréquence des divorces dans les promotions de mariages. Ainsi, la fréquence de 11 divorces pour 100 mariages est en fait celle des couples mariés en 1950 ; la fréquence de 30 % est celle des couples mariés vers 1970 ; elle devrait dépasser 38 % à partir de la promotion 1984 environ. C'est aujourd'hui autour de la cinquième année de mariage que les risques de divorces sont les plus élevés, mais, quelle que soit la durée de l'union, les risques de rupture sont toujours plus forts pour une promotion que pour celles qui l'ont précédée.

Parmi les premières unions débutées vers 1980, qu'elles aient ou non pris la forme du mariage, 8 % étaient rompues dans les cinq ans et 17 % dans les dix ans ; pour les premières unions débutées vers 1990, la proportion de rupture était presque double avant cinq ans (15 %) et elle est de 28 % dans les dix ans. Lorsque l'union a commencé hors mariage, le taux de rupture est de 17 % avant

cinq ans et de 30 % avant dix ans. Aussi, Mme France Prioux, directrice d'études à l'INED, peut-elle conclure que « *l'instabilité conjugale s'accroît dans toutes les catégories d'unions* »<sup>(1)</sup>.

La fragilisation des unions a des conséquences sur les conditions dans lesquelles certains parents exercent leur autorité parentale : la plus grande fréquence des séparations se traduit par une multiplication des situations où un des parents « divorce » de son enfant et se soustrait à ses obligations parentales.

• ***Le développement des familles « monoparentales » et recomposées***

Le retard de l'âge de la première union et la fréquence accrue des ruptures d'unions ont provoqué une baisse de la proportion des personnes vivant en couple, en dessous de 55-60 ans, et une progression du nombre de personnes vivant seules, qui représentent 14 % de la population<sup>(2)</sup>. Entre 35 et 50 ans, ce sont surtout les hommes qui vivent seuls, car, après une rupture, les enfants vont le plus souvent vivre avec leur mère.

Au total, selon l'INED, en 1999, près de 3 millions d'enfants<sup>(3)</sup>, soit plus d'un enfant sur cinq (22 %), ne vivent pas avec leurs deux parents : 2,2 millions (15,8 %) vivent avec un parent seul, la plupart avec leur mère (13,9 % de l'ensemble des enfants), quelques uns avec leur père (1,9 %) ; 0,8 million d'enfants (6,2 %) vivent avec l'un de leurs parents et un beau-parent. 4,3 millions de jeunes de moins de 25 ans vivent dans une famille monoparentale ou recomposée.

La notion de monoparentalité doit cependant être utilisée avec prudence. 95 % des enfants nés hors mariage sont reconnus par leur père. Les enfants élevés seulement par leur mère sont certes plus nombreux, mais le père existe. Après séparation des parents, plus de 40 % des pères voient leur enfant au moins une fois par mois. Les familles monoparentales recouvrent des situations très différentes selon la présence du père auprès des enfants.

À cause du temps qui sépare une rupture de la constitution d'un nouveau couple et du fait de la moins grande fréquence de la « remise » en couple des femmes séparées ayant la charge de leur enfant, les enfants vivant en famille dite « monoparentale » sont nettement plus nombreux que ceux qui vivent avec un parent et un beau-parent. Leur part parmi l'ensemble des enfants augmente avec leur âge : 9 % des enfants de moins de 2 ans vivent en famille

---

(1) Audition du 15 février 2005.

(2) Ce sont majoritairement des personnes de plus de 55 ans.

(3) Sauf mention contraire, on appelle « enfants » les personnes âgées de moins de 18 ans.

monoparentale ; c'est le cas de 14 % des enfants entre 7 et 11 ans et de 19 % des jeunes âgés entre 18 et 24 ans qui vivent encore au domicile familial. Quel que soit l'âge, cette proportion a progressé de deux à quatre points entre 1990 et 1999. En effet, entre ces deux dates, le nombre de familles monoparentales comprenant au moins un enfant de moins de 25 ans a augmenté de plus de 240 000, passant de 1,4 million à 1,64 million, alors que le nombre total de familles comprenant un ou plusieurs enfants de moins de 25 ans s'est réduit de 300 000. Le nombre de familles monoparentales poursuit ainsi sa progression : elles représentaient 9,4 % des familles en 1968, 10,2 % en 1982, 15,3 % en 1990 et 18,6 % en 1999.

En 1999, 0,8 million d'enfant de moins de 18 ans vivent avec un de leur parent et un beau-parent, chiffre qui atteint 1,1 million pour l'ensemble des jeunes de moins de 25 ans. Parmi ces derniers, 0,5 million ne vit qu'avec ces deux personnes, tandis que 0,6 million vit avec un demi-frère ou une demi-sœur. Si l'on ajoute les enfants vivant avec leurs deux parents et un ou plusieurs demi-frères ou demi-sœurs, ce sont 1,6 million de jeunes de moins de 25 ans qui vivent dans une famille recomposée, sur les 16,3 millions de jeunes vivant au foyer parental <sup>(1)</sup>.

Le tableau suivant présente la diversité des familles en 1990 et 1999 :

LES FAMILLES FRANÇAISES AVEC AU MOINS UN ENFANT DE MOINS DE 25 ANS EN 1990 ET 1999

	1990		1999		Évolution 1999/1990 (en %)
	Effectif	(en %)	Effectif	(en %)	
<b>Familles « traditionnelles »</b>	7 083 000	77,6	6 474 000	73,4	- 8,6
<b>Familles monoparentales</b>	1 397 000	15,3	1 640 000	18,6	17,4
<b>Familles recomposées</b>	646 000	7,1	708 000	8,0	9,6
<i>dont :</i>					
– dans lesquelles aucun enfant n'est du couple actuel	310 000	3,4	328 000	3,7	5,8
– dans lesquelles vivent des enfants du couple actuel et d'une précédente union	336 000	3,7	380 000	4,3	13,1
<b>Ensemble des familles</b>	9 126 000	100,0	8 822 000	100,0	- 3,3

Sources : INSEE, *Étude de l'histoire familiale*, 1999 et enquête Famille, 1990.

(1) En outre, 1,9 million de jeunes de moins de 25 ans ont quitté le foyer parental.

- *Des familles fondées plus tardivement et moins nombreuses*

L'âge moyen au mariage a augmenté dans des proportions importantes. Même s'il est de plus en plus déconnecté de celui-ci, l'âge moyen des mères à la naissance des enfants s'est lui aussi nettement élevé. Selon l'Institut national de la statistique et des études économiques, l'âge moyen des mères <sup>(1)</sup> était de 27,6 ans en 1960 ; il est descendu à 26,5 ans en 1977 avant de recommencer à augmenter pour atteindre 28 ans en 1987, 29 ans en 1995 et 29,6 ans en 2004.

En 1980, 35,85 % des mères avaient entre 15 et 24 ans à la naissance de leur premier enfant, 56,08 % entre 25 et 34 ans et 8,07 % 35 ans et plus. En 2001, ces proportions atteignaient respectivement 17,42 %, 65,9 % et 16,68 %. L'âge moyen des femmes à la première maternité approche désormais 28 ans, alors qu'il n'excédait pas 24 ans au début des années 1970. Il a progressé de deux ans au cours de la dernière décennie.

Après avoir atteint son point le plus bas (1,1 %) au cours des années 1970, la part des enfants nés d'une femme âgée de plus de 40 ans s'est établit à 3,4 % en 2004, ce qui reste nettement inférieur aux 6,5 % enregistrés en 1901 mais a récemment attiré l'attention du Haut Conseil de la population et de la famille. Celui-ci juge préoccupant le caractère de plus en plus tardif des grossesses en général, et des premières grossesses en particulier. Il insiste sur les risques supplémentaires que ce retard fait courir, tant à l'enfant qu'à sa mère, les risques étant surtout accentués pour les femmes ayant une première grossesse tardive.

Il faut néanmoins souligner que l'élévation de l'âge moyen des mères n'a pas eu de conséquences graves sur le taux de natalité dans notre pays. L'indice conjoncturel de fécondité français, qui s'est établit à 1,89 enfant par femme en moyenne en 2000, contre 1,7 au milieu des années 1990, place notre pays aux premiers rangs de l'Union européenne, avec l'Irlande (1,98), la moyenne communautaire avant l'élargissement de 2004 s'établissant à 1,45.

---

(1) Cet âge inclut l'ensemble des naissances, quel que soit leur rang dans la famille.

Si l'indice conjoncturel de fécondité français est honorable, la taille des familles se réduit néanmoins progressivement, comme en atteste le tableau suivant :

LES FAMILLES FRANÇAISES SELON LE NOMBRE D'ENFANTS DE MOINS DE 18 ANS, DE 1968 A 1999 <sup>(1)</sup>

Nombre de familles	1968	1975	1982	1990 <sup>(2)</sup>	1999
<b>Ensemble</b> ( <i>en millions</i> )	12,1	13,2	14,1	15,4	16,1
<b>Sans enfants</b> ( <i>en %</i> )	44,0	44,3	46,1	51,3	53,9
<b>Avec enfant(s)</b> ( <i>en %</i> )	56,0	55,7	53,9	48,7	46,1
– 1 enfant	22,6	23,6	23,4	21,3	20,6
– 2 enfants	17,0	18,0	19,4	17,9	17,2
– 3 enfants	8,8	8,3	7,7	6,9	6,3
– 4 enfants	4,0	3,2	2,2	1,7	1,4
– 5 enfants	1,8	1,4	0,8	0,5	0,4
– 6 enfants et plus	1,8	1,2	0,5	0,3	0,2
<b>Nombre total d'enfants</b> ( <i>en millions</i> )	14,6	14,8	14,3	13,7	13,3
<b>Nombre moyen d'enfants par famille avec enfants</b>	2,16	2,02	1,88	1,84	1,79

(1) Ce tableau ne donne pas le nombre d'enfants par couple, mais le nombre d'enfants des familles (ceux-ci sont définis comme toute personne vivant dans le même ménage que son ou ses parent(s), quel que soit son âge, s'il n'a pas de conjoint ou d'enfant vivant dans le ménage avec lesquels il constituerait une famille en tant qu'adulte). Parmi ces familles, il y a des familles monoparentales. Il s'agit de la composition à une date donnée.

(2) En 1990, le nombre de familles est calculé avec la nouvelle définition des enfants des familles ; par rapport à l'ancienne définition, seuls le nombre total de familles et le nombre de familles sans enfants de l'âge considéré diffèrent.

Sources : recensements 1968, 1975 et 1982, exploitation au 1/20 ; 1990, sondage au 1/4 ; 1999, exploitation complémentaire.

Les familles de plus de trois enfants <sup>(1)</sup> sont de plus en plus rares : elles ne représentent plus que 4 % des familles avec enfants de moins de 18 ans en 1999, contre 15 % en 1968.

### *b) Des permanences réelles*

Si les données statistiques et sociologiques mettent en lumière d'incontestables évolutions, il ne faut pas pour autant sous-estimer les permanences.

---

(1) Seuls sont pris en compte ici les enfants âgés entre 0 et 18 ans. Si on considère les enfants jusqu'à 24 ans, 9,2 % des familles avaient plus de 3 enfants en 1968 ; elles sont moins de 3 % en 1999.



- ***Les quatre cinquièmes des enfants vivent avec leurs deux parents, mariés ou non***

Comme le constate l'INED en 1999, 73,4 % des familles avec enfants de moins de 25 ans correspondent à la forme traditionnelle de la famille, et 78 % des mineurs vivent avec leurs deux parents.

Auditionné par la Mission, M. Robert Rochefort, directeur général du Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie, a estimé que 85 % des enfants de moins de 15 ans vivaient avec leurs deux parents. Il lui semble que « *les facteurs de stabilité finissent par l'emporter sur les facteurs de changement* » et que « *les familles résistent donc pour l'instant aux évolutions que l'on annonce parfois en disant qu'une femme sur trois connaîtra au cours de sa vie une logique de rupture familiale la conduisant à vivre seule, ou encore que presque un mariage sur deux se soldera par un divorce* » <sup>(1)</sup>.

Si l'INED n'hésite pas à englober dans ce qu'il appelle la forme traditionnelle de la famille les parents non mariés, c'est que le choix du mariage ou de l'union libre n'a pas un grand impact sur la vie familiale. Certes, les unions libres se rompent plus facilement et durent en moyenne moins longtemps que les mariages, mais la progression du divorce relativise cette différence. Si la présomption de paternité constitue l'essence du mariage, les enfants nés hors mariage sont néanmoins très largement et très rapidement reconnus par leurs parents.

Dans une étude publiée en janvier 1999 <sup>(2)</sup>, l'INED estimait que plus du tiers des enfants nés hors mariage en 1994 avaient été reconnus avant leur naissance, conjointement dans presque tous les cas. 82 % des enfants ont été reconnus par leur père avant un mois (contre seulement un tiers des enfants nés hors mariage en 1965 et 1970), et 92 % l'ont été *in fine*. 94 % des bébés reconnus par leur père avant qu'ils n'aient un mois vivaient alors avec leurs deux parents, alors que cette proportion n'était que de l'ordre de 80 % à la fin des années 1960 et au début des années 1970. En 1999, 89 % des enfants nés hors mariage ont été reconnus avant d'avoir un mois, l'INED estimant que 95 % des enfants nés hors mariage en 2002 acquerront une filiation paternelle. Environ 40 000 enfants de plus d'un mois nés en 1999 étaient sans filiation paternelle, situation qui ne touchait plus que 30 000 d'entre eux à l'âge d'un an. Finalement, seuls 15 000 enfants nés en 2002 devraient rester sans filiation paternelle, soit environ autant que dans les années 1960, lorsque moins de 6 % des naissances avaient lieu hors mariage.

---

(1) Audition du 2 mars 2005.

(2) « Naître hors mariage », *Bulletin mensuel d'information de l'INED*, numéro 342, janvier 1999.

Le fait de naître hors mariage n'a donc plus que rarement une influence sur la filiation des enfants. Le droit ne faisant plus de différence entre enfants légitimes et enfants naturels, la situation de ces enfants est semblable et la naissance hors mariage n'entraîne pas réellement de différence dans l'éducation et la vie des enfants.

Ainsi, Mme Irène Théry peut-elle affirmer, à la suite de M. Claude Martin : « *Aujourd'hui, toutes choses égales par ailleurs, on estime que les modes de vie familiaux, les modes de consommation, les modes d'éducation des enfants ne présentent pas de différences significatives selon que les parents sont ou non mariés. Au sein d'une même parentèle, il est désormais fréquent que coexistent des familles naturelles et légitimes, que rien ne distingue dans leur vie quotidienne. Les différences d'appartenance sociale sont beaucoup plus significatives que les statuts juridiques* »<sup>(1)</sup>.

• ***La généralisation du travail des mères de famille n'a que peu d'impact sur la répartition des tâches entre les conjoints***

En Europe, la France présente la particularité d'associer une fécondité dynamique et un niveau élevé de participation des femmes au marché du travail. En mars 2001, près de 80 % des femmes entre 25 et 49 ans étaient actives, si bien qu'une large majorité de couples avec enfants (près de 6 sur 10) était composée de deux actifs occupés. Cette proportion diminue avec le nombre d'enfants : si 64 % des couples avec deux enfants sont bi-actifs, cette part chute à 44 % pour les couples avec trois enfants. Alors que cette évolution devrait annoncer ce que M. Claude Martin appelle « *un nouveau " contrat entre les genres " et la fin du modèle du Monsieur Gagnepain, s'appuyant sur le travail domestique et éducatif de Madame Aufoyer* »<sup>(2)</sup>, force est de constater que ce n'est pas vraiment le cas.

Les deux tiers du travail domestique et des tâches de soins continuent d'être assumés par les femmes, qui leur consacrent deux fois plus de temps chaque jour (cinq heures en moyenne) que les hommes. M. Claude Martin ajoute que « *cette inégalité est d'autant plus forte que l'on envisage le noyau dur des tâches domestiques (courses, cuisine, vaisselle, lavage, repassage)* », avant de conclure que « *en somme, les changements de mentalité semblent aller plus vite que les changements de pratiques* »<sup>(3)</sup>.

---

(1) Irène Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris, Odile Jacob – La documentation française, 1998, p. 44.

(2) Claude Martin, « Familles et générations : grandes tendances », in *L'état de la France 2003*, Paris, La Découverte, pp. 74-80.

(3) Audition du 15 février 2005.

Devant la Mission, M. Robert Rochefort a fait le même constat, en insistant sur la distinction entre tâches domestiques et tâches parentales : les hommes prennent à leur charge seulement 30 % du temps domestique, mais 40 % du temps parental. Il a estimé par ailleurs qu'« *il serait faux de croire que les Français seraient favorables à une indifférenciation complète des rôles de l'homme et de la femme* »<sup>(1)</sup>.

Si M. Robert Neuburger constate que « *les femmes peuvent être aujourd'hui des pères de famille, sans que cela pose problème* » et que « *des hommes se comportent en mères de famille tout à fait convenables, ce qui n'était pas le cas il y a quarante ans* »<sup>(2)</sup>, la séparation entre le rôle parental et l'identité sexuelle est toute relative, et ne se traduit que très partiellement dans la vie quotidienne des familles.

Finalement, quelles que soient les évolutions visibles, la répartition des tâches au sein de la famille continue à suivre très majoritairement un modèle « traditionnel ».

### **3.— Les Français sont très attachés à la famille**

Si une certaine forme de famille « traditionnelle » tend à évoluer, c'est essentiellement l'aspect institutionnel de la famille qui est critiqué, sa dimension affective étant au contraire toujours valorisée.

#### ***a) La famille : une valeur plus qu'une institution***

M. Robert Rochefort a analysé en ces termes la contestation de la dimension institutionnelle de la famille : « *L'évolution des modes de vie familiaux n'est pas indépendante de l'ensemble des crises institutionnelles. La famille reste au cœur de la vie sociale mais vit de plein fouet la critique institutionnelle, tout comme le mariage n'est plus une institution mais reste une valeur. Tout se passe comme si l'on rejetait la dimension institutionnelle de la famille pour mieux renforcer l'idée qu'elle correspond à des valeurs authentiques que l'institution tendait à masquer. Par exemple, même si le divorce est de plus en plus accepté, 80 % des Français pensent qu'il est possible de vivre une vie entière avec une seule personne. De la même façon, ils sont plus nombreux qu'il y a dix ou vingt ans à estimer que si l'on se marie, c'est que l'on s'aime profondément* »<sup>(3)</sup>.

---

(1) Audition du 2 mars 2005.

(2) Table ronde du 2 novembre 2005.

(3) Audition du 2 mars 2005.

Mme Martine Segalen observe la même tendance ; elle estime que la désinstitutionnalisation touche en fait plus le couple que la famille elle-même : « *Notre collègue Louis Roussel, auteur de La Famille incertaine, livre paru en 1989, parle de " désinstitutionnalisation familiale ". Il est vrai que le mariage n'a plus la cote chez les jeunes, bien que 285 000 mariages soient célébrés chaque année. Le couple fondé sur l'amour et l'égalité entre les sexes n'est pas institutionnalisé, mais la naissance de l'enfant opère une réinstitutionnalisation. La filiation est inscrite dans l'état civil, que le couple soit marié ou non* ». Le déclin du mariage est le résultat de nombreux facteurs, parmi lesquels il ne faut pas négliger le coût de la fête, qui apparaît aujourd'hui incontournable, ce qui n'était nullement le cas dans les années 1970. Mais, plus fondamentalement, « *le refus du mariage est le refus de soumettre la relation de couple à d'autres forces que celle des sentiments. L'amour est essentiellement de l'ordre du privé, dans lequel l'ingérence de l'État apparaît insupportable* »<sup>(1)</sup>.

***b) La famille : une dimension affective désormais primordiale***

Alors que le caractère institutionnel de la famille n'apparaît plus essentiel, son utilité sociale s'est aussi fortement réduite au cours des derniers siècles, notamment sous la pression de la demande sociale. C'est ce que M. André Burguière a expliqué à la Mission : « *les principales fonctions sociales de la famille ont été progressivement transférées à l'État. La justice, la production et la consommation, l'éducation, la santé, qui, au Moyen Age, étaient presque totalement assurées par le groupe familial, sont désormais confiées à l'autorité publique (...) La famille et le couple ont ainsi perdu une large part de leurs fonctions d'assistance, aujourd'hui dévolues à ce que l'on appelle l'État-Providence. En libérant les aspirations individualistes, cette évolution ne doit pas être exclusivement perçue comme une dégradation, dans la mesure où elle se traduit par une promotion des droits de l'homme, par exemple contre la puissance paternelle, ou encore par une affirmation des liens sociaux et nationaux face à l'exclusivisme des liens du sang* »<sup>(2)</sup>.

Finalement, la famille demeure un « *recours dans les situations de crise* », ce qui explique, selon M. André Burguière, que les pays latins, où la culture familiale est forte, supportent plus facilement que d'autres un taux de chômage élevé. M. Robert Rochefort considère lui aussi que « *la famille reste le lieu de sécurisation dans un monde incertain, inquiétant, agressif* ». 60 % des Français répondent positivement à la question « *Êtes-vous d'accord pour dire que la famille est le seul endroit où vous vous sentez libre et détendu ?* », contre 70 % il y a vingt-cinq ans, la baisse étant attribuée à l'augmentation du nombre de personnes ayant vécu une ou plusieurs séparations.

---

(1) Martine Segalen, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Colin, 2000, p. 131.

(2) Audition du 9 mars 2005.

En effet, la famille a une fonction affective d'autant plus forte que c'est la seule dimension qui lui reste réellement. Aussi, pour M. Alain Burguière, la famille « *est peut-être la dernière religion – au sens étymologique du terme – du monde sécularisé : elle nous relie, par un lien mystérieux, à d'autres individus, en particulier aux morts. L'attachement profond à la réalité familiale tient aussi à l'idée reçue que la famille est un monde où l'on ne compte pas, un monde qui échappe au marché. C'est bien sûr un mythe* ». Cette valorisation de la fonction affective de la famille se concrétise par un retour paradoxal vers l'idéal du mariage fondé sur l'amour et le libre consentement des époux.

Selon un sondage réalisé par l'Institut français d'opinion publique (IFOP) en 2000, et malgré les pratiques constatées, 66 % des Français disent préférer le mariage à l'union libre, et 98 % trouvent que la famille est un modèle positif.

## **B.– LES PARCOURS FAMILIAUX SE SONT DIVERSIFIÉS ET ONT TENDANCE A SE STRUCTURER AUTOUR DU DESIR D'ENFANT**

### **1.– Une évolution aux causes plurielles**

Depuis quatre décennies, en occident, la famille évolue, se transforme. « *Pourquoi faudrait-il d'ailleurs que la famille demeure immuable dans des sociétés en pleine mutation ?* » demande M. Claude Martin<sup>(1)</sup>. « *Les transformations de la famille contemporaine doivent donc pour être comprises être rapportées à celles des sociétés qui les abritent et les façonnent. En effet, la vie familiale n'est pas la seule organisation à avoir connu de profondes mutations. Tout a changé autour des ménages français durant cette période : le marché du travail, les modes de production et de consommation, la globalisation de l'économie, etc.* ».

Cette analyse rejoint celle que faisait déjà Emile Durkheim dans son *Introduction à la sociologie de la famille* : « *la famille d'aujourd'hui n'est ni plus ni moins parfaite que celle de jadis : elle est autre, parce que les milieux où elle vit sont plus complexes* ».

Si la famille nucléaire stable a correspondu aux années de croissance continue et de plein-emploi dans une société fondée sur une stricte division des rôles entre les sexes, notre société post-industrielle a donné naissance à une famille plus flexible, non statutaire et aux contours incertains.

---

(1) Claude Martin, « Familles et générations : grandes tendances », art. cit.

**a) La montée de l'individualisation**

M. André Bruguière <sup>(1)</sup> a insisté sur le transfert des principales fonctions sociales de la famille à l'État, phénomène qui a permis le recentrage de la famille sur sa dimension affective.

M. François de Singly <sup>(2)</sup> met l'accent sur le processus d'individualisation comme caractéristique de l'évolution des sociétés modernes. Lié à l'évolution du monde des idées et à des conditions économiques plus favorables, ce phénomène a conduit à la montée en puissance du principe de l'élection, qui est passée de la sphère publique à la sphère privée. Dès lors qu'on choisit son conjoint, on se détache de ses liens familiaux. L'amour devient le fondement d'une union, et un facteur de déstabilisation de la famille.

Dans un premier temps, lorsque triomphait la « famille moderne 1 », l'individualisation était limitée aux hommes, les femmes demeurant peu individualisées en raison du lien de dépendance économique à leur époux. Puis *« les femmes ont accédé à l'individualisation par l'emploi salarié, par la scolarisation, par le desserrement de leur relation de dépendance vis-à-vis de leurs maris »*.

Une nouvelle étape a ensuite été franchie avec l'individualisation de l'enfant, auquel un certain nombre de droits a été reconnu, et qui accède de plus en plus tôt à l'autonomie. Pourtant, M. François de Singly <sup>(3)</sup> observe que cette « famille moderne 2 », fruit d'une individualisation croissante de ses membres, est aussi de moins en moins autonome, le recours à des tiers, psychologues ou psychanalystes, étant toujours plus fréquent.

Chaque individu aspire désormais à la réalisation de soi, démarche qui peut le conduire à ne rester uni à son conjoint qu'aussi longtemps que cette union le satisfait pleinement. Il ne transige plus et n'hésite pas à rompre une union, qu'elle soit libre ou ait été légalisée par un mariage. Ainsi, pour reprendre la formule de Mme Martine Segalen, *« à la notion de couple fusionnel des années 1960 dont le projet était inscrit dans la durée se substituerait le choix de l'éphémère »* <sup>(4)</sup>.

---

(1) Audition du 9 mars 2005.

(2) Audition du 22 mars 2005.

(3) Audition du 22 mars 2005.

(4) Martine Segalen, *Sociologie de la famille*, op.cit.

***b) L'affirmation du principe d'égalité***

La première étape de l'affirmation du principe d'égalité a concerné l'homme et la femme. Il ne fait guère de doute que cette affirmation ne s'est pas encore pleinement traduite dans les faits. Malgré des dispositifs législatifs successifs, dans la sphère professionnelle, des inégalités de salaires et de carrière demeurent. M. François de Singly souligne d'ailleurs qu'elles apparaissent moins entre hommes et femmes, qu'entre pères et mères. En effet, les différences de rémunération entre célibataires ne sont pas notables, alors qu'elles se creusent au fur et à mesure de la naissance des enfants. Le sociologue constate que « *nous sommes toujours influencés par l'ancien modèle que le travail des femmes n'a pas déstabilisé : c'est d'abord à l'homme de procurer des revenus. Ainsi, lorsqu'un enfant est malade, le fait que ce soit la mère qui s'arrête de travailler est perçu comme une évidence* »<sup>(1)</sup>. Les pratiques évoluent donc lentement, mais l'affirmation du principe d'égalité demeure. Elle s'est traduite dans le code civil dès la loi du 4 juin 1970 qui a remplacé la notion de « puissance paternelle » par celle d'« autorité parentale », partagée entre père et mère.

Consacrant la perte d'une partie de l'autorité du père, ce changement de terme a conduit à une égalisation du statut entre père et mère, mais aussi à une évolution des rapports entre parents et enfants. M. François de Singly parle ainsi d'« *une famille contemporaine plus démocratique* » : « *La femme et l'enfant – les deux personnages dominés dans les générations précédentes, les deux "mineurs" – ne sont plus considérés de la même manière. L'une et l'autre ont accédé à des droits* »<sup>(2)</sup>. Ainsi, l'enfant a lui aussi accédé à l'autonomie, et, sans être l'égal de ses parents, du moins en droit, il est de plus en plus consulté. La place de l'enfant dans sa famille en est changée.

Cette affirmation du principe d'égalité passe aujourd'hui par la revendication d'une égalité de droits entre les couples, quelle que soit leur orientation sexuelle. Selon M. Maurice Godelier<sup>(3)</sup>, cette revendication est propre aux sociétés démocratiques européennes, dans lesquelles les minorités revendiquent les mêmes droits que ceux de la majorité. Si aujourd'hui un parent homosexuel partage, sauf exception, l'autorité parentale sur son enfant issu d'une union hétérosexuelle antérieure, et peut en obtenir la garde, les revendications des associations de défense des droits des homosexuels portent sur l'accès des couples de même sexe au mariage, à l'adoption et à la procréation médicalement assistée.

---

(1) Audition du 22 mars 2005.

(2) François de Singly (dir.), *Enfant – adultes. Vers une égalité de statuts ?*, Universalis, 2004, p. 17.

(3) Audition du 9 mars 2005.

*c) Les avancées scientifiques*

Grâce au développement de la contraception et à la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse, la naissance d'un enfant est presque toujours désirée. La nature est ainsi soumise à l'autonomie de la décision des hommes et des femmes. Ce premier bouleversement accompli par la science dans la filiation fait place à un second, celui de l'assistance médicale à la procréation. Les progrès de la science permettent de s'abstraire encore davantage des règles biologiques : grâce à la procréation médicale assistée avec donneur (de gamètes), une femme peut accoucher d'un enfant dont elle n'est pas la mère biologique, ou dont son compagnon n'est pas le père biologique.

Les avancées scientifiques rendent ainsi possible la constitution d'une famille dans des couples jusqu'alors infertiles.

Il ne faut pas surestimer l'importance quantitative de ces pratiques, dont la mise en œuvre est très strictement encadrée en France<sup>(1)</sup>. En 2000, 11 000 enfants sont nés grâce aux techniques de procréation médicalement assistée, ce qui représente 1,5 % des naissances. Mais seulement 1 000 d'entre eux sont issus d'une insémination avec donneur. À titre de comparaison, 5 000 enfants sont adoptés chaque année en France. Ainsi, si le nombre de fécondation *in vitro* augmente constamment, afin de lutter contre la stérilité de nombreux couples, les cas dans lesquels l'assistance médicale à la procréation conduit à un clivage entre le géniteur et le parent restent très rares (de l'ordre de 0,1 % des naissances).

Le seul fait que cette possibilité existe, d'un point de vue médical, conduit néanmoins à une série de questions d'ordre juridique autant qu'éthique. Elle permettrait en effet à des femmes célibataires ou en couple de mettre au monde un enfant grâce à un donneur anonyme et à des couples d'hommes de recourir à des mères porteuses pour s'assurer une filiation, d'autant que de telles pratiques sont désormais légalisées dans des pays voisins.

Le professeur de médecine Henri Atlan ouvre des perspectives encore plus vertigineuses en évoquant la mise au point, à moyen terme, d'une technique d'ectogenèse, c'est-à-dire un « utérus artificiel » permettant le développement des embryons humains hors du corps de la femme, de la fécondation jusqu'à la

---

(1) Comme nous le verrons *infra*, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique dispose que : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. (...) ».



naissance <sup>(1)</sup>. Les récents débats autour du clonage humain témoignent eux aussi des transgressions des règles de la nature qui risquent d'être réalisées par la science en matière de reproduction.

La loi de bioéthique de 2004 élève préventivement le clonage humain au rang de crime contre l'espèce humaine. Une initiative internationale tendant à interdire cette pratique est défendue par l'Allemagne et la France à l'ONU.

Dans le domaine de la procréation et de la satisfaction du désir d'enfant, le législateur doit prendre garde à ne pas jouer les apprentis sorciers et à maintenir des garde-fous éthiques.

## **2.- La diversification des modèles familiaux**

Les systèmes de valeur des familles ne sont pas fondamentalement différents selon les liens juridiques qui unissent leurs membres, mais la composition des familles varie beaucoup au fil du temps. La famille « traditionnelle » était fondée par le mariage ; des enfants naissaient et grandissaient en son sein, avant de la quitter pour fonder leur propre famille ; les parents se retrouvaient alors à deux, et le restaient jusqu'à ce que l'un d'eux disparaisse. Aujourd'hui, comme M. François de Singly l'a expliqué à la Mission, chaque homme et femme suit un cycle de vie personnel qui passe par différentes étapes. On peut ainsi expérimenter plusieurs formes de vie familiale, en passant d'une forme classique, organisée ou non autour du mariage, à des phases de monoparentalité, puis à des recompositions plus ou moins durables. Mais « *une même personne ne change pas de système de valeurs en étant successivement mariée, divorcée, seule, puis à nouveau en couple. Simplement, l'individualisme est un système qui engendre différentes étapes de notre cycle de vie personnel* » <sup>(2)</sup>.

M. Robert Rochefort parle quant à lui de la tentation « expérientielle » : « *nous ne légitimons que ce que nous considérons comme positif après expérience. Puisque les expériences tournent parfois mal au début de la vie adulte, la famille se construit empiriquement, d'une manière chaotique, au cours d'un processus d'essais et d'erreurs* ». Mme Marcela Iacub a défendu la même analyse en estimant que, au lieu de considérer la séparation ou le divorce comme des échecs personnels, « *ils devraient plutôt être envisagés comme des expériences liées à notre liberté, qui, comme toute expérience de notre liberté,*

---

(1) Henri Atlan, *L'utérus artificiel*, Paris, Seuil, 2005.

(2) Audition du 22 mars 2005.

*peuvent impliquer des souffrances, des désirs obscurs, mais permettent à la fois de nous comprendre et de comprendre les autres »* <sup>(1)</sup>.

Cette grande variété de situation familiale au cours d'une vie, cette impermanence de la vie familiale perturbent les places et les rôles des membres de la famille. En particulier, elles mettent en cause la capacité des parents à assumer la continuité de leurs fonctions vis-à-vis de leurs enfants en dépit de ces changements de situation.

À l'extrême, nous pouvons en arriver à une dissociation des trois composantes de la parentalité : les fonctions biologique (celle du géniteur), juridique (celle du détenteur de l'autorité parentale) et sociale (la prise en charge quotidienne de l'enfant) pourraient, dans certaines familles recomposées, ne plus être assurées par la même personne. Ainsi, un deuxième mari, dépourvu de tout lien biologique et juridique avec eux, prend soin au quotidien des enfants de son épouse, alors que celle-ci partage l'autorité parentale avec leur père. Si ces enfants ont été adoptés ou sont issus d'une procréation médicalement assistée avec donneur, leur père légal n'est pas leur père biologique.

### **3.— L'enfant, fondement essentiel de la famille d'aujourd'hui**

La famille est de plus en plus centrée sur l'enfant : face aux mutations que subit la vie familiale, et notamment les relations conjugales, l'enfant apparaît comme la seule réalité pérenne. Alors que, naguère, c'était le mariage qui était un préalable nécessaire à la constitution de la famille, c'est aujourd'hui essentiellement la présence d'enfants qui remplit cette fonction.

Mme Martine Segalen a expliqué à la Mission que « *les enquêtes montrent que, lorsque le membre d'une famille vit avec un conjoint hors mariage, il n'est considéré comme appartenant à cette famille qu'à partir de la naissance d'un enfant* » <sup>(2)</sup>. En l'absence, de plus en plus fréquente, de mariage, c'est donc bien l'enfant qui fait famille. En fait, en rendant irréversible la relation entre ses parents, il fait entrer chacun d'eux dans la famille de l'autre, ce qu'une union libre sans enfant n'entraîne pas nécessairement.

Les enfants sont de plus en plus sollicités comme support identitaire de l'adulte, et le désir d'enfant est de plus en plus valorisé. Mme Martine Segalen a souligné le caractère récent de la notion de « désir d'enfant », puisque, dans les sociétés sans contraception, les enfants arrivaient naturellement sans faire l'objet d'un véritable choix. Avoir des enfants allait de soi et permettait d'accéder à la

---

(1) Table ronde du 13 avril 2005.

(2) Audition du 9 mars 2005.

catégorie des adultes. Depuis que les femmes maîtrisent les naissances, les choses sont devenues radicalement différentes. Mme Martine Segalen considère que le couple, uniquement construit sur la notion d'amour, veut « *se donner une image de lui-même à travers l'enfant* »<sup>(1)</sup>, et que les parents prolongent ainsi leur existence. Elle met l'accent sur le fait que les médias valorisent le désir d'enfant.

M. André Burguière estime pour sa part que le désir d'enfant s'est récemment individualisé : « *on veut un enfant pour soi* » ; ainsi, ce désir « *est à la fois plus relatif et plus fort que jamais* »<sup>(2)</sup>. Du coup, il n'est plus réservé aux couples hétérosexuels, mais partagé par des hommes ou des femmes seuls, ou par des couples de même sexe. Et il tend à se transformer en un droit à l'enfant dont la société devrait permettre la satisfaction. C'est une évolution qui va contre les principes éthiques affirmés par la loi française, et notamment l'interdiction de faire de l'enfant un objet et une source de transaction.

### **C.— FACE A LA MONDIALISATION, LE DROIT DE LA FAMILLE DEMEURE LE FRUIT D'UNE CULTURE ET DE CHOIX POLITIQUES NATIONAUX**

La valorisation du désir d'enfant et le mouvement tendant à transformer celui-ci en un droit à l'enfant sont des phénomènes communs aux sociétés occidentales contemporaines. Le droit les prend plus ou moins en compte selon les pays car ce sujet délicat reste à l'appréciation des États, qui ont chacun leurs traditions et défendent des valeurs propres. Si la mondialisation a pour effet d'accélérer l'homogénéisation de certaines aspirations et la diffusion de certaines pratiques, elle ne saurait entraîner nécessairement un alignement des droits nationaux sur celui qui est le plus permissif.

#### **1.— La mondialisation et les possibilités de contournement de la loi française**

Le droit de la famille, et notamment de la filiation, a connu dans certains pays des réformes profondes qui ont bouleversé les configurations familiales. À cet égard, le Québec, où la Mission s'est rendue, a développé une inventivité particulière pour mettre en place un système de filiation qui a atteint un degré de complexité inégalé (*cf.* tableau ci-dessous). Le droit applicable à l'étranger exerce indéniablement un pouvoir d'attraction sur certains couples dans l'impossibilité de procréer, voire sur des personnes seules qui désirent un enfant.

---

(1) Audition du 9 mars 2005.

(2) *Idem.*

## LA FILIATION AU QUÉBEC

	ÉPOUX ET CONJOINTS UNIS CIVILEMENT			CONJOINTS DE FAIT			PERSONNE SEULE
	homme + femme	homme + homme	femme + femme	homme + homme	femme + femme	homme + femme	homme ou femme
<b>Filiation par le sang</b>	lien de filiation paternelle	–		–		lien paternel	1 lien paternel ou maternel
	lien de filiation maternelle		–		–	lien maternel	
	présomption de paternité du conjoint	–	–	–	–	–	–
	reconnaissance de paternité ou de maternité	–	–	–	–	reconnaissance	reconnaissance
	inscription à l'acte de naissance par le père et la mère ou l'un d'eux pour les deux	–	–	–	–	inscription par chacun	inscription par le parent
droits et obligations <sup>(1)</sup> pour les 2 parents	–	–	–	–	droits et obligations pour les 2 parents	droits et obligations par le parent	
<b>Filiation par voie de procréation assistée</b>	lien de filiation paternelle	–	1 lien maternel	–	1 lien maternel	1 lien maternel	1 lien maternel
	lien de filiation maternelle	mère porteuse contre l'ordre public	1 autre lien maternel avec la conjointe	mère porteuse contre l'ordre public	1 lien maternel avec la conjointe ou responsabilité civile	1 lien paternel ou responsabilité civile	(mère porteuse contre l'ordre public)
	présomption de paternité du conjoint	–	présomption de parentalité de la conjointe	–	–	–	–
	S'il y a eu relation sexuelle, possibilité d'établir le lien du père biologique dans l'année de la naissance	–	si rel. sex., poss. lien du père bio. dans l'année	–	si rel. sex., poss. lien du père bio. dans l'année	si rel. sex., poss. lien du père bio dans l'année	si rel. sex., poss. lien du père bio dans l'année
	inscription à l'acte de naissance par le père et la mère ou l'un d'eux pour les deux	–	inscription par la mère et la co-mère ou l'une d'elles pour les deux	–	inscription par la mère et la co-mère	inscription par chacun	inscription pour le parent
droits et obligations pour les 2 parents	–	droits et obligations pour la mère et la co-mère	–	droits et obligations pour la mère et la co-mère	droits et obligations pour les 2 parents	droits et obligations pour le parent	

<b>Filiation par voie d'adoption</b>	adoption seule : 1 lien de filiation paternelle ou maternelle (écart d'âge minimal entre l'adoptant et l'adopté : 18 ans /enfant mineur sauf personne ayant eu un rôle parental ou décision du tribunal)						
	Adoption de l'enfant de son conjoint : 1 nouveau lien de filiation paternelle ou maternelle (sans écart d'âge entre l'adoptant et l'adopté)						–
	adoption conjointe : lien de filiation paternelle Lien de filiation maternelle	adoption conjointe : 2 liens de filiation paternelle	adoption conjointe : 2 liens de filiation maternelle	adopt. conj. : 2 liens de filiation paternelle	adoption conjointe : 2 liens de filiation maternelle	adopt. conjointe : lien paternel lien maternel	adoption conjointe : 2 liens paternel et/ou maternel
	inscription à l'acte de naissance par le directeur de l'état civil sur réception du jugement d'adoption droits et obligations pour le ou les parents adoptifs						

(1) **Droits et obligations des parents** : autorité parentale, garde, éducation, obligation de nourrir et d'entretenir, consentement aux soins, obligation alimentaire, reconnaissance dans les lois.

*NB* : **Principe** : tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations.

**Pour les couples homosexuels** : Dans les cas où la loi attribue des droits et des obligations distincts à chacun des parents, celui qui a un lien biologique avec l'enfant a les droits et les obligations du père, s'il s'agit d'un couple de sexe masculin, ou de la mère, s'il s'agit d'un couple de sexe féminin, et la co-mère ou l'adoptant a les droits et obligations que la loi attribue à l'autre parent. Lorsqu'aucun parent n'a de lien biologique, le jugement d'adoption détermine les droits et obligations de chacun.

Source : Ministère de la justice du Québec.

Lorsque le désir d'enfant se heurte à une impossibilité, que celle-ci soit liée à une pathologie que la procréation médicalement assistée légale ne peut pallier ou à l'absence d'altérité sexuelle dans le couple, ceux ou celles qui aspirent à devenir parents ont la possibilité de se tourner vers les solutions proposées dans d'autres pays. Des personnes vivant seules peuvent même se rendre à l'étranger pour satisfaire leur désir d'enfant. On assiste ainsi depuis quelques années au développement d'une forme de « tourisme procréatif ».

Par exemple, un certain nombre de couples français a eu recours à la gestation pour autrui à l'étranger, le plus souvent en Californie, où le droit est très libéral dans ce domaine et reconnaît la mère intentionnelle comme la mère de l'enfant. Il arrive que la mère porteuse soit belge et qu'elle vienne accoucher en France, en particulier dans le département du Nord, sous le secret, permettant ainsi au père de reconnaître l'enfant tout en gardant elle-même l'anonymat.

Même s'il est très difficile d'évaluer le nombre d'enfants ayant été conçus ainsi, on assiste surtout, ces dernières années, à un important développement des inséminations artificielles avec tiers donneur de femmes homosexuelles. Outre la Belgique qui réalise ce type d'inséminations depuis plus de vingt ans et où il est très facile de se rendre en Thalys, les Pays-Bas, et, depuis moins longtemps, l'Espagne sont les principales destinations choisies par les femmes françaises, car il faut procéder à plusieurs inséminations mensuelles à une date difficile à prévoir exactement, ce qui suppose de recourir à des centres peu éloignés de son domicile. Les centres de fertilité suivent une procédure, qui varie légèrement d'une structure à l'autre, visant à vérifier, par des entretiens avec des psychologues, que la décision de la femme est claire et que l'enfant sera élevé dans une certaine stabilité.

Les centres de fertilité belges sont ainsi habitués à recevoir de nombreux couples de femmes françaises : il se constitue des files d'attente, tant la demande est importante, et les centres manquent de donneurs de sperme. La forte demande, en France, de dons d'ovocytes par rapport à l'offre conduit quant à elle des Françaises, qui ont droit à une insémination avec tiers donneur pour raison médicale en France, à s'adresser à des cliniques espagnoles qui ne rencontrent pas les mêmes difficultés car elles défraient les donneuses.

L'existence de ces pratiques et l'optimisation des différences juridiques entre les pays témoignent d'une tendance à la marchandisation de la procréation ; comme toute autre pratique marchande, elle se heurte au risque d'un déséquilibre entre offre et demande.

Ce déséquilibre est particulièrement marqué en matière d'adoption et conduit à des pratiques scandaleuses, dénoncées par les personnes entendues par la Mission, dans l'adoption internationale. Malgré la procédure d'agrément des candidats à l'adoption et la vigilance des autorités des pays où vivent les futurs parents comme de ceux où sont nés les enfants, les abus sont nombreux.

Mme Françoise Dekeuwer-Défossez dénonce certaines pratiques qui apparentent l'adoption à l'achat d'un enfant : « *D'autres personnes beaucoup plus compétentes que moi pourraient également vous parler des dérives financières caractérisant les adoptions à l'étranger, le premier acte à accomplir par les adoptants étant d'aller voir leur banquier. Au demeurant, les pays étrangers ne nous enverront pas indéfiniment des enfants dans les conditions douteuses actuelles* »<sup>(1)</sup>. Il est évident que le désespoir de certains couples en mal d'enfant venus de pays riches fait d'eux une proie facile pour des individus peu scrupuleux qui n'hésitent pas à vendre des enfants à des occidentaux.

Des dérives sont également perceptibles dans les pratiques de gestation pour autrui, y compris dans les pays où elles ne sont pas interdites. Ainsi, au printemps dernier, une mère porteuse belge a cédé le bébé qu'elle venait de mettre au monde à un couple néerlandais trouvé par l'intermédiaire d'internet, qui lui proposait une somme supérieure à celle offerte par les parents intentionnels, et génétiques, de l'enfant.

Tous ces phénomènes mettent en lumière les conséquences de la mondialisation sur la constitution de la famille. Les droits des enfants ne sont en effet pas la préoccupation centrale des acteurs de ces pratiques, et les législations nationales, qui se veulent plus respectueuses de ces droits, s'efforcent d'aller à contre-courant d'une évolution que certains présentent comme irrémédiable.

Dans la mesure où le droit a pour objet de fixer des normes, et non de simplement avaliser des pratiques, il est parfaitement légitime qu'il n'accepte pas tout et continue à interdire celles qui sont considérées comme les plus néfastes pour les enfants. Ce jugement peut varier selon les pays, aussi n'est-il pas surprenant que les droits de la famille diffèrent.

---

(1) Audition du 5 octobre 2005.

## 2.– Le droit de la famille : une création nationale

Parce que le droit de la famille touche à un fondement de la société et doit respecter les valeurs sur lesquelles celle-ci repose, il reste un droit profondément national.

Le droit communautaire se contente pour l'essentiel de prévoir le règlement des difficultés susceptibles de se poser du fait de la libre circulation des personnes dans l'Union et du développement des familles « internationales », mais le droit de la famille ne fait pas partie des domaines régis par des normes communautaires. La Convention européenne des droits de l'homme garantit des droits et libertés qui doivent être respectés par les droits nationaux de la famille, mais elle ne pose aucune définition de la famille. En revanche, elle reconnaît et protège les relations familiales en ce qu'elles mettent en cause les droits et libertés individuels <sup>(1)</sup>.

Les normes de l'Union européenne et celles du Conseil de l'Europe affirment un certain nombre de grands principes communs : la liberté de se marier et de fonder une famille, la liberté de vivre séparé ou hors mariage, l'égalité de l'homme et de la femme, et celle des enfants, l'égalité des familles et la solidarité des parents à l'égard de leurs enfants. Mais elles laissent une marge de manœuvre importante aux États pour appliquer ces principes, qui n'ont pas un caractère absolu. Le droit de se marier s'exerce conformément aux lois nationales qui le régissent, si bien que les États sont libres, par exemple, de permettre, ou non, le mariage de personnes de même sexe. Le droit de fonder une famille ne saurait être interprété comme un droit à une famille, aussi les États ne sauraient-ils être obligés d'ouvrir l'adoption et les techniques de procréation médicalement assistée aux couples de même sexe. Rien ne les oblige non plus à créer des statuts particuliers pour les concubins, de même sexe ou de sexe différent, et certains avantages sociaux peuvent continuer à être réservés aux couples mariés sans enfreindre aucune norme internationale.

Certes, notamment sous l'influence de ces normes internationales, des évolutions convergentes s'opèrent. Par exemple, l'égalité des familles construites en mariage et hors mariage se renforce partout, sous l'effet de l'évolution des mœurs et d'une attention toujours plus grande à éviter toute mesure susceptible d'être jugée discriminatoire. De même, le système communautaire de libre

---

(1) Cf. Hugues Fulchiron, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Recueil Defrénois*, n° 19/05, pp. 1461-1478.



circulation des personnes et d'assimilation du résident communautaire au national favorise la diffusion progressive, la « contagion », des dispositions les plus libérales, dans la mesure où il conduit les autres États membres à reconnaître les droits reconnus par l'un d'eux à ses ressortissants.

Mais ce phénomène n'a rien à voir avec une révolution juridique brutale : il s'opère peu à peu et s'accompagne d'une évolution des mentalités qui le rend plus facilement acceptable. La rapidité de diffusion du droit d'un État à l'autre dépend avant tout des principes, des traditions et des choix politiques qui font la spécificité de chaque pays. Par exemple, l'Irlande n'autorise toujours pas l'interruption volontaire de grossesse <sup>(1)</sup>, trente ans après son adhésion à l'Union européenne, et le divorce est interdit à Malte.

La pression des pratiques comme du droit international sur les droits nationaux de la famille doit donc être relativisée. Surtout, elle ne peut constituer un argument valable pour défendre telle ou telle évolution. Dans ce domaine, il convient de mesurer très soigneusement et objectivement toutes les conséquences de chaque changement législatif envisagé, en particulier au regard des droits de l'enfant, et de ne pas céder à la facilité d'une imitation des choix faits par d'autres pays dans des circonstances nécessairement différentes de celles auxquelles chaque État est confronté. C'est ce que la France a d'ailleurs fait lorsqu'elle a adopté sa législation en matière de bioéthique ou d'accompagnement de la fin de vie.

Face aux transformations de la famille, quel doit en effet être le rôle du législateur ? Lors de ses auditions, la Mission a, à plusieurs reprises, été interpellée sur cette question.

L'Archevêque de Paris André Vingt-Trois a notamment présenté sa conception de la constitution du droit : *« Le droit peut-il se contenter de régler les contrats privés ? La législation sur la famille est-elle simplement un arbitrage offert pour éviter que les crises relationnelles de la famille ne deviennent excessivement violentes ou nocives pour les individus ? Je reconnais très volontiers que c'est une mission légitime du législateur que d'assurer les conditions de nature à éviter que les crises familiales ne se transforment en désastres. Mais je redouterais que la législation se contente d'être l'aménagement des états de fait. Dans une société démocratique comme la nôtre, le législateur n'a pas simplement*

---

(1) Depuis 1983, une interruption de grossesse est autorisée lorsque la vie de la mère est en danger ; depuis novembre 2002, les Irlandaises peuvent recourir à une interruption volontaire de grossesse à l'étranger et ont le droit d'être informées dans leur pays de cette possibilité.

*une fonction d'enregistrement et de légalisation d'une multitude de cas particuliers, nécessairement impossibles à élever au cas général qui normalement relève seul de la loi. La loi vise à une certaine universalité et doit normalement viser à concerner le plus grand nombre des citoyens d'un pays. L'idée que la légalisation de situations particulières pourrait être un moyen de leur donner une reconnaissance me semble un abus législatif, en ce sens que le droit ne serait alors que l'habillage d'une promotion éthique. Il me semble qu'il conviendrait d'agir de manière très prudente dans ce domaine. On voit bien qu'un certain nombre de demandes ont pour but la reconnaissance officielle d'un statut particulier »<sup>(1)</sup>.*

M. Guy Dupuy, membre du conseil fédéral de la Grande loge de France a défendu la même conception du droit : *« Je crois qu'on ne distingue pas assez ce qui relève des droits fondamentaux de l'homme en général et des enfants en particulier et ce qui relève des mœurs d'un instant auxquelles le droit commun tente de s'adapter. On ne peut pas concevoir l'application de règles universelles en suivant simplement l'évolution des mœurs particulières »<sup>(2)</sup>.*

M. Olivier Abel, représentant la Fédération protestante de France devant la Mission, a invité le législateur à une certaine humilité : *« en régime protestant, une parole éthique ne cherche pas obligatoirement à s'imposer sous forme de loi. C'est ce qu'exprimait le doyen Jean Carbonnier en demandant au législateur de ne légiférer « qu'en tremblant ». Il faut, bien sûr, protéger les plus faibles, ce qui est la fonction de la loi, mais s'il s'agit de contrer l'imaginaire social, la convoitise ou la peur, la loi demeurera impuissante »<sup>(3)</sup>.*

Pour sa part, M. Philippe Bas, ministre délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille, a appelé le législateur à la plus grande prudence : *« (...) on ne peut pas, dans un domaine tel que la loi civile, chercher à coller à tout prix à la variété des situations. La loi doit demeurer une référence pour tous, et ne peut s'adapter à chaque cas particulier. Il y a certes la liberté des uns et des autres, il y a certes les réalités de la vie sociale, mais elles ne suffisent pas à poser l'exigence de l'intervention du législateur (...) Souvent l'enfant est désiré, l'enfant est rêvé, mais l'enfant est méconnu en tant que personne, et nous ne devons pas encourager cette conception de l'enfant comme*

---

(1) Audition du 7 décembre 2005.

(2) Table ronde du 7 décembre 2005.

(3) *Idem.*

*accomplissement, comme simple témoignage de l'amour de deux adultes l'un pour l'autre, excluant d'une certaine façon l'enfant lui-même de cette relation »<sup>(1)</sup>.*

La Mission est convaincue que la responsabilité première du législateur est de veiller que les enfants, confrontés aux mutations des modèles familiaux, soient pleinement pris en considération et ne souffrent pas de situations qui leur sont imposées par les adultes. L'intérêt de l'enfant doit primer sur l'exercice de la liberté des adultes. La réponse du législateur se situe donc, avant tout, sur le terrain de l'affirmation des droits de l'enfant, y compris face aux choix de vie des parents.

## **II.- L’AFFIRMATION DES DROITS DE L’ENFANT**

Adoptée par acclamation par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 à New York, la Convention relative aux droits de l'enfant a été signée par tous les États du monde et ratifiée par 192 États. Seuls les États-Unis et la Somalie, qui l'ont signée respectivement en février 1995 et en mai 2002, ne l'ont pas ratifiée, mais ont signalé leur intention de le faire. Cette convention solennise l'accession de l'enfant au statut de sujet de droits.

La France fait partie du groupe des premiers signataires : elle a signé la Convention le 26 janvier 1990 et celle-ci est entrée en vigueur pour la France le 6 septembre 1990.

Cette convention, qui peut à juste titre être qualifiée d'universelle, s'applique donc en France depuis près de quinze ans. La mise en œuvre des principes qu'elle énonce s'est progressivement traduite par une évolution de la législation française sur de nombreux points. Certaines situations demeurent néanmoins critiquables au regard de ses stipulations.

Le Conseil de l'Europe a mené à son terme, le 25 janvier 1996, une procédure complémentaire à celle qui a conduit à l'adoption de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Il a élaboré une Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2000 et signée par vingt-quatre États membres du Conseil et quatre États non européens. La France a signé cette convention, mais ne l'a pas ratifiée.

---

(1) Audition du 7 décembre 2005

## A.– LES DROITS DE L'ENFANT NE SONT PAS ENTIÈREMENT RESPECTÉS

### 1.– La Convention internationale relative aux droits de l'enfant

Avant même la Convention de New York, les droits de l'enfant avaient été l'objet de la Déclaration de Genève, adoptée par la Société des Nations en 1924, puis d'une déclaration approuvée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations unies, le 20 septembre 1959. Mais le caractère déclaratoire de ces textes les privait de tout caractère contraignant. La Convention de New York ne se contente pas de conférer un caractère contraignant au socle minimal de principes définis en 1959 qui insistait simplement sur la nécessité d'accorder à l'enfant une protection spécifique : elle pose le principe selon lequel l'enfant est une personne et, à ce titre, lui reconnaît des droits civils, sociaux et culturels, mais aussi des libertés publiques directement inspirées des droits de l'homme.

Malgré les compromis qui ont dû être concédés pour permettre la ratification de la Convention par le plus grand nombre de pays <sup>(1)</sup>, les droits qu'elle énonce contribuent à transformer le statut de l'enfant, qui n'est plus seulement objet de protection, mais devient avant tout sujet de droits.

Les **principes généraux** sont la non-discrimination dans la mise en œuvre des droits de l'enfant (article 2), la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3), le droit à la vie, à la survie et au développement (article 6) et la prise en compte des opinions de l'enfant sur toute question l'intéressant (article 12).

Une série de **libertés et de droits civils** sont reconnus à l'enfant : droit à un nom et à une nationalité (article 7), droit à la préservation de cette identité (article 8), liberté d'expression (article 13), accès à l'information (article 17), liberté de pensée, de conscience et de religion (article 14), liberté d'association et de réunion pacifique (article 15), protection de la vie privée (article 16).

La Convention détaille aussi les **droits sociaux et culturels** des enfants : outre le droit à la survie et au développement (article 6) et à un niveau de vie permettant ceux-ci (article 27), elle affirme les droits à la santé, aux services médicaux (article 24) et à la sécurité sociale (article 26), et reconnaît aux enfants handicapés le droit à une « *vie pleine et décente* » (article 23). Les enfants ont droit

---

(1) Ainsi, la définition de l'enfant, qui conditionne le champ d'application de la Convention, tient compte des différences juridiques, culturelles et religieuses : « *un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ».

à l'éducation, y compris à la formation et l'orientation professionnelle (article 28), les buts de l'éducation étant présentés dans l'article 29, mais aussi au repos, aux loisirs et à des activités récréatives et culturelles (article 31), tandis qu'ils ont le droit d'être protégés, notamment, contre l'exploitation économique (article 32), l'usage des drogues (article 33) et l'exploitation sexuelle (article 34). L'article 30 reconnaît des droits spécifiques aux enfants appartenant à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique : la France, qui ne reconnaît pas les minorités, a émis une réserve sur cet article.

De nombreuses stipulations ont trait aux **conditions de vie de l'enfant** dans sa famille ou, en cas de nécessité, hors de celle-ci : l'article 5 reconnaît aux parents de l'enfant, ou à sa famille élargie, « *la responsabilité, le droit et le devoir* » de l'orienter et de le conseiller dans l'exercice de ses droits ; l'article 9 charge les États de veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents, sauf si « *cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant* » ; dans ce cas, l'enfant garde le droit d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si c'est contraire à son intérêt supérieur. Afin de préserver ces droits, la « *réunification familiale* » (nous dirions le « regroupement familial ») doit être considérée avec bienveillance par les États (article 10) et ces derniers doivent lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants (article 11). L'enfant a le droit d'être protégé par l'État contre toute forme de violence (article 19), ce qui peut nécessiter qu'il soit privé de son milieu familial et lui donne alors droit à une protection et une aide spéciales de l'État (article 20). Celles-ci peuvent prendre la forme d'un placement, lequel devra faire l'objet d'un examen périodique (article 25). L'article 21 exige des États qu'ils s'assurent que « *l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale* » en cas d'adoption, l'adoption à l'étranger ne devant être envisagée qu'en l'absence de solution dans le pays d'origine.

Enfin, la Convention prévoit des **mesures spéciales de protection de l'enfance**, pour les enfants réfugiés (article 22), pour ceux qui ont été victimes de maltraitances (article 39), pour ceux qui sont suspectés ou convaincus d'infraction à la loi pénale (article 40).

Le caractère contraignant du texte se traduit par la mise en place d'un dispositif de contrôle de son application. Est institué, par l'article 43 de la Convention, un Comité des droits de l'enfant, composé de dix experts élus pour quatre ans par les États, et chargé d'examiner les rapports relatifs aux mesures d'application des stipulations de la Convention, prises par chaque État signataire. Ces rapports sont remis deux ans après l'entrée en vigueur de la Convention, puis tous les cinq ans. Sur cette base, un dialogue doit s'engager entre le Comité et chaque État.

Inspiré d'un modèle de contrôle largement répandu dans le système des Nations unies en matière de droits de l'homme, cet organe n'est pas une juridiction et ne dispose pas de pouvoirs coercitifs. Si on peut regretter que le Comité ne puisse ni s'autosaisir ni mener des enquêtes, il ne faut néanmoins pas sous-estimer sa capacité d'influence, laquelle s'est avérée particulièrement importante en France.

## **2.- Les progrès de la France dans le respect des droits de l'enfant**

Le Comité des droits de l'enfant a examiné, en juin 2004, le dernier rapport de la France sur l'application de la Convention. Il a salué l'adoption ces dernières années de nombreux textes législatifs et réglementaires qui confortent les droits des enfants :

– les dispositions de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs ;

– la loi n° 98-147 du 9 mars 1998 autorisant l'approbation de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye le 29 mai 1993, et celle n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale ;

– la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, qui a élargi la possibilité de révision des rentes allouées en cas de changement important de la situation financière des époux ;

– la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral, qui supprime les discriminations successorales subies par les enfants naturels adultérins ;

– la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui vise notamment à garantir le droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents ;

– la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille ;

– la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance qui renforce le droit de l'enfant à être protégé.

Le Comité s'est également réjoui de l'institution du Défenseur des enfants, par la loi du 6 mars 2000 <sup>(1)</sup>, et de la création d'un Observatoire national de l'enfance en danger, par la loi du 2 janvier 2004 précitée.

Depuis lors, la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce et la loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption ont été promulguées et l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a été publiée. Ce dernier texte supprime les notions d'enfant légitime et d'enfant naturel et les dernières différences qui subsistaient entre eux, notamment en matière d'actions relatives à la filiation. Il parachève sur ce point la mise en conformité du droit français avec la Convention. La Mission estime que la loi n° 2002-93 du 23 janvier 2002 relative à l'accès à leurs origines personnelles par les personnes adoptées et pupilles de l'État constitue elle aussi un progrès.

Interrogée par la Mission sur les mesures adoptées récemment qui marquent un progrès pour le respect des droits de l'enfant, Mme Claire Brisset, Défenseure des enfants, a cité : *« la pénalisation des clients de prostituées âgées de 15 à 18 ans ; le très bon texte sur l'autorité parentale, qui consacre la co-parentalité et permet de mieux tenir compte de la parole de l'enfant ; le décret qui autorise l'accès des intéressés à leur dossier dans le cas d'une procédure d'assistance éducative ; la loi de janvier 2002 sur le renforcement des droits de l'usager des institutions médico-sociales ; la distinction entre assistantes familiales et assistantes maternelles et l'amélioration de leur statut ; l'indispensable relèvement de l'âge légal du mariage pour les filles. La proposition de loi sur l'adoption que l'Assemblée a adoptée en première lecture va aussi dans le bon sens. En se penchant avec attention sur la situation des adolescents, la conférence de la famille de 2004 a, d'autre part, témoigné d'une prise de conscience des difficultés de cette tranche d'âge. La protection des professionnels qui font des signalements et la création, dans la loi Perben, d'établissements pour les mineurs qui doivent être incarcérés sont d'autres mesures qui me semblent aller dans une bonne direction »*. Ainsi Mme Claire Brisset a-t-elle estimé que *« globalement, la*

---

(1) Loi n° 2000-197 du 6 mars 2000 visant à renforcer le rôle de l'école dans la prévention et la détection des faits de mauvais traitements à enfants.

*France n'a pas à rougir de la manière dont elle traite ses enfants et respecte leurs droits. Toutefois, certains textes sont imparfaits et certaines pratiques pèchent* »<sup>(1)</sup>.

Plus critique, M. Jean-Pierre Rosenczveig, président du tribunal pour enfants de Bobigny, a jugé que, pour que les droits des enfants soient pleinement respectés, « *une évolution de la représentation et du statut de l'enfant est (...) nécessaire dans la société française et, dans ce domaine, notre marge de progression est grande* »<sup>(2)</sup>.

Le principal objet des travaux de la Mission, et donc du présent rapport, est justement de mettre en évidence les faiblesses des règles et des pratiques relatives à la mise en œuvre, en France, des droits de l'enfant liés à la famille.

### **3.- L'application de la Convention par le juge français**

En vertu de l'article 55 de la Constitution française de 1958, les normes conventionnelles deviennent, une fois ratifiées, parties intégrantes du dispositif normatif et ont, sous réserve de leur application par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois. Mais cela n'implique pas qu'un particulier puisse se prévaloir des droits proclamés devant un magistrat. Les juridictions conditionnent en effet la mise en œuvre des dispositions du traité à la reconnaissance de leur caractère auto-exécutoire.

Les juges français ont adopté une position prudente, et contrastée, sur l'applicabilité des stipulations de la Convention relative aux droits de l'enfant. Ainsi, la Cour de cassation s'est généralement, et jusqu'à une date très récente, refusée à considérer que les articles de la Convention, ou certains d'entre eux, puissent être considérés comme d'application directe par les tribunaux de l'ordre judiciaire, et ce, malgré les décisions contraires rendues par le Conseil d'État.

---

(1) Audition du 11 mai 2005.

(2) Audition du 11 mai 2005.



***a) Les réticences de la Cour de cassation, en partie levées depuis mai 2005***

Peu après l'entrée en vigueur de la Convention, les juridictions du fond, en de nombreuses affaires, ont considéré ses articles 2, 3-1, 7-1, 12, 20, 21 et 26 comme d'applicabilité directe. Mais, le 10 mars 1993, par le célèbre arrêt *Lejeune*<sup>(1)</sup>, la Cour de cassation a mis un terme à cette pratique.

Elle déduit en effet de l'article 4 de la Convention stipulant que les dispositions de celle-ci ne créent d'obligations qu'à la charge des États parties<sup>(2)</sup>, que ces dispositions ne peuvent être invoquées directement devant les juridictions nationales. Dans un système moniste, en effet, l'applicabilité directe des conventions et leur invocabilité par les particuliers peuvent être tempérées dans deux cas : soit le traité ne contient que des recommandations ou des obligations qui s'adressent aux États, et à eux seuls, soit les règles posées ne sont pas applicables, du fait de leur formulation trop imprécise ou conditionnelle, et faute de mesures permettant d'en définir les modalités d'application. La Cour de cassation considère donc que la Convention de New York relève de la première hypothèse. Il est vrai que de nombreuses stipulations de la Convention commencent par des expressions comme « *Les États parties s'engagent à ...* », « *Les États parties veillent à...* »... On peut cependant faire observer que l'utilisation des mêmes formulations par le Pacte relatif aux droits civils et politiques n'a pas empêché la Cour de cassation de reconnaître l'applicabilité directe de ce texte.

Le rejet de principe de l'applicabilité directe de la Convention par la Cour de cassation apparaît aujourd'hui de moins en moins assuré. Ainsi, dans l'affaire *Mazureck*, jugée en 1996, sa première chambre civile a visé l'article 1<sup>er</sup> de la Convention pour écarter une éventuelle application de son article 2, et considérer que le plaignant ne répondait pas à la définition de l'enfant. De même, en 1999 et 2000, elle a, à deux reprises, considéré que « *les textes visés au moyen* » n'étaient pas violés, alors qu'un article de la Convention en faisait partie. Dans le même sens, la chambre criminelle a reconnu à plusieurs reprises l'applicabilité directe de l'article 40 de la Convention. Si elle a refusé celle de l'article 37 en 1997, elle a reçu des recours visant les articles 2 et 16 en 1999, et l'article 3-1 en 2001, même si c'était, dans les deux cas, pour rejeter le moyen.

---

(1) Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 10 mars 1993, *Lejeune*.

(2) L'article 4 prévoit en effet que « *les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures (...) nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus par la présente convention* ».

M. Jean-Pierre Rosenczveig a très vivement critiqué la position de la Cour de cassation : « *La question de la portée de la Convention des droits de l'enfant a une importance capitale. Les arrêts de la Cour de cassation ont un très fort impact à l'étranger. Aussi son arrêt selon lequel la Convention n'est pas d'application directe et ne donne donc pas aux enfants des droits directs a-t-il été ressenti comme un coup de poignard* »<sup>(1)</sup>.

Une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation se dessine néanmoins : à l'occasion de deux affaires jugées le 18 mai 2005, la première chambre civile a reconnu pour la première fois l'applicabilité directe de l'article 3-1 (primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant) et, dans l'un de ces deux arrêts, de l'article 12 (droit d'être entendu dans toute affaire le concernant). Un arrêt du 14 juin 2005 a confirmé l'applicabilité directe de l'article 3-1. Dans l'une des deux affaires jugées le 18 mai 2005, la Cour de cassation a même relevé d'office le moyen, non invoqué par les parties, tiré de la violation des articles 3-1 et 12. Il semble donc que la Cour s'engage sur la voie d'une application « sélective » de la Convention, inspirée de la pratique suivie, depuis l'entrée en vigueur de celle-ci, par le Conseil d'État.

#### ***b) La position dès l'origine plus ouverte du Conseil d'État***

Dès l'entrée en vigueur de la Convention, le Conseil d'État a en effet cherché à distinguer, en son sein, les dispositions auto-exécutoires de celles qui ne le sont pas. Ainsi, dans son arrêt *Préfet de la Seine-Maritime* du 29 juillet 1994, il a considéré que les stipulations de l'article 9 ne créaient d'obligations qu'entre les États, sans ouvrir de droits aux intéressés. Il a de même estimé que ne produisaient pas d'effets directs pour les particuliers, notamment, les dispositions des articles 24-1, 26-1 et 27-1 de la Convention (arrêt *GISTI* du 23 avril 1997).

En revanche, l'article 16 relatif à la vie privée des mineurs peut être invoqué directement par les particuliers, tout comme les dispositions de l'article 8 (préservation de l'identité de l'enfant), de l'article 3-1 (primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant) et de l'article 37 (conditions d'emprisonnement d'un mineur). La jurisprudence du Conseil d'État n'est cependant pas totalement fixée en ce qui concerne l'applicabilité directe des articles 4 et 16.

---

(1) Audition du 11 mai 2005.

Même si la très récente évolution jurisprudentielle de la Cour de cassation va dans le bon sens, des divergences de jurisprudence, difficiles à résoudre, demeurent. Ainsi, les deux ordres de juridiction semblent désormais unanimes sur la reconnaissance du droit d'un enfant à invoquer l'article 3-1 de la Convention, mais la Cour de cassation a reconnu l'applicabilité directe de son article 12, laquelle a pourtant été rejetée par le Conseil d'État.

Le tableau suivant détaille l'ensemble des droits reconnus à l'enfant par la Convention et les décisions que le Conseil d'État et la Cour de cassation ont, le cas échéant, rendues quant à leur applicabilité.

**APPLICABILITE DES PRINCIPAUX DROITS RECONNUS PAR LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT SELON LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ETAT ET CELLE DE LA COUR DE CASSATION<sup>(1)</sup>**

Articles de la Convention	Droits reconnus	Créant des obligations entre les États sans ouvrir de droits aux particuliers	D'application directe
Article 2	1. non-discrimination dans la mise en œuvre des droits de l'enfant	CE, <i>M. Torres</i> , 29 janvier 1997 CE, <i>M. Guichard</i> , 30 juin 1999, confirmé depuis Cass 1 <sup>ère</sup> civ, 25 juin 1996, <i>Mazureck</i> , n° 94-14858	CE, <i>Association</i> « L'enfant et son droit », 30 avril 1997 Cass crim, 16 juin 1999, n° 98-84538
Article 3	1. dans toute décision qui le concerne, « <i>l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale</i> »	Cass 1 <sup>ère</sup> civ, 10 mars 1993, <i>Lejeune</i> , n° 91-11310	CE, <i>M. Torres</i> , 29 janvier 1997 ; d'autres arrêts confirmant celui-ci Cass 1 <sup>ère</sup> civ, 18 mai 2005, n°s 02-16336 et 02-20613 confirmés le 14 juin 2005, n° 04-16942
	2. droit à la protection et aux soins nécessaires à son bien-être	CE, <i>Association</i> « Promouvoir », 6 octobre 2000	
Article 4	les États s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre des droits reconnus par la Convention	CE, <i>M. Torres</i> , 29 janvier 1997 Cass soc, 13 juillet 1994, n° 93-10891	CE, <i>Association</i> « L'enfant et son droit », 30 avril 1997
Article 5	respect de l'autorité parentale	CE, <i>Association</i> « Promouvoir », 6 octobre 2000	
Article 6	1. « <i>droit inhérent à la vie</i> » ( <u>déclaration interprétative de la France</u> : ne fait pas obstacle à la loi autorisant l'avortement)	CE, <i>M. et Mme Soba</i> , 29 décembre 1997	Cass crim, 27 novembre 1996, n° 96-80318
	2. les États « <i>assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant</i> »		
Article 7	1. droit à un nom, une nationalité, et, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et d'être élevés par eux	CE, <i>Mme Al Haji Zain</i> , <i>Association</i> « La défense libre » et <i>M. Bertin</i> , 11 octobre 1996, confirmé depuis	

Article 8	1. droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales	CE, <i>Préfet de la Gironde</i> , 6 mai 1996, confirmé depuis Cass 1 <sup>ère</sup> civ, 2 juin 1993, n° 91-17487	
Article 9	1. droit de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents sauf si « <i>cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant</i> »	CE, <i>Préfet de la Seine-Maritime</i> , 29 juillet 1994, très souvent confirmé depuis Cass 1 <sup>ère</sup> civ, 10 mars 1993, <i>Lejeune</i> , n° 91-11310	
	3. droit de l'enfant, séparé de ses parents, d'entretenir des relations personnelles régulières et des contacts directs avec eux		
Article 10	1. bienveillance des États vis-à-vis des demandes de « <i>réunification familiale</i> »	CE, <i>Préfet de la Gironde</i> , 6 mai 1996, confirmé depuis	
	2. droit des enfants de quitter tout pays et de revenir dans leur propre pays		
Article 11	1. lutte contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger	CE, <i>Préfet du Val d'Oise</i> ; 10 avril 1996	
Article 12	1. droit d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant et de la voir prise en considération	CE, <i>M. Paturel</i> , 3 juillet 1996 Cass 1 <sup>ère</sup> civ, 10 mars 1993, <i>Lejeune</i> , n° 91-11310	Cass crim, 8 décembre 1993, n° 92-85509 Cass 1 <sup>ère</sup> civ, 18 mai 2005, n° 02-20613 (sur le 12-2)
	2. possibilité d'être entendu à cette fin		
Article 13	1. liberté d'expression, de recevoir ou répandre des informations ou des idées		
Article 14	1. liberté de pensée, de conscience et de religion	CE, <i>M. Paturel</i> , 3 juillet 1996	
	3. liberté de manifester sa religion ou ses convictions (dans le respect de la loi)		
Article 15	1. libertés d'association et de réunion pacifique		
Article 16	1. respect de la vie privée de la famille, du domicile, de la correspondance, de l'honneur et de la réputation	CE, <i>Mme Al Haji Zain</i> , <i>Association « La défense libre »</i> , et <i>M. Bertin</i> , 11 octobre 1996	CE, <i>Demirpence</i> , 10 mars 1995 CE, <i>Mme Douaud</i> , 21 février 1997 Cass crim, 16 juin 1999, n° 98-84538
Article 17	Accès à une information plurielle		
Article 18	1. « <i>les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement</i> »		CE, <i>Association « L'enfant et son droit »</i> , 30 avril 1997
	2. droit à une aide appropriée de l'État dans l'exercice de ces responsabilités		
	3. droit à des services de garde d'enfants		
Article 19	1. protection de l'enfant contre toute forme de violence		Cass crim, 22 juin 1993, n° 91-86139
Article 20	1. droit de l'enfant privé ou retiré de son milieu familial à une protection et une aide spéciales de l'État	CE, <i>Mme Mosquera</i> , 6 juin 2001	
	3. possibilité que l'enfant soit placé, en tenant compte de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique		

Article 21	l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale en matière d'adoption ; l'adoption internationale n'est envisagée qu'en l'absence de solution dans le pays d'origine		
Article 22	1. protection et assistance humanitaire à l'enfant réfugié		
Article 23	1. droit des enfants handicapés à « mener une vie pleine et décente »		
	2. droit des enfants handicapés à bénéficier de soins spéciaux et à recevoir une aide adaptée		
Article 24	1. droit « de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation »	CE, <i>Préfet de la Seine-Maritime contre Mme Balondo</i> , 31 juillet 1996, confirmé depuis	
	3. abolition des « pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants »		
Article 25	droit à un examen périodique du traitement de l'enfant ou de son placement		
Article 26	1. droit à la sécurité sociale	Cass soc, 13 juillet 1994, n° 93-10891 CE, <i>GISTI</i> , 23 avril 1997	
Article 27	1. droit à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement	CE, <i>GISTI</i> , 23 avril 1997	
	3. aides de l'État en ce sens		
	4. mesures appropriées pour assurer le recouvrement des pensions alimentaires		
Article 28	1. droit à l'éducation	CE, <i>M. et Mme Hemaizia</i> , 21 octobre 1996	
	2. la discipline scolaire doit être compatible avec la Convention		
Article 29	1. buts de l'éducation	CE, <i>M. et Mme Hemaizia</i> , 21 octobre 1996, confirmé depuis	Cass 1 <sup>ère</sup> civ, 9 avril 1991, n° 90-05026
	2. liberté de créer des établissements d'enseignement, sous réserve du respect des buts énoncés au 1.		
Article 30	droits culturels spécifiques accordés aux minorités techniques, religieuses ou linguistiques	<u>Réserve de la France</u> Cass 1 <sup>ère</sup> civ, 15 juillet 1993, n° 92-05015	<u>Réserve de la France</u>
Article 31	1. droit au repos, aux loisirs, aux activités récréatives, et à participer à la vie culturelle et artistique		
Article 32	1. droit à être protégé contre l'exploitation économique et interdiction de tout travail induisant un risque pour l'enfant		
Article 33	protection contre l'usage de drogues		
Article 34	protection contre toute violence ou exploitation sexuelle		
Article 35	protection contre l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants		

Article 36	protection contre « <i>toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être</i> »		
Article 37	interdiction de tout traitement inhumain (notamment la peine capitale); privation de liberté aussi brève que possible et tenant compte de ses besoins ; droit à l'assistance juridique et à contester la légalité de sa détention	Cass crim, 18 juin 1997, n° 97-82008	CE, <i>M. Nezdulkins</i> , 14 février 2001
Article 38	1. respect du droit humanitaire en cas de conflit		
	2. interdiction que des enfants de moins de 15 ans participent aux hostilités		
Article 39	droit à la réadaptation des enfants victimes de mauvais traitements		
Article 40	1. droit à un traitement particulier pour tout enfant suspecté ou convaincu d'infraction à la loi pénale		Cass crim, 27 novembre 1990, n° 90-85658

(1) Lorsque la jurisprudence est constante, n'est mentionné que le premier arrêt reconnaissant ou refusant l'applicabilité directe d'un article de la Convention.

NB : CE : Conseil d'État ; Cass crim : Cour de cassation, chambre criminelle ; Cass 1<sup>ère</sup> civ : Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile ; Cass soc : Cour de cassation, chambre sociale.

## B.– LA PRIMAUTE DE L'INTERET DE L'ENFANT DOIT ETRE GARANTIE

La mise en œuvre et le respect des droits de l'enfant sont un combat de chaque jour, qui doit être mené dans tous les domaines, aussi bien au sein de la famille, qu'à l'école ou face à la justice. Il ne suffit pas de les proclamer, même si c'est un premier pas indispensable, qui a été réalisé au niveau international.

### 1.– Accélérer la mise en conformité du droit français avec la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

Le seul véritable moyen de garantir l'application des stipulations de la Convention, à la fois par les deux ordres de juridiction et par l'ensemble des autorités administratives, est de poursuivre systématiquement leur transcription, en abrogeant les éventuelles dispositions législatives ou réglementaires contraires à la Convention, et en s'assurant que toutes les autres y sont strictement conformes. Cela exige un travail minutieux de confrontation des dispositions en vigueur avec les stipulations de la Convention.

Le travail mené par la Mission doit y contribuer, pour les droits des enfants en lien avec la famille. Mais la Mission n'a pas traité du respect de l'ensemble des dispositions de la Convention, car ce n'était pas son objet. Elle s'est concentrée sur le droit de l'enfant à avoir une famille et sur celui à être protégé, si nécessaire contre sa famille. Elle souhaite que son travail soit complété pas celui

d'une commission qui serait spécialement chargée de dresser la liste des dispositions du droit français en contradiction avec les autres droits de l'enfant, et de proposer leur mise en conformité avec ceux-ci.

Parmi les principes généraux sur lesquels repose l'ensemble des stipulations de la Convention, une place particulière doit être réservée au principe selon lequel, dans toute décision qui le concerne, « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* » (article 3). L'intérêt supérieur de l'enfant doit ainsi guider toute personne, toute institution appelée à prendre une décision ayant une incidence sur la vie du mineur. Ce principe mérite un traitement spécifique, dans la mesure où l'ensemble des stipulations de la Convention en constitue la déclinaison dans chaque domaine de la vie de l'enfant. La Mission estime indispensable d'inscrire ce principe fondamental dans le droit national, afin qu'il guide non seulement les juges, mais aussi toute personne ou toute institution à laquelle des enfants sont confiés.

*Propositions :*

- mettre en place une commission de transcription de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant placée sous l'égide des ministères en charge de la justice et de la famille, chargée de dresser la liste des modifications à apporter au droit français pour le mettre en conformité avec la Convention*
- inscrire dans le droit français, par une disposition législative d'application générale, le premier alinéa de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, affirmant la primauté de l'intérêt de l'enfant*

## **2.– Mieux contrôler le respect des droits de l'enfant**

S'il est indispensable que le juge veille au respect des droits de l'enfant à l'occasion de toute affaire concernant un mineur, la plus grande vigilance doit aussi s'exercer en amont, au moment de l'élaboration des normes.

La Mission envisage un dispositif en deux temps. D'une part, le Défenseur des enfants pourrait, comme d'autres autorités administratives indépendantes, être obligatoirement consulté sur les projets de loi concernant les enfants ou leurs droits. D'autre part, le Parlement devrait se doter de délégations parlementaires aux droits de l'enfant. Adoptée à l'unanimité par l'Assemblée

nationale en février 2003, la proposition visant la création de ces délégations <sup>(1)</sup> n'a pas encore fait l'objet d'un examen par le Sénat.

La Mission déplore par ailleurs que, depuis plus de dix ans, les gouvernements successifs n'aient pas tenu les engagements pris par la loi du 27 janvier 1993 <sup>(2)</sup> dont l'article 76 fait obligation au pouvoir exécutif de présenter annuellement au Parlement un rapport sur l'état des droits de l'enfant en France.

*Propositions :*

- rendre obligatoire l'avis du Défenseur des enfants sur les projets de loi concernant les enfants ou leurs droits*
- créer des délégations parlementaires aux droits de l'enfant*
- rappeler au Gouvernement l'obligation qui lui est faite de présenter annuellement au Parlement un rapport sur l'état des droits de l'enfant en France*

### **3.– Donner à tous les enfants le droit d'être entendus par la justice**

L'article 12 de la Convention fait obligation aux États de garantir à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant. Il prévoit explicitement le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative. Ce droit, associé à celui d'être informé, est aussi le premier à être reconnu à l'enfant par la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants.

Or, en France, selon l'article 388-1 du code civil, l'audition du mineur est possible lorsqu'il est capable de discernement, mais, si le mineur en fait la demande, elle peut être écartée par le juge par une décision spécialement motivée. Il ne peut être fait appel de cette décision de refus. Les enfants ne disposent donc pas réellement du droit d'être entendus avant toute prise de décision les concernant.

M. Jean-Pierre Rosenczveig a vivement critiqué les insuffisances du droit français dans ce domaine : *« Selon moi, s'il ne faut rien modifier à la condition de discernement en vigueur, il faut, évidemment, donner à l'enfant, quel que soit son âge, la possibilité de demander à être entendu. Cette modification est fondamentale et devrait être faite depuis longtemps. Nous la demandons depuis vingt ans. Il faut donc consacrer le droit pour l'enfant d'être entendu sans possibilité de refus du juge. De même, nous militons depuis fort longtemps pour*

---

(1) Assemblée nationale, XII<sup>ème</sup> législature, texte adopté n° 87, 13 février 2003.

(2) Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social.



*qu'un avocat assiste l'enfant lorsqu'il est entendu dans une affaire le concernant ou pour qu'il intervienne dans la procédure d'assistance éducative. C'est indispensable, et votre Mission ne peut, à ce sujet, se limiter à une pétition de principe. Il faut donc réunir une conférence de consensus pour dégager les moyens nécessaires à la rémunération des avocats chargés de défendre les enfants, sans quoi rien ne se fera »<sup>(1)</sup>.*

Les avocates représentant le groupement d'intérêt public réunissant le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et le Barreau de Paris ont un diagnostic comparable : *« S'agissant de la Convention internationale des droits de l'enfant, c'est surtout, de notre point de vue, l'audition de l'enfant qui peine à être respectée. Le premier problème concerne la formation des magistrats et, sans doute, aussi des avocats, pour les sensibiliser à la nécessité d'entendre l'enfant lorsqu'il le demande. L'enfant est sujet de droit dans le cadre de l'assistance éducative, avec la possibilité d'accéder à son dossier et d'être défendu. En matière pénale, l'assistance d'un avocat est même obligatoire. Malheureusement, dans le quotidien de l'enfant, c'est un véritable no man's land. On constate une absence d'harmonisation des pratiques, au sein même d'un tribunal donné, certains juges acceptant d'auditionner les enfants quand d'autres, pour des motifs d'âge ou de discernement, le refusent et bottent en touche vers les expertises psychologiques, les enquêtes sociales et autres médiations, lesquelles ne font parfois qu'envenimer le conflit et empêchent en tout cas les enfants de s'exprimer véritablement. Le système devient donc pervers, avec un coût relativement élevé : alors que le juge devrait prendre ses responsabilités, il multiplie les interventions de tierces personnes. Au-delà du problème de l'information et de la sensibilisation du juge, il s'avère donc nécessaire d'intégrer dans notre réglementation interne la nécessité d'auditionner l'enfant »<sup>(2)</sup>.*

La Mission est très sensible à ces arguments, également défendus par Mme Claire Brisset, Défenseure des enfants, et par M. Alain Bruel, ancien président du tribunal pour enfants de Paris<sup>(3)</sup>. Elle propose donc de modifier l'article 388-1 du code civil pour donner aux enfants le droit d'être entendus dans toute procédure judiciaire, tout en leur garantissant la possibilité de refuser d'être entendus. Il conviendrait aussi que les juridictions expliquent systématiquement aux enfants les décisions qui ont été prises, en tant que celles-ci les concernent, y compris, pour les enfants victimes, lorsqu'elles ont conduit à une relaxe ou qu'il y a eu classement sans suite.

---

(1) Audition du 11 mai 2005.

(2) Audition du 5 octobre 2005.

(3) Audition du 13 avril 2005.

Respecter le droit de l'enfant d'être entendu est d'autant plus important que les magistrats qui le font reconnaissent que cette audition leur est utile. Mme Brigitte Azogui-Chokron, vice-présidente au tribunal de grande instance de Paris, l'a souligné, tout en mettant l'accent sur les difficultés pratiques rencontrées : « *Il est toujours très intéressant pour un juge d'entendre les enfants, mais encore faut-il qu'il en ait le temps. Notre charge de travail est très importante, et nous souhaitons entendre les enfants seuls, ce qui signifie une audition supplémentaire. Ce n'est pas toujours facile à organiser mais, lorsque nous pouvons le faire, cela nous aide* »<sup>(1)</sup>.

Il est en effet primordial que le recueil de la parole de l'enfant soit réalisé dans des conditions adéquates : les personnels doivent être spécifiquement formés, les tribunaux, les hôpitaux ou les commissariats doivent être équipés pour enregistrer les témoignages des enfants victimes, conformément à la loi du 17 juin 1998, qui est très inégalement appliquée.

En outre, le droit de l'enfant à être assisté d'un avocat, lorsqu'il est entendu dans une affaire le concernant ou dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative, doit être assuré, ce qui suppose que les enfants en soient informés et que des avocats soient formés pour ce travail.

L'ordonnance du 8 décembre 2005<sup>(2)</sup> vient de donner aux mineurs délinquants accès à l'aide juridictionnelle, quelles que soient les ressources de leurs parents, si ceux-ci manifestent un défaut d'intérêt pour la défense de leur enfant. Pour leur part, les enfants victimes bénéficient du même droit dans trois cas : lorsqu'ils sont entendus par le juge aux affaires familiales dans le cadre d'une procédure relative à l'exercice de l'autorité parentale, lorsqu'ils sont victimes des crimes les plus graves<sup>(3)</sup> ou lorsque leurs intérêts sont en conflit à ceux de leurs parents<sup>(4)</sup>. L'accès à l'aide juridictionnelle n'est donc pas de droit pour tous les enfants victimes, mais reste conditionné aux relations qu'ils entretiennent avec leurs parents ou aux ressources de ceux-ci. La Mission souhaite que cette lacune soit corrigée afin que chaque enfant victime ait droit à un avocat, sans avoir à apporter d'autre justification que sa situation de victime.

---

(1) Table ronde du 23 novembre 2005.

(2) Ordonnance n° 2005-1526 du 8 décembre 2005 modifiant la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique : son article 1<sup>er</sup> modifie l'article 5 de la loi du 10 juillet 1991.

(3) Tels le viol ou la tentative de meurtre, les violences habituelles sur un mineur de moins de quinze ans lorsqu'elles entraînent une mutilation ou une infirmité permanente (article 9-2 de la loi du 10 juillet 1991).

(4) L'article 5 de la loi du 10 juillet 1991 permet, en cas de conflit d'intérêt entre personnes vivant habituellement au même foyer, de faire une appréciation distincte des ressources.

Le champ d'intervention des administrateurs *ad hoc*, chargés de représenter les intérêts de l'enfant devant le juge, a été progressivement élargi : créée dès 1993 en matière civile par l'article 388-2 du code civil, leur mission a été étendue, en 1998, aux enfants victimes par l'article 706-50 du code de procédure pénale et, en 2002, aux mineurs étrangers isolés par l'article 17 de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Cet élargissement constitue un progrès évident, mais les modalités de désignation et de rémunération des administrateurs ne garantissent pas suffisamment l'indépendance des personnes désignées. Par exemple, un fonctionnaire du conseil général peut être amené à intervenir en tant qu'administrateur *ad hoc* dans une procédure concernant un jeune placé auprès de l'aide sociale à l'enfance (ASE), au risque d'être ainsi juge et partie. La Mission propose donc de soumettre la désignation des administrateurs *ad hoc* à une condition d'indépendance par rapport aux dossiers en cause et, à cette fin, d'augmenter leurs indemnités.

*Propositions :*

- donner aux enfants le droit d'être entendus dans toute procédure judiciaire les concernant s'ils le souhaitent, tout en leur garantissant la possibilité de refuser une audition demandée par l'autorité judiciaire*
- faire obligation aux juridictions d'expliquer aux enfants les décisions de justice en tant qu'elles les concernent, y compris les décisions de relaxe et les classements sans suite*
- favoriser l'assistance des mineurs par un avocat en généralisant l'accès des enfants victimes à l'aide juridictionnelle et en assurant une formation adaptée aux avocats*
- revoir les conditions de désignation des administrateurs ad hoc pour garantir leur indépendance et augmenter leurs indemnités*



## **DEUXIEME PARTIE : LE DROIT DE L'ENFANT A UNE FAMILLE**

La Mission s'est interrogée sur la manière dont la législation française respecte le droit de l'enfant à une famille. Trois dimensions du droit de la famille ont été examinées dans cette perspective : le couple, la filiation et l'autorité parentale.

### **PREMIERE SOUS-PARTIE : L'ENFANT FACE AUX TRANSFORMATIONS DU COUPLE**

Il peut sembler surprenant de commencer à analyser le droit de l'enfant à une famille en abordant la question du couple, alors même qu'un couple sans enfant, en particulier s'il n'est pas marié, n'est en général pas considéré par la société comme constituant une famille.

Pourtant, dans la grande majorité des cas, le couple préexiste à la naissance ou à l'arrivée d'un enfant, et celle-ci n'entraîne pas toujours un changement dans son organisation juridique. Or, la forme d'organisation du couple formé par les parents n'est pas, dans les faits, neutre pour l'enfant, même si l'évolution de la législation a progressivement gommé les différences qui subsistaient selon la situation juridique de la naissance des enfants.

Chaque individu doit être libre de choisir celui ou celle qui partage sa vie, le mode d'organisation de la vie commune et sa durée. La subsistance de pratiques visant à restreindre cette liberté ne saurait être tolérée. C'est pourquoi la Mission a souhaité étudier les moyens d'améliorer la lutte contre les mariages forcés, celle-ci contribuant aussi à la protection de l'enfance lorsque les victimes de mariages forcés sont encore mineures.

## I.- L'ORGANISATION DU COUPLE

Depuis la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, le code civil prévoit trois formes d'organisation du couple : le mariage, le pacte civil de solidarité, créé par la loi précitée, ces deux formes correspondant à des situations de droit, et le concubinage, qui est une situation de fait. Cette différence conduit M. Alain Bénabent à préciser que « *la véritable opposition se situe entre, d'un côté, le concubinage, union de fait seulement constatée, et, de l'autre, le mariage et le PACS, deux véritables formes d'organisation entre lesquelles la différence tient essentiellement à la durabilité, donc à l'intensité de l'engagement* »<sup>(1)</sup>.

Ces trois formes d'union induisent des droits et des devoirs différents. On constate en fait une certaine proportionnalité entre les droits accordés aux personnes formant le couple et les devoirs qu'ils ont accepté de remplir en choisissant l'une ou l'autre de ces trois formes d'organisation de leur vie, devoirs qui sont liés, comme l'observe M. Alain Bénabent, à la « durabilité » de l'engagement (*cf.* tableau en annexe n° 3).

Selon les données de l'INSEE, en 1990, seul 1,5 million de couples n'étaient pas mariés, ce qui représentait un dixième de l'ensemble des couples. Cette proportion a atteint un sixième en 1998, année où le nombre de couples non mariés atteignait 2,4 millions. Aujourd'hui, près de 25 millions de Français sont mariés, pour presque 5 millions de concubins et environ 300 000 personnes unies par un PACS<sup>(2)</sup>.

De l'ordre de 280 000 mariages sont contractés chaque année, contre environ 25 000 PACS par an en moyenne entre 2000 et 2003 et plus de 40 000 en 2004<sup>(3)</sup>. Enfin, l'INSEE évalue à 500 000 le nombre de couples de concubins qui se constituent chaque année.

La plupart des autres pays d'Europe offrent, comme la France, plusieurs formes plus ou moins organisées à la vie en couple.

---

(1) Table ronde du 12 octobre 2005 ; sauf mention contraire, les personnes qui se sont exprimées sur les formes d'organisation du couple l'ont fait à l'occasion de cette table ronde.

(2) Selon le ministère de la justice, entre fin 1999 et le premier semestre 2005, 169 531 PACS ont été déclarés et 21 531 ont été dissous.

(3) Près de 24 500 PACS ont été conclus au cours du premier semestre 2005.

### **Les différentes formes de vie en couple aux Pays-Bas**

Les personnes désirant officialiser les liens qui les unissent disposent de trois possibilités aux Pays-Bas :

- le contrat de vie commune, librement rédigé entre les parties ;
- le partenariat enregistré, créé par la loi du 5 juillet 1997, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998, qui a donné aux couples homosexuels la possibilité de régler officiellement leur vie commune (il est aussi ouvert aux couples hétérosexuels) ;
- le mariage qui, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2001, date de l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2000 ouvrant l'accès au mariage à des personnes du même sexe, n'unit plus nécessairement deux personnes de sexe différent.

#### **– Le mariage**

Les Pays-Bas ont été le premier pays à reconnaître le mariage des personnes de même sexe. Les règles relatives aux conditions et aux effets du mariage, aux obligations réciproques des conjoints, ainsi qu'à la dissolution de l'union (le divorce est prononcé par le juge) sont les mêmes, quelle que soit l'orientation sexuelle du couple.

Le mariage entre deux personnes du même sexe ne produit pas les mêmes effets juridiques à l'égard des enfants que le mariage entre deux personnes de sexe opposé. Ainsi, il ne crée pas de lien de filiation entre un enfant et le conjoint homosexuel de son père ou de sa mère biologique ; en revanche le conjoint a une obligation d'entretien envers l'enfant aussi longtemps que dure le mariage.

Cependant, le 1<sup>er</sup> janvier 2002, est entrée en vigueur une modification du code civil, qui attribue automatiquement l'exercice de l'autorité parentale conjointe aux personnes de même sexe qui sont mariées lorsqu'un enfant naît pendant le mariage et n'a, aux termes de la loi, qu'un parent. Ainsi, deux femmes mariées partagent l'autorité parentale si, à la suite d'une insémination artificielle, l'une d'elles donne naissance à un enfant qui, d'après la loi, n'a pas de père. En revanche, la règle ne s'applique pas si la naissance ne résulte pas d'une insémination artificielle et si le père reconnaît l'enfant dès la naissance.

#### **– Les autres formes de vie commune**

Les couples de sexe différent ou de même sexe qui ne désirent pas se marier peuvent choisir l'union libre, le contrat de vie commune, qui consigne les droits et les obligations des deux partenaires et ne produit pas d'effets sur les tiers, ou le partenariat enregistré.

Quand ils unissent deux personnes de sexe opposé, le mariage et le partenariat enregistré présentent une différence en matière filiation : le premier crée une présomption de paternité, tandis que, dans le second cas, l'homme doit reconnaître l'enfant pour devenir légalement le père.

Quand ils unissent deux personnes du même sexe, le mariage et le partenariat enregistré produisent les mêmes effets : ils créent tous les deux une communauté de biens, entraînent les mêmes droits successoraux et fiscaux... De même, les liens juridiques avec les enfants sont les mêmes dans les deux cas, car la loi sur l'adoption par deux personnes appartenant au même sexe s'applique indépendamment du statut juridique du couple, de même que les dispositions sur l'autorité parentale (y compris le partage automatique de l'autorité parentale en cas de naissance d'un enfant pendant la période de vie commune).

Mais, quel que soit le sexe des personnes, la principale différence est symbolique : le mariage est contracté après que les deux époux ont prononcé le « oui » solennel, tandis que le partenariat enregistré résulte d'une déclaration effectuée librement devant un officier d'état civil.

Par ailleurs, la dissolution du partenariat enregistré ne requiert pas, à la différence du divorce, de décision judiciaire lorsque les deux parties sont d'accord. Dans ce cas, il suffit de signer chez un notaire ou chez un avocat une convention réglant les conséquences de la séparation (sort du logement commun, partage de la communauté, droits à pension...) et de la faire enregistrer à l'état civil. En outre, la séparation de corps n'est autorisée que dans le cadre du mariage.

Il est possible de passer du partenariat au mariage, ou l'inverse, par un acte de conversion. Celle-ci ne modifie ni la situation contractuelle vis-à-vis du conjoint ni les liens de filiation avec les enfants. Ainsi, la baisse du nombre des partenariats homosexuels à partir de 2001 est généralement imputée à la conversion de certains d'entre eux en mariages.

L'office central néerlandais des statistiques donne les chiffres suivants :

Année	Partenariats			Mariages		
	entre deux hommes	entre deux femmes	entre un homme et une femme	entre deux hommes	entre deux femmes	entre un homme et une femme
1998	1 686	1 324	1 626	—	—	86 956
1999	894	863	1 500	—	—	89 428
2000	815	785	1 322	—	—	88 074
2001	285	245	2 847	1 339 <sup>(1)</sup>	1 075 <sup>(1)</sup>	80 432
2002	358	382	7 581	935	903	83 970
2003	446	453	9 074	727	759	81 135

(1) À partir d'avril.



## A.— LES TROIS FORMES DE VIE COMMUNE : MARIAGE, PACTE CIVIL DE SOLIDARITE, CONCUBINAGE

M. Alain Bénabent a parfaitement résumé la gradation des trois formes de vie commune : *« Si l'on se place sous l'angle des rapports réciproques, il y a à l'évidence une gradation très nettement marquée. Entre les concubins, il n'y a rien. Les quelques conséquences juridiques attachées au concubinage sont exclusivement destinées à l'usage de tiers – les organismes sociaux notamment –. Mais il n'existe aucun droit ou devoir réciproque, ni pendant le concubinage, ni lors de la rupture. À l'extrême inverse, dans le mariage, on trouve tous les engagements réciproques. Le PACS se situe quant à lui à mi-chemin : il comporte certains engagements réciproques calqués sur ceux du mariage – devoir de solidarité, devoir de cohabitation –, mais ne comprend ni le devoir de fidélité – il n'y a donc pas de présomption de paternité dans le PACS –, ni de régime successoral ».*

Il souligne le lien entre cette gradation de droits et de devoirs et le caractère durable de l'engagement : *« La gradation se trouve ainsi dans l'intensité, dans la "durabilité" de l'engagement, mais également dans la notion d'engagement elle-même. Le concubinage n'existe qu'autant que l'union dure ; mais il n'y a aucun engagement. Dans le PACS, il y a un engagement et des obligations, mais avec un caractère non pas éphémère – un PACS peut durer longtemps –, mais bien précaire au sens juridique du terme, autrement dit susceptible de s'interrompre à tout moment. Dans le mariage au contraire, l'engagement est durable – ce qui ne signifie pas définitif –, en ce sens que, pour en sortir, il faut passer par une procédure ».*

Mais il observe que, si cette gradation est très claire en matière de relation au sein du couple, elle est moins nette pour les rapports entre le couple et les tiers et apparaît inégale selon les matières.

### 1.— Des conditions d'accès inégalement exigeantes

Le mariage, le PACS comme le concubinage unissent deux personnes et deux personnes seulement. Si le code civil ne définit pas le mariage, son article 147 interdit la bigamie et plusieurs de ses articles mentionnent les « deux époux ». Personne n'a d'ailleurs contesté jusqu'ici que le mariage unissait deux personnes. L'article 515-1 du code civil définit le PACS comme *« un contrat conclu par deux personnes physiques »*, tandis que l'article 515-8 du même code précise que le concubinage est une union de fait *« entre deux personnes »*. Ces trois formes d'union s'adressent donc bien à des couples, mais elles ne peuvent être choisies de

manière indifférenciée par tous les couples. En effet, les conditions d'accès au mariage sont les plus contraignantes, tandis que le concubinage est d'un accès parfaitement libre, l'accès au PACS se trouvant dans une situation intermédiaire.

***a) Les conditions d'âge***

Selon l'article 144 du code civil, « *l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage* »<sup>(1)</sup>, mais l'article 145 prévoit des exceptions à cette règle : « *Néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage, d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves* ». Le mariage des mineurs est possible, mais nécessite le consentement de ceux qui détiennent l'autorité parentale, un dissentiment entre eux valant consentement.

Un PACS ne peut en revanche être signé que par des personnes majeures, ce qui exclut à la fois les mineurs, même émancipés, et les majeurs sous tutelle, alors que ces derniers peuvent se marier avec le consentement d'un conseil de famille spécialement constitué.

Quant à la définition du concubinage qui figure dans le code civil, elle ne mentionne aucune condition d'âge.

***b) Le sexe des personnes formant le couple***

Si le fait que le mariage n'unisse que deux personnes n'est pas contesté dans nos sociétés, il n'en est plus de même de la condition de différence de sexe entre ces deux personnes. En effet, un mariage prétendant unir deux hommes a été célébré à Bègles le 5 juin 2004. La justice française s'est déjà prononcée à trois reprises contre ce mariage : le Tribunal de grande instance de Bordeaux s'est opposé à sa célébration dès le 27 mai 2004 ; il a ensuite déclaré ce mariage nul le 27 juillet 2004, décision qui a été confirmée le 19 avril 2005 par la Cour d'appel de Bordeaux.

---

(1) Après le Sénat, l'Assemblée nationale a adopté, le 15 décembre 2005, en première lecture, le relèvement à dix-huit ans de l'âge auquel une jeune fille peut se marier.

Cette déclaration de nullité a été justifiée par des arguments de droit français et de droit européen. Le Tribunal de grande instance a estimé que, si le code civil n'énonçait pas expressément la différence de sexe entre époux, c'est parce qu'elle allait de soi pour ses rédacteurs ; il a mentionné plusieurs articles du code civil qui, à propos du mariage, visent l'homme et la femme. Il a aussi rappelé la volonté du législateur de 1999 : « *les débats et les dispositions législatives relatives au PACS et au concubinage ont fait nettement ressortir la différence de sexe comme étant une condition de fond et une spécificité du mariage* ». Il a enfin estimé que la Convention européenne des droits de l'homme n'était violée ni dans son article 12 protégeant le droit de se marier, la jurisprudence ayant confirmé que celui-ci ne concernait que les personnes de sexe différent, ni dans son article 8 relatif au respect de la vie privée et familiale, l'existence d'un droit à la communauté de vie pour les couples homosexuels étant permise dans un autre cadre, ni dans son article 14 qui interdit notamment les distinctions fondées sur le sexe (ou sur « *toute autre situation* », ce qui inclut l'orientation sexuelle). Reprenant pour l'essentiel cette argumentation, la Cour d'appel est allée jusqu'à considérer que « *la différence de sexe est une condition de l'existence même du mariage* » et que, en conséquence, la célébration ayant fait l'objet de la déclaration de nullité « *ne peut être considérée comme un mariage* ».

Il résulte de l'absence d'ambiguïté du raisonnement ainsi articulé par la Cour d'appel que, en l'état du droit, le mariage ne peut unir, en France, qu'un homme et une femme. C'est pourquoi le débat soumis à la Mission porte non sur le sens du droit existant mais sur la pertinence d'une éventuelle évolution de celui-ci.

Le PACS comme l'union libre peuvent en revanche incontestablement unir deux personnes de même sexe, comme l'a clairement décidé le législateur. L'article 515-8 du code civil précise que les deux personnes vivant en union de fait peuvent être « *de sexe différent ou de même sexe* »<sup>(1)</sup> ; les signataires d'un PACS peuvent de même être « *de sexe différent ou de même sexe* », en application de l'article 515-1 du même code.

Ainsi, les trois formes d'union sont offertes à un couple hétérosexuel, tandis qu'un couple homosexuel a le choix entre conclure un PACS ou vivre en union libre.

---

(1) Le législateur a ainsi mis un terme à la jurisprudence de la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 17 décembre 1997 selon laquelle les concubins étaient forcément de sexe différent ; il a en revanche repris la définition jurisprudentielle des éléments constitutifs du concubinage.

### ***c) Les empêchements***

De même que « *on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* » (article 147 du code civil), il ne peut y avoir de PACS ni entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte, ni entre deux personnes dont l'une au moins est mariée (article 515-2 du même code). En revanche, une personne pacsée peut se marier, ce qui a pour conséquence de dissoudre le pacte (article 515-7 du même code). Ce type d'empêchement ne vaut pas pour le concubinage, qui est une simple union de fait <sup>(1)</sup>. Il en est de même des empêchements liés au degré de parenté ou d'alliance entre les membres du couple, qui ne valent que pour les situations de droit que sont le mariage et le PACS.

Liés à la prohibition de l'inceste, des empêchements induits par les liens familiaux jouent pour le mariage et pour le PACS, même s'ils ne sont pas rédigés dans les mêmes termes. Ne peuvent ni se marier ni s'unir par un PACS des ascendant et descendant en ligne directe, des alliés en ligne directe et des collatéraux jusqu'au troisième degré inclus. Ces deux formes d'union sont donc exclues entre un frère et une sœur, entre un oncle et une nièce, par exemple. En revanche, les règles relatives au mariage distinguent entre les cas d'inceste absolu, pour lesquels aucune dispense ne peut être obtenue (entre ascendant et descendant, entre frère et sœur), et les cas d'inceste relatif, pour lesquels une dispense est possible (entre alliés, lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée, ou entre oncle et nièce ou tante et neveu). De telles dispenses ne peuvent être obtenues pour la conclusion d'un PACS.

Il n'existe en revanche aucun empêchement légal au concubinage, union de pur fait.

## **2.- Des devoirs très contrastés**

Deux articles du code civil établissent les devoirs des époux l'un envers l'autre : l'article 212 prévoit qu'ils « *se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance* » et l'article 215-1 les obligent à « *une communauté de vie* ». Cette dernière correspond aux principales obligations du mariage que Loysel résumait par la formule « *boire, coucher, manger ensemble* » ; elle recouvre une communauté physique et une communauté matérielle, même si les tribunaux ont admis dans certains cas le non-accomplissement du « *devoir conjugal* » et si la loi

---

(1) La jurisprudence a ainsi réparé le préjudice subi par une femme à la suite du décès, accidentel, de son concubin marié ; elle a même indemnisé à la fois l'épouse et la concubine.

du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce permet aux époux d'avoir deux domiciles distincts <sup>(1)</sup>.

Le devoir de fidélité interdit à un époux d'avoir des relations sexuelles avec une autre personne que son conjoint : la loi du 11 juillet 1975 précitée a supprimé le délit pénal d'adultère, mais celui-ci reste un délit civil. Ce devoir est le fondement de la présomption de paternité, qui ne s'applique que dans le mariage. L'assistance consiste en un devoir d'aide et de soutien entre époux, lequel varie selon leur âge, leur état de santé, leur situation professionnelle. Quant au devoir de secours, il est directement lié à l'obligation alimentaire entre époux et à leur contribution aux charges du mariage, prévues à l'article 214 du code civil. La contribution aux charges du mariage porte sur l'entretien du ménage et l'éducation des enfants ; le devoir de secours joue lorsque l'un des époux est dans le besoin, en particulier après une séparation. Ces devoirs peuvent conduire le juge, au cours d'une instance de divorce ou en cas de séparation de corps, à condamner l'un des époux à verser une pension alimentaire à l'autre. D'une manière générale, les manquements éventuels à ces obligations ne sont sanctionnés que s'ils sont allégués comme fautes dans un divorce.

Enfin, pour ce qui est des conséquences pécuniaires du mariage, les conjoints sont, en vertu de l'article 220 du code civil, tenus solidairement des dettes contractées par l'un d'eux pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, sauf pour des dépenses manifestement excessives ou pour les achats à tempérament ou les emprunts contractés sans le consentement des deux époux.

Les devoirs mutuels contractés par les personnes ayant conclu un PACS sont nettement moins lourds que ceux imposés aux époux, mais ils sont eux aussi fixés par le code civil et inspirés d'une logique assez proche de celle régissant le mariage. L'existence d'une vie commune est une condition à la signature d'un PACS, ce dernier ayant pour but d'organiser la vie commune (article 515-1 du code civil). Comme l'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la loi relative au pacte civil de solidarité <sup>(2)</sup>, la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes : elle suppose non seulement une résidence commune, mais aussi une vie de couple. L'obligation de vie commune acceptée par les personnes pacsées recouvre la même réalité que le devoir de communauté de

---

(1) Mais ils doivent choisir « d'un commun accord » le lieu de leur résidence familiale, qui est unique (article 215 du code civil).

(2) Conseil constitutionnel, 9 novembre 1999, décision n° 99-419 DC.

vie des époux. Le devoir de co-résidence apparaît en revanche plus strict que pour les époux puisqu'il est interprété comme interdisant la conclusion d'un PACS à des personnes incarcérées.

L'autre devoir induit par le PACS figure à l'article 515-4 du code civil : il s'agit d'une « aide mutuelle et matérielle », dont les modalités sont en principe fixées par le pacte. Le Conseil constitutionnel a indiqué dans la décision précitée que toute clause méconnaissant le caractère obligatoire de cette aide serait nulle et que, si le pacte n'avait pas prévu ses modalités, il reviendrait au juge du contrat, en cas de litige, de les définir en fonction de la situation respective des partenaires.

En ce qui concerne la solidarité pécuniaire entre partenaires pacsés, elle porte sur les dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun (article 515-4 du code civil). Paradoxalement, cette solidarité est absolue, sans que soit prévue une exception pour les dépenses manifestement excessives et pour les achats à tempérament et les emprunts contractés par un seul partenaire.

Enfin, la jurisprudence a ajouté une obligation de loyauté, qui relève du droit commun des contrats. Celle-ci est différente de la fidélité exigée dans le mariage, mais un huissier peut être désigné pour constater un manquement à cette obligation, manquement qui peut justifier une résiliation du PACS aux torts du partenaire fautif.

Le concubinage n'induit aucune autre obligation légale que ses éléments constitutifs. Le code civil le définit comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes (...)* ». L'union libre n'induit ainsi d'effets juridiques que lorsque la situation des concubins est empreinte d'une certaine stabilité imitée du mariage. Pour le reste, les membres du couple n'ont aucun devoir légal l'un envers l'autre. Ainsi, par exemple, mêmes si elles ont été contractées ensemble, les obligations envers les créanciers ne sont pas indivisibles ; les dépenses ne sont pas solidaires<sup>(1)</sup>, même si elles ont été faites pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants et chacun supporte les dépenses de la vie courante qu'il a exposées. Cette absence de devoir mutuel se traduit par l'absence de tout droit à prestation compensatoire en cas de rupture du concubinage.

---

(1) Il arrive néanmoins que des juges appliquent la théorie de l'apparence : lorsque les tiers ont légitimement pu croire que les concubins étaient mariés, les dettes engagées par l'un peuvent engager l'autre. Mais cette solution est marginale, l'article 220 du code civil n'étant pas applicable aux concubins.

Il faut souligner que, si les différences de devoirs mutuels entre les membres du couple sont considérables selon la forme d'union choisie, elles sont inexistantes pour ce qui est des devoirs entre chaque membre du couple et ses enfants, dès lors que ceux-ci ont été reconnus. Cependant, seul le mariage s'accompagne de la présomption de paternité et dispense le mari de reconnaître les enfants dont sa femme a accouché. L'institution du mariage induit des conséquences en matière de filiation que les autres formes d'union n'ont pas. Selon la formule du doyen Carbonnier, « *le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité* ».

### **3.- Des droits partiellement différents**

C'est bien la gradation des devoirs induits respectivement par le mariage, le PACS et le concubinage qui justifie l'octroi de droits différents aux couples, selon la forme d'union qu'ils ont choisie.

#### ***a) Des droits sociaux semblables ou très voisins***

La jurisprudence et la loi ont progressivement rapproché les droits sociaux accordés aux couples, quel que soit leur statut légal. Le PACS étant assimilé, à tout le moins, à une forme de concubinage, tout droit ouvert aux concubins est automatiquement ouvert aux pacsés, même si son support juridique ne le mentionne pas explicitement.

Les **prestations familiales** et les **aides au logement** sont identiques et les prestations de l'**assurance-maladie et maternité** présentent peu de différences. Depuis la fin des années 1940, un concubin est ayant droit de son compagnon en ce qui concerne la sécurité sociale. Le capital décès de la sécurité sociale est versé à un époux, un partenaire ou un concubin. L'article L. 161-14 du code de la sécurité sociale assimile le concubin et le partenaire lié par un PACS au conjoint marié pour les prestations en nature de l'assurance maladie-maternité, mais il n'en est pas exactement de même pour les prestations en espèce : l'allocation de repos maternel et l'indemnité de remplacement ne sont versées qu'aux conjoints collaborateurs des travailleurs indépendants, et non à leurs partenaires (ou concubins) ; la pension de veuf ou de veuve invalide n'est versée qu'au conjoint survivant invalide d'un assuré social.

Le statut de conjoint collaborateur d'un travailleur indépendant n'étant ouvert qu'au conjoint marié, un partenaire ou un concubin « collaborateur » ne peut être affilié au **régime vieillesse** du travailleur indépendant. Mais la principale différence en matière de prestation vieillesse concerne le droit à pension de réversion, qui n'est ouvert qu'au conjoint survivant.

Quelques différences subsistent en matière de **droit du travail**, qui reconnaît aux partenaires pacsés des droits encore refusés aux personnes en union libre. Comme les époux, les partenaires, mais non les simples concubins, bénéficient des droits suivants : autorisation d'absence de deux jours en cas de décès du partenaire, droit au congé simultané pour les partenaires travaillant dans la même entreprise, application du code du travail pour le partenaire salarié du chef d'entreprise qui participe effectivement et de façon habituelle, en percevant une rémunération, à l'activité de l'entreprise. En revanche, sont actuellement réservées aux conjoints : la possibilité de recourir à un contrat à durée déterminée ou à un salarié d'une entreprise de travail temporaire pour remplacer le conjoint participant à l'activité de l'entreprise ; la possibilité pour le conjoint de travailler avec un travailleur à domicile ; la prise en compte éventuelle du conjoint du débiteur pour définir les quotités de salaire saisissables.

Enfin, les règles en vigueur en matière d'**accidents du travail** ne permettent qu'au seul conjoint survivant de bénéficier du reversement de la rente d'incapacité permanente.

#### ***b) Des droits fiscaux distincts***

L'un des principaux objectifs de la création du PACS était de proposer aux personnes qui ne pouvaient ou ne souhaitaient pas se marier un statut leur permettant de bénéficier de règles fiscales plus favorables que celles applicables aux concubins, que le droit fiscal traite comme des tiers dépourvus de liens juridiques (ce qu'ils sont effectivement).

- ***Les règles de l'impôt sur le revenu distinguent nettement les concubins d'une part, des époux et des personnes pacsées d'autre part***

La loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité ouvrait des droits particuliers aux personnes pacsées au-delà d'une durée minimale de PACS de trois années. À compter de l'imposition des revenus de l'année du troisième anniversaire d'enregistrement du PACS, les partenaires bénéficiaient d'une imposition commune, de la même manière que les conjoints, qui en bénéficient à compter de la date de leur mariage. La loi de finances pour 2005 <sup>(1)</sup> a supprimé ce délai et les conditions d'imposition à l'impôt sur le revenu des pacsés

---

(1) Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005.



sont désormais identiques à celles des personnes mariées <sup>(1)</sup>. Comme ces dernières, ils sont tenus solidairement au paiement de cet impôt, ainsi qu'à celui de l'impôt de solidarité sur la fortune, pour lequel ils sont également l'objet d'une imposition commune.

Les concubins sont en revanche assujettis à une imposition séparée, et, le cas échéant, se partagent, pour l'impôt sur le revenu, le nombre de parts afférentes aux enfants dont ils ont la charge.

- *La fiscalité successorale respecte des règles propres à chaque statut*

Les droits de mutation à titre gratuit obéissent à des règles très différentes selon les liens juridiques qui unissent les membres du couple.

Entre époux, s'applique un abattement de 76 000 euros en plus de l'abattement de 50 000 euros opéré sur l'ensemble de la succession <sup>(2)</sup>. Il est aussi effectué un abattement de 20 % sur la valeur vénale réelle de l'immeuble constituant la résidence principale du défunt et de son conjoint. Le taux des droits de mutation s'échelonne ensuite entre 5 et 40 % selon la tranche.

Entre personnes pacsées, l'abattement est de 57 000 euros et le taux applicable de 40 % pour une première tranche allant jusqu'à 15 000 euros puis de 50 % pour la tranche supérieure. Comme en matière d'imposition commune à l'impôt sur le revenu, le délai imposé par la loi du 15 novembre 1999, qui était de deux ans, pour bénéficier de ces dispositions spécifiques a été supprimé par la loi de finances pour 2005. Cette dernière a aussi étendu au partenaire pacsé survivant le bénéfice de l'abattement de 20 % sur la valeur de la résidence principale du couple.

Entre concubins, il n'existe aucune règle particulière : comme entre tiers, un taux de prélèvement de 60 % s'applique à la valeur des biens transmis, laquelle ne bénéficie que d'un abattement de 1 500 euros.

---

(1) La seule différence qui subsiste est relative aux conséquences de la séparation des partenaires (articles 6 et 8 du code général des impôts) : si le PACS prend fin au cours de l'année civile de sa conclusion ou de l'année suivante, chacun des partenaires fait l'objet d'une imposition distincte au titre de l'année de conclusion et de l'année de rupture, comme si le pacte n'avait pas existé ; le bénéfice tiré de l'imposition commune pendant la durée du pacte doit être restitué. Un divorce prononcé peu de temps après le mariage n'a pas cet effet.

(2) Cet abattement, créé par la loi de finances pour 2005, est effectué sur l'actif net successoral recueilli soit par les enfants ou les ascendants et, le cas échéant, le conjoint du défunt, soit par ce dernier seulement.

Ces différences s'expliquent par la nécessité de limiter les risques de fraude. C'est à cette fin que les délais de durée de vie sous le régime du PACS avaient, dans un premier temps, été imposés pour bénéficier du régime spécifique à ce contrat. Le fait que les partenaires sont solidairement tenus au paiement de l'impôt a permis de supprimer rapidement cette condition. L'absence d'obligations entre concubins explique qu'ils soient considérés comme des tiers par le droit fiscal.

• *Des règles successorales qui suivent des logiques dissemblables*

Les différences des dispositions fiscales en matière de succession s'accompagnent de différences toute aussi importantes pour ce qui est des règles successorales. Le contraste entre les différents statuts a encore été accru par la loi du 3 décembre 2001 <sup>(1)</sup> qui a amélioré les droits du conjoint survivant.

Sans entrer dans le détail des dispositions de cette loi, il convient d'en rappeler les grands principes. Si l'époux qui décède en premier laisse des descendants issus des deux époux, le conjoint survivant recueille l'usufruit de la totalité des biens ou la propriété du quart des biens, à son choix ; si les descendants ne sont pas issus du conjoint survivant, ce dernier recueille la propriété du quart des biens. En l'absence de descendants, le conjoint survivant recueille la moitié des biens si le défunt laisse ses deux parents, les trois quarts si celui-ci ne laisse que l'un de ses parents, l'ensemble de la succession s'il ne laisse ni son père ni sa mère. Dans ce dernier cas, les biens en nature que le défunt avait reçus par succession ou donation de ses parents sont dévolus pour moitié à ses frères et sœurs. En l'absence d'ascendant ou de descendant, le conjoint survivant est même héritier réservataire <sup>(2)</sup> pour un quart des biens.

D'autres avantages accordés au conjoint survivant s'ajoutent à ces droits sur la succession : un droit de jouissance gratuite du logement principal du couple pendant un an, un droit d'habitation du logement, s'il appartenait aux époux, et/ou un droit d'usage des meubles le garnissant, jusqu'à son décès, ainsi qu'un droit à pension alimentaire, s'il est dans le besoin et en fait la demande dans un délai d'un an.

---

(1) Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

(2) Avant son décès, le conjoint ne peut donc pas disposer par testament d'un quart de ses biens, lequel reviendra au conjoint survivant.

Si un époux est héritier réservataire en l'absence d'ascendant et de descendant, ni un partenaire, ni un concubin ne peut l'être. Ni le PACS ni le concubinage n'ouvrant de vocation successorale, le partenaire ou le concubin ne peut hériter qu'en vertu d'une disposition testamentaire. À la suite du décès du compagnon, pacsé ou concubin, le survivant peut néanmoins obtenir le transfert du bail du logement commun, même s'il n'est pas intervenu au moment de sa signature.

Pour ce qui est des libéralités, elles sont irrévocables dans les conditions de droit commun entre personnes pacsées et concubins, tandis que les donations de biens à venir sont toujours révocables entre époux. Depuis une décision de la Cour de cassation du 3 février 1999<sup>(1)</sup>, les libéralités entre concubins ne sont plus annulées pour cause immorale en cas d'adultère ; la Cour a estimé qu'elles n'étaient plus contraires aux bonnes mœurs.

#### **4.- Des modalités de dissolution plus ou moins formalisées**

Si les droits et obligations varient considérablement selon la forme de vie commune choisie par les couples, les modalités de la dissolution des unions et ses conséquences matérielles sont encore plus différentes : selon les situations, elles vont du divorce pour faute avec versement de dommages et intérêts à une simple séparation de fait.

Depuis la fin des années 1990, environ 120 000 divorces sont prononcés chaque année ; environ 40 % des mariages prennent fin ainsi. Même si la loi du 12 mai 2004<sup>(2)</sup> a pacifié le divorce, favorisé la recherche d'un consensus entre conjoints qui se séparent et réduit la durée de la procédure, le divorce reste une décision grave, qui nécessite l'intervention du juge.

Il existe désormais quatre formes de divorce : le divorce par consentement mutuel, lorsque les époux sont d'accord sur toutes les modalités de leur séparation ; le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage, quand les époux sont d'accord pour divorcer mais n'arrivent pas à s'entendre sur tous les effets de la séparation ; le divorce par altération définitive du lien conjugal, si l'un des époux ne veut pas divorcer alors que le couple est séparé de fait depuis deux ans ; et le divorce pour faute, lorsque l'un des époux ne veut pas divorcer alors que l'autre lui reproche des fautes rendant intolérable le maintien du lien conjugal. Dans toutes les

---

(1) Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 3 février 1999.

(2) Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

formes de divorce, le juge aux affaires familiales intervient : il peut se contenter d'homologuer la convention conclue entre les époux et de prononcer le divorce, en cas de consentement mutuel ; dans les autres cas, la conciliation ayant échoué, il prend des mesures provisoires, avant la phase contentieuse de la procédure, au cours de laquelle, à défaut de règlement conventionnel, il liquide le régime matrimonial et partage les intérêts patrimoniaux, attribue le logement familial, fixe une éventuelle prestation compensatoire, destinée à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie de chacun, voire accorde des dommages et intérêts à un époux qui subit des conséquences d'une exceptionnelle gravité du fait de la dissolution du mariage.

La loi du 12 mai 2004 met certes l'accent sur l'importance de la conciliation et de la médiation, et sur la recherche d'un règlement conventionnel des problèmes matériels induits par le divorce, mais, en l'absence d'accord entre les époux, c'est le juge qui tranche.

Le juge aux affaires familiales n'intervient en revanche pas dans la dissolution d'un PACS ou la fin d'une union libre, sauf si, faute d'accord, il est saisi et alors amené à attribuer la résidence habituelle, voire un droit de visite et d'hébergement et une pension alimentaire lorsque le couple a des enfants. Le PACS se dissout par consentement mutuel, par rupture unilatérale, par le mariage ou par le décès de l'un des partenaires. Dans le premier cas, il suffit aux partenaires d'adresser une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance de leur résidence commune. Dans le deuxième, la déclaration de rupture sera signifiée par huissier au partenaire, puis copie en sera adressée au greffe du tribunal d'instance qui a établi le pacte initial ; le PACS prendra fin trois mois après la signification. Le partenaire qui subit la rupture pourra éventuellement demander réparation du dommage, notamment en cas de faute tenant aux conditions de rupture. Il pourra en être de même en cas de brusque rupture du pacte, provoquée par le mariage d'un partenaire. Le juge intervient également pour trancher les éventuels différends relatifs au partage des droits patrimoniaux. Il peut donc être amené à jouer un rôle pour le règlement des effets de la dissolution du pacte, mais il ne prononce pas la dissolution elle-même.

Le concubinage étant une situation de fait, la loi n'organise pas les modalités de la rupture. Celle-ci n'obéit donc à aucun formalisme et n'ouvre pas droit à prestation compensatoire. Elle ne constitue pas en elle-même une faute susceptible d'ouvrir droit à des dommages et intérêts, mais une réparation peut, de manière assez restrictive, être accordée pour rupture abusive si les circonstances établissent une faute, en application de la responsabilité du fait personnel de droit commun (article 1382 du code civil). Dans d'autres circonstances, une indemnité

peut être obtenue lorsque l'existence d'une société de fait entre les concubins est démontrée ou que l'enrichissement sans cause d'un concubin aux dépens de l'autre est établi. Mais il s'agit là d'exceptions. La liberté de l'union se retrouve dans sa rupture, le caractère protecteur du mariage transparaisant nettement en comparaison.

## **B.– AMELIORER LA GRADATION DES DEVOIRS ET DES DROITS**

La Mission estime que cette gradation de devoirs et de droits, si elle peut être améliorée, est pleinement justifiée et permet à chaque couple de choisir, en fonction de sa situation, la forme de vie commune qui lui convient le mieux. Mais cette liberté de choix ne peut s'exercer que si les personnes connaissent précisément les droits et les devoirs induits par chaque forme d'union. C'est pourquoi la Mission juge primordial que soit assurée, dans le respect des choix de chacun, l'information des couples sur les protections et les obligations induites par les différentes formes de conjugalité.

Cette information peut être réalisée à différents moments, selon les situations : lorsqu'un statut légal est choisi, mariage ou PACS, elle doit être donnée au moment de la célébration ou de l'enregistrement ; dans le cas de l'union libre, elle pourrait être assurée lorsque le couple demande un certificat de concubinage. En tout état de cause, elle doit intervenir au plus tard au moment de la naissance des enfants.

*Proposition :*

*– afin de garantir un choix libre et éclairé, informer les couples, tout particulièrement au moment de la conclusion d'un PACS, d'une demande de certificat de concubinage, du mariage ou de la naissance des enfants, des différences entre les droits et les devoirs offerts par le mariage, le PACS et le concubinage*

### **1.– La liberté du concubinage doit être préservée**

Seule la définition du concubinage figurant dans le code civil, cette forme d'organisation du couple ne pose guère de problèmes « techniques », contrairement au PACS.

Tous les concubins ayant la possibilité de conclure un PACS, on peut supposer que leur maintien dans l'état de « non droit » est un choix libre de leur part, qu'il convient de respecter. Néanmoins, cette liberté peut avoir des

conséquences dommageables dans certains cas, ce qui conduit à s'interroger sur la pertinence d'un éventuel encadrement du concubinage, en particulier pour protéger les plus faibles.

Au cours de la table ronde réunissant les associations familiales laïques et protestantes <sup>(1)</sup>, plusieurs intervenants ont souhaité que la reconnaissance légale du concubinage effectuée par la loi du 15 novembre 1999 conduise à « *l'augmentation des droits des couples concubins* » qui ne sont pas pacsés, ce qui est le cas du plus grand nombre. M. Bernard Teper, président de l'Union des familles laïques, a estimé que « *la France est l'un des pays européens qui accordent le moins de droits aux concubins* ».

Au cours de son audition, Mme Françoise Dekeuwer-Défossez <sup>(2)</sup> a dénoncé la situation de « non droit » dans laquelle le code civil renvoie l'union libre. Elle a insisté sur l'urgence qu'il y a à prévoir un certain nombre de protections pour le plus faible des concubins, en général la femme, au moment de leur séparation et en cas de violences domestiques.

M. Alain Bénabent observe que la liberté de rupture de concubinage est une conséquence de l'absence d'engagement formel entre les concubins. Mais il reconnaît que cette situation peut être lourde de conséquence : « *Lorsque les concubins, avant de se séparer, ont vécu longtemps ensemble, que leurs situations sont très déséquilibrées et que l'un d'entre eux a renoncé à une carrière professionnelle et à l'autonomie patrimoniale pour l'intérêt commun, il ne me paraîtrait pas aberrant qu'une compensation soit offerte à ce dernier. Cela pourrait du reste trouver un fondement dans l'obligation naturelle, mais le juge n'a pas le droit d'appliquer ce concept en tant que tel. Il faudrait cependant trouver un mécanisme compensateur différent de la prestation compensatoire réservée aux époux, et l'exercice est malaisé* ». Il souligne par ailleurs que ce « simple mécanisme d'équité » devrait naturellement s'appliquer aussi dans le cadre du PACS, ce qui le rapprocherait encore davantage du mariage.

Tout comme l'idée d'un renforcement des droits et obligations des pacsés suscite l'inquiétude des personnes les plus attachées à la souplesse de ce pacte, un encadrement du concubinage, même au seul bénéfice des plus faibles, heurte le principe de liberté qui fonde cette forme d'union.

---

(1) Table ronde du 29 juin 2005.

(2) Audition du 5 octobre 2005.

Pour M. Éric Fassin, les couples doivent continuer à avoir le choix entre les différentes formes de conjugalité et la liberté du concubinage doit être préservée : *« Il ne s'agit pas de formaliser davantage le concubinage, mais de maintenir les options existantes en les modulant. La logique de liberté est inscrite dans les mœurs : les parents ont des enfants hors mariage, ce qui constitue une forme de liberté ».*

M. Daniel Borrillo tient lui aussi à éviter que l'on impose des devoirs à ceux qui ont choisi la liberté : *« Il convient cependant de se garder de toute évolution qui mettrait en cause l'autonomie de la volonté, et de ne pas suivre l'exemple de la loi catalane, qui, au bout de deux ans de vie commune, donne aux concubins des obligations, en particulier vis-à-vis des tiers. Je désapprouve les juristes qui ont proposé que le concubinage, en France, produise lui aussi des effets juridiques à partir d'une durée de deux ans de vie commune ».*

La protection, certes relative et prétorienne, reconnue dans certains cas aux concubins par le juge et les droits qui leur sont déjà accordés en matière sociale et de logement constituent des garanties suffisantes. Leur caractère relativement limité apparaît un prix à payer acceptable pour la liberté dont jouissent les concubins.

Il serait en effet logique qu'un renforcement des droits des concubins se traduise par une augmentation parallèle de leurs devoirs. Or préserver leur liberté suppose de maintenir l'absence de tout engagement de leur part, entre eux comme vis-à-vis de la société, et donc de ne pas accroître leurs droits.

En outre, les règles relatives à l'autorité parentale sont les mêmes, quel que soit le statut du couple. Les responsabilités qui échoient aux concubins en tant que parents sont donc identiques à celles des parents mariés.

La Mission estime donc qu'il convient de préserver la liberté du concubinage, laquelle constitue son essence, et donc ne pas imposer de contrainte particulière aux concubins dans leur vie de couple.

## **2.– Le pacte civil de solidarité doit devenir un contrat de couple cohérent**

Si, au moment de sa création, le PACS a été présenté par le ministère de la justice comme un contrat purement patrimonial, l'insertion par le législateur des dispositions qui le régissent dans le livre premier du code civil consacré aux personnes témoignait déjà de son caractère particulier de « convention solennelle »

et le rapprochait au moins formellement du mariage. La décision précitée du Conseil constitutionnel a suivi cette logique. Elle a été parachevée par la récente décision de la Cour de cassation <sup>(1)</sup> qui considère que, au regard du droit électoral, une personne pacsée est un membre de la famille de son partenaire. Ainsi, M. Alain Bénabent évoque-t-il la « matrimonialisation » du PACS.

Si cette évolution est critiquée par certains, aucune des personnes auditionnées ne s'est prononcée pour la suppression de ce pacte. En revanche, nombreux sont ceux qui ont souligné que ce texte, élaboré dans un contexte très passionnel et fruit d'un compromis entre la volonté réformatrice du législateur de l'époque et les prudences gouvernementales, présente des défauts qui justifient une réécriture. Les dispositions régissant le PACS manquent de cohérence et placent les couples dans une situation difficile. Les principaux problèmes découlent de la complexité du régime des biens qui repose sur deux présomptions d'indivision différentes selon le type de biens, de l'absence de toute exception au régime de solidarité des dettes et de la difficulté pour les tiers d'établir si une personne est pacsée ou non.

#### ***a) Les défauts du pacte civil de solidarité***

Pour les adversaires d'une modification de la loi du 15 novembre 1999, ou les défenseurs de son maintien en l'état, réformer le PACS conduirait à le rapprocher du mariage, et donc à réduire la spécificité de celui-ci en tant qu'institution fondatrice du droit de la famille. Pour d'autres, un PACS trop proche du mariage reviendrait à créer un mariage *bis* ouvert, contrairement au mariage, aux couples de même sexe, ce qui maintiendrait une discrimination au détriment de ces couples, et limiterait les possibilités de choix entre les trois formes actuelles d'organisation du couple puisque les effets du PACS et du mariage ne différeraient plus guère.

M. Paul de Viguier, président de la Confédération nationale des associations familiales catholiques, défend la première logique : « *si le PACS et le concubinage donnent droit aux mêmes avantages que le mariage, je ne vois vraiment pas quel intérêt les couples trouveront à se marier civilement, d'autant que s'ils veulent ensuite se séparer, ils doivent divorcer, procédure qui reste difficile même si elle est désormais pacifiée* » <sup>(2)</sup>.

---

(1) Cour de cassation, 2<sup>ème</sup> chambre civile, 25 mars 2004.

(2) Audition du 5 octobre 2005.



Mme Chantal Lebatard, administratrice de l'Union nationale des associations familiales (UNAF), n'est pas non plus favorable à un approfondissement des droits et des devoirs ouverts aux personnes pacsées : « *En rapprochant maintenant le PACS du mariage, on brouille les cartes et l'on crée une sorte de sous-mariage, ce qui ne clarifie pas le débat, n'assure pas la protection des intéressés et suscite des ambiguïtés* »<sup>(1)</sup>. Elle rappelle que l'UNAF a toujours préconisé la création d'un statut ouvert aux seuls couples de même sexe, comme cela existe dans plusieurs pays européens.

La seconde thèse est présentée par M. Éric Fassin : « *En réponse aux demandes d'égalité entre les sexualités, sans doute certains proposent-ils de renforcer les droits et les devoirs du PACS, pour le rapprocher du mariage. Mais formaliser davantage le PACS, n'est-ce pas démentir la logique de liberté qu'ouvre la pluralité des modes d'organisation conjugale ? En outre, fût-ce au nom de l'égalité, n'est-ce pas contredire le principe d'égalité, puisqu'en alignant le PACS sur le mariage, on reviendrait subrepticement au projet de créer un mariage bis en ne laissant au mariage lui-même qu'une caractéristique en propre : l'exclusion des couples de même sexe ?* ». M. Daniel Borrillo craint lui aussi que la réforme du PACS ne conduise à moins de souplesse : « *il semble plus judicieux d'ouvrir le droit au mariage que de donner aux couples pacsés les mêmes droits qu'aux couples mariés. L'intérêt du PACS se trouve aussi dans sa plus grande souplesse. Lorsque l'on propose de nouveaux droits, s'ajoutent aussi des nouvelles obligations qui vont nécessairement rendre le PACS plus contraignant* ».

On trouve ainsi des adversaires à l'évolution du PACS aussi bien parmi les défenseurs du mariage traditionnel que parmi les promoteurs de son ouverture aux couples de même sexe.

Néanmoins, la plupart des personnes entendues par la Mission estiment que la gradation entre les trois formes d'organisation du couple, et notamment la spécificité du mariage, peut être maintenue même si le PACS offre plus de garanties aux partenaires. Elles soulignent presque unanimement les imperfections du texte actuel, que ce soit dans le régime des biens (l'indivision) qui, de fait, peut rendre très conflictuelle une séparation, que dans l'octroi des droits sociaux qui diffère selon les voies professionnelles choisies par les pacsés. De même, les devoirs d'un partenaire au regard du règlement des dettes de l'autre vont bien au-delà des obligations des conjoints mariés. L'absence de mention du PACS sur l'acte de naissance rend complexes certains actes de la vie courante. Enfin, certains

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

témoignent des effets d'aubaine du PACS, permis par la facilité de conclusion et de dissolution du contrat, notamment pour les mutations dans la fonction publique obtenues par la signature d'un pacte de complaisance. Au total, une majorité de personnes entendues se rejoignent pour défendre une réforme qui ferait du PACS un contrat de couple cohérent et équilibré, intermédiaire entre concubinage pur et mariage, sans lui donner d'effets en matière de filiation.

Les dispositions régissant les contrats voisins du PACS en vigueur dans d'autres pays (*cf.* tableau en annexe n° 4) témoignent de la possibilité d'améliorer le contenu du PACS tout en maintenant clairement sa différence par rapport au mariage, et ce même si dans certains pays les partenariats civils se sont progressivement rapprochés du mariage jusqu'à ne plus s'en distinguer que par des détails.

Si une réforme du PACS apparaît souhaitable au plus grand nombre, son contenu reste à déterminer. Le groupe de travail mis en place à la Chancellerie a étudié les différentes voies d'évolution et proposé une série de mesures, parmi lesquelles un choix peut être opéré.

***b) Les propositions d'évolution élaborées par le groupe de travail du ministère de la justice***

M. Dominique Perben, alors garde des Sceaux, a constitué un groupe de travail sur le PACS, qui a remis son rapport le 30 novembre 2004 <sup>(1)</sup>. Certaines des préconisations formulées par le groupe de travail sont purement techniques, d'autres sont de plus grande portée, et visent à établir un meilleur équilibre entre les droits et les devoirs des pacsés.

Elles sont globalement approuvées par M. Alain Bénabent : « *force est de reconnaître que, entre le mariage et le PACS, la comparaison est faussée, en ce sens que, contrairement aux hétérosexuels, les homosexuels n'ont pas de choix possible. Sur ce point, les améliorations du régime juridique du PACS telles que proposées par le groupe de travail apparaissent tout à fait séduisantes et de nature à assurer un équilibre satisfaisant* ».

---

(1) *Le pacte civil de solidarité, réflexions et propositions de réforme*, rapport remis à M. Dominique Perben, garde des Sceaux.

Elles sont aussi soutenues par un grand nombre d'associations, parmi lesquelles les associations de défense des droits des homosexuels, les associations familiales laïques mais aussi Familles rurales.

- *Des améliorations techniques*

En ce qui concerne la **conclusion du PACS**, plusieurs modifications utiles sont préconisées :

– il conviendrait de préciser que la convention écrite à laquelle la conclusion du pacte est subordonnée (article 515-3 du code civil) peut être un acte sous seing privé (comme c'est le cas aujourd'hui) ou un acte authentique passé devant notaire ;

– une fois la déclaration de PACS enregistrée par le greffier du tribunal d'instance, il serait souhaitable que la publicité de la conclusion du pacte (puis de son éventuelle dissolution) soit portée en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires par l'apposition d'une mention simplifiée ne révélant pas l'identité du partenaire, afin de libérer les greffiers de la lourde charge de délivrer des certificats de non-PACS, tout en assurant une certaine discrétion.

Le PACS bénéficierait ainsi d'un mode d'enregistrement actuellement réservé aux changements d'état des personnes.

Le groupe de travail suggère aussi de lever l'interdiction de souscrire un pacte pour les majeurs sous tutelle<sup>(1)</sup> (article 506-1 du code civil), de prévoir que les majeurs sous curatelle se fassent assister par leur curateur lors de la conclusion de la convention de pacte civil de solidarité<sup>(2)</sup> et de reconnaître aux personnes incarcérées le droit de se pacser, même si elles ne remplissent pas complètement, du fait de leur incarcération, la condition de vie commune.

**S'agissant des biens**, l'article 515-5 du code civil prévoit deux régimes différents selon la nature des biens acquis pendant le PACS et deux présomptions d'indivision différentes : les meubles meublants sont indivis sauf déclaration contraire dans la convention initiale et les autres biens sont présumés indivis par

---

(1) Ils pourraient conclure un pacte avec l'assistance de leur tuteur ou en étant représentés par celui-ci, après autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles.

(2) Actuellement, devant le silence de la loi, ils peuvent conclure librement un PACS, malgré l'importance de conséquences patrimoniales de ce dernier.

moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose pas autrement. Le groupe de travail estime que le régime de la séparation des biens serait plus simple et beaucoup mieux adapté à la nature du PACS, lequel se caractérise par la liberté de sa rupture, les partenaires pouvant toujours opter conventionnellement pour un régime d'indivision organisée.

Afin d'éviter les **problèmes juridiques internationaux**, une règle de conflit des lois en matière de PACS devrait être insérée dans le code civil. Le rattachement du pacte à la loi du lieu d'enregistrement est préconisé.

- *Un rééquilibrage entre les droits et les devoirs*

Le groupe de travail propose plusieurs améliorations des **droits sociaux** des partenaires d'un PACS. Il est notamment demandé qu'une autorisation d'absence d'un jour soit accordée pour la conclusion d'un PACS. Par ailleurs, le groupe de travail souhaite que les droits sociaux des pacsés artisans ou indépendants soient améliorés. En effet, les pacsés salariés, et plus particulièrement ceux du secteur public et des grandes entreprises, se sont vus reconnaître l'ensemble des droits sociaux des couples mariés. En revanche, les pacsés salariés de PME, exerçant une profession libérale ou travailleurs indépendants, ne bénéficient pas de cet alignement des droits sur ceux des couples mariés, ce qui constitue une différence de traitement injustifiée.

La plus importante demande concerne le droit à pension de réversion. Le groupe de travail estime qu'il conviendrait d'ouvrir ce droit aux partenaires pacsés depuis deux ans, ce qui réintroduirait le délai que la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites a supprimé, s'agissant de la réversion entre époux. Cet encadrement lui semble justifié par la souplesse de la rupture du PACS par rapport à celle du mariage et par le caractère contractuel du premier.

En ce qui concerne le **régime fiscal** du PACS, après les améliorations apportées par la loi de finances pour 2005, le groupe de travail est favorable à l'extension au partenaire survivant d'un abattement global équivalent à celui accordé au conjoint survivant depuis 2005, et, au-delà, à l'alignement de la fiscalité successorale du partenaire survivant sur celle du conjoint survivant.

Un autre domaine dans lequel des améliorations du PACS sont demandées est le **droit des étrangers**. Ainsi, les conditions relatives à la durée de vie commune exigée pour l'obtention, par le partenaire étranger d'un Français, d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » mériteraient d'être précisées.

S'agissant des **devoirs entre partenaires**, le groupe de travail juge nécessaire d'apporter quelques précisions à la loi. D'une part, il estime que, créateur de droits, le PACS devrait comporter, comme le mariage, la reconnaissance d'un devoir d'assistance entre les partenaires. D'autre part, il considère qu'il serait juste de limiter le régime de solidarité actuel des pacsés à l'égard des tiers pour les dettes contractées par un partenaire pour les besoins de la vie courante, car cette solidarité va aujourd'hui bien au-delà de celle des couples mariés, puisqu'elle englobe, faute de précisions, les dépenses excessives. Il conviendrait également de préciser que l'aide mutuelle entre les partenaires est fonction de leurs capacités contributives respectives, ce qui n'est pas prévu par le texte.

*c) Les autres revendications*

Malgré leur accord sur l'ensemble des préconisations du groupe de travail, certaines associations souhaitent aller encore plus loin.

Ainsi, Homosexualités et socialisme et l'Interassociative lesbienne, gaie, bi et trans souhaitent que le PACS soit signé en mairie, sur les registres de l'état civil, ce qui augmenterait sa portée symbolique.

Ces deux associations demandent aussi que soit garantie aux personnes unies par un PACS une liberté de choix pour organiser leur succession. Au moment de la signature du pacte, elles devraient avoir le choix entre la situation actuelle (en l'absence de testament, le partenaire n'est pas considéré comme héritier) et un dispositif inspiré des droits du conjoint survivant marié (le survivant hérite entre la totalité et le quart des biens de son conjoint selon la situation familiale de ce dernier), qui permettrait de faire du partenaire un héritier, même en l'absence de testament.

Plus modestement, les notaires entendus par la Mission ont estimé qu'il serait utile d'ouvrir à une personne pacsée le droit au moins temporaire de continuer à occuper le logement du couple après le décès de son partenaire, qui en était le propriétaire, même s'il n'a pas été prévu qu'il en hérite. Un pas supplémentaire pourrait consister à permettre qu'un testament lui accorde un droit viager à l'occupation de ce logement.

Les notaires ont aussi évoqué la possibilité de s'inspirer du modèle en vigueur en Catalogne qui prévoit une forme particulière de partenariat enregistré, réservée aux couples de même sexe, laquelle donne à ceux-ci des droits proches de ceux accordés aux époux <sup>(1)</sup>, à l'exception de ceux liés à la filiation. Ce partenariat permettait d'accroître les droits, notamment patrimoniaux, des partenaires de même sexe, sans leur ouvrir le mariage.

*d) Pour une réforme du pacte civil de solidarité*

La Mission est favorable à une réforme du PACS qui résolve les difficultés apparues au cours des premières années de la mise en œuvre de la loi du 15 novembre 1999 et améliore l'équilibre entre les droits et les devoirs des partenaires pacsés, tout en respectant la spécificité du mariage.

En ce qui concerne les **modalités de conclusion et d'enregistrement** du PACS, la Mission est favorable aux propositions du groupe de travail. Il ne lui semble pas pertinent de prévoir une signature du pacte en mairie. En effet, elle ne veut ni nuire à la cohérence de ses propositions, ni apparaître comme hypocrite en conférant à la signature du PACS une trop grande ressemblance avec la célébration d'un mariage, alors que les droits et les devoirs en sont fondamentalement différents. En outre, l'enregistrement au tribunal d'instance assure aux pacsés une certaine discrétion, à laquelle beaucoup de personnes sont attachées. Dans les petites communes en particulier, les couples de même sexe qui se lient par un PACS ne souhaitent pas forcément attirer l'attention sur eux en le signant à la mairie. Pour ce qui est de la mention en marge de l'acte de naissance, la Mission considère qu'elle doit se limiter à l'indication du tribunal et de la date d'enregistrement.

La Mission souhaite que, par souci de simplicité et de sécurité, les présomptions d'indivision soient remplacées par un **régime de séparation des biens**, en l'absence d'autres dispositions dans le pacte.

---

(1) Le partenaire survivant peut conserver les meubles du logement, sauf les bijoux ou les objets de valeur particulière ; il a un droit au maintien dans le logement si le défunt en était propriétaire, sauf si ce dernier lui a accordé l'usufruit sur toute la succession pour une période supérieure à un an ; il a droit à la continuation du bail si le logement était loué. Lorsque les partenaires sont de sexe différent, ils ont aussi droit à des aliments dont la valeur est imputée sur l'actif successoral.

Afin notamment d'assurer à toutes les personnes pacsées le même traitement quel que soit leur employeur, elle se rallie à l'ensemble des propositions du groupe de travail en matière de **droits sociaux**. Le seul point sur lequel elle se distingue de celui-ci est l'ouverture du droit à pension de réversion : elle estime que ce droit ne doit être accordé qu'aux partenaires pacsés depuis au moins cinq ans, et pas depuis deux ans seulement, comme le suggérait le groupe de travail. Il s'agit d'empêcher tout risque d'abus.

En outre, afin d'**éviter la conclusion de « PACS blancs »**, la Mission souhaite soumettre les droits sociaux ouverts par le pacte à la preuve que les revenus des partenaires font l'objet d'une imposition commune. Par la liberté de séparation qu'il offre, le PACS ouvre des possibilités de fraude plus importantes que le mariage. Avant de leur accorder des droits, il convient donc de vérifier la réalité de l'engagement des partenaires, en exigeant qu'ils se soumettent à l'obligation d'imposition commune, prévue par le code général des impôts.

En matière de **fiscalité successorale**, la Mission estime qu'il serait équitable d'étendre au partenaire survivant le bénéfice de l'abattement spécifique de 50 000 euros sur l'ensemble de l'actif successoral, ouvert depuis 2005 au conjoint survivant (article 775 *ter* du code général des impôts). La Mission ne souhaite pas aller au-delà en alignant la fiscalité successorale du partenaire survivant sur celle du conjoint survivant ou en faisant du partenaire survivant un héritier en l'absence de testament. Elle considère en effet qu'il est très facile de rédiger un testament et que le pacte lui-même peut contenir des dispositions testamentaires.

En revanche, elle juge nécessaire de permettre au partenaire survivant de bénéficier du **droit de jouissance gratuite du logement** du couple pendant un an après le décès, lorsque le logement appartenait au partenaire défunt (article 763 du code civil). Quand le logement est loué, le partenaire, comme le concubin, peut déjà obtenir un transfert de bail. Il convient d'éviter qu'une personne en deuil soit brutalement chassée du logement qu'elle occupe, pour le seul motif que son partenaire en était propriétaire. Dans la même logique, elle est favorable à ce que, lorsqu'il existe un testament en faveur du partenaire, celui-ci puisse avoir un droit viager d'habitation du logement (articles 764 à 766 du code civil) et un droit d'attribution préférentielle de la propriété du logement (article 832 du code civil).

Comme le propose le groupe de travail, la Mission souhaite que l'aide mutuelle et matérielle entre partenaires soit définie, et, en particulier, qu'il soit précisé que la contribution des partenaires aux charges de la vie commune est fonction de leurs facultés respectives. Elle estime juste d'écarter les dépenses excessives de la solidarité à l'égard des tiers en ce qui concerne les dettes

contractées par un partenaire pour les besoins de la vie courante. Il s'agit là de protéger les partenaires pacsés qui sont soumis aujourd'hui à un régime de devoirs plus important sur ce point que les conjoints mariés.

Enfin, pour que la consolidation des droits sociaux et fiscaux des personnes pacsées s'accompagne d'une réaffirmation de leurs devoirs mutuels, la Mission préconise la reconnaissance d'un **devoir de soutien** entre partenaires : il s'agit essentiellement d'affirmer un devoir d'aide et de soins mutuels, qui dépasserait les seules solidarités financières.

*Propositions :*

***– la conclusion et l'enregistrement du PACS :***

*– préciser que la convention écrite à laquelle la conclusion du pacte est subordonnée peut être un acte sous seing privé ou un acte authentique passé devant notaire*

*– maintenir l'enregistrement par le greffier du tribunal d'instance, mais porter l'existence et, le cas échéant, la dissolution du pacte en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires par l'apposition d'une mention simplifiée ne révélant ni l'identité, ni le sexe du partenaire*

*– lever l'interdiction de souscrire un pacte pour les majeurs sous tutelle, prévoir que les majeurs sous curatelle se fassent assister par leur curateur lors de la conclusion et de la dissolution du pacte civil, et reconnaître aux personnes incarcérées le droit de se pacser*

***– le régime des biens :***

*– remplacer les présomptions d'indivision en vigueur par un régime de séparation des biens, les partenaires pouvant toujours opter conventionnellement pour un régime d'indivision organisée*

***– les droits sociaux :***

*– instaurer une autorisation d'absence d'un jour pour la conclusion d'un PACS*

*– permettre le recours aux contrats à durée déterminée pour remplacer un partenaire participant effectivement à l'activité professionnelle de l'entreprise*

*– permettre le recours aux employés des entreprises de travail temporaire pour remplacer le partenaire participant effectivement à l'activité de l'entreprise*

*– considérer comme travailleur à domicile la personne qui travaille avec son partenaire*

*– considérer le partenaire comme une personne à charge pour le calcul de la part saisissable et cessible de la rémunération*



- étendre les prestations en espèces de l'assurance maladie et maternité aux partenaires
- étendre aux partenaires les droits en matière d'accidents du travail
- permettre l'affiliation du partenaire collaborateur d'un travailleur indépendant au régime d'assurance vieillesse de ce dernier
- ouvrir le droit à pension de réversion aux partenaires pacsés depuis cinq ans
- soumettre l'ouverture des droits sociaux offerts par le PACS à la production de la preuve de l'imposition commune des revenus des partenaires
- **la fiscalité successorale :**
- étendre au partenaire survivant l'abattement supplémentaire de 50 000 euros accordé depuis 2005 au conjoint survivant
- **le régime successoral du logement :**
- donner au partenaire survivant un droit temporaire de jouissance gratuite du logement pendant un an
- lorsque le partenaire survivant est légataire, lui donner un droit viager d'habitation du logement
- lorsque le partenaire survivant est légataire, lui donner un droit d'attribution préférentielle de la propriété du logement
- **le droit des étrangers :**
- préciser par voie de circulaire les conditions relatives à la durée de vie commune exigée pour l'obtention, par le partenaire étranger d'un Français, d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale »
- **les devoirs entre partenaires :**
- équilibrer l'aide mutuelle et matérielle entre partenaires en prenant en compte leurs facultés contributives
- limiter le régime de solidarité à l'égard des tiers pour les dettes contractées par un partenaire pour les besoins de la vie courante, en excluant les dépenses excessives
- créer un devoir de soutien entre partenaires

### **3.– Le mariage républicain doit rester l'institution fondatrice de la famille**

Les travaux de la Mission ont bien montré la fragilisation du mariage républicain, des couples de plus en plus nombreux faisant du concubinage un choix de vie durable, y compris après l'arrivée d'enfants au foyer. Néanmoins, la majorité de la Mission considère que le mariage civil présente des caractéristiques qui justifient, dans l'intérêt de l'enfant, qu'il garde toute sa place dans le droit de la famille.

#### ***a) Le mariage civil n'est pas seulement un contrat***

Le mariage n'est pas seulement la forme de vie commune qui assure la meilleure protection de ceux qui l'ont choisie. Il est aussi, et surtout, la seule « à produire des effets familiaux », pour reprendre la formule utilisée par le garde des Sceaux devant la Mission<sup>(1)</sup>. Le mariage n'est ainsi pas seulement la reconnaissance contractuelle de l'amour d'un couple. C'est un cadre exigeant de droits et de devoirs conçu pour permettre l'accueil et le développement harmonieux de l'enfant.

Les juristes reconnaissent au mariage une dimension institutionnelle, que M. Jean Hauser présente en ces termes : « *Le mariage est l'objet d'un droit et d'une liberté fondamentale mais, contrairement à bien d'autres droits individuels qui s'exercent par des actes dont le seul cadre est la liberté des conventions, le mariage a une autre dimension. S'il est le droit de conclure un acte individuel, il est aussi le droit de choisir un modèle défini et protégé, au moins en principe, par la société. Le mariage n'est pas seulement un droit ou une liberté, c'est aussi une institution sociale* ».

Tous les représentants des confessions religieuses entendus par la Mission<sup>(2)</sup> ont unanimement mis l'accent sur le rôle fondamental du mariage comme institution sur laquelle se fonde la famille, tout en reconnaissant la spécificité française que constitue le mariage civil obligatoire, qui fait de cette institution un pilier de la République laïque au-delà du sacrement religieux.

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

(2) Auditions du 7 décembre 2005.

L'archevêque de Paris André Vingt-Trois justifie le rôle de l'institution du mariage dans la société en ces termes : « *Différents aménagements législatifs de ces dernières décennies induisent l'idée que le mariage n'est qu'un contrat purement privé entre les individus, fondé sur leur seule affectivité et sur un désir d'union dont ils définiraient eux-mêmes les conditions et à laquelle ils mettraient un terme quand ils le souhaitent. Si l'on persévère dans cette vision d'une gestion législative de contrats privés, on vide toute possibilité d'expression de l'intérêt de la société dans le mariage. La société se prive de son droit légitime à dire en quoi le mariage importe à sa stabilité et à son renouvellement* »<sup>(1)</sup>.

Pour sa part, le Grand Rabbin Joseph Sitruk considère que « *la famille [qu'il] appelle "légitime", c'est-à-dire issue du mariage, est la seule manière de concevoir utilement l'avenir. Le mariage est la base de la responsabilité* »<sup>(2)</sup>.

Certaines des loges maçonniques partagent cette conviction, que M. Jean-Pierre Pilorge, Grand Secrétaire de la Grande loge nationale française, a exprimée en ces termes : « *La valeur sociale du mariage vient de ce qu'il est la pierre d'assise assurant la stabilité de la famille, cellule de base de la société. Par l'union conjugale, le couple hétérosexuel qui fonde la famille fournit un milieu stable et propice à la prise en charge des enfants et à l'éducation des générations futures. La famille est la base du lien social qui s'établit entre les générations qui se succèdent et qui font ainsi l'apprentissage de l'amour et de l'altérité. Le mariage est l'institution sur laquelle est fondée la société occidentale* »<sup>(3)</sup>.

Cette dimension spécifique du mariage a pour effet d'en faire la forme d'union qui préserve le mieux l'intérêt de l'enfant. Elle est aussi un élément essentiel à prendre en considération dans le débat sur l'éventuelle ouverture du mariage aux personnes de même sexe.

#### ***b) Le mariage est la forme d'union qui préserve le mieux l'intérêt de l'enfant***

Malgré le développement de l'union libre et la conclusion d'un nombre significatif de PACS, le mariage conserve une place à part, dans la mesure où, réservé aux couples de sexe différent, il est le seul à ouvrir la présomption de paternité et continue à offrir des avantages, notamment fiscaux, plus importants.

---

(1) Audition du 7 décembre 2005.

(2) *Idem.*

(3) Table ronde du 7 décembre 2005.

- *L'enfant est au cœur du mariage*

La place centrale de l'enfant dans le mariage apparaît dès sa célébration. L'officier de l'état civil lit en effet cinq articles du code civil, parmi lesquels deux visent explicitement l'éducation des enfants : l'article 213 charge les époux d'assurer « *ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ». Depuis la loi du 4 mars 2002, il est aussi fait lecture de l'article 371-1 du code civil, qui définit l'autorité parentale. Si cet article s'applique à tous les parents, mariés ou non, sa lecture au cours de la célébration du mariage souligne la vocation familiale de cette union.

Comme l'a précisé M. Alain Bénabent, en droit, la situation conjugale des parents n'a plus d'incidence sur leurs enfants, à l'exception de la présomption de paternité et de l'adoption conjointe, réservées aux couples mariés, et d'une condition de durée de vie commune de deux ans imposée aux concubins, mais pas aux époux, pour accéder à l'assistance médicale à la procréation. Ces exceptions peuvent apparaître marginales, mais elles illustrent bien la dimension familiale du mariage, qui a vocation à accueillir des enfants, conçus de manière naturelle, grâce à l'aide de la médecine ou adoptés, mais qui auront, dans tous les cas, deux parents.

M. Alain Bénabent juge que la différence entre les enfants selon que leurs parents sont mariés, pacsés ou concubins n'est que « purement psychologique », les enfants pouvant avoir l'impression que les parents non mariés se sépareront plus facilement. Mme Edwige Antier souligne pourtant l'importance symbolique du mariage aux yeux des enfants : « *Les enfants aiment que leurs parents soient mariés. Cette officialisation du lien qui les unit leur est toujours symboliquement précieuse, même s'ils savent que des parents mariés peuvent divorcer* »<sup>(1)</sup>.

Selon M. Xavier Lacroix, « *d'après des sources convergentes, les couples concubins sont en moyenne six fois plus instables que les couples mariés et, même lorsqu'ils ont des enfants, ils le sont encore deux fois plus* ». La plus grande stabilité des couples de parents mariés n'est donc pas une simple illusion enfantine.

---

(1) Table ronde du 30 novembre 2005.

Il estime surtout que « *le mariage est la seule institution qui lie, noue et unifie a priori les trois dimensions de la filiation ou de la parenté : biologique, juridique et sociale* ». Il estime que l'intérêt de l'enfant est « *de pouvoir compter sur un lien stable et institué entre ses deux parents, autrement dit sur un engagement de fidélité* » et que la reconnaissance d'un enfant n'emporte pas les mêmes garanties que la présomption de paternité : « *reconnaître un enfant, c'est bien s'engager envers lui, mais que vaut cet engagement en l'absence de tout engagement à la fidélité envers l'autre parent, c'est-à-dire si délibérément reste ouverte l'hypothèse que l'un des deux parents quitte le foyer familial ?* ».

Il est incontestable que, dans les faits, en cas de séparation des parents, les enfants sont mieux protégés lorsque leurs parents étaient mariés que lorsqu'ils ne l'étaient pas, le juge intervenant obligatoirement dans un divorce, notamment pour veiller à l'intérêt de l'enfant.

M. Philippe Bas, ministre délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille, a ainsi déclaré que « *L'une des grandes forces du mariage, c'est, paradoxalement, le divorce. Pourquoi ? Parce qu'il n'est pas la répudiation. Il y a en effet des obligations des deux parents – envers l'enfant, mais aussi l'un envers l'autre le cas échéant – qui survivent au divorce, ce qui, du point de vue de l'intérêt de l'enfant, fonde la supériorité du mariage sur les autres formules* »<sup>(1)</sup>.

M. Jean-Marie Bonnemayre, président du Conseil national des associations familiales laïques, a souligné cette faiblesse de l'union libre par rapport au mariage : « *Les couples qui vivent en concubinage ne sont pas, par définition, connus de l'autorité publique. Les choses se compliquent quand ils ont des enfants et se séparent. Ces séparations, qui ne se règlent pas toujours par les tribunaux et que l'on peut qualifier de "sauvages", produisent parfois des dégâts considérables* »<sup>(2)</sup>.

---

(1) Audition du 14 décembre 2005.

(2) Table ronde du 29 juin 2005.

M. François Édouard, secrétaire général de la Confédération syndicale des familles, fait le même constat : « *Les couples vivant en concubinage avec enfants ont les mêmes obligations et les mêmes droits que les autres. Mais n'étant ni mariés, ni pacsés, ils vivent le moment de la séparation de manière particulièrement difficile, ce qui conduit parfois à des situations dramatiques pour les enfants* »<sup>(1)</sup>.

La Mission considère qu'il n'est pas possible d'envisager de manière distincte mariage et filiation, les deux questions étant intimement liées car le mariage s'est construit autour de l'enfant. Elle est soutenue dans ce raisonnement par les exemples étrangers. Ainsi, les pays qui ont ouvert le mariage aux couples de même sexe ont tous autorisé l'adoption par ces couples, ainsi que développé des systèmes d'aide à la procréation, voire de gestation pour autrui, afin de permettre à ces couples d'avoir des enfants.

***c) L'altérité homme-femme doit continuer de fonder le mariage***

La question de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe est devenue depuis plusieurs années un débat international et national. La création du pacte civil de solidarité a permis de résoudre certains problèmes matériels auxquels se heurtaient les couples de même sexe. La définition dans la loi du concubinage, qui inclut couples de sexe différent et couples de même sexe, a résolu la difficulté provoquée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui ne reconnaissait de droits sociaux qu'au sein des couples informels formés de personnes de sexe différent.

Les principaux problèmes pratiques rencontrés dans la vie quotidienne par les couples de même sexe ont ainsi trouvé, ou peuvent encore trouver, une solution par le biais du PACS ou de l'union libre. La revendication de l'ouverture du mariage relève donc d'une autre logique : il s'agit d'obtenir, par l'affirmation de l'égalité des droits entre tous les couples, une forme de reconnaissance sociale. Cette démarche peut apparaître paradoxale au moment où l'institution du mariage ne constitue plus une norme sociale incontournable ni pour les couples ni même pour les familles.

---

(1) *Idem.*

- *Le contexte juridique international*

Le fait que le mariage entre personnes de même sexe vienne d'être autorisé dans quelques États, proches géographiquement ou culturellement de la France, est utilisé comme un argument par les défenseurs français de cette revendication. M. Éric Fassin indique que cette évolution « *nous montre clairement que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, ce n'est pas la fin du monde, mais seulement la fin d'un monde* ». Mais force est de constater qu'elle est encore récente, et que l'opinion publique des pays concernés témoigne parfois d'un certain scepticisme.

Ainsi, au Canada, en avril 2005, au moment de l'examen du projet de loi fédérale visant à tirer les conséquences des décisions des Cours d'appel provinciales en faveur de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, la part de la population d'accord avec la réforme n'atteignait que 52 %, alors que 44 % y étaient opposés. Le contraste entre la position de la moitié la plus jeune de la population et celle de la moitié la plus âgée était sensible. Les habitants des zones urbaines s'avèrent plus ouverts à cette évolution que les ruraux.

En juin 2004, un an avant que l'Espagne ouvre le mariage aux personnes de même sexe, le Centre d'enquêtes sociologiques estimait que 66 % de la population espagnole y étaient favorables et que 26 % seulement s'y opposaient. Malgré l'opposition ferme des Églises, l'opinion semblait donc plus largement favorable à cette réforme en Espagne qu'elle ne l'est en France.

– *Le mariage entre personnes de même sexe est autorisé dans plusieurs pays*

Deux cours suprêmes étrangères se sont récemment prononcées en faveur de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe au nom de l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle : la Cour suprême du Canada et la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud.

Au Canada, les cours d'appels de huit provinces ou territoires<sup>(1)</sup>, sur les treize entités que compte la fédération, ont statué que le droit à l'égalité sans discrimination exigeait une égalité d'accès au mariage civil pour les conjoints de même sexe, considérant toutes que l'interdiction du mariage entre deux personnes

---

(1) Dans l'ordre chronologique : Ontario (juillet 2002), Québec (septembre 2002), Colombie Britannique (mai 2003), Yukon (juillet 2004), Manitoba (septembre 2004), Nouvelle-Écosse (septembre 2004), Saskatchewan (novembre 2004), et Terre-Neuve-et-Labrador (décembre 2004).

du même sexe, fondée sur la définition du mariage retenue par la *commom law*<sup>(1)</sup>, constituait une violation de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui a valeur constitutionnelle et interdit toutes les discriminations. Interrogée par le Gouvernement fédéral sur un projet de loi visant à définir le mariage civil comme « *l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne* », la Cour suprême du Canada a estimé que ce projet de loi non seulement n'était pas contraire à la Constitution, mais qu'au contraire il la renforçait et garantissait les droits qu'elle reconnaissait. Elle a en revanche refusé de répondre à la question qui lui était posée sur la conformité de la définition traditionnelle du mariage à la Charte des droits et libertés au motif, notamment, que cela pourrait compromettre le but visé par le Gouvernement d'uniformiser le droit en matière de mariage civil dans l'ensemble du Canada et que cela pourrait créer une confusion juridique à l'égard des décisions déjà rendues par les juridictions inférieures. La nouvelle loi sur le mariage civil a été définitivement adoptée le 20 juillet 2005.

La Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud est allée plus loin. Dans une décision rendue le 30 novembre 2004 sur l'affaire *Fourie and another versus minister of home affairs and others*, elle a affirmé que la définition du mariage comme acte unissant « *un homme et une femme* » est contraire à la Constitution sud-africaine et que, pour être conforme à celle-ci, le mariage doit dorénavant être défini comme « *l'union de deux personnes* », sans référence à la différence de sexe. Le Gouvernement ayant fait appel de cette décision devant la Cour constitutionnelle, celle-ci s'est prononcée le 1<sup>er</sup> décembre 2005 en faveur du mariage de personnes de même sexe et a donné un an au Parlement pour modifier la définition légale du mariage, la définition actuelle étant jugée « *incompatible avec la Constitution et non valide dans la mesure où elle ne permet pas aux couples de même sexe de bénéficier du statut, des avantages, ainsi que des responsabilités, qu'elle accorde aux couples hétérosexuels* ».

En outre, trois États fédérés des États-Unis permettent le mariage entre personnes du même sexe : c'est le cas d'Hawaï et de l'Alaska, depuis 2001, à la suite de décisions de leurs cours de justice respectives, et du Massachusetts, depuis un arrêt de la Cour suprême de cet État du 4 février 2004. Celle-ci a estimé que « *l'interdiction du mariage civil faite aux couples du même sexe est anticonstitutionnelle car elle les prive des mêmes protections civiles que celles* ».

---

(1) Cette définition figure notamment dans l'arrêt de 1866 *Hyde contre Hyde* : « *le mariage, tel que le conçoit la chrétienté, peut à cette fin être défini comme l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre personne* ».



*dont bénéficient les couples hétérosexuels* ». Elle a accordé cent quatre-vingts jours au législateur pour modifier les lois sur le mariage ; ce délai passé, le mariage entre personnes du même sexe est devenu possible dans l'État. 4 000 mariages entre personnes de même sexe ont aussi été célébrés à San Francisco entre février et mars 2004, avant d'être annulés par la Cour suprême de Californie en août 2004 au motif que le droit californien ne les permettait pas. Le 6 septembre 2005, le Parlement local de cet État a adopté, à une courte majorité, un projet de loi autorisant le mariage entre personnes du même sexe, sur lequel le Gouverneur a exercé son veto.

Sans y être poussés par des décisions de justice, trois autres pays, tous européens, ont, avant l'adoption de la loi canadienne <sup>(1)</sup>, autorisé le mariage entre personnes du même sexe : il s'agit des Pays-Bas, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2001, de la Belgique, depuis le 1<sup>er</sup> juin 2003, et de l'Espagne, qui a adopté le 30 juin 2005 la loi supprimant du code civil la condition de différence de sexe entre les époux. Aux Pays-Bas et en Belgique, les conséquences du mariage entre personnes du même sexe sont semblables à celles du mariage traditionnel sauf pour ce qui est des questions de filiation, même si, dans ces deux pays, l'adoption conjointe d'un enfant a été finalement autorisée à tous les couples mariés <sup>(2)</sup>. En Espagne comme au Canada, les droits et obligations induits par le mariage sont identiques que les couples soient du même sexe ou de sexe différent, y compris en matière de filiation.

L'exemple de nos voisins corrobore donc l'analyse juridique de la Mission selon laquelle le droit au mariage et le droit à la filiation sont intimement liés. On ne peut lever un interdit sur le mariage des couples de même sexe sans également lever l'interdit sur l'adoption. Il n'y a pas de « voie moyenne » possible pour réformer le mariage, et ce même dans des États qui, compte tenu de leur culture et de leurs traditions, perçoivent le mariage davantage comme un contrat que comme une institution. Ajoutons que la revendication de l'égalité des droits portée par les associations représentant les personnes homosexuelles ne saurait se limiter à la seule demande d'accès à un mariage sans filiation.

---

(1) Dans les faits, à la suite des décisions de plusieurs cours provinciales, des mariages civils entre personnes de même sexe étaient déjà célébrés avant l'adoption de la nouvelle définition du mariage : ainsi, entre 2003 et l'été 2005, plus de 1 500 couples de personnes de même sexe, dont 500 couples venus des États-Unis, se sont mariés en Ontario ; leur nombre serait de l'ordre de 5 000 pour l'ensemble du Canada.

(2) La loi belge a récemment été modifiée en ce sens. En revanche, il n'existe, ni en Belgique ni aux Pays-Bas, de présomption de « parentalité » au sein des couples de même sexe.

*– Le droit européen laisse chaque État libre de ses choix*

Nous avons évoqué plus haut les arguments utilisés par les tribunaux français pour annuler le « mariage » de deux hommes. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas prononcée sur cette affaire. Sa jurisprudence passée va néanmoins clairement dans le sens de la conception hétérosexuelle du mariage.

L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme accorde une protection conventionnelle au seul mariage entre un homme et une femme comme l'indique explicitement sa rédaction : « *À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ». La Cour européenne des droits de l'homme n'a jusqu'à présent pas ouvert la voie à la reconnaissance d'un droit au mariage entre personnes de même sexe. L'arrêt *Rees contre Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 a précisé que l'article 12 visait « *le mariage traditionnel* » entre personnes de sexe biologiquement opposé, et l'arrêt *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni* du 30 juillet 1998 a considéré que l'interdiction de se marier faite à deux personnes de même sexe ne constituait pas une atteinte substantielle aux droits garantis par cet article. L'arrêt *Christine Goodwin contre Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 a offert la possibilité de se marier à une transsexuelle anglaise qui souhaitait épouser une personne (un homme) ayant le même sexe qu'elle sur le plan de l'état civil, dans la mesure justement où elle revendiquait sa différence de sexe par rapport à son futur conjoint. Le problème résultait du fait que le droit britannique tenait compte du sexe enregistré à la naissance pour permettre le mariage, et ne reconnaissait pas, en ce domaine, le résultat d'une conversion sexuelle. La possibilité d'un mariage entre personnes effectivement (et pas seulement légalement) de même sexe n'était pas l'objet du recours.

Se posait également la question de savoir si la condition de différence des sexes dans le mariage est constitutive d'une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour admet des différences de traitement « *lorsqu'il existe une justification objective et raisonnable, qui poursuit un but légitime dans une société démocratique et qui respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». C'est sur le fondement de cette jurisprudence que, dans l'affaire de Bègles, le Tribunal de grande instance de Bordeaux a estimé que la différence de traitement est possible eu égard à la « *fonction traditionnelle du mariage, communément considéré comme constituant la fondation d'une*

*famille* »<sup>(1)</sup>. La Cour d'appel a confirmé cette interprétation : « *La spécificité, et non discrimination, provient de ce que la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent (...) Certes les couples de même sexe, et que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, ne sont en conséquence pas concernés par cette institution. En cela leur traitement juridique est différent, parce que leur situation n'est pas analogue* »<sup>(2)</sup>.

La Cour de justice des Communautés européennes refuse également de reconnaître l'existence d'un droit au mariage des homosexuels, en affirmant que « *il est constant que le terme de "mariage", selon la définition communément admise par les États membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent* »<sup>(3)</sup>. L'intégration de la Charte des droits fondamentaux au Traité constitutionnel européen n'aurait pas, en cas d'entrée en vigueur de celui-ci, changé la situation. Tout d'abord, les obligations qu'elle contient ne s'imposent aux États membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Or, le droit civil ne relève que très partiellement des compétences communautaires. De plus, si la Charte exige le respect de la vie privée et familiale et proclame le droit de se marier et le droit de fonder une famille, ces deux derniers droits sont garantis « *selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* » : certes, le caractère hétérosexuel du mariage ainsi protégé n'est pas mentionné, mais les lois nationales peuvent continuer à exiger celui-ci sans déroger à la Charte.

Néanmoins, la légalisation du mariage entre deux personnes de même sexe dans certains pays pourrait conduire la Cour de justice des Communautés européennes à intervenir. Elle devra en effet déterminer si le fait de ne pas traiter comme des époux deux personnes de même sexe, mariées dans leur pays d'origine, constitue un obstacle à la libre circulation, voire une inégalité de traitement prohibée dans l'espace communautaire.

- ***Les termes du débat***

Les termes du débat reposent sur deux conceptions de la société et des normes qui la fondent. L'alternative est la suivante : pour les uns il apparaît légitime d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, pour les autres l'altérité des sexes constitue une condition essentielle pour se marier.

---

(1) Tribunal de grande instance de Bordeaux, 26 juillet 2004.

(2) Cour d'appel de Bordeaux, 19 avril 2005.

(3) Cour de justice des Communautés européennes, *D. et Royaume de Suède contre Conseil de l'Europe*, 31 mai 2002.

*– Les arguments en faveur de l’ouverture du mariage aux personnes de même sexe*

La plupart des associations de défense des droits des homosexuels <sup>(1)</sup> se prononcent en faveur de l’ouverture du mariage aux personnes de même sexe, au nom du principe d’égalité de tous les citoyens. L’Association des parents et futurs parents gays et lesbiens souhaite que, dans le cadre de cette ouverture, la présomption de paternité soit remplacée par une présomption d’engagement parental.

Les associations familiales laïques <sup>(2)</sup> partagent le souhait de permettre aux couples de même sexe d’accéder aux trois formes d’organisation de la vie commune, y compris au mariage. C’est en particulier le cas du Conseil national des associations familiales laïques.

Les arguments mis en avant par les partisans de l’ouverture du mariage aux personnes de même sexe portent principalement sur la lutte contre les discriminations et sur l’absence de toute obligation de procréation au sein du mariage, alors que l’impossibilité de procréer au sein d’un couple de même sexe constitue un argument des défenseurs de la conception traditionnelle du mariage.

M. Éric Fassin fait de l’ouverture du mariage aux couples de même sexe, après celle du concubinage et du PACS, une question d’égalité. La création du PACS a validé *« une double évolution de la société : d’un côté, une certaine reconnaissance de la diversité des sexualités ; de l’autre, une manière de privatisation quant aux modes d’organisation de la conjugalité »*. La loi du 15 novembre 1999, que plus personne ne propose d’abolir, a ainsi reconnu plus d’égalité et plus de liberté dans *« l’ordre sexuel dont le couple et la famille sont les figures centrales »*. Les progrès déjà réalisés doivent être poursuivis dans notre société démocratique, dont les lois et normes sont humaines, sujettes au changement et ouvertes à la négociation. L’enjeu est la poursuite de la *« dénaturalisation »* de nos normes juridiques. En effet, *« dans une logique démocratique, l’ordre sexuel n’est pas plus naturel que le système économique ou la constitution. Les lois qui l’organisent résultent de choix fondés sur des valeurs politiques, et non sur des vérités en dehors de l’histoire »*.

---

(1) Au cours de la table ronde du 13 juillet 2005, l’Interassociative lesbienne, gaie, bi et trans, l’Association des parents et futurs parents gays et lesbiens, Homosexualités et socialisme et Gay Lib se sont prononcés en faveur de l’ouverture du mariage aux couples de même sexe.

(2) Table ronde du 29 juin 2005.

M. Daniel Borrillo, qui critique vivement les décisions de justice relatives au « mariage de Bègles », met lui aussi l'accent sur les principes de liberté, d'égalité et surtout de laïcité, pour justifier l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe. La « dénaturalisation » des normes est aussi une laïcisation, qui a commencé à la Révolution française. Le mariage est de plus en plus considéré sous un jour contractualiste, et plus comme un sacrement. La suppression de la condition de l'altérité des sexes achèverait ce processus.

M. Daniel Borrillo ajoute que l'absence de fécondité des couples de même sexe ne peut constituer un argument valable contre le mariage de personnes de même sexe dans la mesure où « *la reproduction ne fut jamais une condition du mariage* », et l'est aujourd'hui moins que jamais.

Ainsi, aucune raison de fond ne justifierait la fermeture du mariage aux personnes de même sexe, laquelle constituerait une discrimination indéfendable.

– ***La différence des sexes doit rester une condition essentielle pour se marier***

Plusieurs arguments sont avancés pour justifier que l'altérité des sexes constitue une condition essentielle pour se marier.

M. Charles Melman et M. Xavier Lacroix opposent le concubinage et le PACS d'une part, au mariage d'autre part. Le premier est « *amené à distinguer le mariage, qui suppose que, en s'engageant à produire et à élever des enfants, les partenaires acceptent de restreindre leurs satisfactions, de l'organisation du couple, lequel fonctionne, qu'il soit homosexuel ou hétérosexuel, dans le cadre d'un contrat passé entre les deux partenaires et dont la durée sera liée à celle du bénéfice qu'ils trouveront à son accomplissement* ». Pour le second, « *entre PACS et concubinage d'une part, et mariage d'autre part, il y a un saut qualitatif. Et cela pour deux raisons : premièrement, on passe d'une conception du droit à une autre, d'un droit libéral, centré sur les individus, à un droit instituant, garant d'un modèle ; deuxièmement et surtout, avec le mariage, c'est non seulement un couple, mais une famille qui est fondée* ».

M. Thierry Damien, président de Familles rurales, estime qu'il convient de distinguer « *le couple destiné à fonder une famille, qu'il considère composé d'un homme et d'une femme, et auquel, par souci de protection de chacun de ses membres, il recommande le mariage civil, du couple dont le projet de vie serait une simple aspiration à vivre à deux, solidairement. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de faire état du sexe des personnes, ni même d'assimiler cette union à un mariage* ». Aussi, tout comme la Confédération nationale des associations familiales catholiques et Familles de France, l'association qu'il préside n'est pas favorable à l'ouverture du mariage à des personnes de même sexe.

M. Xavier Lacroix s'oppose vivement au relativisme souvent mis en avant par les défenseurs de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : « *Contrairement à ce qu'affirment certains, il existe une définition anthropologique du mariage, qui vaut universellement : il s'agit de l'institution qui articule l'alliance entre l'homme et la femme avec la succession des générations. Si d'aventure le terme de mariage était étendu à des unions entre personnes du même sexe, nous assisterions à la perte d'un signifiant majeur : nous ne disposerions plus dans notre vocabulaire de terme pour dire spécifiquement l'union socialement instituée d'un homme et d'une femme. Or il est difficile de nier que cette union, et toute la symbolique qui s'y rattache, soit un bien pour la société* ».

Dans cette perspective, l'« *axe vertical régi par le souci d'assurer la poursuite des générations* » est une composante essentielle du mariage, et justifie qu'il soit réservé aux couples susceptibles de contribuer à cette succession des générations, même s'ils ne sont soumis à aucune obligation de résultat dans ce domaine. Les couples de même sexe ne sont objectivement pas, à cet égard, dans la même situation que les couples de sexe différent. L'argument de M. Daniel Borillo selon lequel « *après tout, les techniques d'assistance médicale à la procréation peuvent venir en aide à la stérilité "phénoménologique" des couples homosexuels* » n'est pas très solide, car les enfants ainsi conçus nécessitent l'intervention d'un tiers donneur, voire porteur, qui, pour les couples de sexe différent, n'est autorisée qu'à titre exceptionnel, en raison d'un problème médical spécifique.

Compte tenu de la dimension filiative du mariage, la différence de situation entre couples de sexe différent et couples de même sexe peut donc justifier une différence de traitement sans constituer pour autant une discrimination.

Le lien entre mariage et filiation est si étroit que la question de l'ouverture du mariage ne peut être séparée de celle de l'ouverture de l'adoption et de l'assistance médicale à la procréation. Ce lien a été admis par la quasi-totalité des personnes entendues par la Mission, qu'elles soient favorables ou opposées à des évolutions dans ce domaine. M. Xavier Lacroix affirme ainsi que « *prétendre promouvoir l'idée d'un mariage homosexuel en excluant l'adoption est hypocrite : on crierait tôt ou tard à la discrimination* ». La Mission a pu constater que les partisans de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe souhaitent le plus souvent que leur soit aussi accordée la possibilité d'adopter conjointement, et que les adversaires de l'une refusent aussi l'autre.

L'exemple belge illustre la difficulté qu'il y a à scinder ces deux questions : la loi du 13 février 2003 a permis à deux personnes de même sexe de se marier, tout en réservant le droit à l'adoption conjointe aux couples mariés de sexe différent. Elle a néanmoins permis à un époux d'adopter l'enfant de son conjoint du même sexe. L'équilibre ainsi trouvé n'a satisfait personne, si bien qu'une proposition de loi a été adoptée par la Chambre des députés le 2 décembre 2005 pour permettre l'adoption conjointe aux couples de même sexe.

Aussi la majorité des membres de la Mission estime-t-elle que la condition de l'altérité de sexes constitue une composante essentielle du mariage, eu égard à la dimension filiative de celui-ci. L'institution du mariage républicain ne se conçoit pas en dehors de l'idée de filiation, et l'altérité des sexes est au cœur de celle-ci. Elle correspond à une réalité biologique, celle de l'infécondité des couples de même sexe, et à un impératif, celui de la construction de l'identité de l'enfant issu nécessairement de l'union d'un homme et d'une femme, comme il est indiqué *infra* dans les développements relatifs à la filiation. C'est donc avant toute autre considération l'intérêt de l'enfant qui conduit la majorité de la Mission à refuser de modifier les contours du mariage.

#### ***d) Définir le mariage risquerait de le fragiliser***

Au nom d'une meilleure protection de l'intérêt de l'enfant, une forme de promotion du mariage peut être souhaitable. Elle pourrait passer par une définition légale de celui-ci, qui mettrait l'accent sur sa spécificité.

La Confédération nationale des associations familiales catholiques<sup>(1)</sup> souhaite ainsi revaloriser le mariage, dont elle souligne la dimension institutionnelle et la participation à l'intégration et la cohésion sociales. Dans cette perspective, elle demande que le mariage civil soit défini légalement dans le code civil, afin de préciser que la nature du mariage n'est pas seulement contractuelle, mais institutionnelle. Il s'agit de redonner au mariage sa place de modèle dans le droit de l'autorité parentale (sans revenir pour autant sur le statut de l'enfant, et notamment sur l'égalité des filiations) et de ne pas faciliter le divorce.

Le mariage serait ainsi défini de la manière suivante : « *Le mariage est l'union librement consentie d'un homme et d'une femme, reposant sur leur engagement public et solennel pris devant la société. La famille fondée sur le mariage est placée sous la protection particulière de la loi. Le mariage est une*

---

(1) Table ronde du 28 septembre 2005.

*institution. Il inscrit le couple dans l’alliance et la parenté et donne à l’enfant une filiation indivisible. Cette nature particulière du mariage fonde l’existence de règles régissant impérativement ses conditions, ses effets et sa dissolution ».*

M. Xavier Lacroix considère que « *la puissance publique doit continuer de montrer sa préférence pour la solution matrimoniale, qui repose sur l’engagement explicite à la fidélité, et de lui accorder des droits spécifiques, sans quoi les individus ne comprendraient plus le message* » et suggère de renforcer la place des tiers à l’entrée et à la sortie du mariage. Avant le mariage, il préconise d’offrir aux fiancés un « *appui à la réflexion et au discernement* », comme cela se fait avant la célébration d’une union religieuse. Le même type d’aide devrait être apporté avant le divorce, l’audience de conciliation étant aujourd’hui trop brève pour être utile.

Si la majorité de la Mission se retrouve pleinement dans cette conception du mariage, institution protégeant l’enfant et fondée sur l’altérité des sexes, elle n’est cependant pas favorable à ce qu’une définition formelle soit fixée par un article du code civil.

La Mission estime que c’est d’abord par l’information sur les obligations et les avantages du mariage, que celui-ci peut être défendu face aux autres formes de vie commune. C’est pourquoi elle propose (*cf. supra*) de généraliser cette information.

Surtout, elle considère que le code civil comporte déjà tous les éléments de définition du mariage, qui sont appliqués de manière claire et constante par l’ensemble des juridictions, même s’il ne présente pas une définition proprement dite. C’est pourquoi la Mission juge inopportun d’introduire une définition qui serait nécessairement réductrice et risquerait de fragiliser l’institution, en la résumant à un article unique.

Ajoutons que cette définition pourrait rouvrir une controverse inutile – comme l’ont souligné à juste titre certaines personnes auditionnées – en donnant l’impression de stigmatiser les enfants nés hors mariage, alors que l’ordonnance du 4 juillet 2005 vient de supprimer les notions de filiation légitime et naturelle.



## II.- REAFFIRMER LA LIBERTE DU MARIAGE ET LUTTER CONTRE LES MARIAGES FORCES

L'attention de la Mission a été attirée sur la situation de jeunes filles ou parfois de jeunes hommes, Français d'origine étrangère ou étrangers vivant en France, mariés de force à des personnes qu'ils ne connaissaient pas ou à des membres de leur famille élargie, à l'occasion de vacances dans le pays d'où leurs parents ont émigré. La pratique ancestrale du mariage « arrangé » par les familles n'est pas critiquable en tant que telle, même si elle peut se révéler parfois un frein à l'intégration des jeunes adultes dans la société française. Mais en revanche, lorsque l'enfant n'est pas libre de consentir à cette union, il y a atteinte à un droit de l'homme fondamental, celui d'aimer et de se marier librement. Le nombre en France des victimes de telles pratiques est difficile à estimer – les jeunes gens hésitent à désobéir à leur famille en refusant l'union, en prenant la fuite ou en dénonçant l'union forcée à la justice –, mais certaines associations estiment que 70 000 mineures et majeures sont potentiellement concernées.

Ce chiffre est contesté, comme l'ont confirmé plusieurs des personnes entendues par la Mission <sup>(1)</sup>. Mme Edwige Rude-Antoine, chargée de recherche au Centre national de la recherche scientifique, considère qu'il ne repose sur aucune étude fiable, et Mme Myriam Bernard, directrice générale adjointe du Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations, a indiqué qu'il s'agissait d'une évaluation « *sans aucune valeur scientifique* », réalisée en extrapolant les résultats d'une étude portant sur les pratiques de trois ethnies originaires d'Afrique subsaharienne.

Toutefois, l'augmentation tendancielle du nombre des mariages forcés n'est guère contestée, et doit être replacée dans le contexte de la progression des mariages mixtes célébrés à l'étranger, qui sont de l'ordre de 45 000 par an. Il est évident que l'émancipation progressive des Françaises issues de l'immigration accroît le nombre de mariages forcés au détriment des mariages arrangés acceptés. L'association de femmes turques Elele parle de cinq cas de mariages forcés qui, chaque semaine, lui sont dénoncés. Si le nombre de mariages forcés est difficile à mesurer, et ne doit pas être surestimé, il est avéré qu'une proportion importante d'entre eux est célébrée à l'étranger. Cette évolution est liée à la démographie des populations issues de l'immigration, mais aussi à des raisons administratives : les jeunes filles nées de la politique du regroupement familial approchent de l'âge

---

(1) Table ronde du 19 octobre 2005 ; sauf mention contraire, les personnes qui se sont exprimées sur la lutte contre les mariages forcés l'ont fait à l'occasion de cette table ronde.

adulte et le mariage avec une personne de nationalité française présente un intérêt croissant pour les candidats à l'installation dans notre pays. L'augmentation du phénomène a conduit la mission Femmes françaises, qui dépend du ministère des affaires étrangères, à concentrer ses activités sur la lutte contre les mariages forcés. Elle a ainsi traité cinquante-cinq cas de menace de mariage forcé en deux ans.

En tout état de cause, le nombre de mariages forcés n'est pas une question essentielle, dans la mesure où, même si elle était rare, cette pratique serait intolérable. Le mariage forcé viole en effet la liberté du mariage, qui consiste à être libre de se marier avec la personne de son choix ou de ne pas se marier, et dont le Conseil constitutionnel a fait une composante de la liberté personnelle<sup>(1)</sup>. Le respect de cette liberté, reconnue comme un droit par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, impose par ailleurs de limiter les contrôles des pouvoirs publics sur le mariage aux mesures nécessaires à l'objectif de lutte contre les mariages forcés qui est poursuivi.

Un rapport adopté en juin 2005<sup>(2)</sup> par la Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe indique que les pratiques de mariage forcé sont avérées au Royaume-Uni, en Allemagne et dans les pays de l'Est de l'Europe, sans que des estimations chiffrées aient été réalisées, et qu'elles sont de plus en plus fréquentes. Elles touchent en particulier les communautés africaines, maghrébines, asiatiques – notamment indiennes et pakistanaïses – et turques et sont la traduction de traditions que les parents estiment devoir perpétuer, y compris lorsqu'elles tendent à s'éteindre dans leur pays d'origine.

Un premier élément de solution à ce problème a été apporté par le Sénat, qui a adopté à l'unanimité le 29 mars dernier, un amendement à la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, qui vise à porter de quinze ans à dix-huit ans l'âge minimal de droit commun pour le mariage des femmes, ainsi aligné sur celui des hommes. Si cette disposition est adoptée définitivement<sup>(3)</sup>, le mariage des mineures, comme celui des garçons de moins de dix-huit ans, ne sera possible que de manière dérogatoire, lorsqu'une dispense d'âge sera accordée par le procureur de la République pour motifs graves.

---

(1) Conseil constitutionnel, 20 novembre 2003, décision n° 2003-484 DC.

(2) Ce rapport, intitulé *Mariages forcés et mariages d'enfants*, a pour auteur la députée suisse Rosmarie Zapfl-Helbling.

(3) L'Assemblée nationale a adopté cette mesure en première lecture le 15 décembre 2005.

Une telle modification du code civil va dans le bon sens, mais elle ne protège que les jeunes filles âgées de quinze ans à dix-huit ans, les plus faibles certes, mais pas les seules à être concernées par le problème des mariages forcés.

À l'issue des auditions auxquelles elle a procédé, la Mission estime qu'il convient de relever l'âge minimal au mariage, mais aussi de renforcer les formalités requises pour se marier et de faciliter les actions en nullité pour vice de consentement au mariage. Il est en effet paradoxal qu'au pays des droits de l'homme la législation se préoccupe davantage de prévenir les mariages « blancs » dans un objectif de lutte contre l'immigration clandestine, que de combattre les mariages forcés, pourtant contraires à une liberté publique. En revanche, après avoir constaté que le sujet ne faisant pas consensus parmi les personnes entendues, et après en avoir elle-même longuement débattu, la Mission ne souhaite pas la création d'un délit spécifique au mariage forcé.

#### **A.— LES INSTRUMENTS JURIDIQUES UTILISABLES**

Il convient de définir précisément le mariage forcé, notamment pour le distinguer du mariage « blanc », ces deux formes de mariages simulés étant combattues en France par des instruments juridiques en grande partie communs.

Mais, d'un point de vue strictement juridique, la différence entre mariage forcé et mariage « blanc » est claire. Le mariage forcé présente un défaut de consentement libre de l'un au moins des époux, qui a subi des pressions, quelle qu'en soit la forme, mais se traduira en général par la suite par une vraie communauté de vie alors que le mariage « blanc » a été conclu avec l'accord des époux mais sans véritable intention matrimoniale, et vise un effet étranger ou secondaire au mariage.

#### **1.— Les moyens de prévenir la célébration de mariages forcés**

Une grande vigilance en amont de la célébration des mariages doit permettre d'éviter les mariages forcés : elle vise d'une part à dissuader les tentatives et d'autre part à empêcher la célébration des mariages pour lesquels l'absence de consentement libre de l'un des futurs époux est démontrée.

*a) Pour les mariages célébrés en France*

Des dispositions spécifiques, renforcées en 2003, ont été mises en place dans le cadre de la lutte contre l'immigration illégale, mais elles peuvent aussi être utilisées en cas de doute sur le libre consentement des futurs époux.

● *L'audition préalable des futurs conjoints*

L'article 63 du code civil, modifié par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, rend désormais obligatoire l'audition des futurs époux lorsqu'il existe un doute sur la réalité de leur consentement. S'il l'estime nécessaire, l'officier de l'état civil, qui est, dans tous les cas, le seul habilité à conduire cette audition, peut demander à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux.

Une circulaire du garde des Sceaux du 2 mai 2005 dresse une liste, indicative, des indices faisant suspecter l'absence de liberté matrimoniale :

– l'un des conjoints est vulnérable, en situation personnelle ou sociale précaire (solitude, situation financière délicate, santé physique ou morale difficile...);

– l'officier de l'état civil a connaissance d'une situation personnelle ou sociale particulière qui laisse présumer que l'intéressé, compte tenu de ses conditions de vie ou d'hébergement, ne peut accepter l'union en toute liberté ;

– lors du dépôt du dossier ou de la cérémonie, l'un des futurs époux est dans un état d'hébétéude ou présente des traces récentes de coups ;

– l'un des époux a fait des déclarations, même rétractées, sur des pressions subies du fait de tiers, de l'autre conjoint, de ses parents ou de ses proches.

L'audition préalable des futurs époux, à l'issue de laquelle doit être dressé un compte rendu signé par l'officier d'état civil et les futurs conjoints (à moins qu'ils s'y refusent, ce qui doit être mentionné), est une condition préalable à la publication des bans, sauf « *en cas d'impossibilité ou s'il apparaîtrait, au vu des pièces du dossier, que cette audition n'est pas nécessaire au regard de l'article 146* », lequel dit : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement* ».

- ***La publication des bans et l'opposition à la célébration du mariage***

La publication des bans, régie par les articles 63 et 64 du code civil, a pour but de porter à la connaissance du public le projet de mariage, afin de susciter éventuellement la révélation d'empêchements ou de provoquer des oppositions. L'affichage a lieu à la mairie de la (ou des) résidence(s) des futurs époux pendant dix jours ; le mariage ne peut être célébré avant l'expiration de ce délai.

Avant qu'elle ait lieu, il peut être fait opposition à la célébration du mariage, en application des articles 172 à 179 du code civil. Ce droit est ouvert aux ascendants des futurs conjoints (article 173 du code civil) pour tout motif tenant aux conditions de fond ou de forme exigées par la loi, à leurs conjoints (article 172) en cas de bigamie, à leurs tuteurs ou curateurs (article 175) s'ils y ont été autorisés par le conseil de famille, à certains collatéraux en l'absence d'ascendants (article 174), pour cause de démence du futur époux ou lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu, enfin, au ministère public, pour la défense de l'ordre public (article 423 du nouveau code de procédure civile) ou lorsqu'il pourrait demander la nullité du mariage (articles 175-1 et 175-2). Toute personne peut aussi aviser le procureur de la République d'une cause d'empêchement au mariage ; celui-ci aura alors la possibilité de faire opposition. L'opposition a pour effet d'interdire à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage.

- ***La procédure du sursis à la célébration du mariage***

En cas de doute sérieux sur la réalité du consentement au mariage, l'article 175-2 du code civil permet à l'officier de l'état civil chargé de célébrer le mariage de demander un sursis à cette célébration. Il saisit à cette fin le procureur de la République et en informe les futurs époux. Le procureur dispose alors d'un délai de quinze jours pour décider, soit de permettre la célébration du mariage, soit de former immédiatement opposition, soit de surseoir à la célébration pour complément d'enquête <sup>(1)</sup>. L'enquête complémentaire peut durer un mois à compter de la décision du sursis, délai renouvelable une fois par décision spécialement motivée.

Si l'enquête confirme les doutes sur l'absence de consentement, le procureur de la République signifie l'opposition à la célébration du mariage à l'officier de l'état civil et aux futurs époux. Ces derniers peuvent demander au tribunal de grande instance la mainlevée de l'opposition.

---

(1) Un des futurs époux peut contester la décision de sursis devant le tribunal de grande instance qui statuera dans les dix jours.

D'après les données du ministère de la justice, en 2004, les procureurs de la République ont été saisis de 5 272 dossiers sur le fondement de l'article 175-2 du code civil, sans qu'il soit possible de distinguer les suspicions de mariage forcé des suspicions de mariage de complaisance. Dans 31,6 % des cas, le parquet a ordonné qu'il soit sursis à la célébration du mariage, dans l'attente de vérifications complémentaires. Dans 14,2 % des cas, les personnes concernées ont abandonné leur projet. Finalement, le mariage a été célébré dans 68,2 % des dossiers et le parquet ne s'est opposé à sa célébration que dans 8,4 % des cas.

***b) Pour les mariages de ressortissants français célébrés à l'étranger***

Le mariage d'un Français à l'étranger peut se faire selon les règles du pays où il est célébré, mais, pour être valable en France, il doit respecter les règles de capacité et de consentement applicables en France et avoir préalablement fait l'objet d'une publication des bans en France (article 170 du code civil) afin de permettre, notamment, aux personnes ayant connaissance d'un projet de mariage forcé de le faire savoir. Le respect de ces règles est attesté par la délivrance d'un certificat de capacité à mariage par les agents diplomatiques et consulaires.

Tout comme l'officier de l'état civil en France, ces agents doivent procéder à l'audition des futurs époux avant la publication des bans, dès qu'il existe un doute sur la réalité du consentement. Il en est de même lorsque le ressortissant français choisit de se marier devant le consul de France, selon la loi française.

**2.- Les possibilités d'annulation de mariages forcés**

Dans l'hypothèse où le mariage a pu être célébré, l'action après la célébration peut mettre un terme à la situation créée par le mariage et rendre sa liberté à la victime.

Selon la recherche effectuée par Mme Virginie Larribau-Terneyre dans le cadre de la préparation de la table ronde organisée par la Mission, sur les contentieux jugés par les cours d'appel et la Cour de cassation entre 1989 et 2005, seules douze décisions, dont une seule en cassation, concernent des mariages forcés, alors que soixante-dix-huit sont relatives à des mariages de complaisance. Ces cours n'ont prononcé que six annulations de mariage pour violence. L'annulation d'un mariage demeure donc rare, surtout sur la base du vice de consentement.

**a) L'action en nullité du mariage forcé célébré en France**

L'article 180 du code civil permet aux époux ou à l'un d'eux de demander que la nullité du mariage soit constatée dans deux cas : s'il y a eu erreur dans la personne, ou sur ses qualités essentielles, l'autre époux peut attaquer le mariage ; en l'absence du consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux, les époux, ou celui dont le consentement n'a pas été libre, peuvent demander la constatation de la nullité de l'union.

Mais, en application de l'article 181 du même code, cette demande n'est plus recevable « *toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue* ».

**b) L'action en nullité du mariage forcé célébré à l'étranger**

Les Français mariés à l'étranger peuvent se prévaloir de l'article 180 du code civil. Mais il existe aussi un mécanisme de contrôle *a posteriori* de la validité des mariages célébrés à l'étranger.

L'audition des époux par un agent diplomatique ou consulaire est obligatoire au moment de la demande de transcription de leur mariage à l'état civil français. Dans la pratique, cette obligation n'est pas respectée en Algérie depuis la forte réduction des effectifs consulaires français présents dans le pays : la transcription se fait exclusivement par une procédure écrite dans le cadre de laquelle le ressortissant français certifie qu'il était consentant, sans qu'il puisse être procédé à une audition, ce qui ne permet pas de détecter l'éventualité d'un mariage forcé.

Lorsque l'officier d'état civil consulaire dispose « *d'indices sérieux laissant présumer qu'un mariage célébré à l'étranger encourt la nullité* » (article 170-1 du code civil), il doit suspendre la transcription et saisir le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Nantes <sup>(1)</sup> d'une demande de vérification. Le parquet de Nantes transmet la demande au parquet territorialement compétent au regard du lieu de domicile des époux (ou celui de Paris, s'ils résident à l'étranger), lequel examine le bien-fondé de la demande d'annulation et se prononce sur la transcription de l'acte de mariage. En l'absence de décision dans un délai de six mois, l'officier de l'état civil transcrit l'acte.

---

(1) Le service central d'état civil du ministère des affaires étrangères se trouvent en effet à Nantes.

Selon les informations provenant du ministère des affaires étrangères, les signalements au parquet par les postes consulaires à l'occasion des demandes de transcription des actes de mariage ont triplé en trois ans, passant de 500 en 2001 à près de 1 500 en 2004. La plupart sont des mariages de complaisance, mais une vingtaine de dossiers par an concernent des suspicions de mariages forcés. Le ministère de la justice précise que 1 330 saisines ont été réalisées entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 5 octobre 2005.

Avant le 1<sup>er</sup> mars 2005, 70 % des dossiers faisaient l'objet d'une réponse dans le délai de six mois et, dans 35 % de ces dossiers, le parquet ordonnait la transcription aux seules fins de saisine du juge pour annulation. Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2005, le parquet de Nantes a une compétence nationale exclusive pour traiter ces dossiers, ce qui devrait garantir un meilleur suivi et permettre qu'une décision soit systématiquement prise dans le délai de six mois.

## **B.- LES PROPOSITIONS D'AMELIORATION DU DISPOSITIF**

Depuis que les associations ont alerté l'opinion sur l'augmentation du nombre de mariages forcés dans les pays occidentaux et que le Sénat a adopté l'amendement sur l'âge minimal d'accès au mariage, plusieurs organismes ont élaboré des propositions visant à combattre ces pratiques. Les analyses présentées par les personnes entendues par la Mission rejoignent très souvent leurs conclusions.

### **1.- Relever l'âge minimal d'accès au mariage**

L'alignement de l'âge minimum auquel les femmes peuvent se marier sur celui auquel les hommes peuvent le faire, c'est-à-dire dix-huit ans, est une mesure qui fait l'unanimité, comme cela a pu être observé lors du vote du Sénat, le 29 mars 2005. Préconisé notamment par le Défenseur des enfants, le Médiateur de la République <sup>(1)</sup> et la Commission nationale consultative des droits de l'homme <sup>(2)</sup>, ce changement a aussi été recommandé au niveau international par le Comité des droits de l'enfant des Nations unies et est jugé nécessaire dans le rapport précité du Conseil de l'Europe. La majorité des pays d'Europe a déjà fixé l'âge légal du mariage à dix-huit ans, sans différence selon le sexe. Les personnes entendues par la Mission sont toutes favorables à cette réforme. Après le Sénat, l'Assemblée

---

(1) Le Défenseur des enfants et le Médiateur de la République ont, le 29 mars 2005, adressé aux ministres concernés des recommandations communes pour lutter contre les mariages forcés.

(2) Avis adopté le 23 juin 2005.



nationale a, le 15 décembre 2005, adopté cette mesure, lors de la première lecture de la proposition de loi d'origine sénatoriale renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple.

Il est en effet incontestable que les mineures sont particulièrement vulnérables en raison de leur immaturité, de leur plus grande dépendance à l'égard de leur famille et de leur incapacité juridique. Interdire le mariage des mineures, sauf dispense accordée pour motifs graves, serait incontestablement une décision utile pour lutter contre le mariage forcé. Ainsi, les personnes menacées de mariage forcé seront majeures, donc seront plus mûres, auront les moyens juridiques de se défendre et une plus grande indépendance vis-à-vis de leur famille.

Cette mesure traduit aussi un souci d'égalité entre hommes et femmes, la différence d'âge n'étant plus justifiée, surtout dans la mesure où est maintenue la possibilité d'obtenir du procureur de la République une dérogation pour « motifs graves ». En 2002, 469 personnes de moins de dix-huit ans se sont mariées, soit 460 jeunes filles, dont deux de moins de quinze ans, et neuf garçons, âgés de dix-sept ans.

Mais elle ne constituerait qu'un premier pas. D'abord, elle est sans effet sur le mariage des jeunes majeures, qui ne sont pas forcément plus indépendantes que les mineures de dix-sept ans. De plus, les jeunes filles n'ayant pas la nationalité française ne sont pas soumises aux règles du code civil, même si elles vivent en France. En outre, la Commission nationale consultative des droits de l'homme observe que des jeunes femmes, mineures ou majeures, étrangères ou binationales, peuvent se voir imposer des mariages contractés à l'étranger ou en France selon des règles coutumières qui permettent de sceller une union sans mariage civil, celui-ci étant célébré plusieurs années après. Elle remarque aussi que le respect des prescriptions relatives à l'âge du mariage suppose l'existence de registres d'état civil tenus rigoureusement, ce qui n'est pas le cas dans tous les pays.

*Proposition :*

*– fixer à dix-huit ans l'âge minimal au mariage, tout en laissant au procureur de la République la possibilité de prononcer des dispenses d'âge pour motifs graves*

## **2.– Renforcer les formalités relatives à la célébration et à la transcription du mariage**

Les officiers de l'état civil, en France comme à l'étranger, disposent des moyens juridiques de détecter les mariages pour lesquels existe un doute sur la réalité ou la liberté du consentement, à l'occasion des formalités qui précèdent la célébration du mariage ou sa transcription à l'état civil français. Leur efficacité pourrait néanmoins être renforcée.

### ***a) Contrôler le vice du consentement***

Les dispositifs de contrôle applicables avant et après le mariage ne portent que sur l'absence de consentement, qui est une cause de nullité absolue, mais ne visent pas explicitement le vice de consentement, qui constitue une cause de nullité relative. Dans la pratique, les officiers d'état civil qui suspectent un vice du consentement peuvent utiliser les moyens juridiques mis à leur disposition pour les situations d'absence de consentement, dans la mesure où, comme l'a souligné Mme Marie-Thérèse Coulon, vice-procureur près le Tribunal de grande instance de Nantes, « *la frontière entre l'absence de consentement et l'existence d'un consentement qui n'est pas libre est ténue* ». Ainsi, « *si, lors de l'audition, commune ou séparée, l'officier de l'état-civil ou l'agent consulaire s'aperçoit que l'un des époux fait l'objet de pressions, il pourra tenter de le dissuader de poursuivre le projet de mariage et, s'il a connaissance d'un délit, le dénoncer au parquet compétent* ». Mais le but des auditions des époux ou futurs époux reste la recherche d'une absence de consentement, et c'est sur ce motif que le sursis à la transcription ou à la célébration du mariage peut être demandé et prononcé.

Il conviendrait donc que les articles du code civil relatifs à l'audition des futurs époux et au sursis à la célébration ou à la transcription du mariage ne visent plus seulement les causes de nullité absolue, parmi lesquelles l'absence de consentement, mais aussi le vice du consentement. À l'initiative de la Mission, l'Assemblée nationale a, le 15 décembre 2005, adopté ces dispositions en première lecture, lors de l'examen de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple.

*Proposition :*

– *viser explicitement le vice de consentement dans les dispositions relatives à l’audition des futurs époux, au sursis à la célébration du mariage et au sursis à la transcription du mariage*

***b) Assouplir la réalisation des auditions***

L’audition des époux ou des futurs époux, prévue pour les mariages célébrés en France comme pour ceux célébrés à l’étranger, est un moyen très efficace pour s’assurer de la réalité et de la liberté du consentement. La possibilité d’une audition séparée des conjoints est à cet égard particulièrement précieuse.

Le Défenseur des enfants et le Médiateur de la République estiment nécessaire qu’une circulaire précise les circonstances dans lesquelles l’audition des époux ou des futurs époux doit avoir lieu. Ils souhaitent que soit rappelé aux officiers de l’état civil qu’elle ne vise pas seulement la lutte contre l’immigration clandestine, mais aussi la protection de la liberté du consentement au mariage, et que les modalités de déroulement de l’entretien et la rédaction du compte rendu soient précisées. La circulaire du 2 mai 2005 précitée apporte, sur ces points, les indications nécessaires.

L’audition des conjoints ou futurs conjoints est obligatoire « *sauf en cas d’impossibilité matérielle (...)* ». Le fait que cette audition ne puisse être effectuée que par les officiers de l’état civil du lieu de célébration du mariage pose des problèmes pratiques, notamment dans le cas où l’un des époux est encore à l’étranger et doit demander un visa pour être entendu préalablement à la célébration de son mariage prévue en France. Dans une telle situation, l’officier de l’état civil doit pouvoir confier la réalisation de l’audition à un agent consulaire français en poste dans le pays de résidence du futur époux.

En outre, pour éviter qu’une surcharge de travail conduise à ne pas procéder à certaines auditions faute de temps, la Mission juge utile que les officiers de l’état civil ou les agents consulaires puissent, s’ils le souhaitent et en éprouvent le besoin, déléguer la réalisation de l’audition à un fonctionnaire de leur service. Ils conserveraient la possibilité de réaliser ultérieurement une autre audition, si la première a fait naître des doutes sur la liberté du consentement, et demeureraient seuls responsables des suites à donner (selon les cas, faire opposition ou demander un sursis à la célébration du mariage, suspendre sa transcription et saisir le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes).

À l'initiative de la Mission, l'Assemblée nationale a adopté un amendement autorisant ces délégations, lors de l'examen de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple. Cet amendement vise à réduire le plus possible les cas dans lesquels l'audition ne peut être faite, alors qu'elle serait utile.

En revanche, la Mission n'estime pas nécessaire de suivre la proposition de Mme Clotilde Lepetit, responsable du pôle juridique de l'association Ni putes ni soumises, visant à systématiser les auditions préalables. Mme Clotilde Lepetit estime que cette mesure « *aurait l'avantage de ne pas jeter une suspicion permanente sur les populations d'origine immigrée* ». Elle poserait cependant des problèmes non seulement matériels mais aussi au regard du respect de la liberté de se marier.

*Propositions :*

– *permettre à l'officier de l'état civil compétent de demander la réalisation de l'audition à un agent consulaire français dans le pays de résidence du futur époux*

– *autoriser les officiers de l'état civil et les agents consulaires à déléguer la réalisation d'une première audition à un fonctionnaire de leur service*

***c) Renforcer les conséquences de la demande de sursis à la transcription***

Lorsque, en cas de suspicion de mariage forcé, un agent consulaire saisit le parquet pour vérifier la réalité du consentement au mariage, celui-ci est transcrit de droit si le procureur de la République ne s'est pas prononcé dans un délai de six mois, que les époux aient été auditionnés ou non. Pourtant, si les époux ou l'un d'entre eux ont refusé d'être entendus, le doute sur la liberté du consentement ne peut que subsister.

Le dispositif mériterait d'être inversé : en cas de refus d'audition des futurs époux et à l'expiration du délai de six mois, le mariage ne serait pas transcrit, les époux pouvant prendre l'initiative de saisir le tribunal pour qu'il statue sur la validité du mariage. Cette proposition devrait figurer dans le projet de loi relatif au mariage qui est en cours de préparation à la Chancellerie.

*Proposition :*

*– lorsque les époux ont refusé d’être auditionnés, faire de l’absence de réponse au signalement transmis au parquet par un agent consulaire un motif de non-transcription du mariage*

**3.– Faciliter les demandes de nullité du mariage pour vice de consentement**

Les dispositions de l’article 180 du code civil permettent aux seuls époux de demander la nullité du mariage lorsque le consentement n’était pas libre. En application de l’article 184 du même code, le procureur de la République ne peut le faire qu’en cas d’absence totale de consentement, dans le cas où l’un des époux n’était pas personnellement présent à la cérémonie, ou bien lorsque l’une des conditions de fond du mariage (âge, mariage antérieur non dissout, empêchement lié au degré de parenté) n’est pas remplie. Si on considère qu’un consentement obtenu par la violence est inexistant, le procureur peut agir ; si on le considère comme donné sans liberté, seul l’un des époux peut demander la constatation de la nullité. Or il est peu probable que la victime d’un mariage forcé entreprendra cette démarche.

***a) Élargir les possibilités d’action du procureur de la République***

Dans la mesure où les mariages forcés constituent une atteinte à l’ordre public, il serait pertinent de permettre au procureur de la République de demander la nullité du mariage lorsque le consentement n’était pas libre, comme il peut le faire en cas d’absence de consentement.

Le Défenseur des enfants, le Médiateur de la République et la Commission nationale consultative des droits de l’homme préconisent cet élargissement, qui serait aussi une clarification. Cette mesure est approuvée par l’ensemble des personnes entendues par la Mission, eu égard à l’anéantissement psychologique et matériel qui touche les victimes de mariage forcé et à l’atteinte portée à leur liberté individuelle.

La Mission estime elle aussi qu’il convient de donner au procureur de la République le pouvoir de demander la nullité d’un mariage auquel l’un des époux au moins n’aurait pas librement consenti. À son initiative, l’Assemblée nationale a adopté un amendement en ce sens, lors de l’examen de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple.

*Proposition :*

– ouvrir au procureur de la République la possibilité d'attaquer un mariage contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux

***b) Allonger et harmoniser les délais***

En outre, les délais pendant lesquels l'action en nullité est possible sont brefs :

– en cas d'usage de la violence pour obtenir le consentement, l'action en nullité, réservée aux époux ou à l'un d'eux, peut se fonder sur les articles 1111 à 1113 du code civil <sup>(1)</sup>, auxquels s'applique le délai de prescription de droit commun de cinq ans, qui court dans ce cas à compter du jour où la violence a cessé (article 1304 du même code) ; mais la victime doit apporter la preuve que cette violence est illégitime et qu'elle a été déterminante pour elle dans le consentement, ce qui est très difficile à établir ;

– cependant, en application de l'article 181 du code civil, la demande de nullité « *n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue* » ;

– en outre, selon l'article 183 du même code, qui porte sur le défaut de consentement familial au mariage d'un mineur, l'action en nullité peut être intentée par les parents pendant un an après qu'ils ont eu connaissance du mariage, ou par un époux également pendant un an à compter de sa majorité.

Tout comme la Commission nationale consultative des droits de l'homme, Mme Clotilde Lepetit estime que le délai fixé par l'article 181 du code civil est trop court et « *ne facilite pas l'annulation d'un mariage forcé* ».

Un alignement sur le délai de droit commun de cinq ans est néanmoins apparu excessif à la Mission dans la mesure où risqueraient alors d'être annulés des mariages dans lesquels plusieurs enfants pourraient être nés, et ce même si un mariage déclaré nul continue à produire ses effets à l'égard des enfants (article 202 du code civil). Il est en outre essentiel que l'annulation ne soit pas utilisée comme une alternative au divorce et il faut aussi éviter qu'elle intervienne après le décès de l'un des conjoints, ce qui engendrerait des difficultés juridiques supplémentaires.

---

(1) Ces articles font partie des dispositions relatives au droit commun des contrats.

La Mission estime donc qu'il conviendrait de fixer à l'article 181 du code civil un délai de deux ans à compter du moment où l'époux a acquis sa pleine liberté (c'est-à-dire, par exemple, à partir du moment où la violence a cessé), lorsque la cohabitation s'est poursuivie au-delà. Le délai de droit commun pourrait être maintenu en l'absence de cohabitation.

Par coordination, le même délai de deux ans pourrait être introduit à l'article 183 du code civil qui porte sur le défaut de consentement familial au mariage d'un mineur, même si l'élévation à dix-huit ans de l'âge minimal d'accès au mariage pour les jeunes filles rendra son application encore plus rare qu'aujourd'hui.

Les délais de prescription des actions en nullité ont été modifiés par l'Assemblée nationale, à l'initiative de la Mission, lors de l'examen en première lecture de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple.

*Propositions :*

*– porter à deux ans, en cas de poursuite de la cohabitation après le recouvrement de sa liberté par les époux ou l'époux, le délai de prescription des actions en nullité pour absence ou vice de consentement des deux époux ou de l'un d'eux*

*– porter à deux ans, à compter de la date du mariage, le délai de prescription des actions en nullité pour absence de consentement familial au mariage d'un mineur*

***c) Rendre illégitime la contrainte résultant de la crainte révérencielle envers les parents***

Mme Françoise Dékeuwer-Défossez et les avocates auditionnées par la Mission <sup>(1)</sup> estiment que l'application des articles 1111 à 1113 du code civil aux cas de mariage forcé est limitée dans les faits par les dispositions de l'article 1114 du même code selon lequel « *la seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat* ».

---

(1) Auditions du 5 octobre.

Certes, cet article ne s'applique pas spécifiquement au mariage, mais il pourrait être invoqué contre une demande de nullité d'un mariage auquel des jeunes gens auraient consenti sous la seule pression morale de leurs parents et alors même que c'est justement cette pression qui vicie leur consentement.

La Mission estime donc qu'il convient d'écarter explicitement l'application des dispositions de l'article 1114 au mariage. Plusieurs membres de la Mission ont donc déposé en ce sens un amendement à la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, adopté par l'Assemblée nationale le 15 décembre 2005.

*Proposition :*

*– prévoir que les dispositions de l'article 1114 du code civil (crainte révérencielle envers les parents) ne s'appliquent pas au mariage*

#### **4.– Protéger les victimes par des mesures d'accompagnement et éduquer les adolescents**

Si l'existence de moyens juridiques de lutte contre les mariages forcés est nécessaire, elle est loin d'être suffisante. Ces pratiques d'un autre âge, contraires aux libertés individuelles, doivent être combattues par le droit, mais aussi par la pédagogie et la prévention. Pour reprendre la formule utilisée devant la Mission par M. Jean-Louis Zoël, qui représentait le ministère des affaires étrangères, « *on pourra rêver de faire toujours mieux pour traiter les risques de mariages forcés et les conséquences de ces mariages pour les victimes, mais ces "missions de pompiers" seraient plus efficaces s'il y avait moins de pyromanes* ».

En attendant que ces efforts aient porté leurs fruits, les mesures de protection et d'accompagnement des personnes menacées ou victimes d'un mariage forcé doivent être renforcées.

##### ***a) Informer toutes les personnes concernées***

Tous les participants à la table ronde organisée par la Mission, ainsi que les rapports sur ce sujet, soulignent l'importance du travail de sensibilisation qui doit être mené en direction des jeunes gens et de leurs familles, mais aussi de toutes les personnes susceptibles d'avoir connaissance de projets de mariage forcé.



C'est à l'école, par exemple à l'occasion des cours d'instruction civique ou d'éducation à la sexualité, que les filles et les garçons devraient être informés des règles du consentement au mariage et des moyens d'agir, notamment en cas de mariage forcé.

Une action de sensibilisation à ces problèmes doit aussi être entreprise auprès des personnes qui travaillent au contact des jeunes gens (travailleurs sociaux, enseignants) ou qui peuvent avoir connaissance, du fait de leur profession, des menaces de mariage forcé (agents diplomatiques et consulaires, magistrats, policiers). Ils doivent apprendre à reconnaître les signes et connaître les moyens qui sont à leur disposition pour éviter que les mariages soient célébrés, en France ou à l'étranger. Comme Mme Myriam Bernard l'a souhaité, « *tous doivent apprendre à détecter les signes qui peuvent faire penser à un vice du consentement. Une rupture scolaire et un absentéisme doivent particulièrement appeler l'attention* ».

*Propositions :*

- *organiser à l'école une information sur la liberté de consentement au mariage et les droits qu'elle induit*
- *sensibiliser les personnes susceptibles d'avoir connaissance de projets de mariage forcé (agents diplomatiques et consulaires, magistrats, policiers, travailleurs sociaux, enseignants)*

***b) Aider les victimes***

Au-delà, il est indispensable de soutenir psychologiquement et matériellement les victimes ou les personnes menacées d'un mariage forcé. D'abord elles n'osent pas porter plainte, puis, si elles franchissent cette première étape, elles sont souvent contraintes de quitter leur domicile et se retrouvent privées de ressources.

Les centres d'information sur les droits des femmes, qui existent dans tous les départements et qui ont une expérience dans ces domaines, pourraient être chargés d'écouter, d'assister et de conseiller les personnes victimes ou menacées d'un mariage forcé.

L'attention de la Mission a été particulièrement attirée sur les problèmes de logement que rencontrent les victimes. Mme Gaye Petek, directrice de l'association Elele, a déploré que, en France, « *en matière de logement, par exemple, les associations sont débordées et les hébergements spécifiques n'existent*

*pas, contrairement à l'Allemagne et aux Pays-Bas* ». Un effort doit être réalisé pour que des logements adaptés soient proposés aux victimes et aux personnes menacées.

*Propositions :*

- développer les lieux d'écoute, d'assistance, de conseil et de prise en charge des personnes menacées ou victimes de mariage forcé, notamment au sein des centres d'information sur les droits des femmes*
- développer des solutions d'hébergement adaptées aux personnes menacées ou victimes de mariage forcé*

### **5.– Refuser l'instauration d'une sanction pénale spécifique au mariage forcé**

Le code pénal sanctionne de manière spécifique le délit de mariage de complaisance (article L. 623-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile <sup>(1)</sup>) et le crime d'excision (article 222-9 du code pénal <sup>(2)</sup>). Les avis divergent sur l'opportunité de suivre la même logique pour les mariages forcés.

#### ***a) Les avantages attendus de la création d'un délit spécifique***

Lors de son audition <sup>(3)</sup>, Mme Françoise Dekeuwer-Défossez a jugé que qualifier de délit l'exercice d'une pression en vue du mariage permettrait d'affirmer le caractère illégal et illégitime de cette pratique, tout comme qualifier de crime l'excision a été un moyen efficace de souligner son caractère inacceptable pour la société française. Des sanctions accompagneraient logiquement cette qualification. Mme Virginie Larribau-Terneyre défend aussi l'intérêt pédagogique d'une telle mesure, tout en estimant que « *les populations concernées n'ont pas toujours peur de la loi pénale* ».

---

(1) Est puni de cinq ans de prison et de 15 000 euros d'amende « *le fait de contracter un mariage aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française* » ainsi que l'organisation ou la tentative d'organisation d'un mariage aux mêmes fins.

(2) Sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende « *les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente* ».

(3) Audition du 5 octobre 2005.

La création d'un tel délit pallierait l'absence actuelle d'une incrimination parfaitement adaptée à tous les cas de mariages forcés, alors que l'interprétation de la loi pénale est stricte et que, lorsque les pressions au mariage sont exclusivement morales, elles ne relèvent pas d'un délit préexistant.

Il est vrai que, comme le souligne M. Jean-Louis Zoël, l'existence d'une sanction pénale spécifique donnerait aux personnes menacées d'un mariage forcé un argument supplémentaire pour se défendre, et que la sanction pourrait déstabiliser les calculs économiques, patrimoniaux et migratoires qui sous-tendent souvent les mariages forcés.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe conseille elle aussi aux États de réfléchir à la possibilité de pénaliser par une infraction spécifique les faits de mariage forcé, y compris la complicité dans l'organisation d'un tel mariage. Mais il faut reconnaître qu'une telle infraction n'existe aujourd'hui que dans deux pays, en Allemagne et en Norvège.

#### ***b) Des effets négatifs à éviter***

Les effets négatifs de la création d'un délit spécifique sont réels.

D'abord, les victimes de mariage forcé pourraient se taire pour éviter que leurs parents ne courent le risque d'être condamnés. Mme Gaye Petek, pourtant favorable à ce que les auteurs de mariages forcés soient poursuivis pénalement, a attiré l'attention de la Mission sur ce danger, tout comme Mme Clotilde Lepetit.

Celle-ci souligne qu'il existe par ailleurs un panel d'infractions susceptibles d'être utilisées pour sanctionner les formes les plus violentes que prennent ces pratiques (violence, agression sexuelle, menaces sous conditions, harcèlement, enlèvement, séquestration...).

En outre, les parents pourraient, en réaction, adopter de nouvelles postures, consistant par exemple à envoyer les jeunes filles dans leur pays d'origine, où elles resteront après leur mariage, ce qui ferait un tort supplémentaire aux victimes. Enfin, si l'on se place du point de vue des parents, il faut reconnaître que, pour la plupart, ils ont l'impression de prendre une décision « dans l'intérêt de leur enfant », en lui trouvant « un bon mari » ou une « bonne épouse ». Les jeunes gens ne sont pas d'accord, mais en même temps ils comprennent la logique dans laquelle se trouvent leurs parents. Refuser la volonté familiale et briser la loi du silence leur demandent déjà un vrai courage. Il est inutile d'ajouter le fardeau de la culpabilisation.

Aussi, la Mission ne souhaite pas la création d'un délit spécifique. En revanche, consciente de la valeur symbolique de la loi et de son effet pédagogique, elle considère que le code civil devrait plus clairement faire de la contrainte au mariage une cause de nullité relative. À cet effet, lors de l'examen de la proposition de loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, l'Assemblée nationale a, à l'initiative de la Mission, modifié l'article 180 du code civil pour préciser que « *l'exercice d'une contrainte au mariage constitue un cas de nullité de celui-ci* »<sup>(1)</sup>.

*Proposition :*

– *préciser que l'existence d'une contrainte au mariage constitue une cause de nullité du mariage*

---

(1) Assemblée nationale, texte adopté n° 521.

## **DEUXIEME SOUS-PARTIE : L'ENFANT FACE A LA DIVERSIFICATION DE LA FILIATION**

Le mouvement vers l'égalité des filiations, qui se traduit par la réduction progressive des différences de traitement entre les enfants, selon qu'ils sont nés de parents mariés ou non mariés, a commencé par la loi du 3 janvier 1972<sup>(1)</sup>, qui a permis la reconnaissance par son père d'un enfant adultérin, et s'achève par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, qui supprime du code civil les notions de filiation légitime et de filiation naturelle. Si les conditions d'établissement de la filiation demeurent différentes étant donné que la présomption de paternité ne vaut que dans le mariage, les règles successorales sont identiques<sup>(2)</sup>, et un « droit commun » de l'autorité parentale s'applique, quelle que soit la filiation.

La promotion du principe d'égalité est allée de pair avec celle du principe de vérité : dans l'idéal, la filiation juridique d'un enfant doit correspondre à sa filiation réelle, biologique de préférence, sociologique sinon. En 1972, les données médicales ne permettaient pas de consacrer pleinement le principe de vérité biologique, alors qu'il est aujourd'hui possible de démontrer que tel homme est le père de tel enfant avec un risque d'erreur quasiment nul. Pourtant, les dispositions issues de la loi de 1972 n'ont pas été modifiées et les lois du 29 juillet 1994<sup>(3)</sup> ont défini de manière restrictive les conditions de recours aux empreintes génétiques. La jurisprudence s'est néanmoins orientée vers une accentuation de la vérité biologique. L'ordonnance du 4 juillet 2005 unifie le régime des actions judiciaires relatives à la filiation : d'une part, elle supprime l'exigence de présomptions ou d'indices graves pour déclencher une procédure de recherche de filiation ; d'autre part, elle réduit le délai de l'action. Par ailleurs, elle interdit toute contestation d'une filiation corroborée par une possession d'état de cinq ans. Cette ordonnance vise ainsi à simplifier les actions relatives à la filiation, tout en assurant une plus grande stabilité de la situation filiative de l'enfant, laquelle est incontestablement dans son intérêt.

---

(1) Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.

(2) La loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral a aligné les droits successoraux des enfants adultérins sur ceux des autres enfants.

(3) Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal et loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

### **Les principales dispositions de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation**

L'ordonnance réorganise les dispositions du code civil relatives à la filiation, pour les rendre plus claires et cohérentes. Son entrée en vigueur est fixée au 1<sup>er</sup> juillet 2006, mais certaines dispositions s'appliqueront de manière rétroactive.

Sur le fond, elle supprime les notions de filiation légitime et de filiation naturelle, prévoit l'établissement automatique de la filiation maternelle, modifie les règles de la possession d'état et unifie le régime des actions relatives à la filiation.

#### **– La suppression des notions de filiation légitime et de filiation naturelle**

Les derniers avantages dont bénéficiaient les seuls enfants légitimes ayant été supprimés, la différence terminologique entre filiation légitime et filiation naturelle, à l'origine d'une complexité juridique devenue inutile, peut être supprimée. La suppression de ces notions est essentiellement symbolique et n'empêche pas le maintien de la spécificité des modes d'établissement de la filiation actuellement qualifiée de naturelle (la reconnaissance et la divisibilité de la filiation applicables aux enfants nés hors mariage s'opposant à la présomption de paternité du mari, qui est néanmoins écartée si son nom n'est pas indiqué dans l'acte de naissance).

#### **– L'établissement automatique de la filiation maternelle**

L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance suffit désormais à établir la filiation, la reconnaissance par la mère n'étant plus nécessaire pour les enfants nés hors mariage (mais la reconnaissance anténatale, désormais codifiée, demeurera possible). Cette indication n'est pas obligatoire, la possibilité d'accoucher sous le secret étant maintenue.

#### **– La possession d'état**

La liste des faits de possession d'état est seulement complétée par la participation du parent à l'entretien, l'éducation et l'installation de l'enfant et il est désormais précisé qu'elle doit être « *continue, paisible, publique et non équivoque* ». L'ordonnance innove de manière plus importante en ce qui concerne la preuve de la possession d'état. Chacun des parents ou l'enfant lui-même peut demander au juge que lui soit délivré un acte de notoriété, mais cette demande ne peut être faite que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée, afin de mieux garantir la stabilité de l'état des enfants et la sécurité juridique des liquidations successorales. De même, la constatation de la possession d'état ne peut être demandée, par toute personne qui y a intérêt, que dans un délai de dix ans.

#### **– L'unification du régime des actions judiciaires relatives à la filiation**

Les recherches de maternité ou de paternité obéissent au même régime procédural : l'exigence de présomptions ou d'indices graves est supprimée et le délai de prescription unifié à la durée de la minorité de l'enfant, puis, si la recherche est demandée par ce dernier, dans les dix ans qui suivent sa majorité.

Dans le but de sécuriser le lien de filiation accompagné d'une réalité affective, les actions en contestation du lien de filiation suivent un régime différent selon que le titre est ou non conforté par la possession d'état. En présence d'une possession d'état de cinq ans à compter de l'établissement de la filiation, toute action en contestation est impossible. Lorsque le délai de cinq ans n'est pas écoulé, l'action est réservée uniquement à l'enfant, aux parents, ou à la personne qui se prétend le père ou la mère. Si la possession d'état a pris fin avant cinq ans, le demandeur doit agir dans un délai de cinq ans après la fin de la possession d'état. En l'absence de possession d'état, la filiation peut être contestée par tout intéressé durant dix ans à compter de la naissance ou de la reconnaissance. À sa majorité, seul l'enfant peut encore contester le lien de filiation, et ce pendant dix ans. Enfin, la possession d'état peut être contestée dans un délai de cinq ans à compter de la délivrance de l'acte de notoriété.

Si la situation des parents n'a plus de conséquences sur celle des enfants, les cas dans lesquels la filiation juridique ne correspond pas à la filiation biologique restent relativement nombreux et correspondent à des cas de figure nouveaux. En effet, la filiation adoptive, qui résulte d'un acte de volonté et découle d'une décision judiciaire, devient plus fréquente, sous l'effet du développement de l'adoption internationale. En outre, les progrès de la médecine facilitent les clivages entre géniteurs, gestatrice et éducateurs, grâce à la pratique de la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, voire au recours à une gestation pour autrui.

L'utilisation de ces techniques conduit à l'apparition de nouveaux cas dans lesquelles les enfants ignorent qui sont leurs géniteurs, alors que la diminution du nombre des accouchements anonymes et l'interdiction de l'abandon sous le secret tendaient à limiter, pour l'avenir, les situations de ce type.

La science offre désormais la possibilité de créer des situations filiatives inédites : l'insémination avec donneur permet à une femme seule ou à un couple de femmes d'avoir des enfants ; la procréation pour autrui peut résoudre l'impossibilité masculine de porter un bébé. S'il est évident que le droit n'a pas à autoriser tout ce que la science permet, la question de la limite à ne pas dépasser est très délicate, et évolue avec le changement progressif de valeurs dans la société. Elle doit toujours prendre d'abord en considération l'intérêt de l'enfant, et notamment, dans la mesure du possible, son droit à connaître ses deux parents (biologiques) et à être élevés par eux. Il convient donc de trouver un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et les droits des adultes, celui-ci devant toujours primer sur ceux-là.

Favorisé par la diversification de moyens d'établir une filiation, le désir d'enfant est de plus en plus valorisé par la société. Celle-ci peut aider à la satisfaire, mais dans le cadre de principes éthiques préalablement définis.

## I.— L'ADOPTION

En France, 4 500 adoptions ont été prononcées en 2003, parmi lesquelles 500 concernaient des enfants français pupilles de l'État et 4 000 des enfants nés à l'étranger. La France est le deuxième pays au monde pour le nombre d'adoptions d'enfants étrangers, après les États-Unis, qui en comptent plus de 20 000 par an. En termes relatifs, toutefois, l'adoption internationale est moins développée en France que dans certains pays d'Europe du Nord : la Norvège, la Suède et le Danemark accueillent dix à douze enfants pour 1 000 naissances, contre cinq pour 1 000 en France.

L'article 21 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant rappelle qu'en matière d'adoption « *l'intérêt de l'enfant est la considération primordiale* » et que « *l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé* ». La Convention rappelle ainsi que l'adoption vise d'abord à donner une famille à un enfant, et non à donner un enfant à une famille, et que l'adoption internationale ne doit être envisagée qu'en dernier recours.

Les modalités de l'adoption sont régies en France par la loi du 5 juillet 1996, dite « Mattéi »<sup>(1)</sup>, une loi spécifique à l'adoption internationale ayant été adoptées en 2001<sup>(2)</sup>. La toute récente loi du 5 juillet 2005 portant réforme de l'adoption<sup>(3)</sup> vise principalement à harmoniser les conditions de délivrance des agréments par les conseils généraux et à créer l'Agence française de l'adoption.

### A.— LES DEUX FORMES D'ADOPTION

Depuis la loi du 11 juillet 1966<sup>(4)</sup>, il existe en France deux formes d'adoption : l'adoption simple, qui organise la coexistence de la filiation d'origine et de la filiation adoptive, et l'adoption plénière, qui rompt les liens avec la famille d'origine en donnant à l'enfant un nouvel état civil et une nouvelle filiation.

Les deux formes d'adoption induisent des effets très différents, ce qui justifie que les conditions à remplir par les candidats à l'adoption comme par les futurs adoptés ne soient pas identiques.

---

(1) Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption.

(2) Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

(3) Loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption.

(4) Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption.



## 1.— Les conditions à remplir pour pouvoir adopter

Les conditions requises pour pouvoir adopter s'appliquent aux adoptions plénières comme aux adoptions simples.

### *a) Les conditions relatives à l'état civil de l'adoptant*

Depuis la loi de 1966 précitée, l'adoption peut être demandée par un couple marié, mais aussi par une personne seule. Ces conditions s'appliquent aux deux formes d'adoption.

L'article 343 du code civil permet à « *deux époux non séparés de corps, mariés depuis deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans* » de demander à adopter. Ces conditions de durée du mariage et d'âge des époux, qui sont alternatives, ont été introduites par la loi de 1996 précitée ; avant elle, la loi du 22 décembre 1976 <sup>(1)</sup> imposait une condition de durée du mariage de cinq ans, sans qu'une condition d'âge permette d'y déroger.

La loi de 1996 a aussi abaissé de trente à vingt-huit ans l'âge à partir duquel une personne seule peut demander à adopter. Cette possibilité, qui figure à l'article 343-1 du code civil, avait été ouverte par la loi de 1966 précitée. Cette personne peut être célibataire, veuve, divorcée ou mariée ; dans ce dernier cas, son conjoint doit donner son consentement à la demande d'adoption. Si l'adoption vise l'enfant du conjoint, la condition d'âge ne s'applique pas (article 343-2 du code civil). En 2003, les mères adoptives ont en moyenne 38,5 ans lorsqu'elles accueillent leur premier enfant, soit onze ans de plus que l'âge moyen des femmes à la naissance de leur premier enfant.

À la condition d'âge minimal s'ajoute un minimum de différence d'âge entre l'enfant et ses (ou son) futurs parents. L'article 344 du code civil le fixe à quinze ans dans le cas général et à dix ans pour l'adoption de l'enfant du conjoint, tout en permettant, depuis la loi de 1976, que le tribunal puisse y déroger « *s'il y a de justes motifs* ».

Cette même loi a supprimé la condition qui imposait l'absence d'enfants légitimes du couple adoptant, mais l'article 353 du code civil prévoit que, dans le cas où l'adoptant a des descendants, le juge chargé de statuer sur l'adoption vérifie que celle-ci n'est pas « *de nature à compromettre la vie familiale* ».

---

(1) Loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 modifiant certaines dispositions concernant l'adoption (simplification).

***b) L'obtention de l'agrément pour adopter***

L'article 353-1 du code civil prévoit un agrément pour l'adoption, plénière ou simple, d'une pupille de l'État, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger. Il n'a en revanche pas à être demandé dans les autres cas, et notamment pour l'adoption de l'enfant du conjoint.

En théorie, ce même article fait de l'obtention de l'agrément une condition non indispensable au prononcé de l'adoption. En effet, depuis la loi de 1996 précitée, « *si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt* ». Dans les faits, l'obtention préalable de l'agrément est nécessaire à toute adoption d'un enfant abandonné.

• ***Une procédure critiquée***

La délivrance de l'agrément est de la compétence des conseils généraux, qui ont, en la matière, des pratiques différentes. Les taux d'agrément varient entre 66 et 98 % des demandes selon les départements, car les services d'aide sociale à l'enfance instruisent les dossiers d'agrément selon des critères hétérogènes. En effet, comme le soulignait la Défenseure des enfants dans son rapport d'activité pour 2004, certains départements ajoutent des critères d'agrément qui leur sont propres. Ainsi, par exemple, en l'absence de règles nationales sur l'âge maximum pour adopter ou l'écart d'âge maximum entre enfant et parent adoptif, chaque département établit ses propres critères d'appréciation sur ce point.

En application de l'article L. 225-2 du code de l'action sociale et des familles, l'agrément est accordé pour cinq ans par le président du conseil général, après avis de la commission chargée de l'examen des demandes. Celle-ci se prononce après une enquête visant à évaluer la situation familiale, les capacités éducatives et les possibilités d'accueil offertes par le candidat et à juger des conditions présentées sur le plan familial, éducatif et psychologique. Tout refus d'agrément doit être motivé, et peut être attaqué par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Mme Dékeuwer-Défossez<sup>(1)</sup> estime que la délivrance des agréments n'est pas assez sélective et que les services d'aide sociale à l'enfance les accordent à des familles auxquelles ils n'ont aucunement l'intention de confier un enfant, dans le seul but d'éviter le recours que tout refus déclenche. Il est vrai que, chaque année, 8 000 familles reçoivent un agrément, sur 10 000 demandes<sup>(2)</sup>, et que, au total, 25 000 familles détenant l'agrément attendent actuellement de se voir confier un enfant.

Au contraire, la plupart des personnes entendues par la Mission jugent la procédure d'agrément excessivement longue et complexe. La loi du 5 juillet 2005 lui apporte des améliorations ponctuelles, mais utiles : la forme et le contenu de la décision d'agrément sont harmonisés, l'agrément pourra autoriser l'accueil de plusieurs enfants simultanément et les conseils généraux devront assurer un meilleur accompagnement des familles candidates.

Les notaires<sup>(3)</sup> ont souligné les difficultés rencontrées par les familles qui changent de département après avoir obtenu un agrément. Les avocates<sup>(4)</sup> ont même qualifié les conditions de délivrance des agréments de « catastrophiques », estimant qu'elles « *obéissent à des critères subjectifs* » ; elles avouent qu'elles s'interrogent « *parfois sur la capacité et la formation des personnes désignées pour s'en occuper* ».

- ***La situation des personnes homosexuelles face à la demande d'agrément***

Si l'adoption conjointe est réservée aux époux, lesquels ne peuvent être que de sexe différent, un célibataire âgé de plus de vingt-huit ans peut demander à adopter, quelle que soit son orientation sexuelle. Mais il est particulièrement difficile à un homosexuel d'obtenir l'agrément pour adopter. La présidente d'honneur de l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens (APGL), Mme Martine Gross, estime que 90 % des demandes sont refusées lorsque le candidat, ou la candidate, reconnaît son homosexualité.

---

(1) Audition du 5 octobre 2005.

(2) Une partie des demandeurs renoncent en cours de procédure.

(3) Audition du 5 octobre 2005.

(4) *Idem.*

En 1998, cette association a interrogé tous les présidents de conseils généraux pour savoir s'ils avaient une position de principe sur l'adoption par les célibataires homosexuels. Seuls les présidents de vingt-et-un départements ont répondu. Six d'entre eux ont déclaré refuser l'agrément aux célibataires homosexuels. Ils invoquent à l'appui de cette position l'arrêt du Conseil d'État de 1996 dans l'affaire Fretté <sup>(1)</sup>.

Avant même cette affaire, le Conseil d'État avait jugé illégaux les refus d'agrément fondés sur le fait que postulant était célibataire ou était un homme ou sur le motif qu'il refuserait une vie de couple et manifesterait, aux dires de l'administration, des « *tendances homosexuelles refoulées* », dès lors que rien ne permet de suspecter un risque pour l'enfant <sup>(2)</sup>. Mais l'appréciation du juge se complique lorsque l'homosexualité du candidat n'est plus cachée, mais avouée, voire affichée. L'homosexualité n'est jamais dénoncée en elle-même, mais elle sous-tend les arguments invoqués par l'administration ou le juge pour justifier le refus de l'agrément.

Dans l'affaire *Fretté*, cet enseignant, dont tous les experts reconnaissent les qualités humaines et intellectuelles, s'est vu refuser l'agrément en raison notamment de ce que l'administration a appelé son « choix de vie ». Saisi, le tribunal administratif a donné raison au requérant : il a estimé que cette expression visait en fait l'orientation sexuelle du candidat et que refuser un agrément sur ce motif conduisait à opérer une discrimination, non voulue par le législateur, entre les candidats à l'adoption en fonction de leur choix de vie <sup>(3)</sup>. Le Conseil d'État a finalement eu l'appréciation inverse : tout en reconnaissant que « *les choix de vie de l'intéressé doivent être respectés* », il a estimé que « *eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines* », M. Fretté ne présentait pas des « *garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a alors été saisie sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, le premier garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale, le second interdisant les discriminations. La Cour reconnaît la différence de traitement appliquée à M. Fretté au seul regard de son homosexualité, avant de vérifier si cette distinction pouvait avoir une « *justification objective et raisonnable* », c'est-à-dire poursuivre un « *but légitime* » et respecter un « *rapport*

---

(1) Conseil d'État, 9 octobre 1996, *Département de Paris contre M. Fretté*.

(2) Conseil d'État, 24 avril 1992, *Département du Loiret contre M. Tissier*.

(3) Tribunal administratif de Paris, 25 janvier 1995, *F*.

*de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». Elle estime d'abord que la différence de traitement remplit la première exigence, qui est de protéger la santé et les droits des enfants pouvant être adoptés ; elle juge ensuite qu'en l'absence de consensus sur la question en France comme en Europe, et en raison des profondes divergences existant entre les pays, il convient de laisser en ce domaine une large marge d'appréciation aux autorités nationales. La Cour mentionne les « *incertitudes pesant sur le développement des enfants élevés par des homosexuels* », les contradictions qui traversent sur cette question la communauté scientifique et les divergences des opinions publiques. Elle rappelle que « *l'adoption est " donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille "* » et que « *l'État doit veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent lui offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables* ». Elle estime donc, à quatre juges contre trois, que la différence de traitement en cause n'est pas discriminatoire <sup>(1)</sup>.

On peut observer à cet égard que, en Belgique, alors que les couples de même sexe peuvent se marier depuis 2003, le droit d'adopter conjointement était au départ réservé aux époux et aux cohabitants légaux de sexe différent. Les couples mariés ou cohabitants légaux de même sexe n'ont obtenu cette possibilité qu'après l'adoption d'une proposition de loi portant spécifiquement sur ce point, votée par la Chambre des députés le 2 décembre 2005.

### **Le droit de l'adoption en Belgique**

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 1969, plusieurs fois modifiée depuis lors, notamment par la loi du 27 avril 1987, il existe deux formes d'adoption : « l'adoption » qui correspond à notre adoption simple et maintient certains droits et obligations entre l'enfant et sa famille d'origine, et « l'adoption plénière », qui confère à l'enfant et à ses parents adoptifs des droits et obligations identiques à ceux induits par la filiation. De façon générale, l'adoption constitue un contrat entre l'adoptant et l'adopté, ou une personne qui le représente, si ce dernier a moins de 15 ans. La convention d'adoption est soumise pour homologation au tribunal.

#### **– Les conditions relatives aux adoptants**

L'âge minimum pour adopter est de 25 ans, mais est réduit à 18 ans, âge de la majorité, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint dans un couple unissant des personnes de sexe différent.

---

(1) Cour européenne des droits de l'homme, 26 février 2002, *Fretté contre France*.

La différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté doit être d'au moins 15 ans, mais peut être réduite à 10 ans en cas d'adoption de l'enfant du conjoint dans un couple unissant des personnes de sexe différent.

Jusqu'à une date récente, seuls un célibataire, des époux ou des cohabitants de sexe différent pouvaient adopter un enfant. Aucune durée minimale de mariage n'est exigée, alors que la cohabitation légale doit durer depuis au moins trois ans avant la demande d'adoption.

Dans un premier temps, deux personnes de même sexe mariées ou ayant fait une déclaration officielle de cohabitation ne pouvaient adopter ensemble un enfant puisque la loi du 24 avril 2003 avait précisé que les couples adoptants devaient unir deux personnes de sexe différent. Une proposition de loi adoptée par la Chambre des députés le 2 décembre 2005 a modifié cette disposition pour permettre l'adoption conjointe à un couple marié ou cohabitant légalement qu'il soit de sexe différent ou de même sexe.

Le code civil prévoit qu'une personne seule peut adopter un enfant. Dans ce cas, l'adoption s'apparente à l'adoption simple du code civil français. Elle n'entraîne donc pas la rupture des liens avec la famille d'origine.

En théorie, rien n'empêche un homosexuel d'adopter l'enfant de son partenaire. En pratique, les célibataires homosexuels sont souvent conduits à taire leur homosexualité pour adopter, ce qui empêche l'adoption des enfants du partenaire.

Dans un couple homosexuel marié ou cohabitant légalement, le conjoint ne devient parent de l'enfant de son époux que s'il l'adopte. Une telle adoption n'est possible que si la différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté atteint au moins quinze ans, alors qu'une différence d'âge de dix ans suffit lorsque les époux ou cohabitants n'appartiennent pas au même sexe.

#### **– Les droits de l'adopté**

L'adoption étant un contrat, le consentement de l'adopté est requis. Toutefois, si celui-ci n'a pas encore atteint l'âge de 15 ans, le consentement émane de son représentant légal.

#### **– L'agrément des candidats à l'adoption**

Il existe deux filières pour l'adoption : la filière libre qui échappe à toute réglementation, et la filière officielle qui n'est donc pas obligatoire et qui est réglementée différemment dans chacune des trois communautés. Quelle que soit la filière choisie, l'adoption doit être homologuée par le juge.

Dans le cadre de la filière officielle, chaque candidat fait l'objet d'une enquête de la part des organismes d'adoption agréés ; chacun de ces organismes établit sa propre procédure et ses propres critères de sélection.

– **Le secret des origines**

- ***L'interdiction de l'accouchement anonyme***

L'accouchement anonyme n'est pas possible. Aux termes de l'article 57-2 du code civil, l'acte de naissance précise nécessairement l'identité de la mère : « *l'année, le jour et le lieu de la naissance, le nom, les prénoms et le domicile de la mère et du père, si la filiation paternelle est établie* » doivent y figurer.

Il est néanmoins actuellement envisagé de créer une possibilité d'accouchement « dans la discrétion » : l'enfant ne pourrait avoir connaissance de l'identité de sa mère qu'à sa majorité.

- ***Les informations sur les origines***

Le jugement qui homologue l'adoption indique les identités complètes de l'adoptant et de l'adopté. Il doit être mentionné en marge de l'acte de naissance de l'adopté. Or, ce dernier révèle l'identité de la mère.

Par ailleurs, une copie de l'acte de naissance mentionnant la filiation ne peut être délivrée qu'à l'intéressé ou à toute personne « *justifiant d'un intérêt familial, scientifique ou de tout autre intérêt légitime* ».

Dans ces conditions, les parents adoptifs et l'adopté peuvent découvrir l'identité de la famille d'origine dans l'acte de naissance de l'adopté.

## **2.– Les conditions à remplir pour pouvoir être adopté**

Les effets de l'adoption plénière étant nettement plus importants que ceux induits par l'adoption simple, les conditions à remplir pour pouvoir être adopté de façon plénière sont beaucoup plus exigeantes.

En revanche, l'enfant de plus de treize ans doit consentir personnellement à son adoption, qu'elle soit plénière (article 345 du code civil) ou simple (article 360 du code civil). En outre, dans les deux cas, l'adoption est prononcée par le tribunal de grande instance qui vérifie « *si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* » (article 353 du code civil).

**a) Pour une adoption plénière**

• **Les conditions d'âge**

Cette forme d'adoption ne peut concerner que des enfants de moins de quinze ans, « *accueillis au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois* », en application de l'article 345 du code civil. Cet accueil pendant au moins six mois correspond au placement en vue de l'adoption, qui est la phase préparatoire au prononcé du jugement d'adoption.

La condition d'âge est repoussée à vingt ans (contre dix-huit ans avant la loi de 1996 précitée) dans deux cas :

– si l'enfant a plus de quinze ans et a été accueilli avant d'avoir cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ;

– ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint quinze ans.

• **La rupture avec la famille d'origine**

Selon l'article 347 du code civil, les enfants ne sont adoptables que s'ils se trouvent dans l'une de ces trois situations : leurs père et mère (ou celui des deux qui l'a reconnu) ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption (en application de l'article 348-3 du code civil), ils sont pupilles de l'État ou ils ont été déclarés abandonnés dans les conditions prévues par l'article 350 du code civil. Rappelons à cet égard que l'article 3 de la loi du 5 juillet 2005 précitée a supprimé la disposition selon laquelle « *le cas de grande détresse des parents* » faisait obstacle à la déclaration d'abandon de l'enfant.

Une adaptation de ces conditions de rupture avec la famille d'origine est prévue pour l'adoption plénière de l'enfant du conjoint (article 345-1). Celle-ci est permise dans trois cas :

– lorsque l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard d'un parent ;

– lorsque son autre parent s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;

– lorsque son autre parent est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré, ou que ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.



Ces dispositions visent à éviter que cette nouvelle filiation ne vienne remplacer une filiation qui aurait encore une existence réelle dans la vie de l'enfant, notamment du fait du maintien de relations avec ses grands-parents après le décès de l'un de ses parents.

***b) Pour une adoption simple***

L'article 360 du code civil permet l'adoption simple quel que soit l'âge de l'adopté. Comme pour une adoption plénière, les parents ou le conseil de famille doivent consentir à l'adoption d'un enfant mineur (en application de l'article 348-3 du code civil). Un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière peut, « *s'il est justifié de motifs graves* » (par exemple désintérêt manifeste de l'adoptant), bénéficier d'une adoption simple. Les dispositions relatives au placement en vue de l'adoption ne s'appliquent pas aux adoptions simples.

**3.— Les effets de l'adoption**

***a) Les effets de l'adoption plénière***

Les effets de l'adoption plénière, qui existent à compter du dépôt de la requête en adoption (article 355 du code civil), sont de deux types : la rupture totale avec la famille par le sang et l'intégration de l'adopté dans la famille adoptive.

• ***La rupture des liens avec la famille par le sang***

En application de l'article 356 du même code, la filiation adoptive se substitue à la filiation d'origine, l'enfant adopté cessant d'appartenir à sa famille par le sang. Le seul lien qui demeure est celui des prohibitions au mariage (énumérées aux articles 161 à 164 du code civil). Le juge peut aussi accorder un droit de visite aux grands-parents par le sang de l'enfant, si c'est dans l'intérêt de celui-ci. En outre, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, la filiation vis-à-vis de ce dernier subsiste et les effets de l'adoption sont les mêmes que l'adoption par deux époux.

• ***L'intégration dans la famille adoptive***

L'article 358 du code civil reconnaît à l'enfant adopté « *dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du VII du présent livre* », c'est-à-dire qu'un enfant légitime ou naturel reconnu.

L'adoption plénière est irrévocable (article 359 du même code) : si l'adoptant manque à ses devoirs d'éducation, des mesures d'assistance éducatives seront mises en place. Néanmoins, comme mentionné *supra*, en cas de motifs graves, comme le désintérêt manifeste de l'adoptant, l'enfant pourra faire l'objet d'une nouvelle adoption, mais seulement d'une adoption simple.

En vertu de l'article 357 du même code, l'adoption confère à l'enfant le nom de l'adoptant. Si l'adoptant est marié et son conjoint d'accord, l'enfant pourra porter le nom de son conjoint ou leurs deux noms accolés. Si les adoptants sont des époux, l'enfant recevra le nom de l'un d'eux ou leurs noms accolés, selon leur choix. Le tribunal peut aussi, sur la demande du ou des parents, modifier les prénoms de l'enfant.

#### ***b) Les effets de l'adoption simple***

Une personne qui a fait l'objet d'une adoption simple a deux familles : sa famille adoptive et sa famille par le sang.

##### **• *Les liens entre l'adopté et l'adoptant***

L'article 363 du code civil prévoit que l'adopté ajoute le nom de l'adoptant à son nom d'origine. À la demande de l'adoptant, le tribunal peut décider qu'il y aura substitution. L'adopté de plus de treize ans devra dans ce cas donner son accord. La loi du 4 mars 2002<sup>(1)</sup> contient des dispositions visant à adapter à la situation de l'adoption simple les nouvelles libertés qu'elle accorde en matière de choix du nom de famille.

Si l'adopté est mineur, l'autorité parentale est conférée à l'adoptant par l'article 365 du code civil, sauf si l'adoptant est le conjoint du parent par le sang ; dans ce cas, l'autorité parentale est partagée avec le conjoint, qui en conserve seul l'exercice, à moins qu'il ait déclaré, conjointement avec l'adoptant, au greffier en chef du tribunal de grande instance qu'ils l'exerceraient en commun. Hormis ce cas, si l'adoptant meurt, l'autorité parentale reviendra à un conseil de famille, et non aux parents par le sang.

En application de l'article 367 du code civil, adoptant et adopté se doivent réciproquement des aliments.

---

(1) Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille.

L'article 368 du même code fait de l'adopté un héritier réservataire de l'adoptant au même titre qu'un enfant légitime ou naturel ; il n'est en revanche pas héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant. Pour éviter l'utilisation de l'adoption simple à la seule fin de réduire les droits de succession, l'article 786 du code général des impôts ne tient plus compte de ce lien de parenté, sauf exceptions : enfant du conjoint, pupilles de la nation ou de l'État, orphelins d'un père mort pour la France, adopté ayant reçu de l'adoptant des soins pendant au moins cinq ans durant sa minorité, adoptant ayant perdu leurs enfants morts pour la France, adoptés par d'anciens déportés politiques... Enfin, en application de l'article 368-1 du code civil, si l'adopté meurt sans descendant, chaque famille reprend les biens qui proviennent d'elle à titre gratuit et les biens restant se partagent par moitié entre les deux familles.

- ***Les liens entre l'adopté et la famille de l'adoptant***

Si l'adoption simple n'intègre pas l'adopté dans la famille de l'adoptant, elle a néanmoins certaines conséquences :

– l'article 366 du code civil établit un empêchement au mariage entre l'adoptant et l'adopté, entre l'adoptant et les descendants de l'adopté, entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté, entre l'adopté et les enfants, adoptifs ou non, de l'adoptant, une dispense pouvant être demandée au procureur de la République dans ce dernier cas ;

– les ascendants de l'adoptant peuvent écarter par testament l'adopté de leur succession.

- ***Les liens entre l'adopté et sa famille d'origine***

« *L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires* » (article 364 du code civil).

Si c'est un enfant, ses père et mère biologiques perdent l'autorité parentale, mais ils peuvent demander un droit de visite et l'obligation alimentaire continue d'exister entre l'adopté et ses parents biologiques. Ceux-ci n'ont cependant à lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant (article 367). Des droits successoraux subsistent, au profit de l'adopté, et, comme mentionné *supra*, au profit de sa famille biologique s'il décède sans descendance (article 368-1).

Enfin, les empêchements au mariage avec un membre de la famille d'origine continuent à s'appliquer.

• **Une adoption révocable**

Contrairement à l'adoption plénière, qui est définitive, l'adoption simple est révocable. Sa révocation peut être prononcée par le tribunal de grande instance, qui doit rendre un jugement motivé, « *s'il est justifié de motifs graves* » (article 370 du code civil).

La révocation, qui n'a d'effet que pour l'avenir, peut être demandée :

- par l'adopté ;
- par l'adoptant si l'adopté a au moins quinze ans ;
- si l'adopté est mineur, par le ministère public ou par sa famille d'origine jusqu'au sixième degré.

**ADOPTION SIMPLE ET ADOPTION PLENIERE**

	<b>Adoption simple</b>	<b>Adoption plénière</b>
<b>Rupture avec la famille d'origine</b>	NON	OUI
<b>Conditions relatives à l'adoptant</b>	28 ans et écart d'âge de 15 ans minimum avec l'adopté (réduction possible).	
– personne seule	28 ans et écart d'âge de 15 ans minimum avec l'adopté (réduction possible).	
– couple marié	2 ans de mariage ou âgés l'un et l'autre de 28 ans, et écart d'âge de 15 ans. En cas d'existence d'enfants légitimes du couple, l'adoption ne doit pas compromettre la vie familiale.	
– conjoint (marié) d'un parent par le sang	Écart d'âge de 10 ans (réduction possible pour « justes motifs »).	
<b>Conditions d'âge relatives à l'adopté</b>	Quel que soit l'âge.	Adopté âgé de moins de 15 ans sauf exceptions (jusqu'à 20 ans).
	Si l'adopté a 13 ans ou plus, il faut son consentement.	
<b>Enfants adoptables</b>	Toute personne.	– Pupille de l'État. – Enfants déclarés abandonnés par une décision de justice. – Consentement à l'adoption donné par les parents.
<b>Procédure</b>	Jugement d'adoption par le TGI.	Phase préparatoire : placement préalable chez la famille adoptante pendant au moins 6 mois. Jugement d'adoption par le TGI.
<b>Effets</b>	Pas de rupture avec la famille par le sang. L'adopté n'a de lien qu'avec l'adoptant. Quelques liens (successoraux, empêchements au mariage) avec la famille de l'adoptant.	Rupture totale avec la famille par le sang. L'enfant rentre dans la famille adoptive. Il a les mêmes droits qu'un enfant légitime.
<b>Révocation</b>	OUI, pour motifs graves. Par jugement motivé à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, ou, si l'adopté est mineur, du Ministère public ou d'un parent par le sang.	NON

NB: TGI : tribunal de grande instance

## **B.— GARANTIR AUX ENFANTS ADOPTES LA SECURITE JURIDIQUE ET AFFECTIVE**

L'attention de la Mission a été attirée sur la nécessité d'assurer aux enfants adoptés la plus grande sécurité juridique et affective. La majorité des personnes auditionnées considère que cette nécessité justifie de ne pas modifier les conditions requises pour adopter.

### **1.— Réserver l'adoption conjointe aux couples mariés**

L'adoption conjointe est actuellement réservée aux époux. Étant donné la forte augmentation du nombre de familles constituées hors mariage, la question se pose d'une éventuelle ouverture de l'adoption conjointe aux concubins, de sexe différent, voire de même sexe.

#### ***a) L'accès à l'adoption conjointe ne peut pas être autorisé aux concubins de sexe différent***

Au sein du mouvement familial, l'ouverture de l'adoption conjointe à un homme et une femme vivant en union libre est défendue par les associations familiales laïques<sup>(1)</sup>. Mme Nadine Pinget<sup>(2)</sup>, présidente du Mouvement pour l'adoption sans frontières, s'y est aussi déclarée favorable, au nom d'une adoption « sans discrimination » et adaptée à l'évolution de la société. M. Jean-Marie Muller, président de la Fédération nationale des associations départementales d'entraide aux pupilles et anciens pupilles de l'État, n'y voit pas non plus d'inconvénient.

Mme Martine Gross a rappelé que l'adoption par deux personnes non mariées est possible au Québec, en Colombie Britannique, en Espagne, en Suède, aux Pays-Bas, en Belgique, en Angleterre et au Pays de Galles.

Deux arguments sont avancés à l'appui de cette réforme. D'abord, il peut paraître incohérent d'autoriser le recours à la procréation médicalement assistée à des couples de concubins de sexe différent vivant ensemble depuis deux ans, mais de leur refuser la possibilité d'adopter conjointement un enfant. En outre, depuis 2002, les règles de l'exercice de l'autorité parentale ne dépendent plus du statut des parents.

---

(1) Table ronde du 29 juin 2005.

(2) Table ronde du 2 novembre 2005 ; sauf mention contraire, les personnes qui se sont exprimées sur l'adoption l'ont fait à l'occasion de cette table ronde.

Néanmoins, les enfants issus d'une assistance médicale à la procréation ne sont pas dans la même situation que les enfants abandonnés puis confiés à une famille adoptive. Les premiers sont, de fait, dans la même situation que les enfants conçus de manière naturelle : ils sont les enfants biologiques d'au moins un de leurs parents et très généralement des deux. Les enfants adoptés n'ont en revanche pas de liens biologiques avec leurs parents. Ils ont subi le traumatisme de l'abandon et, bien souvent, celui du déracinement ; ils doivent bénéficier d'un maximum de protection, en particulier si leurs parents se séparent, pour ne pas éprouver à nouveau un sentiment d'abandon. Or, compte tenu de sa plus grande durabilité et de l'intervention de la justice, le mariage offre aux enfants une meilleure sécurité juridique que le concubinage au moment de la séparation.

C'est d'abord parce que, comme toutes les personnes entendues par la Mission l'ont reconnu, l'adoption ne relève pas d'un droit des adultes à l'enfant mais d'un droit de l'enfant à avoir une famille que toutes les précautions doivent être prises.

Mme Frédérique Granet a ainsi indiqué que : *« lorsqu'il s'agit d'un enfant qui n'est pas celui de l'un des deux membres du couple, il me semble qu'il serait préférable de réserver l'adoption plénière aux époux. En effet, le mariage présente un certain nombre de garanties, en particulier en cas de séparation du couple, puisqu'un juge est nécessairement amené à intervenir pour prononcer le divorce, et que l'un des aspects des conséquences du divorce que le juge vérifie en premier lieu, et qui n'est pas librement négociable comme le sont les questions d'argent, est précisément les modalités d'exercice de l'autorité parentale ».*

S'ajoute à ce souci la réalité internationale de l'adoption. Mme Janice Peyré, présidente d'Enfance et familles d'adoption, a rappelé que les pays parties à la Convention de La Haye <sup>(1)</sup> exigent des adoptants qu'ils soient mariés (et que le mariage unisse un homme et une femme) ou célibataires, et qu'ils vérifient de plus en plus que c'est bien le cas. Seuls quelques pays non parties à cette convention admettent l'adoption par des couples non mariés.

Le garde des Sceaux n'est pas non plus favorable à l'adoption d'un enfant par deux personnes qui ne sont pas mariées : *« Il faut s'en tenir à la vocation fondamentale de l'adoption, qui est de donner un enfant sans famille à une famille qui ne peut elle-même en avoir. Or les concubins forment un couple, ils ne forment pas une famille. Ils peuvent mettre fin à leur vie commune à tout*

---

(1) Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye le 29 mai 1993.

*moment, sans que jamais ne s'exerce un quelconque contrôle de l'autorité judiciaire. Ce risque important d'instabilité familiale peut s'avérer particulièrement préjudiciable pour un enfant adopté, qui, du fait de son histoire personnelle, exprime souvent un plus grand besoin de sécurité affective »<sup>(1)</sup>.*

La majorité de la Mission partage cette analyse. Elle estime que, compte tenu du traumatisme originel que comporte son histoire, un enfant adopté requiert une sécurité juridique et affective que seuls des parents mariés peuvent offrir. Il ne lui semble pas que le mariage constitue un engagement si contraignant qu'un couple désireux d'adopter ne puisse l'accepter afin de donner à l'enfant la plus grande sécurité juridique possible.

***b) L'accès à l'adoption conjointe ne saurait a fortiori être accordé aux concubins de même sexe***

Si l'adoption conjointe par un homme et une femme non mariés ne fait pas l'unanimité, ouvrir cette possibilité à un couple de même sexe apparaît encore plus délicat. Les arguments contre la première mesure sont aussi recevables contre la seconde, mais les réticences sont encore plus fortes.

M. Bernard Teper, président de l'Union des familles laïques, présente comme un paradoxe « *la loi de 1966 qui autorise l'adoption par un célibataire de plus de 28 ans, alors qu'on interdit l'adoption par des couples homosexuels. En vérité, seules deux positions sont cohérentes : abroger la loi de 1966 ou autoriser, sous certaines conditions, l'adoption par les couples homosexuels. Aujourd'hui, plusieurs milliers d'enfants sont élevés par des couples homosexuels. Ceux-ci ont donc le droit d'élever des enfants, mais pas d'en adopter* »<sup>(2)</sup>. Il considère donc qu'il faut résoudre ce paradoxe en faveur des couples de même sexe.

Mme Martine Gross souhaite que l'adoption conjointe soit possible pour un couple de même sexe, comme de sexe différent, car elle estime que « *l'intérêt de l'enfant est d'être adopté par deux personnes si deux personnes se présentent pour s'engager en tant que parents auprès de lui. L'adoption, en tant qu'institution, ne doit pas continuer à imiter la nature, elle doit montrer la voie d'un droit de la famille basé sur l'engagement. Pourquoi ne donner qu'un seul parent à un enfant lorsque deux sont prêts à s'engager, et ce au seul motif que deux personnes de même sexe ne peuvent faire semblant d'avoir procréé ? Rappelons que donner deux parents, c'est éviter qu'un enfant soit orphelin en cas de décès de l'un, c'est permettre une double transmission des biens, c'est donner quatre grands-parents à l'enfant, et ainsi de suite* ».

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

(2) Table ronde du 29 juin 2005.

Ainsi, puisqu'une personne célibataire peut adopter, il ne serait pas justifié que son compagnon, même s'il est de même sexe, ne puisse adopter avec elle s'il souhaite lui aussi s'engager auprès de l'enfant. M. Robert Neuburger estime ainsi que le sexe des parents n'est pas déterminant pour l'évolution des enfants, en particulier en ce qui concerne leur identité sexuelle, qui serait surtout liée à la structure communicative entre les parents et à l'influence de la fratrie.

Des oppositions fortes ont pourtant été exprimées sur ce sujet au cours des auditions de la Mission.

Mme Janice Peyré évoque, là encore, la réalité de l'adoption internationale : « *selon le Service social international, aucun pays d'origine ne confie sciemment des enfants à des personnes homosexuelles* ». On peut d'ailleurs observer à cet égard que, aux Pays-Bas, les couples de même sexe ne sont autorisés à adopter que des enfants abandonnés dans leur pays, ce qui, en pratique, a pour conséquence qu'aucun d'entre eux n'a encore pu adopter un enfant, les enfants néerlandais adoptables étant rares, et confiés de préférence à des couples de sexe différent. Leur accès à l'adoption demeure ainsi théorique.

Mais c'est d'abord au nom de l'intérêt des enfants que Mme Janice Peyré se fait la porte-parole des enfants adoptés : « *Autant les parents par adoption sont ouverts à l'idée d'étendre celle-ci, dans la légalité et dans la transparence, aux homosexuels, autant ceux qui sont adoptés, adolescents ou adultes, expriment de réelles réticences. Ils témoignent de ce sentiment intime de différence avec lequel ils ont grandi, et qu'accompagne une aspiration très profonde à la normalité. Avoir des parents homosexuels viendrait à leurs yeux ajouter une différence et une curiosité supplémentaires à celles que suscite déjà l'adoption, voire, dans certains cas et dans certains milieux, un rejet* ». Aussi estime-t-elle que « *faire entrer l'enfant adopté dans une société où il aura les mêmes droits, la même place que les autres enfants – ce qui est prévu par la Convention de La Haye – suppose qu'il soit accueilli au sein de schémas familiaux préexistants, déjà reconnus comme tels, et non qu'il soit instrumentalisé pour obtenir la reconnaissance de nouveaux schémas familiaux* ».

M. Pierre Lévy-Soussan est du même avis : « *Son premier intérêt est d'entrer dans une famille nucléaire déjà acceptée socialement, afin qu'il ne lui incombe pas la tâche supplémentaire, par rapport à son histoire d'abandon, de s'ajuster à une famille "hors normes", quelles qu'en soient les raisons* ». Il considère que, pour réussir, l'adoption doit conduire à l'établissement d'une filiation psychique qui « *permet le nouage des trois éléments qui sont à la base de toute société : le biologique, le social, et la dimension subjective propre à l'humain. La solidité psychique de cette construction dépasse le lien purement*



*biologique de la filiation et permet de donner une sécurité à celle-ci. La sécurité et la "vérité" de cette filiation reposent sur l'enfantement, sur une relation potentiellement ou réellement procréatrice entre un homme et une femme, permettant la fiction filiative par la rencontre avec l'autre sexe, de même génération et vivant. La fiction filiative peut alors être vécue comme vraie, cohérente et raisonnable* ». L'altérité des sexes du couple parental lui semble donc indispensable à la prise de la greffe que constitue l'adoption.

Dans la mesure où, en France, près de 25 000 couples mariés ont un agrément et attendent en moyenne cinq ans pour pouvoir adopter car moins de 5 000 adoptions sont prononcées chaque année, il est possible de donner à chaque enfant adoptable un père et une mère qui lui offrent les meilleures chances de s'intégrer à une nouvelle famille.

M. Xavier Lacroix juge quant à lui que « *il est souhaitable qu'à la discontinuité liée à l'adoption ne vienne pas s'ajouter une seconde discontinuité, à savoir la perte de l'analogie entre le couple d'origine et le couple éducateur. C'est a fortiori parce qu'il est adopté qu'un enfant a besoin d'un père et d'une mère* »<sup>(1)</sup>. Aussi, ouvrir l'adoption conjointe aux couples de même sexe, au nom de la lutte contre une « prétendue discrimination », se traduirait par l'apparition d'une autre discrimination « *bien plus réelle et bien plus grave, entre les enfants* ».

Dans le cadre des travaux de la Mission, il n'a pas été formellement démontré que donner une filiation légale avec deux pères ou deux mères soit sans effet sur la construction de l'identité de l'enfant. Mme Martine Gross a fourni à la Mission une liste d'études réalisées sur des enfants élevés au sein de couple de personnes du même sexe et concluant à l'absence de tout effet négatif sur les enfants. Leur caractère scientifique, la représentativité des échantillons de population étudiés ont été largement critiqués et contestés lors des auditions. Force est de constater que peu de pays autorisent l'adoption d'un enfant par deux personnes du même sexe, que les législations qui le permettent sont très récentes et qu'elles sont, dans les faits, sources d'un nombre très limité d'adoptions. Le manque de recul dans ce domaine est flagrant. Les études portent plutôt sur des enfants issus d'une relation hétérosexuelle puis élevés par un parent biologique et son compagnon, situation qui n'est absolument pas comparable avec l'établissement d'une double filiation de même sexe pour un enfant extérieur au couple.

---

(1) Table ronde du 12 octobre 2005.

Mme Edwige Antier met l'accent sur la différence entre ces situations et estime que la « *construction psychique de l'enfant sera difficile si la société commence à dire qu'il peut exister des parents de même sexe* ». Elle conclut qu'il faudra « *beaucoup plus de recul avant de décider que ces couples d'hommes ou de femmes pourraient devenir des " parents ". Sinon, on prend un risque* » <sup>(1)</sup>.

La majorité des membres de la Mission se rallie à cet appel à la prudence et partage l'avis de Mme Janice Peyré : « *Enfin, autant il n'y a absolument aucune raison de douter des qualités éducatives et affectives de parents homosexuels, autant on ne connaît pas encore aujourd'hui tous les effets sur la construction de l'identité psychique de l'enfant adopté. Tant qu'un doute persiste, aussi infime soit-il, n'est-il pas dans l'intérêt de l'enfant d'appliquer à l'adoption le principe de précaution, comme on l'applique dans d'autres domaines ?* ».

## **2.- Maintenir la possibilité d'adoption par une personne seule**

En autorisant l'adoption par une personne seule depuis 1966, la loi admet qu'un enfant adopté puisse ne pas être élevé par deux parents. Cette possibilité apparaît aux yeux de certaines personnes auditionnées comme contraire à l'intérêt de l'enfant adopté, qui aurait droit à une famille composée d'un père et d'une mère. L'application de cette disposition est également critiquée par d'autres en ce qu'elle ne garantit pas explicitement l'adoption à tous les célibataires, quelle que soit leur orientation sexuelle.

### ***a) Faut-il revenir sur l'adoption par une personne seule ?***

La suppression de l'adoption par une personne seule est demandée par la Confédération nationale des associations familiales catholiques. Les autres personnes entendues par la Mission sur ce sujet estiment au contraire que cette possibilité doit être maintenue.

Revenir sur l'adoption par une personne seule se justifierait par l'intérêt de l'enfant, qui est d'avoir deux parents. M. Paul de Viguerie justifie en effet cette proposition dans les termes suivants : « *Parce que nous considérons qu'un enfant a droit à un père et à une mère, l'adoption par une personne seule nous a toujours semblé une incongruité. Dans le contexte actuel, cette disposition nous pose de plus en plus problèmes* » <sup>(2)</sup>. L'Archevêque de Paris André Vingt-Trois est du

---

(1) Table ronde du 30 novembre 2005.

(2) Table ronde du 28 septembre 2005.

même avis : « *La question qui doit être posée est celle de savoir ce qui est préférable pour l'enfant : vaut-il mieux pour lui qu'il soit adopté par un couple ou qu'il le soit par un adulte seul ? Si l'on se pose la question de l'adoption par des adultes seuls, c'est parce que des adultes seuls formulent des demandes. Mais ce qui est en cause, en l'occurrence, c'est leur désir d'enfant, et non le bien de l'enfant. Quand on voit la longueur des files d'attente de couples qui attendent de pouvoir adopter un enfant, on peut légitimement penser qu'il convient de se préoccuper avant tout de donner un foyer aux enfants adoptables. Le jour où tous les couples désireux d'adopter auront pu le faire, on pourra se préoccuper de savoir si l'on peut donner un parent isolé aux enfants qui resteraient orphelins* »<sup>(1)</sup>.

Il faut néanmoins souligner la relative rareté des adoptions par une personne seule. En 2001-2002, selon une enquête de l'INED, seules 10,6 % des demandes d'agrément pour adopter ont été déposées par une femme ne vivant pas en couple et 0,3 % par un homme seul (seulement 5 demandes sur 1 857 dans l'échantillon étudié). En outre, le succès de la procédure est loin d'être assuré : moins de 7 % des adoptants sont des femmes seules, et, sur l'échantillon, aucun homme seul ne s'est vu confier un enfant.

M. Pierre Lévy-Soussan a observé que, au même titre que l'âge avancé des adoptants, le fait que l'adoptant vive seul était souvent un facteur de risque : dans ses consultations spécialisées dans la filiation, il y a 20 à 30 % de célibataires venant pour des difficultés avec des enfants adoptés, ce qui marque une forte surreprésentation par rapport à la part des enfants adoptés par une personne seule. Le cas emblématique qu'il cite est celui d'une mère seule confrontée à la révolte adolescente de l'enfant adopté, exacerbée par le traumatisme initial de son abandon. Mais il ajoute : « *Il est important de souligner que ce n'est pas seulement la situation de célibataire qui est déterminante, mais sa capacité à récuser psychiquement tout tiers, tout "autre" entre lui et l'enfant* ».

L'existence d'un risque potentiel d'échec plus important ne justifie cependant pas la suppression de l'adoption par un célibataire, dont M. Pierre Murat a justement rappelé l'objectif premier : « *Il faut garder en mémoire que, initialement, l'ouverture de l'adoption à une personne seule tendait à éviter que les enfants ne restent en institution et ne soient privés d'une famille. Mais ce n'est pas parce qu'il y a eu cette ouverture qu'il n'existe pas une hiérarchie implicite, dans la loi, entre l'adoption par un couple et l'adoption par une personne seule.*

---

(1) Audition du 7 décembre 2005.

*Revenir sur cette ouverture aurait pour effet de se priver de cette subsidiarité qui peut rendre quelques services »* <sup>(1)</sup>.

L'adoption par une personne seule ne vise pas seulement un célibataire, mais aussi un époux qui adopte seul l'enfant, une personne veuve ou divorcée. Elle a été instituée afin de donner aux enfants, notamment grands ou présentant un handicap, une chance supplémentaire d'être adoptés, par exemple par une assistante familiale à laquelle ils auraient été confiés pendant plusieurs années. Elle permet aussi l'adoption par un proche ou un allié en cas décès des parents de l'enfant, ou d'abandon de celui-ci. Mme Frédérique Granet a souligné que l'adoption par une personne seule pouvait être dans l'intérêt de l'enfant et que l'appréciation du juge quant à l'opportunité de l'adoption pour l'adopté constituait une garantie suffisante.

Comme la quasi-totalité des personnes entendues, parmi lesquelles le garde des Sceaux et le ministre chargé de la famille <sup>(2)</sup>, la Mission considère que l'intérêt de l'enfant justifie de maintenir ce type d'adoption.

***b) Faut-il autoriser explicitement l'agrément des célibataires homosexuels ?***

Les associations familiales laïques et de défense des droits des homosexuels demandent que l'orientation sexuelle du candidat à l'adoption ne puisse plus être un motif, même voilé, de refus d'agrément.

M. Jean-Marie Bonnemayre, président du Conseil national des associations familiales laïques, estime qu'il n'est pas normal qu'un célibataire homosexuel puisse adopter s'il cache son orientation sexuelle, alors que l'agrément peut lui être refusé s'il l'avoue, même si ne sont en cause ni sa moralité ni sa capacité à éduquer un enfant. Pour éviter cela, il préconise « *l'introduction dans le code civil d'une disposition indiquant très clairement que le refus d'agrément ne peut pas être motivé par l'orientation sexuelle* » <sup>(3)</sup>. Il désapprouve la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui renvoie le règlement de ce problème aux législations nationales.

---

(1) Table ronde du 9 novembre 2005.

(2) Auditions respectives du 13 et du 14 décembre 2005.

(3) Table ronde du 29 juin 2005.

Mme Martine Gross considère, pour sa part, qu'une disposition réglementaire suffirait : « *Nous souhaitons donc qu'un décret d'application vienne interdire d'alléguer l'orientation sexuelle pour refuser l'agrément* »<sup>(1)</sup>. Elle souhaite ainsi que soit suivie la logique qui a conduit, après la loi de 1966, à interdire d'alléguer l'état matrimonial des personnes comme motif de refus d'agrément. Cette revendication est soutenue par l'ensemble des associations de défense des droits des homosexuels entendues par la Mission.

La logique que revendique Mme Martine Gross s'avère faussée : l'état matrimonial des personnes relève incontestablement du domaine public ; il n'en est pas de même de leur sexualité, qui est de l'ordre de la seule vie privée. Aussi Mme Frédérique Granet peut-elle expliquer que : « *l'orientation sexuelle d'une personne ne saurait être affichée dans la loi, fût-ce positivement en vue d'accorder un droit spécifique, sans heurter les principes d'égalité devant la loi civile et de neutralité de celle-ci, et le principe du droit au respect de la vie privée, dont l'orientation sexuelle constitue l'un des éléments. Cela procéderait tout à la fois d'un traitement positif spécifique des célibataires homosexuels, lié à leur orientation sexuelle, et d'une différenciation négative au détriment, d'une part, des célibataires non homosexuels, et, d'autre part, des concubins de même sexe ou de sexe opposé qui, tout en pouvant adopter individuellement en tant que personnes célibataires, ne seraient pas admis à le faire conjointement en tant que couple* ». Considérant que « *différencier en fonction de circonstances ou de situations différentes ne consiste pas à discriminer, mais à distinguer et à traiter distinctement des situations différentes* », elle est favorable au simple maintien du droit actuel.

L'accord de l'agrément pour adopter repose sur une analyse globale de la situation du candidat visant à évaluer les conditions dans lesquelles il pourrait accueillir un enfant. Sa vie sexuelle peut avoir une incidence sur ces conditions et ne peut donc pas être ignorée *a priori*. Il arrive qu'elle contribue à justifier un refus d'agrément, auquel cas, comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme, il ne s'agit pas d'une discrimination, mais d'un traitement différencié justifié par une différence de situation, qui est soumis au contrôle rigoureux du juge de l'excès de pouvoir.

S'il convient de permettre à une personne seule d'adopter, cette possibilité, pas plus que pour un couple marié, n'ouvre de droits ni à l'obtention de l'agrément, ni à une adoption effective. La majorité des membres de la Mission considère donc que la loi actuelle est satisfaisante, et qu'il n'y a pas lieu de

---

(1) Table ronde du 13 juillet 2005.

réduire ou d'encadrer plus fortement le pouvoir des conseils généraux en matière d'accord de l'agrément, la possibilité de recours devant la justice étant de nature à éviter les éventuels abus de pouvoir ou suspicions de discrimination infondée.

## **II.- LES FILIATIONS ISSUES D'UNE ASSISTANCE MEDICALE**

Environ 11 000 enfants (soit 1,5 % des naissances) naissent chaque année en France grâce aux méthodes d'assistance médicale à la procréation ; 1 000 d'entre eux environ ont été conçus grâce à un don de gamète <sup>(1)</sup>. 40 000 enfants seraient nés en France d'un don de sperme au cours des trente dernières années. Ces chiffres traduisent les inséminations réalisées en France. Le nombre de celles pratiquées à l'étranger sur des femmes qui accouchent ensuite en France est difficile à établir.

L'évaluation du nombre de naissances à la suite d'une gestation pour autrui, c'est-à-dire en recourant à une mère porteuse, est encore plus délicate que celle du nombre de recours illégaux à une insémination avec tiers donneur. Cette pratique est interdite en France, mais des mères porteuses belges viennent accoucher anonymement dans notre pays, tandis que des Français utilisent les services de mères porteuses étrangères, dans les pays où la pratique est légale.

### **A.- LE DISPOSITIF PREVU PAR LES LOIS DE BIOETHIQUE**

Les conditions de mise en œuvre des méthodes de procréation assistée ont été fixées par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, modifiée par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ; elles figurent dans le code de la santé publique.

L'interdiction de la gestation pour autrui figure dans le code civil, au sein d'un chapitre intitulé « Du respect du corps humain », introduit dans le titre premier du livre premier du code par la loi du 29 juillet 1994 précitée.

---

(1) Ils étaient 1 500 par an avant 1995 ; depuis, l'apparition et le développement de la technique de l'injection intra-cytoplasmique de spermatozoïde ont permis une baisse du nombre d'inséminations avec donneur.

## **1.– L’assistance médicale à la procréation : un régime strictement encadré**

La notion d’assistance médicale à la procréation désigne des pratiques médicales destinées, à l’origine, à apporter une solution à l’infertilité d’un couple. Lorsqu’elles ne recourent pas à un don de gamète, la seule question est celle de l’accès à ces pratiques car celles-ci n’ont pas d’incidence sur la réalité de la filiation biologique ; il en est tout autrement lorsqu’un tiers donneur intervient.

### ***a) Les conditions de mise en œuvre des méthodes d’assistance médicale à la procréation***

L’article L. 2141-1 du code de la santé publique définit l’assistance médicale à la procréation comme les « *pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d’embryons et l’insémination artificielle, ainsi que toute technique d’effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel (...)* ».

#### **• Des finalités précises**

« *Destinée à répondre à la demande parentale d’un couple* », l’assistance médicale à la procréation peut avoir deux objets (article L. 2141-2 du code de la santé publique) :

– « *remédier à l’infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué* » ;

– ou « *éviter la transmission à l’enfant ou à un membre du couple d’une maladie d’une particulière gravité* ».

Le législateur a ainsi voulu écarter les dérives possibles, comme celle consistant à sélectionner un embryon afin que l’enfant présente telle ou telle caractéristique souhaitée par les parents.

#### **• Les caractéristiques du couple susceptible de bénéficier de ces pratiques**

Ces pratiques sont réservées aux couples, et exclusivement aux couples de sexe différent puisque sont mentionnés « *l’homme et la femme formant le couple* ».

Le même article L. 2141-2 précise que le couple doit être « *marié ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans* » : cette règle est justifiée par l'intérêt de l'enfant. Elle est plus libérale que celle applicable en matière d'adoption puisque celle-ci n'est possible que pour les couples mariés, soit depuis plus de deux ans, soit dont les deux membres sont âgés de plus de 28 ans.

Depuis la loi du 8 juillet 2004 précitée, l'insémination ou le transfert d'embryon n'est plus possible en cas de décès de l'un des membres du couple – « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants (...)* »<sup>(1)</sup> –, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, de cessation de la vie commune ou de révocation écrite du consentement par l'homme ou la femme.

L'homme et la femme formant le couple doivent aussi être en âge de procréer : le législateur a ainsi voulu éviter les demandes émanant de couples trop âgés, mais il n'a pas fixé d'âge limite, laissant l'appréciation aux médecins.

• ***Les règles relatives au consentement***

L'article L. 2141-10 du code de la santé publique impose que, préalablement à l'assistance médicale à la procréation, l'équipe médicale procède à des entretiens avec le couple demandeur. Elle doit notamment vérifier sa motivation, l'informer des possibilités d'échec ou de réussite, des risques à court et à long terme, de la pénibilité et des contraintes techniques, lui rappeler les dispositions légales. La demande du couple ne peut être confirmée, par écrit, qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois après le dernier entretien.

À ces règles, communes à toutes les techniques, s'ajoutent des dispositions particulières aux techniques de procréation exogène. En cas d'implantation avec tiers donneur, le couple doit exprimer son consentement par acte authentique, devant le président du tribunal de grande instance ou devant notaire ; le juge ou le notaire doit informer les demandeurs des conséquences de leur engagement et notamment l'interdiction de contester ultérieurement la filiation (*cf. infra*). En application de l'article L. 2141-6 du code de la santé publique, l'accueil d'un embryon<sup>(2)</sup> par un couple est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple

---

(1) Cette précision vise à interdire la procréation *post mortem*, qui, avant la loi de 1994, avait donné lieu à des jugements contradictoires.

(2) La conception *in vitro* d'un embryon ne peut être réalisée qu'avec les gamètes d'au moins un membre du couple.



demandeur. Le juge doit s'assurer que ce couple remplit toutes les conditions légales et fait procéder à une enquête permettant d'apprécier les conditions d'accueil de l'enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique. Cette procédure s'inspire de l'enquête qui conditionne la délivrance de l'agrément pour adopter ; le couple « adopte » en quelque sorte un embryon.

Le consentement exprimé selon les règles précédentes peut être révoqué par écrit par l'un ou l'autre des membres du couple, et est caduc en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, ou de cessation de la vie commune.

Le don d'embryons demeure rare : depuis juin 2004, six enfants sont nés d'un don d'embryon et une dizaine de grossesses sont en cours.

***b) Les conséquences sur la filiation de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur***

Les techniques de procréation médicalement assistée sont logiquement régies par le code de la santé publique. Le code civil ne traite de cette question que dans le cas de la procréation avec tiers donneur, qui introduit un hiatus entre filiation biologique et filiation juridique.

L'article 311-19 du code civil affirme que, dans ce cas, « *aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* » et que, en conséquence, « *aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur* ».

Mais le code civil va plus loin : il vise à garantir que l'enfant ainsi conçu aura une filiation légale et que celle-ci (quoique fictive) sera incontestable. Ainsi, son article 311-20 donne au consentement donné à une procréation médicalement assistée l'effet d'interdire toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état. Si le couple est marié, la présomption de paternité s'appliquera ; s'il vit en concubinage, le « père » qui ne reconnaît pas l'enfant issu de la procréation assistée à laquelle il a consenti engagerait sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. Sa paternité pourrait être judiciairement déclarée.

## 2.– La gestation pour autrui : une pratique interdite en France

Les techniques de procréation médicalement assistée avec tiers donneur permettent de distinguer les personnes ayant conçu les gamètes à l'origine de l'embryon des parents légaux de l'enfant ; mais la femme qui met l'enfant au monde est aussi celle qui l'élèvera. Toutefois, lorsqu'une femme ne peut pas (ou ne veut pas) porter d'enfant, il est « techniquement » possible de recourir à une autre femme qui se chargera de la gestation, l'embryon ayant été conçu à partir d'un ovocyte de la première ou grâce à un tiers donneur : on est dans une situation de « gestation pour autrui ». La femme chargée de la gestation est parfois aussi celle dont l'ovocyte est utilisé, on est alors dans un cas de « procréation pour autrui ». Dans les deux cas, elle peut être qualifiée de « mère porteuse ».

La maternité peut ainsi être divisée entre la génitrice, qui a fourni l'ovule, la gestatrice, qui a porté l'enfant et lui a donné naissance, et l'éducatrice (dite « mère intentionnelle »). C'est ce que permet par exemple le droit californien.

En France, c'est d'abord la Cour de cassation qui, en 1991<sup>(1)</sup>, a condamné la pratique des « mères porteuses » au motif qu'« *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* » (article 1128 du code civil). Puis cette interdiction a été confirmée par la loi en 1994. Elle ne s'applique que sur le territoire national, mais a aussi des conséquences sur les enfants de « parents intentionnels » français, nés légalement à l'étranger par gestation pour autrui.

### ***a) Une atteinte au principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes***

Toutes les situations de mère porteuse sont interdites en France, en application de l'article 16-7 du code civil, introduit par la loi du 29 juillet 1994 précitée, lequel dispose que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Même à titre gratuit, ce type de contrat est interdit car il contrevient au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes, déduits de l'article 1128 du code civil.

---

(1) Cour de cassation, assemblée plénière, 31 mai 1991.

L'article 227-12 du code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Le code pénal ne sanctionne en revanche ni la personne ou le couple désireux d'accueillir un enfant, ni la mère porteuse elle-même.

Depuis l'arrêt solennel de la Cour de cassation réunie en assemblée plénière le 31 mai 1991, qui a précédé l'interdiction légale, la jurisprudence considère comme un détournement de l'institution de l'adoption, l'adoption plénière d'un enfant qui n'est que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple d'accueillir à son foyer un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère. Elle empêche donc qu'une femme adopte l'enfant que son mari a reconnu, s'il est né d'une mère porteuse.

***b) Les difficultés rencontrées par les enfants nés d'une gestation pour autrui***

Plusieurs pays, comme le Royaume-Uni et certains États des États-Unis, autorisent la gestation pour autrui. Au Canada (mais pas au Québec, où cette pratique est prohibée dans tous les cas), en Belgique, aux Pays-Bas, la gestation pour autrui n'est pas interdite si elle ne donne pas lieu à rémunération de la mère porteuse, rémunération qui est prohibée.

Il est donc possible à des Français de recourir à ces pratiques de manière parfaitement légale dans certains pays étrangers. Mais ils se heurtent à d'importantes difficultés lorsqu'ils rentrent en France avec les enfants ainsi venus au monde.

En outre, selon certains témoignages, il arrive qu'un couple recoure, de manière clandestine, à une gestation pour autrui en France. L'accouchement sous X permet en effet à la gestatrice de mettre au monde l'enfant sans établir de lien de filiation avec lui ; le père peut alors reconnaître cet enfant, qui sera élevé à son domicile, par lui et son épouse. Celle-ci peut demander l'adoption de l'enfant de son conjoint, sans que le juge ne soit informé de l'accord passé entre le père et la mère inconnue. En raison du dispositif légal sur l'accouchement sous X, les montages réalisés par les couples et les mères gestationnelles sont difficilement caractérisables et donc punissables, et ce d'autant plus qu'ils sont difficilement détectables.

Au quotidien, l'absence de filiation maternelle reconnue par le droit français et de transcription de l'acte de naissance des enfants nés à l'étranger ne semble pas poser de problèmes majeurs, l'enfant étant en général rattaché à son père. Il peut ainsi bénéficier de la scolarisation, de la sécurité sociale, des allocations familiales. Tant que le couple s'entend bien, même si le lien de filiation maternelle n'est pas établi ou qu'il est annulé, il n'y a aucun risque que l'enfant soit retiré à celle qui l'élève au foyer de son père, dont la paternité est juridiquement établie. Néanmoins, dans l'hypothèse la plus courante, celle où seule la filiation maternelle n'est pas établie, l'enfant ne pourra pas être considéré comme l'héritier réservataire de sa mère sociale. À sa mort, celle qui l'a élevé ne pourra donc lui léguer ses biens qu'à titre de tiers, ce qui est fiscalement, on le sait, très désavantageux.

Le défaut de filiation maternelle peut s'avérer lourd de conséquences en cas de décès prématuré du père ou en cas de séparation, car la mère intentionnelle n'a aucun titre à l'égard de l'enfant qu'elle élève, donc aucun droit. En cas de divorce, le risque existe que le mari parte en emmenant l'enfant. Il ne restera alors à son ex-épouse qu'à invoquer l'article 371-4 du code civil qui permet au juge, si tel est l'intérêt de l'enfant, de fixer les modalités des relations entre celui-ci et « *un tiers, parent ou non* ». Si c'est la mère intentionnelle qui élève l'enfant et que le père se désintéresse de celui-ci, elle ne pourra pas justifier aux yeux des tiers de ses pouvoirs sur lui (par exemple, faire hospitaliser l'enfant ou l'inscrire à l'école).

Deux affaires récentes témoignent de ces difficultés. Dans les deux cas, la gestation pour autrui a eu lieu en Californie.

La première concerne un couple non marié dont la femme ne pouvait mener une grossesse à bien. Ce couple a eu recours à une femme américaine pour assurer la gestation de l'embryon. Des jumelles sont nées ; leur naissance a été déclarée en Californie et leurs parents (leurs géniteurs en fait) les ont reconnues en France. Le procureur de la République a intenté une action en nullité de la reconnaissance sur le fondement de l'article 339 du code civil <sup>(1)</sup>. La Cour d'appel de Rennes <sup>(2)</sup> a confirmé la décision de première instance qui annulait la reconnaissance des fillettes par leur mère génétique, au motif qu'en droit français « *la mère est celle qui porte l'enfant et lui donne la vie en le mettant au monde* ».

---

(1) « *La reconnaissance peut être contestée par toutes personnes qui y ont intérêt, même par son auteur. L'action est aussi ouverte au ministère public, si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée. Elle lui est également ouverte lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption (...)* ».

(2) Cour d'appel de Rennes, 4 juillet 2002.

Ce principe est déduit de l'article 341 du code civil selon lequel l'action en recherche de maternité exige que l'enfant prouve qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché. Cette décision refuse de privilégier la dimension génétique de la maternité, alors même que les procédés scientifiques permettent de donner une quasi-certitude, et que la Cour de cassation a reconnu que l'expertise est de droit en matière de filiation <sup>(1)</sup>.

L'autre affaire qui a fait grand bruit touche un couple marié qui a eu recours à un tiers donneur pour fournir les ovocytes et à une Américaine pour mener à bien la grossesse. Suivant la procédure en vigueur dans l'État de Californie, les actes de naissances des deux fillettes les désignent comme les enfants de ce couple. La demande de transcription des actes de naissance a été refusée par le consulat général de France, qui a alerté le procureur de la République. Le couple est alors accusé de délit d'entremise en vue de gestation pour le compte d'autrui et de simulation entraînant une atteinte à l'état civil des enfants. Le tribunal de grande instance de Créteil a prononcé un non-lieu le 30 septembre 2004. Le délit d'entremise, qui suppose l'intervention d'une personne extérieure à la convention, n'était pas matériellement constitué ; en outre, la loi française ne s'applique qu'aux infractions commises sur le territoire de la République, alors que toutes les démarches avaient été effectuées aux États-Unis. Il n'y a pas non plus eu simulation dans la mesure où la filiation d'origine des enfants n'était pas susceptible d'être établie puisque la loi américaine exclut toute filiation juridique entre la femme qui accouche en exécution d'une convention de maternité pour autrui et l'enfant né de la convention. En outre, là encore, tous les faits ont été commis sur le territoire américain. L'action pénale n'a donc pas conduit à sanctionner ce couple, mais la juridiction civile ne s'est pas encore prononcée sur la demande du parquet tendant à l'annulation de la transcription des actes de naissances établis en Californie. Étant donné la jurisprudence précitée de la Cour d'appel de Rennes, et compte tenu au surplus que, dans la présente espèce, la femme du couple d'accueil n'est pas la génitrice, il serait surprenant que l'annulation ne soit pas prononcée.

Les couples ayant eu recours à la gestation pour autrui n'ont aucune autre solution que de recourir à la délégation d'autorité parentale avec exercice conjoint. Dans l'affaire de Rennes, l'autorité parentale sur l'enfant est exercée conjointement par ses deux parents légaux, la mère porteuse et l'ex-époux, mais l'enfant conserve sa résidence habituelle auprès de la mère intentionnelle, considérée comme un tiers à qui l'intérêt de l'enfant exige qu'il soit confié, conformément à l'article 373-3 du code civil. Même si l'autorité parentale

---

(1) Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 28 mars 2000.

continue d'être exercée par les père et mère, ce choix a l'avantage de permettre à celle avec qui l'enfant vit d'accomplir tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation, en vertu de l'article 373-4 du code civil. Sa mère légale se voit quant à elle investie d'un droit de visite et d'hébergement.

## **B.– CONFORTER LE MODELE BIOETHIQUE FRANÇAIS**

Si certaines règles issues des lois bioéthiques sont actuellement contestées, la majorité des membres de la Mission estime qu'elles forment un tout et qu'il faut prendre garde de ne pas ébranler l'ensemble en revenant sur un de ses éléments. La loi du 6 août 2004 précitée a été adoptée à l'issue d'un long débat commencé au cours de la législature précédente. Elle a procédé à des ajustements, sans revenir sur les principes fondateurs affirmés par la loi de 1994. Il ne semble pas pertinent de revenir dessus au bout de seulement dix-huit mois d'application.

### **1.– L'assistance à la procréation doit conserver sa justification médicale, autour du triptyque « un père, une mère, un enfant »**

Les règles d'accès à l'assistance médicale à la procréation visent à la limiter strictement aux cas de prescription médicale, le plus souvent pour combattre la stérilité pathologique du couple, mais aussi pour éviter la transmission d'une maladie grave. C'est parce qu'elle est médicalement justifiée que cette pratique très coûteuse<sup>(1)</sup> fait l'objet d'une prise en charge par la sécurité sociale.

Un élargissement de l'accès à l'assistance médicale à la procréation remettrait directement en cause cette logique, en ouvrant la porte aux procréations médicalement assistées « de convenance ». Il permettrait aussi la naissance d'enfants sans père, alors même que la loi contient aujourd'hui toutes les garanties pour assurer à l'enfant issu d'un don de gamète qu'il aura deux parents et que sa filiation sera inattaquable.

M. Guy Dupuy, membre du conseil fédéral de la Grande loge de France, a exprimé son attachement aux règles actuelles : « *Je ne pense pas qu'il faille toucher à cette législation, non par homophobie mais pour en conserver le caractère restrictif, afin d'éviter les dérives vers des inséminations de convenance sans souci des traumatismes futurs de l'enfant à naître* »<sup>(2)</sup>.

---

(1) La fécondation *in vitro* coûte de l'ordre de 15 000 euros pour les six tentatives autorisées.

(2) Table ronde du 7 décembre 2005.

M. Philippe Bas, ministre délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille, a fait de même : « *Quant à l'assistance médicale à la procréation, le législateur, qui a travaillé sur le sujet plus que sur aucun autre, sans doute, au cours des douze dernières années, lui a imposé deux conditions essentielles. En premier lieu, il l'a définie comme un geste médical, destiné à pallier la stérilité d'un couple dans la stricte mesure des moyens nécessaires : c'est la règle que le Parlement a adoptée en 1994 et confirmée en 2004. En second lieu, le couple en question doit être un couple stable – condition qui n'est peut-être pas toujours suffisamment vérifiée dans les faits – et composé d'un homme et d'une femme. Il ne s'agit pas de reconnaître la vocation des individus à mettre au monde et à élever des enfants, mais d'autoriser la médecine à venir en aide à un couple stable. Il ne saurait donc y avoir d'assistance médicale à la procréation de convenance* »<sup>(1)</sup>.

***a) L'assistance médicale à la procréation ne peut être autorisée aux femmes seules***

L'accès à la procréation médicalement assistée (PMA) est déjà ouvert aux femmes seules ou en couple de même sexe au Royaume-Uni, en Belgique, aux Pays-Bas, en Espagne, au Canada. Au Québec, lorsqu'un enfant naît d'une procréation médicalement assistée avec donneur dans un couple de femmes, les deux femmes peuvent figurer dans son acte de naissance en tant que mères. Au Canada et en Espagne, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe s'est accompagnée de l'extension de la présomption de « parentalité » à la conjointe de la mère biologique. Aux Pays-Bas, lorsqu'un enfant naît au sein d'un couple de femmes mariées ou en partenariat enregistré, la compagne de la mère partage automatiquement l'autorité parentale, si le père de l'enfant ne l'a pas reconnu.

S'inspirant de ces législations étrangères, plusieurs associations familiales laïques ou représentant les homosexuels souhaitent, au nom de la lutte contre la discrimination, ouvrir l'accès à ces techniques à toute femme en âge de procréer, quelle que soit sa situation conjugale.

M. Jean-Marie Bonnemayre estime qu'il « *faut permettre l'égal accès aux techniques de l'assistance médicale à la procréation pour toute personne ou tout couple présentant un projet parental cohérent* »<sup>(2)</sup>.

---

(1) Audition du 14 décembre 2005.

(2) Table ronde du 29 juin 2005.

Mme Martine Gross souhaite l'ouverture de son accès à toutes les femmes, en privilégiant elle aussi l'existence d'un projet parental sur la vraisemblance biologique : « *Le fait d'autoriser l'accès aux techniques de PMA aux seuls couples hétérosexuels et de l'interdire aux couples homosexuels et aux célibataires constitue une discrimination. Pourquoi l'État doit-il se mêler de l'accès à des techniques médicales et exclure a priori une catégorie de personnes ? Nous souhaitons que les techniques de PMA soient dorénavant ouvertes à toute personne en âge de procréer, aux couples lesbiens comme aux célibataires, sur la base d'un projet d'engagement parental. C'est l'existence d'un projet parental cohérent, c'est-à-dire engageant une ou plusieurs personnes envers l'enfant et la société, qui nous semble constituer le critère déterminant pour être parent et non la vraisemblance biologique* »<sup>(1)</sup>.

Mme Dekeuwer-Défossez est favorable à l'accès de toute femme à la PMA : « *Quant à la PMA, il s'agit essentiellement d'un acte médical. Dès lors que la France n'a pas pris le parti de la réserver aux couples mariés, il est relativement logique de finir par l'autoriser à toutes les femmes, qu'elles vivent seules ou en couple* »<sup>(2)</sup>. Elle juge en effet curieux que l'accès à la PMA d'une femme soit subordonné à l'accord de son concubin, alors qu'il n'a aucune autorité sur elle et qu'aucun lien juridique ne les unit.

M. Claude Sureau se dit choqué de l'interdiction du recours à la PMA par une femme seule, dans la mesure où il est incontestable que de nombreuses femmes seules élèvent parfaitement leurs enfants. Il s'est déclaré en faveur d'un élargissement encadré : « *Dans certaines circonstances, je crois qu'il faut assouplir la loi française et autoriser, en l'encadrant, le recours à la PMA pour les célibataires* »<sup>(3)</sup>.

L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes serait pourtant lourde de conséquences.

D'abord, l'assistance médicale à la procréation est aujourd'hui une solution médicale à des situations pathologiques, le plus souvent d'infertilité du couple. Ouverte à toutes les femmes, elle deviendrait un moyen de procréer hors de toute considération médicale.

---

(1) Table ronde du 13 juillet 2005.

(2) Audition du 5 octobre 2005.

(3) Table ronde du 9 novembre 2005.



Cette ouverture aurait pour conséquence une multiplication des inséminations avec tiers donneur, puisque la femme inséminée n'aurait pas forcément un compagnon, alors qu'elles sont aujourd'hui peu nombreuses (de l'ordre de 9 % de l'ensemble des PMA). Se poserait probablement un problème de pénurie de gamètes masculins, la demande augmentant brusquement. Surtout, la science contribuerait ainsi à la naissance d'enfants privés de père, ce que visent justement à éviter les règles actuelles de filiation particulières applicables aux enfants nés d'une PMA avec tiers donneur.

Citant l'exemple belge, Mme Geneviève Delaisi de Parseval fait part de ses réticences quant à l'autorisation de telles pratiques : les Belges « *ont d'ailleurs quasiment arrêté l'insémination des femmes seules : à sept ou huit ans, les enfants ont tendance à "faire couple" avec leur parent. Ce n'est pas une critique à l'égard des femmes célibataires en tant que telles, mais c'en est une à l'égard de la loi qui autorise à créer ex nihilo une filiation plénière vis-à-vis d'une personne seule* »<sup>(1)</sup>. Les médecins de centres spécialisés dans la procréation médicalement assistée rencontrés par les membres de la Mission ayant participé au déplacement en Belgique ont en effet indiqué que les demandes émanant de femmes vivant seules étaient celles auxquelles ils opposaient le plus souvent un refus.

Enfin, cette mesure conforterait l'inégalité naturelle entre les hommes et les femmes et créerait ainsi une discrimination entre couples homosexuels féminins et couples homosexuels masculins, sauf à autoriser ces derniers à recourir à la gestation pour autrui par des mères porteuses. Tout comme M. Jacques Combret<sup>(2)</sup>, M. Pierre Murat a souligné ce problème : « *si on élargit la procréation médicalement assistée en admettant, par exemple, les inséminations de convenance, on risque de conforter l'inégalité naturelle entre les hommes et les femmes, lesquelles sont les seules à pouvoir porter un enfant, et donc entre les couples d'hommes et les couples de femmes* »<sup>(3)</sup>.

La majorité de la Mission ne souhaite donc pas autoriser une femme seule à recourir à l'assistance médicale à la procréation.

---

(1) Table ronde du 9 novembre 2005.

(2) Audition du 5 octobre 2005.

(3) Table ronde du 9 novembre 2005.

***b) L'assistance médicale à la procréation ne peut être ouverte aux couples de même sexe***

Plusieurs personnes entendues par la Mission demandent que tous les couples puissent avoir recours à l'assistance médicale à la procréation. Un tel recours n'étant pas nécessaire pour les couples de sexe différent, sauf cas pathologique déjà pris en considération par notre législation, cette solution profiterait en fait aux couples de femmes, voire aux projets de « coparentalité » poursuivis par une homosexuelle et un homosexuel.

Certaines associations familiales laïques <sup>(1)</sup> ou de défense des droits des homosexuels <sup>(2)</sup>, qui défendent aussi le droit à la PMA pour toute femme, souhaitent une telle possibilité. Le critère déterminant serait alors la qualité du projet parental poursuivi par le couple.

Mme Emmanuelle Révolon, membre de l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens, a présenté dans les termes suivants la revendication de son association : « *Nous souhaitons que le critère déterminant ne soit plus le concubinage hétérosexuel, c'est-à-dire la vraisemblance biologique du projet, mais l'engagement des personnes, qu'il s'agisse de personnes seules, de couples de même sexe ou de sexe différent, ou encore de paires constituées d'un père gay et d'une mère lesbienne* » <sup>(3)</sup>. Le fait qu'un couple de femmes puisse bénéficier d'une PMA avec donneur dans un pays voisin, pour un coût non négligeable <sup>(4)</sup>, induirait une discrimination au détriment des couples de femmes moins aisés, qui s'ajouterait à la discrimination dont elle estime que les lesbiennes françaises sont victimes. Permettre ces pratiques dans notre pays serait en outre un moyen de fixer nos propres règles : « *Élargir l'accès de l'AMP aux couples de lesbiennes et aux co-parents permettrait à la France de définir son propre cadre juridique, sans laisser ce soin aux pays dans lesquels se rendent actuellement les lesbiennes* ».

Naître dans un couple, même composé de deux personnes de même sexe, ne poserait pas les mêmes difficultés psychologiques pour l'enfant que naître d'une femme seule ayant bénéficié d'une insémination avec tiers donneur. Toujours à propos de l'expérience des médecins belges, Mme Geneviève Delaisi de Parseval indique que « *avec le recul, ils pensent que les cas qui posent le moins de problèmes sont les cas de couples, qu'ils soient hétérosexuels ou*

---

(1) Table ronde du 29 juin 2005.

(2) Table ronde du 13 juillet 2005.

(3) Table ronde du 9 novembre 2005.

(4) Ce coût est estimé par Mme Révolon entre 400 et 500 euros par tentative, non compris le coût des examens préalables, qui, en théorie, ne peuvent pas être faits en France.

*homosexuels* »<sup>(1)</sup>. Le risque d'un comportement trop fusionnel avec l'unique parent serait en effet supprimé. Dans le cas d'un projet de « coparentalité », les problèmes posés par le recours à un donneur de gamète et par l'absence de père ne se posent pas, les deux parents biologiques restant présents dans la vie de leur enfant.

Conditionner l'accès d'un couple à la PMA à l'existence d'un projet parental n'est néanmoins pas sans risque. Il faudrait d'abord se donner les moyens d'apprécier ce projet, et, à cette fin, imaginer une procédure permettant d'évaluer la solidité et le sérieux, ce qui reviendrait à subordonner l'accès à la PMA, tout comme à l'adoption, à l'obtention d'une forme d'agrément par le couple demandeur. M. Olivier Abel, membre de la commission Église et société de la Fédération protestante de France, a exprimé sa « *grande méfiance à l'égard de l'enfant-projet* » : « *La technique est là, on a donc les moyens de faire et les moyens de se donner des projets. Mais la société se " désinstitutionalise " chaque jour davantage et, en corollaire, tout est de plus en plus représenté par des projets. C'est une idéologie de guerre, dangereuse en soi et catastrophique pour des enfants que l'on ne peut réduire à des projets. Il y a là une modification anthropologique vertigineuse dont on ne mesure pas toutes les implications* »<sup>(2)</sup>.

Il faudrait ensuite accepter d'établir un lien de filiation entre l'enfant et les membres du couple qui ont demandé sa conception, c'est-à-dire, faire reposer une partie de la filiation sur la seule volonté, l'enfant étant le plus souvent né d'une insémination avec tiers donneur, et envisager qu'un enfant puisse avoir deux parents du même sexe.

Toutes ces conséquences justifient les réticences d'un certain nombre de personnes entendues par la Mission. M. Pierre Murat<sup>(3)</sup> met en garde contre le caractère délétère de la volonté, sur laquelle il serait dangereux d'ancrer la filiation : « *La réponse doit-elle (...) être placée sur le terrain de la filiation ? Personnellement, je n'en suis pas sûr, car cela reviendrait à faire pencher la balance de la filiation du côté de la volonté. Or, si la filiation ne se réduit pas aux liens biologiques, l'ancrer dans la volonté dont on connaît le caractère délétère est tout aussi problématique. L'avantage du lien biologique, c'est qu'il est définitif* ».

---

(1) Table ronde du 9 novembre 2005.

(2) Audition du 7 décembre 2005.

(3) Table ronde du 9 novembre 2005.

D'autres appellent, comme en matière d'adoption, au respect du principe de précaution en l'absence d'un recul suffisant pour mesurer les effets sur la personnalité d'un enfant d'une double filiation de même sexe.

M. Claude Sureau évoque les expériences en Belgique, qui « *semblent positives* », mais conclut que « *elles sont relativement récentes* » et qu'il « *se rallierait volontiers à l'opinion de M. Murat, selon laquelle il est prudent d'attendre d'y voir plus clair* »<sup>(1)</sup>.

Invoquer la discrimination à l'appui de la demande d'ouverture de la PMA à tous les couples n'est guère fondé, tant la différence de situation entre un couple de sexe différent et un couple de même sexe est évidente en matière de procréation. Comme rappelé *supra*, cette ouverture ne pourrait en tout état de cause ne bénéficier qu'aux couples de femmes, ce qui déplacerait le problème de l'opposition entre couples de même sexe et couples de sexe différent à une opposition entre couples de femmes et couples d'hommes. L'étape suivante devrait inévitablement être l'autorisation de la procréation et de la gestation pour autrui au profit des couples d'hommes.

La majorité de la Mission considère que l'enfant a besoin d'une sécurité juridique et affective qui est mieux assurée lorsque le lien légal et le lien biologique coïncident. Elle ne souhaite donc pas multiplier les situations de clivage entre biologie et filiation, et se prononce en faveur d'un maintien des conditions actuellement requises pour pouvoir accéder à l'assistance médicale à la procréation.

***c) Le transfert de l'embryon post mortem pourrait être autorisé dans un cadre précis***

En France, en application de l'article L. 2141-3 du code de la santé publique, le double don de gamètes est interdit, si bien la conception *in vitro* d'embryons humains n'est possible que si au moins l'un des gamètes provient de l'un des membres du couple à l'origine de la demande parentale et au bénéfice duquel ils seront transférés.

Une fois les embryons conçus, certains d'entre eux sont transférés pour permettre une naissance au sein du couple demandeur, d'autres sont conservés, d'autres peuvent être l'objet d'études, si les parents y consentent (article L. 2141-8 du même code), d'autres encore sont détruits (article L. 2141-4 du même code). Les parents sont consultés chaque année sur le devenir de ces embryons « surnuméraires ».

---

(1) Table ronde du 9 novembre 2005.

L'article L. 2141-5 du même code permet « à titre exceptionnel » que certains des embryons conservés soient accueillis par un autre couple. Cet accueil est soumis à une procédure judiciaire destinée à apprécier les conditions d'accueil de l'enfant à naître. Cet article précise aussi que : « *en cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 2141-6* ».

Une veuve peut ainsi accepter que les embryons issus de ses gamètes et/ou de ceux de son conjoint soient accueillis par un autre couple. En revanche, elle ne peut les accueillir elle-même, puisque l'article L. 2141-2 du code de la santé publique dispose que le décès d'un des membres du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons. Si elle ne consent pas à l'accueil des embryons par un autre couple, ils seront détruits.

M. Claude Sureau, qui regrette par ailleurs que la France ne permette pas le double don de gamètes dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, critique vivement l'interdiction du transfert *post mortem* : « *Enfin, mesdames et messieurs les parlementaires, s'il y a dans les lois de 1994 et dans la loi de 2004 un point qui, en matière de filiation, est profondément choquant, à mes yeux inadmissible et humainement tragique, c'est le refus du transfert posthume d'embryon !* ». Il estime que la loi française condamne « *un orphelin de père à devenir un orphelin de père et de mère* » et qu'elle conduit à des situations difficilement justifiables : « *Imaginez ce que vous direz aux enfants s'ils vivent après avoir été transmis à un autre couple : vous étiez désirés par vos parents, notamment par votre mère après la mort de votre père ; votre mère voulait vous porter et vous élever ; mais par un étrange respect de l'ordre public, on a décidé que vous seriez élevés par un couple d'accueil !* »<sup>(1)</sup>.

L'argument selon lequel l'assistance médicale à la procréation ne doit pas permettre la naissance d'un enfant n'ayant pas de père peut en effet être relativisé : la conception d'un enfant au bénéfice d'une femme seule grâce à un don de gamète se distingue incontestablement de l'implantation d'un embryon conçu à partir des gamètes d'un couple rompu par un décès brutal mais qui avait un désir d'enfant en cours de réalisation. L'enfant ainsi venu au monde aura incontestablement un père, même s'il est décédé, et une famille du côté paternel.

---

(1) Table ronde du 9 novembre 2005.

En outre, après le décès de l'homme appartenant au couple demandeur, le refus d'une insémination et celui d'un transfert d'embryon ne posent pas le même problème éthique. Dans le premier cas, il n'y a pas encore eu conception et l'enfant n'existe que dans le projet parental ; dans le second, elle a déjà eu lieu, même si c'est à l'extérieur du ventre maternel, et le futur enfant a d'ores et déjà une forme d'existence, qui ne pourrait paradoxalement se développer qu'à l'extérieur du couple auquel il doit sa conception.

Un traitement différent des deux situations ne serait donc pas aberrant et la possibilité d'un transfert d'embryons après le décès du futur père pourrait être ouverte. Un cadre législatif serait nécessaire, afin de prévoir la période au cours de laquelle le transfert serait possible, éventuellement après un délai de réflexion permettant à la femme de faire le deuil de son mari ou de son compagnon. Il conviendrait également de limiter le nombre de transferts autorisés afin qu'ils permettent de mener à bien une seule grossesse.

Le garde des Sceaux n'est néanmoins pas favorable à l'ouverture d'une telle possibilité : *« Je suis également opposé au transfert post mortem de l'embryon vers la mère. Je sais que le Comité consultatif national d'éthique a, pour des raisons humanitaires, émis à plusieurs reprises un avis favorable à cette pratique. J'estime que ces raisons humanitaires, si respectables soient-elles, ne tiennent pas face aux incidences préjudiciables et aux bouleversements du droit de la famille qu'entraînerait sa reconnaissance par le droit. Je voudrais d'abord rappeler que cette question a fait l'objet d'un débat extrêmement approfondi à l'occasion de la récente révision des lois bioéthiques. Sous la précédente législature, l'Assemblée nationale avait prévu de rendre licite tout en l'encadrant le transfert d'embryons post mortem. Ce projet a été abandonné en particulier en raison de l'incidence qui en résulterait sur le droit des successions. Il faut avouer que c'est une question que nous ne savons pas résoudre. Mais avant tout, ce sont des motifs de politique familiale qui motivent les très vives réserves que m'inspirerait la perspective d'une telle réforme, si elle devait être à nouveau d'actualité »* <sup>(1)</sup>.

Il est certain que le transfert *post mortem* pourrait poser des difficultés pour le règlement des successions. Mais celles-ci pourraient être réduites par l'encadrement dans le temps du transfert d'embryon, et donc de la naissance d'un enfant. En outre, des solutions sont trouvées lorsque l'existence d'un enfant illégitime est constatée après le règlement d'une succession ; elles pourraient être d'autant plus facilement adaptées que l'éventualité d'une naissance pourrait être prise en compte dès l'ouverture de la succession.

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

Après en avoir longuement discuté, la Mission considère que, compte tenu de la forte présence symbolique du père décédé, il convient d'autoriser la mère à bénéficier d'une implantation de l'embryon entre le sixième et le douzième mois qui suivent le décès.

*Proposition :*

*– en cas de décès du père, autoriser la mère à bénéficier d'une implantation de l'embryon entre le sixième et le douzième mois qui suivent le décès*

## **2.– L'interdiction de la gestation pour autrui doit être maintenue**

L'interdiction de toute forme de gestation pour autrui apparaît injustifiée à plusieurs personnes entendues par la Mission, et notamment à M. Claude Vaillant, grand orateur du Grand orient de France <sup>(1)</sup>.

Mme Emmanuelle Révolon <sup>(2)</sup> souhaite que la gestation pour autrui soit autorisée à toutes les personnes, vivant seule ou en couple de même sexe ou de sexe différent, dès lors qu'elles ont un projet parental et s'engagent vis-à-vis de l'enfant à naître. Cette demande est parfaitement cohérente avec les autres positions défendues par l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens en matière d'adoption ou d'accès à la procréation médicalement assistée. Elle vise notamment à pallier l'impossibilité pour un homme ou un couple d'hommes de porter un enfant tout en respectant « *leur souhait fondamental d'avoir un enfant issu de leur chair* ».

Sans aller jusqu'à cette solution très ouverte, d'autres personnes ont souhaité que la gestation pour autrui soit autorisée dans certains cas, en particulier comme remède à des formes d'infertilité féminine, et dans un cadre strictement défini.

---

(1) Table ronde du 7 décembre 2005.

(2) Table ronde du 9 novembre 2005 ; sauf mention contraire, les personnes qui se sont exprimées sur la gestation pour autrui l'ont fait à l'occasion de cette table ronde.

***a) Pour des raisons éthiques, la gestation pour autrui ne peut pas être légalisée***

**• *Les arguments avancés pour justifier la levée de l'interdiction***

L'ensemble des personnes entendues par la Mission met l'accent sur l'évolution de la pratique de la gestation pour autrui entre les années 1980 et aujourd'hui, la condamnation de la Cour de cassation en 1991 ayant porté sur des méthodes désormais révolues. Ainsi Mme Laure Camborieux a expliqué que, dans les années 1980, « *en général, la " mère porteuse " n'avait aucun contact ni avec le couple ni, ensuite, avec l'enfant ; aucune procédure ne permettait de s'assurer ni de son consentement éclairé ni de son suivi médical et psychologique après la naissance* ». L'interdiction portait donc sur une pratique qu'elle qualifie d'inhumaine.

La situation est bien différente dans les pays où la gestation pour autrui est actuellement autorisée : « *La gestation pour autrui telle qu'elle est actuellement pratiquée dans d'autres pays que la France n'a que bien peu à voir avec celle des mères porteuses de jadis. Elle se déroule dans un cadre législatif protecteur qui garantit le consentement éclairé de la gestatrice et du couple intentionnel* ». Elle est soumise à une série de conditions, variables selon les pays, portant sur les parents intentionnels comme sur la gestatrice. Bâtir un cadre légal national permettrait d'éviter les pratiques clandestines auxquelles se résolvent les couples français n'ayant pas les moyens de partir à l'étranger. Mme Laure Camborieux s'inquiète en effet des inséminations « artisanales » réalisées sans aucun encadrement ni médical, ni psychologique, ni juridique.

Mme Martine Gross y voit elle aussi le moyen d'éviter les dérives qui pourraient se produire à l'étranger : « *S'agissant des maternités pour autrui, je rappelle que l'article 16-7 du code civil rend nulle toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui. Mais certains pays encadrent légalement cette pratique afin de garantir le respect et la dignité de chacun des protagonistes. On peut citer le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, certains États des États-Unis, Taiwan, l'Île Maurice, Israël, mais aussi, plus près de nous, les Pays-Bas, le Danemark, la Belgique, la Hongrie, la Roumanie, la Grèce, la Finlande, la Grande Bretagne. Au lieu d'être totalement interdite, ce qui favorise les transactions à l'étranger, cette pratique devrait être en France encadrée légalement, pour éviter les dérapages* » <sup>(1)</sup>.

---

(1) Table ronde du 13 juillet 2005.



Un autre argument en faveur de la légalisation de la gestation pour autrui tient au fait que l'accès à l'assistance médicale à la procréation n'offre pas de réponse à toutes les situations d'infertilité : elle permet de traiter certains cas d'infertilité, notamment l'absence de fonction ovocytaire, grâce au recours à un don d'ovocyte, mais pas d'autres pathologies, en particulier utérine, pour lesquelles la gestation pour autrui est la seule solution. Mme Geneviève Delaisi de Parseval explique ainsi que « *l'invention de la fécondation in vitro a constitué un formidable progrès pour de nombreux couples stériles, et la gestation pour autrui en est une forme très intéressante, car elle permet de pallier une forme irréversible de stérilité féminine, une absence d'utérus ou une hystérectomie accidentelle* ».

En outre, en France, l'accueil d'embryons est légal, et la gestation pour autrui interdite, ce que Mme Geneviève Delaisi de Parseval juge non seulement injuste, mais aussi illogique « *car le don de gamètes, et plus sûrement d'embryon, risque de peser plus lourd dans la vie de l'enfant que le fait d'avoir été porté par une autre mère, éventuellement proche de sa mère* ». À l'issue d'une pratique de trente ans, elle considère que « *la gestation pour autrui uniquement gestationnelle ne présente pas davantage de risque pour le devenir psychique de l'enfant que le don d'ovocyte* ». En effet, dans le premier cas, la « mère porteuse », qu'elle qualifie de « nounou », se contente de porter un enfant qui lui est complètement étranger et qui sera élevé par ses géniteurs, alors que la femme enceinte grâce à un don d'ovocyte se sent comme « *la mère porteuse de [s]on propre enfant* ».

L'argument selon lequel la gestation pour autrui serait une instrumentalisation du corps de la femme est critiqué. Pour Mme Emmanuelle Révolon, « *produire cet argument, c'est faire abstraction des raisons personnelles qui poussent certaines femmes à porter et à mettre au monde un enfant pour autrui en considérant cet acte comme positif, même en l'absence de rétribution financière. Je rappelle que, dans les pays où la pratique est autorisée, les gestatrices doivent déjà être mères. Il n'y a pas là instrumentalisation du corps de la femme, mais au contraire une forme de liberté à disposer de son corps, ce que sont aussi les droits à la contraception ou à l'avortement. Une femme doit avoir le droit de concevoir un enfant pour autrui si bon lui semble* ». Mme Geneviève Delaisi de Parseval évoque dans le même sens le bonheur du don ainsi accompli, qui est le même que celui éprouvé par les donneurs d'organes. Puisque le don d'organes entre vifs est permis en France, pourquoi « *ne pas admettre qu'une mère ou une sœur puisse porter l'enfant d'une femme qui, pour des raisons médicales, ne peut assurer la gestation ? Il ne s'agit certes pas de sauver une vie mais d'en créer une, ce qui n'est pas moins important. Et si le risque médical pris par la mère gestationnelle existe, il ne me semble pas plus grand que celui pris par les donneurs d'organes* ».

Certaines associations entendues dans le cadre de la table ronde du 9 novembre 2005 ont proposé des mesures d'encadrement qui, selon elles, permettraient à la gestation pour autrui de se dérouler en France dans des conditions limitant les dérives :

– le consentement du couple de parents intentionnels et celui de la gestatrice devraient être vérifiés, par exemple sur le modèle des dispositifs en vigueur pour un transfert d'embryons ;

– au moins un des parents intentionnels devrait être un parent génétique, dans la logique de l'interdiction du double don de gamètes ;

– la fonction génitrice (don d'ovule) et la fonction gestatrice (grossesse) devraient être obligatoirement séparées, ce qui limiterait les cas dans lesquels la mère porteuse veut garder le bébé ;

– la responsabilité de l'enfant devrait être transférée aux parents intentionnels dès la conception, pour éviter le risque qu'ils refusent un enfant ne répondant pas à leurs attentes (handicapé, par exemple) ;

– avant la naissance, des liens devraient être créés entre les parents intentionnels et la mère gestationnelle.

En outre, prenant exemple sur les dernières législations votées en Europe, certains proposent de réserver le recours à la gestation pour autrui aux couples respectant les conditions requises pour recourir à l'assistance médicale à la procréation mais pour lesquels elle ne peut apporter de solution (absence d'utérus par exemple) ce qui aurait pour effet d'empêcher le recours à une gestation pour autrui « de convenance » ou par un couple de même sexe.

• ***Le souci éthique conduit à refuser la levée de l'interdiction***

M. Pierre Murat est très rétif à l'idée d'autoriser, même dans un cadre juridique strict, la gestation pour autrui : *« De fait, ce type de maternité porte atteinte à deux valeurs essentielles, protectrices de la dignité humaine : d'une part, l'indisponibilité du corps humain, plus précisément l'indisponibilité de la faculté de procréation de la femme ; d'autre part, l'indisponibilité de la filiation. Accepter de telles maternités, c'est mettre dans l'échange, fût-ce à titre gratuit, les facultés gestatrices de la mère. C'est permettre qu'on puisse transférer des liens de filiation en dehors de processus jusqu'à présent contrôlés – socialement, en cas d'adoption –. C'est introduire dans le droit de la filiation, qui est*

*actuellement accordée de l'extérieur, une possibilité de contractualisation. On quitterait ainsi le terrain de la filiation institutionnelle pour entrer dans celui des filiations par convention ».*

Il approuve ainsi les arguments utilisés par la Cour de cassation pour interdire cette pratique et empêcher l'adoption d'un enfant qui en serait issu par la mère intentionnelle.

Mme Chantal Lebatard y est elle aussi vivement opposée : « *On ne peut faire sienne la conception selon laquelle la médecine serait tenue de répondre à tous les désirs d'enfant, particulièrement lorsqu'il s'agit de gestation pour autrui, pratique qui méconnaît les liens qui se créent entre une mère et son enfant au cours de la grossesse, et qui instrumentalise le corps de la femme, ce qui n'est pas acceptable* »<sup>(1)</sup>.

La France offre une aide exemplaire aux couples désireux d'avoir des enfants qui souffrent d'infertilité, dont le traitement est pris en charge par la sécurité sociale. Elle ne doit pas, pour répondre à tout prix à un désir d'enfant, aussi légitime soit-il, autoriser toutes les pratiques que la médecine permet. Elle doit se fixer des limites éthiques.

Certes, dans le monde globalisé d'aujourd'hui, il suffit d'accéder au réseau internet pour se voir offrir des occasions de contractualisation marchande portant sur toute chose, y compris sur un organe, un « ventre à louer », voire un nouveau né, comme cela s'est produit au printemps dernier, lorsqu'une mère porteuse belge a tenté de vendre un nourrisson au plus offrant. Mais le fait qu'une loi nationale puisse être contournée ne doit pas priver le législateur de son devoir de fixer des limites et des principes. Y renoncer reviendrait à accepter de s'aligner systématiquement sur la législation la plus permissive.

La Mission souhaite que le modèle bioéthique français soit conforté par le maintien d'une interdiction absolue de la gestation pour autrui. À défaut, ce serait ouvrir la porte à des abus de toutes sortes, voire à un cas de figure tel que ceux l'on peut en rencontrer en Californie, où la naissance d'un enfant peut faire intervenir jusqu'à cinq personnes : un donneur de sperme, une donneuse d'ovocyte, une gestatrice et un couple de parents intentionnels.

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

***b) La situation des enfants nés d'une gestation pour autrui ne peut pas trouver de réponse dans l'établissement d'une filiation maternelle***

À défaut de levée de l'interdiction, et pour les enfants déjà nés, les défenseurs de la gestation pour autrui demandent qu'une filiation des enfants nés de cette pratique puisse être établie vis-à-vis de la mère intentionnelle.

Deux solutions juridiques peuvent être envisagées : celle de l'adoption et celle de la possession d'état.

Une troisième voie est envisagée par Mme Emmanuelle Révolon, qui suggère simplement de « laisser faire » les gestations pour autrui dans les pays où elles sont autorisées et de renoncer à toute vigilance à leur égard : *« Il faut notamment interdire toute directive empêchant la transcription sur les actes de l'état civil français des enfants nés par maternité pour autrui à l'étranger, et abroger toutes les circulaires adressées aux consulats français tendant à opérer une véritable chasse à la maternité pour autrui, comme c'est, semble-t-il, le cas dans certaines de ces administrations »*. Cela reviendrait, faute de revenir sur l'interdiction en France, à fermer les yeux sur l'utilisation de cette pratique à l'étranger, ce qui serait passablement hypocrite.

• ***L'adoption doit rester impossible***

C'est la jurisprudence de la Cour de cassation, fondée sur des principes d'ordre public, qui empêche que soit prononcée l'adoption plénière d'un enfant né d'une mère porteuse par l'épouse de son père. Le seul moyen de contourner cette difficulté serait d'inscrire explicitement dans la loi qu'une demande d'adoption formulée dans ce contexte ne constitue pas un détournement de l'institution de l'adoption. Mais l'impossibilité actuelle pour un concubin d'adopter de façon plénière l'enfant de son compagnon ne permettrait d'appliquer cette solution qu'aux couples mariés. Dans un couple de fait, il pourrait être procédé à une adoption simple, avant partage de l'exercice de l'autorité parentale par délégation.

La situation actuelle est jugée contraire à l'intérêt de l'enfant par plusieurs personnes entendues par la Mission. Pour Mme Emmanuelle Révolon, *« le fait est que les dispositions juridiques françaises actuelles vont à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. En effet, quelle que soit l'opinion que chacun peut avoir sur la gestation pour autrui, personne ne peut nier que ces enfants existent et ont été désirés. En prenant des dispositions contre les couples ayant recours à la gestation pour autrui à l'étranger, le législateur affaiblit la protection de ces enfants, puisqu'ils peuvent être privés de leurs parents ou ne bénéficier que d'un seul lien de filiation »*. Un moyen satisfaisant, pour le respect de l'intérêt de

l'enfant, serait donc d'autoriser explicitement son adoption par sa mère intentionnelle, à charge pour le juge d'apprécier, comme pour toute adoption, si elle est bien dans son intérêt.

Mais inscrire dans la loi qu'une pratique interdite peut néanmoins avoir des effets légaux n'est guère satisfaisant, surtout dans la mesure où elle peut s'être déroulée clandestinement en France. La Mission estime donc qu'autoriser explicitement l'adoption d'un enfant né d'une gestation pour autrui serait une incitation à contourner l'interdiction de cette pratique.

- ***La possession d'état ne peut jouer***

Le recours à la possession d'état aurait l'avantage de régler des cas concrets, sans énoncer un droit nouveau (comme accorder le droit d'adopter à la mère intentionnelle).

Or, depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 précitée, la possession d'état doit être « *paisible, publique et non équivoque* »<sup>(1)</sup>. Or, le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui risque d'affecter la possession d'état que peut invoquer la mère intentionnelle d'un vice la rendant équivoque et non paisible. La seule solution consisterait à revenir sur la qualification introduite par l'ordonnance.

Il apparaît délicat de créer une exception à un principe consacré par l'ordonnance de juillet 2005 afin de sécuriser les filiations. Peut-on revenir sur ce principe pour régler le problème particulier des enfants nés d'une gestation pour autrui, dont le nombre, quoique mal connu, n'est certainement pas très élevé ?

En outre, si certains contestent le fait que le lien de filiation entre un enfant et sa mère biologique ne puisse être établi sur le seul fondement de la génétique, alors que ce lien est couramment utilisé au profit des pères, tous les enfants nés d'une gestation pour autrui ne sont pas issus des gamètes de leur mère intentionnelle.

Surtout, celle-ci peut bénéficier d'une délégation ou d'un partage de l'exercice de l'autorité parentale qui lui permettent au moins d'accomplir les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant, sous réserve qu'une telle mesure ne soit pas refusée par le juge au nom d'un détournement

---

(1) Selon la rédaction de l'article 311-2 du code civil tel qu'il entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006.

d'institution, comme le craint Mme Laurence Brunet, membre de l'association Maia. Le père peut aussi prévoir par testament que la femme qui a élevé l'enfant sera désignée comme tutrice, s'il disparaît pendant sa minorité.

Par cohérence avec sa volonté de maintenir l'interdiction de la gestation pour autrui sous quelle que forme que ce soit, la Mission estime qu'il convient de continuer à refuser l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant né de cette pratique et sa mère intentionnelle. La solution se situe davantage sur le terrain de l'exercice de l'autorité parentale, et, sur ce point, la Mission propose une « délégation de responsabilité parentale » qui pourra être utilisée, en tant que de besoin, pour régler les difficultés rencontrées par les mères intentionnelles (*cf. infra* les développements relatifs à la place des tiers auprès de l'enfant).

### **3.— La gratuité des dons de gamètes et de l'aide à la procréation doit être réaffirmée**

L'attention de la Mission a été attirée sur la rareté des dons d'ovocytes en France, notamment liée à la pénibilité de l'intervention chirurgicale qu'ils exigent.

La gratuité du don d'organes, de tissus ou de gamètes est un principe qui ne souffre aucune exception et ne tolère pas, aujourd'hui, qu'un défraiement puisse, dans certains cas, être accordé au donneur.

Selon Mme Geneviève Delaisi de Parseval, la rigueur de la loi française sur ce point serait regrettable alors que d'autres pays sont parvenus à une solution plus satisfaisante. Elle a présenté l'exemple espagnol : « *La loi espagnole de 1999 relative au don de gamètes proscrit, comme la loi française, le paiement des donneurs, mais, en pratique, une sorte de pretium doloris est prévu et les donneuses d'ovocytes reçoivent des hôpitaux, publics et privés, une compensation financière d'environ 1 000 euros par cycle de don, somme que pouvoirs publics et donneuses considèrent raisonnable. Moyennant quoi, deux cliniques catalanes travaillent à plein-temps pour des couples français... Comment en serait-il autrement ? Qui peut souhaiter faire un don d'ovocyte gratuit alors que l'intervention est coûteuse sur les plans psychique et physique ?* »<sup>(1)</sup>. Mme Laure Camborieux a confirmé l'existence d'une telle situation, qui conduit certains couples français qui pourraient légalement obtenir un don d'ovocyte gratuit dans notre pays à se rendre en Espagne où le don leur coûte 6 000 euros par essai, mais n'exige pas trois à quatre années d'attente. La sécurité sociale ne prend pas en

---

(1) Table ronde du 9 novembre 2005.

charge ces frais, si bien que les couples à revenus modestes ne peuvent recourir à cette solution. Elle a souligné que « *si les cliniques espagnoles et belges sont des établissements sérieux et contrôlés par l'État, des cliniques s'ouvrent dans les pays de l'Est à propos desquelles nous formulons les plus vives réserves* »<sup>(1)</sup>. Les risques de dérives apparaissent bien réels.

M. Arnold Munnich, qui s'est dit par ailleurs attaché au principe de la gratuité du don « *ne serait-ce que pour des raisons kantienne* », a reconnu que le défraiement des donneuses ne le choquerait aucunement, tandis que M. Claude Sureau s'est déclaré « *tout à fait favorable à un défraiement qu' [il] estime parfaitement légitime* »<sup>(2)</sup>.

Mais l'enjeu justifie-t-il d'accepter une forme d'exception au principe de la gratuité, ou du moins son aménagement, au profit des seules donneuses d'ovocytes, alors que d'autres dons peuvent aussi générer des souffrances ? Faudrait-il également défrayer les donateurs d'organes pour pallier la rareté des dons ? On peut aussi craindre que ce défraiement pousse des femmes dans le besoin à céder leurs ovocytes pour gagner de l'argent, comme cela se fait dans certains pays étrangers, et notamment aux États-Unis<sup>(3)</sup>.

Pour le garde des Sceaux, « *toute exception à un principe fondamental – ici celui qui fait du corps humain une réalité hors commerce – comporte le risque de porter atteinte à la crédibilité même du principe* »<sup>(4)</sup> ; cette affirmation vaut aussi bien pour la gratuité des dons d'ovocytes que pour l'interdiction de la gestation pour autrui. La Mission partage cette analyse et souhaite maintenir la gratuité totale du dispositif qui participe à la spécificité du modèle bioéthique français, et qui a pour corollaire la gratuité de l'assistance médicale à la procréation en France.

---

(1) Table ronde du 9 novembre 2005.

(2) *Idem*.

(3) Aux États-Unis, les ovocytes sont vendus, notamment par des jeunes femmes qui trouvent ainsi un moyen de payer leurs études. La contrepartie financière est néanmoins très nettement supérieure au seul *pretium doloris* qui existe en Espagne.

(4) Audition du 13 décembre 2005.

### III.— L'ACCES DE L'ENFANT A SES ORIGINES PERSONNELLES

L'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant reconnaît à l'enfant « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents* ».

La Convention internationale de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale prévoit, dans son article 30, que « *les autorités compétentes de l'État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille. Elles assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations, avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur État* ».

Ces deux conventions internationales ne posent pas un droit impératif à l'accès aux origines dont pourraient se prévaloir les particuliers, mais elles n'en fixent pas moins des objectifs vers lesquels doivent tendre les législations des États signataires.

Certes, dans certaines situations, la connaissance des origines est matériellement impossible : archives inexistantes ou détruites par la guerre, pays ou région d'origine inaccessibles, témoins de la petite enfance tous disparus, mode de vie de la mère au moment de la conception rendant aléatoire ou impossible l'identification d'un père... Par ailleurs, il peut être considéré comme légitime que l'identité du père ne soit pas enregistrée lorsque la conception résulte d'un inceste ou d'un viol.

Mais, hormis ces cas particuliers, plusieurs situations juridiques peuvent priver l'enfant de la connaissance de ses parents : une naissance sous X, un abandon avec demande du secret, une conception par procréation médicalement assistée avec tiers donneur.

Si le nombre de naissances sous X a diminué grâce au développement de la contraception et de l'interruption volontaire de grossesse et sous l'effet de l'acceptation sociale des mères célibataires – on en comptait 10 000 par an jusque dans les années 1970, contre environ 780 en 1991 ; depuis 1999, leur nombre s'établit entre 500 et 600 par an –, et si l'abandon sous le régime du secret n'est plus possible, le recours à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur (1 000 par an) est plus fréquent. Au total, plus de 400 000 personnes vivantes sont nées ou ont été abandonnées sous le secret.



La Convention internationale relative aux droits de l'enfant établit un lien direct entre le droit « *de connaître ses parents* » et celui « *d'être élevé par eux* », mais ce sont deux réalités différentes : ce n'est pas parce qu'un enfant adopté demande le droit d'avoir des informations sur ses parents biologiques, voire celui de pouvoir les rencontrer, qu'il souhaite l'établissement d'un lien juridique entre lui et eux ou qu'il aspire à quitter sa famille adoptive pour vivre avec eux.

#### **A.— LES ENFANTS ABANDONNES**

Depuis la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public, les pupilles de l'État ou les anciens pupilles de l'État qui ont fait l'objet d'une adoption plénière peuvent accéder à leur dossier personnel ou plus exactement aux pièces de leur dossier dont la consultation ne porterait pas atteinte à un secret protégé par la loi. Elles peuvent donc avoir connaissance de l'identité de leurs parents, ou au moins de leur mère, sauf si celle-ci a demandé le secret de son accouchement ou si l'enfant a été abandonné sous le secret.

La loi française a récemment créé un dispositif pour faciliter l'accès aux origines personnelles des personnes qui sont nées ou ont été abandonnées sous le secret.

#### **1.— L'équilibre institué par la loi du 22 janvier 2002**

##### ***a) Les situations dans lesquelles une personne ne connaît pas ses parents biologiques ou l'un d'eux***

- ***Les enfants nés sous X***

Depuis la loi du 8 janvier 1993<sup>(1)</sup>, la possibilité pour une femme qui accouche de demander le secret de son admission et de son identité est inscrite dans le code civil (article 341-1).

---

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

– *Les conditions de l'accouchement sous X*

La pratique de l'accouchement anonyme a toujours existé ; elle permet de freiner le nombre d'avortements, d'éviter des abandons d'enfants, voire des infanticides. En France, cette possibilité a été institutionnalisée au XIX<sup>ème</sup> siècle, avant d'être partiellement réglementée par des décrets-lois de 1939 et 1941, qui l'ont notamment reliée à l'adoption.

Lorsque la femme accouche sous X, sa pièce d'identité ne lui est pas demandée – son nom n'est donc pas inscrit dans le dossier de l'enfant, sous réserve des dispositions présentées *infra* – et il n'est procédé à aucune enquête ; les frais d'hébergement et d'accouchement sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département, et l'enfant est remis à ce service (article L. 222-6 du code de l'action sociale et des familles). Il est adoptable à l'issue du délai de rétractation du consentement à l'adoption, qui est de deux mois (article 348-3 du code civil).

– *Le problème de l'éventuelle reconnaissance paternelle*

L'accouchement étant anonyme, la mère n'a, selon la loi, jamais accouché. C'est sur ce principe que s'est fondée la jurisprudence refusant de donner effet à la reconnaissance anténatale d'un enfant né sous X par un homme. Pourtant, la reconnaissance paternelle après la naissance sous X est difficile car il faut que le père connaisse la date et le lieu de l'accouchement.

Une affaire jugée à Nancy qui a fait grand bruit illustre cette situation. Un homme a reconnu avant sa naissance un enfant dont la mère a accouché sous X, puis a intenté une action en restitution de l'enfant, alors que celui-ci était déjà placé en vue de l'adoption chez un couple, qui avait sollicité l'adoption plénière. Le Tribunal de grande instance de Nancy<sup>(1)</sup> a rejeté la demande d'adoption et ordonné la restitution de l'enfant à l'auteur de la reconnaissance. Le couple qui demandait l'adoption a fait appel de ces décisions, qui ont été infirmées par la Cour d'appel de Nancy<sup>(2)</sup>. Cette dernière a considéré comme irrecevable la demande de restitution et a prononcé l'adoption.

---

(1) Tribunal de grande instance de Nancy, 16 mai 2003.

(2) Cour d'appel de Nancy, 23 février 2004, *F*.

La décision de la Cour d'appel de Nancy reprend l'argumentation utilisée en 1997 par la Cour d'appel de Riom. La reconnaissance porte sur l'enfant dont une certaine femme est enceinte. Or « *l'identification de l'enfant résultant de la seule désignation de la mère, qui est censée n'avoir jamais accouché en application des dispositions de l'article 341-1 du code civil, est inopérante* ». Les reconnaissances anténatales sont donc dépourvues d'efficacité en cas d'accouchement sous X, malgré le caractère divisible de la filiation naturelle. Les juges précisent qu'« *il aurait été donc nécessaire [au père prétendu] d'apporter un autre élément d'identification de l'enfant dont il revendique la paternité* ». Comme il n'y a pas possession d'état, il aurait fallu que l'homme réitère la reconnaissance après la naissance de l'enfant, en mentionnant tous les éléments nécessaires à une telle reconnaissance selon l'article 62 du code civil. Mais en l'espèce, l'enfant était déjà placé en vue de l'adoption lorsque le père a eu connaissance de ces éléments, et celui-ci s'est vu opposer l'article 352 du code civil qui prévoit que ce placement met obstacle à toute restitution de l'enfant et empêche toute déclaration de filiation et toute reconnaissance.

C'est pour éviter que se renouvelle ce type d'affaires que la loi du 22 janvier 2002 <sup>(1)</sup> a inséré un article 62-1 dans le code civil : un père qui ne pourrait reconnaître un enfant né sous X a désormais la possibilité d'en informer le procureur de la République qui procédera à la recherche des dates et lieu de l'établissement de l'acte de naissance de l'enfant. Il faudra néanmoins qu'il le fasse sans tarder et que l'enquête aboutisse rapidement pour que sa reconnaissance ait lieu avant le placement de l'enfant.

- ***Les enfants abandonnés sous le régime du secret***

Jusqu'en 2002, l'article L. 224-5 du code de l'action sociale et des familles donnait aux parents qui remettent leur enfant à l'aide sociale à l'enfance la possibilité « *de demander le secret de leur identité ainsi que de donner des renseignements ne portant pas atteinte à ce secret* » ; depuis la loi du 5 juillet 1996 <sup>(2)</sup>, cette possibilité était limitée à l'abandon d'un enfant de moins d'un an.

La loi du 22 janvier 2002 a totalement supprimé cette possibilité, qui a été remplacée par celle de « *laisser tous renseignements concernant la santé des père ou mère, les origines de l'enfant, les raisons et les circonstances de sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance* ».

---

(1) Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État.

(2) Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption.

Lorsque l'enfant a été abandonné sous le secret, son dossier contient le nom de ses parents, mais il ne peut accéder à leur identité sous le régime du droit commun de la communication des dossiers administratifs. Les enfants abandonnés depuis 2002 pourront en revanche avoir communication de l'identité de leurs parents sans difficulté particulière.

***b) Le dispositif d'accès aux origines personnelles des enfants nés ou abandonnés sous le secret***

La loi du 22 janvier 2002 tente de concilier la volonté de la mère d'abandonner son enfant et les possibilités ultérieures de ce dernier d'avoir connaissance de l'identité de ses parents. Elle complète la loi du 5 juillet 1996 qui avait, notamment, permis aux mères qui abandonnent leur enfant sous le secret de laisser des informations non identifiantes auxquelles l'enfant pourra accéder à sa demande, et posé le principe de la réversibilité du secret.

La loi du 22 janvier 2002 a créé le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) qui est le gardien des renseignements que les femmes qui accouchent sous X sont invitées à donner, et traite les demandes d'accès à ces informations formulées par les enfants. Il s'occupe aussi des demandes formulées par des enfants abandonnés sous le secret mais qui ne sont pas nés sous X, qu'ils aient été admis comme pupilles de l'État ou accueillis par un organisme autorisé et habilité pour l'adoption.

● ***Le recueil des renseignements***

Les établissements de santé, les services départementaux et les organismes autorisés et habilités pour l'adoption communiquent au CNAOP, lorsqu'il le leur demande, tous les éléments relatifs à l'identité des parents des enfants nés ou abandonnés sous le secret et toutes les informations non identifiantes les concernant dont ils disposent (cinquième alinéa de l'article L. 147-5 du code de l'action sociale et des familles). Ces informations seront utiles au CNAOP dans sa recherche des parents de naissance.

– ***En cas d'accouchement sous X en France***

Avant même 2002, la femme qui accouchait sous le secret donnait parfois son nom, qui n'était pas mentionné à l'état civil de l'enfant, mais figurait néanmoins dans son dossier. La loi de 2002 a voulu favoriser cette pratique. En effet, il est très difficile de retrouver, parfois plusieurs dizaines d'années après, l'identité d'une femme qui a accouché sous le secret.

Ainsi, l'article L. 222-6 du code de l'action sociale et des familles prévoit que toute femme qui demande à accoucher sous X est informée des conséquences juridiques de cette demande et « *de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance, ainsi que, sous pli fermé, son identité* ».

La femme est informée du fait qu'elle peut, à tout moment, lever le secret de son identité et que, à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans des conditions strictes. Elle est aussi informée de la possibilité qui lui est offerte, à tout moment, de donner son identité sous pli fermé ou de compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance.

Les renseignements qu'elle laisse sont conservés dans une enveloppe sur laquelle sont mentionnés les prénoms, le sexe, la date et le lieu de la naissance. Cette enveloppe est remise à une personne désignée par le conseil général du département où l'accouchement a eu lieu et ne pourra être communiquée que par l'intermédiaire du CNAOP.

En 2004, sur les 394 femmes ayant accouché sous le secret<sup>(1)</sup> et remis l'enfant en vue d'adoption, 30 % ont déclaré ouvertement leur identité, qui figure dans le dossier de l'enfant et lui sera directement communicable, sans l'intervention du CNAOP, 30 % ont laissé un pli fermé censé contenir leur identité<sup>(2)</sup>, lequel pourra être ouvert si elles donnent leur accord le moment venu, et 40 % n'ont pas décliné leur identité et resteront donc anonymes. Cette dernière situation est plus fréquente à Paris et en région parisienne que dans le reste de la France, car un certain nombre de ces femmes sont des étrangères en situation irrégulière.

#### ***– En cas d'abandon sous le secret en France***

Le CNAOP peut être saisi de demande d'accès aux origines émanant d'enfants abandonnés sous le secret antérieurement à la loi du 22 janvier 2002. Le Conseil est alors chargé de recueillir auprès des établissements et services concernés les éléments relatifs à l'identité des parents.

---

(1) En fait, 496 femmes ont accouché sous le secret, mais 102 se sont ensuite rétractées et ont gardé leur enfant.

(2) Le pli étant fermé, il est possible qu'il ne contienne rien, ou seulement un faux nom, comme cela a déjà été observé.

*– En cas d’abandon ou d’accouchement sous le secret à l’étranger*

Certains enfants nés à l’étranger et adoptés en France ont vu le jour ou ont été abandonnés sous un régime de secret. C’est notamment le cas de personnes nées au Liban, en Suisse, au Luxembourg ou en Italie. Leur dossier personnel ne contient pas l’identité de leurs parents, et ils peuvent s’adresser au CNAOP pour qu’il les aide dans leurs recherches.

Pour ce faire, le CNAOP recueille les informations relatives à l’identité des parents de naissance et les informations non identifiantes que possèdent les services départementaux et les organismes autorisés et habilités pour l’adoption, comme il le fait dans les autres cas de secret, mais aussi les renseignements que l’Autorité centrale pour l’adoption, la Mission de l’adoption internationale ou les organismes autorisés et habilités pour l’adoption peuvent obtenir des autorités du pays d’origine de l’enfant (dernier alinéa de l’article L. 147-5 du code de l’action sociale et des familles).

Le CNAOP demande l’aide des autorités du pays d’origine pour tenter d’identifier puis, le cas échéant, de localiser les parents du demandeur afin de pouvoir l’interroger sur une éventuelle levée du secret. Ce type de recherche est naturellement très difficile à mener à bien.

Il ne s’agit que de cas relativement rares, qui ne concernent pas les adoptions internationales récentes pour lesquelles l’identité des parents figure dans le dossier de l’enfant.

• *Les conditions d’accès de l’enfant à ces renseignements*

Composé de membres désignés par l’État, les conseils généraux et des associations, le CNAOP est chargé d’un rôle d’intermédiaire entre les parents biologiques qui demandent le secret et l’enfant désireux de connaître ses origines. C’est lui qui reçoit la demande de l’enfant, l’éventuelle déclaration de la mère et, le cas échéant, du père par laquelle ils autorisent la levée du secret de leur identité et la demande du père ou de la mère de naissance s’enquérant de leur recherche éventuelle par l’enfant. Il lui revient de communiquer l’identité de la mère et du père, lorsque les conditions de leur communication sont remplies.

***– La demande d'accès aux informations***

En application de l'article L. 147-2 du code de l'action sociale et des familles, la demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant est formulée :

- s'il est majeur, par celui-ci ;
- s'il est mineur, par son ou ses représentants légaux ou par lui-même avec l'accord de ceux-ci ;
- s'il est majeur placé sous tutelle, par son tuteur ;
- s'il est décédé, par ses descendants en ligne directe majeurs.

La demande est formulée, par écrit, auprès du CNAOP ou du président du conseil général (article L. 147-3 du même code).

Entre le 1<sup>er</sup> octobre 2002, jour du début de son activité, et le 31 octobre 2005, le CNAOP a enregistré 2 199 demandes d'accès aux origines personnelles. En moyenne, 58 dossiers par mois ont été enregistrés entre le 1<sup>er</sup> mars 2004 et le 31 octobre 2005, contre 62 par mois entre le 1<sup>er</sup> octobre 2002 et le 28 février 2004.

***– La communication des informations***

L'article L. 147-6 du même code prévoit la communication par le CNAOP aux personnes qui en ont formulé la demande des « *renseignements ne portant pas atteinte à l'identité des père et mère de naissance, transmis par les établissements de santé, les services départementaux et les organismes visés au cinquième alinéa de l'article L. 147-5 ou recueillis auprès des père et mère de naissance, dans le respect de leur vie privée, par un membre du conseil ou une personne mandatée par lui* »<sup>(1)</sup>. La communication de ces informations, plus ou moins complètes selon les cas, est donc de droit. Les renseignements non identifiants contenus dans le dossier peuvent d'ailleurs être consultés directement auprès du conseil général.

---

(1) Les organismes visés au cinquième alinéa de l'article L. 147-5 du code de l'action sociale et des familles sont les organismes autorisés et habilités pour l'adoption.

Il n'en est pas de même de l'identité de la mère ou du père, qui ne sera communiquée que dans l'un des quatre cas suivant (même article) :

– si le CNAOP dispose déjà d'une déclaration expresse de levée du secret de son identité ;

– si il n'y a pas eu de manifestation expresse de sa volonté de préserver le secret de son identité, après avoir vérifié sa volonté ;

– si l'un de ses membres ou une personne mandatée par lui a pu recueillir son consentement exprès dans le respect de sa vie privée ;

– si le parent est décédé, sous réserve qu'il n'ait pas exprimé de volonté contraire à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant. Dans ce cas, l'un des membres du CNAOP ou une personne mandatée par lui prévient la famille du parent de naissance et lui propose un accompagnement.

Il faut donc soit que le parent ait donné son accord soit que, consulté, il n'ait pas exprimé son refus. Si, consulté, il n'a pas demandé que le secret soit maintenu après sa mort, celui-ci peut alors être levé. Dans ce cas, il sera donné à l'enfant l'identité des ascendants, descendants ou collatéraux privilégiés du parent concerné.

Ainsi, un enfant peut être informé seulement de l'identité de son père ou seulement de celle de sa mère en fonction des renseignements qui auront été recueillis et de la volonté de chacun d'eux. La grande avancée réalisée par la loi de 2002 réside dans le travail de recherche et d'interrogation des parents par le CNAOP ; avant elle, l'identité des parents n'était communiquée que s'ils avaient spontanément demandé la levée du secret.

Pour faciliter la recherche des parents, le CNAOP peut demander aux administrations publiques et aux organismes de sécurité sociale ou qui gèrent des prestations sociales toute information permettant de déterminer les adresses de la mère et du père biologiques (article L. 147-8).



Au 28 février 2005, 44 % des demandes avaient reçu une réponse, contre seulement 23 % un an auparavant, étant donné les difficultés matérielles et procédurales rencontrées par le CNAOP au début de son activité. L'issue des demandes est résumée dans le tableau suivant :

**RESULTAT DU TRAITEMENT DES DEMANDES PAR LE CNAOP  
(OCTOBRE 2002-OCTOBRE 2005)**

Dossiers enregistrés	Clôtures provisoires		Clôtures définitives				Total des clôtures
	Identification ou localisation impossible	Refus de levée du secret	Communication de l'identité			Désistements	
			Après décès	Après levée du secret	En l'absence de secret		
2 199	497	165	150	99	176	56	1 143

Source : CNAOP.

En l'absence de secret, le CNAOP n'est en principe pas compétent, l'accès à l'identité des parents étant possible par la simple consultation du dossier de l'enfant. Mais, dans certains cas, le demandeur pense qu'il y a secret et s'adresse au CNAOP qui effectue les recherches nécessaires avant de conclure à l'absence de secret.

Le nombre de dossiers dans lesquels l'identification ou la localisation des parents biologiques n'est pas possible est très élevé, malgré les moyens dont dispose le CNAOP pour se procurer leurs coordonnées : dans près de la moitié des demandes, il ne parvient pas à les identifier. Sur les 92 parents qui ont refusé de lever le secret de leur identité entre octobre 2003 et février 2005, 79 (soit 85,8 %) refusent également qu'il soit levé après leur décès. Huit d'entre eux ont accepté un échange de courriers par l'intermédiaire du CNAOP, ou une rencontre anonyme.

Entre octobre 2002 et octobre 2005, l'identité du parent de naissance a été communiquée dans 425 dossiers. Mais la levée volontaire du secret par le parent ne concerne que 23 % des cas de communication de l'identité. Dans 37 % des cas, la rencontre entre parent biologique et enfant a eu lieu en présence d'un représentant du CNAOP. 60 % des mères de naissance interrogées sur demande de la personne adoptée ou pupille de l'État ont refusé de lever le secret.

Les levées de secret spontanées restent rares : 139 seulement sont faites à l'initiative des mères de naissance. Parallèlement, 57 ascendants, descendants ou collatéraux privilégiés de parents de naissance ont fait enregistrer leur identité.

*– L’absence de droit ou obligation nés de l’accès à ces renseignements*

L’article L. 147-7 du même code rappelle que « *l’accès d’une personne à ses origines est sans effet sur l’état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit* ». Les conséquences de la levée du secret sont d’ordre purement psychologique ou sanitaire.

Cet article vise essentiellement à rassurer les parents biologiques qui pourraient craindre qu’un enfant abandonné à la naissance ne demande à hériter de leurs biens ou l’établissement d’un lien de filiation, malgré le fait qu’il ait, dans la plupart des cas, acquis une filiation adoptive irrévocable. Il ne suffit pourtant pas à lever toutes les réticences, comme en témoignent les chiffres précédents.

*c) Un équilibre critiqué par les uns, défendu par les autres*

Les appréciations portées sur les règles posées par la loi du 22 janvier 2002 sont très variables.

Mme Dekeuwer-Défossez a émis un jugement sévère : « *L’équilibre de la loi de 2002 sur la reconnaissance des origines ne tiendra pas longtemps car le conflit s’exacerbe. Lorsqu’elles se rendent compte que leur dossier peut être ouvert, nombre de mères refusent de donner le moindre renseignement, l’immense majorité d’entre elles refusant même que leur nom soit divulgué après leur mort. Les associations d’enfants abandonnés, quant à elles, se plaignent des faibles résultats du Conseil national pour l’accès aux origines personnelles. Enfin, certaines personnes connaissant leurs origines ne comprennent pas que celle-ci ne puisse se transformer en filiation, ce qui entraîne des contestations d’héritage* »<sup>(1)</sup>. Elle estime donc que le droit doit évoluer, et mentionne que l’opinion publique semble plutôt favorable à un accès plus facile aux origines personnelles.

M. Bernard Teper partage cet avis : « *(...) s’agissant de l’accouchement sous X, nous estimons que la dernière loi s’arrête au milieu du gué. Elle a le mérite de prévoir la conservation du dossier. Mais, en nous plaçant du point de vue de l’enfant, nous pensons que deux conditions doivent être remplies pour qu’un enfant vive bien : la première est d’être aimé par ceux qui l’élèvent ; la seconde est de connaître ses origines. Il est extrêmement traumatisant pour un enfant de ne pas savoir d’où il vient* »<sup>(2)</sup>.

---

(1) Audition du 5 octobre 2005.

(2) Table ronde du 29 juin 2005.

M. Pierre Verdier<sup>(1)</sup> voit même deux reculs dans la loi de 2002 : il existe désormais une présomption de secret qui conduit le CNAOP à toujours vérifier que la mère de naissance souhaite lever le secret, même si elle ne l'a pas expressément demandé au moment de son accouchement ; si la mère a refusé la levée du secret et a demandé qu'il soit respecté après sa mort, le secret sera éternel.

En revanche, pour M. Jacques Combret, « *la loi du 22 janvier 2002 sur la connaissance des origines est un texte d'équilibre qui constitue pour l'instant un palier à ne pas déplacer* »<sup>(2)</sup>. Mme Françoise Laurant le salue aussi comme un texte d'équilibre, qui unifie les pratiques en matière d'accès aux origines, mais regrette qu'il apporte peu de précisions sur l'accouchement sous X, alors que les décrets d'application de la loi du 5 juillet 1996 précitée n'ont jamais été publiés.

Pour Mme Jacqueline Rubellin-Devichi, la loi de 2002 a non seulement le mérite d'exister, mais aussi celui d'apporter une garantie aux femmes. Mme Corinne Daubigny y voit aussi une avancée partielle, alors que « *le secret de l'identité, autrefois irréversible, n'était pas un secret mais une forclusion organisée, un anonymat déguisé, car le secret est par nature réversible* ».

## **2.- L'accès aux origines doit-il devenir un droit ?**

En juin 2004, dans ses observations finales sur le rapport présenté par la France en application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant prend acte de l'adoption de la loi du 22 janvier 2002. Mais « *il reste préoccupé par le fait que les droits énumérés à l'article 7 de la Convention puissent ne pas être pleinement respectés par l'État partie et que le droit pour la mère de dissimuler son identité si elle le souhaite n'est pas conforme aux dispositions de la Convention* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a eu pour sa part une appréciation plus positive du dispositif français. Dans une décision du 13 février 2003, *Odièvres contre France*, qui concernait un enfant abandonné sous le secret (mais pas né sous X), elle a considéré que la loi française ne méconnaissait ni l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) ni l'article 14 (interdiction de toute discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a estimé que la loi atteignait un équilibre suffisant entre

---

(1) Table ronde du 16 novembre 2005 ; sauf mention contraire, les personnes qui se sont exprimées sur l'accès aux origines des enfants abandonnés l'ont fait à l'occasion de cette table ronde.

(2) Audition du 5 octobre 2005.

les intérêts de la mère qui veut sauvegarder son anonymat et ceux de l'enfant qui veut connaître l'identité de ses parents. La loi française s'inscrit dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements clandestins ou des abandons « sauvages ». La décision souligne que la loi du 22 janvier 2002 renforce la possibilité de lever le secret de l'identité des parents.

Cette décision de la Cour semble marquer une évolution par rapport à une décision de 1989<sup>(1)</sup> dans laquelle elle avait jugé qu'était contraire à l'article 8 le refus de l'administration britannique en charge de l'aide sociale à l'enfance de transmettre son dossier à un homme qui avait connu une succession de placements dans son enfance. Mais dans cette affaire, l'objectif n'était pas de protéger une femme ayant accouché dans la détresse (la mère du demandeur était décédée lorsqu'il était très jeune, et il connaissait son père), mais de permettre à un homme d'accéder à des documents administratifs qui le concernaient directement et pouvaient seulement conduire à mettre en cause l'efficacité des services en charge de l'aide sociale à l'enfance.

Ainsi, en France, l'enfant ne dispose pas actuellement du droit de connaître ses origines, mais d'une simple possibilité si sa mère de naissance a souhaité laisser son identité et si, lorsque l'enfant en fait la demande, elle accepte que celle-ci lui soit transmise.

Aucune des personnes auditionnées ne souhaite revenir sur la possibilité d'accoucher sous le secret. En revanche, les avis divergent sur l'opportunité de revenir sur l'anonymat de cet accouchement, et passer ainsi d'un secret absolu à un secret relatif.

***a) Les arguments en faveur du maintien de la possibilité d'accoucher dans l'anonymat***

Si le secret d'un accouchement peut être maintenu même en l'absence d'anonymat de la mère, il apparaît que seul l'anonymat garantit le secret de manière absolue. Il est évident que, si la mère n'a pas laissé son identité dans le dossier de l'enfant, elle ne peut que très rarement être retrouvée, et donc interrogée sur son éventuel accord pour lever le secret.

---

(1) Cour européenne des droits de l'homme, *M. Gaskin*, 7 juillet 1989.

Mme Françoise Laurant comme Mme Jacqueline Rubellin-Devichi jugent essentielle la possibilité de demander l'anonymat. La première affirme que *« les femmes contraintes d'accoucher sous X demandent l'anonymat non seulement au moment de l'accouchement mais également après. Si les femmes sont si angoissées au moment de l'accouchement, c'est qu'elles ont peur de voir leur nom extorqué »*. La seconde appuie la position de la première *« selon laquelle les femmes ne peuvent pas avoir confiance dans un dispositif qui les obligerait à écrire leur identité au moment où elles se présentent pour accoucher sous X »*.

L'anonymat est donc une garantie pour l'avenir : il empêche de manière absolue la mise en œuvre de tout changement législatif qui permettrait la levée du secret, alors que les femmes concernées doutent que le secret sera vraiment respecté. Selon Mme Françoise Laurant, si ce doute est trop grand, elles préfèrent avoir recours à une interruption volontaire de grossesse, même très tardive, au besoin à l'étranger. En revanche, si elles ont conscience de leur droit à l'anonymat, elles se sentiront moins coupables et leur parole sera plus libre.

Mme Sophie Marinopoulos estime que *« si les femmes sont accueillies humainement, dans le respect de leur dignité, et reconnues dans leur souffrance, elles transmettent leur histoire de vie, notamment leur identité. Mais certaines demandes d'informations administratives, formulées à un moment qui se caractérise par des douleurs abdominales extrêmes, dénotent une méconnaissance de la mise au monde d'un enfant »*. Exiger en plus, en un tel moment, que la femme dévoile son identité, alors qu'elle ne le veut pas, serait inhumain, et relèverait même, à ses yeux, d'un État totalitaire : *« les sujets seront-ils encore libres, vivrons-nous toujours en démocratie si nous obligeons un être humain à dire quelque chose ? »*. Elle met aussi en garde contre la tendance à la biologisation des origines : réduire la filiation à l'identité biologique relève d'une imposture que la loi ne doit pas entériner.

#### ***b) Les arguments en faveur de la suppression de l'anonymat***

C'est donc essentiellement au nom du droit des femmes à voir leur identité tenue secrète que l'anonymat est défendu ; les partisans de la suppression de l'anonymat et d'une levée plus facile du secret se réclament du droit des personnes à connaître les conditions de leur naissance.

Ils reconnaissent la légitimité d'un accouchement sous le secret, pour protéger la femme comme l'enfant, mais réfutent le caractère éternel de celui-ci. Mme Françoise Monéger se dit *« radicalement opposée à l'anonymat »* : *« En effet, pour garantir à l'enfant majeur la connaissance de ses origines, il importe d'exiger la conservation d'une trace, laissée par la mère au moment de la*

*naissance. Il est incohérent de garantir à la fois l'accouchement sous X et le droit d'accès aux originelles personnelles. Si on privilégie le droit de l'enfant, il faut obliger la mère à laisser son identité* ». Pour que l'enfant ait la possibilité matérielle de retrouver ses origines, il faut que l'identité de la mère ait été conservée. Elle considère que l'accès de la personne majeure à ses origines doit être un droit pour l'avenir, mais qu'il convient de respecter le régime juridique en vigueur au moment de l'accouchement : ainsi, lorsqu'une femme a accouché à une période où l'anonymat était autorisé, il convient de respecter son secret et de ne le lever qu'avec son accord, pour autant qu'elle ait laissé son nom ; en revanche, il faudrait prévoir pour l'avenir un recueil obligatoire de l'identité des femmes qui accouchent.

M. Pierre Verdier conteste le caractère irréversible de l'anonymat, alors qu'il juge le secret temporaire légitime : *« À un moment de leur vie, certaines femmes ont besoin de discrétion et de secret mais celui-ci ne peut qu'être limité dans le temps. Que protège-t-on cent ou deux cents ans après la mort ? Ce droit sur autrui est totalement inconcevable et exorbitant : il faut s'en tenir aux délais des secrets sur la vie privée, limités à soixante ans »*. Mme Corinne Daubigny va encore plus loin dans cette logique : *« Le secret de l'identité des parents doit pouvoir être institué, mais rester dans tous les cas réversible, dans un délai ne dépassant pas vingt-cinq ans – c'est-à-dire, grosso modo, l'âge auquel les enfants sont censés devenir eux-mêmes parents –, ou, au plus tard, à la mort des parents de naissance »*. En effet, le temps permet aux parents de naissance de s'émanciper des contraintes sociales et des tabous, et d'assumer le passé.

Tout en restant attachée à ce que le secret ne soit levé qu'avec l'accord de la mère de naissance, Mme Marie-Christine Le Boursicot considère que le recueil de l'identité de la mère doit devenir obligatoire : *« Il me semble possible de garantir à toute accouchée la confidentialité de la naissance et le respect de sa volonté. Mais demander à toute femme qui accouche de décliner son identité et d'en justifier ne me paraît pas de nature à la mettre en péril ni à mettre en péril l'enfant à naître. Cela suppose de considérer que nous sommes parvenus au terme d'une évolution et que le secret absolu peut être remplacé par le secret relatif. Mais il importe bien entendu de continuer à garantir à ces femmes que leur volonté continuera d'être respectée dans dix, vingt, trente ou quarante ans »*. Ce recueil ne met personne en danger, mais est une assurance pour l'avenir, en donnant le moyen, si l'enfant le demande, de retrouver la mère pour l'interroger sur son consentement à la levée du secret.

Mme Corinne Daubigny rejette l'argument selon lequel l'anonymat serait justifié par le droit à la vie privée de la mère : « *La sexualité fait partie de la vie privée, mais certainement pas la naissance d'un enfant. La procréation et la naissance, chez l'être humain, ne sont pas réductibles à de pures données biologiques ou à de simples exercices de gymnastique ; ce sont des comportements sociaux qui engagent la pérennité du genre humain à travers chaque enfant qui vient au monde* ». À la dimension sociale de la naissance, s'ajoute la responsabilité des parents de naissance, qui ne saurait être niée comme elle l'est aujourd'hui : « *du point de vue de la construction de l'enfant, les parents procréateurs ne peuvent, en droit, rester totalement irresponsables de l'enfant qu'ils ont conçu, ni au regard de l'interdit de l'inceste, ni au regard de l'hérédité qu'ils transmettent, et donc pas non plus au regard de la vérité sur leur identité* ».

Si Mme Corinne Daubigny n'ignore pas les effets traumatiques, les dépressions et les bouleversements de l'identité subjective qui peuvent être provoqués par les retrouvailles entre enfants et parents de naissance et qui nécessitent une prise en charge psychologique pour les uns comme pour les autres, elle met surtout en avant la vulnérabilité des enfants ignorant leurs origines personnelles : « *Ces risques psychopathologiques, qui vont de la banale angoisse névrotique aux psychoses graves en passant par les troubles de l'identité, découlent de l'accumulation de facteurs dans une série d'"après-coups" qui jalonnent la vie de l'enfant puis de l'adulte, de sorte que les retrouvailles éventuelles ne règlent évidemment pas à elles seules tous les problèmes. Néanmoins, le simple fait de les rendre possibles peut limiter les ravages des contenus imaginaires projetés sur les trous de la symbolisation et les perturbations dans l'image du corps qui s'ensuivent. La conservation de l'identité des parents d'origine peut ainsi limiter les risques psychopathologiques* ». M. Pierre Verdier témoigne quant à lui de cette souffrance des personnes « *privées leur identité* ».

Les partisans de la suppression de l'anonymat sont donc favorables à l'instauration d'un droit pour l'enfant de connaître ses origines. L'enfant pourrait exercer ce droit une fois devenu adulte (par exemple à sa majorité). Il s'agit ainsi de mettre fin à une discrimination en fonction de la naissance.

Une solution intermédiaire pourrait consister à supprimer la possibilité de demander l'anonymat, mais à continuer à soumettre l'accès à cette identité à l'accord de la mère. Elle ne satisferait cependant ni les mères à qui la possibilité de rester anonymes serait retirée, ni les enfants à qui le droit de communication pourrait toujours être refusé.

***c) La position de la Mission : pour une évolution à moyen terme vers un accouchement « dans la discrétion »***

La Mission estime que le respect de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant comme l'évolution de la société, qui ne stigmatise plus les mères célibataires et aspire à plus de transparence, doivent conduire, à moyen terme, à reconnaître le droit des enfants nés sous le secret à accéder à l'identité de leurs parents de naissance, ou au moins à celle de leur mère. Elle considère que ces enfants devraient, à leur majorité, pouvoir connaître le nom de leur mère, les dix-huit années passées depuis leur naissance ayant permis à celle-ci de surmonter les difficultés qui l'avaient conduite à accoucher sous le secret. L'accouchement ne devrait plus pouvoir être anonyme et le secret ne serait plus que temporaire. On passerait du système de l'accouchement sous X à un accouchement « dans la discrétion ».

Néanmoins, la loi actuellement en vigueur est encore très récente, et la Mission ne juge pas pertinent de revenir dès 2006 sur l'équilibre qu'elle a mis en place, qui devrait faire l'objet d'une évaluation globale.

Elle s'est néanmoins interrogée sur trois points précis, que certaines personnes entendues ont portés à son attention : la possibilité d'une levée du secret après le décès de la mère de naissance, le droit des représentants légaux d'un enfant de demander à accéder à ses origines et le problème de la reconnaissance anténatale d'enfants nés sous le secret.

- ***Maintenir la possibilité de levée du secret après le décès de la mère***

Après le décès de la mère, le secret n'est actuellement pas parfaitement garanti : il n'est maintenu que si, à l'occasion d'une demande d'accès aux origines, la mère a exprimé sa volonté de le maintenir après son décès. Cette réversibilité est jugée choquante par certains qui demandent, pour que la volonté de la mère soit respectée après son décès, que le secret soit garanti.

Mme Françoise Laurant considère que la plupart des femmes qui accouchent sous le secret veulent que celui-ci soit préservé pour toujours. Il faut reconnaître que, dans les faits, une très forte proportion des mères de naissance qui ont refusé la levée du secret souhaite qu'il soit maintenu après leur disparition.

Mme Sophie Marinopoulos a réagi très vivement à la possibilité que le secret soit levé après le décès : « *L'État envisage-t-il définitivement de s'arroger le droit de s'infiltrer dans l'intimité de l'histoire de la personne au-delà de sa vie ? Si oui, quelles seront nos limites ? Cette question ne peut en aucun cas faire*



*l'économie du fantasme de rendre la mort vivante, afin de superposer et de confondre ces deux états. (...) Mort ou vivant, ce serait du pareil au même : on pourrait procréer, rechercher, déterrer, inventer des origines, de la maternité, de la paternité ; les cellules, mortes ou vivantes, devraient parler ! ».*

Mme Marie-Christine Le Boursicot estime pourtant que l'expérience du CNAOP semble montrer que la levée du secret après le décès de la mère de naissance ne cause pas de drame : *« Les autres enfants s'étonnent, mais comprennent et ne portent pas de jugement. Cela les éclaire même parfois sur leur propre destin et il arrive qu'ils expriment le souhait de rencontrer ce " frère " ou cette " sœur " qu'ils ne connaissent pas. En tout cas, les demandeurs s'en trouvent apaisés : ils peuvent choisir de retrouver des membres de la famille de leur mère de naissance ou seulement d'aller se promener sur les lieux qu'elle a fréquentés. Il serait inopportun de faire machine arrière en interdisant la levée du secret après le décès de la mère, alors que celle-ci n'a pas exprimé sa volonté de le maintenir ».* Mme Françoise Monéger est du même avis.

Il serait paradoxal que la Mission propose de restreindre les possibilités d'accès aux origines actuellement offertes, alors qu'elle est favorable à la reconnaissance, à terme, d'un droit à la connaissance des origines personnelles. Elle estime donc que la loi ne doit pas être modifiée sur ce point.

- ***Réserver la demande d'accès aux origines à l'enfant ayant atteint l'âge de discernement***

Sa position est en revanche différente pour ce qui est du droit aujourd'hui reconnu aux représentants légaux d'un enfant d'accéder à ses origines, indépendamment de son âge et de sa propre volonté. En effet, aujourd'hui, si un enfant mineur peut, avec l'accord de ses représentants légaux, demander lui-même l'accès à ses origines, ceux-ci peuvent aussi faire cette demande au nom de l'enfant. Pourtant, autoriser les représentants légaux d'un enfant de trois ans à demander son origine n'a guère de sens et ne semble pas de nature à faciliter la réussite du processus d'adoption éventuellement en cours.

Même si le CNAOP constate que les demandes émanant de mineurs sont rares – elles ne représentent que 2 % de l'ensemble des demandes –, certaines personnes auditionnées proposent que la demande d'accès aux origines soit reconnue comme une démarche personnelle, et qu'elle soit donc réservée au mineur lui-même, sous réserve qu'il ait atteint un certain âge et que ses représentants légaux soient d'accord.

Après avoir discuté de l'âge auquel il était pertinent de rendre possible l'accès aux origines personnelles, notamment pour éviter que l'irruption trop précoce de l'identité d'un parent de naissance dans la vie de l'enfant ne vienne remettre en cause les liens qu'il a tissés avec ses parents adoptifs, la Mission a estimé qu'il convenait de réserver à l'enfant la possibilité de demander à accéder à ses origines, sous réserve de l'accord de ses représentants légaux, et de lui ouvrir cet accès lorsqu'il a atteint l'âge de discernement.

*Proposition :*

*– lorsque l'enfant qui a été abandonné est mineur, réserver la demande d'accès aux origines au mineur lui-même à condition qu'il ait atteint l'âge de discernement et que ses représentants légaux soient d'accord*

- *Ne pas alourdir le dispositif actuel d'aide aux pères auteurs d'une reconnaissance anténatale*

M. Jean-Marie Muller a fait part de ses vives inquiétudes à la suite des hésitations (mentionnées *supra*) de la justice confrontée à la reconnaissance anténatale d'un enfant né sous le secret et placé en vue de l'adoption : « *En ce qui concerne l'adoption des enfants nés sous le secret en risque de reconnaissance anténatale, l'affaire " Benjamin ", où le tribunal de grande instance de Nancy s'est prononcé en première instance en faveur de la reconnaissance d'un père biologique dont l'enfant venait d'être placé en vue d'adoption, a mis en échec les textes en vigueur. Certes la cour d'appel a ordonné l'adoption de l'enfant ainsi que le rejet de la reconnaissance anténatale. Il n'en demeure pas moins que la loi concernant l'accès aux origines personnelles, que nous appelions de nos vœux, crée un vide juridique qui expose les enfants nés sous le secret et leur famille adoptive à un conflit de droit, aucun enfant né sous le secret n'étant aujourd'hui assuré de la stabilité de son placement* »<sup>(1)</sup>.

En fait, la loi du 22 janvier 2002 n'a en rien accru un risque qui existait auparavant comme en témoignent les affaires précitées, dont les faits sont antérieurs à cette loi. Au contraire, en chargeant le procureur de la République de faire les recherches nécessaires, le nouvel article 62-1 du code civil devait faciliter le rapprochement du père et de son enfant, afin qu'il puisse valablement renouveler sa reconnaissance anténatale dépourvue d'effet.

---

(1) Table ronde du 2 novembre 2005.

Mme Marie-Christine Le Boursicot juge ce dispositif suffisant : « *S'agissant des difficultés posées par la reconnaissance anténatale du père, je considère que le dispositif de recherche des dates et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant par le procureur de la République (article 62-1 du code civil) est une solution efficace* ».

Il faut néanmoins reconnaître qu'une récente décision de la Cour européenne des droits de l'homme <sup>(1)</sup> pourrait remettre en cause les décisions de maintien dans la famille adoptive finalement prises par la justice française, et justifier un renforcement du dispositif de prévention.

Dans cette affaire jugée en Allemagne, l'enfant n'était pas né sous le secret, ce qui n'est pas possible dans ce pays, mais avait été remis par sa mère en vue de l'adoption et confié à une famille désireuse de l'adopter. Plusieurs mois après, son père avait établi sa paternité et réclaté l'autorité parentale et un droit de visite. Il avait d'abord obtenu des mesures provisoires aménageant une reprise des relations et une décision lui conférant l'autorité parentale, mais, en appel, il avait été privé de son autorité parentale et de son droit de visite. Le tribunal estimait qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de le séparer de la famille dans laquelle il vivait depuis près de deux ans. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le refus d'accorder au père l'autorité parentale et la suspension du droit de visite constituaient une double violation du droit au respect de la vie privée. Elle a surtout considéré que le simple passage du temps ne pouvait avoir un rôle déterminant dans l'éviction des droits du père.

Comme l'a analysé M. Pierre Murat <sup>(2)</sup>, il apparaît que les décisions des juridictions françaises répondent mal aux exigences de la Cour selon lesquelles « *le respect effectif de la vie familiale exige que les liens futurs entre parents et enfants ne soient pas déterminés par le simple écoulement du temps* ». Il considère qu'une adoption simple, et non plénière, aurait permis de mieux concilier l'intérêt présent de l'enfant, qui était de continuer à bénéficier des soins de sa famille d'accueil, et son intérêt futur de conserver des relations avec son père biologique.

---

(1) Cour européenne des droits de l'homme, 26 février 2004, *Görgülü contre Allemagne*.

(2) Pierre Murat, « Accouchement anonyme : quand les délais conduisent les pères à ne pouvoir exercer leurs droits... », *Droit de la famille – Éditions du Juris-Classeur*, avril 2004, pp. 11-16.

Dans ce contexte, la jurisprudence nationale pourrait être amenée à évoluer et la stabilité des placements pourrait à nouveau se trouver menacée par la réapparition d'un père, surtout s'il a effectué une reconnaissance anténatale. Il pourrait donc être utile que le code civil prévoie que, pour tout enfant né sous le secret, le tuteur diligente toutes les recherches nécessaires afin de s'assurer qu'il n'a pas été l'objet d'une reconnaissance anténatale. Dans le cas où une telle reconnaissance a été effectuée, le père pourrait être retrouvé avant que l'enfant soit placé en vue de l'adoption et faire valoir ses droits, ce qui serait d'autant plus facile qu'il aurait lui-même, en application de l'article 62-1 du code civil, saisi le procureur de la République. Ce dispositif irait dans le sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que les États doivent favoriser la réunion des parents naturels et de leurs enfants.

M. Pierre Verdier est favorable à ce que le père soit recherché, voire à ce que les grands-parents, les oncles et les tantes soient prévenus d'une naissance sous le secret. Il préconise même que la mère soit obligée de nommer le père et que celui-ci soit informé de la naissance par lettre recommandée.

Dans une toute autre logique, Mme Sophie Marinopoulos estime qu'il est crucial de renforcer l'information en direction des pères, mais elle observe que « *le père ne s'autorise pas à devenir père tant que la mère ne l'a pas nommé* ». Mme Chantal Lebatard juge aussi primordial que le père soit informé de l'existence des dispositions de l'article 62-1 du code civil au moment de la reconnaissance anténatale.

Après avoir remarqué la rareté des cas de reconnaissance anténatale paternelle d'un enfant né sous le secret soumis au juge, Mme Françoise Monéger appelle à une amélioration de ces dispositions.

Mme Marie-Christine Le Boursicot considère néanmoins que le dispositif proposé serait trop lourd à mettre en place et que le droit actuel est suffisamment protecteur. Le garde des Sceaux porte la même appréciation ; il a indiqué que les cas, très rares (de l'ordre de deux par an), de reconnaissance anténatale d'enfants nés sous X « *donnent lieu systématiquement à un suivi individualisé par les services de la Chancellerie. Au cours des deux dernières années, les efforts fournis ont permis de localiser l'enfant et d'établir le lien de filiation avec le père* » <sup>(1)</sup>.

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

La Mission considère que cette garantie est suffisante, et qu'il faut éviter de mettre en place un dispositif complexe, qui exigerait l'établissement d'une forme de fichier des reconnaissances paternelles anténatales et qui risquerait de retarder le placement des enfants en vue de l'adoption, alors que ces cas sont très rares.

## **B.– LES ENFANTS NÉS D'UNE PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE AVEC TIERS DONNEUR**

Alors que le nombre d'accouchements anonymes tend à se réduire, le développement de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur crée de nouveaux cas dans lesquels une personne ne connaît pas ses origines biologiques. La question de l'intérêt qu'il y aurait à rendre possible un accès à la connaissance de ces origines est étroitement liée à la conception que chacun peut avoir de l'importance du biologique par rapport au culturel dans la construction d'un individu.

### **1.– Le principe de l'anonymat du don**

Les enfants nés d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur (ou d'un transfert d'embryons) n'ont aucune possibilité d'obtenir des informations sur le donneur de gamètes.

L'article 311-19 du code civil prévoit que, dans le cas d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur, « *aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* ». Cette disposition s'applique aussi bien lorsque seulement l'un des gamètes provient d'un tiers donneur, que lorsque l'enfant est issu d'un don d'embryon.

L'impossibilité d'établir un lien de filiation n'entraîne pas l'impossibilité de connaître l'identité du ou des donneurs. Cette seconde impossibilité résulte du principe général de l'anonymat du don, posé par l'article 16-8 du code civil. Ce principe est repris par le code de la santé publique pour un don de gamète (article L. 1244-7) comme pour un don d'embryon (article L. 2141-5 : « *Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives* »). Même un médecin ne peut avoir accès qu'à des « *informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur* » (article L. 1244-6).

En outre, il semble très fréquent que l'enfant ne soit pas informé des conditions de sa conception : Mme Laure Camborieux <sup>(1)</sup> estime que seuls 10 à 15 % des enfants issus d'une PMA avec tiers donneur les connaissent.

## **2.- Offrir une liberté de choix aux donneurs et aux futurs parents**

La situation d'une personne née grâce à un don de gamètes et celle d'une personne née sous le secret ne sont pas identiques, même si les deux peuvent se heurter au même problème de l'anonymat de leur géniteur.

Une naissance issue d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne correspond généralement pas aux situations de grande souffrance vécues lors d'un accouchement sous X. Elle permet de répondre au désir d'enfant d'un couple stérile, grâce au don, aujourd'hui anonyme, d'une personne extérieure au couple ; ce don est un acte de volonté libre et gratuit ; l'enfant a été désiré par ses parents légaux et porté par la femme qui l'éduque ; il n'a pas subi le traumatisme qu'induit toujours un abandon, même très précoce. Lorsque la personne a été informée des conditions de sa conception, elle ne se pose pas les mêmes questions angoissantes qu'une personne née sous le secret. Cette différence de situation est soulignée par Mme Marie-Christine Le Boursicot : « *S'agissant des enfants nés d'une procréation médicalement assistée, la recherche des origines ne me semble pas être d'ordre affectif : ce n'est pas la recherche d'une histoire, ni des causes de l'abandon, mais bien celle d'antécédents biologiques. Le problème posé n'est donc pas le même et la réponse à y apporter peut être différente* » <sup>(2)</sup>. Mme Chantal Lebatard <sup>(3)</sup> est du même avis. Elle ajoute que peu d'enfants et peu de donneurs demandent à avoir des informations sur l'origine ou le devenir des gamètes. Seules certaines donneuses d'ovocytes interrogent les centres pour savoir si des enfants sont nés grâce à leur don.

Les interrogations d'une personne née d'un don de gamète n'en sont pas pour autant illégitimes et les réponses qui pourraient lui être apportées ne risquent pas de bouleverser la vie de son géniteur comme est susceptible de le faire la réanimation de la douleur d'un accouchement secret. Mme Françoise Monéger <sup>(4)</sup>, qui défend le droit des personnes nées d'une insémination avec

---

(1) Table ronde du 9 novembre 2005 ; sauf mention contraire, les personnes qui se sont exprimées sur l'accès aux origines des enfants issus de PMA avec tiers donneur l'ont fait à l'occasion de cette table ronde.

(2) Table ronde du 16 novembre 2005.

(3) Audition du 13 novembre 2005.

(4) Table ronde du 16 novembre 2005.

donneur à connaître les conditions de leur conception, précise néanmoins que, si la loi reconnaissait ce droit, l’anonymat des personnes qui ont effectué leur don sous le régime actuel devrait être préservé.

Mme Geneviève Delaisi de Parseval a témoigné de la fréquence des consultations de personnes qui souffrent après le recours à une insémination avec tiers donneur, qu’elles soient des parents ou des enfants. Ces derniers voudraient seulement avoir des informations, même non identifiantes, sur leur géniteur : *« Il ne s’agit pas, pour les enfants concernés, de créer des liens personnels avec les donneurs de gamètes, mais de s’inscrire dans une histoire, de savoir d’où ils sont issus, si leur géniteur est blond, s’il jouait du violon, si leur grand-père était menuisier... »*.

Mme Laure Camborieux estime qu’il est extrêmement difficile de cacher aux enfants qu’ils ont été conçus grâce aux gamètes d’un tiers, ne serait-ce que parce qu’ils présentent inévitablement des caractéristiques physiques que nul ne peut expliquer. Mais les parents gardent souvent le secret pour ne pas risquer de perturber un enfant qui se heurterait au vide d’une partie de ses origines : *« De nombreux parents ne souhaitent pas garder le secret sur le mode de conception de leur enfant, mais ils le font parce qu’ils craignent que, faute d’explications sur les motivations du donneur, la révélation des origines soit perturbante. En d’autres termes, c’est parfois l’impossibilité de lever l’anonymat du don qui pousse les parents à maintenir le secret »*. Or, il faut reconnaître que tout ce qui peut favoriser la levée du secret dans des conditions sereines, comme cela se pratique pour les enfants adoptés, est positif. Le pire est en effet que l’enfant découvre la vérité sur sa conception à l’occasion d’une crise familiale ou de la séparation conflictuelle de ses parents.

L’anonymat du don est un principe absolu – donneurs et receveurs restent inconnus les uns des autres – mais le donneur n’est pas véritablement anonyme, puisque le centre qui a recueilli le don connaît son identité. Mme Françoise Dekeuwer-Défossez considère que cette information existant, elle devra devenir un jour accessible aux enfants conçus grâce à un don : *« Pourra-t-on indéfiniment leur dire que le nom de leur père biologique est écrit quelque part mais qu’ils ne le connaîtront jamais ? Je n’en suis pas sûre »*<sup>(1)</sup>.

---

(1) Audition du 5 octobre 2005.

L'opportunité de la levée de l'anonymat ne fait pas pour autant l'unanimité. Par peur des conséquences psychologiques qui pourraient en découler, M. Claude Sureau est réservé aussi bien sur la révélation à l'enfant des conditions de sa conception que sur la levée de l'anonymat du donneur.

Beaucoup considèrent, notamment à la lumière d'expériences étrangères, que la levée de l'anonymat entraînerait une raréfaction des dons, alors que les dons d'ovocytes sont déjà, en France, trop peu nombreux. M. Jacques Combret préconise ainsi la prudence : « *Il ne nous paraît pas utile non plus de modifier la règle relative à l'anonymat des donneurs de gamètes dans le cas de PMA avec tiers donneur. L'expérience suédoise a eu un effet négatif, avec une baisse sensible des dons : on veut bien aider quelqu'un à avoir un enfant, mais sans prendre le risque de créer un lien juridique* »<sup>(1)</sup>.

M. Arnold Munnich partage cette inquiétude et déplore surtout que la revendication de la connaissance du donneur de gamètes traduise une tendance à réduire le sujet à un produit biologique : « *Dans cette recherche de filiation, faire abstraction de tout ce qui fait le sujet – de son environnement et du processus d'adoption qui existe dans toute naissance – pour le réduire à un produit biologique est une manière de céder à cette fascination scientifique. Or le sujet ne se limite pas à quelques molécules d'ADN. Ce serait avoir une bien piètre image de l'être humain. Si la question de la filiation et de la recherche des origines se fait de plus en plus aiguë, c'est parce que tout ce qui composait l'humain en termes de culture, d'éducation et de religion s'est effrité et qu'il ne reste plus qu'une réalité : la réalité biologique. Amender la loi pour ne voir dans le sujet qu'un produit de la fécondation du donneur constituerait une régression. Je souhaite que le législateur ne revienne pas sur les dispositions actuelles, qui donnent toute sa noblesse au don et permettent le plein essor de la parentalité* ». Mme Sophie Marinopoulos souligne de même que « *donner un gamète ne suffit pas à ériger une construction filiative* »<sup>(2)</sup> et que le plus important est que les parents bénéficiaires du don se l'approprient et se comportent comme si le gamète ne leur était pas étranger.

---

(1) Audition du 5 octobre 2005.

(2) Table ronde du 16 novembre 2005.



Il est vrai que mettre trop fortement l'accent sur le biologique risque d'enfermer les personnes dans une sorte de destin virtuel, tout entier lié aux gènes qui les caractérisent. M. Olivier Abel a souligné ce risque : « *Ce qui est grave dans la recherche des origines personnelles, c'est leur " biologisation ", qui n'est qu'un palliatif à l'" affaiblissement de l'identité narrative " souligné par Paul Ricoeur* »<sup>(1)</sup>.

Le garde des Sceaux a fait part des conséquences que l'accès de l'enfant à l'identité du tiers donneur aurait sur le droit de la filiation : « *Vous m'avez également demandé s'il était envisageable d'introduire une forme d'accès aux origines en matière de don de gamètes, en particulier en instaurant un anonymat provisoire ou optionnel. Je suis opposé à l'un et à l'autre. Une telle réforme modifierait radicalement les conditions et la philosophie qui président au don. En premier lieu, la perspective d'une levée de l'anonymat du donneur à la majorité de l'enfant serait propre à inquiéter et donc à décourager nombre de donneurs. Ceux-ci pourraient redouter l'irruption dans leur existence du tiers et de l'étranger absolu qu'est pour eux l'enfant issu du don, voire craindre des conséquences en matière de responsabilité. Surtout, cette faculté offerte à l'enfant à sa majorité ne serait sans doute pas sans incidences psychologiques sur ses relations avec ses parents, et ce, dès avant l'âge de sa majorité. La position de ceux-ci pourrait en être fragilisée. Une telle réforme conduirait donc à mon sens à affaiblir bien inutilement la filiation comportant le recours à un tiers donneur. En inscrivant aux articles 16-8 et 311-19 du code civil le principe de l'anonymat des dons de gamètes, qui constitue une disposition d'ordre public, le législateur a fait un choix de société. Le don de gamètes doit demeurer un dispositif palliatif de l'infertilité. Il ne faut pas y introduire, même partiellement, une logique de filiation ou à tout le moins d'accès aux origines* »<sup>(2)</sup>.

Plusieurs voies sont néanmoins envisageables dans la recherche d'un équilibre entre droit de la personne à connaître ses origines et souci de ne pas raréfier davantage les dons de gamètes.

Plusieurs personnes auditionnées proposent de maintenir l'anonymat au moment du don, mais de donner à l'enfant devenu majeur la possibilité de connaître ses origines. Cela suppose d'instaurer un organisme (le CNAOP ou un organisme comparable) chargé de recueillir l'identité des donneurs et de recevoir les demandes d'accès à cette identité.

---

(1) Audition du 7 décembre 2005.

(2) Audition du 13 décembre 2005.

Malgré les risques d'une raréfaction des dons, la position des avocates entendues par la Mission va plutôt dans ce sens. Elles estiment « *qu'une solution consisterait à mettre en place un système proche de celui de l'accouchement sous X* »<sup>(1)</sup>. Comme en matière d'accouchement sous X, l'accès à l'information n'aurait aucune conséquence juridique, qu'il s'agisse, par exemple, de demandes de pension alimentaire, d'un droit de visite et d'hébergement ou d'une prétention à des droits réservataires sur les successions. Mme Laure Camborieux est favorable à un tel système, déjà en place en Suède, au Canada, en Nouvelle-Zélande et récemment adopté par la Grande-Bretagne.

Une autre solution pourrait consister à instituer, pour l'avenir, un « double guichet », c'est-à-dire deux régimes différents pour le don de gamètes : le premier garantirait l'anonymat, le second ferait du don un acte personnalisé. Les couples receveurs, comme les donneurs, auraient la possibilité de choisir entre ces deux régimes.

Cette solution est soutenue par M. Claude Sureau qui salue la liberté de choix qui serait ainsi laissée aux individus, tout en remarquant que ce système a été abandonné aux Pays-Bas.

La Mission estime que les couples receveurs, comme les donneurs, doivent pouvoir avoir le choix entre un don anonyme et un don personnalisé. Plutôt que d'instituer un dispositif de recherche des origines comparable à celui géré par le CNAOP, elle préfère en appeler à la responsabilité des individus. Elle est donc favorable à la mise en place, au moins à titre expérimental, de deux régimes de don, l'un anonyme, l'autre non anonyme. Les personnes ayant choisi le premier régime continueraient à bénéficier du système actuel ; dans les cas où le donneur et les futurs parents auraient opté pour le second, l'enfant pourrait, à sa majorité, accéder à l'identité de son géniteur.

*Proposition :*

*– créer un « double guichet », c'est-à-dire deux régimes de don pour les gamètes qui constitueront le patrimoine génétique d'un enfant, le premier garantissant l'anonymat du donneur, le second autorisant l'accès à son identité*

---

(1) Table ronde du 16 novembre.

### **TROISIEME SOUS-PARTIE : LES PARENTS FACE A LA RESPONSABILITE DE L'EDUCATION DE L'ENFANT**

Une fois que l'enfant est né ou a été accueilli dans une famille, commence son éducation, qui relève, tout comme son entretien, de ses parents légaux, qu'ils soient ses parents biologiques ou non.

Cette responsabilité est exercée de manière naturelle par les deux parents lorsqu'ils forment un couple et vivent ensemble. S'ils se séparent, elle reste juridiquement partagée dans la plupart des cas, mais les situations réelles sont souvent très différentes : il n'est pas rare que l'un des parents s'éloigne de l'enfant, dont la charge repose uniquement sur l'autre ; il arrive aussi fréquemment que l'un au moins des parents forme un nouveau couple et que le beau-parent prenne une place importante auprès de l'enfant. Enfin, les grands-parents aspirent souvent à jouer un rôle dans l'éducation de leurs petits-enfants.

Face à ces situations, qui se multiplient, le droit doit pouvoir apporter, dans l'intérêt de l'enfant, des solutions pragmatiques adaptées aux difficultés rencontrées, en respectant strictement la filiation des enfants et sans ériger en normes une organisation de vie qui peut évoluer au fil du temps.

#### **I.- L'EXERCICE DE L'AUTORITE PARENTALE APRES LA SEPARATION DES PARENTS**

Les situations dans lesquelles un enfant ne vit pas avec ses deux parents deviennent de plus en plus fréquentes : elles concernent entre 20 % et 25 % des enfants, c'est-à-dire plus de trois millions d'entre eux. Dans la plupart des cas, les parents, mariés ou concubins, ont vécu ensemble et avec leurs enfants pendant un certain temps, avant de divorcer ou de se séparer. Les enfants ont donc le plus souvent deux parents légaux <sup>(1)</sup>, qui partageaient l'exercice de l'autorité parentale lorsqu'ils vivaient ensemble et continuent à le partager après leur séparation.

Rappelons que l'article 18 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant stipule que : « *Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement* ».

---

(1) Seuls environ 5 % des enfants nés hors mariage en 2002 ne seront jamais reconnus par leur père selon une étude de l'Institut national d'études démographiques, ce qui représente un peu plus de 2 % de l'ensemble des enfants nés cette année là.

Pourtant, dans les faits, parmi les enfants de parents séparés qui vivent avec leur mère, soit 85 % de l'ensemble de ces enfants, 42 % voient leur père plus d'une fois par mois, 19 % moins d'une fois par mois et 34 % ne le voient jamais.

C'est pour répondre à cette situation que la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale <sup>(1)</sup> a créé de nouveaux outils visant la mise en œuvre effective de la coparentalité, c'est-à-dire du partage entre les deux parents de l'exercice de leurs droits et devoirs vis-à-vis de leurs enfants, en particulier après leur séparation.

#### A.- LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITE COMMUNE DES PARENTS

Quelle que soit la nature de la filiation, l'article 372 du code civil dispose que « *les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* ». Cette disposition est issue de la loi du 4 mars 2002 ; auparavant, l'exercice en commun par les parents non mariés était subordonné non seulement à l'établissement des deux liens de filiation avant le premier anniversaire de l'enfant, mais aussi à leur vie commune au moment de la seconde reconnaissance. Cette dernière condition a été supprimée.

Il n'existe plus que deux cas dans lesquels, malgré l'existence de deux parents légaux, un seul exerce l'autorité parentale :

– lorsque la filiation a été établie à l'égard d'un parent plus d'un an après la naissance de l'enfant, seul le parent qui l'a reconnu en premier exerce de droit l'autorité parentale : cette situation touche environ 30 000 enfants supplémentaires chaque année ;

– il en est de même lorsque la filiation a été judiciairement déclarée à l'égard du second parent.

Et même dans ces cas, les parents peuvent exercer l'autorité parentale en commun sur déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales.

Le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale continue à s'appliquer lorsque les parents sont séparés, conformément aux dispositions de l'article 373-2 du code civil selon lesquelles « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* ».

---

(1) Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

## **1.- Les droits et devoirs induits par l'exercice en commun de l'autorité parentale**

Lorsque les parents sont séparés, leurs droits et leurs devoirs vis-à-vis des enfants restent les mêmes, mais les circonstances peuvent rendre délicate leur mise en œuvre par le parent qui ne vit plus avec l'enfant. C'est pourquoi la loi du 4 mars 2002 a posé un certain nombre de règles dans ce domaine.

### ***a) Le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses deux parents***

L'article 373-2 du code civil impose aux parents un double devoir : celui de maintenir des relations personnelles avec l'enfant et celui de respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

Ce double devoir suppose que l'enfant et ses parents puissent se rencontrer. Aussi le même article exige que tout changement de résidence d'un parent qui aurait une incidence sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale soit signalé à l'autre parent préalablement et « *en temps utile* », un parent pouvant saisir le juge aux affaires familiales pour qu'il tranche un éventuel désaccord, dans l'intérêt de l'enfant.

Dans le même but, l'article 373-2-6 du code civil charge le juge aux affaires familiales de « *prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents* », mesures parmi lesquelles peut figurer l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie du territoire de l'enfant sans l'autorisation des deux parents.

### ***b) La contribution des deux parents à l'entretien et à l'éducation de l'enfant***

L'article 371-2 du même code prévoit que « *chaque parent contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ». Ce principe général s'applique aussi lorsque les parents sont séparés. Il se traduit dans ce cas par le versement d'une pension alimentaire par l'un des parents à l'autre (article 373-2-2 du code civil). Les modalités de cette pension sont fixées soit par une convention homologuée (*cf. infra*), soit par le juge aux affaires familiales.

La pension alimentaire peut être servie, en tout ou partie, sous forme d'un droit d'usage et d'habitation ou d'une prise en charge directe de frais exposés au profit de l'enfant. Elle peut être remplacée par un abandon de biens en usufruit ou l'affectation de biens productifs de revenus. Si l'enfant est majeur, la contribution peut être versée en tout ou partie entre ses mains (article 373-2-5 du code civil).

## **2.- La persistance de droits et de devoirs pour le parent non gardien en cas d'exercice de l'autorité parentale par l'autre**

Lorsque les parents sont séparés, l'article 373-2-1 du code civil permet au juge, à titre dérogatoire, et « *si l'intérêt de l'enfant le commande* », de confier l'exercice de l'autorité parentale seulement à l'un des deux parents. Mais cette décision ne remet pas en cause les droits et devoirs du parent qui n'a plus l'exercice de l'autorité parentale.

Dans les faits, seules des circonstances exceptionnelles conduisent le juge à écarter l'exercice conjoint de l'autorité parentale. C'est par exemple le cas lorsqu'un père est l'auteur avéré d'agressions sexuelles répétées sur la sœur des enfants sur lesquels il s'agit d'exercer l'autorité parentale <sup>(1)</sup>, ou lorsqu'un père qui n'a pas exercé son droit de visite pendant de nombreux mois enlève brutalement l'enfant à sa mère et fait preuve d'un manque de maturité et de lucidité au point de mettre en doute ses capacités à exercer l'autorité parentale <sup>(2)</sup>.

Même lorsqu'il est privé de l'exercice de l'autorité parentale, le parent conserve un droit de visite et d'hébergement qui ne peut lui être refusé que pour des motifs graves. L'article 371-2 du même code continue à s'appliquer et il conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Pour ce faire, il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier.

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des cas de refus du droit de visite et d'hébergement. Elle a jugé que ne constituaient des motifs graves ni les interventions intempestives d'un père auprès d'enfants en mauvaise santé <sup>(3)</sup>, ni une hostilité de l'enfant, pour lequel il est possible de prévoir un exercice amiable du droit de rencontre <sup>(4)</sup>. En revanche, elle estime que justifie le refus du droit de visite et d'hébergement l'impossibilité pour l'enfant de supporter plus longtemps le comportement fusionnel de sa mère et les propos dévalorisants qu'elle tient contre le père <sup>(5)</sup>. Il en est de même, pour la Cour d'appel de Riom, lorsqu'il y a un danger pour la santé, la sécurité ou la moralité des enfants <sup>(6)</sup>.

---

(1) Cour d'appel d'Amiens, 28 mai 2003.

(2) Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 8 juin 2004.

(3) Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 27 avril 2004.

(4) Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 22 février 2005.

(5) Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 2 mars 2004.

(6) Cour d'appel de Riom, 13 mai 2003.

### 3.– Vers un exercice consensuel de l'autorité parentale

En favorisant un exercice consensuel de l'autorité parentale, le législateur a souhaité éviter que les parents qui se séparent se déchirent à propos de leurs enfants. Sous le contrôle du juge, la conciliation doit permettre de trouver des solutions acceptables par les deux parents et qui respectent l'intérêt de l'enfant.

#### *a) La convention sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale*

L'article 373-2-8 du code civil issu de la loi du 4 mars 2002 charge le juge de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge peut être saisi « *par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non* ». La rédaction antérieure disposait que « *le juge statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale* ». Le rôle du juge devient ainsi subsidiaire : il ne statue qu'en l'absence d'accord des parents.

En effet, l'article 373-2-7 du même code confie au juge le soin d'homologuer, à la demande des parents, la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Cette homologation est de droit sauf si le juge « *constate qu'elle [la convention] ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement* ». Le juge reste donc l'indispensable garant de l'intérêt de l'enfant, mais les parents sont libres de s'organiser comme ils le souhaitent. C'est un progrès important, le droit antérieur prévoyant simplement la possibilité, pour les parents, de « *présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale* ».

Comme dans tous les cas où il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend « *notamment* » en considération les éléments mentionnés à l'article 373-2-11 du même code, à savoir la pratique antérieurement suivie ou les accords conclus auparavant entre les parents, les sentiments de l'enfant, la capacité des parties à respecter les droits de l'autre, les résultats des expertises éventuellement effectuées en tenant compte de l'âge et, le cas échéant, les renseignements recueillis lors de l'enquête sociale.

Deux exemples de refus d'homologation illustrent les cas dans lesquels le juge décide de limiter la liberté contractuelle. Le premier porte sur une convention prévoyant l'exercice de l'autorité parentale par la mère seule sur un adolescent, parce que le père est en désaccord sur la manière dont elle prend les décisions

concernant l'enfant sans l'associer et souhaite la laisser assumer seule les conséquences de ses choix, « *sans aucune considération pour l'intérêt de l'enfant, lequel serait susceptible de ressentir ce renoncement de son père comme une marque de désintérêt* »<sup>(1)</sup>. Le second refus concerne une convention attribuant l'exercice de l'autorité parentale au père d'une fillette de deux ans, au motif que sa mère a quitté le domicile commun sans préavis et n'a ensuite pas revendiqué la garde de l'enfant avec ardeur, ce que le juge n'a pas jugé suffisant pour justifier de « *priver un enfant de l'autorité conjointe et attentive de son père et de sa mère* »<sup>(2)</sup>.

Les dispositions de la convention homologuée ou les décisions du juge relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des parents, de l'un d'eux ou du ministère public (article 373-2-13 du code civil) : les modalités d'exercice de l'autorité parentale pourront ainsi être facilement adaptées à l'évolution de la situation de l'enfant ou de ses parents.

#### ***b) La résidence alternée***

Parmi les modalités d'exercice de l'autorité parentale figure la fixation de la résidence de l'enfant. En application de l'article 373-2-9 du code civil, tel que rédigé par la loi du 4 mars 2002, elle peut être fixée « *en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* ». Cet ordre de présentation n'induit pas véritablement un ordre de préférence entre ces deux solutions : elles sont également possibles. Mais cette double possibilité, utilisée auparavant sans base légale, figure désormais dans la loi.

La résidence alternée représente un moyen concret de restaurer les fonctions parentales afin de lutter contre la démission de certains parents et de consacrer réellement la parité de l'homme et de la femme dans l'exercice de l'autorité parentale, alors que, auparavant, la résidence de l'enfant était fixée chez la mère dans plus de 85 % des cas. Même lorsque les deux parents demandaient chacun la résidence de l'enfant, le père ne l'obtenait que dans 25 % des cas.

Au moment de la discussion du projet de loi, le débat portait sur le point de savoir si la résidence alternée pouvait être ordonnée par le juge lorsque les parents n'étaient pas d'accord. Ce désaccord rend le partage de la résidence de l'enfant plus difficile dans la pratique, mais exiger un accord des parents

---

(1) Cour d'appel de Paris, 10 novembre 2004.

(2) Cour d'appel de Metz, 11 janvier 2005.



reviendrait à donner un droit de veto à l'un d'eux. Or, il est à craindre que la mère, qui a beaucoup de chance d'obtenir la garde de l'enfant si celle-ci n'est pas partagée, utilise ce droit de veto contre le père, même si le partage est matériellement possible.

C'est pourquoi il a été accordé au juge la possibilité d'ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée, lorsque l'un des parents le demande ou en cas de désaccord entre eux. Le juge peut ainsi imposer une période d'essai, au terme de laquelle il « *statue définitivement sur la résidence de l'enfant* » – le terme « définitivement » étant impropre, puisque toute décision peut toujours être modifiée.

Même en cas d'accord des parents, le juge n'est jamais obligé d'accepter la garde alternée. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, les juges ont prononcé un certain nombre de refus de cette solution, par exemple parce que l'alternance devait s'appliquer par année entière, au motif que le dialogue était inexistant entre père et mère, ou encore lorsque l'un des parents avait des méthodes éducatives beaucoup plus rigides que l'autre.

Une cour d'appel <sup>(1)</sup> a tenté de récapituler les éléments que le juge peut prendre en considération pour évaluer la pertinence du choix de la résidence alternée :

– cette solution doit être bénéfique pour la santé, notamment psychologique, la sécurité, la moralité, l'éducation et le développement de l'enfant ; elle ne doit pas constituer une mesure d'égalité arithmétique entre parents séparés ni même un « changement pour le changement » ;

– l'enfant n'est pas hostile à la résidence partagée ;

– les méthodes éducatives des deux parents sont comparables, de même que leur niveau de vie, de sorte que l'enfant ne souffre de différences par trop évidentes ;

– sur le plan matériel, l'alternance ne doit pas poser de difficultés concrètes disproportionnées par rapport aux avantages recherchés.

---

(1) Cour d'appel de Riom, 15 avril 2003.

***c) Le recours à la médiation familiale***

Les nouvelles dispositions ayant pour objectif un exercice plus consensuel de l'autorité parentale, le juge doit favoriser l'accord entre les parents. L'article 373-2-10 du code civil le charge, en cas de désaccord entre les parents, de s'efforcer de concilier les parties. Afin de favoriser la recherche d'une solution acceptable pour les deux parents, il peut leur proposer une mesure de médiation et, s'ils sont d'accord, désigner un médiateur familial.

En cas de refus des parents, le juge ne peut pas leur imposer une mesure de médiation, mais il a la possibilité de « *leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure* ». Il s'agit donc d'expliquer aux parents en quoi consiste une médiation, afin de les inciter à accepter de suivre une telle procédure.

La médiation est assurée par des associations, au nombre de 196 en 2003. Certaines s'occupent exclusivement de médiation familiale (15 %), d'autres gèrent aussi des lieux de rencontre pour l'exercice du droit de visite (près de 19 %). Plus de 50 % d'entre elles ont des activités qui dépassent les seules questions familiales.

Toujours en 2003, environ 8 000 mesures liées à la médiation familiale ont été exécutées, parmi lesquelles 940 injonctions d'entretien avec un médiateur. Sur les 7 060 mesures de médiation familiale proprement dites, 83,5 % se font dans un cadre conventionnel, c'est-à-dire sans intervention du juge.

Si l'on rapporte les mesures judiciaires de médiation familiale aux 259 000 affaires familiales impliquant des enfants mineurs, on constate que les juges aux affaires familiales ne recourent à la médiation familiale que dans 0,7 % des procédures en 2003, contre 0,5 % en 2002.

#### **4.– La fixation et l'exécution des pensions alimentaires**

La pension alimentaire est fixée soit par les parents eux-mêmes, dans le cadre d'une convention qu'ils peuvent faire homologuer par le juge, soit par le juge aux affaires familiales, à la demande de l'un des parents ou du ministère public. Le juge estime alors lui-même les besoins de l'enfant et le niveau de la contribution de chaque parent à ces besoins, en tenant compte de ses ressources. Le montant de la pension est presque toujours indexé et il peut être modifié à tout moment selon les besoins de l'enfant (en fonction de son âge, de sa santé, de ses études...) et des fluctuations des ressources des père et mère.

Lorsque la pension a été fixée par une décision de justice (y compris par homologation d'une convention), qui constitue un titre exécutoire, plusieurs procédures permettent d'obtenir son versement :

– les procédures de droit commun (saisie attribution ou saisie des rémunérations), qui exigent le concours d'un huissier de justice, sont relativement inefficaces ;

– le paiement direct, lorsque le débiteur est obligé par acte d'huissier à régler les termes échus, depuis six mois au maximum, ou à venir ;

– le recouvrement public, qui intervient quand les voies du droit commun précitées ont échoué, et permet au procureur de la République d'exiger du débiteur qu'il s'acquitte de la pension auprès du Trésor public, lequel peut recourir aux procédures applicables en matière de recouvrement des contributions directes.

Depuis la loi du 22 décembre 1984 <sup>(1)</sup>, le recouvrement peut être mis à la charge de la caisse d'allocations familiales, qui est alors subrogée dans les droits du créancier, dans les cas où ce dernier a des enfants à charge et vit seul, c'est-à-dire n'est ni marié, ni pacsé, ni en concubinage. Le créancier se voit attribuer, à titre d'avance, une allocation de soutien familial <sup>(2)</sup> ou une allocation différentielle, selon que la pension n'a pas été versée du tout ou ne l'a été que partiellement.

---

(1) Loi n° 84-1171 du 22 décembre 1984 relative à l'intervention des organismes débiteurs des prestations familiales pour le recouvrement des créances alimentaires impayées.

(2) Au 1<sup>er</sup> janvier 2005, cette allocation était de 80,91 euros par mois et par enfant.

Il existe enfin des sanctions pénales contre le non-respect de l'obligation alimentaire. En application de l'article 227-3 du code pénal, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende pour « abandon de famille » celui qui s'est soustrait pendant deux mois au versement d'une pension alimentaire prévue par une décision de justice ou une convention homologuée par le juge. La présomption de mauvaise foi n'est plus exigée, mais la mauvaise foi est exclue par la jurisprudence lorsque le débiteur est dans l'impossibilité absolue de payer. L'article 227-4 punit de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait, pour le débiteur d'une pension alimentaire, de ne pas notifier son changement de domicile au créancier dans un délai d'un mois à compter de ce changement. Des peines complémentaires peuvent être encourues, comme l'interdiction des droits civils et civiques ou l'interdiction de quitter le territoire.

## **B.- FAVORISER L'EXERCICE DE LA COPARENTALITE PAR LE PERE ET LA MERE**

La loi du 4 mars 2002 a mis en place les fondements juridiques d'une véritable coparentalité. Mais cet objectif se heurte à des difficultés de mise en œuvre qui apparaissent très clairement près de quatre ans après son entrée en vigueur. Certaines améliorations sont donc attendues, pour que l'esprit de la loi soit effectivement appliqué.

### **1.- Améliorer la mise en œuvre de la résidence alternée**

Si la résidence alternée n'a pas été créée par la loi du 4 mars 2002, son inscription dans le code civil a traduit la volonté du législateur de voir se développer cette solution. Afin de pouvoir en dresser un premier bilan, le ministère de la justice a fait réaliser une enquête sur un échantillon de décisions portant sur la résidence d'un mineur prononcées par les juges aux affaires familiales du 13 au 24 octobre 2003. Sur les 7 716 décisions de l'échantillon, 680, soit 8,8 %, se prononçaient pour une résidence en alternance, qu'elle ait été prévue dans une convention homologuée ou prononcée par le juge. Dans 95 %, ce choix a été fait à la demande des deux parents, dans le cadre d'une séparation pacifiée.

Les enfants concernés ont en moyenne sept ans ; un sur deux a moins de 5 ans et demi et trois sur quatre ont moins de dix ans. Ces enfants sont donc jeunes. Dans près de 80 % des cas, le partage se traduit par une alternance selon un rythme hebdomadaire (une semaine sur deux chez chacun des parents). Les parents ont des revenus élevés : seuls 13 % d'entre eux ont recours à l'aide juridictionnelle, contre 30 % dans les autres procédures, et le salaire moyen des pères est de 20 % supérieur au salaire moyen masculin. Le plus souvent, le partage de la résidence se

traduit par le partage des frais d'entretien des enfants, si bien qu'une pension, souvent faible, n'est versée que dans 30 % des cas, pour compenser les différences de niveau de vie entre les parents.

Les personnes entendues par la Mission ont des expériences qui corroborent les résultats de cette enquête. M. Hugues Fulchiron a expliqué que « à l'évidence, l'alternance ou le partage de l'hébergement ne sont pas devenus le modèle dominant » et que « les magistrats semblent user de la résidence alternée avec une extrême prudence »<sup>(1)</sup>. Mme Brigitte Azogui-Chokron a remarqué que, si ce mode d'organisation semblait avoir la faveur du législateur, sa pratique restait marginale. Elle note néanmoins qu'il est très difficile d'évaluer le nombre de situations de résidence alternée dans les familles où les parents ne sont pas mariés, puisque le juge n'en est pas systématiquement saisi.

**a) Faut-il interdire la résidence alternée pour les tout petits enfants ?**

L'entrée de la résidence alternée dans le code civil répondait au souci de donner un cadre légal à une pratique qui s'exerçait déjà lorsque les parents étaient d'accord, en dehors des circuits judiciaires. Elle était aussi le résultat de travaux en psychologie et en psychiatrie qui montraient, expériences cliniques à l'appui, qu'elle favorise l'équilibre psychologique de l'enfant, et que les jeunes enfants, assurés de la présence continue de leur père, bénéficient d'un meilleur développement.

Cette défense de la garde alternée ne fait pourtant pas l'unanimité, en particulier lorsqu'elle concerne des bébés ou des enfants encore très jeunes.

• **Des spécialistes partagés sur les conséquences de la résidence alternée**

M. Maurice Berger<sup>(2)</sup> critique très vivement la mise en œuvre de la garde alternée pour les enfants petits, c'est-à-dire de moins de six ans. Il souligne que « l'enfant petit n'a pas le même sens du temps qu'un adulte, et que lorsqu'il se trouve dans une situation où il se sent mal, il ne peut pas penser que cela va prendre fin à tel moment ». De ce fait, lorsqu'un « petit enfant est soumis à une séparation d'avec sa mère, trop longue par rapport à ce qu'il peut supporter, c'est-à-dire par rapport au temps pendant lequel il peut garder en mémoire l'image sécurisante de sa mère », il présente souvent des troubles. Chaque enfant réagit

---

(1) Table ronde du 23 novembre 2005 ; sauf mention contraire, les personnes qui se sont exprimées sur l'exercice de l'autorité parentale dans les familles désunies l'ont fait à l'occasion de cette table ronde.

(2) Maurice Berger, « La résidence alternée : une loi pour l'adulte ? », *Gazette du Palais*, 10-12 juillet 2005, pp. 14-19.

différemment à ce type de séparation, mais lorsqu'il y a des troubles, ils peuvent s'installer durablement jusqu'à l'adolescence et se retrouver sous une autre forme à l'âge adulte.

L'enfant noue avec sa mère sa première relation d'attachement, celle qui porte sur la constitution du sentiment de sécurité. Aussi « *si la résidence alternée est mise en place trop précocement, cette base de sécurité est inaccessible à l'enfant pendant une longue période* ». M. Maurice Berger estime que la conflictualité qui règne souvent entre les parents au moment de la séparation constitue un facteur aggravant : lorsque l'enfant est chez son père, celui-ci n'évoque pas l'image de sa mère et ne lui permet pas toujours d'entrer en contact téléphonique avec elle. « *Ainsi l'enfant perd un parent quand il va chez l'autre* », conclut-il. Plutôt qu'une garde alternée mise en œuvre trop tôt, il propose que l'enfant résidant chez sa mère ait des contacts réguliers avec son père, mais selon un rythme et des modalités évoluant avec son âge : par exemple, l'enfant ne passerait pas une nuit chez son père avant d'avoir un an ; et jusqu'à trois ans, la nuit passée chez son père ne le tiendrait pas éloigné de sa mère pendant plus d'une journée et demie.

M. Aldo Naouri a fait part à la Mission de son approbation de principe de la garde alternée, mais de son opposition à son application aux enfants petits, qualificatif qu'il applique aux enfants n'ayant pas encore leurs repères spatio-temporels. De son point de vue, la garde alternée « *est une excellente mesure, à ceci près qu'elle est allée jusqu'à produire des décisions ineptes, notamment pour des enfants de deux mois. Il y a un âge, en effet, où l'enfant tire beaucoup plus de bénéfice de la fréquentation de sa mère. Il faut attendre que se mettent en place ses repères temporels et spatiaux* »<sup>(1)</sup>. Il estime que certains enfants ont acquis ces repères dès l'âge de deux ans et demi, quand d'autres ne les possèdent pas encore à quatre ans ; c'est donc moins une question d'âge qu'une question de maturité de l'enfant. À l'argument selon lequel un enfant qui ne verrait plus son père pendant ses deux ou trois premières années ne retisserait plus jamais les liens avec lui, M. Aldo Naouri répond que « *cette objection n'a aucun sens, car ce lien, qu'il y ait ou non présence du père, met un temps fou à s'établir. Le père est très longtemps perçu comme un substitut de la mère, au même titre que la nounou ou que les dames de la crèche. Ce discours est très mal reçu par les associations de pères, mais c'est comme ça. Après, le temps se rattrape très vite* ».

---

(1) Table ronde du 13 avril 2005.

Mme Hana Rottman insiste aussi sur l'importance de la construction du lien entre l'enfant et son objet principal d'attachement, généralement sa mère, pendant au moins ses trois premières années, mais elle estime que la relation entre l'enfant et son père, qui est « *plutôt une relation motrice de stimulation, d'encouragement à l'exploration, (...) se développe très tôt et prend de plus en plus de place au fur et à mesure que les capacités motrices et représentatives de l'enfant se développent* ». C'est pourquoi « *l'alternance des séjours de l'enfant chez l'un et l'autre parent semble une organisation de vie incontournable pour que l'enfant et chacun de ses parents puissent, au fil du temps, se connaître au quotidien, dans une relation de proximité et d'intimité qui maintienne la force du lien. Reste à déterminer fréquence, rythme et durée de cette alternance* ». Et sur ce point, après avoir cité des situations absurdes de garde alternée entre des parents absolument incapables de communiquer entre eux et refusant même de se voir, elle rejoint l'analyse de M. Maurice Berger : le choix du rythme de l'alternance doit dépendre de l'âge de l'enfant. Pour se défendre, celui-ci développe une attitude de clivage, qui se traduit par un comportement très différent selon qu'il est chez son père ou chez sa mère, et une hypermaturité qui cache un défaut de construction affective.

Sans nier que la résidence alternée s'accompagne parfois de troubles, M. Gérard Poussin <sup>(1)</sup> considère que, dans ces cas, elle ne fait qu'exacerber d'autres pathologies. Les neuf dixièmes des études parues sur le sujet démentent que l'hébergement alterné est producteur de pathologies et montrent au contraire ses aspects positifs. Ainsi, une étude « *a montré que les enfants en résidence alternée étaient les seuls qui ne développaient pas de relation d'emprise à la mère alors que celle-ci apparaît dans 80 % des cas dans le groupe en résidence principale maternelle sans recomposition familiale* ». Surtout, il ne faut pas sous-estimer « *ces cas particulièrement douloureux où l'enfant pour échapper à la douleur du conflit de loyauté décide de rejeter totalement l'un de ses parents* ». Or, « *ils ne sont possibles que parce qu'un parent possédant l'hébergement principal fait entrer l'enfant dans un système de pensée qui inclut le rejet de l'autre lignée comme seule solution acceptable. Et cela se produit très tôt. C'est une autre raison de penser que la possibilité donnée aux juges aux affaires familiales d'ordonner une résidence alternée, ne serait-ce que pour un temps, doit être préservée* ». Mais, comme ses collègues, il insiste sur la brièveté du rythme de l'alternance pour les enfants de moins de trois ans et sur le fait que le changement de résidence doit se faire dans la sérénité. Il remarque aussi qu'il ne faut pas imposer la résidence alternée à un enfant qui n'en veut pas et le dit de façon claire et argumentée.

---

(1) Cf., en annexe aux auditions de la Mission, la contribution écrite transmise par M. Gérard Poussin.

- ***Pour un meilleur encadrement plutôt qu'une interdiction***

Il apparaît finalement que c'est moins le principe de la résidence alternée que les conditions de sa mise en œuvre qui sont mis en cause. L'interdire pour certains enfants ne semble pas la solution la mieux adaptée.

M. Gérard Neyrand <sup>(1)</sup> reconnaît que la question de l'âge de l'enfant est très délicate, mais il s'oppose au « *schéma traditionnel d'Aldo Naouri* » : « *Il y a, depuis les années 70, des pratiques familiales très diverses dont on n'a pas observé qu'elles créent chez les enfants de troubles psychiques particuliers, ou en tout cas supérieurs à ceux d'enfants élevés dans des conditions plus "classiques". Instaurer un âge minimum serait illogique, tant les situations sont diverses* ». Ainsi « *il arrive par exemple que ce soit le père qui s'occupe de l'enfant parce qu'il est au chômage et que la mère travaille, et que l'attachement de l'enfant au père soit donc très précoce. Interdire la résidence alternée serait dangereux dans un tel cas, et [il] comprend la mobilisation des associations de pères* ».

Pragmatiques, les avocates entendues par la Mission <sup>(2)</sup> suggèrent que la loi attire l'attention des juges sur les risques de la résidence alternée sur les enfants petits : « *Beaucoup de résidences alternées à l'essai chez des enfants tout petits ont produit des catastrophes et aujourd'hui les magistrats, alertés par les pédopsychiatres, reviennent un peu en arrière. Plusieurs membres de notre groupe de travail préconisent de compléter l'article 373-2-11 du code civil afin que le magistrat prenne en considération l'âge de l'enfant lorsque celui-ci a moins de trois ans, ce qui correspond à l'âge de la scolarisation, l'âge de l'autonomie. Certains d'entre nous allaient jusqu'à souhaiter l'interdiction de la résidence alternée en dessous de cet âge, mais nous sommes convenus que ce serait peut-être excessif. L'idée est d'attirer l'attention du juge sur l'impossibilité de statuer sur un mineur de trois ans de la même manière que sur un enfant un peu plus grand* ». Mais cette observation concerne essentiellement les cas dans lesquels le juge ordonne une résidence alternée « à l'essai ». En effet, les avocates considèrent que, lorsque les parents se mettent d'accord sur une telle solution, il convient de leur permettre de la mettre en œuvre car « *pour l'enfant, le plus important est que ses parents soient en accord sur le mode d'organisation de leur vie* » et « *même si le projet d'organisation des parents ne nous satisfait pas, ils parviendront toujours mieux à l'appliquer s'ils l'ont choisi eux-mêmes que si on leur en impose un autre* ».

---

(1) Table ronde du 13 avril 2005.

(2) Audition du 5 octobre 2005.



Lié à la souffrance qu'éprouve l'enfant face au conflit de ses parents et au soulagement qu'il ressent lorsque ceux-ci s'accordent sur son mode de garde, ce dernier argument est valable, mais, comme certains exemples cités par Mme Hana Rottman l'ont montré, l'intérêt de l'enfant ne correspond pas nécessairement à celui des parents, et la vigilance du juge est nécessaire pour éviter les solutions les plus aberrantes. M. Hugues Fulchiron estime qu'il faut le laisser apprécier chaque situation, et ne pas fixer dans la loi un âge minimal : « *Il [lui] semble préférable de laisser le juge faire usage de son pouvoir d'appréciation souverain, dont il use d'ailleurs de manière modérée. En particulier, l'interdiction de principe de l'alternance pour les enfants en bas âge présenterait deux inconvénients. Le premier serait d'introduire une grande rigidité alors que l'intérêt de l'enfant s'apprécie au cas par cas. Et si l'on pose une interdiction de principe, quel seuil fixer ? On s'engagerait dans des débats d'une grande complexité. Par ailleurs, une telle interdiction remettrait en cause le principe essentiel de la coparentalité, et augmenterait l'instabilité législative en donnant l'impression que le législateur intervient au coup par coup, au gré des opinions changeantes des spécialistes de l'enfance. Mieux vaudrait éviter tout dogmatisme et laisser les magistrats procéder avec tact et mesure* ».

Laisser au juge, après avoir, si nécessaire, pris l'avis de psychologues, le soin d'estimer, au cas par cas, si la résidence alternée est dans l'intérêt de l'enfant semble donc, pour la Mission, la meilleure solution. Cet avis est d'ailleurs partagé par le garde des Sceaux et par le ministre chargé de la famille<sup>(1)</sup>. Comme dans toutes les décisions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend en considération une série d'éléments, dont une liste non exhaustive figure à l'article 373-2-11 du code civil, parmi lesquels « *le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant* » ; son attention est donc d'ores et déjà attirée sur la nécessité de tenir compte de l'âge de l'enfant, pour fixer ou homologuer une garde alternée, comme pour en déterminer le rythme. La Mission estime qu'il doit être particulièrement attentif à cette question, surtout en cas de désaccord des parents. Un guide des bonnes pratiques en matière de garde alternée pourrait de manière utile être édité, sous le contrôle d'experts, par le ministère de la justice pour aider les parents et les juges aux affaires familiales dans l'établissement des modes de garde partagée.

---

(1) Auditions, respectivement, du 13 et du 14 décembre 2005.

Le juge doit, comme pour les autres décisions le concernant, entendre tout enfant ayant atteint l'âge de discernement qui en ferait la demande. Mais la Mission souhaite aller plus loin en donnant à l'enfant le droit de saisir directement le juge pour lui demander de modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale et donc, éventuellement, les conditions de sa résidence, alors que cette possibilité est aujourd'hui réservée à ses parents et au ministère public, qui peut être saisi par un tiers (articles 372-2-8 et 372-2-13 du code civil). En effet, les petits enfants ne sont pas les seuls à être susceptibles de pâtir de l'organisation de leur garde. Les plus grands doivent aussi avoir un recours, si leurs parents ne sont pas attentifs à leur souffrance. Il est déjà possible à un mineur de saisir le juge des enfants dans le cadre de l'assistance éducative (article 375 du code civil), notamment si les conditions de son éducation sont gravement compromises. La Mission estime pertinent de permettre aussi au mineur, dès lors qu'il a l'âge de discernement, de saisir le juge aux affaires familiales pour qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

*Propositions :*

- faire éditer par le ministère de la justice un guide des bonnes pratiques de la résidence alternée*
- permettre à l'enfant ayant atteint l'âge de discernement de demander au juge de modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale*

***b) Organiser le partage des prestations familiales***

Si seuls les parents relativement aisés choisissent la résidence alternée, c'est qu'elle induit un certain nombre de contraintes matérielles et de surcoûts. Chacun doit par exemple disposer d'une chambre pour accueillir l'enfant. Des progrès ont déjà été réalisés dans ce domaine depuis le vote de la loi du 4 mars 2002. La mise en œuvre de la résidence alternée a été rendue plus facile par la possibilité, offerte aux parents depuis 2003, de partager le quotient familial, puis par l'inscription de l'enfant sur la carte Vitale des deux parents. Il semble d'ailleurs que l'existence de ce dispositif soit relativement mal connue des juges : selon le ministère des finances, le partage du quotient familial, qui donne lieu à une déclaration fiscale particulière, a concerné 63 500 enfants en 2003 et 105 000 en 2004, mais, en 2003, seules 15 % des décisions judiciaires concernant des résidences alternées prévoyaient un tel partage.

En revanche, les allocations et autres prestations familiales ne peuvent encore être versées qu'à un seul parent, et l'attention de la Mission a été attirée sur les lacunes du droit des prestations familiales qui n'a pas été adapté pour tenir compte de la résidence alternée comme modalité de garde des enfants.

Mme Isabelle Juès a précisé que « *le développement de la résidence alternée n'est pas tant freiné par la question du partage des allocations familiales que par l'inégalité d'accès aux allocations logement et aux bons-vacances, qui influe sur l'aménagement de l'alternance pour l'enfant* ». Le problème du logement, également évoqué par Mme Chantal Lebatard, est particulièrement aigu car il empêche parfois l'exercice du droit d'hébergement, « *faute de place pour (...) loger décemment* » les enfants. M. Alain Cazenave estime pour sa part que « *le partage des prestations familiales est à la fois un vrai et un faux problème* » dans la mesure où il suffirait d'en tenir compte dans le calcul de la pension alimentaire pour neutraliser le fait qu'elles soient versées à un seul parent. Mais cette solution, difficile à appliquer dans la mesure où le montant des pensions alimentaires ne peut être modifié à chaque évolution des prestations sociales, peut difficilement englober les prestations sociales en nature.

S'il est incontestable que le droit actuel des prestations familiales n'est pas adapté à la résidence alternée, le principe du partage des prestations familiales entre les deux parents soulève de multiples difficultés.

- ***Les lacunes du code de la sécurité sociale***

L'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale prévoit que les prestations familiales sont dues à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant (les mêmes dispositions se retrouvent au premier alinéa de l'article L. 521-2 du même code en ce qui concerne les allocations familiales).

L'article R. 513-1 du même code précise que :

- la personne physique à qui est attribué le droit aux prestations familiales a la qualité d'allocataire et que cette qualité n'est reconnue qu'à une seule personne au titre d'un même enfant ;

- lorsque les deux membres du couple assument à leur foyer la charge de l'enfant, l'allocataire est celui d'entre eux qu'ils désignent d'un commun accord. L'un des membres du couple allocataire peut demander à ce que son conjoint soit attributaire des prestations ;

- en cas de divorce, de séparation de droit ou de fait des époux ou de cessation de la vie commune des concubins, et si l'un et l'autre ont la charge effective et permanente de l'enfant, l'allocataire est celui des membres du couple au foyer duquel vit l'enfant.

Ces dispositions sont inadaptées quand un enfant habite alternativement chez ses deux parents. Aucun texte réglementaire ne précise aujourd'hui les modalités d'attribution des prestations familiales en cas de résidence alternée.

Ce vide juridique peut conduire à des situations particulièrement inéquitables. Ainsi, un père en instance de divorce a accepté que la mère de ses enfants soit désignée comme allocataire des prestations familiales afin qu'elle puisse recevoir des allocations familiales et une allocation logement. Il s'est vu ultérieurement refuser le bénéfice de l'aide prévue pour le recours à une assistante maternelle à laquelle il aurait théoriquement eu droit en raison de son activité professionnelle alors même que son ex-épouse, n'ayant pas d'activité professionnelle, ne remplit pas les conditions pour bénéficier de cette prestation.

Devant ce vide juridique, la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) a tenté de trouver des solutions pratiques pour permettre à chaque parent qui assume la charge d'enfants, dans le cadre d'une résidence alternée, de bénéficier des prestations auxquelles il est en droit de prétendre.

Suite à une circulaire interne de la CNAF du 28 avril 2004, les caisses d'allocations familiales (CAF) procèdent différemment selon que les parents sont d'accord ou non.

*– En cas d'accord entre les anciens conjoints ou concubins*

Le versement des prestations s'opère au profit du membre du couple alors désigné, qui, le cas échéant, peut être différent de celui désigné dans le jugement ou choisi en matière fiscale. Le parent allocataire peut verser une quote-part à l'autre parent, mais il n'y est nullement contraint.

*– En cas de désaccord entre les anciens conjoints ou concubins*

Lorsque le juge a désigné le bénéficiaire des prestations familiales, le litige doit être tranché en s'appuyant sur les termes du jugement. Les prestations sont versées à la personne désignée. Cette désignation peut figurer soit dans les motifs du jugement, soit dans le dispositif qui constitue la décision proprement dite.

La CNAF souhaite que la désignation du bénéficiaire figure dans les motifs du jugement reflétant l'accord des parties telle qu'elle résulte des discussions à l'audience. Une telle mention n'est pas alors une décision judiciaire, mais entérine le choix des parents au moment de l'audience et constitue une référence officielle permettant d'asseoir la décision et d'éviter d'élever le litige.

Lorsque la mention figure dans le dispositif, bien que le juge aux affaires familiales ne soit pas compétent en matière de prestations familiales et que ce type de décision ne soit pas opposable aux CAF au motif qu'elles ne sont pas parties à l'affaire, le jugement constitue une référence opposable aux parents. Les CAF peuvent donc demander la production du jugement et considérer que la décision peut être valablement opposée aux parents.

En revanche, lorsqu'il n'existe pas de décision judiciaire ou qu'aucun bénéficiaire des prestations n'est désigné dans le jugement, les prestations familiales doivent continuer à être versées au parent qui les percevait avant le différend. La contestation d'un parent n'est pas un motif suffisant justifiant la suspension ou la non-ouverture de droit au profit de l'autre. Les prestations doivent normalement être versées au demandeur tant que le litige n'est pas tranché. La CNAF conseille de recourir à la médiation familiale pour éviter une action contentieuse. À défaut, la Commission de recours amiable (CRA) doit être saisie. Dans sa circulaire précitée, la CNAF reconnaît que, les CAF n'ayant aucune légitimité à désigner l'allocataire faute de règles ou de critères indiscutables, seule une solution contentieuse est possible en l'état actuel de la réglementation.

- ***Les difficultés soulevées par un partage des prestations familiales entre les deux parents***

Les solutions empiriques proposées par la CNAF ne sont pas réellement adaptées aux spécificités de la garde alternée.

Il conviendrait de revoir la notion de « *charge effective et permanente* » qui détermine, selon l'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale, l'attribution des prestations familiales. Si la charge des enfants est sans conteste effective pour les deux parents en cas de garde alternée, elle ne peut être considérée comme permanente dans la mesure où la charge est assumée alternativement par chacun des deux parents.

Il faudrait donc modifier l'article R. 513-1 du code précité qui définit la notion de parent allocataire des prestations familiales et qui fixe déjà les modalités d'attribution des prestations en cas de divorce ou de séparation des parents. Un alinéa spécifique pourrait être consacré à la garde alternée en précisant que, à défaut d'accord entre les parents ou de décision de justice ayant statué sur le bénéficiaire des prestations familiales, chacun des parents aurait la qualité d'allocataire.

Cette solution d'apparence simple pose de réelles difficultés techniques d'application. En effet, les prestations familiales dont la liste est fixée à l'article L. 511-1 du code de la sécurité sociale <sup>(1)</sup> comprennent des prestations de natures très différentes, certaines étant soumises à conditions de ressources et d'autres variant selon le nombre d'enfants considérés comme étant à la charge de l'intéressé.

On ne peut pas appliquer le principe simple de partage entre les deux parents du montant des prestations familiales, comme on peut le faire en matière fiscale, sauf à opérer une discrimination positive en faveur des parents séparés ayant opté pour la garde alternée. Ainsi, si l'on considère que la garde alternée de deux enfants constitue une charge équivalente à la garde non partagée d'un seul enfant, le versement de la moitié du montant global dû à la famille à chacun des parents séparés ayant choisi la garde alternée est inéquitable pour les familles constituées de deux parents vivant ensemble.

L'exemple des allocations familiales illustre ce phénomène :

– une famille de deux enfants ouvre droit à un montant mensuel de prestation de 115 euros. Un partage de cette allocation conduirait à verser la moitié de cette somme, soit environ 57 euros, à chacun des parents séparés, alors qu'une famille ayant un enfant à charge ne bénéficie d'aucune aide ;

– la situation est aggravée si la famille est nombreuse, du fait de la progressivité des allocations familiales en fonction du rang de l'enfant : si les parents ont eu quatre enfants, chaque parent séparé aurait droit à des allocations familiales d'environ 205 euros, alors qu'une famille de deux enfants perçoit seulement 115 euros. Le déséquilibre s'accroît si l'âge des enfants ouvre droit à des majorations d'allocations familiales, puisque l'aîné des familles de deux enfants est exclu de leur bénéfice ;

– un partage impliquerait un surcoût important, s'agissant des prestations soumises à une condition de ressources. En matière de complément familial et de prestation d'accueil du jeune enfant (PAJE), la prise en compte des ressources de chaque parent de façon séparée ferait entrer dans le champ un certain nombre de familles actuellement exclues. Mais c'est au niveau des aides personnelles au

---

(1) Article L. 511-1 du code de la sécurité sociale : « Les prestations familiales comprennent : 1° la prestation d'accueil du jeune enfant ; 2° les allocations familiales ; 3° le complément familial ; 4° l'allocation de logement ; 5° l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé ; 6° l'allocation de soutien familial ; 7° l'allocation de rentrée scolaire ; 8° l'allocation de parent isolé ; 9° l'allocation de présence parentale. ».

logement que l'impact serait le plus marqué, surtout si la réforme consiste à calculer le droit de chaque parent en prenant pour base le montant de ses ressources propres et le nombre total d'enfants (y compris ceux issus d'une autre union).

En outre, le partage des prestations pose des problèmes techniques importants, tenant à l'appréciation des conditions de ressources. Un couple ayant trois enfants à charge n'a pas droit au complément familial si le revenu global du ménage est supérieur au plafond. Si, après séparation, le revenu de l'un des conjoints est supérieur au plafond et le revenu de l'autre est inférieur, il est peu aisé de partager la prestation entre les deux conjoints. La difficulté est accrue en cas de familles recomposées <sup>(1)</sup>.

La réforme des prestations familiales doit donc tenir compte des spécificités de la garde alternée, mais sans poser de principe général de partage des prestations familiales entre les deux parents allocataires. En effet, il paraît plus équitable d'adapter les conditions d'attribution de chaque prestation en cas de garde alternée des enfants à charge, les critères pouvant varier d'une prestation à l'autre. Notamment, pour les prestations visant à faciliter le recours à un mode de garde extérieur au milieu familial, il serait tout à fait possible d'ouvrir un droit distinct pour les deux parents, au titre du même enfant, avec un plafond correspondant à la garde à temps plein de cet enfant.

*Proposition :*

*– adapter le régime des prestations familiales à la résidence alternée*

## **2.– Renforcer la médiation familiale**

Il est incontestablement dans l'intérêt de l'enfant que ses parents ne se déchirent pas sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, et qu'ils parviennent à un accord qu'ils respecteront parce qu'il apparaît satisfaisant pour chacun. Il est donc important de favoriser le recours à la médiation familiale.

---

(1) Monsieur A. a eu deux enfants avec Madame A. dont il s'est séparé, puis un enfant avec sa nouvelle conjointe Madame B. Dans un premier temps, Madame A. a la charge de deux enfants et Monsieur B la charge de son troisième enfant. En cas de garde alternée, sur quelles bases doit s'effectuer le partage des allocations familiales : doit-on considérer la situation de Madame A. et partager les allocations familiales dues pour deux enfants ou considérer la situation de Monsieur A. et partager les allocations familiales dues pour trois enfants ?

*a) Une pratique encore peu développée en France*

Si l'utilisation de la médiation ne connaît pas encore un grand développement dans notre pays, c'est à la fois parce qu'elle est relativement coûteuse et jamais réellement obligatoire.

Actuellement, les séances de médiation familiale sont payantes pour les parents qui y recourent<sup>(1)</sup>, les prix étant très variables selon les structures. Leur contribution ne dépasse guère 500 000 euros au total en 2003, auxquels s'ajoutent 115 000 euros provenant de l'aide juridictionnelle, sur un financement total de 4 millions d'euros. Les associations qui assurent ces séances reçoivent néanmoins des subventions, qui émanent de l'État (environ un million d'euros en 2003) et surtout des collectivités territoriales (plus de 2 millions d'euros).

Au Québec, le recours à la médiation n'est pas réellement obligatoire mais il est fortement favorisé. Ainsi, dès qu'il existe un différend entre les parents sur une question relative à un enfant, les parties doivent, avant de pouvoir adresser leur demande au juge, participer à une séance d'information sur la médiation, et le rapport du médiateur accrédité doit figurer dans le dossier. Dans certains cas, notamment dans des situations de violence conjugale ou de détresse psychologique importante, le médiateur peut produire un rapport de dispense qui permet au tribunal de traiter le dossier sans qu'il y ait eu de séance d'information. Lorsque les parties font le choix de tenter la médiation, elles peuvent bénéficier des services gratuits d'un médiateur accrédité pendant six séances en général, trois séances lorsqu'il s'agit d'une demande de révision d'un jugement.

Ainsi, alors qu'en France le juge a seulement la possibilité d'enjoindre aux parties de participer à une séance d'information sur la médiation, cette séance est, sauf exception, obligatoire au Québec. Les six premières séances, qui suffisent le plus souvent à trouver une solution acceptable par les parties, y sont prises en charge par l'État. Le Québec s'est donc donné les moyens juridiques et financiers de favoriser concrètement la recherche d'un consensus entre les parents.

---

(1) Mais les mesures de médiation familiale ne sont pas tarifées, contrairement aux mesures de médiation pénale (38,87 euros en 2004). Le « prix de revient » d'une mesure de médiation dépasse 500 euros.



**b) Des améliorations nécessaires**

Les avis divergent sur l'efficacité de la médiation familiale, mais il y a unanimité sur le problème de son financement.

Selon le ministère de la justice, près de 60 % des mesures de médiation ordonnées par le juge se sont terminées sans signature d'une convention en 2003, contre seulement 52 % en 2002. Même la médiation conventionnelle s'est close sans avoir atteint son objectif dans plus de 56 % des cas. L'efficacité de cette mesure apparaît donc objectivement très relative.

Mme Françoise Dekeuwer-Défossez <sup>(1)</sup> a exprimé son scepticisme quant aux résultats de la médiation : « *La médiation familiale pourrait être favorisée par deux mesures : la rendre obligatoire, comme au Québec, et lui donner des moyens financiers. Dans le système actuel, les époux rechignent à payer, d'autant qu'ils n'ont aucune envie de cesser de se faire la guerre. Les taux de réussite de la médiation sont faibles : ne croyez pas qu'il s'agisse de la solution miracle, surtout si elle reste facultative* ». Elle laisse néanmoins entendre qu'une médiation obligatoire pourrait être plus efficace.

Les avocates entendues par la Mission placent beaucoup d'espoir dans cette mesure, sans sous-estimer les obstacles « culturels » et financiers qu'elle rencontre : « *le système [de la médiation familiale] ne s'est effectivement pas bien développé en France. Le problème est d'abord philosophique : il s'agit de privilégier le dialogue sur le conflit et l'action judiciaire, en persuadant les parents de reprendre leur destin en mains, ainsi que celui de leur enfant. Les pouvoirs publics, dans notre pays, n'ont pas accordé à la médiation les moyens financiers nécessaires* ». L'une d'entre elles défend le principe d'une médiation obligatoire : « *On entend souvent dire que la médiation, pour marcher, ne doit pas être imposée. Je considère au contraire (...) qu'elle devrait être obligatoire avant toute saisine du juge, afin de reconstruire le dialogue ; le juge ne devrait être là que pour homologuer l'accord* » <sup>(2)</sup>. L'accent est mis enfin sur la nécessité de former les magistrats, les avocats et les médecins au rôle de médiateur.

---

(1) Audition du 5 octobre 2005.

(2) *Idem*.

Mme Isabelle Juès, vice-présidente de l'Association pour la médiation familiale, observe que les injonctions du juge à une séance d'information sur la médiation ne sont pas toujours suivies d'effets : « *actuellement, les personnes se rendent en général séparément aux consultations, et rien n'est prévu lorsqu'elles ne se soumettent pas à l'obligation qui leur est faite* ». Elle se prononce en faveur de l'introduction d'une forme d'obligation : « *Il faut rendre obligatoire un entretien d'information sur la médiation familiale au début de chaque procédure concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Cet entretien devrait se faire en couple, afin que les personnes puissent amorcer la reprise d'un dialogue sur la perspective de la médiation familiale* ».

Elle recommande également la gratuité de cette séance d'information, puis une prise en charge partielle du coût des séances de médiation proprement dite – « *le paiement, aussi minime soit-il, participe de l'engagement des personnes dans le processus* » –, afin de faire en sorte que le coût des entretiens ne soit pas un obstacle à l'accès à la médiation familiale pour les familles les moins aisées. Comme elle préconise que la médiation intervienne en amont des procédures judiciaires et que l'aide juridictionnelle ne peut jouer hors d'une telle procédure, un autre mode de prise en charge devrait être créé.

Mme Brigitte Azogui-Chokron s'inquiète néanmoins du fait qu'une séance obligatoire d'information sur la médiation retarderait la saisine du juge, alors même que les parents sont souvent déjà bien informés de son existence et de son fonctionnement et en ont parfois entrepris une sans succès. Elle observe aussi que, après un long débat, le législateur a étendu en 2004 au divorce le dispositif prévu en 2002 pour l'exercice de l'autorité parentale, sans créer d'obligation.

Le garde des Sceaux, qui se dit favorable au développement de la médiation familiale, estime qu'imposer aux familles d'assister à une séance d'information sur la médiation avant de saisir le juge « *ralentirait le processus sans réelle utilité* » et, surtout, il reconnaît que « *les structures de médiation ne seraient pas en mesure d'absorber environ 300 000 entretiens par an* »<sup>(1)</sup>. En revanche, il a indiqué à la Mission que la Caisse nationale d'allocations familiales allait instaurer, à compter de 2006, une prestation de service au profit des mesures de médiation.

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

La Mission souhaite affirmer clairement son attachement au développement de la médiation familiale avant et après la saisine du juge. Sans exiger des parents qu'ils suivent une séance d'information avant de saisir le juge, elle est favorable à ce que, dès qu'il y a un désaccord sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge propose systématiquement aux parents une médiation et les oblige à rencontrer un médiateur familial. Pour développer le recours à la médiation en dehors d'une procédure judiciaire, elle recommande qu'un système d'aide au paiement des séances soit mis en place, l'aide juridictionnelle ne pouvant intervenir que si une procédure est en cours.

*Propositions :*

*– en cas de désaccord des parents sur l'exercice de l'autorité parentale, faire au juge obligation de leur proposer une mesure de médiation et de leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure*

*– instaurer, en amont de la procédure judiciaire, une aide à la médiation comparable à l'aide juridictionnelle*

### **3.– Mieux assurer le respect des obligations des parents**

Une fois que les modalités d'exercice de l'autorité parentale ont été fixées, grâce à une convention homologuée ou par une décision du juge, se pose la question de leur exécution. Si ces modalités forment un tout, les aspects financiers peuvent être séparés des questions de droit de visite et d'hébergement.

#### ***a) Les pensions alimentaires***

Les conventions conclues par les parents et homologuées par le juge fixent notamment la contribution de chacun à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Comme pour les autres modalités d'exercice de l'autorité parentale, la fixation du montant de la pension alimentaire par les parents eux-mêmes est généralement une bonne garantie de son versement effectif.

Par exemple, une étude québécoise a montré que, à Montréal, les ententes portant sur les pensions alimentaires étaient respectées dans 97 % des cas, alors que les décisions imposées par les tribunaux ne l'étaient que dans 66 % des cas. Mme Isabelle Juès a témoigné de résultats du même ordre en France.

- *La fixation des pensions alimentaires*

Lorsqu'ils fixent eux-mêmes le montant de la pension alimentaire, les parents doivent d'abord s'entendre sur leurs moyens financiers respectifs et se mettre d'accord sur les besoins de l'enfant et leur coût estimé. Les décisions judiciaires sont en revanche souvent perçues comme arbitraires et déconnectées de la réalité. Selon les tribunaux, elles peuvent en effet varier de manière importante pour deux situations très voisines.

C'est pour éviter cette impression d'arbitraire, que le Gouvernement fédéral canadien, compétent pour les divorces, et le Gouvernement québécois, compétent pour les séparations de conjoints de fait ou unis civilement, ont fixé des barèmes préétablis fondés sur les résultats d'études économiques portant sur les habitudes de dépenses des familles. À l'aide d'un formulaire et d'une table, est fixée une contribution alimentaire de base présumée correspondre aux besoins de l'enfant et aux facultés des parents. La répartition entre les parents tient compte de leurs revenus respectifs et du temps de présence de l'enfant chez chacun d'eux. Des frais spéciaux peuvent être pris en compte (frais de garde, d'études post-secondaires ou « frais particuliers », tels que frais médicaux ou liés à des activités parascolaires). Enfin, est appliqué un plafond, la pension alimentaire exigible d'un parent au bénéficiaire des enfants ne pouvant dépasser 50 % de son revenu disponible.

Un tel système, impératif, comme au Canada, ou simplement indicatif, pourrait être mis en place en France. La mission de recherche Droit et justice a réalisé en 2002 <sup>(1)</sup> une étude sur ce sujet, qui fait le point sur les avantages et les difficultés de l'établissement d'un barème pour les pensions alimentaires. Les principaux bénéfices attendus sont une motivation plus systématique des décisions judiciaires et une meilleure prévisibilité du montant des pensions alimentaires, qui devrait favoriser la multiplication des accords entre les parties sur une base acceptable. Mmes Irène Théry et Françoise Dekeuwer-Défossez ont, dans leurs rapports respectifs <sup>(2)</sup>, préconisé l'établissement de barèmes indicatifs. Mme Jacqueline Phelip, présidente de l'Enfant d'abord, y est elle aussi favorable pour éviter « *le sentiment d'être livré à l'arbitraire des diverses juridictions* ».

---

(1) Isabelle Sayn (sous la direction de), *Un barème pour les pensions alimentaires ?*, La documentation française, 2002.

(2) Irène Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Editions Odile Jacob – La documentation française, juin 1998 ; Françoise Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La documentation française, septembre 1999.

Mme Isabelle Juès estime au contraire que cela reviendrait à créer une norme et « *l'idée de norme tue la créativité, elle déresponsabilise dans la mesure où elle écrase encore davantage les volontés. Les parents s'attendent souvent à ce qu'on leur en propose une. Ils sont en général surpris et heureux de découvrir que ce sont eux les maîtres en la matière* ». Mme Brigitte Azogui-Chokron craint pour sa part qu'une telle normalisation n'aille à l'encontre de la diversification des modalités de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, permise par la loi du 4 mars 2002 et qu'elle juge positive. Elle pourrait aussi pénaliser les salariés par rapport aux personnes dont les revenus sont moins transparents.

Le garde des Sceaux, qui n'est pas favorable à la mise en œuvre d'un barème automatique et obligatoire, juge intéressante « *la définition d'outils d'aide à la décision, tels que des données indicatives sur le coût de l'enfant en fonction de son âge et de la situation familiale ou l'élaboration de grilles indicatives pour l'information des juges* »<sup>(1)</sup>.

La Mission ne préconise donc pas l'établissement d'un barème impératif, mais estime utile de mettre à disposition des juges des données indicatives destinées à les aider à fixer les pensions alimentaires.

- ***Le recouvrement des pensions alimentaires***

Actuellement, le recouvrement effectif des pensions est souvent difficile à obtenir, malgré les moyens juridiques présentés *supra*.

Ceux-ci n'apparaissent pas satisfaisants à Mme Isabelle Juès : « *Ils sont de nature à envenimer les conflits et ne permettent pas toujours le recouvrement des sommes dues. La médiation pénale est une voie de régulation efficace. Cependant, elle ne peut être proposée que dans le cadre d'une plainte pour abandon de famille* ». Mme Brigitte Azogui-Chokron salue aussi l'efficacité de la médiation pénale, qui incite les débiteurs au paiement, s'ils veulent éviter d'avoir à comparaître en correctionnelle.

Certains États se sont dotés de moyens pour garantir que la pension sera effectivement versée, par le parent qui la doit ou, à défaut, par un fonds créé à cette fin.

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

Au Québec, en règle générale, le débiteur paie la pension à l'État, sous forme d'une retenue ou d'un ordre de paiement, et l'État la reverse au créancier deux fois par mois. En cas de non-paiement, le ministre du revenu peut obtenir l'exécution forcée de l'ordonnance fixant la pension, mais surtout, en attendant, le créancier peut bénéficier d'une avance payée par le Fonds des pensions alimentaires, pendant au plus trois mois et dans la mesure où le total des avances n'excède pas un plafond (de l'ordre de 1 150 euros).

En Belgique, la loi du 21 février 2003 a créé un service des créances alimentaires au sein du service public fédéral des finances. Depuis juin 2004, il se charge du recouvrement des pensions alimentaires non payées. Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2005, il accorde des avances aux créanciers. Alors que la loi prévoyait initialement qu'elles seraient versées à tous les créanciers alimentaires, elles sont pour l'heure conditionnées au niveau des revenus mensuels du bénéficiaire, qui ne doit pas dépasser 1 152 euros nets, augmentés de 53 euros par enfant à charge.

Mme Isabelle Juès est favorable à l'idée de créer un fonds de ce type en France, tout comme Mme Chantal Lebatard, qui souhaite qu'il aide aussi le parent défaillant à reprendre ses versements, sans que le débiteur ait à porter plainte au pénal, ce qui est perçu comme traumatisant.

Un tel mécanisme présenterait également l'avantage de dispenser le créancier d'avoir systématiquement à avancer les frais d'un huissier alors qu'il est parfois dans une situation financière fragilisée à cause du retard de paiement de la pension. Les moyens qui permettent actuellement d'obtenir le versement des pensions sont en fait réservés aux créanciers les plus aisés, qui bénéficient d'une créance suffisamment importante par rapport au coût de l'intervention d'un huissier. Un fonds réglerait également les situations complexes de recouvrement de créances chez des conjoints ayant organisé leur insolvabilité.

Mme Brigitte Azogui-Chokron est pourtant très réticente : « *La création d'un fonds spécifique qui assurerait l'avance du paiement des pensions alimentaires en cas de carence du débiteur présenterait des avantages certains pour le créancier, mais favoriserait-elle la responsabilisation des parents, si sollicitée aujourd'hui ? N'est-elle pas susceptible, au contraire, d'accentuer les tendances de l'individu à déléguer ses obligations à la collectivité ? Ne risque-t-elle pas, enfin, d'être perçue par l'opinion publique comme une charge indue à raison du non-respect de l'obligation alimentaire dans les milieux aisés, dès lors que, dans les milieux plus défavorisés, les caisses d'allocations familiales assurent au créancier le versement de l'allocation de soutien familial, qui peut soit être récupérée auprès du débiteur défaillant, soit rester non recouvrée si le*

*débiteur est hors d'état de payer la pension car impécunieux, insolvable, ou introuvable ?* ». Le garde des Sceaux est quant à lui « *totalemment opposé à l'instauration d'un fonds de recouvrement* »<sup>(1)</sup> car la créance alimentaire est « *avant tout l'expression de la solidarité intrafamiliale* », si bien que « *la solidarité nationale ne doit jouer qu'à titre extrêmement subsidiaire, dans le seul but d'éviter la précarisation des familles* ». Le ministre délégué à la famille<sup>(2)</sup> a émis la même réserve.

La Mission est très attachée à ce que chaque parent contribue à l'éducation et à l'entretien de ses enfants conformément aux décisions de justice. C'est pourquoi elle veut éviter toute mesure qui pourrait conduire le débiteur à se sentir déresponsabilisé. Il lui semble qu'il faut surtout veiller à ce que le ministère public poursuive efficacement les débiteurs contre lesquels une plainte a été déposée. Un ajournement de la condamnation est en effet souvent un bon moyen de pression pour obtenir le paiement régulier des pensions.

*Propositions :*

- mettre à disposition des juges un barème indicatif pour les aider à fixer les pensions alimentaires*
- renforcer, par voie de circulaire, l'action du ministère public à l'encontre des parents qui ne respectent pas leurs obligations alimentaires*

***b) L'exercice du droit de visite et d'hébergement***

Les difficultés rencontrées pour l'exécution des décisions de justice ne concernent pas seulement le versement de la contribution matérielle à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, mais aussi le respect des modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement. Elles peuvent venir du parent chez lequel la résidence de l'enfant a été fixée, ou de l'autre parent. Le code pénal prévoit des sanctions qui peuvent être très graves, même si des sanctions alternatives à l'emprisonnement, et notamment une condamnation de sursis avec mise à l'épreuve, sont, dans les faits, toujours prononcées au préalable. Ces délits peuvent également conduire à une médiation pénale.

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

(2) Audition du 14 décembre 2005.

- *Le refus de représentation de l'enfant et l'entrave à l'exercice de l'autorité parentale*

Le parent gardien qui refuse indûment de représenter un enfant à la personne qui a un droit de visite est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (article 227-5 du code pénal). La peine peut même atteindre trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende en cas d'enlèvement (article 227-9 du code pénal). Est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait pour un parent gardien de ne pas signaler son déménagement dans un délai d'un mois à ceux qui ont un droit de visite ou d'hébergement sur ses enfants en vertu d'une décision de justice (article 227-6).

Au-delà de la non-représentation de l'enfant, on assiste à des situations où un parent peut faire entrave à l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent. Même si celui-ci peut voir son enfant, il n'est pas rare qu'il soit victime d'un dénigrement systématique de la part de celui chez qui l'enfant réside et qui le manipule. Ce type de comportements, qui peut aller jusqu'au syndrome d'aliénation parentale, et fait alors des ravages chez certains enfants, est vivement dénoncé par Mme Jacqueline Phelip et par M. Alain Cazenave. Celui-ci déplore qu'il n'existe aucune sanction à l'encontre du parent qui ne respecte pas l'autorité parentale ou l'image de l'autre. Devant de telles situations, le juge peut transférer la résidence de l'enfant, mais cette solution n'est pas toujours possible, notamment lorsque le métier de l'autre parent l'empêche d'accueillir l'enfant chez lui, ce qui assure au parent fautif une véritable impunité.

Mme Chantal Lebatard considère que la création d'une sanction pénale spécifique à ce type de situation n'est pas à exclure : « *L'emprisonnement, décision gravissime, ne peut être ordonné qu'en dernière extrémité. Il faut donc envisager une gradation des sanctions et le délit d'entrave à l'exercice de l'autorité parentale est une piste à explorer. La sanction a un rôle symbolique ; elle signifie que celui des parents qui empêche l'autre de remplir sa fonction se met hors-la-loi* ».

Des sanctions pénales semblent cependant peu adaptées : la menace d'une peine aussi lourde que l'emprisonnement ne peut qu'attiser un conflit déjà violent. Mme Jacqueline Phelip estime que la non-représentation d'enfants cache très souvent une inquiétude du parent gardien qui considère que l'autre parent ne surveille pas suffisamment l'enfant ou représente un danger pour lui. Mme Brigitte Azogui-Chokron a la même expérience. Elle observe que l'existence



d'incriminations pénales pousse le parent gardien à saisir le juge aux affaires familiales et à demander la suppression du droit de visite et d'hébergement de l'autre parent, pour ne pas encourir une sanction.

La Mission n'est donc pas favorable à la création d'un délit nouveau.

- ***Le refus de prendre en charge l'enfant***

La Mission s'est interrogée sur l'opportunité de mieux sanctionner les parents qui se soustraient à leur responsabilité parentale. Hormis le refus de paiement de la pension alimentaire, l'absence de respect des obligations que le juge a imposées aux parents ne fait pas l'objet de sanctions spécifiques.

Mme Isabelle Juès évoque la nécessité de « *rappeler le devoir de chaque parent de prendre en charge son enfant, à défaut de quoi il pourrait être sanctionné financièrement* ». Mme Brigitte Azogui-Chokron ne serait pas opposée à la création d'une sanction pénale : « *Force est de constater que nombre de pères s'abstiennent d'exercer pleinement et régulièrement le droit de visite et d'hébergement organisé à leur intention par la décision de justice, laissant la mère et les enfants dans l'attente d'une hypothétique venue en fin de semaine. Dans ces cas, la saisine du juge par la mère aux fins de suppression du droit de visite et d'hébergement du père est souvent un appel au père pour qu'il exerce ses droits. Il arrive même que la mère demande tout simplement au juge, qui se trouve du reste très démuní, d'enjoindre au père d'exercer ses droits. Se pose alors la question de l'opportunité de sanctionner pénalement l'inobservation de l'exercice du droit de visite et d'hébergement par le parent qui en est titulaire* ». Elle considère en effet que : « *Si la loi n'est pas soutenue par une sanction pénale en cas de violation, elle perd de sa portée. Il faut néanmoins manier la sanction pénale avec précaution* ».

Afin que le parent non gardien prenne conscience du fait qu'on ne « divorce » pas de son enfant, pourrait être créé un délit pour non-exercice du droit de visite et d'hébergement. La Mission est cependant consciente du fait qu'il serait paradoxal de contraindre un parent à respecter un droit qui lui a été accordé, et que d'éventuelles sanctions pénales ne seraient pas adaptées.

Elle estime donc que la création d'une sanction civile serait plus pertinente et propose d'autoriser le juge à prononcer un retrait de l'autorité parentale à l'encontre du parent qui n'a pas exercé, de manière répétée, son droit de visite et d'hébergement. Dans les cas les plus graves, le retrait total de l'autorité

parentale pourrait faciliter une recomposition familiale et permettre, notamment, une éventuelle adoption par le nouveau conjoint de l'autre parent ou une délégation de l'autorité parentale au profit d'un beau-parent.

*Proposition :*

*– autoriser le juge à prononcer un retrait total ou partiel de l'autorité parentale à l'encontre du parent qui n'exerce pas son droit de visite et d'hébergement*

## **II.- LA PLACE DES TIERS AUPRES DE L'ENFANT**

La plus grande fréquence des séparations de couples ayant des enfants entraîne la multiplication des familles recomposées, dans lesquelles les enfants vivent avec un beau-parent. En outre, dans les familles « monoparentales », le parent non gardien est souvent absent et le parent gardien, généralement la mère, peut éprouver le besoin de se faire assister par des tiers (grands-parents, oncles, tantes, amis) dans l'éducation et les soins de l'enfant.

Ainsi, en 1999, 2,2 millions d'enfants de moins de 18 ans vivaient avec un seul de leurs deux parents et 0,8 million d'entre eux vivaient avec un de leur parent et un beau-parent, chiffre qui atteignait 1,1 million pour l'ensemble des jeunes de moins de 25 ans. Parmi ces derniers, 0,5 million ne vivaient qu'avec ces deux personnes, tandis que 0,6 million vivaient avec un demi-frère ou une demi-sœur. Si l'on ajoutait les enfants vivant avec leurs deux parents et un ou plusieurs demi-frères ou demi-sœurs, c'étaient 1,6 million de jeunes de moins de 25 ans qui vivaient dans une famille recomposée, sur les 16,3 millions de jeunes vivant au foyer parental.

Les situations concrètes de ces familles sont très diverses, tout comme le rôle que joue le parent social auprès de l'enfant avec lequel il n'a pas de lien de filiation. La recomposition peut avoir pour origine un divorce, une séparation ou un décès. Le rôle du parent social, qu'il soit marié ou non avec le parent légal, du même sexe que lui ou de l'autre sexe, diffère significativement selon que les deux parents de l'enfant sont vivants, ont reconnu l'enfant et continuent d'exercer leurs responsabilités, de manière plus ou moins intense, ou que l'un des parents est décédé, n'a pas reconnu l'enfant ou a complètement disparu de son horizon après la séparation du couple. Les liens entre l'enfant et le beau-parent sont aussi très variables selon l'âge et l'attitude de l'enfant, le temps passé avec lui, l'investissement personnel du beau-parent, la place que lui accorde le parent...

Il ne s'agit donc pas de traiter de manière identique des situations très contrastées, mais de faire en sorte que, dans chaque situation, des outils juridiques soient disponibles pour résoudre les problèmes éventuels.

La fragilisation des couples ayant des enfants se traduit aussi par l'augmentation du nombre d'enfants qui n'ont plus de relations avec l'un de leurs parents, leur père dans la grande majorité des cas. Dans ce type de situations, il est rare que les grands-parents paternels, eux aussi victimes par contrecoup de cet éloignement, ne soient pas privés de relations avec leurs petits-enfants. S'y ajoutent les cas de mauvaises relations entre grands-parents et parents, que ceux-ci soient séparés ou vivent ensemble.

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant ne reconnaît pas explicitement un droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses grands-parents, ou, d'une manière générale, ses ascendants autres que ses parents. Mais l'article 8 affirme son droit de préserver ses relations familiales, droit distinct de celui, figurant à l'article 7, de connaître ses parents et d'être élevés par eux.

La loi offre déjà un certain nombre d'outils pour établir des liens juridiques entre l'enfant et un tiers, dans différents cas de figure. Plusieurs d'entre eux mériteraient d'être assouplis.

#### A.- LES OUTILS JURIDIQUES EN VIGUEUR

La loi du 4 mars 2002 a allégé les conditions dans lesquelles un tiers, et notamment un beau-parent, peut se voir reconnaître le droit de maintenir ses liens avec l'enfant, par exemple après sa séparation d'avec l'un de ses parents.

Avant cette loi, l'article 371-4 du code civil prévoyait que « *en considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance et de visite à d'autres personnes, parents ou non* » : d'une part, il fallait donc des situations exceptionnelles, d'autre part, même si la Cour de cassation avait affirmé que « *le droit d'hébergement ne constitue qu'une modalité du droit de visite* »<sup>(1)</sup>, le juge refusait souvent le droit d'hébergement au tiers. La rédaction de l'article 371-4 du code civil issue de la loi du 4 mars 2002 règle ces deux difficultés en disposant que « *si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non* » : l'intérêt de l'enfant remplace les situations exceptionnelles et toutes les modalités de relation sont envisageables.

---

(1) Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 10 mars 1977.

## **1.– La participation à l'exercice de l'autorité parentale**

En application de l'article 372 du code civil, l'exercice de l'autorité parentale revient aux père et mère de l'enfant. L'article 376 du même code pose le principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale, principe qui ne souffre d'exception qu'en vertu d'un jugement et dans les cas prévus par la loi.

L'un des parents peut être privé de l'exercice de l'autorité parentale, soit parce qu'il est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause (article 373 du code civil), soit, si l'intérêt de l'enfant le commande, après la séparation des parents (article 373-2-1), soit en cas de retrait total de l'autorité parentale après le prononcé de certaines sanctions pénales contre le parent (article 378) ou lorsque l'enfant est en danger (article 378-1).

Symétriquement, un tiers peut, dans certaines situations, se voir attribuer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale. Un beau-parent peut bénéficier de ces dispositifs, dont la mise en œuvre n'est néanmoins pas encore d'un usage très courant.

### ***a) La délégation et le partage de l'exercice de l'autorité parentale***

La délégation de l'exercice de l'autorité parentale peut être volontaire ou forcée. La loi du 4 mars 2002 a assoupli les conditions de la délégation volontaire, qui peut désormais plus facilement être réalisée au profit du beau-parent ; elle a aussi créé la possibilité d'un partage de l'exercice de l'autorité parentale.

En 2003, selon les informations fournies par la Chancellerie, la justice a été saisie de près de 3 000 demandes de délégation ou de transfert de l'autorité parentale ; environ 2 050 ont été accordées. Ces données ne permettent de distinguer ni l'auteur des demandes formées ni le bénéficiaire de la délégation. La part des transferts au profit d'un établissement agréé pour le recueil des enfants ou d'un service de l'aide sociale à l'enfance est certainement importante.

#### **• *La délégation volontaire de l'exercice de l'autorité parentale***

Avant la loi du 4 mars 2002, la délégation volontaire, totale ou partielle, ne concernait que les mineurs âgés de moins de 16 ans. Elle pouvait être demandée au juge aux affaires familiales par les parents ou le tuteur autorisé par le conseil de famille. Lorsque les parents exerçaient en commun l'autorité parentale, la demande

devait émaner des deux parents. En cas d'exercice unilatéral, l'autre parent devait seulement en être informé, au titre de son droit de surveillance. La délégation était subordonnée à la remise de l'enfant à un tiers, choisi par les parents ; ce pouvait être un établissement agréé à cette fin, le service départemental de l'aide sociale à l'enfance ou un particulier digne de confiance.

L'article 377 du code civil tel que modifié par la loi du 4 mars 2002 permet désormais la délégation quel que soit l'âge du mineur. Elle peut être prononcée même en l'absence de remise du mineur à un tiers, à partir du moment où « *les circonstances l'exigent* » : un parent peut donc continuer à élever son enfant tout en bénéficiant de l'aide d'un tiers. Les termes de « *particulier digne de confiance* » sont remplacés par ceux de « *tiers, membre de la famille* » et de « *proche digne de confiance* ». Cette nouvelle rédaction est mieux adaptée à l'utilisation de la délégation au profit d'un beau-parent ou d'un grand-parent. Par ailleurs, il est prévu que les deux parents doivent être appelés à l'instance, afin qu'ils aient tous les deux l'occasion de donner leur avis sur une mesure de délégation qui peut être demandée par l'un d'eux seulement.

La délégation transfère au délégataire l'exercice de l'autorité parentale, dont les parents conservent la jouissance. Quand elle est partielle, seuls certains droits (comme celui de garde et de surveillance) sont transférés ; quand elle est totale, tous les droits sont transmis, sauf celui de consentir à l'adoption du mineur, qui ne peut jamais l'être (article 377-3 du code civil). En application de l'article 377-2 du même code, la délégation peut toujours prendre fin ou être transférée « *s'il est justifié de circonstances nouvelles* ».

Il revient au juge de décider si « *les circonstances exigent* » la délégation, ce qui lui laisse une marge d'appréciation non négligeable. Ainsi, en particulier lorsqu'elles sont formulées au sein d'un couple de femmes, les demandes de délégation de l'autorité parentale sont tantôt accordées tantôt refusées par le juge.

- ***Le partage de l'exercice de l'autorité parentale pour les besoins d'éducation de l'enfant***

L'article 377-1 du code civil est plus novateur dans la mesure où il ouvre la possibilité de partager, entre les parents et le tiers délégataire, tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale « *pour les besoins d'éducation de l'enfant* ». Cet objet limité vise à éviter un démembrement de l'autorité parentale selon la convenance des parents. Lorsque les deux parents exercent l'autorité parentale, ils devront être tous les deux d'accord avec ce partage. Il aurait en effet été paradoxal d'autoriser un partage de l'autorité parentale avec un tiers, qui peut être un

beau-parent, sans l'accord de l'autre parent, alors même que l'un des objectifs de la loi du 4 mars 2002 était d'assurer une véritable coparentalité en mettant l'accent sur le rôle des deux parents après la séparation.

Dans le cadre de ce partage de l'exercice de l'autorité parentale, les actes usuels accomplis par les parents et le tiers délégataire sont présumés être accomplis avec l'accord de chaque partie, conformément à l'article 372-2 du même code.

En cas de difficulté, le juge aux affaires familiales peut être saisi par les parents, le tiers délégataire ou le ministère public. Conformément à l'article 373-2-11 du code civil, sa décision tiendra compte de la pratique antérieurement suivie, des sentiments de l'enfant, de la capacité des parties à respecter les droits de l'autre, des résultats des expertises éventuellement effectuées, lesquelles doivent notamment tenir compte de l'âge de l'enfant, et des renseignements recueillis lors de l'enquête sociale.

Si l'application de l'article 377-1 du code civil ne permet qu'un partage de l'exercice de l'autorité parentale « *pour les besoins d'éducation de l'enfant* », son application est plus facile que celle de l'article 377 du même code qui permet une délégation de l'exercice de l'autorité parentale « *lorsque les circonstances l'exigent* », et qui se traduit par la perte de l'exercice d'une partie ou de la totalité des droits liés à l'autorité parentale, au profit du délégataire qui en obtient seul l'exercice.

#### ***b) L'exercice de l'autorité parentale après le décès d'un parent légal***

La délégation ou le partage de l'exercice de l'autorité parentale au profit d'un tiers peut être mis en œuvre du vivant des parents. Mais il existe aussi des dispositions permettant de prévoir que, après le décès d'un parent, l'enfant sera confié à un tiers.

- ***La possibilité offerte au juge de confier l'enfant à un tiers***

En application de l'article 373-3 du code civil, le juge aux affaires familiales peut, « *dans des circonstances exceptionnelles* », après la séparation des parents, « *décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié* ». Il s'agit d'une forme de dérogation à l'article 373-1 du code civil selon lequel « *si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité* ».

Les « *circonstances exceptionnelles* » exigées sont par définition rares. Cette disposition a par exemple été utilisée dans le cas d'une mère gravement malade, divorcée d'un homme de nationalité zaïroise, condamné pénalement en France puis expulsé <sup>(1)</sup>.

La loi du 4 mars 2002 a étendu les dispositions de cet article à toutes les situations de parents séparés, alors qu'elles étaient auparavant réservées aux enfants dont les parents avaient divorcé.

En fait, en application de l'article 373-4, lorsqu'il existe encore un parent titulaire de l'autorité parentale, celui-ci continue de l'exercer, c'est-à-dire de fixer les choix importants relatifs à la vie de l'enfant, mais le tiers auquel l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation.

En l'absence de décision préventive, il est toujours possible au juge aux affaires familiales d'intervenir après le décès : il peut être saisi par la famille ou le ministère public pour confier l'enfant à un tiers, avec ou sans tutelle (article 373-4 du code civil). En application de l'article 373-5 du code civil, il y aura ouverture d'une tutelle s'il ne reste ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale.

- ***La possibilité offerte au dernier mourant des parents de choisir un tuteur***

Un parent qui exerce seul l'autorité parentale (à la suite du décès de l'autre parent ou pour tout autre motif) a « *le droit individuel de choisir un tuteur, parent ou non* », en application de l'article 397 du code civil. Cette nomination doit être faite par testament ou dans une déclaration spéciale devant notaire (article 398 du même code). Le parent peut donc désigner son conjoint ou son compagnon comme tuteur de ses enfants, sans que le juge intervienne.

Néanmoins, lorsque le dernier mourant des père et mère n'a pas effectué un tel choix, « *la tutelle de l'enfant est déférée à celui des ascendants qui est du degré le plus rapproché* », selon les termes de l'article 402 du même code, c'est-à-dire, le plus souvent, à un grand-parent. En outre, si, en application de l'article 401 du même code, le tuteur désigné par le parent n'est en principe pas tenu d'accepter la tutelle, il y est obligé lorsqu'il est dans la classe des ascendants du degré le plus rapproché. Dans la mesure où l'ascendant tient sa vocation de la loi, il ne peut être dépossédé de sa mission que pour les causes d'incapacité, d'exclusion, de destitution et de récusation prévues par les articles 441 et suivants du code civil.

---

(1) Tribunal de grande instance de Pau, 12 décembre 1995.

## 2.– L'établissement d'un lien de filiation

Dans certaines situations, un beau-parent peut établir un véritable lien de filiation avec l'enfant de son conjoint ou de son compagnon.

En l'absence d'un second parent légal, ce lien peut provenir de l'établissement d'une filiation de complaisance ou d'une adoption, qui peut être plénière si le beau-parent est marié avec le parent légal. Dans les autres cas (existence d'un second parent légal, parent légal et beau-parent non mariés), ne reste que la possibilité de l'adoption simple, laquelle entraîne un transfert de l'exercice de l'autorité parentale lorsque les parents ne sont pas mariés.

### *a) La filiation de complaisance*

Si l'enfant n'a pas été reconnu par son père, le conjoint ou le compagnon de sa mère peut néanmoins établir une filiation par une reconnaissance de complaisance.

Si l'homme qui a reconnu l'enfant s'en est rapidement désintéressé, le beau-père peut faire reconnaître sa paternité par le jeu de la possession d'état. En effet, l'absence de possession d'état du père légal fragilise le lien de filiation et ouvre la voie à des actions, en application des articles 322 et 334-9 du code civil *a contrario*. Mme Irène Théry<sup>(1)</sup> cite le cas d'une jurisprudence qui a coupé le lien de filiation non « vivifié » par la possession d'état et ouvert la possibilité d'une filiation fictive.

Pour l'enfant, cette situation est très fragile. En particulier, en cas de séparation du couple, une contestation de la nouvelle filiation ou un désaveu de paternité fondé cette fois sur la vérité biologique risque d'entraîner un effondrement de l'identité généalogique de l'enfant, contraire à son intérêt. C'est pour limiter les pratiques de ce type que l'ordonnance du 4 juillet 2005 prévoit que, désormais, l'existence d'une possession d'état de cinq ans à compter de l'établissement de la filiation rendra celle-ci inattaquable (article 333 du code civil issu de l'ordonnance, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006).

---

(1) Irène Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, op. cit..



***b) L'adoption plénière de l'enfant du conjoint***

Dans certains cas, le beau-parent peut adopter l'enfant de son conjoint. Cette possibilité est cependant réservée aux couples mariés. En effet, si, en principe, l'adoption plénière d'un enfant n'est possible que lorsque tous ses liens avec sa famille d'origine sont rompus, une adaptation de ces conditions est prévue pour permettre l'adoption plénière de l'enfant du conjoint (article 345-1) lorsque l'enfant n'a qu'un parent légal, que son autre parent s'est vu retirer totalement l'autorité parentale, ou que son autre parent est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré, ou que ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

Après une adoption plénière, le parent adoptif partage l'exercice de l'autorité parentale avec son conjoint qui était déjà le parent légal. En effet, en application de l'article 356 du code civil, l'adoption plénière laisse dans ce cas subsister la filiation d'origine à l'égard du parent biologique et produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux.

***c) L'adoption simple***

L'adoption simple peut être demandée par toute personne qui remplit les conditions légales pour adopter. Toute personne peut être l'objet d'une adoption simple, quel que soit son âge et dans la mesure où, si elle a plus de treize ans, elle y consent personnellement. Pour les mineurs, les parents doivent aussi consentir à l'adoption.

Sous réserve que le juge estime que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant (article 353 du code civil), il est donc relativement facile à un beau-parent d'adopter simplement l'enfant de son conjoint ou de son compagnon.

Mais, en application de l'article 365 du code civil, l'adoption simple transfère tous les droits de l'autorité parentale à l'adoptant qui en est « *seul investi* » et prive ainsi le parent biologique de ses droits. La seule exception concerne l'adoption simple de l'enfant du conjoint dans un couple marié : dans ce cas, le parent biologique partage l'autorité parentale sur son enfant avec son conjoint et peut soit en conserver seul l'exercice, soit l'exercer conjointement avec lui. Dans le cas d'un couple non marié, le parent qui consent à l'adoption simple de son enfant par son compagnon perd l'autorité parentale, et ne peut en récupérer l'exercice que s'il obtient du juge une délégation ou un partage de l'exercice de l'autorité parentale en sa faveur.

C'est par le recours à l'adoption simple que deux femmes liées par un PACS sont parvenues, très récemment, à établir un double lien de filiation et d'autorité parentale vis-à-vis des enfants nés de l'une d'elle par insémination artificielle avec donneur. La compagne, depuis vingt-et-un ans, de la mère des enfants a adopté ces derniers par adoption simple, ce qui lui a conféré l'autorité parentale (article 365 du code civil) ; la mère biologique a ensuite obtenu un partage de l'exercice de l'autorité parentale à son profit (sur le fondement de l'article 377-1 du même code)<sup>(1)</sup>. L'exercice de l'autorité parentale est ainsi désormais partagé pour les besoins de l'éducation des enfants. Le juge du tribunal de grande instance de Paris a en effet estimé que, les dispositions assouplissant les conditions de la délégation de l'autorité parentale ne datant que de la loi du 4 mars 2002, l'adoption simple, prononcée le 27 juin 2001, ne pouvait avoir été demandée « *dans le dessein de contourner l'esprit des textes pour légaliser une situation de fait* » ; il n'y a donc pas, dans cette affaire, un détournement de l'institution<sup>(2)</sup>. Rien ne permet d'affirmer que ce type de décision sera pris à nouveau dans l'avenir. En effet, une adoption simple prononcée postérieurement au changement des règles de délégation de l'autorité parentale pourrait être considérée par le juge comme la première phase d'une procédure d'ensemble visant un détournement de l'institution.

### **3.- Les liens juridiques entre grands-parents et petits-enfants**

Selon les cas, le code civil reconnaît aux grands-parents des droits spécifiques vis-à-vis de leurs petits-enfants ou se contente de les traiter comme des tiers.

#### ***a) Les grands-parents, bénéficiaires de droits spécifiques***

Les liens biologiques, sociaux et d'affection liant petits-enfants et grands-parents justifient à la fois de veiller particulièrement à ne pas priver ces derniers de contacts et de leur accorder un rôle particulier en cas de disparition des parents ou de l'un d'eux.

---

(1) Tribunal de grande instance de Paris, 2 juillet 2004.

(2) Le parquet n'a pas interjeté appel de cette décision.

L'article 205 du code civil dispose que « *les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin* » et l'article 207 du même code pose le caractère réciproque de cette obligation. Néanmoins, l'obligation d'entretien des enfants par les parents prime sur cette disposition, si bien que l'enfant ne peut demander des aliments à ses grands-parents qu'en cas de constat de la carence de ses parents.

• ***Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents***

L'article 371-4 du code civil traite séparément des relations entre l'enfant et ses ascendants et des relations entre l'enfant et un autre tiers, parent ou non. La loi du 4 mars 2002 a modifié la rédaction de ces dispositions pour transformer le droit des grands-parents à avoir des relations avec leurs petits-enfants en un droit des enfants à entretenir des relations avec leurs grands-parents.

Auparavant, le premier alinéa de l'article 371-4 du code civil, issu de la loi du 4 juin 1970 <sup>(1)</sup>, disposait que : « *les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. À défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le juge aux affaires familiales* ». La rédaction actuelle proclame le droit « subjectif » de l'enfant : « *l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit* ».

Les relations ainsi protégées ne concernent plus les seuls grands-parents, mais tous les ascendants, étant entendu que les parents ne sont pas des ascendants comme les autres. Cet élargissement est justifié par l'allongement de la durée de vie, qui permet fréquemment la coexistence de quatre générations.

Il ne peut être fait obstacle au droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses ascendants que pour « *des motifs graves* », alors que son droit d'avoir des relations personnelles avec les autres tiers, y compris membres de la famille, ne sera pris en compte par le juge que si c'est l'intérêt de l'enfant, ce que les demandeurs devront démontrer.

---

(1) Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

Il s'établit ainsi un droit réciproque dans les relations entre les enfants et leurs ascendants, fondé sur l'intérêt présumé de l'enfant à entretenir ces liens. En effet, les ascendants constituent le fil généalogique de la famille, ce qui leur donne une place privilégiée en son sein. Cette présomption peut néanmoins être renversée par l'existence de motifs graves.

La jurisprudence ne fait pourtant guère de différences entre les grands-parents et les autres tiers lorsqu'il s'agit de leur permettre ou non d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant. C'est en fait toujours l'intérêt de celui-ci qui constitue le critère essentiel. Ainsi, le juge peut considérer que la mésentente entre les grands-parents et les parents est constitutive d'un motif grave. De même, le souhait exprimé par les enfants de ne pas voir leurs grands-parents et l'absence de relations antérieures peuvent être considérés comme des motifs graves. Seule la mise en danger de l'enfant emporte inévitablement le refus du droit de visite. Pour le reste, tout est question de fait et d'appréciation du juge. En fait, bien souvent, le juge prend sa décision en fonction de l'intérêt de l'enfant et fixe les modalités des relations entre l'enfant et ses grands-parents selon ce seul critère. C'est finalement lui qui justifie un refus d'un droit de visite et d'hébergement, même en l'absence de motifs graves, par exemple au profit de grands-parents avec lequel l'enfant n'a jamais eu de relations antérieures.

Selon les informations fournies par le ministère de la justice, le nombre de demandes relatives au droit de visite des grands-parents ou d'autres tiers est passé de 1 000 par an au début des années 1990 à plus de 2 500 à la fin de cette décennie ; leur nombre est globalement stabilisé à ce niveau depuis, même si 2002 et 2003 ont été des années de hausse. En 2003, près de 2 600 demandes ont été formulées sur le fondement de l'article 371-4. Il a été statué sur près de 1 900 demandes : il y a eu rejet de la demande principale dans 22 % des cas, acceptation dans 37 % des cas et acceptation partielle dans 41 % des cas. Ces résultats montrent l'attention que le juge porte à ses demandes et le fait qu'il n'hésite pas à proposer une solution différente de celle qui lui est demandée.

- ***Des grands-parents attentifs, obstacles à une adoption plénière par le conjoint du parent survivant***

Dans la mesure où l'adoption plénière d'un enfant substitue la filiation adoptive à la filiation biologique, l'article 345-1 du code civil ne permet pas l'adoption d'un enfant par le conjoint de son parent survivant si son parent décédé a laissé des ascendants au premier degré, à moins que ceux-ci se soient manifestement désintéressés de l'enfant.

Ces dispositions visent à éviter que cette nouvelle filiation ne vienne remplacer une filiation qui aurait encore une existence réelle dans la vie de l'enfant, notamment du fait du maintien de relations avec ses grands-parents après le décès de l'un de ses parents.

Elles sont issues de la loi du 5 juillet 1996, avant laquelle l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'était possible que lorsque l'enfant n'avait de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint. Cette forte restriction provenait elle-même de la loi du 8 janvier 1993 avant laquelle l'adoption de l'enfant du conjoint pouvait intervenir même lorsque l'enfant avait des grands-parents du côté de son parent décédé, et avait pour effet de rompre tous liens entre eux et l'enfant, y compris tout droit successoral.

Les dispositions actuelles, qui ont fait suite à bien des hésitations, apparaissent équilibrées et respectueuses des droits des enfants comme de leurs ascendants.

Si l'enfant est orphelin de père et de mère, il est fréquent que l'un de ses grands-parents exerce les fonctions de tuteur (en application de l'article 402 du code civil, *cf. supra*) ; si ce n'est pas le cas, ses ascendants sont en général membres du conseil de famille, lequel doit consentir à une éventuelle adoption plénière.

#### ***b) Les grands-parents, tiers comme les autres***

Dans de très nombreux cas, les grands-parents peuvent agir comme les autres tiers. L'enfant peut leur être confié du vivant de ses parents comme après le décès de l'un d'eux. Ils peuvent bénéficier d'une délégation, volontaire ou forcée, ou d'un partage, total ou partiel, de l'exercice de l'autorité parentale. Il leur est possible de saisir le ministère public afin qu'il saisisse le juge aux affaires familiales à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

### **B.- DONNER AUX PARENTS LEGAUX LA POSSIBILITE DE DESIGNER UN DELEGUE POUR LES ACTES DE LA VIE COURANTE DE L'ENFANT**

Les personnes entendues par la Mission ont évoqué la multiplication des familles dans lesquelles les enfants ne sont pas élevés par leurs seuls parents légaux. M. Didier Le Gall remarque que ces situations sont particulièrement difficiles à prendre en compte dans nos sociétés, alors qu'elles ne poseraient pas de problèmes dans d'autres cultures, où l'éducation des enfants a toujours relevé d'un groupe de personnes dépassant celui de ses seuls parents : « *La question est donc*

*inélucltable : qu'allons-nous faire de ces parents " en plus " ? L'interrogation est redoutable car la filiation en Occident, et en France singulièrement, repose sur la notion d'exclusivité, qui fait que l'on ne peut jamais envisager d'autres parents concomitamment ou successivement. Quels que soient les cas envisagés, le droit s'attache à réaffirmer l'exclusivité de la filiation »<sup>(1)</sup>.*

M. Stéphane Ditchev, secrétaire général de la Fédération des mouvements de la condition paternelle, observe que, du point de vue des enfants, il n'existe pas réellement de « familles recomposées », car il y a toujours à leurs yeux une différence nette entre leurs parents, biologiques dans l'immense majorité des cas, et les autres personnes qui les entourent. Mme Edwige Antier partage cette idée ; elle rappelle que, d'après les statistiques, un enfant ne connaît presque jamais son beau-parent avant d'avoir quatre ans et que, en général, il le rencontre pour la première fois autour de huit ans. En outre, elle observe que « *il est très rare que les liens persistent entre un enfant et le compagnon de la mère après une nouvelle séparation, sauf si d'autres enfants sont nés* ». Il convient donc d'être prudent dans l'établissement de liens juridiques qui pourraient se trouver privés de sens.

Même s'il arrive que des liens très forts se nouent entre un enfant et son beau-parent, celui-ci doit respecter la place des parents, et en particulier de celui qu'il a remplacé dans la vie de l'autre. Pour la Mission, il convient donc de trouver un équilibre entre la prééminence des droits des parents légaux et le besoin de sécurité et de continuité dans la vie quotidienne de l'enfant.

### **1.- L'adoption n'est pas une réponse appropriée aux situations de reconstitution familiale**

Faciliter l'adoption d'un enfant par le compagnon de l'un de ses parents soulèverait indéniablement des difficultés lorsque l'enfant a déjà deux parents. Il ne faudrait pas, en effet, favoriser l'établissement d'une filiation adoptive lorsqu'une double filiation légale existe, au détriment de l'un des parents de l'enfant, au moment même où le principe de coparentalité père/mère est fortement mis en avant. La situation peut en revanche être perçue différemment dans le cas où l'enfant n'a qu'un parent légal. La question n'est plus alors la concurrence entre une filiation biologique et une filiation adoptive, mais celle de la stabilité des liens affectifs qui s'établissent entre le nouveau compagnon et le parent, ainsi qu'entre ce compagnon et l'enfant.

---

(1) Table ronde du 30 novembre 2005 ; sauf mention contraire, les personnes qui se sont exprimées sur la place du beau-parent l'ont fait à l'occasion de cette table ronde.

Dans ce cadre, le débat mené devant la Mission a aussi porté sur le point de savoir si un éventuel dispositif facilitant l'adoption de l'enfant du compagnon pourrait être étendu aux couples de même sexe. Cette question se pose en des termes différents selon qu'on envisage une adoption plénière qui se substitue à la filiation originelle, ou une adoption simple qui maintient cette filiation originelle.

**a) L'adoption plénière**

La possibilité d'adopter de manière plénière l'enfant de son conjoint est, on l'a vu, réservée aux couples mariés. Plusieurs personnes entendues par la Mission souhaitent qu'elle soit autorisée aux concubins. Certaines le préconisent uniquement lorsque le couple est composé d'un homme et d'une femme, les autres le défendent quelle que soit la composition du couple.

Mme Martine Gross recommande de rendre possible, lorsqu'il n'y a qu'un seul parent légal, l'adoption plénière par le concubin de celui-ci. Elle estime que : « *Un tel dispositif (...) permet d'offrir à l'enfant une protection de ses liens avec ses deux parents en cas de décès ou de séparation, et d'être assis sur deux branches plutôt que sur une seule* »<sup>(1)</sup>.

M. Laurent Chéno, secrétaire de la commission politique de l'Interrassociative lesbienne, gaie, bi et trans, soutient cette demande. En effet, conscient du petit nombre d'enfants adoptables en France et des difficultés de l'adoption internationale, il considère que permettre l'adoption conjointe aux couples de même sexe aurait surtout une valeur symbolique, alors qu'« *ouvrir la possibilité au sein d'un couple d'adopter l'enfant du conjoint, du partenaire ou du concubin aurait donc sans doute plus d'effets et répondrait à la situation de nombreuses familles recomposées* ». Cette position est partagée par Homosexualités et socialisme<sup>(2)</sup>.

Mais il ne serait pas cohérent d'autoriser l'adoption plénière de l'enfant d'une personne par son compagnon du même sexe alors que l'on refuse l'adoption plénière d'un enfant abandonné par un couple de même sexe. En effet, toutes les deux ont les mêmes conséquences juridiques et auraient les mêmes effets sur la filiation de l'enfant, puisque l'adoption plénière efface le lien de filiation antérieur. L'enfant aurait donc, au regard de la loi, deux pères ou deux mères et non un père et une mère. La loi organiserait une parenté fictive sans vraisemblance biologique,

---

(1) Table ronde du 13 juillet 2005.

(2) *Idem*.

ce qui n'est pas conforme aux préconisations de la Mission. Le même principe de précaution doit s'appliquer dans les deux cas de figure (adoption de l'enfant du conjoint d'une part, adoption d'un enfant abandonné d'autre part), dans l'intérêt de l'enfant.

Mme Frédérique Granet ne souhaite pas que l'adoption plénière soit possible au conjoint du même sexe que le parent, même en l'absence d'un autre parent légal. En revanche, elle y est favorable au sein d'un couple de concubins des deux sexes, car elle estime qu'elle est plus dans l'intérêt de l'enfant que la reconnaissance de complaisance à laquelle procèdent nombre de couples non mariés : *« Si le couple vient à se séparer, [les filiations] sont généralement contestées à la demande de leur auteur ou à la demande de la mère. Si l'action est exercée dans le délai légal, une reconnaissance de complaisance est rétroactivement annulée et le lien de filiation réputé n'avoir jamais été établi. Lorsqu'un couple hétérosexuel non marié souhaite ainsi établir un lien de filiation entre l'un de ses deux membres et l'enfant de l'autre, ce qui traduit un projet de parenté commune, l'adoption plénière est assurément préférable a priori à la pratique des reconnaissances de complaisance »*<sup>(1)</sup>. En effet, l'adoption plénière est irrévocable.

C'est justement ce caractère irrévocable qui conduit d'autres juristes à être réticents devant l'adoption plénière de l'enfant du concubin. Mme Adeline Gouttenoire observe ainsi que *« il faut prendre en compte la combinaison de la relation du couple et de la relation avec l'enfant, et se demander quel sera le sort de la relation entre le beau-parent et l'enfant si le couple se dissout. Il serait donc plus opportun de conserver la possibilité d'une révocation de l'adoption pour ne pas instaurer des liens indestructibles qui pourraient gêner l'enfant par la suite »*. Mme Florence Millet partage cette inquiétude : *« il serait périlleux d'asseoir trop systématiquement la filiation sur le couple formé par l'un des parents de l'enfant et un " tiers ", parce que cette filiation, en principe irrévocable, subsisterait au-delà de la rupture éventuelle du couple. Elle continuerait au reste de produire tous les effets, en matière d'autorité parentale, de vocation successorale et d'obligation alimentaire »*.

---

(1) Table ronde du 2 novembre 2005.



La majorité de la Mission estime que, compte tenu de son caractère irrévocable, l'adoption plénière n'est pas adaptée à une forme d'union – le concubinage – plus précaire que le mariage. Il faut en effet éviter que l'enfant soit « encombré » définitivement d'une filiation qui n'aurait été que fugace et qui deviendrait ensuite dépourvue de toute signification.

Il n'est donc pas pertinent de permettre à un concubin d'adopter de façon plénière l'enfant de l'autre : dans le cas d'un couple de même sexe, cela poserait les mêmes difficultés que l'adoption plénière d'un enfant abandonné ; dans le cas d'un couple de sexe différent, le mariage est possible et il ouvre la voie à l'adoption plénière de l'enfant du conjoint. Il est en effet difficile de concevoir qu'une personne souhaite devenir, pour toujours, le parent d'un enfant qui n'est pas biologiquement le sien, mais refuse au préalable un engagement nettement moins contraignant et définitif vis-à-vis de son parent légal, alors même que c'est le couple qu'il forme avec celui-ci qui rendrait l'adoption juridiquement possible.

#### ***b) L'exercice conjoint de l'autorité parentale après l'adoption simple***

L'article 365 du code civil permet à un parent biologique d'exercer en commun l'autorité parentale sur son enfant avec son conjoint lorsque celui-ci l'a adopté dans le cadre d'une adoption simple. Cette disposition est réservée aux couples mariés. L'adoption simple de l'enfant du compagnon est pourtant possible dans un couple de concubins, si le ou les parents légaux de l'enfant y consentent, mais elle induit un transfert de l'autorité parentale vers le parent adoptif qui prive l'adoption de son intérêt pour le couple. Dans tous les cas, la demande d'adoption est soumise au juge, qui contrôle qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant.

Mme Béatrice Weiss-Gout<sup>(1)</sup> souhaite que, dans le cas de l'adoption simple de l'enfant de l'autre, l'exercice en commun de l'autorité parentale soit possible dans les couples non mariés : « *Si vous êtes marié et que votre enfant est adopté par votre conjoint, vous ne perdez pas l'autorité parentale. En revanche, si vous vivez en concubinage ou si vous êtes pacsé, vous perdez l'autorité parentale et vous ne pouvez la récupérer que par un mécanisme compliqué de délégation, ce qui est absurde. Nous suggérons donc au législateur d'élargir la disposition de l'article 365 du code civil aux concubins et aux pacsés* ». Dans son esprit, cette demande, qui vise à simplifier la vie des familles, concerne vraisemblablement les couples de sexe différent.

---

(1) Audition du 5 octobre 2005.

Elle est soutenue par Mme Adeline Gouttenoire, qui préfère cette solution à l'adoption plénière car l'adoption simple peut être révoquée pour motifs graves, ce qui permettrait d'éviter que des liens définitifs se trouvent entièrement privés de sens après la séparation du couple composé du parent par le sang et du parent adoptif. Elle estime néanmoins qu'il conviendrait d'instaurer un critère de durée de vie commune (huit à dix ans) avant de permettre cette adoption par le beau-parent, et de la soumettre au consentement de l'enfant.

Mme Martine Gross formule la même demande d'exercice en commun de l'autorité parentale pour les couples de même sexe : « *L'APGL préconise aussi de rendre possible l'adoption simple par le parent social. Dans les familles pluri-parentales, l'adoption simple permet l'addition de parents adoptifs aux parents de naissance, mais actuellement l'autorité parentale est intégralement transférée aux seuls parents adoptifs. Un aménagement de ce dispositif, avec autorité parentale partagée de manière consensuelle entre parents légaux et sociaux, permettrait à l'enfant d'avoir une filiation cohérente avec son environnement familial* »<sup>(1)</sup>. Il s'agirait d'inscrire dans le code civil une possibilité qui a été reconnue par le Tribunal de grande instance de Paris, en juillet 2004.

D'un point de vue strictement juridique, dans la mesure où elle construit des liens de filiation qui s'ajoutent à ceux qui existent déjà sans se substituer à eux, l'adoption simple par un beau-parent du même sexe que le parent légal ne présenterait pas, en théorie, les mêmes inconvénients que l'adoption plénière. Si l'enfant avait déjà deux parents légaux, il faudrait qu'ils consentent à l'adoption, mais son adoption par une seconde femme, par exemple, n'effacerait pas l'existence de son père (mais priverait celui-ci de l'autorité parentale). Si l'enfant n'a qu'un parent légal, la question du consentement se réglerait plus facilement et le beau-parent ne viendrait concurrencer personne. Mais, comme à l'issue d'une adoption plénière, l'enfant aurait au bout du compte seulement deux parents du même sexe. En outre, cela reviendrait à inciter les couples de même sexe à contourner l'interdiction, par la loi française, du recours à la procréation médicalement assistée, en leur donnant la garantie de pouvoir demander l'établissement d'un double lien de filiation par recours à l'adoption simple.

---

(1) Table ronde du 13 juillet 2005.

On peut estimer que favoriser ainsi l'adoption simple de l'enfant du compagnon est contraire à l'évolution récente du droit de la famille, comme l'explique Mme Florence Millet : *« après avoir détaché du couple formé par les parents l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants qu'ils ont conçus, il est désormais question de réintroduire une corrélation entre le niveau du couple et celui de la famille, mais à propos cette fois d'enfants qui, précisément, ne sont pas issus du couple considéré »*. Surtout, elle s'inquiète de la difficulté qu'il y aurait à limiter le nombre de liens de filiation : toute personne dont l'adoption simple a été révoquée pouvant être à nouveau adoptée, l'enfant pourrait avoir successivement, au gré des couples formés par le parent biologique qui s'occupe de lui, plusieurs parents adoptifs. De surcroît, l'adoption devrait *« pouvoir être instituée au profit de l'un comme de l'autre nouveau concubin ou époux de chaque parent. Les dispositions interdisant qu'un enfant soit adopté par plusieurs personnes, sauf par deux époux, devraient logiquement être abrogées »*. On assisterait ainsi à *« une multiplication incontrôlable des liens de filiation »* et à des difficultés pratiques dans l'exercice de l'autorité parentale qui serait exercée par trois ou quatre parents simultanément. La possibilité d'ajouter aux parents biologiques, par l'adoption simple, des parents sociaux, qui seraient les compagnons des premiers et auraient les mêmes droits et devoirs qu'eux, est d'ailleurs une revendication de certaines associations représentant les homosexuels.

Cette perspective remettrait en cause les fondements de la filiation telle qu'elle existe aujourd'hui et brouillerait les repères des enfants. Or, même dans les pays qui ont beaucoup innové dans ce domaine, le nombre de parents légaux a toujours été limité à deux. Par exemple, aux Pays-Bas, la naissance d'un enfant dans un couple marié de femmes conduit à ce que celle qui n'est pas sa mère biologique partage l'exercice de l'autorité parentale et puisse adopter le bébé, s'il n'a pas été reconnu par son père. Ainsi, lorsque l'enfant est issu d'un projet de *« pluri-parentalité »* associant un couple de femmes et un couple d'hommes, son père biologique doit renoncer à le reconnaître pour permettre l'exercice en commun de l'autorité parentale par le couple de femmes, si bien que ni lui ni son compagnon n'ont de lien juridique avec l'enfant. Cet exemple permet de constater la difficulté d'application d'une législation instaurant une filiation totalement fictive, lorsqu'elle est confrontée aux réalités de la filiation biologique.

La majorité des membres de la Mission estime qu'il convient de ne pas faire une brèche dans le droit de l'adoption simple, car elle risquerait de multiplier pour l'enfant les liens de filiation et ouvrirait la porte à des détournements et à des abus, contraires aux principes qu'elle souhaite voir respecter par le droit de la filiation.

## **2.- L'accomplissement des actes usuels de la vie de l'enfant doit être facilité**

Le partage de l'autorité parentale entre les parents et un tiers permet, si les parents sont d'accord, d'établir un lien juridique entre enfants et parent social. Mais elle exige une décision du juge aux affaires familiales et elle conduit à placer un tiers au même niveau de responsabilité qu'un parent légal. Dans la très grande majorité des cas de familles recomposées, ni les parents, ni les enfants ne souhaitent voir un tiers désigné par la loi comme exerçant l'autorité parentale. Il en va de même lorsqu'un seul parent légal élève l'enfant : s'il a besoin d'aide dans la vie courante, il ne souhaitera pas pour autant nécessairement déléguer son autorité parentale, car cela reviendrait à reconnaître implicitement son incapacité à exercer pleinement ses responsabilités vis-à-vis de son enfant.

L'intérêt de l'enfant est pourtant que le rôle des adultes qui l'entourent soit pleinement reconnu par la société et par lui-même. Il n'est pas souhaitable qu'il puisse contester la place de l'adulte qui l'élève. Dans ce contexte, des solutions plus légères et plus faciles à mettre en œuvre pourraient être envisagées.

Dans son rapport précité, Mme Irène Théry propose de s'inspirer du *Children Act* anglais de 1989, qui permet d'accorder au beau-parent le pouvoir « *d'accomplir tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant* ». Elle recommande d'insérer dans le code civil l'article suivant : « *Tout tiers ayant en charge de manière habituelle un enfant mineur peut accomplir les actes usuels le concernant, sans préjudice des droits des titulaires de l'autorité parentale* ».

Les notaires entendus par la Mission<sup>(1)</sup> proposent une solution contractuelle plus souple : « *La place des beaux-parents est effectivement très importante dans la vie de tous les jours, mais il faut prendre garde à la protection des parents biologiques et plus particulièrement du père, qui est le plus facilement évincé. La recherche d'accords amiables est possible au sein des recompositions familiales, plus fréquemment apaisées qu'on ne le croit. Les notaires avaient suggéré, en 1999, la possibilité de conclure de façon amiable des délégations partielles de l'autorité parentale pour les actes usuels de la vie courante ; cela pourrait également se concevoir avec un partenaire de PACS ou un concubin (...) Ce mandat conventionnel présenterait en outre l'avantage de pouvoir être annulé, limité ou adapté* ».

---

(1) Audition du 5 octobre 2005.

Ce mandat conventionnel, établi en la forme authentique, serait immédiatement exécutoire sans validation judiciaire et serait révocable unilatéralement, cette révocation prenant effet au jour de sa notification au bénéficiaire. En effet, dans la mesure où cette solution nécessiterait l'accord des deux parents titulaires de l'autorité parentale et où la convention ne porterait que sur le pouvoir d'accomplir des actes usuels de la vie courante de l'enfant, il semble que le contrôle du juge n'est pas indispensable, ce qui allège considérablement la procédure par rapport à celle prévue à l'article 377-1 du code civil, qui peut d'ailleurs aller au-delà des seuls actes usuels. Il s'agit en fait moins d'une délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale que d'un partage, décidé à l'amiable, d'une partie de cet exercice.

Par rapport à la proposition de Mme Irène Théry qui est automatique et systématique, l'idée formulée par les notaires est mieux adaptée à la diversité des situations, tous les beaux-parents ne s'occupant pas au quotidien des enfants de leur conjoint ou compagnon, et plus respectueuse des droits de chaque parent, y compris du parent non gardien dont l'accord à la convention est indispensable. Mais elle présente du même coup l'inconvénient d'être subordonnée à cet accord, alors que la situation concrète de l'enfant peut exiger d'être sécurisée par l'octroi de droits à la personne qui s'occupe habituellement de lui.

Les personnes entendues par la Mission à l'occasion de la table ronde qu'elle a organisée sur ce sujet ont des points de vue contrastés sur l'idée d'autoriser conventionnellement un tiers à accomplir les actes usuels de la vie de l'enfant.

Les adversaires de cette possibilité invoquent soit l'importance de l'intervention du juge pour vérifier que la solution choisie respecte l'intérêt de l'enfant, soit les difficultés pratiques que cette forme d'autorisation pourrait induire.

Mme Adeline Gouttenoire considère que la mise en œuvre de l'article 377-1 du code civil, qui permet un partage de l'exercice de l'autorité parentale, devrait pouvoir intervenir même si aucune circonstance particulière ne l'exige, ce que certains juges refusent. Mais elle est juge indispensables à la fois l'accord des deux parents et le contrôle du juge.

Mme Florence Millet est aussi très attachée à l'intervention du juge, dont le recours lui semble inéluctable, car l'intérêt de l'enfant s'apprécie *in concreto* et ne se présume pas. Elle s'inquiète aussi des « *conflits qui naîtraient*

*immanquablement entre les différents adultes, une fois mis en position de revendiquer des droits sur l'enfant. Le contentieux, que le législateur a cherché à maîtriser sur le plan des conséquences du divorce, resurgirait dont à propos du beau-parent. Il se développerait non seulement au point de départ, à propos de l'attribution de l'autorité parentale, mais aussi par la suite, et de façon récurrente, à propos de la répartition, entre leurs différents titulaires, des attributs de l'autorité parentale ».*

Ce risque de conflits peut apparaître, mais il ne faut pas en exagérer l'importance. En tout état de cause, cette organisation conventionnelle de la vie familiale ne pourrait intervenir que si les parents légaux en ressentiaient le besoin dans leur vie courante. Elle suppose une entente extrêmement harmonieuse entre les parents légaux malgré leur séparation. En particulier, il serait possible à chaque parent, en cas de difficulté, de mettre un terme immédiat au mandat conventionnel. En cas de conflit, la loi reconnaîtrait exclusivement l'autorité des parents légaux.

Mme Edwige Antier considère que les problèmes pratiques dans la vie quotidienne ne sont pas très fréquents mais que l'on pourrait « *imaginer la signature d'un formulaire ou d'une sorte de contrat autorisant le beau-parent à accomplir les actes usuels concernant l'enfant, mais à la condition qu'il y ait sur ce point accord des deux parents* ». Elle signale l'angoisse des pères qui craignent, parfois avant même la naissance de leur enfant, d'en être éloignés un jour s'ils se séparent de la mère. Aussi, « *donner un mandat conventionnel au beau-père sans l'autorisation du père de naissance serait très dangereux, car ce serait dénier le rôle de ce dernier, alors qu'un travail formidable a été fait pour l'impliquer davantage et lui rendre sa place après une séparation, par l'exercice de l'autorité parentale conjointe et la garde alternée, dispositifs qui commencent à porter leurs fruits* ».

M. Didier Le Gall considère qu'il convient de faciliter la vie quotidienne des familles, notamment quand le beau-parent est reconnu par les enfants « *comme père nourricier ayant un rôle affectif et de socialisation qui est un rôle de suppléance, car il ne concurrence pas le père biologique* ». Dans un tel cas, une solution conventionnelle serait parfaitement adaptée.

Dès lors qu'il y a un seul parent légal ou une entente entre les parents légaux, on doit considérer que la simple organisation de la vie quotidienne de l'enfant relève de la vie privée, et ne nécessite pas le contrôle de la société. C'est d'ailleurs aujourd'hui ainsi que s'organisent de fait les parents, en donnant au cas par cas des autorisations à des tiers (droit d'aller chercher l'enfant à l'école, de le faire hospitaliser, de l'emmener en vacances, etc.). La Mission souhaite donner un

cadre légal, cohérent et protecteur, à ces autorisations. Il ne s'agit pas d'opérer un transfert d'autorité parentale qui, lui, doit rester soumis au contrôle du juge. Cette organisation de la vie de l'enfant pourrait donc relever d'une convention entre les parents qui auraient ainsi la possibilité de confier les actes usuels de l'éducation de l'enfant au tiers que, d'un commun accord, ils décident de choisir comme « délégué pour les actes de la vie courante de l'enfant ».

La Mission propose donc d'ouvrir aux parents légaux qui le souhaitent la possibilité de donner à un tiers, beau-parent, grand-parent, voire à une autre personne qui s'occupe habituellement de l'enfant, une « délégation de responsabilité parentale » pour les actes usuels de la vie de l'enfant, qui pourrait prendre la forme soit d'un acte authentique signé devant notaire, soit d'un acte sous seing privé homologué par le juge. Cette seconde possibilité vise à éviter que le coût des frais de notaire, aussi modestes soient-ils, ne constitue un obstacle pour certaines familles.

Cette « délégation de responsabilité parentale » a vocation à répondre, de manière plus souple que les solutions actuellement ouvertes au juge, aux nécessités de l'éducation des trois millions d'enfants qui, en France, ne vivent pas avec leurs deux parents.

*Proposition :*

*– offrir aux parents la possibilité de donner à un tiers une « délégation de responsabilité parentale » pour les actes usuels de la vie de l'enfant, soit par acte authentique devant notaire et directement exécutoire, soit par acte sous seing privé homologué par le juge*

**C.– LA PLACE DES TIERS APRES LE DECES DES PARENTS DOIT ETRE RENFORCEE**

Si l'absence de lien juridique entre un enfant et son beau-parent peut être source de difficultés pratiques dans la vie quotidienne, c'est surtout lorsque disparaît le parent qui faisait le lien entre eux qu'elle risque de conduire à une séparation. Celle-ci peut être particulièrement douloureuse, notamment dans le cas où d'autres enfants sont nés de la nouvelle union et où l'enfant du « premier lit » est contraint, après avoir perdu son parent légal, de s'éloigner de ses demi-frères et de son parent social.

Si des solutions juridiques existent, elles ne sont pas toujours bien connues et s'avèrent parfois trop rigides.

### **1.– Autoriser le beau-parent ou un autre tiers à demander au juge que l'enfant lui soit confié**

Comme on l'a vu *supra*, le juge aux affaires familiales qui statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale après la séparation peut, en cas de décès d'un des parents, confier l'enfant à un tiers plutôt qu'au parent survivant. Cette décision peut s'appliquer du vivant du parent (article 373-3 alinéa 2 du code civil) ou après son décès (article 373-3 alinéa 3 du code civil).

Cependant, le tiers ne peut saisir le juge que par l'intermédiaire du ministère public. Mme Adeline Gouttenoire le déplore et estime qu'il « *serait possible de privilégier le beau-parent et de lui permettre de solliciter lui-même une telle décision de la part du juge, ce qui n'est pas possible actuellement* ».

Cette mesure, à laquelle la Mission est favorable, serait utile mais ne résoudrait pas toutes les difficultés. En effet, le tiers auquel l'enfant est confié n'a pas réellement de pouvoir sur lui, sauf s'il bénéficie d'une délégation de l'autorité parentale (dans le cas où le mineur a encore un parent), ou s'il est désigné comme tuteur du mineur.

### **2.– Permettre au juge de choisir un beau-parent ou un autre tiers comme tuteur, plutôt qu'un grand-parent**

Dans son rapport précité, Mme Irène Théry préconise de supprimer l'attribution automatique de la tutelle aux grands-parents, prévue à l'article 402 du code civil, lorsque le dernier mourant des père et mère n'a pas choisi de tuteur pour ses enfants, comme l'article 397 du même code l'invite à le faire.

Elle estime que cette suppression permettrait au conseil de famille de désigner le tuteur en prenant en considération le seul intérêt de l'enfant. En effet, s'il a été élevé par un beau-parent, il peut être dans son intérêt non seulement de lui être confié, mais aussi d'être placé sous sa tutelle, même en l'absence de volonté explicite de son dernier parent légal en ce sens.

La jurisprudence a reconnu que l'application de la règle de désignation automatique du tuteur n'empêchait pas de confier l'éducation de l'enfant à un tiers. Ainsi, en l'absence de choix d'un tuteur par le père défunt, la Cour de cassation <sup>(1)</sup>

---

(1) Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 17 janvier 1995.



a annulé une décision qui partageait la responsabilité d'un enfant entre son grand-père pour la tutelle aux biens et la compagne de son père (qui était le dernier mourant des parents) pour la tutelle à la personne, afin de confier l'intégralité de la tutelle à son grand-père, mais a maintenu le choix de la juridiction inférieure consistant à confier son éducation à sa mère sociale.

Dans le même sens, la désignation d'un tuteur ne pouvant être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire, la Cour de cassation <sup>(1)</sup> a décidé qu'une personne désignée comme tuteur par la mère sans le respect de ces formes ne pouvait être nommée tuteur et que cette mission devait être confiée au grand-père de l'enfant. En revanche, elle a accepté que, conformément à la volonté de la mère, et dans l'intérêt de l'enfant, l'éducation de celui-ci soit confiée au tiers qu'elle avait désigné.

Néanmoins, la séparation entre le rôle de tuteur et celui d'éducateur peut être source de difficultés. La proposition de Mme Irène Théry permettrait de résoudre ce clivage, en autorisant la désignation comme tuteur d'un tiers, au lieu d'un grand-parent, lorsque l'intérêt de l'enfant le demande.

Mme Adeline Gouttenoire est du même avis, dans la logique de sa proposition visant à permettre à un tiers de demander que le mineur lui soit confié : « *en cas de décès brutal, il serait peut-être judicieux d'envisager le beau-parent comme tuteur privilégié et de permettre au juge de le désigner comme dévolutaire de la tutelle légale de préférence aux grands-parents* ». Cette préconisation est approuvée par M. Mathieu Peyceré.

Mme Edwige Antier est plus réservée, au nom de « *l'importance pour un enfant de connaître sa filiation et de cultiver ses acquis transgénérationnels* ». Elle considère que revenir sur l'automatisme de l'attribution de la tutelle aux grands-parents reviendrait à « *abolir ces efforts (...) à l'heure où tant de personnes âgées meurent isolées et où tant d'enfants manquent de racines. Mieux vaudrait informer plus largement les parents de la possibilité qu'ils ont de désigner un tuteur à leurs enfants de leur vivant que de substituer le beau-parent aux grands-parents* ».

La Mission se prononce en faveur d'une solution équilibrée. Sans revenir sur le principe de l'octroi de la tutelle à un ascendant à défaut de désignation d'un tuteur par le dernier parent, il conviendrait de permettre au conseil de famille, présidé par le juge des tutelles, d'y déroger, dans l'intérêt de l'enfant, au profit d'un

---

(1) Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 24 octobre 1995.

tiers qui aurait participé à son éducation. Cela lui permettrait par exemple d'éviter de confier la responsabilité d'un enfant très jeune à des ascendants trop âgés pour s'en occuper longtemps, alors qu'il a un beau-parent avec lequel il a vécu pendant plusieurs années et qui continue à élever ses demi-frères et demi-sœurs. Cela réduirait les situations dans lesquelles la personne à laquelle l'enfant est matériellement confié est distincte de celle qui assure sa tutelle, c'est-à-dire exerce l'autorité parentale.

Lors de son audition par la Mission, le garde des Sceaux s'est déclaré favorable à une telle évolution : « *le besoin d'une souplesse supplémentaire est légitime, compte tenu du fait que les parents donnent naissance à leurs enfants de plus en plus tardivement, et que l'ascendant le plus proche de l'enfant peut, en raison de l'allongement de la durée de la vie, avoir de grandes difficultés à s'occuper d'un jeune enfant ou d'un adolescent. C'est pour cette raison que le projet de loi de réforme de la protection des personnes vulnérables, qui modifie quelques dispositions relatives à la tutelle des mineurs, prévoit la suppression de l'attribution par priorité de la tutelle à l'ascendant* »<sup>(1)</sup>.

*Propositions :*

- autoriser le tiers qui élève l'enfant à demander au juge de le lui confier en cas de décès du parent*
- à défaut de désignation d'un tuteur par les parents, prévoir l'attribution de la tutelle aux ascendants, sauf si le conseil de famille estime que l'intérêt de l'enfant justifie de désigner comme tuteur le tiers qui l'élève*

**D.– LIER L'EXERCICE DES DROITS DES GRANDS-PARENTS A L'INTERET DE L'ENFANT**

Plusieurs critiques sont formulées à l'encontre de l'actuelle rédaction du premier alinéa de l'article 371-4 du code civil, relatif aux relations entre l'enfant et ses ascendants.

Un certain nombre de grands-parents auxquels il n'est pas permis d'entretenir des relations avec leurs petits-enfants estiment, d'une part, que le juge dispose d'une trop grande marge de manœuvre, et, d'autre part, que l'inexécution des décisions de justice est fréquente et ne fait pas l'objet de sanction. Telle est notamment la position de Mme Christine Miallot, présidente de l'association SOS Grands parents en danger 83<sup>(2)</sup>.

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

(2) Audition du 30 novembre 2005.

Il pourrait être envisagé de modifier l'article 371-4 du code civil pour souligner le caractère réciproque du droit aux relations entre l'enfant et ses ascendants et garantir ainsi le droit des grands-parents. C'est l'objet d'une proposition de loi déposée par Mme Geneviève Lévy<sup>(1)</sup>.

Mme Chantal Lebatard doute de la pertinence d'une telle évolution : « *Les enfants ont le droit de rencontrer leurs grands-parents, mais est-ce une obligation absolue ? Surtout, cela ne créerait-il pas un droit pour les grands-parents d'intervenir dans la vie familiale de leurs enfants ? Je rappelle que le texte portait sur les droits de l'enfant et non sur les droits des grands-parents* »<sup>(2)</sup>.

Les avocates<sup>(3)</sup> entendues par la Mission ont émis des réserves sur l'opportunité qu'il y aurait à restreindre les cas dans lesquels le juge peut s'opposer à l'exercice du droit des enfants d'entretenir des relations avec leurs ascendants. Mme Françoise Dekeuwer-Défossez<sup>(4)</sup> défend la même position au motif que les juges, dans l'intérêt des enfants, doivent les préserver des situations de conflit entre les parents et les grands-parents.

La Mission estime que c'est avant tout l'enfant, ses droits et son intérêt qui doivent être pris en compte, même si c'est, dans certaines situations de crise, au détriment du désir, légitime, de ses ascendants.

Sur ce point, certains juristes<sup>(5)</sup> critiquent le fait que le seul cas dans lequel le juge peut, selon la lettre de la loi, faire obstacle à ces relations soit l'existence de « *motifs graves* ». Cette notion n'étant pas facile à définir, la qualification de ces motifs est laissée à l'appréciation souveraine du juge. Des situations comparables conduisent ainsi à des décisions contraires.

Mme Christine Miallot conteste l'utilisation qui est faite de cette notion : « *Ces motifs doivent être strictement appréciés au regard du danger que l'enfant serait susceptible d'encourir tant dans sa sécurité, sa santé, sa moralité, son éducation que dans le respect de son développement dû à sa personne. Cette*

---

(1) Doc. A.N. n° 2479.

(2) Audition du 13 décembre 2005.

(3) Audition du 5 octobre 2005.

(4) *Idem*.

(5) Cf. Nathalie Rexand-Pourias, « Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis le loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale », *La semaine juridique Édition générale*, n° 1-2, 8 janvier 2003, pp. 9-14.

*appréciation doit porter sur la relation entretenue avec les ascendants, et non sur le conflit qui oppose grands-parents et parents, dans lequel l'enfant n'a absolument rien à voir »<sup>(1)</sup>.*

En fait, c'est souvent en considérant l'intérêt de l'enfant que le juge estime qu'il y a, ou non, des motifs graves faisant obstacle au droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Et ce raisonnement est finalement le plus pertinent, car présumer qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir des relations avec ses grands-parents revient à renforcer le droit des grands-parents au détriment de celui des enfants. Si on estime que tel motif n'est pas grave, indépendamment de l'intérêt de l'enfant, on peut autoriser des relations qui risquent plus de nuire à l'enfant que de lui être favorable.

En outre, justifier le refus d'un droit de visite par l'existence de motifs graves, termes qui portent une connotation négative évidente, est plus traumatisant pour l'enfant et les grands-parents que retenir simplement l'intérêt de l'enfant. Si les grands-parents ont saisi la justice, c'est qu'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord avec les parents. Ceux-ci vont donc tenter de justifier de motifs graves pour que la demande de la partie adverse ne soit pas acceptée, ce qui va encore approfondir la tension au sein de la famille.

Finalement, retenir le seul critère de l'intérêt de l'enfant pour organiser les relations avec les grands-parents pourrait être plus simple et éviter d'attiser les conflits familiaux. Cela ne s'oppose pas à l'affirmation d'un droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, l'exercice de ce droit étant subordonné à sa compatibilité avec l'intérêt de l'enfant, comme c'est le cas pour d'autres droits (celui d'être élevé par ses parents, par exemple).

La Mission, qui place toujours l'intérêt de l'enfant au-dessus de toute autre considération, souhaite que lui seul puisse faire obstacle au droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants.

*Proposition :*

*– prévoir que seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à son droit d'entretenir des relations avec ses ascendants*

---

(1) Audition du 13 décembre 2005.

### **TROISIEME PARTIE : LE DROIT DE L'ENFANT A ETRE PROTEGE**

Afin de préserver les mineurs mis en danger par la carence, la malveillance ou la fragilité des personnes chargées d'assurer leur développement, le législateur a confié aux conseils généraux et à l'autorité judiciaire une mission générale de protection de l'enfance.

La dernière grande loi sur la protection de l'enfance a été promulguée en 1989. Depuis, aucun débat national n'a eu lieu sur la réponse qu'il convient d'apporter aux maltraitances et aux dangers auxquels les enfants sont encore trop souvent soumis dans la France du XXI<sup>ème</sup> siècle. Faute de lignes directrices tracées par les pouvoirs publics, les acteurs de la protection de l'enfance ne disposent pas toujours de repères suffisamment clairs. Ainsi, notre droit donne désormais la priorité aux liens familiaux après les errements des placements systématiques des années de l'après-guerre : les magistrats et les travailleurs sociaux doivent s'efforcer de maintenir l'enfant dans son milieu familial. Mais, lorsque l'enfant ne peut pas rester dans sa famille, les objectifs assignés à l'organisation d'une suppléance parentale ne sont pas suffisamment clairement définis, au risque de remettre en cause la stabilité affective de l'enfant.

L'efficacité de la protection des enfants suppose pourtant que les services qui en ont la charge sachent précisément ce qu'on attend d'eux. Le dispositif repose en effet sur un équilibre, difficile à atteindre, entre, d'une part, le respect de l'intimité des familles, des libertés individuelles et de l'autorité des parents, et, d'autre part, la nécessité de prendre en compte l'intérêt de l'enfant. Il faut veiller sur la famille sans la stigmatiser, accueillir les enfants dans une stabilité affective et psychique tout en organisant des allers et retours chez leurs parents, les protéger tout en aidant les parents à exercer leurs compétences parentales. Cette mission délicate suppose que les objectifs du dispositif soient clairement définis.

Les résultats de la décentralisation initiée en 1983 sont aujourd'hui contrastés. L'augmentation des sommes consacrées à la protection de l'enfance, qui atteignent désormais plus de 5 milliards d'euros par an, a permis une meilleure prise en charge. Mais, placée sous la double tutelle des départements et d'autorités judiciaires spécialisées, la protection de l'enfance souffre d'une organisation particulièrement complexe. Les compétences se superposent : l'intervention des services du conseil général et celle du juge sont mal articulées, tandis que la santé scolaire et le service social à l'école restent sous la responsabilité de l'État. En outre, l'organisation territoriale diffère d'un département à l'autre. Cette complexité nuit à la sûreté du dispositif, et notamment à la continuité du suivi des enfants.

Faute de repères et de lisibilité, la protection de l'enfance est confrontée à des incompréhensions, et parfois à des drames. En France, près de deux enfants décèdent encore chaque semaine de maltraitance, et, si le nombre d'enfants maltraités semble se stabiliser, les cas d'enfants en situation de danger augmentent.

La Mission est convaincue qu'il est urgent de donner aux familles et aux acteurs de la protection de l'enfance un signal fort. Elle appelle de ses vœux une réforme axée sur trois priorités : renforcer la prévention et la détection des risques ; améliorer la prise en charge des enfants en danger ; et clarifier l'organisation du dispositif.

## **I.- L'ENFANCE EN DANGER : UN PHENOMENE MIEUX CONNU**

L'intervention de l'État dans la vie des familles est relativement récente en droit français. C'est en 1889 que, pour la première fois, le législateur a entendu réprimer les abus de l'exercice de la puissance paternelle en donnant au tribunal civil le pouvoir de prononcer la déchéance des droits des parents auteurs de mauvais traitements sur leurs enfants, ces derniers pouvant être retirés de leur milieu familial pour être confiés à l'assistance publique ou à une œuvre charitable. Ont ensuite été créées des sanctions pénales contre les parents coupables de sévices ou de violences sur leurs enfants mineurs.

Au plan de la terminologie, les professionnels de la protection de l'enfance distinguent les enfants maltraités qui ont été victimes de violences, d'abus sexuels ou de négligences lourdes, et les enfants en risque<sup>(1)</sup> qui connaissent des conditions d'existence de nature à compromettre leur développement physique et psychique.

Aujourd'hui, le système de protection de l'enfance en danger est organisé en deux secteurs.

---

(1) Selon les définitions du Guide méthodologique de l'Observatoire national de l'action sociale décentralisée :

- Un enfant maltraité est un enfant victime de violences physiques, d'abus sexuels, de violences psychologiques, de négligences lourdes, ayant des conséquences graves sur son développement physique et psychologique.
- Un enfant en risque est un enfant qui connaît des conditions d'existence risquant de compromettre sa santé, sa sécurité, sa moralité, son éducation ou son entretien, sans pour autant être maltraité.
- C'est l'ensemble de ces enfants que recouvre la notion d'enfants en danger.

La protection administrative est mise en œuvre par les conseils généraux avec l'aide du secteur associatif. Elle regroupe l'ensemble des interventions individuelles et collectives de nature essentiellement préventive. L'accord des personnes qui bénéficient de ces interventions est nécessaire. Ce type de protection repose sur l'existence d'un risque en matière d'éducation, d'entretien, de santé et de sécurité ou de moralité. C'est le service de l'aide sociale à l'enfance (ASE) qui assure cette mission, qui devrait concerner l'ensemble des enfants en risque.

La protection judiciaire regroupe les interventions individualisées à partir d'une décision du juge des enfants, l'ordonnance. Ce type de protection vise à contrôler l'exercice de l'autorité parentale sans y porter atteinte, en apportant aide et accueil à la famille, qui n'a pas accepté en premier lieu l'aide proposée par les services de la protection administrative. Il s'impose tout naturellement dans la plupart des cas de maltraitance.

Si la protection de l'enfance est organisée en deux secteurs, la mission de repérage et d'évaluation des dangers est principalement dévolue aux conseils généraux, et la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance affirme explicitement la responsabilité du conseil général en matière de prévention et de protection des mineurs victimes de mauvais traitements. Elle fait obligation au président du conseil général de mettre en place au niveau départemental un dispositif permettant de recueillir en permanence des informations relatives aux mineurs maltraités et de répondre aux situations d'urgence, ainsi que d'informer les professionnels qui lui ont communiqué ces informations de la suite qui leur a été donnée.

Cette loi a aussi créé un service national d'appel téléphonique permanent et gratuit, dénommé Service national d'accueil téléphonique pour l'enfance maltraitée (SNATEM) qui a été mis en place en 1999. Conçu pour permettre à tout citoyen d'évoquer à tout moment, auprès de professionnels spécialisés, une situation de mauvais traitements à enfant, ce dispositif téléphonique est mis à la disposition des départements pour les aider à remplir pleinement leur mission de prévention et de protection à l'égard des mineurs victimes. Le statut juridique choisi – il s'agit d'un groupement d'intérêt public dénommé Groupement d'intérêt public enfance maltraitée (GIPEM) – permet de réunir trois partenaires directement impliqués dans la prévention et la protection des mineurs : l'État avec une représentation de neuf ministères, les départements et les associations. Le financement du service est assuré à part égale par l'État et les conseils généraux métropolitains, au *prorata* du nombre d'habitants. Le service est accessible

24 heures sur 24, tous les jours de l'année. Les appels sont gratuits pour les appelants. L'affichage du numéro vert est obligatoire dans les lieux recevant habituellement des mineurs.

Pour parvenir à une meilleure prévention de la maltraitance, il convient de mieux connaître les différents visages de l'enfance en danger, car les situations sont très disparates et de multiples acteurs interviennent dans la protection de l'enfance. Plusieurs experts ont souligné les lacunes de notre système de statistiques sociales qui souffre aujourd'hui d'un éclatement des sources d'information. Aucun diagnostic fiable n'est possible sans une connaissance précise des différentes formes de maltraitance et de carences éducatives.

C'est pourquoi a été créé, par la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, un Observatoire national de l'enfance en danger (ONED) qui s'inscrit au sein du GIPEM au même titre que le SNATEM. L'Observatoire a pour missions de recueillir, analyser, évaluer et diffuser les données chiffrées, les études, les recherches et les pratiques de prévention et d'intervention en protection de l'enfance dont, après évaluation, les résultats ont été jugés concluants. Cette structure de veille en faveur de la protection de l'enfance a rendu public son premier rapport en septembre 2005.

L'Observatoire national de l'action sociale décentralisée (ODAS) constitue une autre source d'informations qui publie régulièrement des statistiques sur l'enfance en danger. Cette structure a été créée le 14 juin 1990 sous forme associative afin de permettre, à partir d'enquêtes et d'études, le développement d'une réflexion commune des principaux décideurs et acteurs de l'action sociale. Elle regroupe les différentes collectivités territoriales, les administrations centrales et les associations impliquées dans ce secteur.

Les statistiques citées dans le présent rapport émanent le plus souvent de cet organisme ou du SNATEM et concernent pour l'essentiel des données portant sur les années 2003 et 2004.

#### **A.- L'EVOLUTION DES SIGNALEMENTS**

Avec 95 000 signalements, les conseils généraux ont enregistré en 2004 la hausse la plus forte depuis plusieurs années (6 000 enfants en plus par rapport à 2003, soit une évolution annuelle de près de 7 %). Cette forte croissance confirme la hausse déjà constatée en 2003 (3 000 enfants en plus par rapport à 2002, soit une évolution annuelle de 3,4 %). La progression du nombre de signalements



s'explique par une forte augmentation du nombre d'enfants en risque, mais on constate aussi un accroissement du nombre de cas de maltraitance (+ 5,5 %). Cette évolution est directement liée à l'augmentation du nombre de familles fragiles, souvent trop isolées pour offrir à leurs enfants les conditions d'un développement satisfaisant.

Toutefois, il s'agit là d'une analyse globale qui peut recouvrir des réalités très différentes. On constate en effet que les taux de signalement et les variations annuelles diffèrent selon les départements, mais aussi selon les territoires infra-départementaux.

EVOLUTION DES SIGNALEMENTS A L'ASE DE 2000 A 2004  
(France métropolitaine)

	2000	2001	2002	2003	2004
Enfants maltraités	18 300	18 000	18 500	18 000	19 000
Enfants en risque	65 500	67 500	67 500	71 000	76 000
<b>Total des enfants</b>	<b>83 800</b>	<b>85 500</b>	<b>86 000</b>	<b>89 000</b>	<b>95 000</b>

Source : ODAS

### 1.- Des sources d'informations diversifiées

La réussite de la prévention de la maltraitance suppose, au préalable, que des procédures de repérage des enfants en risque existent sur l'ensemble du territoire et qu'elles soient assez diversifiées pour répondre à des situations très différentes : la détection de la maltraitance chez le nouveau né ne passe pas par le même canal que le signalement d'un adolescent victime d'abus sexuels qui peut prendre une part active dans la dénonciation des faits.

La mise en place du numéro d'appel 119 représente un véritable progrès, car il permet à toute personne témoin ou victime de maltraitance de signaler des faits, à charge pour ce service d'apprécier la suite qui doit être donnée à l'appel reçu. Le 119 permet ainsi à des enfants qui étaient inconnus des services sociaux d'être pris en charge, et il constitue donc le dernier rempart permettant d'alerter les services publics.

La détection des enfants en danger est effectuée pour moitié grâce à des informations provenant directement de la population, et pour moitié grâce à des informations provenant des professionnels. Ces derniers sont répartis à parité entre services sociaux et autres secteurs concernés (éducation nationale, santé, associations, police...).

**SOURCE DE LA PREMIERE INFORMATION  
(signalements directs à la justice exclus)**

Services sociaux départementaux	20 %
Autres services sociaux	6 %
Éducation nationale	11 %
Autres professionnels	12 %
Famille, enfant lui-même	19 %
Voisins, entourage extra-familial	15 %
Personnes anonymes	17 %
<b>Total</b>	<b>100 %</b>

Source : ODAS

L'ODAS souligne que l'implication des services sociaux départementaux varie beaucoup d'un département à l'autre. Si la proportion d'informations en provenance des services sociaux départementaux est en moyenne de 20 %, elle peut aller, selon les départements, de 3 % à 47 % en fonction des pratiques, de la présence ou non d'une cellule centralisée ou d'un numéro vert.

Il n'est pas étonnant de constater que les services sociaux du département repèrent surtout des situations de risque : leur position particulière par rapport aux familles à soutenir, les difficultés préexistantes des populations qu'ils suivent, le sens même de leur intervention expliquent cette attention. Cette tendance se vérifie également pour les services sociaux d'autres institutions.

**TYPES DE DANGERS SELON LES INFORMATEURS**

Enfant concerné*	Autre mineur*	Lieu de garde*	Médecin*	Hôpital	Anonyme	Voisin	Association	Education nationale, privée	Famille	Autres services sociaux	Services sociaux départ.	Police, gendarmerie*
29 %	30 %	37 %	51 %	52 %	59 %	60 %	61 %	65 %	71 %	77 %	84 %	90 %
71 %	70 %	63 %	49 %	48 %	41 %	40 %	39 %	35 %	29 %	23 %	16 %	10 %

\* Faibles effectifs, à interpréter avec prudence car ils peuvent être fortement liés à une circonstance locale exceptionnelle ; ainsi par exemple les signalements provenant d'un lieu de garde sont pour moitié issus d'un établissement d'un seul département.

**Maltraitance**
 **Risque**

Source : ODAS/SNATEM (1999)

Il convient de noter que parmi les particuliers qui sont à l'origine de l'information, les mineurs ont une démarche particulière. Ils signalent essentiellement des maltraitances, ce que l'on peut comprendre : leur mobilisation n'intervient que pour des raisons graves.

Pour les cas de maltraitance, les symptômes les plus visibles concernent les négligences graves (séquelles physiques et comportementales) et la violence physique (stigmates corporels). Ces mauvais traitements peuvent ainsi être repérés aussi bien par des particuliers que par des professionnels. L'entourage extra-familial de l'enfant (voisinage, amis...) est à lui seul à l'origine de la moitié des informations pour ces motifs.

Le repérage des abus sexuels est plus difficile : le constat direct d'un abus sexuel avéré ne provient en général que de l'enfant lui-même, de sa famille, ou dans une moindre mesure des médecins et hôpitaux.

## **2.- Le profil des enfants signalés**

Le profil des enfants signalés varie selon l'informateur à l'origine du signalement. En effet, l'entourage extra-familial intervient plus facilement lorsque les enfants en danger sont très jeunes : pour les appels anonymes et issus du voisinage, quatre informations sur dix concernent des enfants de moins de six ans et deux sur dix des adolescents.

La famille déclenche des informations qui concernent toutes les classes d'âge. Elles proviennent essentiellement de familles monoparentales ou recomposées : moins d'une famille sur trois comporte les deux parents.

En revanche, lorsque l'information vient de l'enfant lui-même, il s'agit dans deux cas sur trois d'adolescents, plus autonomes. Ces enfants qui dénoncent les situations dont ils sont victimes sont majoritairement des filles : 73 %, contre 27 % de garçons.

Parmi les professionnels, on constate aussi des disparités de sensibilité concernant certains enfants : les professionnels de santé, pourtant en contact avec tous les enfants, se manifestent surtout pour les enfants en âge préscolaire (objets de la moitié des informations en provenance des hôpitaux ou des médecins libéraux). On retrouve une moyenne de six filles pour quatre garçons parmi les informations provenant de ces professionnels de santé.

Les informations données par l'éducation nationale ont, elles aussi, quelques particularités que l'on retrouve dans celles provenant de la police et de la gendarmerie qui repèrent les mêmes profils d'enfants. Les garçons sont un peu plus représentés que les filles. On remarque d'ailleurs que les garçons sont surtout mentionnés pour des situations de risque (73 %), alors que les filles sont signalées par l'éducation nationale comme plus maltraitées que les garçons (57 % d'entre elles sont déclarées en risque, et 43 % maltraitées). On trouve ici les caractéristiques que l'on constate aussi dans les signalements directs à la justice.

### **3.- Les circuits de transmission des informations**

Lorsqu'une personne repère un enfant en danger, elle peut soit directement saisir les services de l'ASE soit s'adresser à des services téléphoniques spécialisés (le SNATEM ou un numéro départemental). Les professionnels saisissent directement les services de l'ASE dans 71 % des cas et les particuliers ont recours aux services téléphoniques dans 80 % des cas.

Parmi les centaines de milliers d'appels reçus chaque année par le numéro national, le 119, plus de 40 000 situations signalées reçoivent une aide personnalisée : 33 000 reçoivent des conseils individualisés de manière immédiate et 7 500 font l'objet d'une transmission au conseil général, les orientations sur les services de la justice représentant 9 000 cas annuels.

Les informations révélées au 119 concernent avant tout des violences physiques et des négligences graves. En revanche, les violences sexuelles sont sous-représentées. Les enfants repérés par le 119 sont sensiblement plus jeunes : un enfant sur cinq a plus de douze ans, contre un enfant sur trois pour les informations arrivant directement à l'ASE. Ce numéro d'appel joue un rôle complémentaire à l'ASE : deux tiers des informations se réfèrent à des enfants jusqu'ici inconnus et seul un tiers avait déjà fait l'objet d'un signalement.

Certains départements ont mis en place des services téléphoniques départementaux qui basculent sur le SNATEM lorsqu'ils sont fermés. La présence d'un service local ne diminue pas le nombre d'appels au 119, car il semble que plus la sensibilisation à la maltraitance est importante, plus le SNATEM est sollicité.

À la différence de la police et de l'éducation nationale qui ont tendance à saisir directement l'autorité judiciaire, les particuliers s'adressent plutôt à l'ASE.

Selon les départements, les services de l'ASE sont plus ou moins clairement identifiés par le grand public et l'essentiel des contacts se fait par l'intermédiaire d'un travailleur social.

Plus de la moitié des informations recueillies par l'ASE donne lieu à un signalement ou à une saisine de la justice qui, dans 11 % des cas, est saisie d'urgence. Un tiers des informations aboutit à un accompagnement social et seules 9 % des informations sont jugées peu crédibles et ne sont pas suivies d'effet.

Lorsque la situation est assez grave pour faire l'objet d'un signalement, elle aboutit dans 67 % des cas à une saisine du parquet, dans 24 % des cas à une mesure de suivi de la famille après contractualisation avec elle, et dans 9 % des cas seulement, en raison de la non-coopération de la famille, l'ASE décide d'un suivi social renforcé.

#### **4.- Les difficultés d'évaluation du risque**

Même si des progrès incontestables ont été faits dans la détection des enfants en danger, certains chiffres laissent à penser que l'évaluation du risque n'est pas toujours bien faite.

De nombreux cas d'enfants, qui ont été classés car les informations transmises n'étaient pas assez précises, font l'objet d'un réexamen dans la même année. Dans un cas sur cinq, ils font l'objet d'un signalement qui entraîne une fois sur trois la saisine de la justice. De même, de multiples cas ayant abouti à un suivi social occasionnent au cours de la même année un signalement, ce qui laisse à penser que cet accompagnement n'était pas suffisant.

Il semble donc qu'il ne soit pas toujours facile d'apprécier dès la première détection le type de mesure adaptée à la situation pour éviter la répétition ou l'aggravation de la maltraitance.

Il convient de garder à l'esprit que quatre enfants sur dix signalés au SNATEM avaient déjà fait l'objet d'une information de risque de maltraitance. Lorsque la détection est faite directement par un service social, le taux est encore plus élevé puisqu'il atteint 50 %.

## B.- LES CARACTERISTIQUES DES DANGERS PESANT SUR LES ENFANTS

### 1.- La progression des cas de maltraitance

Le nombre d'enfants maltraités a progressé sensiblement en 2004 (+ 1 000 enfants), et plus particulièrement celui des enfants victimes de violences physiques (+ 800). Ces chiffres pourraient marquer une rupture dans l'évolution de la maltraitance, car jusqu'à présent le nombre d'enfants maltraités restait stable et ceux victimes de violences physiques progressaient peu.

Il est pour l'instant difficile d'évaluer si la recrudescence des actes de violence physique en 2004 correspond à une rupture dans l'évolution de la maltraitance. Les tendances observées jusque-là dans la typologie des maltraitances montraient plutôt un accroissement des violences psychologiques ou des négligences lourdes.

EVOLUTION DES TYPES DE MAUVAIS TRAITEMENTS DE 2000 A 2004  
(France métropolitaine)

	2000	2001	2002	2003	2004
Violences physiques	6 600	5 800	5 600	5 800	6 600
Abus sexuels	5 500	5 900	5 900	5 200	5 500
Négligences lourdes et violences psychologiques	6 200	6 300	7 000	7 000	6 900
<b>Total des enfants maltraités</b>	<b>18 300</b>	<b>18 000</b>	<b>18 500</b>	<b>18 000</b>	<b>19 000</b>

Source : ODAS

Jusqu'en 2003, l'ODAS constatait que les formes de maltraitance les plus graves n'augmentaient pas et que les violences physiques étaient en régression. Pour leur part, les abus sexuels repérés par les conseils généraux, après avoir augmenté pendant plusieurs années, se sont stabilisés en 2002 et ont diminué en 2003. Cette baisse doit être analysée avec prudence : elle montre *a minima* que la médiatisation, très forte en 2004, des affaires à caractère pédophile ne doit pas faire croire à une dégradation généralisée de la société. En 2004, les signalements pour violences sexuelles se sont élevés à 5 500.

Selon les explications données par les conseils généraux, les données 2004 refléteraient la progression de la violence dans les relations sociales. Cette explication est corroborée par les constats établis par les travailleurs sociaux de l'ASE selon lesquels les enfants placés en établissement sont de plus en plus violents. Cette progression de la violence expliquerait aussi l'augmentation des abus sexuels (+ 5,7 % en un an).

## 2.- Les enfants en risque : un phénomène de plus en plus préoccupant

Depuis plusieurs années le nombre d'enfants en risque progresse régulièrement, mais en 2004 la progression est beaucoup plus marquée que les années précédentes (+ 5 000 enfants, soit un taux de progression annuel de plus de 7 %). Il convient par ailleurs de rappeler que la stabilisation constatée en 2002 succédait à une hausse régulière depuis la mise en place de l'observation des signalements.

Ces enfants ne sont pas maltraités, mais leur situation nécessite bien une intervention, qui doit être multidimensionnelle. En effet, même si les professionnels identifient un risque principal, ces situations correspondent généralement à un cumul de différentes problématiques : précarité sociale, précarité relationnelle, précarité psycho-affective, précarité scolaire, précarité économique, *etc.*

## 3.- L'évolution des facteurs de danger

Les facteurs de danger les plus massifs restent les mêmes d'une année sur l'autre. Les carences éducatives des parents restent le facteur de danger qui concerne le plus d'enfants (près de la moitié des enfants). Cette situation renvoie à la difficulté à assumer la fonction parentale, dans ses dimensions éducative et socialisante. Elle est liée à une forme de précarité relationnelle (isolement social) et d'immaturation (manque de repères) qui touche de plus en plus de familles.

FACTEURS A L'ORIGINE DU DANGER <sup>(1)</sup>  
(nombre d'enfants concernés par facteur de danger)

	2002	2003	2004	Pourcentage d'enfants concernés par le facteur pour l'année 2004
Carences éducatives des parents	54 000	40 000	47 500	soit 50 % des enfants signalés
Conflits de couple et séparation	30 000	23 000	28 500	soit 30 % des enfants signalés
Problèmes psycho pathologiques des parents	14 000	12 000	12 350	soit 13 % des enfants signalés
Dépendance à l'alcool ou à la drogue	10 000	10 000	11 400	soit 12 % des enfants signalés
Maladie, décès d'un parent, chocs affectifs	4 000	5 000	6 650	soit 7 % des enfants signalés
Chômage, précarité, difficultés financières	13 000	12 000	12 350	soit 13 % des enfants signalés
Cadre de vie, habitat	7 000	6 000	7 600	soit 8 % des enfants signalés
Errance, marginalité	3 000	4 000	3 800	soit 4 % des enfants signalés
Autres	7 000	9 000	11 400	soit 12 % des enfants signalés

(1) Ce tableau traite de l'ensemble des enfants en danger : les enfants maltraités et les enfants en risque.

Source : ODAS

Pour les enfants maltraités comme pour les enfants en risque, ce sont les carences éducatives des parents qui apparaissent comme le facteur décisif ayant entraîné le signalement. Cette notion renvoie souvent à une immaturité ou aux difficultés psychologiques des parents, à une absence de repères, à un très grand isolement social qui conduisent les parents à être dans l'incapacité d'assumer leurs responsabilités parentales.

C'est pourquoi les actions de soutien à la fonction parentale doivent être renforcées en prenant en compte des formes de maltraitance moins visibles, moins connues : les violences psychologiques et les négligences lourdes. Le travail social traditionnel ne semble plus adapté pour prévenir ces formes de maltraitance, et il faut prendre en considération le désarroi des professionnels devant ces situations qui nécessitent de rechercher plus activement de nouveaux modes d'intervention.

L'enquête réalisée en 1999 par l'ODAS et le SNATEM a montré que l'inoccupation des parents (qu'ils soient au foyer, actifs au chômage, retraités, invalides ou sans profession), qui s'accompagne souvent d'un isolement social, est l'une des caractéristiques les plus fréquentes des familles d'enfants en danger. Par ailleurs, les chiffres mettent aussi en évidence l'importance des conflits de couple, qui sont relativement fréquents dans les familles d'enfants en danger.

Ces données chiffrées sur l'enfance en danger montrent que, contrairement à une idée répandue, la précarité économique ne constitue pas un facteur décisif de danger (13 % seulement des enfants signalés sont dans ce cas).

## **II.- LA PREVENTION ET LA DETECTION DE L'ENFANCE EN DANGER**

Depuis les grandes lois de décentralisation lancées en 1983, le département est la collectivité pivot pour l'action sociale. La loi n° 86-17 du 6 janvier 1986 a précisé les nouvelles compétences des départements en matière d'action sociale et a confié aux conseils généraux la responsabilité de l'aide sociale à l'enfance. Auparavant l'aide sociale à l'enfance était définie par les différentes catégories juridiques d'enfants recueillis : enfants surveillés, enfants recueillis temporairement, enfants secourus, enfants en garde, pupilles de l'État. La loi de transfert de compétences a eu une approche plus dynamique en définissant des missions.



L'article L. 221-1 du code de l'action sociale et des familles définit ainsi trois missions :

- une prévention spécialisée par un suivi social au bénéfice des mineurs et de leurs familles lorsque ces personnes sont confrontées à des difficultés sociales susceptibles de compromettre gravement leur équilibre ;
- une prévention de nature collective en organisant dans les lieux où se manifestent des risques d'inadaptation sociale des actions visant à prévenir la marginalisation et à faciliter l'insertion des jeunes et des familles ;
- une réponse aux besoins des mineurs confiés à l'ASE par leur famille, par l'autorité judiciaire ou avec le statut de pupilles de l'État.

La loi du 6 janvier 1986 comportait une lacune grave : si elle donnait au département une mission générale de protection de l'enfance, elle n'organisait aucune procédure de prévention et détection.

C'est pourquoi la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance pose le principe d'une obligation de signalement à la justice des situations d'enfants maltraités. Mais comme le fait remarquer M. Jean-Pierre Rosenczweig lors de son audition, cette loi aujourd'hui codifiée aux articles L. 221-1(5°), L. 226 et suivants du code de l'action sociale et des familles n'est pas allée jusqu'au bout de sa logique : *« J'observe cependant que la loi du 10 juillet 1989 sur l'enfance en danger a fait du président du conseil général le destinataire des signalements des seuls enfants maltraités. On ne peut s'en tenir là : il faut étendre le rôle du président du conseil général à tous les risques qui pèsent sur l'enfant. La loi de 1989 est donc techniquement perfectible. Elle a néanmoins eu le très grand mérite politique de remobiliser les acteurs de la protection de l'enfance, et la procédure de signalement est à présent globalement satisfaisante »*<sup>(1)</sup>.

L'ensemble des professionnels estime que le conseil général doit traiter de l'ensemble des situations concernant l'enfance en danger et non pas seulement des enfants maltraités. Pour mener à bien cette mission de prévention, il dispose non seulement du service de l'aide sociale à l'enfance, mais aussi du service départemental de protection maternelle et infantile, ainsi que du service d'action sociale qui intervient essentiellement par le biais des assistants sociaux polyvalents basés sur une circonscription géographique donnée.

---

(1) Audition du 11 mai 2005.

Avant de s'attacher à améliorer les procédures de signalement, la Mission a jugé prioritaire de souligner le rôle primordial de la prévention pour éviter que certaines difficultés familiales non repérées mettent des enfants en danger.

#### **A.— ANTICIPER LE DEPISTAGE DES LA GROSSESSE**

Le suivi actuel des grossesses présente de nombreuses lacunes : il est essentiellement médical et ne comporte aucun suivi social sauf pour les populations les plus marginalisées, déjà connues des services sociaux.

Le code de la santé publique, dans son article L. 2122-1, pose le principe d'une surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement qui comporte des examens prénataux et postnataux obligatoires (sept examens prénataux sont obligatoires). À cette fin, la femme enceinte reçoit, lors du premier examen prénatal, un carnet de grossesse où sont consignés tous les examens et consultations obligatoires.

Cette approche très médicalisée de la grossesse représente un progrès en termes de suivi médical, mais ne prend absolument pas en compte la dimension affective de la grossesse qui est aussi un temps de préparation pour changer de statut et devenir parent. Les cours de préparation à l'accouchement semblent être le moment idéal pour évoquer cette dimension, mais bien souvent ils se focalisent sur des questions médicales et n'évoquent que très brièvement celle de l'attachement mère/enfant.

Il semble donc essentiel de réorienter le suivi pour tenir compte de la dimension psychique de la grossesse, afin de répondre non seulement aux préoccupations médicales des futures mères mais aussi à leurs interrogations plus fondamentales sur leur fonction parentale.

Ce suivi de la grossesse doit être aussi l'occasion de détecter les risques du trouble de l'attachement qui, s'il n'est pas traité, conduit souvent à une carence éducative en raison des difficultés relationnelles de la mère avec son nourrisson.

La théorie de l'attachement a mis en lumière le rôle fondamental pour le développement du bébé de la présence à ses côtés d'un adulte, figure d'attachement stable qui permet à l'enfant de grandir dans un cadre sécurisant. Pour cela, l'adulte doit être fiable, prévisible, accessible et avoir le souci de communiquer de manière constante avec l'enfant en restant à l'écoute.

## **Présentation simplifiée de la théorie et de la clinique de l'attachement <sup>(1)</sup>**

### **Description**

Les processus d'attachement sont une des composantes du lien précoce mère-bébé, les autres étant les sentiments d'amour et d'ambivalence, les processus de différenciation progressive (l'acquisition du sens de l'identité), *etc.*, chacun de ces processus pouvant avoir une influence sur les autres. La partie du lien qui concerne l'attachement porte sur la constitution du sentiment de sécurité.

Pour se développer normalement, un enfant a dès ses premiers mois un besoin vital, au niveau psychique, d'établir un lien sélectif avec un adulte figure d'attachement stable, fiable, prévisible, accessible, capable de comprendre ses besoins et d'apaiser ses tensions, et qui lui permette de se sentir en sécurité. Une figure d'attachement « sécuritaire » est un adulte qui répond au besoin de proximité de l'enfant chaque fois qu'il est en situation de détresse, de grande inquiétude, et qui lui procure alors le réconfort nécessaire. Une telle relation se manifeste par la notion de « base de sécurité », qui autorise l'enfant à prendre de la distance sans inquiétude ; par la notion de comportement de refuge (retour vers la figure d'attachement quand le sujet perçoit une menace) ; et par des réactions marquées vis-à-vis de la séparation involontaire d'avec cette figure d'attachement. Lorsque l'enfant a intériorisé, entre l'âge de 6 et 9 mois, une image maternelle sécurisante, il développe un sentiment de confiance en lui et dans les autres qui lui permet de s'éloigner pour explorer le monde. Un adulte peut permettre à un enfant d'éprouver ce sentiment de sécurité sans être forcément son parent biologique. Par ailleurs, on sait que les parents ont constitué bien avant la grossesse les modalités d'attachement qu'ils proposent, en fonction des images le plus souvent inconscientes qu'ils ont de leurs propres parents.

### **Attachement et famille à risques**

Les nourrissons nouent des relations d'attachement même avec les parents les plus négligents et les plus maltraitants, fut-ce au prix de mécanismes de défense fixés parfois en quelques mois. La question n'est donc pas : « Est-ce qu'il y a une relation d'attachement entre cet enfant et ce parent ? », mais : « Quelle est la qualité de la relation d'attachement entre eux ? », ou « Est-ce que cet attachement permet à l'enfant de se développer normalement sur un plan intellectuel et affectif, et lui permet de devenir autonome dans l'existence ? ». Dans 82 % des groupes familiaux à risques (maltraitance, négligence, maladie mentale d'un parent, toxicomanie, *etc.*), l'enfant développe un attachement « insécure désorganisé-désorienté » qui montre qu'il est effrayé, confus, incapable d'utiliser un mode de contact cohérent. Cela se manifeste par son refus de dépendre de l'adulte même lorsqu'il est anxieux ; l'absence de réaction manifeste à la séparation ; l'incapacité de conserver les bons moments sans les détruire par la suite ; une réaction agressive à toute limite ou exigence, sans capacité d'admettre ses torts ; un état de rage constant (Steinhauer, 1997, cité par Saint-Antoine, 1999). Cyrulnik précise qu'un enfant qui présente un attachement désorienté-désorganisé ne peut pas devenir résilient, et que seule l'expérience d'un attachement sécurisant permet la constitution de la résilience.

---

(1) Synthèse d'un article rédigé par M. Maurice Berger.

Enfin certains enfants auxquels aucun lien n'est proposé présentent une pathologie du non-attachement. Ayant abandonné l'espoir qu'on puisse répondre à leurs besoins, ils se lient de façon superficielle aux adultes qui sont interchangeable à leurs yeux.

Le plus important est l'aspect pronostique : un enfant qui n'a pas développé avant deux ans une capacité d'attachement impliquant un minimum de sécurité conservera de graves séquelles affectives, sociales et cognitives. L'enfant devient alors lui-même un obstacle à l'élaboration d'un projet de vie dans un environnement plus favorable, comme un placement familial :

*« Il apparaît donc important de travailler à l'établissement d'un lien d'attachement sécure entre le jeune enfant et ses parents, mais aussi de pouvoir reconnaître rapidement les situations où ce travail s'avérera impossible, sinon les conséquences sur le développement de l'enfant, en particulier sur sa socialisation, seront rapidement irréversibles »* (Saint Antoine, 1999).

Même si la nature du lien qui s'établit entre un enfant et ses parents ne se résume pas aux processus d'attachement, il manque un axe directeur à un dispositif de protection de l'enfance qui fonctionne sans avoir cette théorie et cette clinique parmi ses fondements.

Cette figure d'attachement n'est pas forcément le parent biologique, mais doit être toujours la même personne pour que l'enfant, après avoir construit une relation de confiance avec cet adulte, puisse progressivement devenir autonome sans sentiment d'insécurité. Il est fondamental que l'enfant puisse avoir intériorisé, entre son sixième et son neuvième mois, cette image parentale sécurisante pour commencer à prendre conscience de son identité et de l'intérêt d'aller à la découverte du monde extérieur. Sans cette mise en confiance progressive, l'enfant aura du mal à explorer le monde extérieur et risque de présenter des troubles cognitifs qui se traduiront par des difficultés d'apprentissage importantes.

C'est M. Maurice Berger qui a diffusé en France cette théorie et qui a mis en lumière l'importance de la grossesse comme période de maturation pour créer des liens avec le futur bébé. Cet apport théorique très important dans la connaissance des liens mère/enfant fait aujourd'hui consensus, et de nombreux praticiens s'y réfèrent explicitement ou ont intégré ce concept à leur pratique. M. Aldo Naouri, par exemple, insiste sur l'importance de ce lien originaire : *« L'enfant est un jalon dans une longue histoire qui commence bien avant sa naissance, et les neuf mois qu'il passe dans le ventre de sa mère ne sont pas une aventure anodine : ils laissent en lui une trace indélébile. L'enfant naît au monde avec un alphabet sensoriel élémentaire qui lui vient du corps de sa mère. Celle-ci est pour lui un être privilégié, au point qu'il la reconnaît sur photo*

– l’expérience a été faite – à huit heures de vie !... Le moteur de cette aventure est le plaisir que l’enfant trouve exclusivement dans la relation avec sa mère »<sup>(1)</sup>. L’importance du lien entre l’enfant et la femme qui l’a fait naître justifie d’ailleurs les réticences que suscite la gestation pour autrui.

M. Jean-Marie Delassus<sup>(2)</sup> souligne l’importance de cette période qui fait revivre aux futures mères des épisodes totalement oubliés de leur petite enfance et qui met en lumière tous les dysfonctionnements qu’elles ont vécus dans les relations avec leurs parents. C’est pourquoi il semble fondamental que les futures mères, surtout celles qui ont eu des difficultés relationnelles avec leurs propres parents, puissent évoquer avec des professionnels ces épisodes qui reviennent à leur mémoire. Il s’agit là de se préparer à son propre rôle de parent sans être prisonnier d’une histoire familiale parfois traumatisante.

La Mission propose donc de renforcer le suivi prénatal en donnant tout son sens à l’entretien du quatrième mois de grossesse. Il ne doit pas se borner à informer la future mère de l’évolution médicale de la grossesse, mais doit aborder la dimension psychique de celle-ci. Dans les maternités publiques, la présence d’un psychologue doit être garantie pour permettre son intervention rapide si la mère en ressent le besoin. Il paraît aussi très important que les cours de préparation à l’accouchement comportent un nombre suffisant de séances pour permettre d’évoquer la genèse du lien mère/enfant, l’importance de l’arrivée d’un enfant dans l’histoire familiale. Si une mère ressent des difficultés de communication avec son bébé, elle doit pouvoir bénéficier d’un soutien psychologique.

Les sorties de plus en plus précoces des maternités doivent être compensées par l’installation de « maisons de naissance », c’est-à-dire d’établissements pour jeunes accouchées, pour que les femmes qui quittent la maternité en plein « *baby blues* » et ne parviennent pas à établir de communication avec leur nourrisson puissent être prises en charge dès les premières semaines suivant la naissance de leur bébé. Les professionnels de la naissance devraient être aussi sensibilisés à l’existence de ces établissements qui offrent une prise en charge spécifique.

M. Jean-Marie Delassus est pour sa part le pionnier de la maternologie en milieu hospitalier qui peut aussi répondre à ces pathologies du lien mère/enfant, et a pu créer, en 1987, un service hospitalier consacré uniquement à ces troubles, implanté à Saint-Cyr l’École. Au cours de son audition, il a insisté sur l’importance

---

(1) Table ronde du 13 avril 2005.

(2) Cf. les développements sur la maternité psychique dans *Le sens de la maternité*, Jean-Marie Delassus, Dunod.

des premiers instants de la naissance dans le lien mère/enfant : « *La prévention de la maltraitance commence donc au moment même de la mise au monde, et la vigilance du personnel soignant doit favoriser le proto-regard en salle d'accouchement. Il faut, d'autre part, s'attacher à percevoir très tôt l'échec éventuel de l'installation de ce lien et de l'effondrement maternel qui s'ensuit, et le prendre en charge immédiatement, au besoin par des soins en service de maternologie. De telles mesures assurent la résilience, et plus de la moitié des cas de maltraitance peuvent être ainsi évités. En somme, la qualité de la naissance paraît le meilleur moyen de prévenir la maltraitance (...) La maltraitance étant une maladie de la parentalité, il faut agir pour que s'instaure une parentalité humaine et valable* »<sup>(1)</sup>.

La Mission souhaite vivement qu'un suivi des jeunes accouchées à leur domicile soit développé, comme le prévoit d'ailleurs l'article L. 2112-2 du code de la santé publique qui dispose que les services de protection maternelle et infantile (PMI) doivent organiser « *des consultations postnatales* » et « *des actions médico-sociales préventives à domicile pour les femmes enceintes et les enfants de moins de six ans requérant une attention particulière* ». Force est de constater que les visites à domicile sont peu pratiquées par les services de PMI et par les travailleurs sociaux, sauf dans certains départements où elles sont réservées à des mères en grandes difficultés sociales. Or il n'y a pas de fatalité sociale aux difficultés mère/enfant. Une telle évolution ne permet plus de mener une véritable politique de prévention. En effet, seule une visite à domicile permet d'apprécier les conditions concrètes de prise en charge du bébé, et tout particulièrement les conditions de logement, et d'évaluer la précarité des familles.

La Mission propose donc que, sur prescription médicale ou à la demande des familles, des sages-femmes ou des puéricultrices puissent venir épauler la mère qui a souvent des difficultés très pratiques, mais qui ne dispose plus de l'entourage familial pour, par exemple, l'aider à allaiter un enfant ou à lui donner les premiers soins.

Cette préconisation est faite par plusieurs personnes auditionnées, comme Mme Claire Brisset<sup>(2)</sup> qui fait remarquer que les visites à domicile aux jeunes accouchées sont systématiques au Royaume-Uni. Certains départements mènent des politiques pilotes en la matière comme le souligne Mme Marie-Colette Lalire : « *Il faut renforcer le rôle des sages-femmes et l'indispensable articulation,*

---

(1) Table ronde du 4 mai 2005.

(2) Audition du 11 mai 2005.

*en amont, entre tous les services médicaux et sociaux pour prévenir les difficultés et veiller à ce qu'au retour au domicile une relation de confiance se soit créée avec les différents intervenants. À cette fin, le département de l'Isère a développé le travail en réseau entre maternités, sages-femmes libérales, médecins de ville et PMI par exemple »<sup>(1)</sup>.*

*Propositions :*

*– renforcer le suivi pré-natal effectué lors de l'entretien du 4<sup>ème</sup> mois de grossesse, en élaborant un référentiel permettant de dépister les difficultés dans les liens entre la mère et l'enfant*

*– favoriser les « maisons de naissance » chargées de suivre la mère et l'enfant après l'accouchement, et les services de maternologie en milieu hospitalier, pour prévenir les troubles de l'attachement*

*– rendre possibles les visites à domicile de sages-femmes et de puéricultrices après l'accouchement, sur prescription du médecin accoucheur, de la sage-femme, du pédiatre ou du médecin généraliste, ou sur demande des parents*

## **B.- AMELIORER LES PROCEDURES DE DETECTION**

Les personnes auditionnées par la Mission ont insisté sur les limites auxquelles se heurtent les procédures de détection actuellement en place. Dans l'affaire de Drancy, le dispositif n'a, de l'avis général, pas fonctionné : si chaque acteur a détenu des informations, celles-ci n'ont pas permis de déclencher une alerte suffisante pour prendre en charge les enfants. Les procédures de détection des situations à risque ne sont manifestement pas assez efficaces.

Le Service national d'accueil téléphonique pour l'enfance maltraitée reçoit environ 900 000 appels par an, qui n'ont pas tous besoin d'une écoute approfondie. Mais, si l'on s'en tient aux 20 % qui font l'objet d'une telle écoute, on constate que 9 000 appels signalent des problèmes manifestes, et que 4 500 mettent au jour des situations non connues. À l'évidence, de nombreuses situations ne sont pas connues, alors qu'elles mériteraient de l'être.

Rappelons en quelques mots la situation de très grave maltraitance survenue à Drancy. Le 4 août 2004, quatre enfants pieds nus, sales et mal vêtus ont été repérés dans la rue par la gardienne remplaçante de l'immeuble où ils habitaient. Après deux heures de négociation avec les parents, la police nationale est parvenue à entrer dans le domicile de la famille pour découvrir un enfant de treize mois qui pesait quatre kilos et qui vivait au milieu de débris sur une

---

(1) Table ronde du 4 mai 2005.

banquette défoncée. Cette famille, dont la mère avait plusieurs fois accouché à domicile, était connue des services sociaux et notamment de la PMI dont les bureaux sont à cinquante mètres du domicile familial. Toutefois, aucune visite à domicile n'avait eu lieu et les différents signalements effectués n'avaient été recoupés par aucun service social. Ce manque de coordination entre services sociaux a conduit à ce drame qui a touché une famille certes marginalisée, mais qui ne connaissait pas de précarité financière, le père de famille ayant une activité professionnelle régulière.

Comme le constate M. Jean-Michel Lagarde, député-maire de Drancy, les services sociaux demeurent impuissants face à des personnes qui, comme « *les parents et la grand-mère employaient une stratégie constante d'évitement de tous les dispositifs sociaux (...) Le parquet, l'éducation nationale, les services sociaux départementaux et ceux de la municipalité avaient, chacun, des bribes d'informations, mais nul n'était en mesure de reconstituer le puzzle dont ils avaient certains morceaux en mains. Personne n'a imaginé le drame vécu par les enfants. Dix-huit mois plus tard, l'échange d'informations n'a toujours pas eu lieu* »<sup>(1)</sup>.

L'efficacité de la détection repose sur la précision des dispositions qui régissent le signalement (*cf.* ci-dessous le dispositif canadien). Plusieurs mesures sont susceptibles d'améliorer les procédures en place.

#### **L'obligation de signalement en vigueur au Canada**

##### **– Au Québec :**

L'article 39 de la loi de la protection de la jeunesse impose à tout professionnel travaillant auprès des enfants, aux employés des services sociaux, aux enseignants et policiers :

– l'obligation de signaler lorsqu'ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions d'une situation visée aux articles 38 ou 38.1 de la loi et ce, même s'ils sont liés par le secret professionnel ;

– l'obligation de signaler, s'ils ont connaissance, même en dehors de l'exercice de leurs fonctions, de situations d'abus sexuels et de mauvais traitements physiques;

– la faculté de signaler les autres situations de danger dont ils ont connaissance en dehors de l'exercice de leurs fonctions.

Par ailleurs, tout citoyen a l'obligation de signaler les situations d'abus sexuels et de mauvais traitements même s'il est lié par le secret professionnel. Il a la faculté de signaler les autres situations.

---

(1) Table ronde du 4 mai 2005.



L'omission de signaler est une infraction prévue par l'article 134 de la loi de la protection de la jeunesse, de même que le fait de conseiller ou d'encourager une personne à ne pas faire de signalement, sanctionnée d'une amende de 250 à 2 500 dollars.

Par ailleurs, l'article 42 impose aux adultes de venir en aide à un enfant désireux de saisir les autorités compétentes d'une situation compromettant sa santé ou son développement ou ceux de ses frères et sœurs ou d'un autre enfant.

Enfin, les articles 43 et 44 préservent l'anonymat du signalant et le protègent de toute poursuite judiciaire pour des actes commis de bonne foi.

**– En Ontario :**

La personne qui croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'un enfant a ou pourrait avoir besoin de protection doit faire part de ses soupçons sans délai à une « société d'aide à l'enfance », ainsi que des renseignements sur lesquels ils sont fondés.

Le devoir de signaler constitue une obligation constante. Si une personne a déjà signalé le cas d'un enfant et qu'elle a d'autres motifs raisonnables de croire qu'un enfant a ou pourrait avoir besoin de protection, elle doit de nouveau en faire rapport à la société d'aide à l'enfance. La personne qui a des motifs raisonnables de croire qu'un enfant a ou pourrait avoir besoin de protection doit en faire rapport directement à la société d'aide à l'enfance et ne doit pas compter sur une autre personne pour le faire en son nom. Il n'est pas nécessaire d'avoir l'assurance qu'un enfant a ou pourrait avoir besoin de protection pour en faire rapport à une société d'aide à l'enfance. Les « motifs raisonnables » sont ceux qu'une personne moyenne, compte tenu de sa formation, de ses antécédents, de son expérience et de son jugement honnête, peut soupçonner.

La loi reconnaît que les personnes qui travaillent auprès des enfants ont une sensibilisation particulière aux signes de mauvais traitements ou de négligence à l'égard d'enfants, qu'elles ont une responsabilité particulière de faire rapport de leurs soupçons et, par conséquent, elle établit que le défaut de faire rapport constitue une infraction. Tout professionnel ou dirigeant qui fait défaut de faire rapport de ses motifs de soupçonner qu'un enfant a ou pourrait avoir besoin de protection, lorsqu'il a obtenu les renseignements sur lesquels ces soupçons sont fondés dans l'exercice de ses devoirs professionnels ou officiels, s'expose à une amende d'au plus 1 000 dollars s'il est reconnu coupable.

Le devoir du professionnel de faire rapport a préséance sur les dispositions de toute autre loi provinciale, en particulier celles qui empêcheraient le professionnel ou le dirigeant de divulguer les renseignements. Autrement dit, le professionnel doit faire rapport si un enfant a ou pourrait avoir besoin de protection, même si les renseignements sont réputés confidentiels ou privilégiés. (La seule exception applicable aux renseignements « privilégiés » est le secret professionnel qui lie l'avocat à son client.)

### **1.- La détection des enfants en danger doit incomber à un responsable bien identifié**

L'analyse des faits survenus à Drancy met en évidence la nécessité de coordonner les différents professionnels chargés de la protection de l'enfance. Le grand public comme les professionnels en contact avec les enfants doivent disposer d'un interlocuteur unique bien identifié pour pouvoir facilement dénoncer des faits de maltraitance ou de négligence. La création du 119 représente déjà un progrès, mais il faut aller plus loin dans l'organisation des services sociaux du département, en créant une cellule départementale de signalement, facilement joignable et identifiable par tous.

Certains départements ont déjà mis en place de telles cellules de signalement et ont obtenu des résultats remarquables, comme le rappelle Mme Michèle Créoff : « *Dans certains départements, les signalements sont organisés territorialement ; dans d'autres, au contraire, ils sont centralisés. Dans le Val-de-Marne, le nombre de situations signalées est passé de 900 à 1 800 en l'espace d'un an, simplement parce que nous avons instauré un système départemental centralisé, offrant une écoute au voisin, au médecin traitant, à l'agent de la crèche, à l'animateur de centre de loisir. Il faut centraliser les informations pour garantir la sécurité de l'enfant* »<sup>(1)</sup>.

Au préalable, une modification du code de l'action sociale et des familles est nécessaire pour donner compétence au département de traiter de l'ensemble des situations mettant en danger les enfants et non pas seulement des risques de maltraitance. Mme Michèle Créoff dans son *Guide de la protection de l'enfance maltraitée*<sup>(2)</sup> souligne que le dispositif issu de la loi de juillet 1989 comporte des ambiguïtés dommageables à sa pleine efficacité.

L'article L. 226-3 du code de l'action sociale et des familles donne en effet mission au président du conseil général, en concertation avec le préfet et l'autorité judiciaire, d'organiser un dispositif permettant de recueillir les informations relatives aux mineurs maltraités ou susceptibles de l'être et de répondre aux situations d'urgence. Cette mission générale de coordination est toutefois limitée à la maltraitance, notion beaucoup plus restreinte que celle d'enfance en danger qui permet de viser toutes les situations compromettant la santé, le développement psychique et intellectuel ou la moralité de l'enfant.

---

(1) Audition du 25 mai 2005.

(2) Michèle Créoff, *Guide de la protection de l'enfance maltraitée*, Dunod, 1998.

La loi de juillet 1989 n'a donc pas donné de définition de la maltraitance et, de plus, la formulation de l'article L. 226-4 du code précité ne permet pas d'identifier clairement l'étendue de l'obligation de signalement à la justice. En effet, si l'on retient une interprétation littérale de cet article, seules doivent être automatiquement signalées à l'autorité judiciaire les situations de maltraitance ou supposées telles, lorsque l'évaluation est impossible et en l'absence de collaboration des parents. Le critère de non-collaboration des parents s'ajoute au critère de la maltraitance comme fondement de la saisine judiciaire. Les partisans de cette interprétation stricte veulent ainsi éviter une judiciarisation excessive de la protection de l'enfance et souhaitent privilégier le travail avec les parents, quelle que soit la gravité des faits. D'autres services sociaux considèrent que le signalement est obligatoire et que seules les présomptions de maltraitance laissent une marge d'appréciation pour décider de l'opportunité de saisir l'autorité judiciaire. La jurisprudence actuelle n'a pas tranché entre les deux interprétations. Cependant la position des tribunaux sur la relativité du secret professionnel en la matière et sur la non assistance à personne en danger plaide en faveur d'une saisine large de l'autorité judiciaire dans les cas de maltraitance d'enfants.

Afin de sortir de cette ambiguïté, la Mission propose de revoir la définition de la mission attribuée au conseil général en matière de protection de l'enfance, en substituant à la notion de maltraitance celle plus large d'enfance en danger. Il conviendrait ainsi de modifier les articles L. 221-1 (5°) et L. 226-2 à L. 226-13 du code de l'action sociale et des familles.

*Proposition :*

*– élargir la mission de détection du conseil général à l'ensemble des situations de danger et identifier dans chaque département une cellule de signalement*

**2.- Les enseignants et les médecins doivent être davantage impliqués**

***a) Mieux former les enseignants aux problématiques de l'enfance en danger***

La Mission déplore que, malgré l'existence de multiples dispositifs législatifs et réglementaires instituant une obligation de dispenser aux professionnels une formation, tant initiale que continue, relative à la prévention des mauvais traitements, cette obligation soit souvent considérée comme secondaire. L'article L. 226-12 du code de l'action sociale et des familles pose cette obligation en reprenant les termes de l'article L. 542-1 du code de l'éducation qui prévoit une formation propre à répondre aux cas d'enfants maltraités pour les enseignants,

travailleurs sociaux, magistrats, personnels de la police et de la gendarmerie nationales et personnels médicaux et paramédicaux. C'est avant tout une prise de conscience de la gravité de la situation qui permettra aux responsables pédagogiques de réellement mettre en place une sensibilisation à la maltraitance.

De nombreuses personnes auditionnées par la Mission évoquent l'importance de la formation des enseignants, et les appréciations ont été nuancées sur l'ampleur de la tâche qui reste à accomplir pour parvenir à une véritable culture de la prévention.

Mme Jeanne-Marie Urcun, médecin-conseil à la direction de l'enseignement scolaire, insiste sur les progrès réalisés par l'éducation nationale : « *L'attention que l'éducation nationale porte à ce problème depuis de nombreuses années a permis de mettre en place une prévention primaire qui permet de former les enseignants à apprécier la réalité des faits, l'existence des signes d'appel et les modalités d'accompagnement des enfants dont ils ont remarqué les difficultés. Ces formations sont maintenant systématiques dans les instituts universitaires de formation des maîtres. Le ministère a organisé en 2001-2002 cinq séminaires rassemblant des inspecteurs de l'éducation nationale pour les mettre au fait des obligations légales* »<sup>(1)</sup>. Elle indique que le ministère se soucie d'assurer une mise à jour de cette formation en permettant aux enseignants d'obtenir des conseils actualisés auprès de centres ressources : « *Dans le cadre de la prévention secondaire, en application de la circulaire du 26 août 1997, les académies disposent des centres de ressources départementaux, afin que les personnes qui doivent faire un signalement puissent être entendues et accompagnées. Ces centres de ressources sont également destinés à aider les personnels à distinguer entre enfant maltraité et enfant à risque. Les signaux d'alarme doivent être connus de tous, enseignants, non enseignants, mais aussi des agents territoriaux spécialisés des écoles maternelles* »<sup>(2)</sup>.

Cette présentation optimiste ne semble pas partagée par les autres intervenants, et notamment par l'association Enfance et partage qui souligne les insuffisances de la formation des enseignants : « *La question de la formation des maîtres est donc centrale : les instituteurs sont très désespérés quand ils soupçonnent des mauvais traitements à enfant et expriment une très forte demande d'aide. Une formation spécifique est faite dans certains instituts universitaires de formation des maîtres (IUFM), mais on constate qu'elle est dispensée de manière*

---

(1) Table ronde du 4 mai 2005.

(2) *Idem.*

*très inégale selon les académies. Cette disparité est d'autant plus regrettable qu'une circulaire de 1997 rend obligatoire la formation au dépistage de la maltraitance pour tous ceux qui travaillent en milieu scolaire »*<sup>(1)</sup>.

Mme Armelle Lequeux<sup>(2)</sup>, directrice d'école d'application, insiste sur le fait que cette formation devrait être plus longue et dispensée par des praticiens en activité (directeurs d'école, professeurs des écoles) et non pas par des professeurs d'IUFM qui ont une approche beaucoup trop théorique de ces problèmes. Elle préconise aussi que toutes les parties concernées soient associées pour dispenser cette formation, comme par exemple la médecine scolaire, les travailleurs sociaux, les représentants du ministère de la justice. Ce serait ainsi l'occasion de mettre ces différents services en présence et de permettre aux futurs enseignants de connaître les partenaires avec lesquels ils devront collaborer. Mme Armelle Lequeux déplore enfin qu'aucune formation continue ne traite de ces sujets, encore très mal connus, notamment des enseignants ayant été formés il y a plusieurs années.

De même, M. Paul Durning, directeur de l'Observatoire national de l'enfance en danger, partage les craintes d'autres intervenants sur l'insuffisance de cette sensibilisation à la maltraitance : *« S'agissant des pratiques de prévention, le bilan que prépare l'ONED pourrait donner l'occasion de faire le point sur la formation dans les IUFM. Mais je crains que ce bilan ne soit maigre et qu'il ne varie en fonction de la personnalité du directeur de l'IUFM et des enseignants concernés »*<sup>(3)</sup>.

La Mission préconise donc qu'une forte mobilisation s'organise au sein de l'éducation nationale pour mettre en œuvre des actions de formation sur la détection de la maltraitance et de l'enfance en danger.

***b) Travailler en réseau pour mettre en place une veille sanitaire et améliorer le suivi médical des enfants***

Les personnes auditionnées par la Mission sont nombreuses à déplorer le cloisonnement existant entre les enseignants, les assistants sociaux et les médecins libéraux qui semblent ignorer les responsabilités spécifiques confiées, en matière de santé publique, aux médecins de PMI et leurs attributions particulières pour la prise en charge de l'enfance en danger.

---

(1) Table ronde du 18 mai 2005.

(2) Cf., en annexe aux auditions de la Mission, la contribution écrite transmise par Mme Armelle Lequeux.

(3) Table ronde du 18 mai 2005.

M. Jean-Pierre Rosenczveig regrette ainsi qu'il n'existe aucune culture de veille sanitaire pour repérer les enfants en souffrance : « *Comment repérer au plus tôt les enfants en danger ? En implantant des "palpeurs" sociaux dans ces carrefours démocratiques que sont les structures de santé et l'école. Il faut pour cela rompre l'isolement dans lequel se trouvent les médecins de ville, dans un travail commun avec les hôpitaux publics. Il faut aussi installer un service social et de santé scolaire dans le primaire – le Parlement des enfants a d'ailleurs demandé la présence d'une infirmière dans chaque école –. En 2003, le transfert des personnels sociaux et médicaux de l'éducation nationale aux départements a échoué. La solution passe aujourd'hui par des conventions entre l'État et les collectivités territoriales* »<sup>(1)</sup>.

Mme Marie-Colette Lalire constate l'éclatement des dispositifs chargés de suivre la santé des enfants et le bon déroulement de leur développement : « *Il faut mieux articuler le passage de relais entre la PMI et l'éducation nationale pour garantir la continuité du suivi. À cette fin, le département de l'Isère souhaite que le bilan organisé en maternelle par la PMI ait lieu plus tôt (...) Pour ce qui est de la période scolaire, je déplore l'inexistence du service social dans le cycle primaire et la faiblesse du nombre de médecins scolaires rapporté au nombre d'élèves (...) De manière générale, j'insiste sur la nécessité d'un travail en réseau, sur la mise en commun des compétences à tous les niveaux et sur l'élaboration d'une culture commune* »<sup>(2)</sup>.

- ***Les examens médicaux obligatoires***

Les articles R. 2132-1 et suivants du code de la santé publique rendent obligatoires des examens médicaux pour les jeunes enfants et organisent ainsi un dépistage des retards de développement de l'enfant. Ces examens ont non seulement pour objectif de suivre l'état de santé des enfants, mais aussi de détecter des perturbations de leur développement psycho-affectif. Les résultats de ces examens sont consignés dans le carnet de santé, document qui est remis à la famille lors de la naissance de chaque enfant et qui permet un véritable suivi médical jusqu'à son adolescence.

---

(1) Audition du 11 mai 2005.

(2) Audition du 4 mai 2005.

Les examens du 8<sup>ème</sup> jour, du 9<sup>ème</sup> et du 24<sup>ème</sup> mois ont une importance spécifique et donnent lieu obligatoirement à un certificat de santé rédigé par le médecin. Ces examens sont réalisés par des médecins des centres de PMI ou par des médecins libéraux.

Malgré la précision de ces dispositions réglementaires, l'obligation de suivi médical des enfants est loin de toucher l'ensemble d'une classe d'âge, et des progrès importants restent à faire pour détecter suffisamment tôt des carences éducatives ou des signes de maltraitance.

- *Les missions des services de santé scolaire*

De l'avis général, faute de moyens, la médecine scolaire ne peut faire face à ses missions.

Enracinée par l'histoire dans l'action locale, la santé scolaire a reposé jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale sur l'engagement des communes. Le service de santé scolaire a par la suite relevé du ministère de la santé et du ministère de l'éducation nationale avant d'être rattaché à ce seul ministère (réformes de 1984 et 1991), prenant du même coup le nom de « *service de promotion de la santé en faveur des élèves* », dans un « *partage de compétences* » avec les collectivités locales calqué sur celui de l'enseignement primaire et secondaire.

Les missions des services de médecine scolaire sont définies dans le titre IV du livre V de la deuxième partie du code de l'éducation, en particulier par ses articles L. 541-1 et L. 542-2, relatifs aux visites et examens médicaux des élèves. Il est ainsi prévu qu'au cours de leur sixième année, tous les enfants soient obligatoirement soumis à une visite médicale. Cette visite, à laquelle les parents ou tuteurs sont tenus de présenter les enfants, ne donne pas lieu à contribution pécuniaire de la part des familles. À l'occasion de cette visite, un dépistage des troubles spécifiques du langage est organisé. Le code de l'éducation précise que les médecins de l'éducation nationale travaillent en lien avec l'équipe éducative et les professionnels de santé afin que, pour chaque enfant, une prise en charge et un suivi adaptés soient réalisés.

Des examens médicaux périodiques sont ensuite effectués pendant tout le cours de la scolarité et la surveillance sanitaire des élèves est exercée avec le concours du service social.

Un article spécifique du code de l'éducation est consacré à la prévention de la maltraitance. L'article L. 542-1 prévoit en effet que « *les visites médicales effectuées en application du troisième alinéa (2°) de l'article L. 2112-2 du code de la santé publique et du deuxième alinéa de l'article L. 541-1 du présent code ont notamment pour objet de prévenir et de détecter les cas d'enfants maltraités* ».

La mise en œuvre de ces dispositions s'appuie, pour les écoles et les collèges, sur les centres médico-scolaires dont la création a été rendue obligatoire pour les communes de plus de 5 000 habitants par l'ordonnance n° 45-2407 du 18 octobre 1945, intégrée à l'article L. 541-3 du code de l'éducation.

Le décret n° 84-1194 du 21 décembre 1984 a transféré la compétence des services de santé scolaire du ministère de la santé vers le ministère de l'éducation nationale et trois décrets de 1991 (n<sup>os</sup> 91-1048, 91-1195, 91-1250) ont placé le service de santé scolaire sous l'autorité unique du ministre de l'éducation nationale en intégrant les médecins scolaires dans un statut de l'éducation nationale.

La circulaire n° 91-148 du 24 juin 1991 a fixé la structuration, les missions et le fonctionnement du service de santé scolaire intégré dans une hiérarchie comportant des échelons rectoraux, académiques et d'établissement. La médecine scolaire se voit chargée de promouvoir la santé physique et mentale de tous les jeunes scolarisés, en vue de contribuer à leur bon équilibre et d'assurer leur bonne insertion dans l'école. Elle doit aussi prévenir les difficultés des plus défavorisés et favoriser l'intégration scolaire des handicapés.

Par ailleurs, la circulaire n° 2003-210 du 1<sup>er</sup> décembre 2003 rappelle que « *la santé des élèves est un facteur essentiel dans l'acquisition des savoirs à l'école. Le repérage et le suivi efficaces des problèmes de santé doivent également permettre de remédier aux inégalités face à l'accès aux soins, liées soit au contexte familial et social soit à la localisation géographique...* ». Peu à peu, l'éducation nationale a compris le rôle de la médecine scolaire dans la prévention médico-sociale.

Cette mission de promotion de la santé en faveur des élèves repose sur trois métiers :

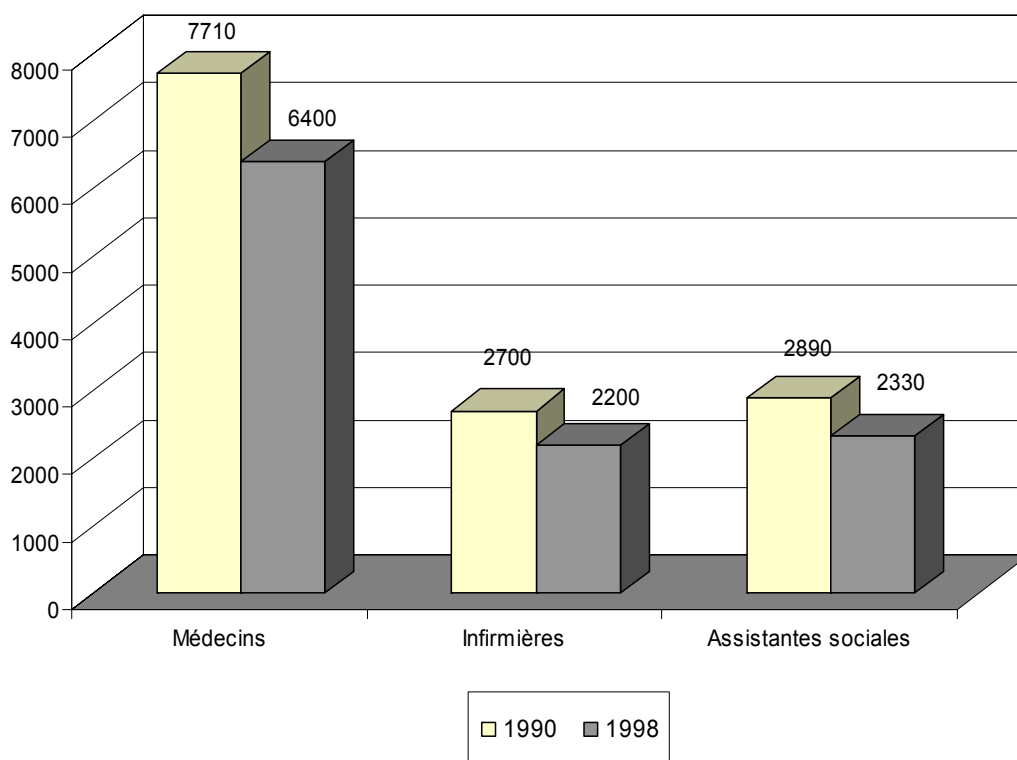
– les médecins scolaires, qui représentent environ 2 000 « équivalents plein temps », dont 40 % sont vacataires. Chaque médecin a en moyenne 7 000 élèves scolarisés en écoles, collèges et lycées et couvre entre 20 et 60 établissements ;



- les infirmier(ère)s scolaires, qui représentent environ 6 000 « équivalents temps plein », soit un(e) infirmier(ère) pour 2 200 élèves ;
- les secrétaires médico-scolaires, qui représentent environ 1 000 « équivalents temps plein ».

Malgré une relative amélioration de leur charge de travail, ces professionnels sont censés suivre un nombre considérable d'élèves. Dans de telles conditions, aucun suivi médical sérieux ne peut être assumé.

ÉVOLUTION DU NOMBRE MOYEN D'ELEVES  
SUIVIS PAR LES PROFESSIONNELS DE LA SANTE SCOLAIRE



Source : rapport général 2000 de l'inspection générale de l'éducation nationale et de la recherche (IGAENR).

L'insuffisance des moyens de la médecine scolaire a conduit le ministre de l'éducation nationale à publier la circulaire n° 2003-210 du 1<sup>er</sup> décembre 2003 qui définit le « programme quinquennal de prévention et d'éducation ». Trois axes prioritaires de « progression » du service de médecine scolaire ont été fixés :

- réaliser à 100 % les bilans médicaux des enfants scolarisés avant leur sixième anniversaire. Ce bilan, inscrit dans le code de l'éducation, doit être centré sur l'acquisition des compétences et le développement nécessaires à une bonne insertion à l'école et à l'apprentissage des langages ;

- augmenter l’efficacité du suivi des avis médicaux donnés aux familles pour assurer l’accès et le recours aux soins en coopération avec les conseils généraux (directions départementales des affaires sanitaires et sociales) et les divers intervenants dans ce domaine ;

- inciter les familles à faire bénéficier leurs enfants des consultations de prévention aux âges charnières (fin du primaire et fin du premier cycle) à partir de la rentrée scolaire 2004.

Le programme quinquennal rappelle par ailleurs l’objectif préalablement fixé par les circulaires du 12 janvier 2001 qui préconisent un travail en partenariat entre les services de l’éducation nationale et les collectivités territoriales (la commune, le département, plus spécialement les services de PMI et l’ASE), les associations et les autres professionnels de la santé (notamment les médecins de ville).

Malgré toutes les incitations en faveur du partenariat, l’action du service de promotion de la santé en faveur des élèves s’articule mal avec celle des collectivités territoriales, communes et surtout départements. Comme pour l’ensemble du service public de l’éducation nationale, la base et la logique d’action du service de santé scolaire reposent sur l’établissement, l’intégration et la réussite scolaires, et les partenariats locaux sont peu efficaces.

Dans un rapport remis au ministre de l’éducation nationale le 14 septembre dernier, M. Philippe Most, inspecteur général des affaires sociales, dénonce « *la dispersion des acteurs locaux des collectivités locales (dont les départements ou certaines grandes villes en charge de la protection maternelle infantile), de l’éducation nationale, de la sécurité sociale, des associations et des parents* », et prône l’organisation de réseaux locaux de médecine scolaire.

- ***Les missions de la protection maternelle et infantile***

Placés sous l’autorité des conseils généraux depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1984, les centres de PMI assurent plusieurs missions définies aux articles L. 2112-1 et suivants du code de la santé publique :

- la prévention médico-sociale périnatale pour les mères et pour les enfants de 0 à 6 ans ;

– la coordination des modes d'accueil de la petite enfance par l'agrément que le président du conseil général donne aux crèches, haltes-garderies et assistantes maternelles ;

– le recueil d'informations en épidémiologie et en santé publique (suivi par exemple de l'évolution de la couverture vaccinale, de l'allaitement maternel).

Les atouts des centres de PMI sont nombreux, comme le souligne M. Bruno Percebois, membre du bureau du Syndicat national des médecins de la protection maternelle et infantile : « *Le service de PMI est donc chargé d'offrir à la population des prestations à caractère préventif dans le cadre de la politique de santé publique. Il s'appuie pour cela sur des équipes pluridisciplinaires, ce qui me paraît très important, car on sait que les médecins libéraux se sentent souvent très seuls face aux problèmes de maltraitance. Enfin, si nous nous adressons à l'ensemble de la population, nous sommes aussi capables d'offrir des prestations adaptées à des sous-populations : enfants handicapés, familles précarisées, familles d'origine étrangère. Notre objectif est de contribuer à créer des conditions de développement harmonieux des enfants* »<sup>(1)</sup>.

Mais il reconnaît aussi que dans certains départements les centres de PMI ne peuvent remplir leurs missions : « *Si ces textes encadrent l'action des départements, il faut signaler qu'environ la moitié d'entre eux n'appliquent pas les normes minimales légales, notamment en ce qui concerne les normes de personnels, puéricultrices, sages-femmes, ou les consultations de jeunes enfants* »<sup>(2)</sup>. Il conclut cependant son propos par des termes encourageants : « *S'agissant plus spécifiquement de la prévention de la maltraitance infantile, l'existence de centres de PMI dans le quartier, " au pied de la tour ", constitue en soi un lieu où, en confiance, des familles peuvent venir chercher de l'aide* »<sup>(3)</sup>.

La Mission considère donc comme primordial que les départements veillent à doter les centres de PMI des moyens adéquats pour que leur action de prévention médico-sociale puisse se développer.

---

(1) Table ronde du 4 mai 2005.

(2) *Idem.*

(3) *Idem.*

Pour assurer une véritable veille sanitaire des enfants, elle propose trois mesures :

– devant la faiblesse des moyens de la santé scolaire, il conviendrait d’expérimenter une extension des compétences de la PMI à l’ensemble des enfants de l’école primaire, la médecine scolaire se consacrant aux adolescents ;

– pour permettre une détection encore plus précoce des situations à risque, il conviendrait d’instituer un nouvel examen médical obligatoire, donnant lieu à un certificat de santé, pour les enfants de trois ans entrant en maternelle ;

– une généralisation des formations à la détection des enfants en danger est indispensable pour les membres du corps médical, les sages-femmes et les professions para-médicales. En effet, ces professionnels semblent avoir une très mauvaise connaissance des spécificités de l’aide sociale à l’enfance, alors qu’au Québec, par exemple, il s’agit d’une spécialité reconnue. De même, ils sont peu sensibilisés à la difficulté de la détection de la maltraitance.

*Propositions :*

– rendre obligatoire une formation à la détection de la maltraitance dans les IUFM

– expérimenter dans des départements pilotes un élargissement de la compétence de la PMI à l’ensemble des enfants en école primaire

– mettre en place un examen médical obligatoire pour les enfants de trois ans, donnant lieu à l’établissement d’un certificat de santé

– prévoir dans la formation des médecins, des sages-femmes et des professions paramédicales un module sur l’enfance en danger

**3.– Les professionnels doivent pouvoir mieux évaluer le danger pesant sur l’enfant**

La Mission constate qu’il n’existe aucune méthodologie pour évaluer les risques, faute d’un guide pour repérer les enfants maltraités ou en danger. Depuis quinze ans, les outils de référence n’ont pas évolué, alors que les situations auxquelles sont confrontés les travailleurs sociaux sont de plus en plus complexes. Les professionnels doivent disposer de nouveaux outils qui tiennent compte des apports théoriques relatifs à la psychologie de la petite enfance et de l’évolution des caractéristiques des enfants suivis par l’ASE.

Cette absence de cadre théorique sur lequel les professionnels pourraient fonder leur action a été relevée par plusieurs intervenants qui ont par ailleurs souligné le manque de consensus sur les pratiques à encourager, du fait justement des lacunes de la connaissance scientifique des situations de maltraitements.

M. Maurice Berger souligne que la France a beaucoup de retard par rapport à d'autres pays étrangers dans sa connaissance scientifique des mécanismes de la maltraitance, car aucune discipline universitaire ne s'y intéresse. C'est ainsi qu'il a constaté : « *Les pédopsychiatres et les universitaires en pédopsychiatrie n'ont pas compris la spécificité des dispositifs de prise en charge thérapeutique en protection de l'enfance. Cette spécialité n'existe pas en tant que telle. Aucun professeur de pédopsychiatrie ne se rend aux audiences ; peu suivent des familles d'accueil ou des enfants placés sur le long terme. Faut-il créer un institut universitaire qui fonde la protection de l'enfance comme spécialité ? En tout cas, les processus thérapeutiques sont spécifiques et je déplore que la plupart des pédopsychiatres ne sachent pas les appliquer* »<sup>(1)</sup>.

Ce constat rejoint celui de Mme Michèle Créoff qui déplore que les professionnels de la protection de l'enfance ne disposent pas de méthodologie adéquate ni d'outils d'évaluation pour apprécier les risques de maltraitance ou de carences éducatives. Elle regrette l'émiettement et le cloisonnement du travail de théorisation sur les pratiques innovantes : « *Les situations étant de plus en plus complexes, les outils d'évaluation des professionnels demandent de plus en plus de spécialisation et de coordination. Or, depuis quinze ans, les outils de référence sont en panne : il n'y a pas de concepts partagés et par conséquent pas de coordination (...) C'est un travers très français : chaque équipe réfléchit dans son coin et tire une généralité des cas qu'elle traite, sans jamais les mettre en cohérence avec les analyses des autres intervenants. La protection de l'enfance est aussi l'un des rares champs de connaissance dépourvus de reconnaissance universitaire. On demande donc à nos professionnels d'évaluer ensemble les situations, alors qu'ils ne disposent pas de glossaire commun, ce qui peut conduire à de l'incompréhension, des rivalités institutionnelles et des incohérences* »<sup>(2)</sup>.

Cette absence de consensus sur les pratiques professionnelles conduit à une détérioration du service rendu aux familles en difficulté, l'accompagnement n'étant pas toujours adapté au problème spécifique du mineur. Les usagers, déjà en grande difficulté, sont dans l'incapacité de comprendre l'attente des travailleurs sociaux, puisque ces professionnels ont du mal à l'objectiver et l'expliquer clairement.

---

(1) Audition du 6 avril 2005.

(2) Audition du 25 mai 2005.

La Mission appuie la préconisation faite par plusieurs des personnes auditionnées de créer un guide d'évaluation pour les professionnels afin de mieux cerner les indices de maltraitance.

M. Arnauld Gruselle <sup>(1)</sup> estime ainsi qu'il faudrait créer des indicateurs de la maltraitance pour aider les professionnels à repérer les situations à risque. Il s'agirait de recueillir l'avis de multiples professionnels pour aboutir à une démarche faisant consensus. L'élaboration de l'outil référentiel pourrait être coordonnée par l'ONED en se fondant sur les travaux déjà conduits, notamment par l'ODAS.

M. Louis de Broissia <sup>(2)</sup> insiste sur la nécessité de formaliser les besoins de l'enfant en danger en recourant à des outils d'évaluation transversaux et pluridisciplinaires. Ces outils ne sont pas aujourd'hui opérationnels car ils ne font pas consensus chez les professionnels.

La Mission estime qu'il serait souhaitable de s'inspirer des expérimentations existantes notamment en Seine-Saint-Denis, où a été élaboré un guide du signalement après une large concertation entre l'éducation nationale, le tribunal pour enfants, l'ASE, le service social polyvalent, le parquet des mineurs et la direction de l'action sociale du conseil général. Ce guide comporte une partie sur les indices de la maltraitance, une autre sur le partage de l'information par les professionnels tenus au secret et une dernière sur le signalement (les différentes procédures possibles selon l'urgence, des indications sur la manière de rédiger un signalement et la description des différents acteurs du circuit du signalement). Un tel travail a permis à des professionnels de cultures très différentes d'échanger sur leurs pratiques respectives pour aboutir à un outil opérationnel d'aide à la décision.

Il serait aussi souhaitable de prendre pour référence le travail déjà mené à l'étranger, et notamment au Québec où, depuis septembre 2003, tous les professionnels de l'enfance sont formés à l'utilisation du guide national d'évaluation. De même, en Grande-Bretagne, un guide similaire existe et comporte une batterie d'indices qui permettent au travailleur social de disposer d'indicateurs « objectifs » du danger, ce qui lui permet de suivre une sorte de grille d'évaluation lorsqu'il doit prendre une décision sur une situation.

---

(1) Table ronde du 18 mai 2005.

(2) Audition du 1<sup>er</sup> juin 2005.

Cette élaboration de guides méthodologiques sur les indices de danger ne pourra être possible sans un effort important de formation des professionnels qui sont aujourd'hui des techniciens du social mais qui ont peu de recul sur la pratique de l'accompagnement social et le recueil de la parole de l'enfant. Mieux repérer les enfants en danger suppose en effet que tous les professionnels en contact avec les enfants soient formés au repérage des situations à risque et puissent détecter les indices de danger.

Dans son rapport sur l'amélioration de la procédure de signalement de l'enfance en danger, le groupe de travail présidé par M. Philippe Nogrix insiste sur la nécessité de renforcer la formation initiale et continue de tous les professionnels en contact avec les enfants. Cette formation commune à l'ensemble des professionnels doit être une occasion pour tous les travailleurs sociaux, les enseignants, les personnels médicaux et paramédicaux d'acquérir une culture commune de la protection de l'enfance. Aujourd'hui les savoirs sont encore essentiellement techniques, et aucune sensibilisation n'est faite à l'importance du recueil de la parole de l'enfant et à la détection d'indices bien souvent imperceptibles. Le groupe de travail insiste sur la nécessité d'actualiser ces connaissances par une formation continue car les formes de maltraitances évoluent et de nouveaux dangers apparaissent, comme par exemple la délinquance pédophile par internet ou certaines dérives sectaires.

De nombreuses personnes auditionnées plaident pour un décloisonnement de la formation des professionnels de la protection de l'enfance. M. Gilles Garnier <sup>(1)</sup> explique qu'en Seine-Saint-Denis, il a été suggéré par les professionnels de créer un cycle de formation relatif à la maltraitance commun à tous les acteurs de la protection de l'enfance. Ce cycle est d'autant plus indispensable que la forte rotation des professionnels ne permet pas de créer une culture partagée par l'ensemble des services du département.

Pour Mme Marie-Colette Lalire <sup>(2)</sup>, les acteurs de la protection de l'enfance doivent acquérir le recul nécessaire pour affronter une réalité difficile à supporter. En effet, il faut prendre en compte les difficultés éprouvées par les professionnels à penser, repérer et établir l'existence réelle des abus sexuels et des maltraitances psychologiques, ce qui suppose donc une formation spécifique à ces questions.

---

(1) Table ronde du 4 mai 2005.

(2) *Idem.*

M. Jean-Louis Sanchez explique la nécessité de revoir la formation des travailleurs sociaux : « *Il faut (...) repenser le travail social. Les professionnels ont du mal à appréhender une démarche collective. Leur formation doit être revue et leur mission repensée entièrement. En outre, le travail social devrait être ouvert à des gens plus âgés et plus expérimentés. Les travailleurs sociaux pourraient alors pénétrer dans certains quartiers, et éviter ainsi que d'autres y jouent leur rôle, avec les risques que cela comporte* » <sup>(1)</sup>.

En France, les travailleurs sociaux entretiennent un rapport exclusivement individuel avec les familles, alors qu'il faudrait impliquer le travail social dans le suivi de groupes d'habitants. Il conviendrait de s'inspirer d'exemples étrangers : alors qu'en France le travailleur social est essentiellement axé sur la réparation, ailleurs il anime et travaille en un réseau de prévention et de veille sociale autour des familles.

La Mission préconise donc de repenser les formations aux métiers sociaux : elles sont encore organisées par catégorie de profession, alors qu'il faudrait instituer un socle commun de connaissances pour faciliter le travail en réseau et les passerelles entre les métiers. À court terme, il est indispensable que la formation des acteurs de la protection de l'enfance comporte un module commun, relatif à la maltraitance, afin que tous ces professionnels disposent d'un vocabulaire et de démarches d'évaluation partagés.

*Propositions :*

- créer un référentiel identifiant les indices des dangers pesant sur l'enfant, élaboré après un travail transversal et pluridisciplinaire*
- créer un module de formation aux risques pesant sur l'enfant, commun à l'ensemble des formations de travailleurs sociaux*

### **C.- PARTAGER LES INFORMATIONS**

La Mission constate que la protection de l'enfance souffre d'abord du cloisonnement entre les différentes administrations compétentes, cloisonnement renforcé par les règles du secret professionnel qui, en l'état actuel du droit, n'autorisent pas le partage des informations.

---

(1) Table ronde du 18 mai 2005.



Dans la pratique, les professionnels de la protection de l'enfance partagent leurs informations par un travail en réseau informel. Plusieurs intervenants ont fait part à la Mission de leurs craintes devant les incertitudes pesant sur la légalité de cette pratique. Ils ont réclamé une clarification des textes et préconisé la définition d'un « secret social partagé ».

L'article 226-13 du code pénal réprime la violation du secret professionnel et définit les personnes qui sont tenues à l'obligation du secret parce qu'elles sont dépositaires d'une information à caractère secret soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire.

Parmi les professionnels intervenant dans le champ de l'action sociale, seule la profession d'assistant de service social est explicitement désignée, par l'article L. 411-3 du code de l'action sociale et des familles, comme soumise à l'obligation de secret professionnel. D'autres acteurs sont soumis au secret professionnel en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire :

– l'article L. 2112-9 du code de la santé publique définit très largement les personnes soumises au secret professionnel puisqu'il s'agit de « *toute personne appelée à collaborer au service départemental de protection maternelle et infantile* » ;

– l'article L. 221-6 du code de l'action sociale et des familles dans son premier alinéa prévoit que toute personne participant aux missions du service de l'aide sociale à l'enfance est tenue au secret professionnel.

Ces dispositions soumettent donc au secret professionnel les personnes, et notamment les enseignants et les élus, qui n'appartiennent pas aux services de la PMI ou de l'ASE, mais concourent à leurs actions.

L'article L. 221-6 du code de l'action sociale et des familles précise utilement, dans son deuxième alinéa, que les agents de l'ASE doivent communiquer les informations en leur possession lorsqu'elles concourent à la mise en œuvre d'une mesure de protection, et que le secret n'est pas opposable au président du conseil général agissant pour les mineurs relevant de sa compétence. Cette inopposabilité du secret n'est pas limitée aux cas de maltraitance mais recouvre l'ensemble des missions de l'ASE.

La jurisprudence a par ailleurs défini les cas où une personne recevant une confiance dans l'exercice de sa profession était tenue ou non au respect du secret professionnel.

Le ministère de la justice et celui des affaires sociales ont, en 1996, constitué un groupe de travail sur le secret professionnel en matière de travail social. Ce groupe a abouti à un document conjoint rendu public le 21 juin 1996. D'après ce document, pour que l'infraction de violation du secret professionnel soit constituée, il faut que l'information à caractère secret ait été révélée de manière intentionnelle à un tiers non tenu au secret professionnel. Il en découlerait donc que le fait pour un travailleur social de communiquer à un médecin ou à un autre travailleur social des informations nécessaires à la continuité de la prise en charge d'un mineur ne constitue pas une violation du secret professionnel, mais pourrait être qualifié de « secret partagé ». Le groupe de travail concluait à la légalité du partage d'informations entre professionnels de l'ASE, sous réserve qu'il soit limité aux éléments strictement nécessaires, que l'utilisateur intéressé soit informé et que les destinataires de l'information en aient réellement besoin.

Les travailleurs sociaux sont pourtant confrontés dans leur pratique quotidienne à des interrogations sur les informations qu'ils peuvent transmettre à d'autres professionnels. Ils craignent que cette transmission d'informations ne mette en cause les relations de confiance qu'ils entretiennent avec les familles.

En cas de maltraitance avérée, le problème du partage de l'information ne se pose pas, car les dispositions de l'article 226-14 du code pénal sont explicites : le secret professionnel ne peut être opposé à celui qui informe la justice ou les services de l'ASE de faits de maltraitance sur mineurs de moins de quinze ans ou sur une personne vulnérable.

En revanche, en cas de simple présomption d'un danger pesant sur l'enfant, les textes ne sont pas clairs. Les différences de culture administrative conduisent à un réflexe de prudence, et bien souvent les professionnels préfèrent se taire au risque d'être moins efficaces.

Comme le fait remarquer M. Jean-Pierre Rosenczveig, « *le travail social étant de plus en plus complexe, aucune équipe seule ne peut régler tous les problèmes d'une famille. L'échange d'informations est donc nécessaire, ce qui suppose la reconnaissance légale d'un secret partagé en matière sociale, comme il l'est en matière médicale* » <sup>(1)</sup>.

---

(1) Audition du 11 mai 2005.

Toutes les personnes auditionnées reconnaissent que la situation actuelle n'est pas satisfaisante, car les échanges d'informations qui ont lieu actuellement se font souvent dans une grande incertitude juridique.

Mme Muriel Églin, collaboratrice de la Défenseure des enfants, rappelle que « *lorsque des échanges d'informations ont lieu actuellement, ils se font hors du cadre légal. Il en résulte une insécurité juridique et, de plus, le partage du secret n'est pas toujours fait de la manière la plus adéquate. L'objectif commun étant d'améliorer la situation des enfants, il faut redéfinir les règles du secret professionnel pour permettre un échange fructueux tout en prévenant les dérives éventuelles* »<sup>(1)</sup>.

Mme Catherine Sultan<sup>(2)</sup> souligne quant à elle la nécessité de définir un cadre législatif clair avec des échelons de responsabilité cohérents et identifiables.

M. Bruno Percebois donne une appréciation plus nuancée de la situation actuelle : selon lui, l'information est fréquemment partagée entre professionnels et le droit en vigueur, notamment l'article 226-14 du code pénal, permet la levée du secret professionnel si un mineur subit des sévices. Il faut donc plutôt réfléchir sur les facteurs ou indices de maltraitance qui doivent déclencher un partage d'informations, sans oublier que cet échange doit porter sur des informations « contextualisées », c'est-à-dire qui répondent à un problème donné. Lors de son audition, il a ainsi déclaré : « *La circulation d'informations est donc possible, mais pas auprès de n'importe qui et pas à tout vent : elles doivent être destinées à des personnes susceptibles d'intervenir et auxquelles la loi a assigné des missions* »<sup>(3)</sup>. Il a fait part en revanche de son opposition à une obligation de partage d'informations.

Quant à M. Michel Andrieux<sup>(4)</sup>, il propose de s'inspirer des conclusions du groupe de travail sur le secret professionnel et le travail social pour créer « *un secret social partagé* ». L'information partagée doit être nécessaire et ciblée pour le règlement de la situation et suppose, autant qu'il est possible, l'assentiment des intéressés, sauf si cet accord risque de mettre en danger un mineur.

---

(1) *Idem.*

(2) Table ronde du 4 mai 2005.

(3) *Idem.*

(4) *Idem.*

La Mission estime qu'il est indispensable de définir par la loi la notion de secret social partagé, comme l'a d'ailleurs prôné M. Philippe Nogrix lors de son audition <sup>(1)</sup>.

Cependant, la démarche législative ne résoudra pas tous les problèmes. Pour M. Jean-Pierre Rosenczveig, le débat ne porte pas seulement sur le droit pénal : pratiques professionnelles, morale, déontologie et éthique personnelle entrent aussi en jeu. Selon lui, il faut rappeler à chacun que la priorité est de faire cesser le danger, et qu'il y a une possibilité, et non pas une obligation, de parler : « *Les personnes soumises au secret professionnel doivent garder le choix entre parler et se taire, et aucune loi ne pourra leur dire ce qu'elles doivent faire. En outre, ce n'est pas parce que l'on peut parler que l'on peut dire n'importe quoi à n'importe qui. En d'autres termes, ce sera un soulagement de voir le secret partagé en matière sociale reconnu dans la loi, mais une formation déontologique des personnels sera nécessaire* » <sup>(2)</sup>.

La définition d'un secret social partagé doit d'abord s'attacher à désigner les professionnels qui peuvent être amenés à partager des informations. Il est indispensable de préciser si ce partage ne doit concerner que les seuls professionnels chargés de la protection de l'enfance ou s'il peut bénéficier à l'ensemble des personnes travaillant auprès d'enfants, comme les enseignants ou les personnels de centres de loisirs. Le choix n'est pas facile : il faut arbitrer entre une plus grande efficacité dans la prévention de la maltraitance et les effets pervers d'un trop large partage de l'information qui peut conduire à ce que les enseignants, par exemple, soient informés de faits très intimes à la famille qui risquent de « parasiter » la communication avec celle-ci.

Mme Jeanne-Marie Urcun <sup>(3)</sup> souligne la difficulté à trouver un équilibre entre la nécessité de faire circuler l'information auprès des professionnels et une diffusion trop large sans objectif précis. Il est bon qu'un enfant n'arrive pas dans sa nouvelle école avec un dossier détaillant tous ses problèmes antérieurs pour éviter de lui coller une étiquette « d'enfant à problèmes ».

---

(1) Audition du 8 juin 2005.

(2) Audition du 11 mai 2005.

(3) Table ronde du 4 mai 2005.

M. Philippe Nogrix a pour sa part une appréciation différente en soulignant qu'il ne faut jamais oublier la finalité du partage d'informations. Il répond aux craintes exprimées par certains travailleurs sociaux de constituer ainsi une sorte de « casier social » : *« Il existe une distinction très nette entre le problème de la délinquance et celui qui nous occupe. L'objet de notre réflexion est de dessiner les contours d'un dispositif permettant de porter assistance à des personnes en danger. Il ne s'agit pas de fichier les gens. Il s'agit de donner aux intervenants des outils d'information. Ceux-ci n'étant pas centralisés, il est nécessaire de trouver un lieu de collecte d'informations qui, prises séparément, peuvent apparaître comme étant anodines, alors qu'elles correspondent à une situation très grave. Un retard scolaire, par exemple, peut être la manifestation d'une situation dangereuse pour un enfant. En tout état de cause, la question de la collecte d'informations doit être abordée avec la CNIL »* <sup>(1)</sup>.

Reste la question de savoir sous quelle forme se feront ces échanges : les informations seront-elles seulement échangées oralement ou seront-elles conservées nominativement sur un support écrit, voire un support informatique ?

Les avis sur cette question sont partagés. Pour certains, il faut veiller à ne pas créer des banques de données consultables sans aucune garantie pour le respect de la vie privée, car ce serait alors créer un véritable « casier social ».

Ainsi, M. Bruno Percebois a attiré l'attention de la Mission sur les risques potentiels pour les libertés publiques de la constitution de bases de données : *« Nous sommes également hostiles à un partage d'informations qui consisterait à alimenter une base de données sur les familles dont on ne sait ni par qui, ni dans quelles conditions elle pourrait être consultée. Aux termes de la circulaire de 1996 et de la loi sur le droit des malades, il faut que celui qui " donne " une information puisse contrôler ce qu'elle devient. Tel ne serait pas le cas si on créait le fichier préconisé par certains, qui pourrait s'apparenter à un " casier social " sans les garanties dont est entouré le casier judiciaire. Il nous paraît indispensable de cloisonner et de protéger les données, c'est une question de démocratie au même titre que la séparation des pouvoirs »* <sup>(2)</sup>.

---

(1) Audition du 8 juin 2005.

(2) Table ronde du 4 mai 2005.

Pour d'autres, comme M. Arnauld Gruselle<sup>(1)</sup>, cette information partagée devrait, sous certaines conditions de protection de la vie privée des personnes citées, pouvoir être conservée sur un support unique permettant de garder trace des indices relevés de maltraitance, afin d'améliorer une prise en charge globale et éviter des recours systématiques à la justice comme démarche de précaution.

Des groupes de réflexion constitués par des professionnels du travail social se sont penchés sur ce thème en Seine-Saint-Denis. M. Gilles Garnier a fait part des débats de conscience soulevés par cette question : « *S'agissant de la conservation et du partage des informations, [les groupes de réflexion] suggèrent une mutualisation et la constitution d'une "mémoire" consultable par tous les professionnels concernés. Cela suppose des réunions de coordination régulières comme il en existe dans les cas de signalement. Il faut en outre organiser le partage des informations entre les institutions et les partenaires et, à ce sujet, les travailleurs sociaux sont très préoccupés à l'idée que leur mission, qui est d'accompagner des familles grâce à une relation fondée sur la confiance, puisse être désormais perçue comme une mission d'injonction* »<sup>(2)</sup>.

Il conviendra aussi de déterminer les modalités d'information de la famille. La plupart des interlocuteurs de la Mission ont estimé que la famille devait être informée au préalable, mais il a paru peu réaliste de subordonner le partage d'informations à son assentiment : en cas de maltraitance, il est peu probable que les responsables des sévices seront enclins à collaborer.

La Mission préconise donc de s'inspirer des règles applicables en matière médicale telles qu'elles résultent de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Toutefois, la défense des enfants dépasse les enjeux de l'accès au dossier médical : si, en matière de santé, la loi doit s'efforcer d'assurer la continuité des soins – c'est à cette fin que le secret médical partagé a été autorisé –, en matière de protection de l'enfance, il s'agit de préserver le mineur contre des actes qui peuvent être commis à son encontre par des tiers, et parfois par ses parents. Aux yeux de la Mission, cette particularité justifie de s'écarter des règles applicables au secret médical sur deux points :

---

(1) Table ronde du 18 mai 2005.

(2) Table ronde du 4 mai 2005.

– le partage des informations ne doit pas rester une simple faculté, mais les professionnels chargés de l'enfant doivent avoir obligation de partager les informations susceptibles de permettre sa protection ;

– les informations doivent pouvoir être partagées sans l'accord des parents, à condition que ceux-ci soient préalablement avertis que des informations relatives à leurs enfants seront partagées entre professionnels pour déterminer au mieux la prise en charge nécessaire.

En outre, la Mission souhaite que la loi précise quelles sont les personnes susceptibles de partager des informations, en visant les professionnels de l'aide sociale ou de l'éducation et les membres d'une profession médicale ou para-médicale.

*Proposition :*

*– définir par la loi un « secret social partagé » de manière à :*

- instaurer une obligation de partage des informations entre les professionnels de la protection de l'enfance, dès lors qu'il y a indice d'un danger pesant sur l'enfant, en précisant la nature des informations communicables et les professions concernées*
- autoriser ce partage sans l'accord des parents, à condition que ceux-ci soient préalablement avertis que des informations relatives à leurs enfants seront partagées*
- soumettre la transmission et le traitement des informations partagées à de très strictes règles de confidentialité, sous le contrôle de la CNIL*

#### **D.– GARANTIR LE SUIVI DES FAMILLES DETECTEES**

La Mission insiste sur la nécessité de garantir le suivi des mesures de détection. Il ne suffit en effet pas que les risques soient repérés, encore faut-il que la famille fasse l'objet d'un suivi pour prévenir le passage à l'acte ou la réitération des maltraitances. La qualité du travail social est ici essentielle car la prévention sera grandement facilitée si des liens de confiance ont été noués entre les professionnels et les familles. De nombreux interlocuteurs de la Mission ont déploré que les travailleurs sociaux ne soient plus sur le terrain et que les visites à domicile soient aujourd'hui très rares dans les départements urbains et, pour des raisons de sécurité, parfois suspendues dans les quartiers les plus défavorisés.

M. Michel Andrieux <sup>(1)</sup> souhaite voir se développer les visites à domicile avec une possibilité d'intervenir en dehors des heures ouvrables. M. Jean-Louis Sanchez <sup>(2)</sup> évoque la nécessité de revoir la coordination des politiques de solidarité et de prévention médico-sociale, en indiquant que les communes devraient être parties prenantes dans les politiques de prévention primaire et de développement social. L'accompagnement social des familles ne peut se faire contre leur gré, et, à ce titre, il paraît essentiel d'associer les habitants des quartiers difficiles à la création de centres sociaux, de maisons de quartier pour que les habitants se sentent impliqués dans la vie sociale de leur environnement. Le suivi individualisé des familles à risque doit être complété par une politique de la ville qui, par une approche plus communautaire, a aussi un rôle à jouer dans la prévention des risques sociaux.

L'attention de la Mission a été attirée sur le nomadisme et les stratégies d'évitement développés par certaines familles, comme ce fut le cas à Drancy, où la famille a systématiquement refusé tout contact avec les services sociaux de proximité. Compte tenu de la pluralité des acteurs et de l'organisation territorialisée du dispositif, le déménagement de la famille est une des principales failles du suivi.

La Mission propose de mettre en place plusieurs correctifs.

Des conventions entre les départements et les caisses d'allocations familiales (CAF) pourraient permettre à celles-ci, à partir de leur fichier d'allocataires, de renseigner le service de l'ASE qui a perdu trace de la famille, afin de lui faire connaître la nouvelle adresse de celle-ci. Le service de l'ASE du département de départ de la famille se mettrait alors en contact avec celui du département d'arrivée, pour lui signaler les coordonnées de la famille qui doit continuer à bénéficier d'un suivi.

À terme, le service de l'ASE pourrait consulter directement les coordonnées des allocataires. Dans un avenir très proche, il existera en effet un fichier national des allocataires des CAF, et il sera possible de consulter ses données à partir d'un numéro d'allocataire unique qui ne sera pas modifié lorsque l'assuré changera de caisse d'affiliation. Il serait donc possible d'autoriser, sous certaines conditions, les professionnels de l'ASE à avoir accès à ce fichier pour les seules données relatives aux coordonnées des familles. Plusieurs CAF ont d'ailleurs déjà passé des conventions avec certains services sociaux pour leur permettre un accès à leur fichier, notamment dans le cadre des instructions de dossier de demande de revenu minimum d'insertion.

---

(1) Table ronde du 4 mai 2005.

(2) Table ronde du 18 mai 2005.



Le contrôle du respect par les parents du suivi médical obligatoire des enfants est aussi un bon critère de détection des risques de maltraitance ou de carences éducatives.

L'article L. 2132-2 du code de la santé publique prévoit que les enfants de moins de six ans bénéficient de mesures de prévention sanitaire et sociale qui se traduisent par des examens médicaux obligatoires tout au long de la vie de l'enfant. Par ailleurs, tout parent se voit remettre lors de la naissance de son enfant un carnet de santé qui comporte des certificats de santé pour attester que les examens médicaux obligatoires ont bien été respectés (article L. 2132-1 du code précité). Le carnet de santé sert de plus à consigner tous les traitements reçus par l'enfant et permet de disposer d'un dossier médical actualisé.

Après l'examen médical de l'enfant, le médecin traitant doit remettre un exemplaire du certificat de santé aux parents et envoyer un double de cette attestation au service de la PMI. De leur côté, les parents doivent adresser ce document à leur CAF. Le code de la sécurité sociale prévoit en effet que, si les parents n'ont pas adressé à la CAF l'attestation prouvant que les examens médicaux obligatoires ont été respectés, les prestations familiales peuvent être suspendues sur demande du médecin de la PMI (article R. 534-4 du code de la sécurité sociale). La CAF doit théoriquement saisir le service de PMI qui donne un avis motivé, et c'est au final le directeur de la CAF qui décide de minorer de 16 % la base servant à calculer les prestations familiales. En pratique, les CAF signalent aux PMI tous les mois par listing papier (faute de procédure automatisée liée au non-équipement des PMI), la liste de tous les allocataires n'ayant pas justifié de la passation d'un examen postnatal obligatoire. Selon les informations fournies par la Caisse nationale des allocations familiales, force est de constater qu'il n'y a jamais eu, en retour, de demande de suspension de versement des prestations.

Les échanges entre CAF et PMI ne paraissent pas opérationnels, et aucune exploitation n'est faite des informations transmises par les CAF aux PMI faute de moyens humains pour les interpréter. La Mission estime donc important de revoir cette procédure, car l'absence de certificats de santé est bien souvent le signe que l'enfant est négligé. Il faudrait donc que les CAF aient l'obligation de signaler à la PMI les enfants pour lesquels les certificats de santé obligatoires n'ont pas été transmis.

L'absence de sanction de la non-production des certificats de santé obligatoires nuit au suivi médical des enfants qui, de fait, n'est réalisé que pour 50 % des enfants de 9 mois et 30 % des enfants de 24 mois. La Mission propose donc de renforcer cette obligation, en prévoyant, après lettre de rappel réaffirmant

le caractère obligatoire de l'examen médical, une visite à domicile d'un travailleur social mandaté par la CAF auprès des familles qui ne transmettent pas les certificats de santé. Cette visite permettrait au travailleur social de faire le point sur le suivi médical de l'enfant et de l'orienter, le cas échéant, vers une consultation dans un centre de PMI.

Par ailleurs, la Mission s'est interrogée sur l'opportunité d'avancer l'âge de l'obligation scolaire à trois ans. Peut-on en effet laisser les enfants de trois à six ans en dehors de toute obligation de fréquenter l'école, alors que c'est dès cette classe d'âge que les dangers et les risques de maltraitance doivent être détectés ? La réforme de la protection de l'enfance ne pourra pas faire l'économie d'une réflexion sur les moyens d'améliorer le suivi scolaire des enfants en bas en âge.

La détection précoce de l'absentéisme scolaire est un moyen de prévenir la marginalisation des mineurs. C'est pourquoi la Mission préconise que, par souci de proximité, la responsabilité, actuellement exercée par les inspecteurs d'académie, de signaler les cas d'absentéisme scolaire soit confiée aux directeurs d'école et aux chefs d'établissement scolaire. Ces responsables en aviseraient systématiquement la CAF et les services de l'ASE.

Le travail en réseau étant un gage d'efficacité pour la prévention de la maltraitance, il paraît primordial que les personnes à l'origine d'un signalement soient informées des suites données, surtout lorsqu'elles côtoient quotidiennement les enfants.

L'absence d'information sur les suites données aux signalements a un effet déresponsabilisant. Sauf s'il s'agit de maltraitance, les personnes qui signalent les situations de danger ne sont pas systématiquement tenues informées des suites réservées à leur signalement. En effet, la seule obligation d'information en vigueur ne joue que pour les situations de mauvais traitements à enfants, signalés au président du conseil général (article L. 226-5 du code de l'action sociale et des familles). La Mission propose donc de généraliser l'obligation d'information par l'autorité judiciaire (parquet et juge) ou le président du conseil général.

*Propositions:*

- utiliser les informations des CAF relatives au changement d’affiliation pour suivre les familles qui déménagent et permettre une continuité de ce suivi d’un département à l’autre, dans le cadre de conventions passées entre les conseils généraux et les caisses*
- faire obligation aux CAF de signaler à la PMI les enfants pour lesquels les certificats de santé obligatoires n’ont pas été transmis*
- sanctionner, après une lettre de rappel, l’absence de production des certificats de santé obligatoires (pour les examens médicaux du 8<sup>ème</sup> jour, du 9<sup>ème</sup> mois, du 24<sup>ème</sup> mois et des 3 ans), par la visite à domicile d’un travailleur social mandaté par la CAF*
- confier aux directeurs d’école et aux chefs d’établissement scolaire le signalement de l’absentéisme scolaire à la CAF et au conseil général*
- généraliser l’obligation, pour l’autorité judiciaire (parquet et juge) ou le président du conseil général, d’informer les personnes qui communiquent des informations concernant un enfant en danger des suites qui ont été données à cette communication*

### **III.– LA PRISE EN CHARGE DES ENFANTS ET DE LEUR FAMILLE**

#### **A.– LES MESURES DE PROTECTION DE L’ENFANT**

##### **1.– Le cadre législatif**

Les mesures de protection de l’enfance peuvent être décidées selon deux procédures : l’une administrative, l’autre judiciaire.

##### ***a) La protection administrative***

Elle intervient toujours à la demande des parents ou avec leur accord écrit, à la différence de la protection judiciaire qui peut intervenir en passant outre le désaccord de la famille. L’action sociale en faveur de l’enfance et de la famille relève de la responsabilité des présidents de conseils généraux, avec l’aide des communes pour les actions de prévention collective.

L’article L. 222-2 du code de l’action sociale et des familles prévoit qu’une aide à domicile peut être attribuée, sur sa demande ou avec son accord, à la mère, au père ou à la personne qui assume la charge effective de l’enfant lorsque la santé de celui-ci, sa sécurité ou son éducation l’exigent. L’intervention de l’ASE est fondée sur l’intérêt de l’enfant et elle est justifiée par la volonté de pallier les risques encourus par le mineur. À la différence de l’intervention judiciaire, l’intervention administrative se situe davantage en amont avec un souci essentiellement préventif.

L'article L. 222-3 du code précité précise les formes d'aide à domicile. Celle-ci peut comporter :

– l'intervention de professionnels de l'action sociale auprès de l'enfant et de sa famille, soit pour des aides matérielles (intervention d'une conseillère en économie sociale et familiale ou d'une aide ménagère pour l'organisation de la vie quotidienne), soit pour une action éducative (intervention d'éducateurs et de psychologues) ;

– l'allocation d'aides financières sous forme de secours exceptionnel ou d'allocations mensuelles.

En cas d'échec des mesures de suivi éducatif à domicile, les enfants peuvent être accueillis temporairement en établissement ou en famille d'accueil, avec l'accord de leurs parents.

L'ASE peut déléguer ces actions à une association habilitée.

Les articles L. 223-1 à L. 223-5 du code précité organisent les rapports entre le service de l'ASE et les familles des enfants bénéficiant d'une mesure de protection administrative, en prévoyant des dispositions qui garantissent aux parents leurs prérogatives éducatives.

L'article L. 223-1 prévoit par exemple que toute personne demandant une mesure d'aide sociale à l'enfant doit être informée « *des conséquences de cette prestation sur les droits et obligations de l'enfant et de son représentant légal* ». De même, les modalités d'attribution de cette aide doivent faire l'objet d'un accord écrit des représentants légaux du mineur selon les termes de l'article L. 223-2. Les parents doivent être aussi informés des modifications éventuelles apportées au placement de l'enfant (changement de famille d'accueil, d'établissement...). L'article L. 223-2 rappelle en outre que les mesures de protection administrative ne doivent pas porter atteinte à l'autorité parentale, et notamment au droit de visite et au droit d'hébergement.

Dans un souci d'équilibre, si le code garantit aux parents de demeurer responsables de l'éducation de leurs enfants, il prévoit aussi que les mineurs concernés doivent être entendus sur toute décision les concernant. Le réexamen annuel de la situation du mineur apparaît comme une garantie très importante pour l'intérêt de l'enfant, cette révision périodique permettant d'adapter au mieux les mesures éducatives à l'évolution du mineur et de son environnement familial (articles L. 223-4 et L. 223-5 du même code).

***b) La protection judiciaire***

La protection judiciaire demeure de la responsabilité de l'État. Le code civil définit dans ses articles 375 et suivants les modalités d'intervention du juge pour enfants qui dispose de plusieurs dispositifs dits « d'assistance éducative » pour protéger les mineurs dont la santé, la sécurité ou la moralité sont en danger ou dont les conditions d'éducation sont gravement compromises. Les juges pour enfants ont en la matière une double compétence, tant civile que pénale.

En matière civile, ils décident de mesures de protection des enfants en situation de danger. Ces mesures sont financées par les départements et sont confiées soit à des établissements et services habilités par l'État et par le département, soit directement à l'ASE, soit aux services de la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) qui dépendent du ministère de la justice. Des enquêtes sociales, des mesures d'investigation et d'orientation éducative, des expertises – financées par l'État et non par les départements – évaluent les situations de danger et les besoins.

Les juges pour enfants ont aussi une compétence pénale lorsque des infractions ont été commises : ils décident de mesures éducatives financées par l'État et exercées par la PJJ ou par des services habilités par l'État. Ils président les tribunaux pour enfants qui peuvent prononcer des mesures éducatives, mais aussi des peines d'amendes ou d'emprisonnement (pour les enfants de plus de 13 ans) ou de travail d'intérêt général (pour ceux de plus de 16 ans).

Pour pouvoir intervenir, le juge pour enfants doit être saisi. En matière civile, l'article 375 du code civil prévoit que les parents, la personne qui a la garde de l'enfant, la personne ou le service auquel celui-ci est confié, le tuteur, le mineur lui-même, le ministère public peuvent demander l'intervention du juge, et ce n'est qu'à titre exceptionnel que celui-ci peut se saisir d'office.

Le juge doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant, selon les termes de l'article 375-1 du code civil. Cette disposition d'ordre public suppose que les parents soient entendus par le juge et puissent prendre connaissance de l'intégralité du dossier concernant leur enfant. Le décret n° 2002-361 du 15 mars 2002, codifié aux articles 1181 et suivants du nouveau code de procédure civile, a apporté de nouvelles garanties pour permettre aux parents un réel accès à leur dossier et éviter qu'une mesure, fût-elle provisoire et dictée par l'urgence, ne soit prise sans que toutes les parties au dossier (parents, mineur, service ayant la garde de l'enfant, tiers intéressé) aient été entendues.

Le code civil pose le principe selon lequel « *chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel* », ce qui signifie que le lien avec l'environnement familial doit être préservé. Le juge peut cependant subordonner le maintien dans son milieu familial à des mesures particulières, telles celles de fréquenter un établissement sanitaire ou d'éducation ou d'exercer une activité professionnelle (article 375-2 du code civil).

Les décisions du juge doivent être motivées, indiquer la durée précise de la mesure qui ne peut être supérieure à deux ans si l'enfant est confié à un service ou à une institution (article 375 du code civil). Cependant les mesures d'assistance éducative peuvent être modifiées à tout moment sur requête des parents, du mineur lui-même ou du service à qui l'enfant a été confié (article 375-6 du même code).

Lorsque la situation de l'enfant est gravement compromise et qu'il ne peut plus rester dans sa famille, le juge pour enfants peut décider d'un placement judiciaire (article 375-3 du code civil). L'enfant est alors confié à l'autre parent ou à un tiers hors de sa famille. Ce placement judiciaire peut avoir lieu dans un établissement de l'ASE, dans un établissement associatif habilité par l'ASE ou dans une famille d'accueil. Le juge peut également décider de confier l'enfant à un membre de la famille ou à un tiers digne de confiance. De plus, le législateur a prévu (article 375-5 du code civil) que « *l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution* ». Les enfants placés font l'objet d'un suivi par un travailleur social de l'ASE.

Selon l'article 375-7 du code civil, les parents conservent l'autorité parentale sur le mineur ayant fait l'objet d'une décision judiciaire d'assistance éducative, mais le texte prévoit une restriction : les parents peuvent exercer tous les attributs de l'autorité parentale « *qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure* ». Les parents bénéficient d'un droit de visite et de correspondance. La gravité de la situation peut toutefois inciter un juge à décider qu'ils ne rencontreront leurs enfants que dans le cadre de « visites médiatisées » (en présence de tiers) ou dans des points-rencontres créés pour favoriser la continuité des liens familiaux.

Lorsqu'un enfant court un grave danger, le juge pour enfants dispose d'une procédure d'urgence, l'ordonnance de placement provisoire, qui permet de placer l'enfant sans avoir préalablement reçu sa famille. Le juge devra convoquer la famille sous quinze jours faute de quoi l'enfant devra être rendu à ses parents ou à la personne ou au service à qui il était confié.

## 2.- Les modes de prise en charge

À la fin 2004, 268 812 mineurs bénéficiaient d'une mesure de protection de l'enfance. Dans ce total, la part des enfants accueillis, c'est-à-dire faisant l'objet d'une mesure de placement hors du milieu familial, était légèrement supérieure à celle des enfants bénéficiant d'actions éducatives : 51 % contre 49 %.

ENFANTS PRIS EN CHARGE PAR L'ASE <sup>(1)</sup>  
(France métropolitaine)

	2001	2002	2003	2004
<b>Enfants accueillis</b>	134 486	134 400	134 858	137 085
<b>Actions éducatives</b>	125 172	127 481	127 839	131 727

<sup>(1)</sup> L'ASE prend en charge des enfants et des adolescents de 0 à 21 ans.

Source : Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES). Enquête sur les bénéficiaires de l'aide sociale départementale au 31 décembre de chaque année.

137 085 enfants étaient pris en charge par l'ASE au 31 décembre 2004, ce chiffre étant en augmentation par rapport à 2003 (+ 1,7 %). Ce total regroupe à la fois les enfants qui sont spécifiquement confiés à l'ASE, qu'ils fassent l'objet d'une mesure administrative (à la demande ou avec l'accord des parents) ou judiciaire (soit 115 345 au total), et les enfants qui sont placés directement par le juge dans un établissement (soit 21 740).

La part des enfants confiés à l'ASE au titre d'une mesure judiciaire reste prépondérante (74 %) par rapport à ceux confiés suite à une décision administrative (26 %). Ainsi, sur 115 345 enfants confiés à l'ASE, il y avait, fin 2004, 85 519 mesures judiciaires et 29 286 mesures administratives.

Plusieurs possibilités s'offrent aux services de l'ASE et à la justice pour protéger ces enfants maltraités ou risquant de le devenir.

### *a) Les actions éducatives à domicile*

Des actions éducatives peuvent être décidées si la situation n'est pas trop détériorée et si le maintien dans la famille ne paraît pas trop dangereux pour l'enfant. Elles regroupent à la fois des actions éducatives à domicile (AED), décisions administratives prises par le président du conseil général à la demande des parents ou en accord avec eux, et des actions éducatives en milieu ouvert (AEMO) exercées en vertu d'un mandat judiciaire.

Ces actions éducatives sont très variées : elles peuvent comprendre des mesures de prise en charge médicale ou psychologique, un suivi par un éducateur, l'obligation de fréquenter une institution en dehors des heures scolaires et aussi des actions destinées aux parents, comme par exemple une aide à la gestion du budget, un suivi psychologique, une thérapie familiale. Toutes ces mesures sont généralement prises en concertation avec la famille.

Les AEMO représentent 73 % de l'ensemble des actions éducatives, soit 96 213 en 2004. Les AED, dont la part est moindre (35 514), ont augmenté de 12,9 % entre 2000 et 2004.

#### ***b) Les modes d'accueil des enfants séparés de leur famille***

Les enfants confiés à l'ASE sont placés principalement en famille d'accueil (55 %, soit 63 073 en 2004), tandis que les établissements en accueillent 38 % (43 778), les autres modes d'hébergement (hébergement d'adolescents autonomes en appartements par exemple) étant minoritaires.

Les établissements et services destinés à l'accueil des mineurs pris en charge par l'ASE sont constitués par les foyers de l'enfance, les maisons d'enfants à caractère social, les villages d'enfants. S'ajoutent à ces établissements les lieux de vie et d'accueil qui ont été reconnus par la loi du 2 janvier 2002.

Les foyers de l'enfance sont gérés par des personnes publiques dans 94,5 % des cas, leur fonctionnement pouvant même être assuré en régie par une collectivité territoriale. Ces établissements peuvent comporter une section pouponnière (accueil des enfants de la naissance à l'âge de 3 ans), celle-ci pouvant constituer, dans certains départements, une structure d'accueil à part entière. En 2004, on comptait 201 foyers disposant de 10 270 places. Ces établissements employaient environ 9 100 personnes en « équivalent temps plein » dont plus de 94 % relevaient de la fonction publique hospitalière.

Les maisons d'enfants à caractère social (MECS) relèvent de personnes morales de droit privé dans 94,6 % des cas. Leur fonctionnement est donc le plus souvent assuré par les associations à l'origine de leur création. En 2004, on dénombrait 1 155 MECS disposant de 41 335 places et employant environ 27 000 personnes en « équivalents temps plein ».



D’initiative et de gestion privées, les villages d’enfants ont la particularité de venir en aide aux fratries en évitant la séparation de mineurs appartenant à une même famille. En 2004, on comptait 18 villages disposant d’une capacité d’accueil de 1 004 places et employant environ 470 personnes en « équivalents temps plein ».

Les lieux de vie et d’accueil sont des structures atypiques dont la particularité est de prendre en charge des mineurs ou des majeurs requérant une protection spécifique, qui leur sont confiés le plus souvent par des départements extérieurs à celui dans lequel est implantée la structure d’accueil. En 2004, il existait plus de 300 lieux de vie accueillant 1 850 mineurs ou jeunes majeurs.

Les enfants peuvent être aussi placés auprès d’assistants familiaux, en famille d’accueil. En 2002, 55 % des enfants en placement bénéficiaient de ce mode d’accueil. Le statut de ces travailleurs sociaux est en pleine évolution. La loi n° 2005-706 du 27 juin 2005 relative aux assistants maternels et aux assistants familiaux a pour objectif de mieux les intégrer dans les équipes des services de l’ASE, en améliorant notamment leur formation et en garantissant que chaque accueil fera l’objet d’un contrat pédagogique entre l’ASE et l’assistant familial. Jusqu’ici, ces professionnels ne faisaient pas partie intégrante du travail de suivi réalisé par les éducateurs, et ils étaient considérés comme de simples « parents nourriciers ». Ils n’intervenaient qu’à la marge dans les grandes décisions prises par le personnel de l’ASE concernant le projet éducatif de l’enfant placé.

Il serait souhaitable que cette professionnalisation des assistants familiaux permette d’en faire de véritables partenaires des travailleurs sociaux de l’ASE, car les enfants accueillis présentent de plus en plus de pathologies psychiques qui rendent leur insertion dans les familles particulièrement délicate. Un effort important de formation et de suivi des assistants familiaux doit être entrepris.

## **B.– CLARIFIER LES CRITERES DE PRISE EN CHARGE**

### **1.– La notion d’intérêt de l’enfant doit être précisée**

Les mesures éducatives décidées par le juge reposent sur l’appréciation que celui-ci fait du danger pesant sur la santé, la sécurité, la moralité ou les conditions d’éducation de l’enfant (article 375 du code civil). Le juge a, en outre, obligation de se prononcer en stricte considération de l’intérêt de l’enfant (article 375-1 du code civil). À la différence de la loi québécoise (*cf.* encadré ci-après), le code civil ne définit pas les situations dans lesquelles l’enfant est en danger.

### **Les critères d'intervention des services de protection de l'enfance au Québec**

Les articles 38 et 38.1 de la loi de la protection de la jeunesse définissent avec précision les situations dans lesquelles la sécurité ou le développement de l'enfant est ou peut être considéré comme compromis. La loi tente de définir les situations dans lesquelles les besoins fondamentaux de l'enfant ne sont pas satisfaits.

Il s'agit de situations dans lesquelles ses parents ou les personnes qui en ont la garde mettent en danger sa sécurité :

– l'abandon, sauf si une personne substitue les parents et s'occupe de l'enfant et répond à ses besoins ou son développement ;

– la menace sur la santé physique : l'absence de soins appropriés, l'abus sexuel ou de mauvais traitements.

Par ailleurs, la loi s'applique également lorsque les parents ou gardiens compromettent le développement de l'enfant :

– par la privation de conditions matérielles appropriées à ses besoins ;

– par leur mode de vie ou leur comportement ;

– par l'exploitation de l'enfant : s'il est incité à mendier, à faire un travail disproportionné avec ses capacités, ou à se produire en spectacle de façon inacceptable ;

– par l'abandon affectif : l'absence de soins appropriés ou un isolement ou un rejet affectif qui menace son développement mental ou affectif ;

– par leur incapacité à lutter contre les troubles de comportements sérieux de l'enfant ;

– la fugue ou l'absentéisme scolaire ;

– l'abandon de fait d'un enfant placé.

Ces cas sont limitatifs, la loi étant d'application stricte. Il appartiendra au juge saisi de vérifier dans chaque cas, au vu des preuves produites par le service social (le directeur de la protection de la jeunesse) d'une part, et les parents ou gardiens d'autre part, au cours d'une procédure de type accusatoire, si les conditions d'application de la loi de la protection de la jeunesse sont réunies et s'il y a danger au sens de l'article 38.

La Mission s'est interrogée sur le caractère opératoire de la notion de danger et sur l'opportunité de définir plus précisément celle de l'intérêt de l'enfant, afin de tenir compte des progrès des connaissances sur le développement de l'enfant.

Les personnes auditionnées portent des avis divergents sur la place qu'il convient de donner à la notion d'intérêt de l'enfant.

M. Maurice Berger propose de supprimer la notion de danger prévue par l'article 375 du code civil pour lui substituer celle d'intérêt de l'enfant : « *D'abord, il faut abroger l'article 375 du code civil et voter enfin une loi centrée sur la protection et l'intérêt de l'enfant* »<sup>(1)</sup>. Il souligne que les cas de maltraitance représentaient 22 % des cas d'enfants en danger, mais il déplore le flou de la notion d'enfants en risque. De même, il critique sévèrement la notion de « carences éducatives » qui recouvrent des situations très graves « *où les parents sont gravement négligents, malades mentaux, paranoïaques, toxicomanes ou régulièrement absents, et le traitement de ces situations est laissé à l'application du juge et de l'éducateur* »<sup>(2)</sup>.

Pour M. Maurice Berger, il est urgent de sortir du « *règne de l'aléatoire* ». Il propose donc de définir la notion d'intérêt de l'enfant afin de tenir compte des progrès des connaissances sur son développement : « *la France, contrairement à d'autres pays comme l'Italie, la Grande-Bretagne, le Québec, l'Australie, la Nouvelle-Zélande ou même le canton de Vaud, n'a inscrit nulle part dans sa législation que la préséance doit aller à l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire à la protection de sa sécurité et de son développement intellectuel et affectif. La loi, qui date de 1958, n'a pas été réactualisée en fonction des connaissances. Son but est qu'un enfant placé retourne vivre chez ses parents (...) Cette loi, comme celle relative à la résidence alternée, a d'abord été pensée pour les adultes. De même, dans la loi du 2 janvier 2002 relative à la rénovation de l'action sociale qui consacre les droits des usagers des services sociaux, le mot "enfant" n'apparaît qu'une fois, et le principal usager est le parent et non l'enfant* »<sup>(3)</sup>.

La proposition de M. Maurice Berger est critiquée, de manière quasi unanime, par la plupart des autres personnes auditionnées qui adoptent des positions plus nuancées.

Certains font valoir que la notion d'intérêt de l'enfant gagnerait à être précisée car il s'agit aujourd'hui d'un « concept fourre-tout » et qu'il faudrait articuler ce concept avec d'autres, comme celui de l'intérêt de la collectivité et les droits des parents. Il semble qu'un consensus pourrait se dégager si on reprenait la définition donnée par le Québec ou l'Italie où l'intérêt de l'enfant est entendu comme la protection de sa sécurité et de son développement intellectuel et affectif. L'intérêt de l'enfant devrait primer lorsque la famille ne remplit plus son rôle éducatif et qu'il convient alors de protéger le mineur pour garantir son développement.

---

(1) Audition du 6 avril 2005.

(2) *Idem.*

(3) *Idem.*

Pour M. Alain Bruel <sup>(1)</sup>, la mention de l'intérêt de l'enfant dans l'article 375-1 du code civil est amplement suffisante pour tenir compte des légitimes critiques de M. Maurice Berger. Il estime même que l'utilisation de la notion d'intérêt de l'enfant peut conduire à des interventions judiciaires abusives, car, si le danger est facile à cerner, il est beaucoup plus aléatoire de discerner où se trouve l'intérêt d'un enfant. Il souligne en outre qu'il existe plusieurs définitions de ce concept, et qu'il n'y a aucune raison de privilégier l'approche pédopsychiatrique prônée par M. Maurice Berger.

D'autres personnes auditionnées soulignent que la notion d'enfant en danger est plus opérationnelle. Pour M. Jean-Pierre Rosenczveig, la définition actuelle de l'article 375 du code civil est satisfaisante : « *S'agissant de la notion d'enfance en danger, la définition qu'en donne l'article 375 du code civil doit rester suffisamment large pour permettre d'agir de manière opérationnelle. Lorsque j'étais jeune magistrat, on enlevait un enfant à sa mère au seul motif qu'elle se prostituait ; maintenant, en s'appuyant sur le même texte, on s'interroge avant de trancher. En Allemagne, les textes sont plus précis et doivent être contournés, la perception du danger pesant sur l'enfant étant par nature évolutive. Le problème n'est donc pas la définition de l'enfance en danger, mais de comprendre pourquoi les services sociaux transfèrent vers la justice des situations qui pourraient demeurer de leur ressort* » <sup>(2)</sup>.

Mme Claire Brisset <sup>(3)</sup> estime quant à elle que le caractère assez vague de la notion de danger présente l'avantage de laisser une place à l'interprétation, et qu'il convient de ne pas rigidifier le système, ce qui n'empêche pas de créer un référentiel des indices de la maltraitance.

Les travailleurs sociaux sont cependant tiraillés entre le respect de la vie privée et l'intervention de la puissance publique dans la sphère familiale. Seul un travail en réseau permettra de croiser les points de vue et d'avoir une analyse de la situation la plus objective possible. Mme Michèle Créoff, se faisant l'écho du désarroi grandissant des professionnels de l'enfance, souligne la nécessité de préciser « la commande publique », les autorités politiques devant, selon elle, préciser des critères d'intervention :

---

(1) Audition du 13 avril 2005.

(2) Audition du 11 mai 2005.

(3) *Idem*.

*« Quelles sont les limites de la protection des enfants au regard de l'autorité parentale ? Qu'est-ce qui prime en cas de conflit ? Quel est l'intérêt supérieur de l'enfant ? Seule la représentation nationale peut répondre. Cette problématique s'applique d'ailleurs autant au champ médico-social qu'à l'autorité judiciaire. La définition du danger est trop étroite, trop sujette à caution pour demeurer le seul concept de base de l'organisation de notre dispositif. Mais une loi sera efficace et cohérente à condition qu'elle ne se contente pas de poser des cadres : elle doit se soucier de la mise en œuvre, des normes, des référentiels et de l'évaluation, et être régulièrement questionnée en toute transparence »<sup>(1)</sup>.*

La Mission est persuadée que les textes actuels sont trop succincts pour permettre aux travailleurs sociaux de disposer de repères fiables. Cependant, il ne semble pas qu'une définition législative de l'intérêt de l'enfant ou de la notion d'enfant en danger soit opportune, alors même que notre société connaît une évolution accélérée de ses modèles familiaux et de ses principes éducatifs.

M. Pierre Naves juge préférable de préciser l'intérêt de l'enfant *via* un guide de bonnes pratiques, plutôt que par l'introduction d'une définition trop précise dans la loi : *« J'observe que la notion d'intérêt de l'enfant figure déjà à l'article 375-1 du code civil, mais je sais que celle-ci pourrait d'une part être précisée – l'analyse de jurisprudence à laquelle a procédé Mme Marcelle Bongrain<sup>(2)</sup> montre le flou dans lequel le juge applique cette notion –, et, d'autre part, entrer en concurrence avec la notion de danger qui figure à l'article 375 du même code. Il serait donc utile selon moi de faire un choix sur la notion de référence. La référence à l'intérêt de l'enfant a une légitimité juridique internationale et une force logique. Elle devra être précisée via un guide de bonnes pratiques – selon la démarche qui a été utilisée pour lutter contre les différentes formes de cancer –, plutôt que par l'introduction d'une définition trop précise dans la loi »<sup>(3)</sup>.*

La Mission partage l'analyse de M. Pierre Naves et juge préférable de maintenir la référence à la notion de danger tout en précisant l'intérêt de l'enfant à travers un guide à l'attention des praticiens. Inspiré des expériences menées à l'étranger, cet outil permettrait aux professionnels de disposer d'une méthodologie, envisageant plusieurs situations concrètes avec des critères pour discerner au mieux l'intérêt de l'enfant qui doit être apprécié au cas par cas.

---

(1) Audition du 25 mai 2005.

(2) Cf. l'analyse de la relativité de la notion de « danger » et de « carences éducatives » dans l'ouvrage de Marcelle Bongrain, *Le placement de l'enfant victime*, L'Harmattan.

(3) Audition du 13 avril 2005.

*Proposition :*

*– préciser la notion d'intérêt de l'enfant à travers un guide de bonnes pratiques, afin notamment de définir les carences éducatives dont le mineur peut faire l'objet*

## **2.- L'intervention du juge doit être plus ciblée**

On assiste depuis plusieurs années à une tendance préoccupante à la judiciarisation des signalements. Or, si la saisine du juge se justifie dans les situations les plus graves ou les cas d'urgence, le traitement administratif, parce qu'il passe par une collaboration volontaire avec la famille, doit occuper toute sa place. Il est donc légitime que la quasi-totalité des signalements d'enfants maltraités soit transmise à la justice, mais il est plus regrettable que plus de la moitié des signalements d'enfants en risque (60 % de l'ensemble des transmissions) le soit également.

EVOLUTION DE LA JUDICIARISATION DES SIGNALEMENTS DE 2000 A 2004

	2000	2001	2002	2003	2004
Saisines judiciaires	47 500	48 000	49 000	52 000	56 000
Suites administratives	36 300	37 500	37 000	37 000	39 000
Total des enfants signalés	83 800	85 500	86 000	89 000	95 000
<i>Taux de judiciarisation (en %)</i>	<i>57</i>	<i>56</i>	<i>57</i>	<i>58</i>	<i>60</i>

Source : ODAS

Certains voient dans cette évolution une crise de confiance dans la protection administrative. En effet, c'est le défaut de solutions alternatives aux outils traditionnels de l'ASE (aide éducative à domicile et placement provisoire), souvent mal adaptés à des situations de plus en plus complexes, qui entraîne parfois la saisine du juge, avec tous les risques d'une saisine judiciaire non fondée : classement sans suite alors qu'un accompagnement aurait pu être justifié, judiciarisation d'une situation qui aurait pu être traitée autrement. En outre, cette judiciarisation des signalements provoque une surcharge de travail pour les magistrats, entraînant une augmentation des délais de traitement, ainsi qu'une méfiance des familles vis-à-vis des travailleurs sociaux.

Cette tendance a un effet déresponsabilisant : la tentation est grande, pour se décharger de toute responsabilité, de procéder à un signalement judiciaire, au lieu de chercher si les services de la protection de l'enfance peuvent trouver une solution. De fait, le juge est saisi de situations qui pourraient manifestement être

résolues par la voie administrative. Cette pratique a des conséquences préjudiciables pour les enfants en danger, car elle entraîne une aggravation de l'engorgement des tribunaux qui rejaillit sur l'efficacité globale du dispositif.

Les textes ne prévoient pas une ligne de partage claire entre les mesures administratives et les mesures judiciaires. Si les règles appliquées par le juge sont relativement précises, les critères d'intervention de l'ASE sont définis par le code de l'action sociale et des familles dans des termes très généraux : l'article L. 221-1 vise les difficultés sociales susceptibles de compromettre gravement l'équilibre de l'enfant. En conséquence, les fondements de l'intervention administrative ne sont pas en adéquation avec ceux de la justice des mineurs.

En outre, le principe de subsidiarité prévu par la loi reste partiel. Le président du conseil général a obligation de saisir le parquet en cas d'impossibilité d'évaluer la situation ou de refus de la famille d'accepter l'intervention de l'ASE (article L. 226-4 du code de l'action sociale et des familles). Cependant, cette obligation ne joue que si l'enfant est victime de maltraitance. Pour les situations de danger sans signe de maltraitance, aucune disposition ne prévoit les critères de saisine du juge.

L'absence de précision des textes a laissé une culture de « mandat judiciaire » se développer, au risque de créer une rupture entre le suivi administratif et le suivi judiciaire, le juge pouvant confier directement une mesure à un service placé sous la tutelle du ministère de la justice, sans passer par l'ASE.

Actuellement il existe une grande disparité dans l'appréciation des situations qui nécessitent une saisine de la justice. La détermination de critères distinguant ce qui relève du judiciaire et ce qui dépend du suivi par l'ASE est en effet particulièrement délicate :

– l'urgence ne semble pas être un critère pertinent de saisine du juge. En effet, l'ASE est habilitée à agir en urgence et, dans certains départements, une cellule d'accueil ou un numéro d'appel a été mis en place pour faire face à l'urgence. La possibilité a déjà été laissée au conseil général d'accueillir en urgence, pour un temps très limité (48 heures) et sans décision du juge, un mineur qui ne pourrait rester au domicile familial, sans l'accord de ses parents, mais sous le contrôle du procureur de la République avisé. De telles expériences ont été tentées sous forme de protocoles avec des associations (notamment pour protéger les enfants fugueurs), mais demeurent isolées ;

– l’absence de collaboration des parents est, pour certains, un motif suffisant de saisine de la justice. D’autres estiment qu’elle peut être liée à des problèmes relationnels avec des travailleurs sociaux et ne préjuge pas des capacités de collaboration de la famille.

Dans un souci de clarification, il conviendrait de redéfinir les missions de l’ASE et de préciser le partage entre interventions administratives et judiciaires.

M. Louis de Broissia souligne la nécessité de préciser les critères de répartition des compétences entre protection administrative et intervention de la justice : « *Nous souhaitons en outre que l’ASE soit investie d’une mission de saisine de l’autorité judiciaire en cas de mise en danger d’un enfant, et que soit clairement posé le caractère subsidiaire de l’intervention du juge* »<sup>(1)</sup>.

Il ne semble pas opportun de poser comme condition préalable au prononcé d’une mesure judiciaire l’échec d’une mesure administrative en donnant à la cellule de signalement de l’ASE la responsabilité de déterminer si une saisine de la justice s’impose. De même, il ne paraît pas souhaitable de prévoir que cette structure administrative soit chargée « d’instruire » les signalements faits par les professionnels ou les particuliers pour « filtrer » en quelque sorte les dossiers mal étayés et déterminer si tel ou tel signalement aura une suite administrative ou entraînera une saisine de la justice.

En revanche, la Mission souhaite préciser les critères d’intervention de l’ASE en les harmonisant avec ceux appliqués par le juge. Ainsi, l’ASE interviendrait pour les situations mettant en danger la santé, la sécurité, la moralité ou l’éducation de l’enfant. En outre, le caractère subsidiaire de la saisine de l’autorité judiciaire serait généralisé : quel que soit le danger pesant sur l’enfant, le juge ne serait compétent qu’en cas d’impossibilité d’évaluer la situation ou de refus manifeste de la famille de coopérer. Corrélativement, dans ces deux cas, le président du conseil général aurait l’obligation de saisir la justice. Ce nouveau partage de compétence pourrait, dans un premier temps, être expérimenté dans des départements pilotes. Un effort devra en outre être mené pour parvenir à harmoniser sur le territoire national les critères concrets de saisine de la justice, afin d’informer largement les professionnels en contact avec les enfants sur la procédure de signalement et des suites qui doivent lui être données.

---

(1) Audition du 1<sup>er</sup> juin 2005.



L'attention de la Mission a été attirée sur la nécessité de permettre aux travailleurs sociaux de pénétrer dans le domicile de la famille. L'affaire de Drancy montre en effet l'importance de la visite à domicile, et plusieurs personnes auditionnées souhaitent que la famille puisse être contrainte d'ouvrir sa porte, ce qui est contraire à l'inviolabilité du domicile, corollaire de la protection de la vie privée qui est un principe à valeur constitutionnelle. Seul le juge peut donc imposer l'accès au domicile. L'obligation de saisir la justice en cas d'absence de coopération de la famille permettrait précisément de répondre à ces situations : en cas de refus de donner accès au domicile, la justice serait obligatoirement saisie aux fins d'autoriser un tel accès.

La Mission estime très important de parvenir à une meilleure coopération entre le parquet et les services du département pour que l'instruction des dossiers soit menée de manière coordonnée. Actuellement les situations sont très disparates : tout dépend de la qualité des relations des magistrats avec les services du conseil général et de l'existence d'une cellule de signalement centralisant les demandes. Lorsqu'il est saisi directement, le parquet ne procède pas systématiquement à l'information de l'ASE, se privant ainsi bien souvent d'informations complémentaires sur la situation traitée. À terme, il faudrait organiser une information systématique et réciproque entre les services de l'ASE et le parquet, mais aussi avec le juge pour enfants.

De plus, des progrès restent à faire pour améliorer l'information entre le juge d'instruction et le juge pour enfants lors, par exemple, de l'instruction d'une affaire de maltraitance : le juge qui suit le mineur victime ne sera pas toujours informé de la condamnation de l'auteur de la maltraitance. Il ne sera pas systématiquement informé que tel membre de la famille a été condamné à cesser tout contact avec le mineur. Le juge d'instruction, lui, n'aura pas connaissance des mesures prononcées en assistance éducative s'il n'en fait pas la demande. La circulaire du ministère de la justice du 2 mai 2005 prend en compte ces difficultés et incite à une communication systématique.

Les services du conseil général notent la difficulté de mettre en œuvre une politique sociale avec des juges pour enfants dont les pratiques sont très hétérogènes et qui ne restent pas suffisamment de temps dans le même poste pour mener à bien une véritable politique de concertation avec le département. Pour leur part, les juges pour enfants sont parfois réticents à laisser le conseil général définir concrètement les modalités de placement en fonction de ses moyens et de sa politique. Certains départements refusent, par exemple, les mesures alternatives au placement et amènent ainsi les magistrats à confier directement des mineurs à des associations.

*Propositions :*

– *préciser les missions de l’ASE par référence aux quatre conditions indispensables au développement de l’enfant posées par la loi (santé, sécurité, moralité et éducation)*

– *donner aux conseils généraux une compétence générale pour l’enfance en danger et réserver l’intervention du juge aux situations pour lesquelles il y a impossibilité d’évaluer la situation ou refus de la famille de coopérer ; expérimenter ce nouveau partage de compétence dans les départements intéressés*

– *faire obligation au président de conseil général de saisir le juge lorsqu’il y a impossibilité d’évaluer la situation ou refus de la famille de coopérer, et notamment de donner accès à son domicile*

**C.– REVOIR LES MODALITES DE LA PRISE EN CHARGE**

**1.– Mieux prendre en charge les enfants et leur famille**

***a) Trouver un équilibre entre le maintien dans le milieu familial et le placement***

La Mission s’est interrogée sur la priorité donnée par les textes au maintien de l’enfant dans sa famille.

Certaines personnes auditionnées dénoncent une « idéologie du lien familial » : les travailleurs sociaux et les juges s’identifient beaucoup plus aux parents qu’aux enfants, et le dispositif de protection de l’enfance repose sur le postulat contestable selon lequel la famille biologique est toujours préférable à une famille d’accueil.

Le code civil prévoit que l’enfant doit être maintenu dans son milieu familial « *chaque fois qu’il est possible* » (article 375-2). La manière d’interpréter cette disposition a varié dans le temps, comme le constate M. Pierre Naves : « *Il y a eu un retour de balancier. En effet, pendant de trop nombreuses années, on a séparé les enfants de leur famille, et, en fait, les véritables évolutions datent des années 1980, à la suite du rapport Bianco-Lamy. Par la suite, on a cherché à préserver au maximum les liens entre parents et enfants, mais cela a conduit à laisser des enfants au sein de leur famille, même s’il existe un risque réel de violences physiques, sexuelles ou psychologiques* » <sup>(1)</sup>.

---

(1) Audition du 13 avril 2005.

M. Maurice Berger déplore que : « à cause de la prégnance de l'idéologie du lien familial, spécificité nationale, il est impossible de protéger convenablement des enfants contre des parents atteints de pathologie très grave. Certes, rien n'est mieux pour un enfant que de vivre dans une famille qui fonctionne à peu près normalement, mais le lien familial peut aussi bien être un facteur de consolidation de l'estime de soi qu'une arme de destruction et de désorganisation. Or, en France, le lien parent/enfant est sacralisé »<sup>(1)</sup>.

Ceci justifie des allers et retours entre famille d'accueil et famille biologique, parfois destructeurs pour les jeunes enfants qui ont avant tout besoin d'un référent affectif stable. Le maintien de l'enfant dans son milieu familial devrait donc dépendre de la capacité de ses parents à l'éduquer. M. Maurice Berger regrette aussi l'importance accordée à la notion de précarité qui conduit à accepter des maltraitances ou des carences éducatives qui peuvent s'expliquer par des conditions de vie difficiles. L'idéologie du lien familial, très prégnante chez les travailleurs sociaux, « incite à occulter le fait que les parents puissent présenter des troubles psychiques »<sup>(2)</sup>.

La Mission considère que, si le maintien de l'enfant dans sa famille doit rester l'objectif du dispositif de protection de l'enfance, le critère d'appréciation actuellement en vigueur est trop flou. Elle propose donc de soumettre la décision du juge à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. Ainsi un mineur ne pourrait rester ou revenir dans sa famille que si cette mesure n'est pas susceptible de nuire à son intérêt.

***b) Diversifier les mesures éducatives et donner une reconnaissance législative aux expériences innovantes***

Le code de l'action sociale et des familles comporte une lacune importante : en créant une alternative stricte entre le soutien à domicile et le placement, il n'offre pas à l'ASE une palette d'interventions suffisante pour prendre en compte les particularités de chaque famille.

Il semble essentiel d'avoir une démarche dynamique pour les mesures d'assistance éducative. Même si, à un moment donné, le placement d'un enfant paraît indispensable, il convient, alors même que la décision de placement est prise, de préparer le retour de l'enfant dans son environnement familial et de mettre en

---

(1) Audition du 6 avril 2005.

(2) *Idem.*

place un accompagnement des parents pour préparer cette transition. Or, dans l'état actuel des textes, cette double démarche au bénéfice de l'enfant et des parents n'est pas possible, dès lors que l'enfant vit en dehors de sa famille.

M. Alain Bruel insiste sur la nécessité de changer de regard sur les carences parentales et de lutter contre « *la déformation, consistant à ne voir chez les parents que les insuffisances que l'on cherche à combler et non les compétences positives qu'il faudrait développer dans l'intérêt bien compris de l'enfant. Nous savons bien que l'aptitude parentale n'est pas un tout insécable, et que certains ne sont capables d'assumer qu'une parenté partielle ou à éclipse* »<sup>(1)</sup>.

Le soutien à la parentalité, qui est long à porter ses fruits, doit faire l'objet d'initiatives innovantes et s'inscrire dans un nouveau dispositif juridique qui permette d'offrir aux parents un suivi social ou médico-psychologique.

La Mission propose de sortir du « tout ou rien » en donnant une reconnaissance législative aux expériences intermédiaires développées par certains départements : internats de semaine, placements de week-end et de vacances, prises en charge de jour, et même la pratique, paradoxale mais apparemment positive, du « placement sans déplacement » expérimentée dans le Gard depuis plusieurs années. Cette préconisation se traduirait par l'inscription, dans le code de l'action sociale et des familles, de la possibilité d'un accueil de jour, c'est-à-dire d'une forme d'intervention intermédiaire entre le placement et l'aide à domicile.

Plusieurs personnes auditionnées font d'ailleurs part de la nécessité de donner une sécurité juridique à ces expériences innovantes qui doivent pouvoir être étendues à d'autres départements après évaluation. M. Alain Bruel<sup>(2)</sup> préconise une telle diversification en recommandant de faciliter et de reconnaître dans la loi les formules intermédiaires de séparation « à la carte ».

Mme Marie-Colette Lalire suggère aussi de nouvelles mesures de suivi éducatif : « *Il serait souhaitable aussi de diversifier les mesures éducatives en faisant figurer dans la loi la possibilité de mettre en place des aides intermédiaires entre la mesure d'action éducative en milieu ouvert et le placement, comme, par exemple, l'expérience menée dans le département du Gard. Une aide doit également être apportée aux victimes pour prévenir la répétition. Des moyens médico-psychologiques sont nécessaires pour cela* »<sup>(3)</sup>.

---

(1) Audition du 13 avril 2005.

(2) *Idem*.

(3) Table ronde du 4 mai 2005.

Le rapport du groupe de travail relatif à la protection de l'enfance, présidé par M. Pierre Naves, a fait une proposition similaire en préconisant d'inscrire dans la loi un dispositif mixte combinant l'action éducative en milieu ouvert (AEMO) et le placement, comportant des actions spécifiques pour pallier les défaillances parentales et préparer le retour en famille de l'enfant. Le rapport suggère aussi d'encourager une évolution du rôle des maisons d'enfants à caractère social qui aujourd'hui ne sont plus de simples lieux d'hébergement pour mineurs en danger, mais jouent un véritable rôle éducatif. Lors des périodes de droit de visite, les éducateurs de ces établissements discutent avec les parents pour les inciter à revoir leur manière d'exercer l'autorité parentale ou à entreprendre eux-mêmes une thérapie. Le rapport insiste sur le fait que loin d'être inflationniste cette nouvelle démarche pourrait se révéler génératrice d'économies, car elle conduirait à réduire la durée et la fréquence des placements <sup>(1)</sup>.

Pour préparer le retour de l'enfant dans sa famille, la médiation familiale qui ne repose actuellement que sur des initiatives associatives devrait être plus largement utilisée. Elle est encore perçue comme une modalité destinée à préparer une procédure de séparation ou de divorce, alors qu'elle peut être entamée à titre préventif, bien en amont de la problématique de séparation du couple.

La Mission s'inquiète, comme l'ensemble des personnes auditionnées, des difficultés rencontrées par la pédopsychiatrie et des conditions dans lesquelles les prises en charge s'effectuent. Il n'est pas rare qu'un enfant considéré en danger attende plusieurs mois pour obtenir une consultation.

Quelques chiffres permettent de mieux comprendre l'urgence de la situation. Contrairement à une idée largement répandue, les troubles mentaux, les difficultés psychiques ou les troubles du comportement ne concernent pas une frange marginale de mineurs. En 1997, 380 000 enfants étaient suivis dans les structures publiques de la psychiatrie infanto-juvénile, et le taux de consultation était en augmentation de 19 % par rapport à 1995. Les listes d'attente pour consulter atteignent trois mois en moyenne pour une consultation dans un centre médico-psychologique, cette durée pouvant facilement atteindre six mois dans certaines régions mal dotées. Ces délais se traduisent pour les personnes en attente d'une prise en charge par des souffrances et des risques de violence inquiétants.

---

(1) Rapport du groupe de travail « Protection de l'enfance et de l'adolescence », juin 2003.

La Défenseure des enfants, dans son rapport d'activité de 2001, a lancé un cri d'alarme sur le sous-équipement de nos structures de soins et rappelé quelques faits qui ne sont pas à l'honneur de notre pays : la France détient le taux de suicide le plus élevé d'Europe chez les 15-24 ans, et la fréquence des états dépressifs chez les adolescents (7,5 % chez les garçons et 22,5 % chez les filles) est tout à fait préoccupante si on la rapproche de l'augmentation des conduites addictives chez les jeunes.

Un constat similaire est fait par les personnes auditionnées par la Mission.

Pour Mme Marie-Paule Martin-Blachais, « *les difficultés du secteur pédopsychiatrique empêchent les enfants en danger de bénéficier de soins dans des délais favorables. Ces difficultés relancent le débat sur la reconnaissance de la capacité de soins à des psychothérapeutes qui ne sont pas médecins de formation initiale. Les enfants dont nous parlons ont besoin d'un travail d'équipes pluridisciplinaires, et il serait dommage de devoir externaliser une prise en charge qui doit être, selon moi, médico-psycho-sociale* »<sup>(1)</sup>. Abordant la question du suivi médico-psychologique des mineurs victimes, notamment d'abus sexuels, elle souligne qu'« *il faut aussi réactiver la pédiatrie sociale et la psychiatrie de liaison, car, si le principe d'unités médico-judiciaires peut apporter certaines améliorations, la question reste posée de la prise en charge de l'enfant victime après la période de crise et, faute de suivi longitudinal, on ne peut mesurer l'efficacité et l'efficience de la réponse apportée* »<sup>(2)</sup>.

La situation est encore plus grave pour les structures de soins comportant un hébergement, et il est fréquent, comme le soulignait Mme Claire Brisset dans son rapport de 2001, que des enfants se voient refuser une place dans une structure psychiatrique faute de troubles assez graves, mais aussi dans une structure de l'ASE au motif que ses établissements ne sont pas adaptés pour accueillir des « malades ». À l'inverse, certains enfants « agités », faute de place dans un établissement de l'ASE, sont hospitalisés à la suite d'une ordonnance de placement provisoire, prise par un juge, sans expertise psychiatrique.

La situation s'est semble-t-il aggravée ces dernières années, et de nombreux professionnels soulignent les risques pesant sur les familles d'accueil qui sont de plus en plus souvent confrontées à des mineurs présentant de graves troubles du comportement.

---

(1) Table ronde du 18 mai 2005.

(2) *Idem.*

Le sous-équipement en structures de soins pédopsychiatriques a parfois même des conséquences dramatiques : certains mineurs sont incarcérés faute d'avoir pu trouver en urgence une alternative. M. Dominique Barella explique ainsi : « *Considérons le cas d'un mineur qui commet un acte grave et pour lequel se pose la question du type de placement ou de la détention. Bien que la protection judiciaire de la jeunesse considère qu'il présente un profil psychiatrique grave, aucun établissement adapté ne peut l'accueillir, faute de place. Le parquet se tourne alors vers un service de pédopsychiatrie, afin qu'un spécialiste puisse, en urgence, procéder à l'expertise nécessaire dans les délais requis par la loi. Or, dans la plupart des cas, le psychiatre consulté déclare que le mineur ne présente pas du tout le profil psychiatrique initialement décrit, et qu'il n'a donc pas sa place dans un service de pédopsychiatrie. On se trouve alors avec un mineur en garde à vue, pour lequel la seule " solution " qui reste est la prison. C'est une modalité de choix inacceptable, d'autant que la prison n'est pas toujours une solution juridiquement possible (...) En outre, pour que le dispositif fonctionne, on charge le ministère public de donner l'autorisation de placement en urgence, alors que cette décision devrait revenir au juge des enfants* »<sup>(1)</sup>.

Il conviendrait donc de revoir l'organisation de l'hébergement en psychiatrie infanto-juvénile pour prévoir des structures moins médicalisées que les hôpitaux proprement dits, mais présentant cependant du personnel médical qualifié. De même, l'insuffisance des hôpitaux de jour, des services prenant en charge les mineurs après une tentative de suicide et des internats thérapeutiques avec scolarité intégrée doit être impérativement traitée par les pouvoirs publics.

Compte tenu du sous-équipement du suivi médico-psychologique dans les structures publiques – phénomène renforcé par le fait qu'il n'existe pas de psychologues scolaires dans l'enseignement secondaire –, il convient de faciliter l'accès aux structures de soins privées et plus particulièrement aux psychologues cliniciens.

Afin d'élargir l'offre de soins, la Mission préconise une prise en charge par l'assurance-maladie des consultations de psychologues lorsqu'elles sont prescrites par un médecin. Cette préconisation suppose que la qualification des psychologues de l'enfant repose sur des éléments objectifs et que les parents disposent ainsi de repères clairs pour choisir des professionnels qualifiés.

---

(1) Audition du 15 juin 2005.

*Propositions :*

- réserver le maintien de l'enfant dans son milieu familial aux situations où ce maintien n'est pas susceptible de nuire à l'intérêt de l'enfant*
- introduire dans le code de l'action sociale et des familles une prestation d'accueil de jour, intermédiaire entre l'aide à domicile et la prise en charge*
- donner la possibilité à l'ASE de compléter les mesures de prise en charge par un suivi social ou médico-psychologique des parents*
- utiliser la médiation familiale pour prévenir la maltraitance et préparer le retour de l'enfant dans sa famille*
- faire prendre en charge par l'assurance-maladie les consultations des mineurs et de leur famille auprès de psychologues sur prescription médicale*

## **2.– Garantir la continuité de l'accueil des enfants**

Certains pays étrangers ont mené une réflexion approfondie sur les conditions d'accueil de l'enfant (*cf.* ci-dessous l'exemple canadien). En France, plusieurs travaux récents ont attiré l'attention sur la nécessité d'assurer à l'enfant un projet de vie permanent. Cette réflexion conduit à s'interroger sur l'opportunité de prévoir un principe d'accueil unique, de limiter les recours aux pouponnières et de renforcer l'évaluation des mesures d'accueil.

### **La réflexion menée au Canada sur la stabilité de l'accueil de l'enfant**

#### **– Le Québec :**

Le ministre de la santé et des services sociaux de Québec a mandaté un groupe d'experts présidé par M. Jacques Dumais pour réfléchir sur la stabilité de l'accueil des enfants. Se fondant sur l'évolution des connaissances scientifiques, notamment au regard des troubles de l'attachement, le rapport Dumais s'est penché sur la situation des enfants placés à long terme sans possibilité de retour dans leur milieu familial. Dès 1991 un guide d'intervention psychosociale auprès des enfants en situation d'abandon soulignait la nécessité d'élaborer un projet de vie à long terme. Pourtant en l'absence de références juridiques, il semble que cette pratique ne se soit pas développée au Québec.

Le groupe de travail s'est alors interrogé sur le principe du maintien dans le milieu familial au regard de celui de l'intérêt de l'enfant et du respect de ses droits. En effet, si l'autonomie et l'intégrité de la famille sont des valeurs fondamentales, le besoin de l'enfant de faire partie d'une famille stable est tout aussi fondamental.

Pour favoriser la stabilisation de la situation des enfants placés, les nouvelles lois de l'Ontario et de l'Alberta distinguent le placement temporaire du placement permanent et fixent une durée maximale en fonction de l'âge de l'enfant. À l'échéance de ce délai, il y a obligation de prévoir un projet de placement permanent pour l'enfant.



Le rapport Dumais propose cette orientation aux motifs que les connaissances scientifiques actuelles démontrent que plus l'enfant est jeune, plus les risques qu'il développe des troubles de l'attachement sont élevés. Par conséquent, il recommande que la durée totale d'un placement n'excède pas : 12 mois si l'enfant a moins de 2 ans, 18 mois si l'enfant est âgé de 2 à 5 ans, et 24 mois si l'enfant est âgé de 6 ans et plus.

Le directeur de la protection de la jeunesse (DPJ) devra, lorsqu'il détermine la durée du placement, prendre en compte les placements antérieurs de l'enfant. A l'expiration du délai, si la sécurité ou le développement de l'enfant est toujours compromis, le DPJ devra saisir le tribunal pour obtenir une décision qui favorisera la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie de l'enfant dans la perspective d'un projet de vie permanent, à moins qu'un projet de retour de l'enfant dans son milieu familial soit possible à court terme.

**– L'Ontario :**

La durée des placements est strictement encadrée dans le temps : un enfant de moins de 6 ans ne peut être placé plus de 12 mois au total (premier placement de 3 mois, puis évaluation, puis 6 autres mois au plus) et un enfant de plus de 6 ans plus de 24 mois. Au-delà de cette durée, il faut, depuis 2000, élaborer un projet de vie permanent pour l'enfant : la préférence est donnée à une solution dans la famille élargie ; s'il n'y en a pas, l'enfant est placé en vue d'adoption, avec accord de subsides à la famille d'accueil dans certains cas (enfant malade, handicapé...). Un projet de loi à l'étude devrait permettre aux enfants ainsi adoptés de maintenir des relations avec leur famille d'origine (droit de visite, échange de lettres...).

***a) Poser le principe de la stabilité de l'accueil***

Il est essentiel que les services chargés de la protection de l'enfance, lorsqu'ils prennent en charge un mineur, respectent la nécessité de favoriser un environnement sécurisé à l'enfant, pour qu'il puisse s'attacher à une figure maternelle. Certains départements ont d'ailleurs mené des enquêtes sur le devenir des enfants placés très jeunes, et, en Seine-Saint-Denis par exemple, les résultats montrent clairement que les enfants les plus équilibrés sont ceux qui ont été confiés à des assistantes familiales avec qui ils ont tissé des liens affectifs proches d'une relation mère-enfant.

M. Philippe Jeammet insiste sur l'importance de la continuité affective et sur la stabilité des relations dans la toute petite enfance : « *Une grande partie de l'avenir d'un enfant dépend de la confiance qu'il ressent dès les premières années de sa vie envers les adultes qui l'entourent. S'il a confiance, il apprend à attendre et à utiliser ses ressources propres, ce qui lui permet de se libérer des personnes*

*dont il a besoin et de se calmer en ressentant un peu moins sa dépendance à leur égard »<sup>(1)</sup>.*

Plusieurs personnes auditionnées ont attiré l'attention de la Mission sur les difficultés soulevées par un principe de placement unique. M. Alain Bruel explique que « *le principe du placement unique doit, à mon avis, être posé, même s'il ne faut pas se faire trop d'illusions sur la possibilité de l'appliquer, en raison des problèmes de recrutement de familles d'accueil, mais aussi de la difficulté fréquente qu'éprouvent certains enfants, même maltraités, à se détacher de leurs référents parentaux, malgré les insuffisances de ces derniers, difficulté qui conduit à de nombreux rejets* ». Il souligne qu'il ne faut pas mésestimer la difficulté du détachement des liens : « *Il ne suffit pas de procurer à l'enfant un milieu de vie meilleur dans lequel il puisse nouer de nouveaux attachements. Encore faut-il prendre garde aux liens d'origine et à l'importance qu'ils conservent, sous peine de voir échouer des placements chez des gens dont le seul tort est de ne pas être les parents. L'appréciation de la persistance des liens antérieurs est, selon mon expérience personnelle, une difficulté importante* »<sup>(2)</sup>.

La Mission souhaite faire figurer dans la loi un principe d'accueil unique. Ce principe ne doit cependant pas constituer une obligation, mais tenir compte de la situation de l'enfant. L'application stricte d'une obligation de placement unique se heurterait en effet aux problèmes de recrutement de familles d'accueil et à la difficulté fréquente qu'éprouvent certains enfants, même maltraités, à se détacher de leurs référents parentaux, malgré les insuffisances de ces derniers. En outre, l'enfant peut rencontrer des difficultés dans la relation avec sa famille d'accueil.

#### ***b) Limiter le recours aux pouponnières***

La Mission s'est interrogée sur l'opportunité de conserver les pouponnières. Celles-ci sont utiles pour l'accueil des enfants nés sous X et comme hébergement d'urgence permettant de poser un diagnostic sur le mode d'accueil le mieux adapté. Néanmoins, contrairement au placement en famille d'accueil, elles ne permettent pas à l'enfant accueilli, malgré la présence d'adultes « référents » qui se succèdent tout au long de la semaine à son chevet, de retrouver la condition d'un attachement stable nécessaire à son développement affectif.

---

(1) Audition du 6 avril 2005.

(2) Audition du 13 avril 2005.

M. Maurice Berger émet une appréciation nuancée sur les pouponnières : « *Supprimer les pouponnières serait catastrophique car nous avons besoin d'un lieu d'accueil d'urgence, notamment à la naissance, mais aussi de maisons maternelles, c'est-à-dire de pouponnières hébergeant la jeune maman, pour l'observer pendant trois ou quatre mois et déterminer si elle peut être en mesure de s'occuper de son enfant. Au Québec, où les pouponnières ont été supprimées, des familles d'accueil d'attente reçoivent jusqu'à sept enfants, et un établissement va être reconstruit, dans lequel les séjours seront, de manière stricte, limités à trois ou quatre mois maximum* » <sup>(1)</sup>.

Certains départements, comme la Seine-Saint-Denis, ont décidé de ne pas confier de nourrissons aux pouponnières, et préfèrent le recours systématique à des assistantes familiales. Cependant, il existe des situations d'exception où les pouponnières s'avèrent utiles, par exemple pour l'accueil de nourrissons très handicapés ou ayant de gros problèmes de santé. Dans ces situations, le recours à la pouponnière permet d'attendre l'amélioration de la santé de l'enfant. En outre, la pouponnière permet d'atténuer le choc du placement et de trouver la famille d'accueil adéquate. Il faut donc avant tout éviter que le recours à la pouponnière soit une solution pour pallier le manque d'assistants familiaux, ou réponde à la difficulté d'accompagner des parents violents ou présentant des troubles mentaux. Dans ce dernier cas, il convient d'aider la famille d'accueil lors des visites des parents biologiques en instaurant un droit de visite « médiatisé » avec la présence de tiers susceptibles de sécuriser le contact entre l'enfant et ses parents.

La Mission estime donc que le placement en pouponnière doit être une solution uniquement provisoire qu'elle souhaite limiter à trois mois.

### ***c) Réévaluer régulièrement les modalités de l'accueil***

La stabilité de l'environnement affectif de l'enfant suppose une réévaluation périodique du bien fondé de chaque placement pour vérifier qu'il correspond aux besoins de l'enfant. Comme le souligne M. Pierre Naves, « *pour ce qui est de la durée des placements, le seul critère qui vaut est ce dont l'enfant a besoin. La réduction de la durée du placement n'est pas, en soi, un objectif. Si l'enfant doit être séparé durablement de ses parents, il faut allonger cette durée, et lui permettre ainsi de construire des liens nouveaux au lieu d'être soumis à des allers et retours chaotiques et blessants pour tous – parents et enfants –, chaque échéance étant vécue dans la perspective de la prochaine décision. Une évolution a*

---

(1) Audition du 6 avril 2005.

*effectivement été nécessaire il y a quinze ans, car des enfants étaient alors placés " à vie " sans que leur situation soit jamais revue. L'objectif est bien que les décisions soient adaptées à la situation de chaque enfant. Il est donc indispensable d'instaurer de bons principes d'évaluation »* <sup>(1)</sup>.

La Mission se félicite que la réforme introduite en 1984 ait mis fin au « placement jusqu'à autrement décidé » qui signifiait une prise en charge jusqu'à la majorité sans que l'enfant ne soit entendu pour vérifier que le placement était toujours adapté à sa situation.

Les textes posent aujourd'hui une obligation de révision périodique des mesures : l'article 375 du code civil prévoit que toute mesure éducative décidée par un juge doit être revue au moins tous les deux ans, et l'article L. 223-5 du code de l'action sociale et des familles prévoit une révision annuelle pour les mesures prises dans le cadre de la protection administrative organisée par l'ASE.

Cette réévaluation régulière ne doit pas cependant conduire à différer sans cesse des décisions difficiles. M. Pierre Naves attire l'attention de la Mission sur certains effets pervers de cette réévaluation périodique qui peut pousser à ne pas prendre les décisions susceptibles d'assurer à l'enfant un projet de vie permanent : « *Dans les années passées, il était légitime de limiter le placement à deux ans ; aujourd'hui, une telle limitation, à mon avis, a des effets négatifs, car elle évite aux décideurs de se poser des questions fondamentales : quelles perspectives durables pour les enfants et leurs parents peuvent-elles être construites ? Quels types de plan d'action mettre en œuvre ? Avec quels types d'accompagnement ?* » <sup>(2)</sup>.

La Mission préconise de modifier l'article L. 223-5 du code de l'action sociale et des familles afin de prévoir un bilan annuel de tout enfant confié à l'ASE, prenant en compte son état de santé physique et psychique, sa scolarité et ses relations familiales. Transmis aux parents et le cas échéant au juge, ce bilan doit être l'occasion d'évaluer le développement physique, psychique et intellectuel de l'enfant, et de vérifier s'il se sent dans une situation de sécurité affective suffisante.

---

(1) Audition du 13 avril 2005.

(2) *Idem.*

*Propositions :*

- soumettre l’ASE et le juge à une obligation de garantir la continuité de l’accueil de l’enfant en prévoyant un principe d’accueil unique, sauf cas particulier justifié par la situation de l’enfant*
- limiter les séjours en pouponnière à une durée maximale de trois mois*
- soumettre les services de l’ASE à l’obligation de procéder annuellement à un bilan de chaque enfant pris en charge, transmis aux parents et, le cas échéant, au juge*

### **3.– Respecter les droits des mineurs étrangers isolés**

Les enfants étrangers qui arrivent seuls et illégalement en France sont privés d’une partie de leurs droits : d’abord celui de vivre avec leur famille, ou au moins dans leur milieu d’origine, ensuite, lorsque leur retour est impossible, leur droit à l’éducation, et en particulier à la formation professionnelle.

En effet, les mineurs étrangers isolés rencontrent des difficultés croissantes pour accéder à la formation professionnelle et obtenir une carte de séjour. Le nombre d’étrangers entrés en France avant l’âge de dix-huit ans et dépourvus de liens familiaux a sensiblement augmenté, passant d’environ 200 en 1997 à un peu plus de 3 600 au 30 septembre 2004, selon les chiffres donnés par l’inspection générale des affaires sociales. Bien qu’ils soient pris en charge en cours de leur minorité par l’ASE moyennant des coûts importants <sup>(1)</sup>, ces mineurs sont menacés d’être reconduits dans leur pays d’origine lorsqu’ils atteignent leur majorité, faute d’insertion professionnelle suffisante.

Mme Claire Brisset, Défenseure des enfants, a dénoncé cette situation : « *Il faut donner à ces jeunes un titre de séjour spécifique pour qu’ils continuent leurs études en France après leur majorité, car il est absurde de les renvoyer dans les ténèbres extérieures le jour de leur dix-huitième anniversaire après avoir investi dans leur éducation et dans leur formation* » <sup>(2)</sup>.

---

(1) Le coût de la prise en charge des mineurs étrangers isolés est estimé par l’inspection générale des affaires sociales entre 71 et 115 millions d’euros.

(2) Audition du 11 mai 2005.

M. Jean-Pierre Rosenczveig souligne ce même point : « *lorsqu'un de ces enfants a été pris en charge par un conseil général à la demande de l'État, il faut à sa majorité lui accorder un titre de séjour provisoire afin qu'il puisse poursuivre ses études. Ne pas le faire, c'est à la fois se tirer une balle dans le pied et fabriquer des clandestins* »<sup>(1)</sup>.

Deux dispositions récentes ont amélioré la situation des mineurs étrangers isolés pris en charge par l'ASE avant l'âge de seize ans :

– l'article 28 de la loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale prévoit que la situation de l'emploi ne peut plus être opposée à un étranger mineur qui demande une autorisation de travail pour bénéficier d'une formation professionnelle rémunérée (contrat d'apprentissage ou de professionnalisation), dès lors qu'il est pris en charge par l'ASE depuis l'âge de seize ans ;

– en conséquence, la circulaire du ministre de l'intérieur en date du 2 mai 2005 donne aux étrangers mineurs ou jeunes majeurs pris en charge par l'ASE avant l'âge de seize ans droit à une carte de séjour temporaire portant la mention « salarié » ou « travailleur temporaire » selon la durée du contrat de travail souscrit.

En revanche, aucune disposition législative n'est prévue en faveur des enfants pris en charge par l'ASE après seize ans, alors que la majorité des mineurs arrivent en France après cet âge.

La Mission préconise un renforcement des actions de coopération pour organiser le retour des mineurs étrangers isolés dans leur pays d'origine. Lorsque ce retour s'avère impossible, elle souhaite donner aux étrangers isolés arrivés en France après l'âge de seize ans la possibilité de suivre, dès lors qu'ils ont fait la preuve de leur intégration et sur décision du préfet, une formation rémunérée, après que, à leur majorité, le conseil général a décidé de continuer leur prise en charge par l'ASE sous la forme d'un contrat de « jeune majeur ».

---

(1) *Idem.*

*Propositions :*

- *renforcer les actions de coopération pour organiser le retour des mineurs étrangers isolés dans leur pays d'origine*
- *donner, sur décision du préfet, accès à la formation professionnelle rémunérée aux étrangers isolés arrivés en France après l'âge de seize ans, qui continuent à être pris en charge par l'ASE dans le cadre d'un contrat de « jeune majeur »*

#### **4.– Préciser les modalités d'exercice de l'autorité parentale**

Les enfants confiés à un établissement ou à une famille d'accueil restent placés sous l'autorité de leurs parents. Juridiquement, toutes les décisions importantes relatives à leur éducation relèvent encore de la décision des parents, alors même qu'ils ne partagent pas leur vie quotidienne. L'article 375-7 du code civil précise seulement que les parents « *exercent tous les attributs [de l'autorité parentale] qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure d'assistance éducative* ».

L'attention de la Mission a été attirée sur difficultés qui apparaissent en cas d'accidents dont sont victimes les enfants placés, les parents n'étant pas toujours en mesure de faire les démarches nécessaires pour sauvegarder les droits de leurs enfants (déclaration de l'accident auprès de la compagnie d'assurance de la famille, surveillance de l'évolution de la santé de l'enfant pour l'indemnisation des séquelles de l'accident et la reconnaissance d'un handicap résultant de l'accident).

L'article précité du code civil est en effet ambigu, car il ne précise pas comment l'établissement assume sa fonction de gardien de l'enfant, ni comment tous les actes usuels relatifs à son éducation sont décidés.

Il n'existe pas de texte réglementaire définissant les prérogatives et les devoirs de l'autorité qui garde l'enfant ou précisant comment doivent s'établir les relations entre cette autorité et les détenteurs de l'autorité parentale (obligation d'information, type de décisions pour lesquelles l'autorisation explicite est obligatoire, signature par les parents de décharge de responsabilité au profit de l'établissement...).

Dans la pratique, il semblerait que les directeurs d'établissement, où sont placés des enfants, procèdent eux-mêmes aux déclarations d'accident, et que, dans le cas des familles d'accueil, cette formalité soit assurée par les services de l'ASE qui ont souscrit un contrat d'assurance « responsabilité civile » qui couvre aussi bien les dommages corporels des enfants placés que les dommages provoqués par ces enfants sur des tiers.

La responsabilité de la déclaration d'accident devrait juridiquement revenir aux parents comme le rappelle la réponse ministérielle n° 50330 du 28 août 2000, mais pour des raisons de commodité ce sont les établissements ou les services de l'ASE qui se substituent aux parents. Cette situation n'est pas satisfaisante car, pour le suivi du dossier notamment, en cas de désaccord avec les compagnies d'assurance ou la sécurité sociale, ce sont bien les parents qui sont les seuls habilités à prendre des décisions relatives, par exemple, à l'introduction d'un recours contentieux.

La jurisprudence a apporté certains éléments de réponse sur la question de la représentation du mineur par ses parents et sur la responsabilité de l'établissement considéré comme « gardien » du mineur.

Il apparaît clairement que les parents du mineur placé, n'ayant pas été déchus de leur autorité parentale, ont seuls qualité pour représenter leur enfant. Il a ainsi été jugé, pour le cas d'une action en responsabilité dirigée contre un mineur placé chez un tiers, dans le cadre de l'article 375-7 du code civil, que les parents du mineur ne peuvent être mis hors de cause alors qu'ils ont seuls qualité pour représenter leur fils en justice<sup>(1)</sup>. Il en résulte que seuls les parents peuvent procéder auprès des organismes sociaux à la déclaration de l'accident dont leur enfant a été victime. Il appartient aussi aux parents d'accomplir les démarches nécessaires pour que l'enfant, après la période de soins, puisse faire l'objet d'une expertise médicale pour déterminer si les séquelles de l'accident peuvent entraîner la reconnaissance d'un handicap. Bien évidemment, seuls les parents peuvent décider d'ester en justice si l'indemnisation proposée par la compagnie d'assurance leur paraît insuffisante ou si les résultats de l'expertise médicale est défavorable à leur enfant.

L'étendue de la responsabilité de l'établissement auprès duquel l'enfant est placé a varié dans le temps. Jusqu'à 2002, la Cour de Cassation estimait qu'une mesure d'assistance éducative ne privait pas les parents de l'exercice des attributs de l'autorité parentale, il convenait de considérer qu'une mère était civilement responsable de son fils alors que ce mineur avait été confié à un centre socio-éducatif, dès lors que les faits dommageables se sont produits à l'occasion d'une visite avec hébergement chez sa mère<sup>(2)</sup>. Cependant, en 2002, la Cour de Cassation a considéré que le placement dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative met à la charge de l'établissement gardien une responsabilité très étendue qui n'est

---

(1) Cour de Cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 18 novembre 1986.

(2) Cour de Cassation, chambre criminelle, 25 mars 1998.



pas dégagée du fait que ce mineur se trouve momentanément hébergé chez ses parents. La Cour a considéré qu'un établissement, en tant que gardien du mineur, a pour mission d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur et demeure responsable de plein droit du fait dommageable, commis par ce mineur, même lorsqu'il n'est plus sous la surveillance directe de l'établissement, dès lors qu'aucune décision judiciaire n'a suspendu cette mission d'assistance éducative.

La jurisprudence ne se fonde pas sur la fonction substitutive à l'autorité parentale exercée de fait par l'établissement, mais sur sa responsabilité en tant que gardien.

La nécessité de clarifier le droit applicable est incontestable. Il convient donc de préciser les modalités pratiques de l'exercice de l'autorité parentale lorsqu'un enfant est placé.

M. Alain Bruel plaide ainsi en faveur d'une telle clarification : *« en cas de placement, le partage entre les droits conférés à la personne ou au service auquel l'enfant est confié et ceux qui demeurent entre les mains des parents n'est pas suffisamment clair, ni suffisamment souple. Ce manque de clarté et de souplesse est source d'hésitations, parfois d'abus et, en tout cas, d'appréhensions difficiles à calmer. Nous sommes les héritiers d'une tradition de déchéance des " mauvais parents " et de remise des enfants à l'assistance publique. Petit à petit, nous avons progressé dans le respect des droits des parents, et encore récemment dans leur information sur le contenu des dossiers. Une plus grande précision des textes sur la répartition des éléments de l'autorité parentale dans les cas de séparation est maintenant nécessaire »*<sup>(1)</sup>.

Pour éviter les risques de conflit d'intérêt entre l'établissement gardien et les parents détenteurs de l'autorité parentale, la Mission souhaite que soit clarifiée la responsabilité du gardien, en précisant clairement le type d'actes que le directeur de l'établissement peut accomplir du fait que l'enfant est placé sous sa garde et de l'impossibilité, pour les parents, de partager la vie quotidienne de leur enfant. Pour pallier les risques de carence des parents, il semble opportun de prévoir que le directeur de l'établissement puisse être chargé d'accomplir non seulement les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation, mais aussi telle ou telle catégorie d'actes qui touchent au statut personnel de l'enfant. Il faudrait alors prévoir la possibilité pour les parents détenteurs de l'autorité parentale de disposer de moyens pour contester, en cas de besoin, les décisions touchant à l'état des personnes.

---

(1) Audition du 13 avril 2005.

La Mission s'est également interrogée sur le point de savoir si le juge pour enfants peut déléguer à la personne à qui l'enfant est confié une partie de l'autorité parentale.

Aux termes des articles 377 et 377-1 du code civil, la délégation totale ou partielle de l'autorité parentale revient au juge aux affaires familiales qui, en cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, peut être saisi par le particulier ou l'institution qui a recueilli l'enfant.

Plusieurs personnes auditionnées estiment important que cette compétence reste exercée par le juge aux affaires familiales, et ne soit pas ouverte au juge pour enfants. Interrogé sur ce point, M. Jean-Pierre Rosenczweig souligne les spécificités de chaque juge et plaide pour le maintien de compétences strictement séparées : *« Pour ce qui est d'élargir les délégations de l'autorité parentale, on peut l'envisager à la marge, mais mieux vaudrait, surtout, faire un usage plus fréquent des dispositions d'ores et déjà en vigueur. Je rappelle que le juge des enfants protège la personne de l'enfant tandis que le juge aux affaires familiales décide du pouvoir sur l'enfant. Cette distinction que je tiens pour essentielle explique pourquoi il ne doit pas revenir au juge des enfants de déléguer tout ou partie de l'autorité parentale, exception faite des droits usuels utilisés par la vie courante de l'enfant, tels que l'autorisation d'opérer ou l'autorisation de sortie du territoire »*<sup>(1)</sup>.

M. Alain Bruel estime aussi qu'il serait contestable de donner au juge pour enfants le pouvoir de prononcer lui-même des délégations d'autorité parentale : *« Jusqu'à présent, ce magistrat, chargé de faire échec temporairement aux abus et carences des parents sans pouvoir leur enlever leurs droits, peut communiquer le dossier au parquet, lequel est susceptible, si nécessaire, de requérir l'ouverture d'une procédure en délégation. Aller au-delà reviendrait à changer la nature de l'institution et à modifier péjorativement sa perception par le public »*<sup>(2)</sup>.

Mme Hélène Franco se félicite que le système actuel permette de moduler correctement l'exercice de l'autorité parentale et suggère de simples aménagements à la législation existante : *« Les solutions juridiques existantes – déclaration judiciaire d'abandon dans la perspective d'une adoption, retrait*

---

(1) Audition du 11 mai 2005.

(2) Audition du 13 avril 2005.

*d'autorité parentale, délégation totale ou partielle d'autorité parentale – permettent de répondre à cette nécessité. Il ne faudrait d'ailleurs pas tirer des conclusions hâtives du fait que ces procédures sont relativement peu utilisées. Nous sommes toutefois ouverts à certaines simplifications. Ainsi, dans le cadre de mesures d'assistance éducative dont le juge des enfants est saisi, on pourrait très ponctuellement lui permettre de prononcer des délégations partielles d'autorité parentale, pour vaincre, dans l'intérêt de l'enfant, certaines réticences des détenteurs de cette autorité, lorsqu'elles subsistent en dépit du dialogue avec la famille »<sup>(1)</sup>.*

La Mission préconise donc de donner, dans certaines circonstances, au juge pour enfants le pouvoir de porter une atteinte ponctuelle à l'autorité parentale, s'agissant des droits usuels utilisés pour la vie courante de l'enfant, tels que l'autorisation d'opérer, de sortir du territoire, de pratiquer une activité culturelle ou sportive, ou de prendre toute décision relative à la vie scolaire de l'enfant.

S'agissant des décisions judiciaires d'abandon, la loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption a supprimé l'exception de grande détresse des parents. Jusqu'à présent, un enfant en danger ayant été placé en établissement ou en famille d'accueil pouvait être déclaré abandonné par le juge si ses parents s'étaient manifestement désintéressés de lui pendant l'année qui précède l'introduction de la demande d'abandon. Le code civil prévoyait néanmoins une disposition restrictive qui limitait les décisions de déclaration d'abandon « *en cas de grande détresse des parents* ».

C'est à l'initiative de Mme Henriette Martinez que l'exception de grande détresse a été supprimée, au motif que son interprétation était problématique. En effet, l'absence de tout contact pendant un an avec un enfant placé est bien souvent la manifestation de la grande détresse des parents, et ce seul critère ne peut écarter la possibilité de déclarer un enfant abandonné pour qu'il puisse ultérieurement être adopté.

La nouvelle rédaction de l'article 350 du code civil ne conduit cependant pas à une application systématique de la procédure d'abandon. Seul le juge pourra apprécier le bien fondé de cette demande. Comme l'a expliqué devant le Sénat M. Philippe Bas, ministre délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille, « *en aucun cas le passage au statut de pupille ne peut être brutal : les services sociaux doivent en prendre l'initiative ;*

---

(1) Audition du 1<sup>er</sup> juin 2005.

*l'aide sociale à l'enfance doit saisir le juge des enfants ; enfin celui-ci procède à une expertise pour prendre une décision qui, aux termes du code civil, doit être " éclairée ". L'ensemble prend souvent plus de deux ans (...) Le dispositif adopté par l'Assemblée nationale (...) continue à exiger que les parents se soient manifestement désintéressés de leur enfant pour que celui-ci puisse être déclaré adoptable. En aucun cas, la situation sociale des parents ne peut motiver la décision, qui s'appuie nécessairement sur un désintérêt, d'une gravité exceptionnelle. Seuls quelques centaines d'enfants peuvent être concernés chaque année »<sup>(1)</sup>.*

Le ministre a bien souligné qu'il fallait trouver un équilibre entre le maintien des liens biologiques lorsqu'ils sont possibles et le droit des enfants à vivre de manière stable dans une famille qui leur procure une sécurité affective : *« Mais nous devons aussi penser aux enfants en situation de grande détresse ! Si on empêche un enfant délaissé ou maltraité d'être accueilli par une famille aimante, on l'aura sacrifié à ses parents »*<sup>(2)</sup>.

*Propositions :*

- préciser par voie de circulaire les conditions d'exercice de l'autorité parentale en cas de placement de l'enfant*
- donner aux juges pour enfants la possibilité de décider ponctuellement des délégations d'autorité parentale pour l'exercice des droits de la vie courante*

#### **IV.- L'ORGANISATION DU DISPOSITIF DE PROTECTION DE L'ENFANCE**

Les circuits de décision du dispositif de protection de l'enfance sont excessivement complexes, peu cohérents et difficilement compréhensibles par les usagers. Pourtant, les moyens ne manquent pas : globalement, 5,1 milliards d'euros ont été dépensés en 2004 pour la protection de l'enfance (contre 2,3 milliards d'euros en 1984, soit une progression de 122 % en vingt ans), et, dans certains départements, c'est le premier poste de dépenses de l'action sociale.

---

(1) J.O. Débats Sénat (22 juin 2005).

(2) *Idem.*

## A.- UNE ARCHITECTURE COMPLEXE, COUTEUSE ET PEU LISIBLE

Les lois de décentralisation ont fait du département la collectivité pivot en matière d'aide sociale. La loi du 22 juillet 1983 a en effet transféré aux conseils généraux les services de l'ASE, les actions de protection maternelle et infantile et le service départemental d'action sociale.

L'État conserve cependant des missions essentielles en matière de protection de l'enfance :

– il dispose du pouvoir législatif et réglementaire ainsi que d'un pouvoir de contrôle. Il est ainsi seul compétent pour assurer le suivi de l'application de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que de la législation régissant l'aide sociale à l'enfance (qui comprend la politique de l'adoption, la prévention de la maltraitance, les assistantes maternelles, la lutte contre les exclusions, notamment contre la pauvreté des familles) ;

– la protection judiciaire de l'enfance en danger et la prévention de la délinquance des mineurs restent de la compétence de l'État, même si son financement est pris en charge par les départements, au titre de dépenses obligatoires ;

– l'État demeure également compétent dans des domaines qui sont en lien direct avec la protection de l'enfance : l'insertion sociale, la santé, l'éducation nationale, l'action sociale (par exemple par la tutelle des caisses d'allocations familiales), l'administration de la jeunesse et des sports ;

– enfin certaines fonctions régaliennes de l'État ont une incidence directe sur la protection de l'enfance, comme par exemple l'action de la brigade des mineurs ou, de manière plus large, la politique pénale ou encore les moyens accordés à la justice (protection judiciaire de la jeunesse, juges de l'application des peines, juge pour enfants). L'État a un rôle spécifique de protection de certains mineurs, tels les pupilles de l'État qui sont sous la tutelle du préfet, les toxicomanes et les sans domicile fixe.

Financé par les conseils généraux, et, plus rarement par l'État ou la sécurité sociale, le réseau associatif constitue le troisième partenaire de la protection de l'enfance, de nombreuses compétences départementales étant assumées par les associations.

Le système actuel apparaît trop complexe, l'État n'assumant pas son rôle d'impulsion pour définir une politique de protection de l'enfance comportant des objectifs nationaux clairement identifiés, comme le souligne M. Jean-Pierre Rosenczveig : « *Je ne saurais trop insister sur l'urgente nécessité de clarifier les responsabilités en matière de protection de l'enfance (...) Dans son rapport, la Défenseure des enfants a dit, de façon provocatrice, que les collectivités territoriales n'en font pas assez. Ce faisant, elle disait surtout que l'État doit en faire plus, et elle soulignait à juste titre qu'il n'est pas, à l'heure actuelle, garant de la politique nationale de protection de l'enfance. Or, la décentralisation ne signifie pas la constitution de fiefs, mais celle d'espaces où des techniques différentes sont mises en œuvre pour réaliser les mêmes objectifs* » <sup>(1)</sup>.

La double tutelle (celle du conseil général d'une part, celle du juge pour enfants d'autre part) sous laquelle la décentralisation a placé la protection de l'enfance aboutit à une dilution des responsabilités. Lorsque le juge décide de confier directement un enfant à un particulier ou un à établissement, le département n'en est pas averti, et ne dispose ainsi d'aucune information sur cet enfant. Le département n'exerce pas de contrôle du suivi des mesures judiciaires que, pourtant, il finance, et le service chargé d'exécuter la mesure ne rend compte qu'au magistrat. Il n'existe aucun référent susceptible de garantir la continuité du suivi, et par conséquent son évaluation.

La décentralisation s'est traduite par une politique fortement territorialisée, alors qu'auparavant les interventions sociales étaient réparties de manière fonctionnelle. Cette nouvelle organisation risque de faire perdre sa spécificité à la lutte contre la maltraitance. Le dispositif territorial de l'aide sociale à l'enfance s'inscrit dans une politique large de soutien aux familles et d'assistance éducative. Comme le souligne Mme Michèle Créoff, « *la question de la maltraitance des enfants est noyée dans une problématique floue où se confondent les incompétences partielles des parents, les problèmes sociaux et d'intégration (...) et les situations plus graves de la pathologie du lien parents/enfants* » <sup>(2)</sup>.

En outre, la protection de l'enfance risque de se diluer dans la question de la prévention de la délinquance, de la violence des jeunes et de l'exercice par les parents de l'autorité comme moyen de poser des normes. Il convient d'être

---

(1) Audition du 11 mai 2005.

(2) Michèle Créoff, *Guide de la protection de l'enfance maltraitée*, Dunod, 1998.

particulièrement vigilant pour éviter que cet ancrage territorial ne conduise à exclure les populations qui n'appartiennent pas à un territoire donné, comme par exemple les mineurs des familles qui, évitant sciemment les services sociaux, déménagent fréquemment pour contourner le suivi.

La Mission considère que la décentralisation ne doit pas avoir pour effet d'enfreindre le principe d'égalité et que des efforts doivent être faits pour harmoniser les pratiques de l'ASE. L'État doit rester le garant de la protection de l'enfance, et impulser une politique ambitieuse en énonçant des objectifs et en veillant à la qualité du service rendu.

## **B.– RENFORCER LA COHERENCE DE L'ACTION DES DEPARTEMENTS**

La complexité de l'organisation impose de désigner clairement un chef de file, capable de coordonner des structures placées sous des tutelles différentes. Il convient de conforter la place des départements, tout en utilisant le rôle de proximité joué par les communes.

### **1.– La coordination entre les services départementaux doit être améliorée**

Actuellement les organisations départementales sont très diversifiées :

– certains départements sont organisés en directions techniques distinctes selon les missions (PMI, service social départemental, ASE), ces directions ayant une autorité hiérarchique sur leurs unités territoriales également différenciées et entre lesquelles n'existent que des liens fonctionnels. Dans ce type d'organisation, la transversalité est assurée au niveau central, au-dessus des directions techniques ;

– d'autres départements disposent d'« unités territoriales » déconcentrées regroupant, sous l'autorité d'un responsable unique, des professionnels de la PMI, de l'ASE et de l'action sociale générale. Dans ce type d'organisation, la transversalité est impulsée au niveau territorial par le responsable de secteur ;

– enfin, l'organisation de certains départements repose sur des circonscriptions déconcentrées dans lesquelles les personnels PMI, ASE et action sociale sont « mutualisés » sous la responsabilité d'un chef de mission territorial. Les missions sont définies à l'échelon central et les chefs de mission territoriaux sont co-désignés par les directions techniques et la direction chargée de la

coordination des secteurs. Il semble que ce dispositif ait parfois été conçu afin de ménager les susceptibilités des personnels des directions techniques qui acceptaient difficilement d'être sous la responsabilité d'un directeur technique relevant d'un autre statut. Ce type d'organisation donne deux niveaux de transversalité : centrale par la définition des missions, territoriale par l'intermédiaire des chefs de mission.

Quelle que soit l'organisation des services retenue par chaque conseil général, plusieurs personnes auditionnées ont souligné que les départements devaient améliorer la communication entre leurs propres services, avant de vouloir instituer des procédures d'échange d'informations systématiques avec les services du parquet ou de l'éducation nationale.

De même que les modes d'organisation interne des départements ne sont pas stabilisés, les instances de concertation entre l'ASE et la justice sont multiformes et leurs rapports ont pu être qualifiés par M. Jean-Pierre Rosenczveig de « *jeu du chat et de la souris* »<sup>(1)</sup>.

La Mission estime que tous les départements doivent respecter leurs obligations légales, en adoptant un règlement départemental d'aide sociale, mais surtout en élaborant un schéma départemental de protection de l'enfance, afin que les objectifs de cette politique et les investissements à long terme soient connus de tous. Cette programmation des objectifs permettrait de plus à l'ensemble des partenaires concernés de faire valoir leurs points de vue sur les priorités départementales. À moyen terme, il faudrait revoir le dispositif de planification de la protection de l'enfance pour en faire un outil conjoint entre l'État et le département, et parvenir ainsi à adapter l'offre aux besoins réels de l'enfance en danger.

## **2.- Le président du conseil général doit être clairement identifié comme protecteur départemental de l'enfance**

La Mission propose d'identifier chaque président de conseil général comme protecteur départemental de l'enfance. Celui-ci désignerait un référent unique pour l'ensemble des interventions relevant de la protection de l'enfance. Cette identification permettrait de donner à l'action du conseil général une lisibilité comparable à celle dont bénéficie le juge pour enfants : toute personne confrontée à un enfant en danger, qu'il s'agisse d'un professionnel ou d'un particulier, doit savoir à qui s'adresser.

---

(1) Jean-Pierre Rosenczveig, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, Editions Jeunesse et droit, 2005.



Ce référent unique serait explicitement chargé de :

- la préparation et l’application du schéma départemental de protection de l’enfance – schéma que plusieurs départements n’ont toujours pas adopté – ;
- la collecte des informations sur les enfants en risque et la coordination des saisines du parquet, afin d’être en mesure de faire le partage entre les situations qui peuvent être traitées par l’ASE et celles qui justifient le recours à l’autorité judiciaire ;
- la coordination et l’évaluation des mesures éducatives, y compris celles décidées directement par le juge.

Cette clarification paraît d’autant plus indispensable que certains publics, comme par exemple les adolescents, se situent à l’intersection de plusieurs champs de compétences et nécessitent une approche transversale de l’ensemble des institutions sanitaires, sociales, judiciaires. Le département doit jouer un rôle de coordinateur des interventions relevant de centres de décision distincts et garantir ainsi la continuité de la prise en charge.

Pour tenir compte de l’implication des maires, la Mission juge indispensable de mieux associer les communes. Il convient donc de réfléchir à la possibilité d’encourager, sur le modèle des conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance, la création de conseils locaux de la protection de l’enfance placés sous la responsabilité conjointe du maire et du président du conseil général.

*Propositions :*

- affirmer aux yeux du grand public le rôle central du président du conseil général en tant protecteur départemental de l’enfance
- encourager au niveau communal la création d’un conseil local de protection de l’enfance, placé sous la responsabilité conjointe du maire et du président du conseil général, et chargé de partager les informations sur les familles à risques

## **C.– MODERNISER LE FONCTIONNEMENT DES JURIDICTIONS POUR ENFANTS**

Selon l'étude réalisée sous l'égide du Conseil de l'Europe par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, la France se situe au 23<sup>ème</sup> rang des pays européens pour le montant des dépenses, par habitant, consacrées à la justice. Dans ce contexte de pénurie budgétaire, les juridictions pour enfants ne sont pas considérées comme prioritaires, et sont peu valorisées par le ministère de la justice et les professionnels eux-mêmes. Pourtant, le manque de moyens des juridictions pour mineurs et la surcharge de travail des juges pour enfants sont patents. Certains contentieux très médiatisés ont mis en lumière la gravité de la situation : à Angers par exemple, le juge de l'application des peines était chargé de suivre pas moins de 2 000 situations.

La Mission déplore le retard pris par la France – l'Allemagne dispose de cinq fois plus de juges pour enfants –, et dénonce le rythme d'audience des juges français. L'absence de coordination entre les différentes juridictions doit aussi être relevée. Même s'ils travaillent pour la même famille, le juge pour enfants et le juge aux affaires familiales ne se concertent pas. Il n'existe pas davantage de coordination entre le parquet et les juges pour enfants.

### **1.– Maintenir la spécificité du juge pour enfants**

La Mission s'est interrogée sur l'opportunité de créer une juridiction de la famille regroupant les compétences des juges pour enfants, celles des juges aux affaires familiales, voire celles des juges des tutelles.

La répartition des compétences judiciaires actuelle est construite à partir de la notion d'autorité parentale que le père et la mère exercent en commun :

- le juge aux affaires familiales se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, en veillant à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ;
- le juge pour enfants prononce des mesures éducatives si l'enfant est en danger ou s'il constate de graves carences éducatives ; il peut à ce titre limiter provisoirement l'exercice d'un ou plusieurs droits attachés à l'autorité parentale ;
- le juge des tutelles contrôle, dans certains cas, l'administration des biens des mineurs et ouvre la tutelle en cas de carence parentale.

M. Pascal Clément<sup>(1)</sup>, ministre de la justice, considère que la simplification de ces compétences entraînerait un remaniement considérable du droit civil. De plus, la création d'un juge de la famille ne semble pas correspondre aux tendances actuelles de notre droit qui renforce la spécialisation de certaines fonctions juridictionnelles. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant recommande d'ailleurs une spécialisation de la juridiction des mineurs.

Les arguments en faveur d'un regroupement du contentieux familial ne doivent pas être négligés. M. Dominique Barella les présente ainsi : « *Pour ce qui concerne la vie courante, c'est-à-dire les questions de séparation et de divorce, les mesures de tutelle, la justice des mineurs, il faudrait regrouper le contentieux familial au niveau de l'arrondissement. On parviendrait ainsi à une plus grande proximité, souhaitée par beaucoup. De plus, une telle organisation permettrait de maintenir les juridictions d'instance en leur garantissant un niveau d'activité suffisant. Elle assurerait aussi la cohérence des interventions à l'égard des familles et éviterait leur démultiplication. Elle permettrait qu'un regard " systémique " soit posé sur l'enfant, envisagé dans son contexte familial et son réseau affectif par des juges compétents (...)* Un tel cadre autoriserait l'instauration d'une formation continue des magistrats aux enjeux psychologiques des dossiers qu'ils ont à traiter. Ces enjeux sont en effet communs aux affaires de séparation de couple, de protection des mineurs et de tutelle. Cette organisation permettrait enfin d'unifier le niveau d'intervention des associations de protection de la famille et des droits de l'enfant »<sup>(2)</sup>.

C'est M. Jean-Pierre Rosenczveig qui apporte les arguments les plus décisifs pour le maintien de la compétence actuelle du juge pour enfants : « *Est-ce une bonne chose de détruire un siècle de progrès ? Je n'ai pas le sentiment que cela corresponde aux besoins du moment. Je constate, en revanche, que démanteler l'institution du juge pour enfants, à la fois juge pour la délinquance et juge pour la protection de l'enfance en danger, rétablirait la conception de l'enfant délinquant qui prévalait avant 1912, et reviendrait sur la réforme voulue par Charles de Gaulle en 1958. L'évolution de notre droit a consisté à dire que l'enfant délinquant est d'abord un enfant en danger, qu'il ne faut pas attendre un délit prétexte pour intervenir, et que, si dans une famille un frère est atteint d'anorexie et que l'autre vole, c'est qu'ils sont confrontés au même problème familial* »<sup>(3)</sup>.

---

(1) Audition du 22 juin 2005.

(2) Audition du 15 juin 2005.

(3) Audition du 11 mai 2005.

Il semble donc essentiel que les juges pour enfants gardent leurs attributions tant pénales que civiles pour traiter de la globalité de la situation des mineurs. Plusieurs personnes auditionnées ont cependant déploré que ces magistrats soient de plus en plus accaparés par leur rôle répressif au détriment de leur implication dans le suivi éducatif. Mme Hélène Franco se préoccupe du « *poids croissant pris par les dossiers pénaux dans l'activité des juges des enfants, en particulier dans le cadre des procédures rapides qui se multiplient dans des juridictions importantes, comme Marseille et Bobigny. Le grand nombre des présentations réduit fortement la disponibilité des magistrats. Les orientations données à la politique pénale en vue d'une réponse systématique à tous les actes empêchent également les juges des enfants de s'impliquer dans de véritables suivis éducatifs en matière pénale. En tant que juge des enfants, j'ai parfois l'impression de passer plus de temps à des mises en examen qu'au suivi (...) Le juge des enfants a souvent le sentiment d'être un juge isolé : même si les partenaires sont nombreux, c'est lui qui prend la décision et qui peut alors se sentir bien seul. De ce point de vue, la justice des mineurs souffre d'une présence tout à fait insuffisante du parquet, qui se préoccupe essentiellement de son activité pénale et qui, surtout, manque de moyens, notamment pour s'engager dans l'assistance éducative* »<sup>(1)</sup>.

Mme Catherine Sultan insiste quant à elle sur la dimension éducative du juge pour enfants dont le rôle va bien au-delà de décisions juridiques. La rencontre avec un tel juge peut influencer profondément la trajectoire d'un mineur ou conduire des parents à changer d'attitude vis-à-vis de leur enfant. Elle souligne la forte implication des juges pour enfants : « *La protection judiciaire de l'enfance en danger requiert également un engagement individuel : le juge des enfants est un juriste, en capacité de mesurer et de comprendre les effets concrets de ses décisions ; il doit posséder des connaissances dans le domaine de l'enfance qui dépassent ses convictions personnelles en matière d'éducation* »<sup>(2)</sup>.

C'est pourquoi, selon Mme Catherine Sultan, il est essentiel de conserver l'organisation actuelle qui permet au juge de travailler en réseau avec de multiples professionnels du secteur médico-social qui peuvent, ensemble, évaluer l'action menée sur le long terme. La justice des mineurs doit donc s'appuyer « *sur la procédure d'assistance éducative à partir de laquelle le juge travaille avec d'autres professionnels pour élaborer des stratégies d'intervention et suivre le*

---

(1) Audition du 1<sup>er</sup> juin 2005.

(2) Table ronde du 4 mai 2005.

*déroulement des mesures dans le temps et jusqu'à leur échéance, sans se contenter d'arbitrer ponctuellement un conflit d'intérêts »<sup>(1)</sup>.*

La Mission craint que la création d'un « grand » juge de la famille ne tienne pas suffisamment compte des spécificités de la justice des mineurs. Le travail d'un juge pour enfants est en effet fondamentalement différent de celui d'un juge aux affaires familiales : le second fait la loi dans la famille sans assurer le « service après vente », tandis que le premier travaille avec les services sociaux pour revoir régulièrement la situation de l'enfant et modifier ses décisions en fonction de l'évolution de sa situation. Supprimer la spécialité du juge pour enfants risquerait de mettre au second plan l'accompagnement dont le mineur a besoin, une fois la décision judiciaire prononcée.

## **2.- Mieux former et mieux encadrer les juges pour enfants**

La Mission considère que l'amélioration de la justice des mineurs passe par une reconnaissance de la fonction spécifique d'encadrement assurée par le vice-président du tribunal de grande instance chargé du tribunal pour enfants, et par une plus grande spécialisation de la formation des juges pour enfants.

Mme Catherine Sultan estime très important de revoir plusieurs aspects de l'organisation des juridictions et de mettre en œuvre un encadrement des pratiques judiciaires : *« La formation doit être renforcée et la stabilité dans la fonction doit être défendue, alors qu'aujourd'hui la mobilité est importante et les carrières de juges des enfants peu encouragées. La fonction d'encadrement des présidents de tribunaux pour enfants doit être reconnue en instaurant des postes à profils. Il faut enfin renforcer le contrôle des pratiques : affirmer l'obligation pour le juge des enfants de maintenir une concertation avec les partenaires ; augmenter, dans le domaine de l'assistance éducative, la disponibilité des parquets qui ont trop tendance à négliger le suivi des dossiers, happés par le nombre des dossiers au pénal ; mieux contrôler les dysfonctionnements judiciaires »<sup>(2)</sup>.*

La formation des juges pour enfants paraît être indispensable pour parvenir à un travail en réseau plus efficace. Cette nécessité est rappelée par Mme Hélène Franco : *« Si nous voyons dans la polyvalence des magistrats une source de richesse, nous pensons toutefois qu'une attention toute particulière devrait être apportée à la formation des juges des enfants, en particulier à*

---

(1) *Idem.*

(2) *Idem.*

*l'occasion des changements de fonction. Une formation d'une semaine et un stage très hypothétique de deux semaines dans le cabinet d'un collègue ne suffisent probablement pas à préparer à l'exercice de ces fonctions, d'autant que ces formations sont essentiellement tournées vers la procédure, plutôt que vers les problèmes auxquels le juge des enfants est confronté. Il est par ailleurs nécessaire de donner aux tribunaux pour enfants les capacités de participer aux différents partenariats, en particulier avec les conseils généraux. Cette nécessité ne nous paraît pas suffisamment prise en compte dans l'évaluation des charges de travail »<sup>(1)</sup>.*

M. Alain Bruel<sup>(2)</sup> insiste sur la complexité des missions de la justice des mineurs et préconise une réelle spécialisation en prévoyant de donner des perspectives de carrière aux juges pour enfants. Il regrette qu'actuellement certains vice-présidents de tribunal de grande instance aient des responsabilités d'encadrement dans ce domaine, alors qu'ils ne connaissent en rien les problématiques de la protection des mineurs. Il préconise ainsi que la formation des magistrats soit beaucoup plus spécialisée, et que celle des juges pour enfants ne se fasse pas dans le cadre de l'École nationale de la magistrature, mais par des séquences pluri-professionnelles de formation centrées sur la personne.

### **3.- Réduire les délais de jugement et veiller à l'exécution des décisions de justice**

La modernisation des juridictions pour enfants demande également une réduction des délais de jugement. Sur ce point, l'outil de suivi dont dispose la Chancellerie mérite d'être amélioré. En effet, pour l'instant, les seules statistiques connues permettent d'évaluer le délai entre la date de l'infraction et la date de jugement<sup>(3)</sup>. Un nouvel outil statistique (« le Panel des mineurs ») est en construction, et permettra d'estimer les délais proprement dus à la justice, et notamment les délais entre la date de saisine du juge et la date du jugement.

Mme Hélène Franco attire l'attention de la Mission sur le fait qu'il ne faut pas se focaliser sur les délais de jugement, mais envisager le fonctionnement de la justice dans ses différentes dimensions et tenter d'améliorer l'exécution des décisions de justice : « *Selon les statistiques du ministère de la justice, 58 % des*

---

(1) Audition du 1<sup>er</sup> juin 2005.

(2) Audition du 13 avril 2005.

(3) Pour les condamnations de l'année 2003, les délais sont de 15,4 mois pour les tribunaux pour enfants, et de 8,5 mois pour les juges des enfants statuant en audience de cabinet.

*procédures au pénal sont des procédures accélérées (...) On a ainsi une machine qui tourne souvent à vide : il n'est pas rare que je doive recevoir un enfant pour qui j'ordonne une mesure de suivi éducatif, souvent à sa demande ou à celle de ses parents, et que je revois ensuite, dans le cadre de nouveaux déferrements, sans qu'il ait encore pu rencontrer son éducateur. À Saint-Denis, le délai d'attente est de huit à neuf mois pour une mesure de liberté surveillée ou de liberté surveillée préjudicielle. Six mois d'attente pour une place en centre médico-psychologique, neuf mois pour un suivi éducatif, c'est insupportable, et on imagine les effets sur des enfants qui sont déjà en situation de fragilité, enfermés hors de chez eux et hors de l'école (...) Si on m'impose des délais supplémentaires en matière de jugement civil, je m'efforcerai de les respecter. Mais que se passera-t-il après mon jugement ? Aujourd'hui, si on a un traitement en temps réel en matière pénale, ce n'est pas le cas en matière éducative. Pour une mesure d'investigation et d'orientation éducative censée durer six mois, il faut déjà attendre six mois pour que la famille soit reçue une première fois. Dans de telles conditions, il est évident que des délais supplémentaires ne seront pas très efficaces »<sup>(1)</sup>.*

La Mission déplore l'absence de statistiques sur les décisions des juges pour enfants statuant au civil. Elle préconise la publication de statistiques annuelles sur les délais de jugement des tribunaux pour enfants, dans le but de les réduire à trois mois. En effet, seule une connaissance fine de l'activité de chaque juridiction permettra d'identifier les tribunaux où les délais d'attente sont les plus longs, et de décider les réaffectations de moyens qui s'imposent.

*Propositions :*

- prévoir une formation spécifique pour les juges pour enfants avant leur prise de fonction*
- reconnaître les fonctions d'encadrement assurées par le vice-président du tribunal de grande instance chargé de présider le tribunal pour enfants*
- prévoir la publication, par chaque juridiction pour enfants, de ses délais de jugement pour le traitement de l'enfance en danger, et se donner pour objectif de les réduire à trois mois*

---

(1) Audition du 1<sup>er</sup> juin 2005.

#### **D.– RENFORCER LES CONTROLES ET HARMONISER LES PRATIQUES DES DEPARTEMENTS**

Les collectivités territoriales se sont fortement impliquées dans la protection de l'enfance qui représente souvent le premier poste de dépenses pour les conseils généraux. Cependant, de fortes disparités existent comme le soulignait la Défenseure des enfants dans son rapport de 2004 : « *On constate de nettes disparités selon les départements : des écarts de 1 à 12 dans le taux des enfants placés, de 15 à 45 dans le nombre d'enfants suivis par un éducateur d'AEMO, de 1 à 200 dans le montant du budget consacré aux aides financières par enfant* »<sup>(1)</sup>.

La Mission constate qu'il n'existe pas de réel contrôle des politiques de protection de l'enfance. Les conseils généraux ne disposent pas d'outils à la hauteur des enjeux pour évaluer les résultats de leurs actions et apprécier la qualité des services rendus par les associations habilitées auxquelles les départements délèguent de nombreuses missions.

Lors de la décentralisation de la protection de l'enfance, l'État s'est théoriquement doté d'outils de contrôle de l'action des départements qui auraient dû lui permettre de s'assurer du respect des droits des enfants par les institutions qui en ont la charge. En réalité, ces contrôles sont quasi inexistantes.

En l'absence de référentiels nationaux, déterminer si un département respecte ou non le cadre législatif et réglementaire des missions de protection de l'enfance devient un exercice abstrait, sans lien avec le droit des enfants à bénéficier d'une protection adaptée. Or le secteur de l'aide sociale à l'enfance souffre d'une absence de standards nationaux. Par exemple, le nombre d'enfants que peut prendre en charge un éducateur dans le cadre d'une aide éducative à domicile n'est pas fixé, et, de fait, il oscille entre 15 et 45 selon les départements.

La nécessité de contrôler le fonctionnement des services départementaux impliqués dans la protection de l'enfance, dans une démarche d'« audit qualité » et non pas seulement pour détecter des irrégularités juridiques, est d'autant plus pressante que les préfets n'exercent pas vraiment leur compétence en matière de contrôle de légalité des interventions sociales des départements.

---

(1) Défenseur des enfants, rapport d'activité 2004.



L'État a la responsabilité d'un contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et des décisions des conseils généraux. Ces dernières, parmi lesquelles les règlements départementaux d'action sociale qui définissent les règles d'attribution des prestations d'aide sociale, doivent être transmises au préfet pour lui permettre d'exercer son contrôle (articles L. 3131-1 et L. 3131-2 du code général des collectivités territoriales). Cependant, la définition relativement vague des prestations d'aide sociale et l'absence de normes empêchent ce contrôle d'être un outil de vérification de l'adaptation des prestations aux besoins des publics, et rendent les perspectives d'annulation peu probables. Ce sont peut-être les raisons qui expliquent que le contrôle de légalité n'est quasiment pas exercé. La Défenseure des enfants, dans son rapport 2004, indiquait ainsi que, selon les données statistiques communiquées par la direction des collectivités territoriales du ministère de l'intérieur, seuls deux actes pris en matière d'action sociale auraient été déférés en 1999, aucun en 2000. Depuis, l'outil statistique a même cessé de comptabiliser cette catégorie particulière de déféré.

Il convient aussi de déplorer le manque de contrôle de l'activité des établissements accueillant des mineurs. Selon le mode d'habilitation de l'établissement, ce contrôle revient au président du conseil général, au préfet, ou aux deux conjointement. Cette procédure permet de délivrer des injonctions de remédier aux difficultés constatées et, si celles-ci ne sont pas respectées, de prendre une décision de fermeture d'un établissement. Une surveillance est également exercée par l'inspection générale des affaires sociales (IGAS) et les directions départementales de l'action sanitaire et sociale (DDASS). Les autorités judiciaires et les services du ministère de la justice contrôlent les établissements qui accueillent des enfants sur décision judiciaire. L'État n'exerce pas cette mission de manière satisfaisante : les contrôles sont rares, les services n'ont pas les moyens de se substituer à l'action des départements et les préfets ne se sentent pas investis puisqu'il s'agit d'une compétence décentralisée, et qu'ils n'ont pas d'instructions spécifiques du ministère de l'intérieur sur ce point.

Les lois de décentralisation ont maintenu le contrôle des services de l'ASE par l'IGAS, mais il s'agit d'un contrôle qui n'a pas de caractère systématique et qui intervient très rarement, compte tenu du nombre de départements à contrôler. En effet, depuis 1999, seuls deux départements font l'objet, chaque année, de contrôles approfondis. À ce rythme, un département n'est contrôlé que tous les cinquante ans...

De plus, les rapports de l'IGAS ne sont pas systématiquement rendus publics et l'État se trouve dans l'impossibilité de formuler à l'égard des départements des recommandations contraignantes. Afin de pallier cette dernière

difficulté, l'IGAS a systématisé l'organisation d'une « commission des suites » : un an après le dépôt du rapport, une rencontre est proposée au département concerné afin de lui permettre de préciser comment les recommandations émises ont été prises en compte. Cet outil d'accompagnement est, certes, utile, mais demeure soumis à la bonne volonté des conseils généraux. Comme le soulignait la Défenseure des enfants dans son rapport 2004, les départements les plus prompts à prendre en compte les recommandations de l'IGAS ne sont généralement pas ceux au sein desquels les difficultés les plus importantes avaient été constatées.

Afin de renforcer et de cibler les contrôles, la Mission préconise de donner au Défenseur des enfants le pouvoir de saisir le ministre chargé des affaires sociales aux fins de diligenter une enquête par l'inspection générale des affaires sociales, et de rendre publiques les conclusions de celle-ci. Cette possibilité d'évaluation ciblée sera sans doute plus efficace qu'une procédure de contrôle généralisée mais beaucoup moins approfondie.

La diversité des moyens consacrés à la protection de l'enfance doit être régulée par l'intervention de l'État qui doit harmoniser les modes de fonctionnement par la publication de normes ou de référentiels nationaux.

Le dispositif de protection de l'enfance se caractérise, du point de vue de son fonctionnement, par l'absence de normes communes à l'attention des conseils généraux. Alors que des textes précisent les modes de fonctionnement spécifiques des centres de vacances, des modes d'accueil des jeunes enfants, ainsi que des établissements et services s'adressant à des enfants ou adolescents inadaptés ou présentant des déficiences intellectuelles, il n'existe pas de dispositions équivalentes dans le champ des équipements s'adressant à des mineurs relevant de la protection de l'enfance, à l'exception notable des pouponnières.

La Mission préconise que des normes précisent les modalités de mise en œuvre des différentes missions assignées aux départements. Outre le fait qu'elles apporteraient des garanties minimales aux parents et enfants, ces normes fourniraient des références permettant de clarifier l'évaluation des actions menées.

De même, l'absence d'une réelle politique nationale de protection de l'enfance n'a pas permis de recenser les expériences novatrices, ni de procéder à leur évaluation pour, le cas échéant, en proposer la généralisation. L'État n'a pas non plus œuvré pour constituer des référentiels professionnels à partir des pratiques faisant consensus sur le terrain. La Mission souhaite que l'État entreprenne un véritable travail de recensement des initiatives novatrices pour parvenir à améliorer

les connaissances sur l'enfance en danger et constituer ainsi une « doctrine » pour la politique de la protection l'enfance. À partir de ce travail d'évaluation des pratiques professionnelles réalisé en concertation avec les administrations centrales et les services locaux, les professionnels disposeront de références.

Pour mener cette démarche ambitieuse, la Mission estime que l'ONED est un outil très utile, capable de recenser et d'évaluer les pratiques de prévention et de prise en charge de l'enfance en danger. Il serait souhaitable que la coopération entre l'ONED et l'ODAS soit renforcée pour parvenir à une meilleure connaissance des pratiques locales. M. Pierre Naves regrette par ailleurs que le secteur sanitaire soit beaucoup mieux doté que le secteur social pour mener à bien une démarche d'évaluation : *« Je tiens à souligner l'utilité incontestable du puissant levier que va devenir très vite l'Observatoire national de l'enfance en danger (ONED), à la fois par la production d'indicateurs statistiques fiables, mais aussi par la diffusion de bonnes pratiques validées. Depuis la décentralisation, les conseils généraux ont fait au mieux, mais sans disposer d'outils à la hauteur des enjeux. Alors que la Haute Autorité de santé qui a succédé à l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé compte un effectif de 300 personnes, le président du Conseil supérieur de l'évaluation sociale et médico-sociale installé ces jours derniers dispose d'une personne et demie... Quel écart entre le domaine sanitaire et le domaine médico-social ! »*<sup>(1)</sup>.

*Propositions :*

- donner au Défenseur des enfants le pouvoir de saisir le ministre chargé des affaires sociales d'une demande d'enquête, et de rendre publiques les conclusions de cette enquête*
- harmoniser l'action des départements par la définition de normes nationales minimales*

---

(1) Audition du 13 avril 2005.



## **PROPOSITIONS DE LA MISSION**

*La Mission propose 100 mesures nécessitant une modification des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur.*

### **I.– ASSURER LE RESPECT DES DROITS DE L’ENFANT**

#### **1.– Accélérer la mise en conformité du droit français avec la Convention internationale relative aux droits de l’enfant**

1. mettre en place une commission de transcription de la Convention internationale relative aux droits de l’enfant placée sous l’égide des ministères en charge de la justice et de la famille, chargée de dresser la liste des modifications à apporter au droit français pour le mettre en conformité avec la Convention
2. inscrire dans le droit français, par une disposition législative d’application générale, le premier alinéa de l’article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l’enfant, affirmant la primauté de l’intérêt de l’enfant

#### **2.– Mieux contrôler les violations des droits de l’enfant**

3. rendre obligatoire l’avis du Défenseur des enfants sur les projets de loi concernant les enfants ou leurs droits
4. créer des délégations parlementaires aux droits de l’enfant
5. rappeler au Gouvernement l’obligation qui lui est faite de présenter annuellement au Parlement un rapport sur l’état des droits de l’enfant en France

#### **3.– Donner à tous les enfants le droit d’être entendus par la justice**

6. donner aux enfants le droit d’être entendus dans toute procédure judiciaire les concernant s’ils le souhaitent, tout en leur garantissant la possibilité de refuser une audition demandée par l’autorité judiciaire
7. faire obligation aux juridictions d’expliquer aux enfants les décisions de justice en tant qu’elles les concernent, y compris les décisions de relaxe et les classements sans suite

8. favoriser l'assistance des mineurs par un avocat en généralisant l'accès des enfants victimes à l'aide juridictionnelle et en assurant une formation adaptée aux avocats

9. revoir les conditions de désignation des administrateurs *ad hoc* pour garantir leur indépendance et augmenter leurs indemnités

## **B.- CONSOLIDER LE COUPLE**

### **1.- Garantir un choix éclairé dans l'organisation de la vie du couple**

10.- afin de garantir un choix libre et éclairé, informer les couples, tout particulièrement au moment de la conclusion d'un PACS, d'une demande de certificat de concubinage, du mariage ou de la naissance des enfants, des différences entre les droits et les devoirs offerts par le mariage, le PACS et le concubinage

### **2.- Faire du PACS un contrat de couple cohérent**

#### **● *la conclusion et l'enregistrement du PACS :***

11. préciser que la convention écrite à laquelle la conclusion du pacte est subordonnée peut être un acte sous seing privé ou un acte authentique passé devant notaire

12. maintenir l'enregistrement par le greffier du tribunal d'instance, mais porter l'existence et, le cas échéant, la dissolution du pacte en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires par l'apposition d'une mention simplifiée ne révélant ni l'identité, ni le sexe du partenaire

13. lever l'interdiction de souscrire un pacte pour les majeurs sous tutelle, prévoir que les majeurs sous curatelle se fassent assister par leur curateur lors de la conclusion et de la dissolution du pacte civil, et reconnaître aux personnes incarcérées le droit de se pacser

#### **● *le régime des biens :***

14. remplacer les présomptions d'indivision en vigueur par un régime de séparation des biens, les partenaires pouvant toujours opter conventionnellement pour un régime d'indivision organisée

• *les droits sociaux :*

15. instaurer une autorisation d'absence d'un jour pour la conclusion d'un PACS
16. permettre le recours aux contrats à durée déterminée pour remplacer un partenaire participant effectivement à l'activité professionnelle de l'entreprise
17. permettre le recours aux employés des entreprises de travail temporaire pour remplacer le partenaire participant effectivement à l'activité de l'entreprise
18. considérer comme travailleur à domicile la personne qui travaille avec son partenaire
19. considérer le partenaire comme une personne à charge pour le calcul de la part saisissable et cessible de la rémunération
20. étendre les prestations en espèces de l'assurance-maladie et maternité aux partenaires
21. étendre aux partenaires les droits en matière d'accidents du travail
22. permettre l'affiliation du partenaire collaborateur d'un travailleur indépendant au régime d'assurance vieillesse de ce dernier
23. ouvrir le droit à pension de réversion aux partenaires pacsés depuis cinq ans
24. soumettre l'ouverture des droits sociaux offerts par le PACS à la production de la preuve de l'imposition commune des revenus des partenaires

• *la fiscalité successorale :*

25. étendre au partenaire survivant l'abattement supplémentaire de 50 000 euros accordé depuis 2005 au conjoint survivant

• *le régime successoral du logement :*

26. donner au partenaire survivant un droit temporaire de jouissance gratuite du logement pendant un an
27. lorsque le partenaire survivant est légataire, lui donner un droit viager d'habitation du logement

28. lorsque le partenaire survivant est légataire, lui donner un droit d'attribution préférentielle de la propriété du logement

• *le droit des étrangers :*

29. préciser par voie de circulaire les conditions relatives à la durée de vie commune exigée pour l'obtention, par le partenaire étranger d'un Français, d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale »

• *les devoirs entre partenaires :*

30. équilibrer l'aide mutuelle et matérielle entre partenaires en prenant en compte leurs facultés contributives

31. limiter le régime de solidarité à l'égard des tiers pour les dettes contractées par un partenaire pour les besoins de la vie courante, en excluant les dépenses excessives

32. créer un devoir de soutien entre partenaires

**3.- Réaffirmer la liberté du mariage et lutter contre les mariages forcés**

33. fixer à dix-huit ans l'âge minimal au mariage, tout en laissant au procureur de la République la possibilité de prononcer des dispenses d'âge pour motifs graves

34. viser explicitement le vice de consentement dans les dispositions relatives à l'audition des futurs époux, au sursis à la célébration du mariage et au sursis à la transcription du mariage

35. permettre à l'officier de l'état civil compétent de demander la réalisation de l'audition à un agent consulaire français dans le pays de résidence du futur époux

36. autoriser les officiers de l'état civil et les agents consulaires à déléguer la réalisation d'une première audition à un fonctionnaire de leur service

37. lorsque les époux ont refusé d'être auditionnés, faire de l'absence de réponse au signalement transmis au parquet par un agent consulaire un motif de non-transcription du mariage



38. ouvrir au procureur de la République la possibilité d'attaquer un mariage contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux
39. porter à deux ans, en cas de poursuite de la cohabitation après le recouvrement de sa liberté par les époux ou l'époux, le délai de prescription des actions en nullité pour absence ou vice de consentement des deux époux ou de l'un d'eux
40. porter à deux ans, à compter de la date du mariage, le délai de prescription des actions en nullité pour absence de consentement familial au mariage d'un mineur
41. prévoir que les dispositions de l'article 1114 du code civil (crainte révérencielle envers les parents) ne s'appliquent pas au mariage
42. organiser à l'école une information sur la liberté de consentement au mariage et les droits qu'elle induit
43. sensibiliser les personnes susceptibles d'avoir connaissance de projets de mariage forcé (agents diplomatiques et consulaires, magistrats, policiers, travailleurs sociaux, enseignants)
44. développer les lieux d'écoute, d'assistance, de conseil et de prise en charge des personnes menacées ou victimes de mariage forcé, notamment au sein des centres d'information sur les droits des femmes
45. développer des solutions d'hébergement adaptées aux personnes menacées ou victimes de mariage forcé
46. préciser que l'existence d'une contrainte au mariage constitue une cause de nullité du mariage

### **C.- RENFORCER LE LIEN DE L'ENFANT AVEC SES ORIGINES**

47. lorsque l'enfant qui a été abandonné est mineur, réserver la demande d'accès aux origines au mineur lui-même à condition qu'il ait atteint l'âge de discernement et que ses représentants légaux soient d'accord
48. créer un « double guichet », c'est-à-dire deux régimes de don pour les gamètes qui constitueront le patrimoine génétique de l'enfant, le premier garantissant l'anonymat du donneur, le second autorisant l'accès à son identité

49. en cas de décès du père, autoriser la mère à bénéficier d'une implantation de l'embryon entre le sixième et le douzième mois qui suivent le décès

#### **D.– RESPONSABILISER LES PARENTS**

##### **1.– Favoriser l'exercice de la coparentalité par le père et la mère**

###### *a) Améliorer la mise en œuvre de la résidence alternée*

50. faire éditer par le ministère de la justice un guide des bonnes pratiques de la résidence alternée

51. permettre à l'enfant ayant atteint l'âge de discernement de demander au juge de modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale

52. adapter le régime des prestations familiales à la résidence alternée

###### *b) Renforcer la médiation familiale*

53. en cas de désaccord des parents sur l'exercice de l'autorité parentale, faire au juge obligation de leur proposer une mesure de médiation et de leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure

54. instaurer, en amont de la procédure judiciaire, une aide à la médiation comparable à l'aide juridictionnelle

###### *c) Mieux assurer le respect des obligations des parents*

55. mettre à disposition des juges un barème indicatif pour les aider à fixer les pensions alimentaires

56. renforcer, par voie de circulaire, l'action du ministère public à l'encontre des parents qui ne respectent pas leurs obligations alimentaires

57. autoriser le juge à prononcer un retrait total ou partiel de l'autorité parentale à l'encontre du parent qui n'exerce pas son droit de visite et d'hébergement

## **2.– Donner aux parents légaux la possibilité de désigner un délégué pour les actes de la vie courante de l'enfant**

58. offrir aux parents la possibilité de donner à un tiers une « délégation de responsabilité parentale » pour les actes usuels de la vie de l'enfant, soit par acte authentique devant notaire et directement exécutoire, soit par acte sous seing privé homologué par le juge

## **3.– Renforcer la place des tiers après le décès des parents**

59. autoriser le tiers qui élève l'enfant à demander au juge de le lui confier en cas de décès du parent

60. à défaut de désignation d'un tuteur par les parents, prévoir l'attribution de la tutelle aux ascendants, sauf si le conseil de famille estime que l'intérêt de l'enfant justifie de désigner comme tuteur le tiers qui l'élève

## **4.– Lier l'exercice des droits des grands-parents à l'intérêt de l'enfant**

61. prévoir que seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à son droit d'entretenir des relations avec ses ascendants

## **E.– PROTÉGER L'ENFANT**

### **1.– Renforcer la prévention et la détection de l'enfance en danger**

#### *a) Anticiper le dépistage dès la grossesse*

62. renforcer le suivi pré-natal effectué lors de l'entretien du 4<sup>ème</sup> mois de grossesse, en élaborant un référentiel permettant de dépister les difficultés dans les liens entre la mère et l'enfant

63. favoriser les « maisons de naissance » chargées de suivre la mère et l'enfant après l'accouchement, et les services de maternologie en milieu hospitalier, pour prévenir les troubles de l'attachement

64. rendre possibles les visites à domicile de sages-femmes et de puéricultrices après l'accouchement, sur prescription du médecin accoucheur, de la sage-femme, du pédiatre ou du médecin généraliste, ou sur demande des parents

***b) Améliorer les procédures de détection***

65. élargir la mission de détection du conseil général à l'ensemble des situations de danger, et identifier dans chaque département une cellule de signalement
66. rendre obligatoire une formation à la détection de la maltraitance dans les instituts universitaires de formation des maîtres
67. expérimenter dans des départements pilotes un élargissement de la compétence de la protection maternelle et infantile à l'ensemble des enfants en école primaire
68. mettre en place un examen médical obligatoire pour les enfants de trois ans, donnant lieu à l'établissement d'un certificat de santé
69. prévoir dans la formation des médecins, des sages-femmes et des professions paramédicales un module sur l'enfance en danger
70. créer un référentiel identifiant les indices des dangers pesant sur l'enfant, élaboré après un travail transversal et pluridisciplinaire
71. créer un module de formation aux risques pesant sur l'enfant, commun à l'ensemble des formations de travailleurs sociaux

***c) Partager les informations***

72. définir par la loi un « secret social partagé » de manière à :
  - instaurer une obligation de partage des informations entre les professionnels de la protection de l'enfance, dès lors qu'il y a indice d'un danger pesant sur l'enfant, en précisant la nature des informations communicables et les professions concernées
  - autoriser ce partage sans l'accord des parents, à condition que ceux-ci soient préalablement avertis que des informations relatives à leurs enfants seront partagées
  - soumettre la transmission et le traitement des informations partagées à de très strictes règles de confidentialité, sous le contrôle de la Commission nationale de l'informatique et des libertés

*d) Garantir le suivi des familles détectées*

73. utiliser les informations des caisses d'allocations familiales relatives au changement d'affiliation pour suivre les familles qui déménagent et permettre une continuité de ce suivi d'un département à l'autre, dans le cadre de conventions passées entre les conseils généraux et les caisses

74. faire obligation aux caisses d'allocations familiales de signaler à la protection maternelle et infantile les enfants pour lesquels les certificats de santé obligatoires n'ont pas été transmis

75. sanctionner, après une lettre de rappel, l'absence de production des certificats de santé obligatoires (pour les examens médicaux du 8<sup>ème</sup> jour, du 9<sup>ème</sup> mois, du 24<sup>ème</sup> mois et des 3 ans), par la visite à domicile d'un travailleur social mandaté par la caisse d'allocations familiales

76. confier aux directeurs d'école et aux chefs d'établissement scolaire le signalement de l'absentéisme scolaire à la caisse d'allocations familiales et au conseil général

77. généraliser l'obligation, pour l'autorité judiciaire (parquet et juge) ou le président du conseil général, d'informer les personnes qui communiquent des informations concernant un enfant en danger des suites qui ont été données à cette communication

**2.- Améliorer la prise en charge des enfants et de leur famille**

*a) Clarifier les critères de prise en charge*

78. préciser la notion d'intérêt de l'enfant à travers un guide de bonnes pratiques, afin notamment de définir les carences éducatives dont le mineur peut faire l'objet

79. préciser les missions de l'aide sociale à l'enfance par référence aux quatre conditions indispensables au développement de l'enfant posées par la loi (santé, sécurité, moralité et éducation)

80. donner aux conseils généraux une compétence générale pour l'enfance en danger et réserver l'intervention du juge aux situations pour lesquelles il y a impossibilité d'évaluer la situation ou refus de la famille de coopérer ; expérimenter ce nouveau partage de compétence dans les départements intéressés

81. faire obligation au président de conseil général de saisir le juge lorsqu'il y a impossibilité d'évaluer la situation ou refus de la famille de coopérer, et notamment de donner accès à son domicile

*b) Revoir les modalités de la prise en charge*

82. réserver le maintien de l'enfant dans son milieu familial aux situations où ce maintien n'est pas susceptible de nuire à l'intérêt de l'enfant

83. introduire dans le code de l'action sociale et des familles une prestation d'accueil de jour, intermédiaire entre l'aide à domicile et la prise en charge

84. donner la possibilité à l'aide sociale à l'enfance de compléter les mesures de prise en charge par un suivi social ou médico-psychologique des parents

85. utiliser la médiation familiale pour prévenir la maltraitance et préparer le retour de l'enfant dans sa famille

86. faire prendre en charge par l'assurance-maladie les consultations des mineurs et de leur famille auprès de psychologues sur prescription médicale

87. soumettre l'aide sociale à l'enfance et le juge à une obligation de garantir la continuité de l'accueil de l'enfant en prévoyant un principe d'accueil unique, sauf cas particulier justifié par la situation de l'enfant

88. limiter les séjours en pouponnière à une durée maximale de trois mois

89. soumettre les services de l'aide sociale à l'enfance à l'obligation de procéder annuellement à un bilan de chaque enfant pris en charge, transmis aux parents et, le cas échéant, au juge

90. renforcer les actions de coopération pour organiser le retour des mineurs étrangers isolés dans leur pays d'origine

91. donner, sur décision du préfet, accès à la formation professionnelle rémunérée aux étrangers isolés arrivés en France après l'âge de seize ans, qui continuent d'être pris en charge par l'aide sociale à l'enfance dans le cadre d'un contrat de « jeune majeur »

92. préciser par voie de circulaire les conditions d'exercice de l'autorité parentale en cas de placement de l'enfant

93. donner aux juges des enfants la possibilité de décider ponctuellement des délégations d'autorité parentale pour l'exercice des droits de la vie courante

### **3.– Clarifier l'organisation du dispositif de protection de l'enfance**

#### ***a) Renforcer la cohérence de l'action des départements***

94. affirmer aux yeux du grand public le rôle central du président du conseil général en tant protecteur départemental de l'enfance

95. encourager au niveau communal la création d'un conseil local de protection de l'enfance, placé sous la responsabilité conjointe du maire et du président du conseil général, et chargé de partager des informations sur les familles à risques

#### ***b) Moderniser le fonctionnement des juridictions pour enfants***

96. prévoir une formation spécifique pour les juges pour enfants avant leur prise de fonction

97. reconnaître les fonctions d'encadrement assurées par le vice-président du tribunal de grande instance chargé de présider le tribunal pour enfants

98. prévoir la publication, par chaque juridiction pour enfants, de ses délais de jugement pour le traitement de l'enfance en danger et se donner pour objectif de les réduire à trois mois

#### ***c) Renforcer les contrôles et harmoniser les pratiques des départements***

99. donner au Défenseur des enfants le pouvoir de saisir le ministre chargé des affaires sociales d'une demande d'enquête, et de rendre publiques les conclusions de cette enquête

100. harmoniser l'action des départements par la définition de normes nationales minimales





## **EXAMEN DU RAPPORT**

**La Mission a examiné le présent rapport au cours de sa séance du 25 janvier 2006 et l'a adopté.**

**Elle a ensuite autorisé sa publication conformément à l'article 145 du Règlement de l'Assemblée nationale.**

\*

\*

\*



## **EXPLICATIONS DE VOTE ET CONTRIBUTIONS**



## **EXPLICATION DE VOTE DES MEMBRES DE LA MISSION APPARTENANT AU GROUPE SOCIALISTE**

Alors que l'objectif de la mission était « de mettre à plat tout ce qu'est la famille française aujourd'hui à partir d'études démographiques, sociologiques et statistiques », les conclusions témoignent, malgré la richesse des auditions, de la diversité des tables rondes et de nombreux éléments du rapport, la difficulté de la Rapporteuse, Valérie Pecresse, sous tutelle de son président de groupe, Bernard Accoyer, à s'abstraire de ses schémas traditionalistes et d'une conception conservatrice de la famille.

Sans nier le fait que la mission ait travaillé dans de bonnes conditions en abordant de nombreuses problématiques, et en multipliant les déplacements d'étude à l'étranger, on reste sur sa faim. Les propositions du rapport ne sont pas à la hauteur du travail fourni.

Même si on ne peut qu'adhérer à certaines de ces propositions, notamment en matière de prévention et de détection de l'enfance en danger ou de lutte contre les mariages forcés, nul ne peut contester que le rapport enferme le débat sur la famille sur la promotion du mariage, comme seul « cadre » permettant d'offrir à l'enfant la sécurité.

Sans même caricaturer le contenu du rapport, on en vient à se demander si la Rapporteuse n'aurait pas dû choisir comme titre « Le mariage d'abord, l'enfant après » et non, comme elle l'a fait, « L'enfant d'abord ».

Quant on sait qu'en 2004, 47,4% des enfants naissent hors mariage, on ne peut que constater le décalage entre la vision de la famille qu'a souhaité mettre en avant le rapport et le choix des Français.

Lier le bien-être de l'enfant au statut de l'union des parents apparaît, aujourd'hui, complètement incongru. De surcroît, ce choix entre en totale contradiction avec l'orientation des lois votées par le Parlement en matière de droit de la famille ces dernières années, entre 1997 et 2002, comme depuis 2002. Que ce soit la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui dissocie la question de l'autorité parentale du statut de l'union des parents. Que ce soit la loi du 3 décembre 2001 relative au conjoint survivant qui aligne le régime successoral des enfants adultérins sur le droit commun. Que ce soit la loi du 26 mai 2004 relative au divorce qui promeut des procédures plus rapides et moins conflictuelles. Que ce soit l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation qui supprime les notions d'enfant légitime et d'enfant naturel.

Si tel était le cas on peut se demander pourquoi la Rapporteuse ne préconise pas de revenir sur la possibilité, consacrée depuis 1966, pour une personne célibataire d'adopter un enfant.

En réalité, ce rapport prend en otage la Convention des droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 pour proposer une conception rétrograde de la famille. Comment peut-on affirmer encore aujourd'hui que seul le mariage offre un cadre permettant un développement harmonieux aux enfants ?

Ainsi, alors même que notre société se caractérise par un éclatement des modèles familiaux, le rapport impose un modèle dominant constitué par un père, une mère unis par les liens du mariage ainsi qu'un ou plusieurs enfants issus de cette filiation biologique. Le rapport est en ce sens volontairement conservateur et traditionnel en refusant de prendre en compte les évolutions de la société et les attentes des citoyens ne se reconnaissant pas forcément dans ce modèle dominant. En guise d'illustration de ce propos, il convient de citer un extrait du rapport : « quel doit être le rôle du droit face à l'évolution de la société ? Au terme de ses travaux, la Mission est persuadée que vouloir adapter systématiquement le droit aux mœurs déboucherait sur une fuite en avant normative. La norme doit au contraire permettre aux individus de se construire à partir de critères stables, sûrs et compréhensibles ». Nous ne pouvons que nous inscrire en faux face à ces considérations qui nient la réalité des situations.

C'est pourtant cette réalité qui oblige le législateur à mettre en œuvre une législation progressiste favorisant l'égalité pour tous les enfants quels qu'ils soient et ouvrant pour tous les couples des engagements différenciés (mariage, PACS, concubinage).

Or, il convient de lever l'hypocrisie de la Rapporteuse qui vise à préconiser une amélioration du PACS afin de mieux fermer tout débat sur l'ouverture du mariage aux couples homosexuels alors même que de nombreux pays européens ont fait ce choix.

Ce faisant, le risque est grand de faire du PACS un « sous mariage » pour les homosexuels dénaturant l'esprit même de cette union, dont le succès est pourtant confirmé d'année en année, et qui se voulait précisément comme un engagement intermédiaire entre le concubinage et le mariage. En outre, et paradoxalement, la majorité de la Mission devrait se demander si ce choix n'aboutira pas à affaiblir le mariage car comme le notait M. Paul de Viguier de la Confédération nationale des associations familiales catholiques « si le PACS [...] donne droit aux mêmes avantages que le mariage, [...] quel intérêt les couples trouveront à se marier civilement, d'autant que s'ils veulent ensuite se séparer, ils doivent divorcer, procédure qui reste difficile même si elle est désormais pacifiée ».

Dès lors, on ne peut que déplorer que la Rapporteuse, soutenue par une majorité de la mission, ait enfermé le mariage dans une union fondée sur l'altérité des sexes, alors qu'à la question « pensez-vous que les couples homosexuels devraient avoir le droit de contracter un mariage », 66,2 % des sondés en juin 2004 répondent favorablement.

Loin d'être anecdotique, ce décalage se retrouve sur de nombreux autres points essentiels que la mission a abordés. Que ce soit sur la question de l'adoption par des couples non mariés, que ce soit sur la question de l'homoparentalité, que ce soit sur la question de l'accès à la procréation médicalement assistée, le rapport est réactionnaire, instrumentalisant les droits de l'enfant.

Or, si aujourd'hui, un élément est de nature à nier le droit des enfants à « un développement harmonieux », ce n'est pas l'évolution du code civil mais c'est le développement de la précarité professionnelle des parents, aggravée par les réformes successives du code du travail, qui aboutissent à faire exploser le taux de pauvreté des enfants dans notre pays.

Il est regrettable que la Rapporteuse n'est pas pris conscience que les Français, confrontés à un environnement qu'ils ont le sentiment de ne plus maîtriser ou sur lequel ils estiment perdre prise, aspirent à réussir leur vie privée, sans qu'on leur impose des positions moralisatrices ou des interdits sans fondement, au nom d'une soi-disant normalité.

Aujourd'hui, face à une précarisation imposée à notre modèle social, ils attendent fort naturellement que la loi leur offre la possibilité de protéger ceux qu'ils aiment en leur permettant, quelle que soit leur orientation sexuelle, un choix égal et différencié d'organisation de leur engagement affectif.

Comme le soulignait fort justement Claude Martin, lors de son audition par la mission, « les transformations de la famille contemporaine doivent donc pour être comprises être rapportées à celles des sociétés qui les abritent et les façonnent. En effet, la vie familiale n'est pas la seule organisation à avoir connu de profondes mutations. Tout a changé autour des ménages français durant cette période : le marché du travail, les modes de production et de consommation, la globalisation de l'économie, *etc.* »

Pourtant, alors que le monde change, que l'économie change, que les réalités familiales changent, le droit de la famille, lui, ne devrait pas évoluer, enfermé dans un modèle mythique.

Face à une telle conclusion, le groupe socialiste ne peut que voter contre le rapport de la mission tout en prenant l'engagement que le travail accompli nourrisse rapidement une évolution du droit en phase avec les attentes, l'esprit d'ouverture et de tolérance des Français.



**EXPLICATION DE VOTE DE MM. PIERRE-CHRISTOPHE BAGUET  
ET OLIVIER JARDE, MEMBRES DE LA MISSION  
APPARTENANT AU GROUPE UDF**

Les députés UDF saluent le travail conséquent et riche accompli par la Mission parlementaire d'information sur la famille et les droits des enfants. Ils considèrent le rapport de la Mission comme relativement équilibré et cohérent et se félicitent qu'il veille à ne pas remettre en cause les principaux équilibres du droit de la famille. Ils se félicitent du refus de toute marchandisation du corps humain et du maintien d'un strict encadrement médical de l'assistance médicale à la procréation. Ils expriment en revanche leur déception sur plusieurs points. D'une part, ils regrettent que le rapport passe sous silence la force du mariage, la fonction de protection qu'il remplit, et que le rapport ne se fixe pas pour objectif la promotion du mariage civil. D'autre part, ils refusent l'autorisation de l'implantation d'embryon après le décès du père.

Concernant le mariage et les couples, nous regrettons que les propositions portant sur le droit de la famille ne consistent qu'à revaloriser le PACS, en accordant de nouveaux droits sociaux aux contractants d'un PACS sans fixer de réels devoirs en contrepartie. En particulier, des expressions apparaissent malvenues, telles que « faire du PACS un contrat de couple cohérent » — ici, qu'entend-on par « couple » ? Il est regrettable que, pour répondre à l'objectif indispensable de consolider le couple, le rapport ne formule pas de dispositions intéressantes et originales permettant de promouvoir le mariage civil. Pour preuve, sur plus de trente mesures, plus de vingt portent sur le PACS, dont seulement trois concernent des devoirs nouveaux, et même deux seulement constituent des devoirs véritables, puisque la limitation du régime de solidarité entre les partenaires ne relève guère d'un droit nouveau, mais déresponsabilise les partenaires.

En particulier, concernant les partenaires d'un PACS, les députés UDF désapprouvent les dispositions autorisant le remplacement d'un partenaire pacsé participant effectivement à l'activité de l'entreprise. D'une part, l'impact financier de cette mesure n'a pas été clairement évalué. D'autre part, elle risque de créer des complications nouvelles pour les entreprises. S'il est normal que l'entreprise accompagne le salarié dans les grandes étapes de sa vie familiale, il nous paraît en revanche risqué et excessif de faire entrer le droit privé dans le monde de l'entreprise. Les entreprises n'ont pas à supporter, dans leur sphère propre, les conséquences du droit civil et privé.

Par ailleurs, parmi les dispositions touchant aux droits sociaux des partenaires d'un PACS, quelques-unes suscitent des interrogations. Nous approuvons l'extension du droit à la pension de réversion pour les partenaires d'un PACS, et l'inscription du PACS sur l'acte de naissance. En revanche, nous désapprouvons l'extension des prestations en espèces de l'assurance maladie et maternité. Il nous semble que cette mesure introduit ici une présomption de filiation. Quant à la fiscalité successorale, nous constatons que, bien qu'il persiste un écart, le rapport préconise un rapprochement avec les dispositions en vigueur pour les couples mariés.

Sur la question de l'adoption par un célibataire, il serait souhaitable de mettre fin à une hypocrisie manifeste. Ne méconnaissons pas le fait que cette situation concerne essentiellement des personnes qui, si elles adoptent en célibataires, ne sont pas réellement des célibataires, mais se sont remariées avec des personnes divorcées ou veuves dont elles souhaitent adopter l'(les) enfant(s). Dès lors, il est évident que l'adoption par un célibataire n'est pas réellement une adoption par une personne seule. Par ailleurs, s'il est vrai que l'adoption par un célibataire offre une vraie solution aux assistantes familiales souhaitant adopter, il est possible d'imaginer dans ce cas particulier des solutions *ad hoc*. Nous souhaitons donc que soit révisée la possibilité de l'adoption par un célibataire. La législation en vigueur en Espagne peut nous indiquer une piste de réflexion : ce pays a en effet, avec bon sens, élargi la notion de famille aux oncles, aux tantes et aux cousins germains. Ainsi, on pourrait permettre l'adoption par un membre, marié, de la famille élargie : grands-parents, oncles et tantes mariés, cousins germains mariés...

La question de la délégation de l'autorité parentale à un tiers nécessite d'être étudiée avec soin, et limitée à des cas très précis. Sur le principe, l'idée de déléguer la responsabilité parentale à une personne qui s'occupe habituellement de l'enfant est intéressante dans la mesure où elle peut apporter à l'enfant une situation familiale et affective plus stable et qu'elle facilite la vie quotidienne des familles recomposées. Cette hypothèse doit s'appliquer uniquement à une personne, vivant avec une personne de l'autre sexe, qui se verrait confier une délégation de l'autorité parentale pour s'occuper de l'enfant de son conjoint, ou bien aux grands-parents. Une limitation de cette mesure aux couples hétérosexuels éviterait une future hypocrisie regrettable, susceptible de perturber encore un peu plus l'équilibre familial.

Par ailleurs, concernant le droit aux origines, nous refusons, en cas de décès du père, la proposition faite par la Mission d'autoriser la mère à bénéficier d'une implantation de l'embryon entre le sixième et le douzième mois qui suivent le décès. Cette proposition, qui ouvre la voie à des « enfants sans père », nous paraît inopportune. Sur ce point, les dispositions de la loi bioéthique nous

paraissent plus sages. Pour l'UDF, il faut sur ce sujet s'en tenir à la loi actuelle. Nous regrettons également que les propositions concernant l'accouchement sous X et le droit de l'enfant à connaître ses origines n'aient pas été reprises dans le rapport, et que les options qui ont été évoquées lors des réunions de la Mission d'information ne figurent pas parmi les propositions du rapport.

Le rapport va cependant dans le bon sens quand il s'agit des propositions permettant de lutter contre les mariages forcés, d'améliorer la mise en œuvre de la résidence alternée, de renforcer la médiation familiale, de mieux assurer le respect des obligations des parents (en particulier, les sanctions prévues contre le parent qui n'exerce pas son droit de visite et d'hébergement). Concernant la garde alternée, nous approuvons le fait qu'il n'y ait pas de remise en cause de la capacité du juge à décider dans les 10 % des cas qui ne sont pas consensuels. Nous nous félicitons du fait que l'enfant puisse être auditionné sur les conditions dans lesquelles il vit sa garde alternée. Dans ce cas, nous préconisons, plutôt que l'âge de discernement (fixé à treize ans), l'âge dit de raison, de sept ans.

Enfin, concernant les difficultés des couples, pouvant conduire aux séparations et aux divorces, il est indispensable de faciliter la médiation. Nous demandons qu'il soit donné à la justice de vrais moyens d'information sur le couple et de vrais moyens de le préserver : elle doit avoir davantage de moyens de rétablir ces situations passagèrement difficiles.

Pour l'UDF, il est important que le travail et les propositions de la Mission parlementaire respectent le principe de la construction d'une parentalité fondée sur un homme et une femme, sans condamner en quoi que ce soit les situations de fait, qui sont liées à des événements personnels — veuves, séparations... C'est le rôle de cette mission, et des législateurs, de renforcer et valoriser ce qui fait le fondement de la famille : un homme, une femme, un ou des enfants. Face à toutes les situations de fait, un certain nombre de réponses juridiques existent pour les familles recomposées. Nous prenons acte du fait que la Mission parlementaire veut aller plus loin, en proposant une délégation de la responsabilité parentale. Mais nous ne voulons pas que cette délégation soit le premier pas vers un bouleversement du droit, ainsi que le garde des Sceaux s'y engageait lors du débat sur le PACS, en septembre 1998 : « *Le PACS n'est ni un mariage ni même un pas vers la reconnaissance du mariage homosexuel* », et en novembre 1998 : « *Nous souhaitons que le pacte ne puisse être comparé avec le mariage dont il n'est ni un décalque ni un ersatz. Il en diffère fondamentalement* ».

Pour nous, toute construction d'un nouveau projet familial doit être fondée par un homme et une femme.

En dépit des réserves exprimées sur la partie traitant de la famille, les députés UDF, ayant adopté la totalité des mesures proposées dans un premier temps sur la protection de l'enfance, approuvent le rapport de la Mission d'information sur les droits des enfants et la famille.

## CONTRIBUTION DE MME MARTINE AURILLAC (GROUPE UMP)

Je me félicite d'avoir pu participer à cette mission qui s'est d'ailleurs déroulée dans un climat de confiance et respect mutuel.

J'approuve entièrement l'esprit dans lequel nous avons choisi de travailler : l'intérêt de l'enfant avant tout, qui a guidé notamment toutes les propositions de la 1<sup>ère</sup> partie sur la protection de l'enfance. L'intérêt de l'enfant suppose aussi que c'est le droit de l'enfant et non pas le droit à l'enfant qui inspire en toute logique et en cohérence, la 2<sup>ème</sup> partie. Il en découle aussi notre conception de la famille : un père, une mère, un enfant, et du mariage, qui ne saurait être dissocié de l'adoption.

Je tiens aussi à souligner l'importance et la qualité du travail de la rapporteure qui nous a rassemblés très largement autour de 100 propositions très positives sur des thèmes qui *a priori* n'étaient pas forcément consensuels.

Au-delà de ces quelques remarques préliminaires et après avoir pris connaissance du rapport définitif, je confirme que j'en approuve très largement les propositions. Quelques réserves personnelles cependant qui n'entachent nullement cette approbation.

1) J'aurai sans doute souhaité une définition plus précise du mariage, tout en comprenant les raisons qui n'en rendent pas l'opportunité évidente.

2) Une réserve aussi sur la pension de réversion aux personnes pacsées depuis 5 ans ; de plus, cette mesure ne doit pas comporter de conséquences financières trop lourdes.

3) S'agissant de l'accouchement dans le secret, le chemin est étroit entre le droit de la mère et le droit de l'enfant. Notre proposition est cependant prudente.

4) Enfin, s'agissant du transfert d'embryons *post mortem* : c'est une question très sensible, qui devrait dépasser les clivages politiques. La loi actuelle interdit le transfert d'embryon après le décès prématuré du père. Légiférer en la matière est certes difficile, mais je considère que si le projet de transfert était manifestement en voie d'exécution au moment du décès, la mère doit pouvoir le mener à terme. Il s'agit en effet de l'aboutissement d'un long parcours, souvent semé d'obstacles. Cette proposition, qui permettrait à l'enfant de grandir dans l'amour de son père, me paraît recevable. La commission des lois ne l'avait pas acceptée, mais le Comité national d'éthique s'y est déclaré favorable, par trois fois, ainsi que l'Académie de médecine et le Conseil d'État. Pour encadrer cette

disposition, on pourrait appliquer la procédure un peu lourde utilisée pour les mariages posthumes. Cependant, cette procédure n'est soumise à aucun délai. Je proposerai donc une fourchette comprise entre six mois et un an : six mois au moins pour éviter une décision trop émotionnelle et un an au plus, ce qui semble raisonnable, compte tenu que le consentement du père avant son décès est acquis. Il s'agit à l'évidence de cas rarissimes – probablement moins d'un par an. Cette grossesse posthume respecte la liberté de choix de la mère, seule juge de sa volonté de maternité, dans laquelle la société n'a pas à s'immiscer. Comment lui dénier ce droit alors que son propre embryon peut être ou détruit ou, paradoxalement, accueilli par un autre couple ? Elle permet également d'éviter la sélection par l'argent, les parents pouvant décider, avant l'accident, de mener leur projet à l'étranger, dans un pays dont la législation permet ce procédé. On m'objectera l'impérieuse nécessité du travail de deuil, mais le deuil peut être facilité si la femme, aidée par un accompagnement personnalisé, met au monde un enfant élevé dans l'amour de son père. On m'opposera aussi qu'un enfant doit être élevé par ses deux parents, mais il court toujours le risque d'être orphelin. Un enfant posthume voulu par son père, que sa mère a aimé au point d'assumer seule son éducation, connaît à bien des égards de meilleures conditions de vie qu'un enfant né de père inconnu, ou dont la mère a été abandonnée, ou encore qui est victime d'un divorce conflictuel. En outre, rien n'empêche une mère célibataire de concevoir ou d'adopter seule un enfant. Autant de situations bien réelles que la société la plus totalitaire ne saurait interdire... Pour l'ensemble de ces motifs, je souhaite que l'Assemblée revienne sur cette interdiction.

## **CONTRIBUTION DE MME CHRISTINE BOUTIN (GROUPE UMP)**

La famille est le lieu de l'apprentissage à la vie, à la justice, à l'amour, la véritable source de prospérité de la société, le lieu du renouvellement des générations, de leur formation, de la création du lien social, de l'investissement dans le capital humain, le fondement de la cohésion sociale. Aujourd'hui nous savons que la famille est une « affaire publique », que la croissance économique est corrélée à la croissance démographique, que le lien social est proportionnel à la solidarité des familles. Il est grand temps de favoriser explicitement la famille pour que toute la société en bénéficie. Et cela doit bien être l'objectif de tout notre droit de la famille et de ses évolutions éventuelles.

« La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État », stipule l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme. Toutes les propositions de la mission doivent donc être passées à ce crible et avoir une seule finalité : améliorer la protection due à la famille par l'État, garantir sa stabilité et la promouvoir.

**La question de la réforme de notre droit de la famille ne peut être posée sous l'angle technique uniquement. Elle nous amène à réfléchir très sérieusement et à long terme sur les perspectives et les fondements sur lesquels nous voulons inscrire l'évolution de la société toute entière. L'altérité homme-femme est-elle un principe fondateur de notre société ? C'est la question essentielle, à laquelle s'ajoute celle du principe de la primauté des droits de l'enfant sur le droit à l'enfant, deux principes directeurs qui doivent être réaffirmés pour déterminer nos choix pour une éventuelle modification du droit de la famille.**

### **1. Deux principes directeurs préalables à toute réflexion sur le droit de la famille.**

#### **1.1. Le principe de l'altérité homme-femme.**

Depuis toujours, quels que soient le régime politique en vigueur ou le type de civilisation, l'organisation de la société a été fondée sur la différence des sexes et sur l'altérité homme-femme.

L'altérité des sexes est une réalité biologique, visible, naturelle, évidente, que toute personne peut constater en simple observateur, sans aucune nécessité de compétence scientifique. Toute personne se construit depuis sa conception à partir de gamètes masculin et féminin ; et toutes les prouesses

scientifiques ne pourront faire fi de cette réalité ; le clonage – même lorsqu’il n’utilise pas de spermatozoïde pour féconder l’ovule – doit bien utiliser le noyau d’une cellule issue d’un être humain conçu à un moment donné à partir de gamètes masculin et féminin. Cette altérité permet ainsi la diversité de la société enrichie par les différences de ses membres. La rencontre de l’autre sexe, tout à la fois différent et égal par nature, oblige la société à sortir de sa tentation narcissique et à créer du lien entre ses membres.

Un courant de pensée remet en cause ce fondement : selon les partisans de la théorie du « genre », ou du « gender », il faudrait faire évoluer ce fondement biologique. Depuis les années 50, cette idéologie influente à l’ONU et au Parlement européen remet en question la différence sexuelle comme fait objectif et universel sur lequel repose l’organisation sociale et revendique une organisation fondée sur les tendances sexuelles avec un droit de chacun à déterminer et construire sa propre sexualité. **Elle nie l’harmonie qui a toujours existé entre le biologique et le culturel.** L’idéologie du genre dénonce les normes « hétérosexistes » de la société pour reconnaître toutes les autres formes de couples et de parenté, elle affirme également qu’il y a différentes sexualités toutes aussi égales les unes aux autres : la différence sexuelle homme-femme devrait être remplacée par la différence des sexualités. Le couple et la famille auraient donc diverses configurations autres que celles fondées sur la relation formée par un homme et une femme. Cette idéologie légitime aussi bien le couple hétérosexuel, homosexuel, transsexuel et toutes les unions qui se constitueraient à partir des autres tendances sexuelles ; elle revendique une société fondée sur l’orientation sexuelle et non sur l’identité sexuelle, sur un comportement et non sur la personne.

Cette idéologie n’est pas sans conséquence sur l’organisation de la société. Avec la dissociation du biologique et du culturel, **toute la construction de notre droit, qui s’est élaboré selon des principes objectifs et universels, basculerait progressivement du côté de la subjectivité et des désirs individuels, et justifierait un nouvel asservissement. En effet, la négation de l’harmonie entre le biologique et le culturel légitimerait la création d’un être humain en dehors du corps de la femme.** Le processus est d’ailleurs enclenché : le récent ouvrage du Professeur Henri Atlan *L’utérus artificiel* nous confirme que cela serait techniquement possible dans quelques années... D’ailleurs, aujourd’hui, la logique économique fait pression sur le regard porté sur une jeune femme enceinte et sur le déroulement de sa carrière, sur le congé de maternité... Si nous confirmons cette tendance, nous confortons la création de l’homme en dehors du biologique et en fonction d’intérêts économiques, financiers, boursiers et scientifiques. La dignité de l’homme ne serait plus intrinsèque à l’homme, l’homme deviendrait objet qui répond à des besoins exprimés par d’autres hommes. C’est une nouvelle forme d’esclavage. Le problème ainsi posé montre qu’on est très loin d’une querelle entre hétérosexuels et homosexuels, mais que l’on se situe bien davantage face à un



choix fondamental de société. Pour ma part, sans état d'âme, je me situe du côté de la dignité absolue de l'homme, sans aucune relativité. Je refuse tout asservissement de l'Homme, quel qu'il soit.

Reconnaître l'altérité homme-femme comme valeur fondatrice de l'humanité et de notre organisation sociale, c'est accepter la nature même de l'humanité et de toute personne. C'est augmenter la capacité d'une société à aider les individus à aller vers celui qui est différent et donc à accepter de composer avec la différence. Tout être humain est sexué et la différence des sexes, parfois difficile à accepter comme toute différence, est intrinsèque à l'humanité. **C'est une condition de la cohésion sociale.**

**Constater que la relation homme-femme est le fondement de la société et qu'elle a une valeur d'universalité, ne constitue en rien une discrimination à l'égard de quiconque. C'est réaffirmer l'unité entre le biologique et le culturel.** Chacun vit sa sexualité comme il le veut et comme il le peut. Cela relève de la liberté individuelle protégée par notre droit. Un comportement sexuel n'a pas à être consacré par la loi, ni érigé comme modèle structurant. En revanche, la loi doit organiser la société et donner sa place aux structures intermédiaires, dans la perspective de permettre à chaque personne de s'épanouir et de construire son identité, d'assurer la pérennité de la société toute entière et de transmettre les valeurs qui assurent sa cohésion.

Aujourd'hui, nous avons la possibilité de bouleverser l'organisation de la société en refusant l'altérité homme-femme, ou au contraire de renforcer ce fondement. Pour ma part, je choisis de confirmer le fondement de l'altérité homme-femme, qui répond à mon sens au mieux à la nécessité de garantir le respect de la dignité de tout homme et de favoriser la stabilité de la famille. Nous devons en tirer toutes les conséquences sur le droit de la famille, la filiation, l'adoption, *etc.*

**Confirmons le principe de l'altérité homme-femme, garant de l'harmonie entre le biologique et le culturel, fondement de notre société : faisons ainsi le choix de la liberté, du progrès et de la dignité.**

## **1.2. Primauté des droits *de* l'enfant sur le droit *à* l'enfant.**

Le désir d'enfant de tout homme et de toute femme est naturel, légitime et respectable, et la société doit pouvoir aider chaque personne à avoir autant d'enfants qu'elle le souhaite. Ce désir ne justifie pas pour autant la revendication d'un droit à l'enfant, qui aurait pour conséquence immédiate de « chosifier » l'enfant et porterait ainsi atteinte à la dignité de l'enfant. Tout homme, quel que

soit son âge, jouit de la dignité propre à son statut personnel, qui implique qu'il doit toujours être traité comme une fin en soi et jamais comme une chose ou un moyen.

Le désir d'enfant par exemple ne doit pas justifier qu'une personne puisse revendiquer un enfant à tout prix pour satisfaire son propre désir en dehors des droits de l'enfant.

Conformément à la Convention de New York du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant, l'enfant dispose notamment d'un droit fondamental à la vie, d'un droit d'être élevé par ses deux parents et de connaître ses parents.

Ainsi est-il fondamental de reconnaître les rôles respectifs de la mère et du père dans l'éducation des enfants afin que l'enfant construise sa propre identité et sa propre personnalité. Certes, nul n'est à l'abri d'un accident, d'un décès, d'un abandon. Mais même décédé, le père ou la mère a existé, il ou elle est connu et les propos rapportés à son sujet permettent à l'enfant de se construire en référence à son père et à sa mère ; le parent décédé peut jouer un rôle symbolique dans l'éducation de son enfant. La figure du père ou de la mère demeure. Cela nécessitera bien sûr de combler autrement cette absence. Néanmoins, ces accidents doivent être considérés comme tels et ne peuvent être érigés en norme. L'enfant a besoin de son père et de sa mère pour intégrer sa propre identité sexuelle. En effet, d'après certains psychanalystes un enfant peut avoir besoin de vingt ans pour intégrer son identité sexuelle, et ne devient capable d'altérité que lorsqu'il a intériorisé et fait sien la différence des sexes.

La société, par le biais du législateur, doit donc tout mettre en œuvre pour permettre à l'enfant non seulement de connaître ses deux parents mais aussi d'être élevé par son père et sa mère. La primauté des droits *de* l'enfant sur le droit *à* l'enfant signifie que la procréation est un moyen et non une fin que l'on pourrait atteindre quel qu'en soit le prix.

## **2. L'application de ces deux principes.**

Ces deux principes d'altérité et des droits de l'enfant doivent guider nos réflexions sur le renforcement du droit de la famille. Ils nous permettent d'éviter de fragiliser la famille sous couvert d'aménagements techniques. Pour inscrire la conjugalité et la parentalité dans notre droit, je propose donc plusieurs orientations pour assurer l'application de ces deux principes :

- Inscrire dans le Code Civil une définition du mariage conforme à sa réalité biologique : « Le mariage est l'union librement consentie d'un homme et d'une femme, reposant sur leur engagement public et solennel pris devant la société, par lequel les époux s'obligent mutuellement à une

communauté de vie et promettent ensemble d'entretenir et d'élever leurs enfants. La famille fondée sur le mariage est placée sous la protection particulière de la loi ».

- Promouvoir le mariage d'un homme et d'une femme, comme gage de stabilité et de fécondité pour la famille et de sécurité pour les enfants.
- Aucune réforme importante de l'institution du mariage n'est aujourd'hui nécessaire. L'égalité est aujourd'hui complète à tous points de vue entre les époux. Ceci correspond assurément aux attentes de l'époque contemporaine. On pourrait toutefois aligner les règles de capacité nuptiale féminine (15 ans) sur la capacité masculine (18 ans).
- La promotion de l'institution du mariage dépend aujourd'hui surtout de l'arrêt de la remise en cause continue de son caractère spécifique et du droit fiscal plutôt que d'aménagements du droit de la famille (familialisation plus systématique de la fiscalité, notamment de la CSG, par exemple).
- Généraliser et développer la préparation au mariage civil dans le cadre des mairies.
- Limiter les « aménagements du Pacs ». Sous prétexte d'aménagements du Pacs, évitons d'affaiblir le mariage et surtout de préparer la société à l'éventualité du « mariage homosexuel ». Etendre le statut des époux à une forme de couple dont la finalité n'est que d'ordre privé nuit à la cohérence du droit de la famille et de sa dimension sociale. Le dispositif législatif prévu pour le Pacs correspondait tant à un « sous-mariage » que les aménagements revendiqués n'ont rien de surprenant ; ils étaient prévisibles. Néanmoins, plus le Pacs ressemblera au mariage, plus il dévalorisera le mariage ; plus l'altérité homme-femme sera mise à mal, et moins la stabilité de la famille sera protégée.
- Il ne semble pas nécessaire de donner un statut légal au concubinage à côté du mariage et du Pacs. Cela reviendrait inévitablement à encourager encore une union n'offrant par hypothèse aucune garantie de stabilité puisque susceptible de se rompre à tout moment et de façon totalement libre. Or, s'il y a des enfants, ceux-ci ont besoin de stabilité. En outre, en l'absence même d'enfants, la libre rupture peut être dramatiquement injuste pour le plus faible des deux concubins. Enfin, les concubins eux-mêmes, par le choix qu'ils font d'une union libre, ne souhaitent pas bénéficier d'un dispositif juridique plus encadré. Certains se verraient

sans doute bien accordés quelques droits des époux (en particulier la taxation allégée des mutations à titre gratuit, voire l'imposition commune... lorsqu'elle est avantageuse), mais sans pour autant prendre de véritable engagement entre eux : bref, des avantages, mais sans les contraintes qui les justifient. *A contrario* faudrait-il réfléchir sur les engagements pris de fait par les concubins et les conséquences qu'il serait logique d'assumer, tant vis à vis des enfants nés de cette union que du conjoint le plus faible.

- Confirmer le droit d'un enfant à avoir un père et une mère et à connaître son père et sa mère.
- Prendre les moyens de prévenir le divorce par le biais d'une médiation familiale qui peut intervenir suffisamment tôt, et dont le rôle ne serait pas uniquement d'accompagner la séparation et le divorce, mais surtout de le prévenir car, ainsi que le montre de nombreuses études, il n'existe pas de bon divorce.
- Aider les femmes enceintes en difficulté à garder leur enfant et favoriser leur information sur les droits et aides dont elles peuvent bénéficier pendant et après leur grossesse.
- Limiter le recours à la garde alternée des enfants aux parents séparés dont les domiciles sont très proches et qui permettent aux enfants de garder une stabilité dans leur rythme de vie. Néanmoins, en cas de garde alternée, il serait juste de partager les allocations familiales au prorata temporis.
- Maintenir le droit existant en terme d'exercice de l'autorité parentale, des possibilités d'adoption et développer le rôle des grands-parents. En cas de légalisation de l'autorisation donnée par un juge à un tiers d'assumer certains actes de la vie quotidienne des enfants, veiller à ce que cela n'éloigne pas l'enfant du lien avec son père et mère et ne conduise pas à établir un statut du beau-parent, qui peut compliquer les repères de l'enfant (père, mère, beau-parent, parent biologique, parent légal...). Prévoir que le juge devra revoir cette autorisation tous les trois ans.
- Interdire l'adoption par des personnes seules ou des personnes de même sexe.

- Favoriser l'accès à la connaissance de ses origines, ce qui suppose un abandon de l'accouchement sous X et du principe de l'anonymat dans le don de gamètes ou d'embryons.
- Maintenir la condition d'accès aux PMA aux couples composés d'un homme et d'une femme, pour garantir le droit de l'enfant d'avoir une mère et un père.
- Maintenir l'interdiction de la gestation pour autrui.

### **Conclusion :**

Arrivés au terme de notre mission, je tiens à remercier le rapporteur et le président du sérieux avec lequel ils ont mené nos travaux et organisé les auditions, qui nous ont permis de ne pas tomber dans les travers de la mode, sans réflexion sérieuse.

Nos travaux m'ont permis d'approfondir ma propre réflexion et de m'apercevoir encore davantage combien la famille est au cœur de tous les enjeux sur l'évolution de la société. **L'enjeu de la dissociation entre le culturel et le biologique dépasse la prétendue opposition entre droits des personnes hétérosexuelles et droits des personnes homosexuelles, pour nous placer tous dans un combat commun par rapport à la dignité de l'homme**, qui peut être selon nos choix une valeur relative ou une valeur absolue.

La rédaction finale du rapport de mission affirme avec force la primauté des droits **de** l'enfant sur le droit **à** l'enfant, ce dont je me réjouis, et contrairement à certaines craintes, il ne participe pas à l'institutionnalisation de la rupture entre le biologique et le culturel, même si cette posture n'est pas aussi forte que je le souhaiterais.

**C'est la raison pour laquelle je vote ce rapport, après de très fortes hésitations.**

**Les propositions relatives à la protection de l'enfance ne posent pas de difficultés importantes ; par contre, j'émetts de très fortes réserves :**

- **Quant aux aménagements du Pacs** (notamment sur les droits de pension de réversion, et certains droits sociaux liés à la maternité). J'avais en son temps alerté sur l'incohérence de ce texte, OVNI juridique. Des améliorations techniques sont proposées pour le rendre plus cohérent, mais certaines d'entre elles vont beaucoup plus loin que de simples modifications techniques pour

rapprocher progressivement le Pacs du mariage. D'aménagement en aménagement, il n'y aura plus de différence entre le mariage et le Pacs, si ce n'est que le mariage sera fondé sur la différence des sexes. Le Pacs n'aura pas le nom du mariage mais en obtiendra progressivement tous les droits et toute la portée symbolique pour les personnes de même sexe. Il sera difficile dans cette logique de refuser à terme le mariage et l'adoption homosexuels. Petit à petit, nous aurons bouleversé les fondements de notre société en dissociant le biologique et le culturel.

- **Quant à l'autorisation de délégation de l'autorité parentale à un tiers pour les actes de la vie quotidienne.** Si cette autorisation est compréhensible dans le contexte actuel de familles recomposées, il est à craindre d'une part que cela prépare un statut du beau-parent qui pourrait effacer progressivement la place du parent « biologique », et d'autre part que cela brouille les repères de l'enfant par rapport à ses parents.
  
- **Quant à l'absence de renforcement du rôle des grands-parents.** J'aurais souhaité qu'il fût plus explicite.

**Ces réserves sont justifiées par mon souhait de ne donner aucune prise à la remise en cause de l'altérité et de la complémentarité homme-femme sur laquelle est fondée notre société depuis toujours et par ma volonté d'affirmer à temps et à contre-temps la dignité intangible de l'homme qui suppose le refus de toute dissociation entre le biologique et le culturel.**

Il ne faut donner aucune occasion d'affaiblir la famille ou de rendre précaires les liens familiaux, socle de l'unité de notre pays et de notre cohésion sociale.

Dans un contexte de grands bouleversements, d'évolution de notre rapport au temps, au travail et à l'argent, d'évolution technologique sans précédent qui nous oblige à une redéfinition des règles de la vie en société, nous avons besoin d'un point d'ancrage stable et sûr, qui permet de s'adapter : cet ancrage, ces repères, cette force, la famille en est l'initiateur et le support.

La responsabilité du législateur est de créer le cadre légal de cette promotion de la famille fondée sur l'altérité pour assurer la prospérité de la société toute entière pour les années à venir.

## **CONTRIBUTION DE M. PATRICK DELNATTE (GROUPE UMP)**

En plaçant l'intérêt de l'enfant au cœur de toute évolution du droit de la famille, le rapport, approuvé par tous les membres UMP de la mission, apporte des réponses adaptées aux légitimes préoccupations de nos concitoyens pour ce qui tend à l'essentiel de leur vie, la vie familiale.

Il propose, à juste titre, une évolution du système français de la protection de l'enfance pour accentuer l'effort sur la prévention, la prise en charge globale des familles en difficultés et l'accompagnement individualisé.

Cette démarche nouvelle est indispensable pour lutter contre toute forme d'abandon, et maltraitance et donner aux familles les atouts de la confiance dans leur responsabilité parentale.

C'est aussi au nom de l'intérêt de l'enfant que le rapport réaffirme que la structuration de la personnalité de l'enfant et son épanouissement passent par son droit à être éduqué par un père et une mère.

Même si l'évolution de la société amène à constater la diversité des situations de vie familiale et la grande fragilité des liens conjugaux, il n'en demeure pas moins que c'est dans le mariage, institution républicaine, que les fondements de la vie familiale peuvent le mieux s'assumer et apporter aux enfants la meilleure sécurité affective et juridique.

En approuvant les analyses et propositions de la rapporteure, je formulerai néanmoins trois réserves :

– Concernant le Pacs inscrit dans notre droit comme un contrat de vie commune entre des personnes de sexe différent ou de même sexe, s'il peut être nécessaire d'apporter des modifications au droit existant pour remédier aux incohérences juridiques et assurer une meilleure protection des personnes, comme le propose le rapport, il convient de ne pas faire du Pacs, une sorte de mariage « bis », au risque de brouiller les repères des fondements de la vie familiale. Ainsi, je suis très réservé sur l'attribution du droit à pension de réversion aux partenaires pacés. De même pour l'alignement de l'abattement successoral pour les pacés sur celui du conjoint survivant.

– Sur le droit à la connaissance de ses origines, le rapport considère que si l'évolution vers la suppression de l'anonymat dans l'accouchement sous X est une conséquence logique à terme de la loi de 2002, il est encore trop tôt pour porter un jugement sur l'application de cette loi, notamment sur une diminution significative de l'accouchement anonyme au bénéfice du seul maintien de

l'accouchement secret. Au nom de cette même évolution, je ne pense pas, comme le préconise le rapport, qu'il soit souhaitable d'ouvrir le don de gamètes à la levée de l'anonymat. Outre que cette proposition est contraire à la loi bioéthique attachée au système français du don gratuit et anonyme, je pense que le vécu d'une grossesse tant pour la mère que pour l'enfant est une histoire bien différente du don de gamètes, même au regard de la préoccupation légitime de l'appropriation du patrimoine génétique.

– Enfin, sur la proposition de la rapporteure sur la « délégation de responsabilité parentale » à un tiers pour les actes de la vie courante, j'estime qu'elle doit être complétée par une possibilité de révision à tout moment et nécessairement au bout d'une durée limitée, par exemple 2 ans, renouvelable après l'examen de la situation.

Les travaux de la mission ont permis une véritable écoute de toutes les problématiques posées par la société sur la famille et l'enfant. Les analyses et réflexions exprimées dans la diversité des opinions des députés de l'Assemblée Nationale apportent à la société française les éléments objectifs à un débat approfondi, respectueux des personnes.

Une fois de plus, il est démontré que les Français sont très attachés à la vie familiale et ils expriment fortement leur désir d'enfant. Mais dans l'intérêt de l'enfant et pour le bien commun de la société, ce désir ne doit pas dériver vers un droit à l'enfant, l'enfant à tout prix, avec tous les risques d'un bouleversement aventureux des fondements de l'épanouissement de la personne.



## **CONTRIBUTION DE M. RENE GALY-DEJEAN (GROUPE UMP)**

Comme je l'ai précisé dans mes explications de vote favorable à l'adoption du rapport, je suis conduit à déposer les observations ci-après.

1°) Mon approbation du rapport est fondée sur le fait que celui-ci conforte, de manière remarquable, les droits de l'enfant et, pour ce qui concerne la famille, reste en parfaite conformité avec les convictions que j'ai publiquement affirmées en signant le manifeste de l'entente parlementaire pour la défense du droit fondamental de l'enfant d'être accueilli et de s'épanouir dans une famille composée d'un père et d'une mère.

2°) La qualité et l'esprit qui ont marqué les travaux de la Mission m'ont conduit à faire évoluer les convictions qui avaient généré mon opposition résolue au PACS lors du vote de cette disposition législative.

Le PACS étant devenu la loi de la République, les travaux de la Mission m'ont convaincu qu'il y avait lieu de rendre possible un certain nombre d'améliorations du PACS. J'ai donc adhéré à une telle démarche pour la plupart des dispositions envisagées par la Mission sauf sur un certain nombre d'entre elles qui font l'objet des réserves suivantes.

3°) Ces réserves portent sur les propositions du rapport ci-après :

a) « Étendre les prestations en espèce de l'assurance maladie et maternité au partenaire ».

b) Aligner la fiscalité successorale du partenaire survivant sur celle du conjoint survivant.

c) D'une manière générale, je suis opposé à l'introduction dans l'entreprise privée d'un droit social qui trouverait sa source dans des choix personnels et particuliers des agents de l'entreprise.

d) À cet égard, je fais les réserves les plus expresses sur la proposition « étendre les prestations en espèce de l'assurance maladie et maternité au partenaire ».



## **CONTRIBUTION DE MME NADINE MORANO (GROUPE UMP)**

Je remercie très sincèrement Jean-Louis Debré, Président de l'Assemblée Nationale, avec qui je m'étais entretenue de l'évolution de notre société et plus particulièrement de la famille. Il a permis la création de cette mission d'information parlementaire. Je remercie aussi Valérie Pécresse et Patrick Bloche pour la qualité de leur travail et pour leur écoute.

Je vote ce rapport, parce qu'il apporte des réponses novatrices en matière de protection de l'enfance, de mariages forcés, mais sans enthousiasme car il ne reflète pas la réalité de la vie quotidienne des différentes formes de familles dans notre pays. Il n'apporte pas les mesures simples à mettre en œuvre pour une meilleure égalité des droits.

L'intérêt de l'Enfant dans la famille a été au cœur de mes réflexions. Mais je dois préciser que je pense à l'intérêt de tous les enfants : qu'ils vivent dans une famille traditionnelle, une famille recomposée, une famille monoparentale, une famille adoptive, une famille homoparentale.

Voici mes propositions :

### **Élargissement de l'adoption simple :**

Je suis favorable aux propositions de Mmes Weiss-Gout et Gross concernant la modification de l'article 365 du code civil (*cf.* page 257 du Rapport). Je pense utile et juste de donner aux concubins la possibilité de partager l'autorité parentale, quand un membre du couple adopte de manière simple l'enfant de son compagnon. Actuellement, cette possibilité est réservée aux couples mariés. Elle doit être ouverte aux concubins dès lors que le couple élève conjointement l'enfant depuis plus de 5 ans et sous réserve qu'il n'y ait qu'un seul parent légal. Au moment de statuer sur l'adoption, le juge pourrait alors fixer les modalités de partage de l'exercice de l'autorité parentale entre le parent légal et son concubin.

### **Modification du congé de paternité :**

Dans cet esprit, je suis favorable à une modification des dispositions législatives relatives au congé de paternité. Celui-ci doit pouvoir s'étendre au parent co-accompagnant quel que soit son sexe. Il s'agit de modifier l'article L. 122-25-4 du code du travail en remplaçant les termes « congé de paternité » par « congé de parentalité ».

### **Modification de la PMA :**

Réservée aux couples souffrant d'infertilité ou susceptibles de transmettre une maladie grave, la PMA s'adresse en France aux couples hétérosexuels mariés ou en couple depuis 2 ans. Pour en bénéficier, les couples de lesbiennes sont donc contraints de se rendre dans les pays où la pratique est autorisée (comme la Belgique). Dans la mesure où la loi ne leur interdit pas d'accoucher et d'élever leur enfant en France, rien ne justifie qu'elles ne puissent pas recourir à la PMA en France.

L'accès à la PMA ne devrait se fonder que sur la solidité et la crédibilité du projet parental et donc être accessible aux couples vivant ensemble depuis 2 ans.

Elle ne serait en revanche pas, dans ce cas, remboursée par la sécurité sociale.

En conséquence, il conviendrait de modifier l'article L. 2141-2 du Code de la Santé Publique en remplaçant les termes « l'homme et la femme » par « les deux membres du couple ».

### **La question de l'accès aux origines :**

La mission propose à terme la mutation de l'accouchement anonyme vers l'accouchement dans la discrétion.

Actuellement, la femme qui accouche de façon anonyme peut mettre sous enveloppe cachetée toutes les informations qu'elle désire transmettre à l'enfant au cas où celui-ci, un jour, désirerait connaître son identité biologique.

Cette enveloppe est ensuite transmise au conseil général. Il me paraît important d'y ajouter une seconde enveloppe qui contiendrait des informations médicales (antécédents pathologiques familiaux sous forme de questionnaire, bilan sanguin) qui pourraient s'avérer déterminantes pour l'enfant. Ces informations seraient transmises par les autorités administratives au médecin de l'enfant, quand celui-ci en ferait la demande.

### **La mission a préconisé le développement de la médiation :**

En France, la formation et les moyens humains consacrés à la médiation sont très insuffisants. Le Garde des Sceaux doit y remédier par une volonté politique et budgétaire forte car la médiation est un outil indispensable à la prévention et à la gestion des conflits familiaux.

Dans cet ordre d'idée, rédactrice d'une proposition de loi visant à protéger les enfants dans les cas de divorces conflictuels, je souhaite renforcer les dispositifs de soutien et d'accompagnement à destination des parents en donnant la possibilité pour le juge de leur proposer de suivre un stage de guidance parentale.

Il reviendrait au juge d'ordonner ce stage lors de la demande de séparation ou à n'importe quel moment de la procédure de séparation.

### **La préparation au mariage civil :**

Il me semble important qu'un couple qui décide de se marier puisse être reçu au moment du dépôt des bans, par un officier d'état civil en mairie pour une présentation des droits et des devoirs des époux définis par le code civil et très souvent ignorés.



**CONTRIBUTION DE M. JEAN-MARC NESME (GROUPE UMP)**

Exprimant ma satisfaction que le rapport de la Mission exclue le mariage et l'adoption d'enfants par des partenaires de même sexe en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant, je tiens à émettre toutefois des réserves sur les propositions visant l'extension des droits attachés au P.A.C.S.

Une clarification devra nécessairement être apportée, le cas échéant, si ces propositions devaient faire l'objet d'un projet de texte législatif afin d'éviter toutes interprétations fondées sur des ambiguïtés et destinées à contourner d'une part la loi et son esprit et d'autre part les textes relatifs aux droits de l'enfant prenant en compte son intérêt supérieur.





## **CONTRIBUTION DE M. YVES NICOLIN (GROUPE UMP)**

Dans le domaine de l'adoption, très souvent est mis en avant par les candidats le droit à l'adoption.

Il est important de rappeler qu'en ce domaine la priorité se doit d'être donnée aux droits des enfants, notamment des enfants abandonnés.

Cela étant dit, il est important de faire la distinction entre un enfant abandonné à qui l'on doit une famille la plus stable possible et lui permettant, grâce à des repères bien établis, de s'épanouir et de se construire, et un enfant issu d'une précédente union qui pourrait avoir intérêt à se voir reconnu par le nouveau partenaire du parent.

Autant j'ai l'intime conviction que l'adoption par un couple homosexuel d'un enfant abandonné ferait prendre un risque grave à l'épanouissement de l'enfant, autant la réflexion doit pouvoir se poursuivre sur la reconnaissance par un membre du couple homosexuel de l'enfant biologique de l'autre membre.

Mais l'adoption d'enfants étrangers dépend avant tout de la législation des pays d'origine.

En effet, 80 % des enfants adoptés à l'étranger viennent de 5 ou 6 pays, dont la Chine, la Russie, Haïti, Madagascar, pays qui ne sont pas ouverts légalement aux candidats homosexuels.

Aussi, l'ouverture de notre législation risquerait premièrement de ne rien changer pour les candidats homosexuels, reconnus par la France, et secondement d'entraîner une fermeture de ces pays aux candidats à l'adoption français privant ainsi de famille près de 4.000 enfants adoptés chaque année à l'étranger.

Ainsi sous l'angle de l'intérêt de l'enfant nous assisterions à une régression fortement préjudiciable.



## **CONTRIBUTION DE M. BERNARD PERRUT (GROUPE UMP)**

La société évolue, et les formes de la famille se diversifient, notamment en raison de la progression du divorce, de la multiplication des unions libres, de l'apparition de nouvelles formes de recomposition familiale. Pour autant, le rôle du législateur est de rappeler le sens de la cellule familiale et les valeurs qui sont attachées à la famille. Le législateur n'a pas pour mission de vouloir adapter le droit aux mœurs, mais au contraire de rappeler la norme, la force du droit permettant de donner des repères, et de poser des principes. C'est ce que fait justement ce rapport en affirmant que le mariage républicain doit rester l'institution fondatrice de la famille, ou encore que l'altérité homme - femme doit continuer à fonder le mariage ou enfin que l'enfant est au cœur du mariage. Si je suis pour ma part opposé à une évolution vers la reconnaissance du mariage homosexuel et de l'homoparentalité, je suis aussi attaché au respect des libertés individuelles et juge utile un certain nombre d'évolutions liées au PACS pour que ce contrat soit plus cohérent, même si l'on peut parfois s'interroger sur certaines adaptations des droits sociaux ou liés à la fiscalité.

J'apporte mon soutien à ce rapport en raison de son affirmation très forte des droits de l'enfant. J'accorde beaucoup d'importance au renforcement de la prévention et de la détection de l'enfance en danger, à la prise en charge des enfants et de leur famille, à la responsabilisation des parents, notamment avec le renforcement de la médiation familiale, sujet sur lequel j'ai eu l'occasion de m'exprimer à plusieurs reprises à l'Assemblée nationale. Ce rapport rappelle également qu'un enfant a besoin d'un père et d'une mère, et cela est essentiel. Je souhaite qu'une délégation parlementaire aux droits de l'enfant soit mise en place à l'Assemblée nationale, comme le rapport le propose, et selon le souhait que j'ai moi-même exprimé.



## **CONTRIBUTION DE MME MICHÈLE TABAROT (GROUPE UMP)**

▸ À travers les 100 mesures contenues dans ce rapport, la Mission d'information souhaite adapter notre législation pour mieux prendre en compte les nouvelles réalités sociales.

▸ Je me réjouis, pour ma part, que le droit des enfants ait été plus particulièrement mis en lumière.

▸ L'actualité nous apporte trop souvent les exemples tragiques d'enfants maltraités, laissés à l'abandon, victimes de sévices et de tortures... des drames qui auraient pu parfois être évités si les différents services en charge de la protection de l'enfance étaient mieux structurés et mieux coordonnés.

▸ Le département doit pouvoir jouer pleinement son rôle de chef de file en matière de protection de l'enfance si nous voulons réellement parvenir à améliorer la prise en charge des mineurs en difficulté et de leur famille.

▸ Nous avons également insisté sur la nécessité de sécuriser la situation juridique de l'enfant, en reconnaissant, par exemple, le rôle essentiel que peuvent jouer les beaux-parents dans l'éducation des enfants de leur conjoint.

▸ Cela est souhaitable au regard des mutations profondes qu'a connues le couple durant la dernière décennie.

▸ En ce domaine, il était essentiel de réaffirmer notre attachement à l'institution du mariage en tant que socle de la famille, mais aussi de se positionner clairement contre les mariages forcés, qui ont lieu, encore aujourd'hui sur notre territoire.

▸ Cet attachement au modèle traditionnel ne doit pas nous faire oublier que la responsabilité du législateur est également d'accompagner les changements.

▸ Ainsi, le PACS doit maintenant devenir un véritable contrat cohérent, qui n'omette aucun des aspects de la vie à deux.

▸ Ce rapport est l'aboutissement d'un important travail d'écoute, d'analyse, mais aussi de réflexion sur l'ensemble des aspects de la famille, dans toute sa diversité.

▸ Au-delà des propositions, nous avons tenu à réaffirmer certaines valeurs auxquelles nous croyons profondément au premier rang desquelles l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer sur toute autre considération.

▸ Je note pour ma part avec satisfaction que la mission a fait preuve de sagesse sur la question de l'adoption en conservant la possibilité d'obtenir un agrément pour les couples mariés et les célibataires.

▸ Reconnaître l'adoption par des homosexuels aurait sans doute conduit à des situations de blocage au niveau international et nous connaissons trop bien les drames humains qui se nouent chaque fois que des difficultés de ce type surviennent.

▸ Les enfants que nous adoptons à l'étranger connaissent déjà l'abandon, le déracinement, le choc d'être conforté à une nouvelle culture, à un environnement qui parfois les effraie. L'intérêt de ces mineurs n'est sans doute pas de devoir également vivre les mutations de notre société qui leur sont bien souvent inconnues.

▸ Notre modèle familial a profondément évolué ces dernières années. Il est de notre devoir de faire adapter notre législation avec cohérence mais en toute responsabilité.

**ANNEXES**

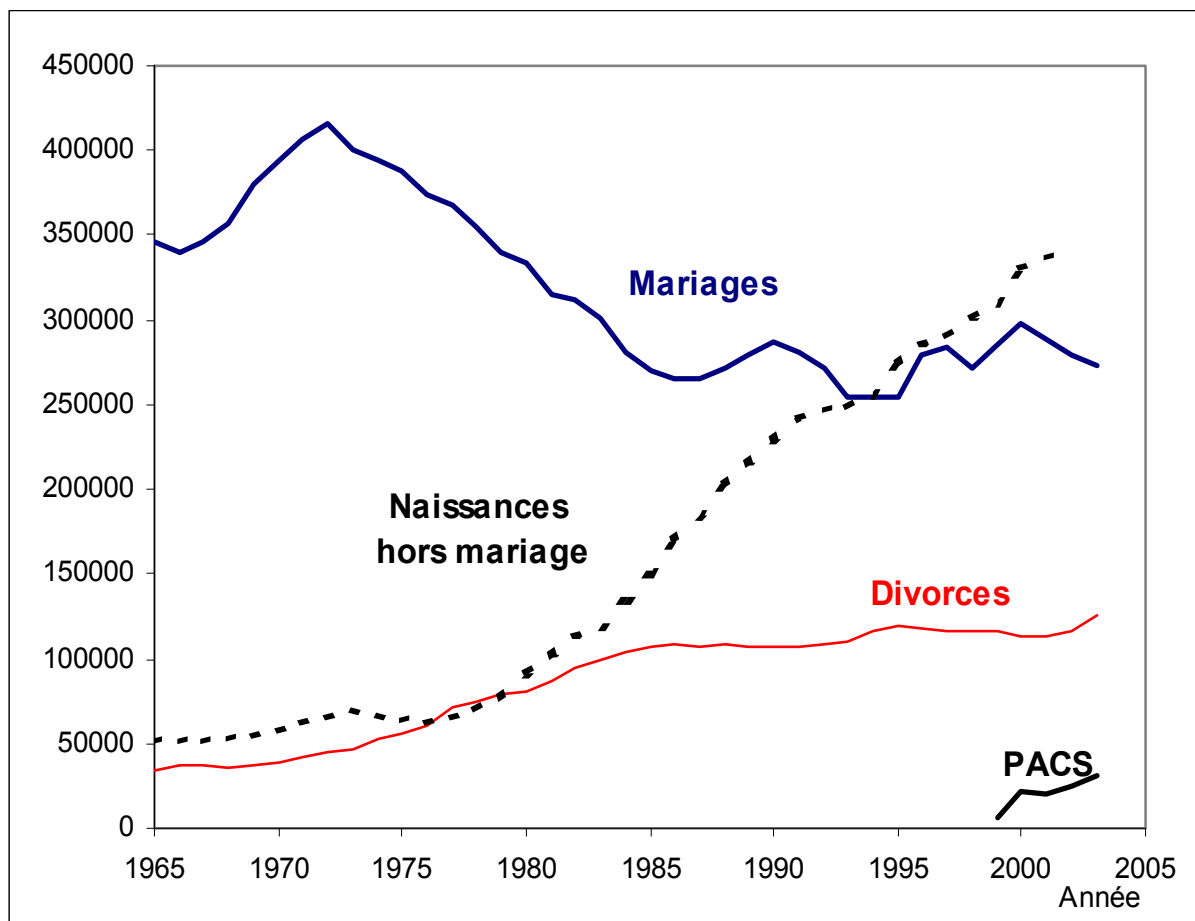




**ANNEXE N° 1**

**PRINCIPALES DONNÉES DÉMOGRAPHIQUES  
RELATIVES À L'ÉVOLUTION DE LA FAMILLE EN FRANCE**

ÉVOLUTION DU NOMBRE DE MARIAGES, DE DIVORCES, DE NAISSANCES  
HORS MARIAGE ET DE PACS



Source : INED

EVOLUTION DES MARIAGES

Année	Mariages	Pourcentage de mariages avec			Age moyen au premier mariage	
		au moins un époux divorcé	au moins un enfant légitimé	Conception pré-nuptiale	Hommes	Femmes
1970	394 000	9 %	5 %	25 %	24,7 ans	22,6 ans
1985	269 000	21 %	11 %	16 %	26,2 ans	24,2 ans
2002	279 000	25 %	28 %	8 %	30,4 ans	28,2 ans

Source : INED

EVOLUTION DES DIVORCES ET DES NAISSANCES HORS MARIAGE

Année	Divorces		Naissances hors mariage		PACS
	Nombre	Pour 100 mariages	Nombre	Pour 100 naissances	
1970	40 000	12 %	58 000	7 %	—
1985	108 000	30 %	150 000	20 %	—
2003	125 000	42 %	337 000 <sup>(1)</sup>	44 %	31 000

(1) Donnée de 2002.

Source : INED

**PROPORTION DE PREMIERES UNIONS TRANSFORMEES EN MARIAGE  
AU COURS DES DEUX PREMIERES ANNEES D'UNION**

<b>Année du début de la cohabitation</b>	<b>1975</b>	<b>1985</b>	<b>1995</b>
<b>Part des femmes mariées dans les 2 ans</b>	50 %	32 %	19 %

Source : INED

**PROPORTION D'UNIONS ROMPUES AU BOUT DE 5 ET 10 ANS  
SELON L'ANNEE DU DEBUT DE L'UNION  
(PREMIERES UNIONS PAR COHABITATION OU PAR MARIAGE DIRECT)**

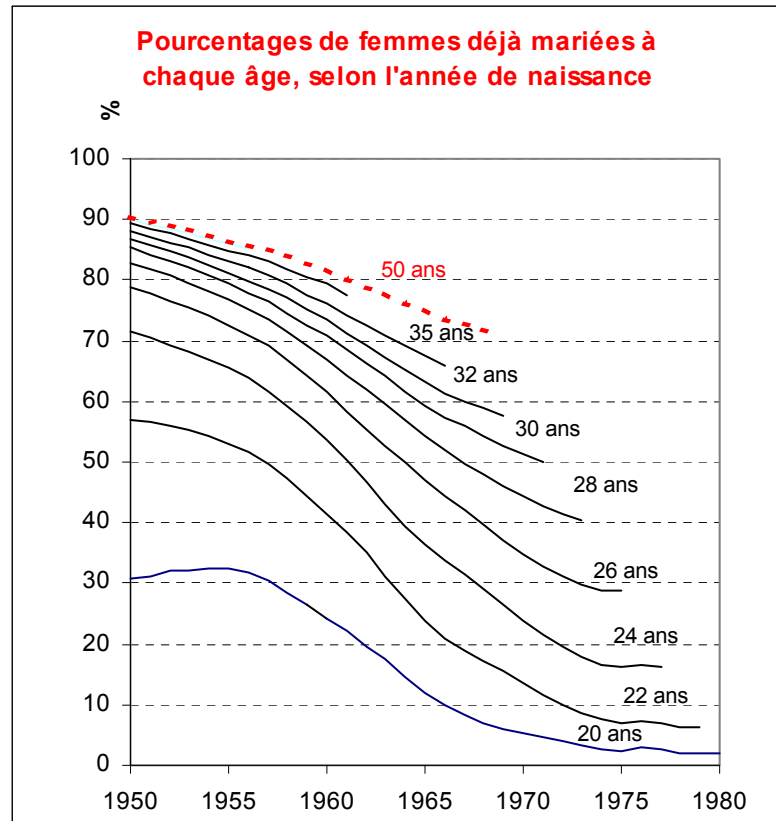
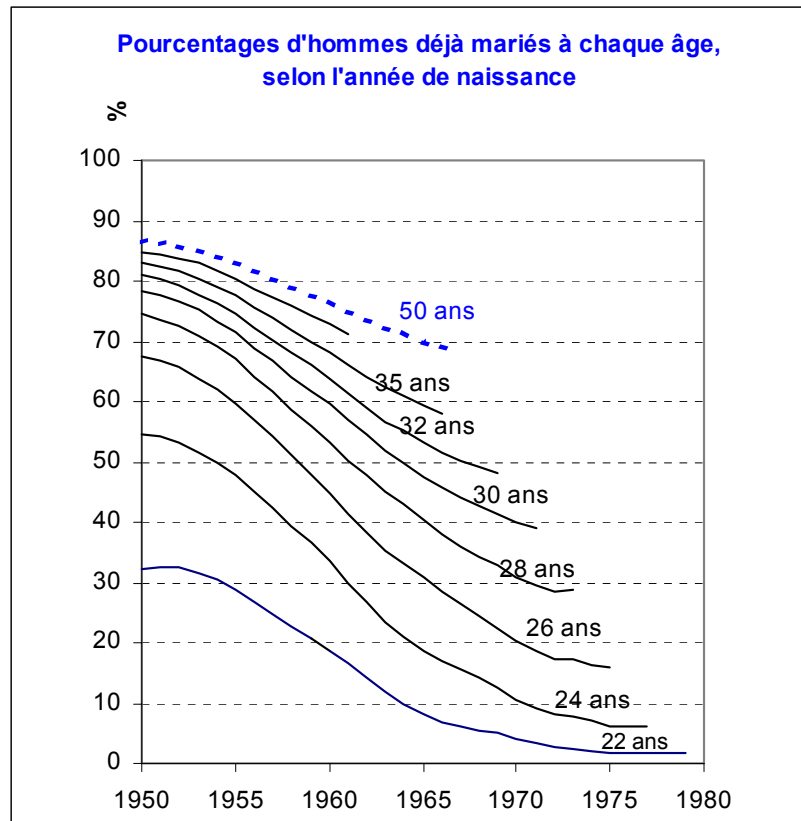
<b>Part de ruptures avant...</b>	<b>Première union commencée en</b>	
	<b>1980</b>	<b>1990</b>
<b>5 ans</b>	8 %	15 %
<b>10 ans</b>	17 %	28 %

Source : INED

**PROPORTIONS DE RUPTURES D'UNIONS COMMENCEES DANS ET HORS MARIAGE**

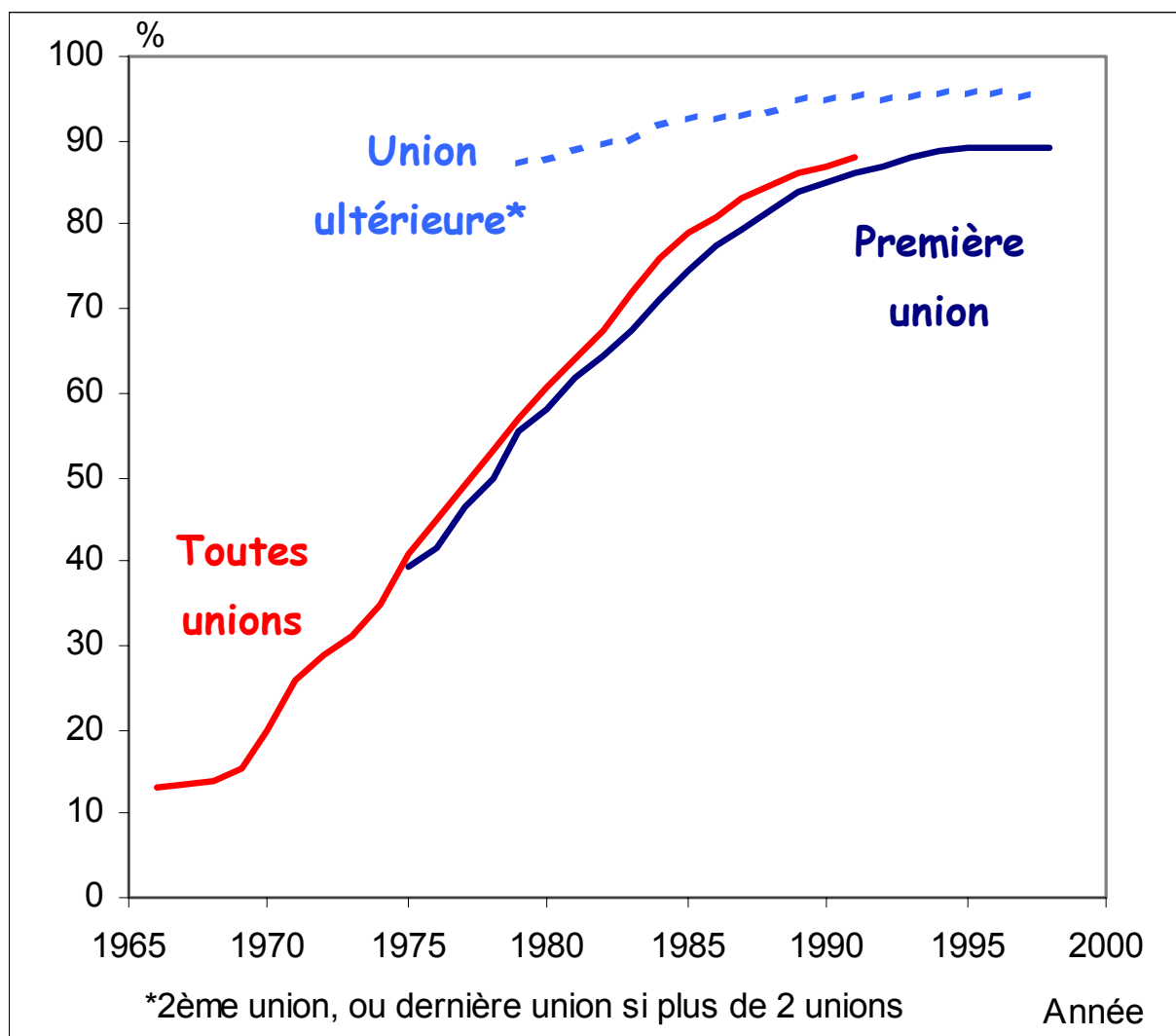
<b>Part de ruptures avant...</b>	<b>Cohabitation</b>		<b>Mariage direct</b>	
	<b>1980</b>	<b>1990</b>	<b>1980</b>	<b>1990</b>
<b>5 ans</b>	11 %	17 %	5 %	9 %
<b>10 ans</b>	22 %	30 %	12 %	17 %

Source : INED



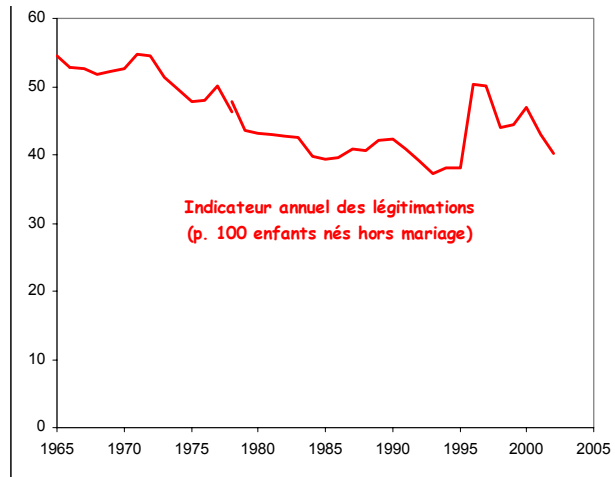
Source : INED

EVOLUTION DE LA PROPORTIONS D'UNIONS COMMENCEES HORS MARIAGE



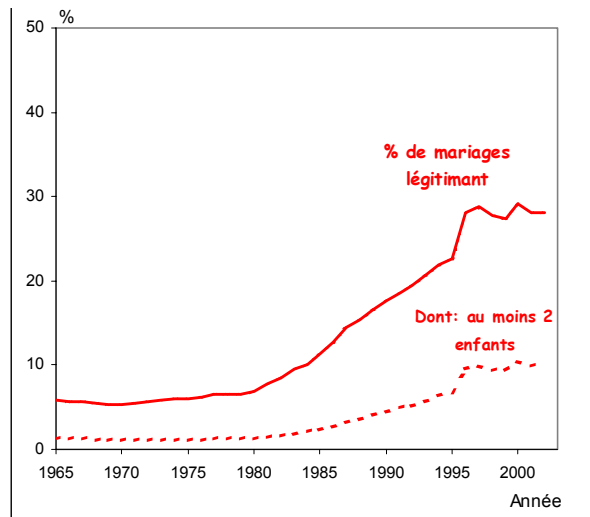
Source : INED

### EVOLUTION DE LA PROPORTION D'ENFANTS LEGITIMES PAR MARIAGE



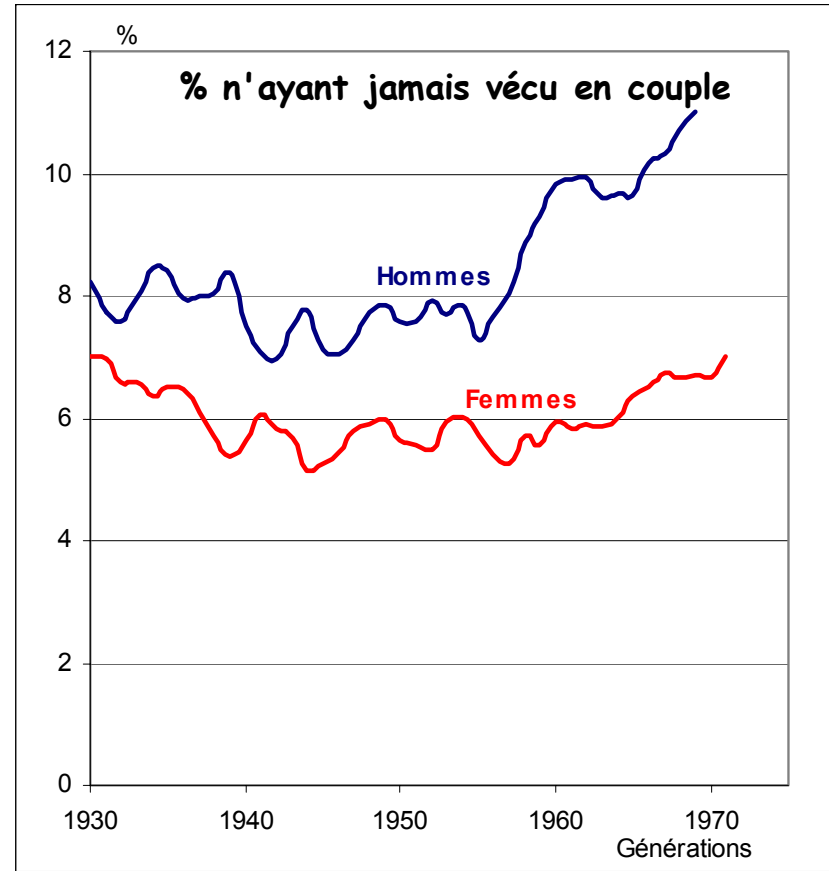
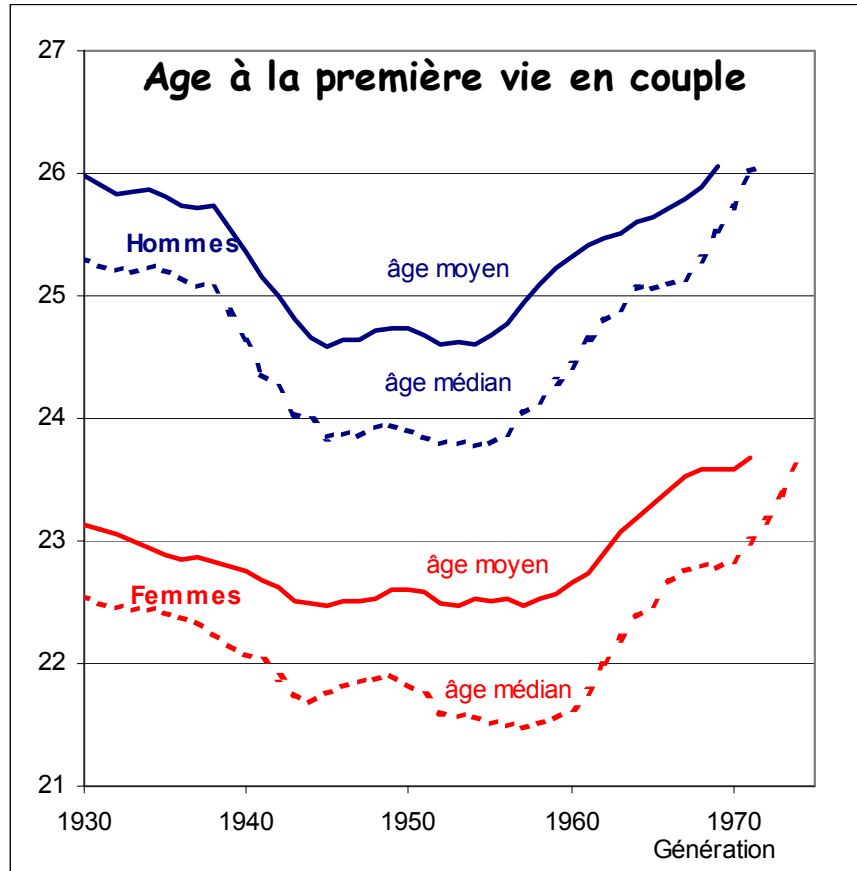
Source : INED

### EVOLUTION DE LA PROPORTION DES MARIAGES LEGITIMANT DES ENFANT



Source : INED

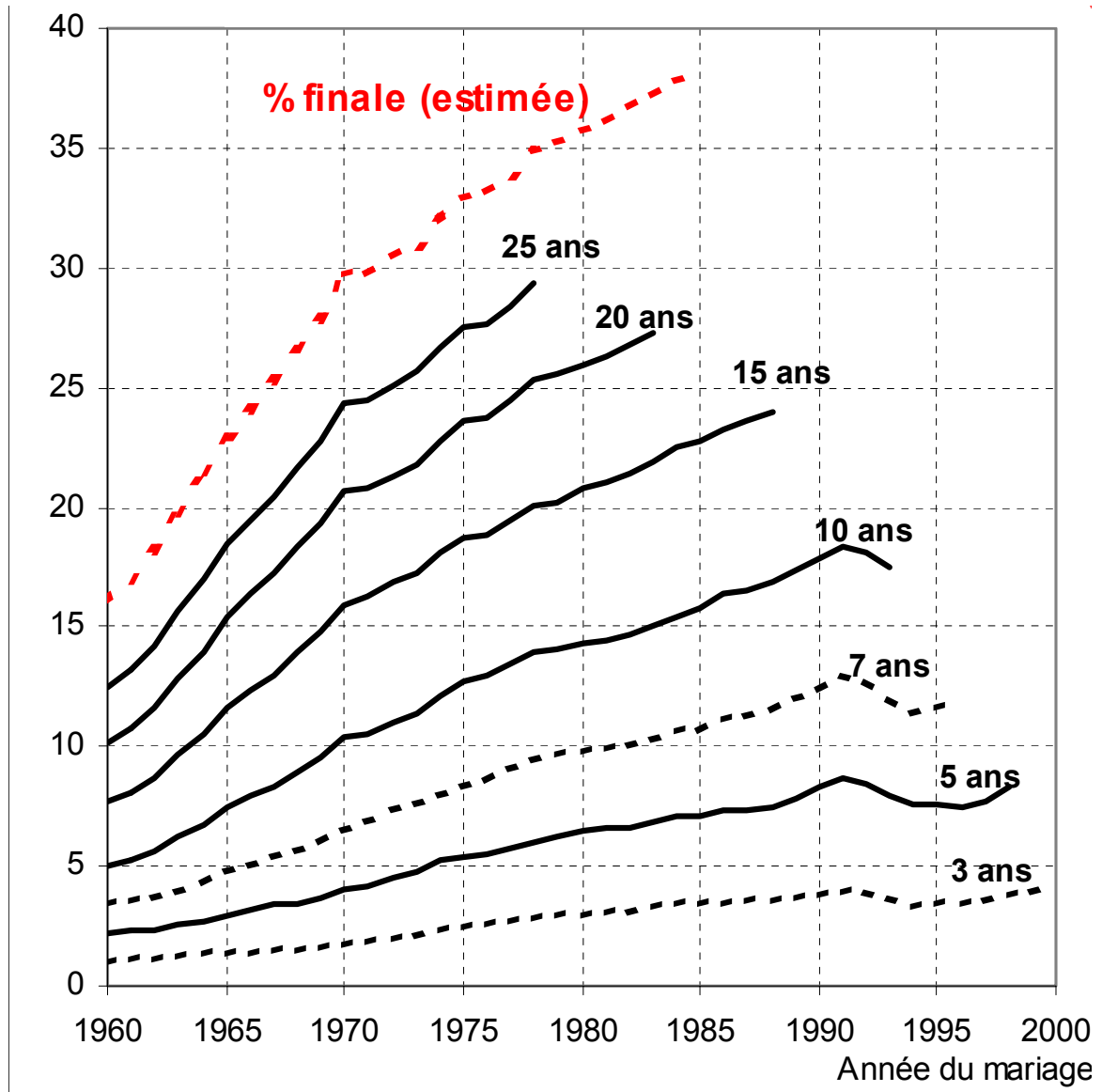
EVOLUTION DES PREMIERES UNIONS



Source : INED

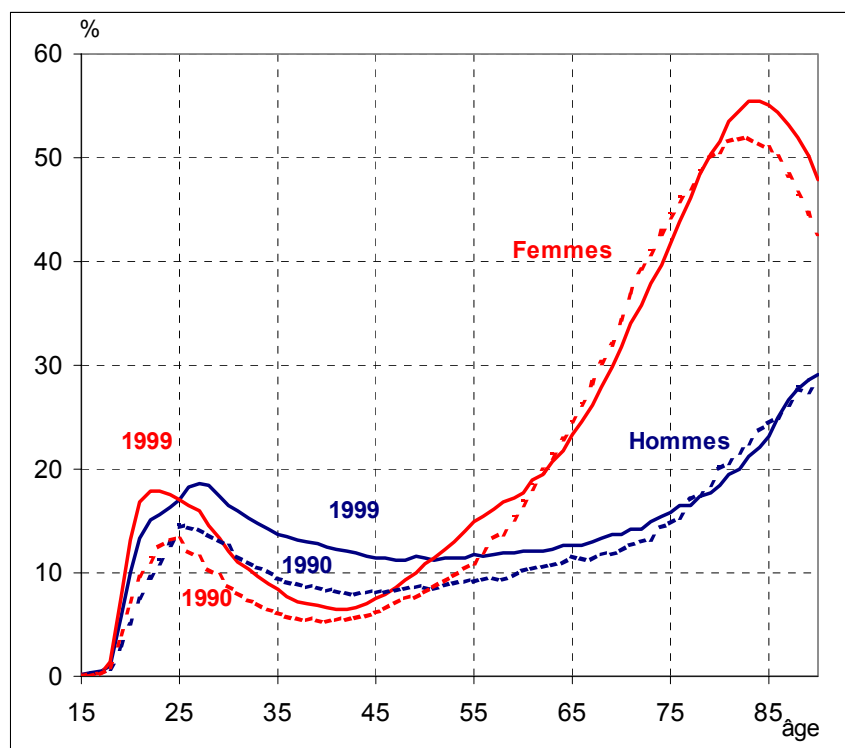


PROPORTION DE MARIAGES DEJA ROMPUS PAR LE DIVORCE



Source : INED

EVOLUTION DE LA PROPORTION DE PERSONNES SEULES EN FONCTION DE L'AGE



Source : INED

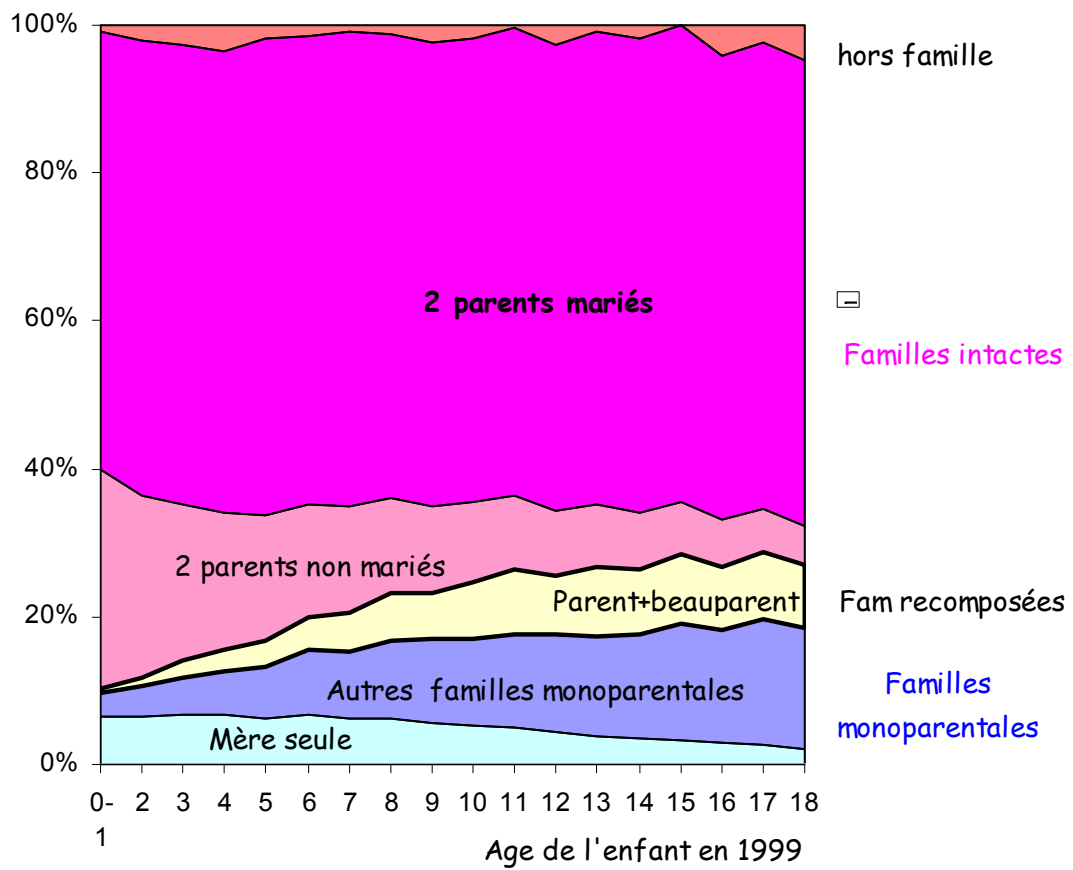
LA PROGRESSION DES MENAGES D'UNE PERSONNE

Recensement	1968	1975	1982	1990	1999	2004
Pour 100 ménages	20,3	22,2	24,6	27,1	31,0	32,7
<i>Homme seul</i>	6,5	7,4	8,5	10,05	12,45	13,0
<i>Femme seule</i>	13,8	14,8	16,1	17,05	18,55	19,7
Pour 100 personnes <sup>(1)</sup>	6,6	7,7	9,1	10,6	12,9	14,0

(1) Personnes vivant en ménage ordinaire

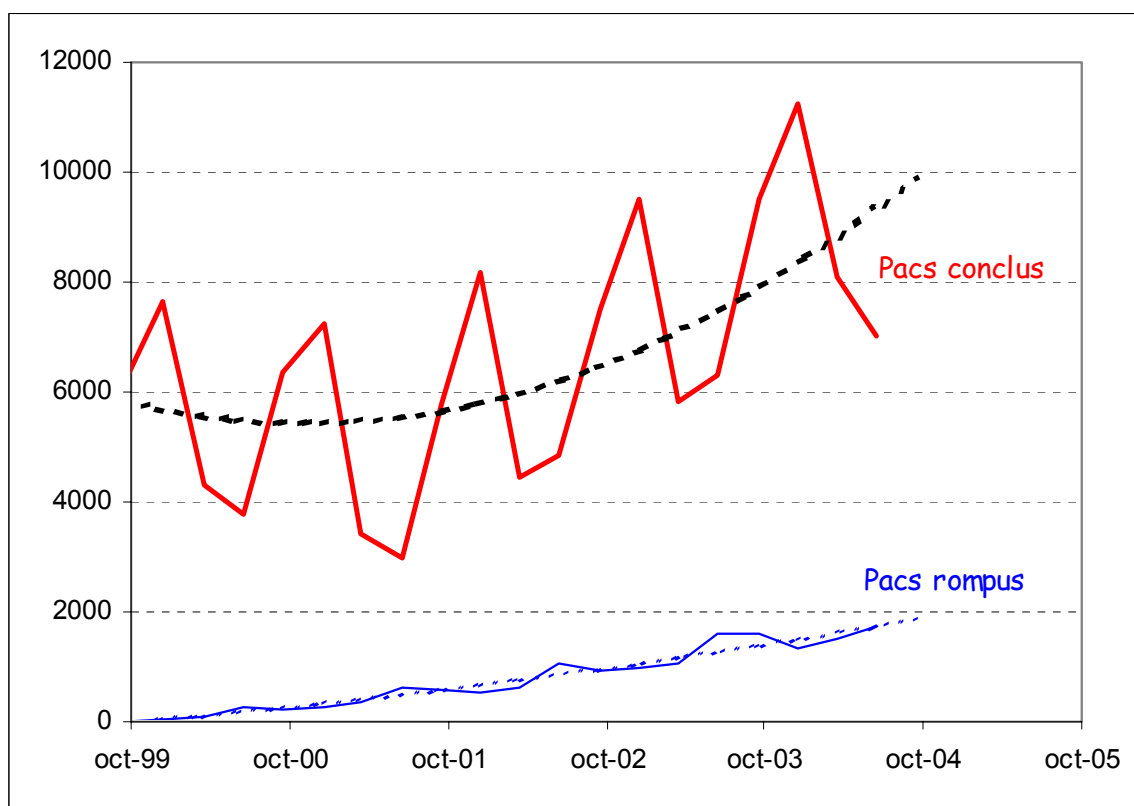
Source : INED

EVOLUTION DE LA SITUATION FAMILIALE DE L'ENFANT EN FONCTION DE L'AGE



Source : INED

EVOLUTION DU NOMBRE DE PACS CONCLUS ET ROMPUS



Source : INED

LES PACTES CIVILS DE SOLIDARITE DEPUIS LEUR CREATION

France entière	Déclarations	Refus d'inscription	Modification	Dissolution
<b>Cumul</b>	<b>169 531</b>	<b>1 343</b>	<b>540</b>	<b>21 531</b>
<b>1999</b>	6 151	11	2	7
<b>2000</b>	22 276	140	45	624
<b>2001</b>	19 632	330	78	1 872
<b>2002</b>	25 311	255	94	3 185
<b>2003</b>	31 585	251	113	5 292
<b>2004</b>	40 093	229	127	7 043
<b>2005<sup>(1)</sup></b>	24 483	127	81	3 508
<b>1<sup>er</sup> semestre<sup>(1)</sup></b>	8 571	50	40	1 662
<b>2<sup>ème</sup> semestre<sup>(1)</sup></b>	15 912	77	41	1 846

(1) données provisoires

Sources : ministère de la justice, ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale

**ANNEXE N° 2**

**ÉVOLUTION DE LA FAMILLE EN EUROPE**

LES FAMILLES DANS L'EUROPE DES QUINZE, EN 2000

Pays	Indicateur conjoncturel de fécondité	Naissances hors mariages (en %)	Taux brut de nuptialité	Divorces pour 100 habitants	Espérance de vie (années)	
					hommes	femmes
<b>Belgique</b>	1,65	22	4,1	2,9	74,4	80,8
<b>Danemark</b>	1,74	44,6	6,6	2,7	74,3	79
<b>Allemagne</b>	1,29	23,6	4,7	2,4	74,7	80,7
<b>Grèce</b>	1,29	4,1	5,4	0,9	75,4	80,7
<b>Espagne</b>	1,25	17	5,2	1,0	75,6	82,9
<b>France</b>	1,9	42,6	5,1	2,1	75,5	83
<b>Irlande</b>	1,98	31,2	5,0	0,7	73,0	78,5
<b>Italie</b>	1,24	9,6	4,9	0,7	76,7	82,9
<b>Luxembourg</b>	1,70	22,3	4,5	2,3	74,9	81,3
<b>Pays-Bas</b>	1,69	27,7	5,1	2,3	75,7	80,6
<b>Autriche</b>	1,29	33,1	4,2	2,4	75,4	81,2
<b>Portugal</b>	1,42	23,8	5,7	1,8	73,5	80,3
<b>Finlande</b>	1,73	39,5	4,8	2,6	74,6	81,5
<b>Suède</b>	1,57	55,5	4,0	2,4	77,5	82,1
<b>Royaume-Uni</b>	1,63	40,1	5,1	2,6	75,7	80,4
<b>Union européenne à Quinze</b>	1,47	28,4	5,1	1,9	75,3	81,4

Source : Eurostat

LES FAMILLES DANS LES NOUVEAUX MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE ET  
LES PAYS CANDIDATS <sup>(1)</sup>, EN 2000

Nouveaux membres et candidats	Indicateur conjoncturel de fécondité	Naissances hors mariages (en %)	Taux brut de nuptialité	Divorces pour 100 habitants	Espérance de vie (en années)	
					hommes	femmes
<b>Bulgarie</b>	1,25	38,4	4,2	1,2	68,5	75,1
<b>Chypre</b>	1,83	2,1	12,3	1,7	75,3	80,4
<b>Rép. Tchèque</b>	1,14	21,8	5,4	2,9	71,7	78,4
<b>Estonie</b>	1,39	54,5	4,0	3,1	65,6	76,4
<b>Hongrie</b>	1,33	29	4,8	2,4	67,2	75,7
<b>Lettonie</b>	1,24	40,3	3,9	2,6	65	76,1
<b>Lituanie</b>	1,33	22,6	4,6	2,9	67,5	77,7
<b>Malte</b>	—	10,1	6,2	—	75,1	79,3
<b>Pologne</b>	1,34	11,7	5,5	1,1	69,7	77,9
<b>Roumanie</b>	1,30	25,5	6,1	1,4	67,7	74,6
<b>Rép. Slovaque</b>	1,20	18,3	4,8	1,7	69,2	77,4
<b>Slovénie</b>	1,25	37,1	3,7	1,1	72,3	79,7
<b>Turquie</b>	2,5	—	7,7	0,5	66,5	71,2

(1) Les données relatives à la Croatie, candidate à l'adhésion à l'Union européenne depuis février 2003 manquent.  
Source : Eurostat





**ANNEXE N° 3**

**DROITS ET OBLIGATIONS ISSUS DU MARIAGE,  
DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE ET DE L'UNION LIBRE EN FRANCE**

**DROITS ET OBLIGATIONS ISSUS DU MARIAGE, DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE ET DE L'UNION LIBRE, EN FRANCE**

	<b>Mariage</b>	<b>PACS</b>	<b>Union libre</b>
<b>Obligations</b>	Fidélité, secours et assistance (art. 212 CCiv) « communauté de vie » (art. 215-1 CCiv)	Aide mutuelle et matérielle dont les modalités sont fixées dans le pacte (art. 515-4 CCiv) ; obligation jurisprudentielle de loyauté (comme pour tout contrat)	Pas d'obligations légales
<b>Dettes du ménage</b>	Les conjoints sont tenus solidairement des dettes du ménage contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, sauf pour des dépenses manifestement excessives et pour les achats à tempérament ou les emprunts qui n'ont pas été conclus du consentement des deux époux (art. 220 CCiv)	Solidarité entre les partenaires pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante et pour celles relatives au logement commun (art. 515-4 CCiv)	La remise de somme d'argent entre concubins n'a pas de présomption d'intention libérale. En principe, pas d'obligation solidaire, mais la jurisprudence applique la théorie de l'apparence pour en juger différemment.
<b>Régime</b>	Par contrat ; sinon, régime légal (communauté des acquêts) (art. 1400 à 1496 CCiv)	Présomption d'indivision qui peut être levée par la convention pour les meubles meublants ou au moment de l'acquisition pour les autres biens (art. 515-5 CCiv)	Pas de régime supplétif. Un contrat est toujours possible, mais très rarement envisagé
<b>Droit fiscal</b>	Imposition commune (art. 6 CGI) ; prise en compte des enfants	Imposition commune (art. 6 CGI), dès conclusion (suppression du délai de 3 ans par LFI 2005) ; prise en compte des enfants	Imposition séparée ; le nombre de parts afférentes aux enfants est calculé comme pour une famille légitime et partagé entre les parents (art. 194 CGI)

<p><b>Droits sociaux</b></p> <p>– Maladie-maternité</p> <p>– Prestations familiales et aide au logement</p> <p>– Prestations vieillesse</p> <p>– en droit du travail</p> <p>– en matière d'accidents du travail</p>	<p>Prestations en nature et en espèce</p> <p>Identiques pour tous</p> <p>Affiliation du conjoint collaborateur d'un travailleur indépendant au régime de ce dernier ; pension de réversion</p> <p>3 droits ouverts aux partenaires, mais aussi : possibilité de recours à un CDD ou à un salarié d'une entreprise de travail temporaire pour remplacer le conjoint participant à l'activité de l'entreprise, définition du travailleur à domicile (qui peut travailler avec son conjoint), prise en compte éventuelle du conjoint du débiteur pour définir les quotités de salaire saisissables</p> <p>rente viagère pour le conjoint survivant ; rente d'incapacité permanente reversée au conjoint survivant</p>	<p>Prestations en nature identiques, 2 différences pour les prestations en espèce : ni allocation de repos maternel ni indemnité de remplacement pour les partenaires collaborateurs des travailleurs indépendants Pas de pension de veuf ou de veuve invalide</p> <p>Identiques pour tous</p> <p>Cette possibilité d'affiliation n'existe pas et pas de droit à pension de réversion</p> <p>Autorisation d'absence en cas de décès du partenaire, droit au congé simultané pour les partenaires travaillant dans la même entreprise, application du code du travail pour le partenaire salarié du chef d'entreprise qui participe à l'activité de l'entreprise, en percevant une rémunération</p> <p>rente viagère pour le partenaire survivant, mais il reste des incohérences ; pas de reversement de la rente d'incapacité</p>	<p>Ouverture de droits pour le concubin et prestations en nature identiques, mais des différences existent pour les prestations en espèce</p> <p>Identiques pour tous</p> <p>Cette possibilité d'affiliation n'existe pas et pas de droit à pension de réversion</p> <p>Aucun des droits mentionnés pour les deux autres formes d'union, sauf la prise en compte éventuelle du concubin pour définir les quotités de salaire saisissables</p> <p>rente viagère pour le concubin survivant, mais il reste des incohérences ; pas de reversement de la rente d'incapacité</p>
---	--	--	---

<b>Nationalité française</b>	Acquisition par le mariage au bout d'un an de vie commune	Pas d'acquisition automatique, mais liens personnels pris en compte pour l'attribution du titre de séjour	Pas d'acquisition automatique, mais rapprochement familial pris en compte
<b>Adoption conjointe</b>	OUI (et possibilité d'adopter l'enfant du conjoint, dans certaines conditions, art. 345-1 CCiv)	NON	NON
<b>Séparation du couple</b>	Divorce devant la justice	Par déclaration commune ou unilatérale au greffe du TI (art. 515-7 CCiv) ; intervention du juge (TI ou TGI) en cas de problème dans la liquidation de l'indivision	Librement (mais d'autant plus difficilement)
<b>Après le décès :</b> – Héritier réservataire  – Droits de succession  – Pension de réversion – Capital décès de la sécurité sociale	Seulement en l'absence de descendant et d'ascendant (alors, réserve d'un quart de la succession)  Abattement de 20 % sur la valeur de la résidence principale, abattement de 76 000 euros (en plus de l'abattement global de 50 000 euros sur l'ensemble de la succession), puis droits entre 5 et 40 % (selon la tranche)  OUI OUI	NON  Abattement de 20 % sur la valeur de la résidence principale, abattement de 57 000 euros, puis droits de 40 % (jusqu'à 15 000 euros) et 50 % (au-delà de 15 000 euros)  NON OUI	NON  Abattement de 1 500 euros, droit de 60 % (comme des tiers)  NON OUI

<b>Libéralités</b>	Possibles. Depuis la loi relative au divorce de mai 2004 qui a modifié l'art. 1096 CCiv : donation de biens à venir toujours révocable (mais pas révoquée par survenance d'enfant) ; donation de biens présents irrévocable sauf si inexécution d'une condition ou ingratitude (art. 265 CCiv : divorce sans incidence sur les donations de biens présents ; il emporte révocation des avantages prenant effet à la dissolution du régime ou au décès d'un époux, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis)	Irrévocables (art. 953 CCiv : sauf inexécution des conditions, ingratitude ou survenance d'enfants, c'est le droit commun des donations entre vifs)	Irrévocables (droit commun). La jurisprudence annulait les libéralités faites avec cause immorale (adultère) ; un arrêt de la CCass du 3 février 1999 a jugé que ce n'était plus contraire aux bonnes mœurs La remise de somme d'argent entre concubins n'a pas de présomption d'intention libérale
--------------------	--	---	---

*NB* : CCiv : code civil, CGI : code général des impôts ; CCass : Cour de cassation, TGI : tribunal de grande instance ; TI : tribunal d'instance ; CDD : contrat à durée déterminée.



**ANNEXE N° 4**

**LES FORMES D'UNION  
OUVERTES AUX COUPLES DU MÊME SEXE EN EUROPE**

LES FORMES D'UNION OUVERTES AUX COUPLES DE MEME SEXE EN EUROPE

Nom	Droits sociaux et fiscaux	Régime patrimonial	Héritage	Autorité parentale (AP)	Adoption	Procréation médicalement assistée (PMA)	Séparation	Autres dispositions
<b>PARTENARIATS DE TYPE INSTITUTIONNEL</b>								
<b>Allemagne : partenariat de vie enregistré, pour les personnes du même sexe uniquement (loi du 16 février 2001)</b> (mariage entre personnes du même sexe pas autorisé)								
Possibilité de choisir un nom commun	droits fiscaux différents et droits sociaux incomplets (ayant-droit pour assurance maladie et chômage)	sauf convention contraire, comparable à celui des époux (régime mixte de communauté différée)	comme les époux (héritier réservataire et même part)	quand un partenaire l'exerce seul, l'autre est associé aux décisions relatives à la vie quotidienne de l'enfant	pas droit à l'adoption conjointe (réservée aux personnes mariées), ni à celle de l'enfant du partenaire Possibilité d'adopter seul après 25 ans	pas permise	décision judiciaire après un délai de réflexion (qui est plus long en cas de demande unilatérale de séparation)	– obligation d'entretien et d'assistance – un partenaire entre dans la famille de l'autre
<b>Danemark : partenariat enregistré pour les personnes du même sexe (loi du 1<sup>er</sup> juin 1989, modifiée en 1999)</b> (mariage entre personnes du même sexe pas autorisé) <b>(même modèle en Norvège depuis 1993, Islande depuis 1996, Finlande depuis 2001)</b>								
Possibilité de choisir un nom commun	mêmes droits sociaux et fiscaux que les époux	communauté de biens	comme les époux	partage de l'AP explicitement interdit (et pas possible d'obtenir l'AP après le décès du parent)	pas droit à l'adoption conjointe, mais, depuis 1999, droit d'adopter l'enfant de l'autre, même s'il a été adopté (s'il est d'origine danoise)	pas permise	séparation administrative par consentement mutuel	– devoir d'entraide matérielle – certains prêtres acceptent de bénir ces unions, après la cérémonie civile



Nom	Droits sociaux et fiscaux	Régime patrimonial	Héritage	Autorité parentale (AP)	Adoption	Procréation médicalement assistée (PMA)	Séparation	Autres dispositions
<b>Suède : partenariat enregistré pour les personnes du même sexe (loi du 23 juin 1994, modifiée depuis le 1<sup>er</sup> février 2003)</b> (réflexion en cours sur le « mariage sexuellement neutre »)								
Comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	exercice commun de l'AP peut être demandé au juge depuis 2003	droit à l'adoption conjointe et droit d'adopter l'enfant de l'autre depuis 2003	pas permise	rupture judiciaire, qui produit les mêmes effets qu'un divorce	Il existe aussi une loi de 2003 régissant l'union libre, quelle que soit l'orientation sexuelle
<b>Pays-Bas : partenariat enregistré pour les personnes de sexe opposé ou de même sexe (loi du 5 juillet 1997)</b>								
Droit d'usage du nom de l'autre	ayant-droit pour assurance maladie et chômage ; droit à la pension de réversion	sauf convention notariée, communauté universelle, comme entre époux	comme les époux	exercice conjoint de l'AP quand un partenaire a adopté l'enfant de l'autre, exercice de l'« autorité commune » par deux hommes dont l'un a reconnu l'enfant, si sa mère l'a abandonné	possibilité d'adoption conjointe d'un enfant néerlandais ou résidant aux Pays-Bas	autorisée ; si deux femmes, l'une peut adopter l'enfant que l'autre a eu grâce à un don de sperme ; depuis 2002, exercice conjoint de l'AP quand naissance pendant le mariage d'un enfant qui n'a légalement qu'un parent	pas de décision judiciaire lorsque les partenaires sont d'accord	– obligation de fidélité – le partenariat crée des liens d'alliance entre les familles ; – même protection du logement commun que pour les époux

Nom	Droits sociaux et fiscaux	Régime patrimonial	Héritage	Autorité parentale (AP)	Adoption	Procréation médicalement assistée (PMA)	Séparation	Autres dispositions
<b>Suisse : partenariat enregistré pour les personnes de même sexe (loi fédérale du 18 juin 2005, approuvé à 58 % par le référendum populaire du 5 juin 2005)</b> (mariage entre personnes du même sexe pas autorisé)								
Droit d'usage du nom de l'autre, ou d'un double nom	mêmes droits sociaux et fiscaux que les époux	sauf convention notariée, régime de séparation de biens (comme les époux)	comme les époux (héritier réservataire, même part)	devoir d'assistance pour l'entretien des enfants de l'autre et dans l'exercice de l'AP (comme pour les époux)	pas droit à l'adoption conjointe, ni à celle de l'enfant de l'autre	pas permise	décision judiciaire ; possibilité d'obtenir une pension alimentaire (mais conditions plus restrictives que pour un divorce) et d'attribution du logement	– assistance et respect mutuels – possibilité d'obtenir un permis de séjour, naturalisation après 3 ans de partenariat et 5 ans de résidence
<b>Royaume-Uni : partenariat civil pour les personnes de même sexe (loi de novembre 2004, entrée en vigueur en décembre 2005)</b> (mariage entre personnes du même sexe pas autorisé, mais ce partenariat civil ouvre quasiment les mêmes droits que le mariage)								
Possibilité de porter le même nom	mêmes droits sociaux et fiscaux que les époux	même régime que les époux	le survivant est héritier	comme pour les époux, obtention automatique de l'AP des enfants de l'autre	adoption conjointe et de l'enfant de l'autre	autorisée à une femme vivant seule ou avec une autre femme	mêmes conditions de dissolution que pour le mariage	– assistance mutuelle – le partenaire est reconnu comme « le parent le plus proche »

Nom	Droits sociaux et fiscaux	Régime patrimonial	Héritage	Autorité parentale (AP)	Adoption	Procréation médicalement assistée (PMA)	Séparation	Autres dispositions
<b>PARTENARIATS DE TYPE CONTRACTUEL</b>								
<b>France : pacte civil de solidarité, pour personnes du même sexe ou de sexe opposé (loi du 15 novembre 1999) (mariage entre personnes du même sexe pas autorisé)</b>								
Rien n'est prévu	ayant-droit pour assurance maladie et chômage ; imposition commune (suppression du délai de 2 ans par la LFI 2005)	présomption d'indivision par moitié des biens acquis pendant le PACS (dérogations possibles mais différentes selon que les biens sont meubles meublants ou pas)	le survivant n'est héritier que s'il y a un testament qui le prévoit ; fiscalité alors allégée, mais bien plus élevée qu'entre époux (abattements mais taux élevés)	aucun effet sur l'autorité parentale	pas d'adoption conjointe (possible pour un célibataire de plus de 28 ans)	pas permise (sauf pour concubins hétérosexuels, pacsés ou pas, avec plus de 2 ans de vie commune)	pas de formalisme, intervention du juge (TI ou TGI selon les montants demandés) si problème dans la liquidation des biens	– aide mutuelle et matérielle – obligation de cohabitation, mais pas de fidélité – sans effet sur l'acquisition de la nationalité
<b>Belgique : cohabitation légale, pour les personnes du même sexe ou de sexe opposé (loi du 25 novembre 1998, modification de la loi du 24 avril 2003 pour permettre l'adoption conjointe par des couples de même sexe adoptée le 2 décembre 2005 par la Chambre des députés)</b>								
Rien n'est prévu	droits inférieurs à ceux accordés aux époux	biens indivis par moitié, sauf si un cohabitant prouve sa propriété exclusive	il faut un testament, mais les biens indivis sont considérés comme dévolus à titre de libéralité (sauf preuve contraire)	aucun effet sur l'autorité parentale	Possibilité d'adoption conjointe après 3 ans de vie commune (loi du 24 avril 2003) et d'adopter l'enfant de l'autre	autorisée à une femme vivant seule ou avec une autre femme	déclaration de cessation remise à l'officier de l'état civil ; consentement mutuel ou volonté unilatérale	– sans effet sur l'acquisition de la nationalité – même protection du logement et des meubles que pour le mariage
<b>Espagne : il existe des partenariats enregistrés dans onze provinces autonomes sur dix-sept</b>								

Nom	Droits sociaux et fiscaux	Régime patrimonial	Héritage	Autorité parentale (AP)	Adoption	Procréation médicalement assistée (PMA)	Séparation	Autres dispositions
<b>Luxembourg : partenariat, pour personnes du même sexe ou de sexe opposé (loi du 9 juillet 2004) (mariage entre personnes du même sexe pas autorisé)</b>								
Rien n'est prévu	ayant droit en matière de sécurité sociale ; possibilité d'abattement sur revenu de celui qui aide l'autre de manière exceptionnelle	présomption simple d'indivision sur les biens mobiliers et immobiliers	il faut un testament, mais fiscalité allégée si partenariat depuis plus de 3 ans	rien n'est prévu	pas d'adoption conjointe	pas de disposition particulière (pas de loi dans ce domaine)	possibilité d'obtenir des aliments après cessation du partenariat si personne dans le besoin	– sans effet sur acquisition de la nationalité et le droit de séjour – pas d'obligation de fidélité
<b>MARIAGE ENTRE DEUX PERSONNES DE MEME SEXE</b>								
<b>Pays-Bas (loi du 21 décembre 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2001)</b>								
Comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	mêmes règles que pour le partenariat	mêmes règles que pour le partenariat	autorisée, mêmes règles que pour le partenariat	le divorce exige une décision judiciaire	Quand ils unissent deux personnes de même sexe, mariage et partenariat produisent les mêmes effets
<b>Belgique (loi du 13 février 2003, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2003, modification de la loi du 24 avril 2003 pour permettre l'adoption conjointe par des couples de même sexe adoptée le 2 décembre 2005 par la Chambre des députés)</b>								
Comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	conjoint devient parent de l'enfant de l'autre s'il l'adopte	adoption conjointe ; possibilité d'adopter l'enfant de l'autre si 15 ans de différence (10 ans pour hétérosexuels)	autorisée à une femme vivant seule ou avec une autre femme	comme pour le mariage hétérosexuel	

Nom	Droits sociaux et fiscaux	Régime patrimonial	Héritage	Autorité parentale (AP)	Adoption	Procréation médicalement assistée (PMA)	Séparation	Autres dispositions
<b>Espagne (loi du 30 juin 2005)</b>								
Comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel	comme pour le mariage hétérosexuel, sauf pour l'adoption internationale	autorisée	comme pour le mariage hétérosexuel	Le deuxième membre du couple bénéficie d'une « présomption de parentalité » sur les enfants nés pendant le mariage

(1) *Le partenariat présenté est celui du Danemark, les autres étant très voisins.*



**ANNEXE N° 5**

**DÉPLACEMENTS DE LA MISSION**

## DEPLACEMENTS DE LA MISSION

### Madrid – mercredi 20 et jeudi 21 avril 2005

#### composition de la délégation

- M. Patrick Bloche, Président (SOC)
- Mme Valérie Pécresse, Rapporteuse (UMP)
- M. Pierre-Christophe Baguet (UDF)

#### mercredi 20 avril 2005

- entretien au Parquet des mineurs de Madrid avec Mme Milagros Martinez Pardo et M. Alfredo Ramos Sanchez, magistrats
- entretien au secrétariat d'État aux services sociaux, aux familles et aux personnes handicapées avec :
  - Mme María Amparo Valcarce Garcia, secrétaire d'État
  - Mme Susana Viñuela, conseillère au cabinet de la secrétaire d'État
  - Mme Amparo Marzal, directrice générale des familles et de l'enfance
  - M. Alfonso Marina, sous-directeur général de l'enfance
  - M. Felix Barajas, sous-directeur général des familles
- entretien avec M. Pedro Nuñez Morgades, défenseur des enfants de la Communauté de Madrid
- entretien avec M. Claude-Marie Blanchemaison, ambassadeur de France en Espagne

#### jeudi 21 avril 2005

- entretien avec des représentants d'associations :
  - Mme Ana García Gonzalo, directrice de la Croix rouge jeunesse
  - Mme Ana Santa Mata, responsable des projets à la Croix rouge jeunesse
  - Mme Carmen Toledano, présidente de l'Union des associations familiales
  - M. Manuel Oliete, président de l'Association pour la garde alternée
  - Mme Marisa Sacristán, présidente de l'Association pour la protection des enfants dans les processus de séparation de leurs progéniteurs
- entretien à l'Assemblée des députés avec Mme Carmen Maron, présidente de la Commission du travail et des affaires sociales et plusieurs membres de cette commission



- entretien avec M. Arnaldo Gancedo, président de l'Association de lesbiennes, homosexuels, transsexuels et bisexuels de Madrid et M. Miguel Angel Gonzalez, membre de son Comité directeur

### **Londres – jeudi 9 juin 2005**

#### composition de la délégation

- M. Patrick Bloche, Président (SOC)
  - Mme Valérie Pécresse, Rapporteuse (UMP)
  - Mme Patricia Adam (SOC)
  - M. Sébastien Huyghe (UMP)
  - Mme Hélène Mignon (SOC)
- 
- entretien avec M. Gérard Errera, ambassadeur de France au Royaume-Uni
  - entretien avec M. Rob Marris, M. Andrew Dismore et M. David Hamilton, députés travaillistes membres du « *Work and pension committee* »
  - entretien avec Mme Beverley Hughes, ministre déléguée chargée des enfants et des familles
  - entretien avec Mme Margaret Hodge, ministre déléguée au travail
  - entretien avec Mme Julia Sweeney, fonctionnaire à la *Head of Family Poverty and Work Division* (ministère du travail)
  - entretien avec Mme Elaine Squires, fonctionnaire à la *Head of analysis* (ministère du travail)

### **Belgique et Pays-Bas – mardi 5 et jeudi 6 juillet 2005**

#### composition de la délégation

- M. Patrick Bloche, Président (SOC)
- Mme Valérie Pécresse, Rapporteuse (UMP)
- Mme Patricia Adam (SOC)
- M. Pierre Christophe Baguet (UDF)
- M. Patrick Delnatte (UMP)

mardi 5 juillet 2005

I.– Bruxelles :

– entretiens avec les deux Commissions de la justice :

Sénat :

- M. Hugo Vandenberghe, président de la Commission de la justice, (CD&V, social-chrétien flamand)
- Mme Nathalie de T'Serclaes, première vice-présidente (MR, libéral francophone)
- Mme Jacinta de Roeck (SPA, socialiste flamand)
- Mme Clotilde Nyssens (CdH, social-démocrate francophone)
- Mme Christine Defraigne, membre du groupe de travail « Bioéthique » du Sénat (MR)
- Mme Fauzaya Talhaoui (SPA)
- Mme Marie-José Laloy (PS francophone)

Chambre des Représentants :

- M. Alfons Borginon, président de la Commission de la justice (VLD, libéral flamand)
- M. Melchiot Wathelet, membre de la sous-commission « Droit de la famille » (CdH)
- Mme Karine Lalieux, membre suppléante (PS)
- Mme Valérie Deom, membre de la sous-commission « Droit de la famille » (PS)
- M. André Perpete (PS)
- M. Jean-Pierre Malmendier (MR)
- M. Bart Laeremans (Vlaams belang, extrême droite flamande)
- M. Guy Swennen, président de la sous-commission « Droit de la famille » (SPA)
- M. Servais Verherstraeten, membre suppléant (CD&V)

– entretiens au cabinet du Service Public Fédéral Justice (SPFJ) avec les services du ministère de la justice :

- M. Michel Pasteel, conseiller « famille » au cabinet de la ministre
- M. Alain Bourlet, président du comité de direction du secrétariat général du SPFJ
- Mme Roseline Demoustier, co-directeur général de la législation, des libertés et des droits fondamentaux au SPFJ
- Mme Godelieve Decoster, conseiller droit de la famille à cette direction générale

– déjeuner au cabinet du SPF Justice, en compagnie de Mme Joëlle Bourgois, ambassadeur de France en Belgique, à l'invitation et en présence de Mme Laurette Onkelinx, ministre de la justice

– entretien avec Mme Hélène Casman, professeur aux universités de Bruxelles et Mme Hilde Jacobs, chef du département juridique de la Fédération royale des notaires, accompagnée de Mme Charlotte Aughet et de Mme Hilde Pelgroms, conseillères juridiques

- entretien avec Mme Micheline Roelandt, psychiatre, membre du Comité consultatif de bioéthique, et le docteur Michel Camus du Centre de la médecine de la reproduction, clinique de la fertilité
- entretien avec M. Philippe Andrienne, secrétaire général de la Ligue des familles, accompagné de Mme Emily Hoyos, directrice du service des études, avec Mme Ghislaine Julemont, professeur de sociologie, administratrice du centre d’action laïque et M. Kerim Maamer, président du Centre des droits parentaux

## II.– La Haye :

- entretien avec :
  - Mme de Pater-van der Meer, députée chrétienne démocrate
  - M. Wabeke, ancien procureur du Brabant, conciliateur national pour les assurances
  - Mme Thomassen, magistrate, conseillère à la Cour suprême
  - M. Waaldijk, professeur de droit à l’université de Leyde
  - Mme de Pauw Gerlings-Dohrn, présidente du tribunal pour enfants de Rotterdam
  - Mme R.G. de Lange, présidente de la section droit de la famille et de la jeunesse au tribunal de La Haye
  - M. Jean-Michel Gaussoit, ambassadeur de France aux Pays-Bas

### mercredi 6 juillet 2005

- entretiens sous la conduite de M. Spaak Jansen, conseiller de législation sur le droit privé au ministère de la justice, avec :
  - Mme Lenters, juriste au bureau central sur l’adoption internationale
  - Mme Janse, juriste à la direction de la législation civile
- entretien avec Mme Anne-Marie Thus, M. Hans Warmedam, M. René van Soeren et Mme Alice van Rooÿ, représentants de l’association COC Nederland, association de défense des droits des personnes homosexuelles

### **Canada – 11 au 16 septembre 2005**

#### Composition de la délégation

- M. Patrick Bloche, Président (SOC)
- Mme Henriette Martinez, Vice-Présidente (UMP)
- Mme Patricia Adam, Secrétaire (SOC)
- Mme Annick Lepetit (SOC)
- Mme Nadine Morano (UMP)

lundi 12 septembre 2005

I.— Ottawa :

- entretien sur le rôle du gouvernement fédéral en droit de la famille, avec Mme Lise Lafrenière-Henrie, avocate-conseil, et Mme Lisa Hitch, avocate-conseil à la section de la famille, des enfants et des adolescents du ministère de la justice du Canada
- rencontre avec M. Michel Bouchard, sous-ministre délégué au ministère de la justice du Canada
- entretien sur le mariage de couples de même sexe, l'adoption et la procréation médicalement assistée en Ontario, avec Mme Juliette Nicolet, avocate au ministère du procureur général de l'Ontario

mardi 13 septembre 2005

- présentation de la loi sur la protection de la jeunesse en Ontario, par M. Pierre Viger, directeur des normes professionnelles de la société de l'aide à l'enfance d'Ottawa
- présentation du rôle de l'Avocat des enfants en Ontario, par Mme Clare Burns, avocate des enfants de l'Ontario

mercredi 14 septembre

II.— Québec :

- entretien sur le mariage ou l'union civile de conjoints de même sexe, sur les familles recomposées et les droits des enfants au Québec, avec une délégation de l'Assemblée nationale du Québec composée de :
  - Mme Diane Leblanc, vice-présidente de l'Assemblée nationale
  - M. Sylvain Simard, président de la Commission des institutions
  - M. Pierre Descôteaux, vice-président de la Commission des institutions
  - Mme Michèle Lamquin-Éthier, député de Crémazie et leader parlementaire adjointe du gouvernement du Québec
- entretien sur l'union civile, le mariage de couple de même sexe, l'autorité parentale, la filiation et l'adoption au Québec, au ministère de la justice du Québec, avec :
  - Mme Marie-José Longtin, avocate, directrice générale associée aux affaires législatives,
  - Mme Monique Ducharme, avocate à la direction des affaires législatives
  - Mme Mireille Castelli, professeur à la faculté de droit de l'université Laval
  - Mme Debusse Gervais, avocate à la direction de la recherche et de la législation ministérielle

jeudi 15 septembre 2005

- entretien sur les enjeux d’une réforme de la loi québécoise sur la protection de la jeunesse du Québec, au ministère de la justice du Québec, avec :
  - M. Jean Turmel, substitut en chef, chef du bureau des droits de la jeunesse et des victimes au ministère de la justice du Québec,
  - M. Jacques Dumais, président du comité d’experts sur la révision de la loi sur la protection de la jeunesse au ministère de la santé et des services sociaux du Québec

III.– Montréal :

- rencontre avec le consul général adjoint de France à Montréal

vendredi 16 septembre 2005

- entretien avec M. Yvon Marcoux, ministre de la justice et procureur général du Québec
- entretien avec l’honorable Ruth Veillet, juge coordinatrice adjointe de la chambre de la jeunesse, et visite du tribunal de la jeunesse de Montréal
- rencontre avec M. Marc-André Dowd, président de la commission québécoise des droits de la personne et des droits de la jeunesse et avec Mme Céline Giroux, vice-présidente

-----