



HAL
open science

La reconnaissance juridique des différentes manières de “ faire famille ”. État des lieux de la législation récente

Christine Desnoyer

► **To cite this version:**

Christine Desnoyer. La reconnaissance juridique des différentes manières de “ faire famille ”. État des lieux de la législation récente. Les cahiers dynamiques, 2018, 73 (1), pp.24-36. 10.3917/lcd.073.0024 . hal-03361307

HAL Id: hal-03361307

<https://hal.univ-lille.fr/hal-03361307>

Submitted on 1 Oct 2021

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

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

La reconnaissance juridique des différentes manières de « faire famille » : état des lieux de la législation récente

Christine Desnoyer, MCF-HDR à l'Université de Lille, CRDP-L'eradp

Le constat est établi de longue date : si hier c'était le mariage qui faisait la famille, aujourd'hui c'est l'enfant. Pour les sociologues, c'est même la « parentalité » qui fait la famille : familles biparentale, monoparentale, homoparentale, pluriparentale, recomposée etc. – autant de manières différentes de « faire famille ». Cette notion de parentalité, issu de la psychanalyse et récupéré par la sociologie dans les années 1970, désigne la prise en charge de l'enfant assumé *de fait* par un adulte (au sein éventuellement de sa propre famille), qu'il soit parent ou non de l'enfant (père, mère, grands-parents, oncles/tantes, beaux-parents, tiers ayant recueilli l'enfant, famille d'accueil etc.)¹. Cette notion est à distinguer de la parenté, qui est le lien *de droit* qui découle de l'établissement de la filiation entre l'enfant et ses père et mère (biologiques ou adoptifs), et de l'autorité parentale, qui est un pouvoir *de droit*, conséquence de l'établissement du lien de filiation : seuls les père et mère légaux sont donc titulaires de l'autorité parentale².

La parentalité est donc un fait, dont certains obtiennent de plein droit la reconnaissance juridique (les père et mère) (I), alors que d'autres ne l'obtiennent que plus ou moins franchement, plus ou moins directement (II). Quel est l'apport des lois récentes ? Quelles sont les occasions manquées ?

I – La reconnaissance juridique de la parentalité des père et mère

Si l'on songe au Code Napoléon qui réservait, dans la famille légitime, l'exercice de l'autorité des parents sur l'enfant (la puissance paternelle) au seul père³, on mesure le chemin parcouru. Aujourd'hui, le principe est celui de l'exercice conjoint de l'autorité parentale (ce que les juristes appellent la « coparentalité ») (A), ce qui valorise un type de famille au détriment d'autres, comme la famille monoparentale⁴ (B).

A – L'empire du principe de coparentalité

Dans la famille bilinéaire (établissement du lien de filiation à l'égard des deux parents), la consécration juridique de la parentalité est de droit : les père et mère ont le droit, et même le devoir, d'élever leur enfant dès lors que la filiation est établie à leur égard. Le droit met à leur disposition l'autorité parentale dont ils jouissent automatiquement, dès la filiation établie, et dont ils ont par principe l'exercice, un exercice dit « conjoint », quelle que soit la situation familiale vécue (mariage ou concubinage, vie commune ou séparation : art. 372 al. 1^{er} et 373-2-1 C. civ.) : le principe de « coparentalité », dont la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (loi de 2002) a parachevé la consécration, est ainsi devenu l'un des nouveaux paradigmes du droit de la famille⁵.

Depuis l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (loi de 2013), le principe de coparentalité peut également s'appliquer, par voie de conséquence, dans un contexte d'homoparentalité, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ouvrant la voie à l'adoption, et notamment aux règles spéciales relatives à l'adoption du

¹ F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », *Mélanges en l'honneur de J. Hauser*, Lexis-Nexis, 2012, p. 41 s. ; D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », *Arch. phil. droit* 2014, n° 57, p. 95 s.

² Qu'ils ne peuvent perdre qu'en cas retrait de l'autorité parentale (art. 378 s. C. civ.) ou de déclaration judiciaire de délaissement parental (ex-déclaration judiciaire d'abandon ; art. 381-1 et -2 C. civ.).

³ Anc. art. 372 et 373.

⁴ Egalement la famille recomposée, mais il est question-là de la parentalité d'un tiers, le beau-parent : V. II, A.

⁵ Fenouillet, art. préc.

conjoint. Ces règles présentent l'avantage, par rapport à l'adoption classique, de laisser au conjoint parent de l'enfant la titularité de l'autorité parentale et de permettre un exercice conjoint de celle-ci entre l'adoptant et son conjoint ⁶ – à cette réserve près qu'en cas d'adoption simple, l'exercice de l'autorité parentale ne sera conjoint que si les époux accomplissent une démarche commune ⁷. La méthode utilisée par le législateur de 2013 revient néanmoins à traiter le conjoint de même sexe qui a conçu le projet d'enfant avec le parent biologique de celui-ci, comme le beau-parent d'une famille recomposée, ce qui ne correspond pas à sa situation puisqu'il y a création *ab initio* d'une famille. Cet état du droit, qui impose une saisine du juge pour voir reconnaître sa « parenté sociale »⁸, alimentera forcément les revendications homoparentales de demain, au nom d'un principe d'égalité mal compris pour certains.

Dans la famille unilinéaire (l'enfant n'est relié, au plan de la filiation, qu'à un seul de ses deux parents biologiques), le schéma est le même : la consécration juridique de la parentalité du père ou de la mère est de droit, l'exercice de l'autorité parentale étant nécessairement unilatéral ⁹. La famille unilinéaire correspond bien souvent, en pratique, à une famille monoparentale (l'enfant est élevé par son unique parent légal, la mère la plupart du temps). Toutefois, la famille monoparentale se rencontre également en cas d'établissement du double lien de filiation : l'enfant n'est élevé que par un seul de ses parents légaux (séparation des parents ou couple d'un soir, voire intermittent). Réapparaît alors le principe de coparentalité...

B – La famille monoparentale ou les inconstances du législateur

Dans le nouveau paradigme que le principe de coparentalité représente en droit contemporain de la famille, la famille monoparentale fait tache : elle se retrouve « marginalisée » ¹⁰ comme ne correspondant pas à un modèle de famille socialement valorisable : l'enfant doit être élevé par ses deux parents légaux ; l'exercice de l'autorité parentale doit donc être conjoint quelle que soit la situation vécue, sauf motifs graves (art. 373-2-1 C. civ.) ¹¹.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Dans les années 1960-70, le législateur a adopté plusieurs règles manifestant une certaine reconnaissance de la famille monoparentale en tant que famille à part entière ¹², comme par exemple la possibilité offerte aux personnes célibataires d'adopter seules un enfant (réforme de 1966 ¹³) – sans compter le droit social qui depuis longtemps prête attention à ce type de famille, qu'il appréhende à travers la notion de parent isolé. Le vent commence à tourner à partir des années 1980 : les mères naturelles peuvent se voir imposer un exercice conjoint de l'autorité parentale par le juge saisi par le père qui a reconnu l'enfant ou auquel la paternité a été imposée judiciairement (anc. 374 al. 3 issu de la loi « Malhuret » de 1987 ¹⁴, devenu art. 372 al. 3) ; mieux : si

⁶ Par comparaison, dans l'adoption classique, il y a soit rupture du lien de filiation d'origine, donc perte de l'autorité parentale pour le parent d'origine (adoption plénière), soit superposition de la filiation d'origine et de la filiation adoptive avec transfert de la titularité de l'autorité parentale à l'adoptant (adoption simple) – donc, dans tous les cas, disparition de l'autorité parentale sur la tête du parent d'origine.

⁷ Une déclaration conjointe adressée au directeur des services de greffe du TGI : art. 365 al. 1^{er} C. civ.

⁸ Sur la question, V. F. Berdeaux-Gacogne, « La discrète reconnaissance du "parent social" », *AJ Famille* 2013, p. 346.

⁹ Il ne s'agit cependant pas tout à fait du même « exercice unilatéral » qui s'exerce dans une famille bilinéaire : dans cette hypothèse, l'autre parent titulaire de l'autorité parentale (sans l'exercice) « conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant » ; il a le droit « d'être informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant » (art. 373-2-1 al. 4 C. civ.).

¹⁰ F. Dekeuwer-Défossez, « A propos du pluralisme des couples et des familles », *Petites Affiches*, 28 avr. 1999, n° 84, p. 29.

¹¹ Par ex., l'incarcération de l'un des parents n'est pas, en soi, un motif justifiant le prononcé d'un exercice unilatéral

¹² F. Dekeuwer-Défossez, art. préc.

¹³ Loi n° 66-500 du 11 juill. 1966 portant réforme de l'adoption.

¹⁴ Loi n° 87-570 du 22 juill. 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale.

le second lien de filiation est établi dans l'année de naissance de l'enfant (en pratique, par le père), alors l'exercice sera automatiquement conjoint, et ce même si les parents ne vivent pas ensemble (art. 372 al. 2¹⁵). Il s'agit là de quelques-unes des premières manifestations du principe de coparentalité, avant sa consécration officielle en 2002 : le « mythe du couple parental indissoluble »¹⁶ est né (il survit à la séparation conjugale), et il existe même si le couple conjugal n'a jamais été une réalité (la rencontre d'un soir...). Révélateur de cette nouvelle idéologie, la première loi bioéthique de 1994¹⁷ refuse aux femmes célibataires l'accès aux procréations médicalement assistées (PMA), refusant de cautionner la naissance d'une famille monoparentale *ab initio* (mais quelle cohérence avec le droit de l'adoption ?).

Toutefois, on peut se demander si l'empire du principe de coparentalité ne commencerait pas à s'effriter. C'est, d'une part, ce que l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille laisse penser en ce qu'elle supprime l'administration légale sous contrôle judiciaire jusque-là applicable aux seuls parents exerçant unilatéralement l'autorité parentale, *i.e* aux seules familles monoparentales. Parmi les raisons avancées¹⁸, outre le peu d'efficacité et le caractère contraignant de ce contrôle judiciaire, le législateur a mis en avant sa volonté de mettre fin à la stigmatisation des familles monoparentales. Ainsi, le parent qui exerce seul l'autorité parentale a les mêmes droits que les parents qui exercent conjointement l'autorité parentale, qu'il s'agisse du gouvernement de la personne de l'enfant ou, désormais, de la gestion de son patrimoine. Bien sûr, la réforme s'explique aussi par des considérations d'ordre économique : elle s'inscrit dans un mouvement de déjudiciarisation du droit de la famille, dont l'avènement du divorce sans juge en 2016¹⁹ est une autre illustration²⁰. D'autre part, il faut mentionner le rapport du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) n° 126 du 15 juin 2017 favorable à l'ouverture des PMA aux femmes célibataires, annonciateur d'une future réforme, même s'il s'agit surtout de répondre aux revendications d'homoparentalité des couples de femmes.

II – La reconnaissance juridique de la parentalité des tiers

Qu'en est-il de ceux que l'on appelle pudiquement les « tiers » ? (personnes autres que les pères et mères légaux, qu'ils appartiennent à la famille de l'enfant ou pas) Il faut distinguer le cas des tiers qui prennent en charge l'enfant à l'occasion de leur vie commune avec l'un des parents (les beaux-parents) (A), des tiers qui sont seuls à assumer cette prise en charge, à l'exclusion des père et mère (B).

A – La parentalité du beau-parent : la prime actuelle au « parent social »

L'avènement du principe de coparentalité, dont on a vu l'incidence sur la reconnaissance juridique des familles monoparentales, a également pour effet de « marginaliser » les familles recomposées²¹, en ce qu'il rend difficile, techniquement, la reconnaissance d'un statut du beau-parent avec lequel l'enfant vit. Comme pour contrebalancer l'empire du principe de coparentalité qu'elle consacre pleinement, la loi de 2002 s'est également préoccupée de la question du beau-parent : le législateur a institué la délégation-partage, mécanisme plus souple et moins brutal que celui de

¹⁵ Texte issu de la loi de 2002 qui a supprimé la condition de communauté de vie entre les parents exigée par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'autorité parentale ayant institué ce mécanisme.

¹⁶ F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249.

¹⁷ Loi 94-654 du 29 juill. 1994 relative à l'assistance médicale à la procréation.

¹⁸ Projet de loi Sénat, n° 175, exposé des motifs, p. 5.

¹⁹ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

²⁰ Mouvement que l'on peut mettre en parallèle avec la déjudiciarisation de la protection de l'enfance opérée par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 (subsidiarité de l'intervention judiciaire par rapport à celle de l'administration).

²¹ F. Dekeuwer-Défossez, « A propos du pluralisme des couples et des familles », *préc.*

l'adoption de l'enfant du conjoint (envisagé *supra*), alors seul outil permettant au beau-parent de se faire une place juridique au sein de la famille recomposée.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de 2002, en effet, le beau-parent souhaitant voir sa « parentalité » juridiquement consacrée, n'avait guère d'autre choix que de recourir au droit de l'adoption. Solution brutale, d'une part, en ce que le jugement d'adoption crée un nouveau lien de filiation qui éclipse (adoption plénière) ou se superpose (adoption simple) à la filiation d'origine de l'enfant. Solution rigide, d'autre part, car subordonnée au mariage de l'adoptant avec le parent de l'enfant, ainsi qu'à l'accord de l'autre parent légal titulaire de l'autorité parentale – autrement dit, peu importe qu'il n'ait pas l'exercice de l'autorité parentale ²² (art. 345-1 C. civ.). Toutefois, contrairement à l'adoption classique, il y a maintien de la filiation d'origine de l'enfant à l'égard de ce conjoint, et donc de son autorité parentale, ce qui fait tout l'intérêt du mécanisme pour les familles recomposées (art. 356 al. 2nd C. civ.).

En comparaison, la délégation-partage de l'article 377-1 alinéa 2nd du Code civil ²³ paraît plus souple. En principe, la délégation de l'autorité parentale a pour effet de transférer l'exercice de l'autorité parentale au délégataire, le parent délégant en étant dès lors privé. La délégation-partage corrige cet effet exclusif en autorisant un partage de l'exercice entre le parent délégant et le délégataire, lesquels n'ont d'ailleurs pas à être mariés pour bénéficier de la mesure. Mais, le principe de coparentalité ayant généralisé l'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'autre parent de l'enfant aura la plupart du temps son mot à dire, en tant qu'il a l'exercice l'autorité parentale (la seule titularité de l'autorité parentale ne suffit pas cette fois-ci). Néanmoins, en pratique, on observe que ce mécanisme est surtout utilisé dans le cadre de familles homoparentales (pour faire une place juridique au parent social), quoiqu'un peu moins souvent depuis l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples homosexuels en 2013. Les familles recomposées « hétéroparentales » n'y trouvent vraisemblablement pas leur compte : la survivance du couple parental, par-delà la séparation du couple conjugal, est l'obstacle majeur.

Les tentatives pour légiférer sur la question du statut du beau-parent se succèdent depuis les années 1990, et spécialement ces dernières années, mais en vain ²⁴. Tant pis pour le « mandat d'éducation quotidienne » donné, avec l'accord du parent non gardien, au beau-parent de l'enfant, que nous promettait la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant ²⁵ adoptée sans suite par l'Assemblée Nationale ²⁶... Reste néanmoins les timides avancées de la loi de 2013. Cette loi a en effet modifié l'article 371-4 du Code civil dans le but de favoriser, après dislocation de la famille recomposée, le maintien des relations entre l'enfant et son beau-parent. Ainsi, le JAF « fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation et à son entretien ou son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables ». L'intérêt de l'enfant sera déterminant dans la décision du juge, mais notons qu'il s'agit quand même là de la première reconnaissance légale du lien personnel du beau-parent avec l'enfant. Certes, le texte antérieur permettait déjà au juge d'accorder au beau-parent séparé les mêmes droits, mais désormais le beau-parent n'est plus un « tiers » comme les autres dans la vie de l'enfant. On est encore loin d'un statut du beau-parent, mais la loi de 2013 ne s'est pas contentée de cette modification : elle n'hésite pas à concevoir ce lien personnel entre l'enfant et le beau-parent avec lequel il ne vit plus comme un lien quasi-exclusif. En effet, l'article 353-2 du Code civil prévoit que le beau-parent dont le lien a été

²² Le droit de consentir à l'adoption de son enfant est attachée à la titularité de l'autorité parentale. Ce droit est perdu en cas de retrait de l'autorité parentale et de déclaration judiciaire de délaissement parental.

²³ « Le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire ».

²⁴ Notamment : échec de l'avant-projet de loi déposée par Nadine Morano en 2008 ; interruption des travaux remis par quatre groupes de travail à l'initiative de la ministre déléguée à la famille, Dominique Bertinotti, sous le gouvernement Ayrault, dans le cadre de la future « loi famille », annoncée après l'adoption du « mariage pour tous ».

²⁵ TA AN n°1856, 2013-2014.

²⁶ Texte n° 371.

reconnu sur le fondement de l'article 371-4 peut s'opposer à l'adoption de l'enfant par le nouveau beau-parent de l'enfant, au cas où ses relations personnelles avec ce dernier auraient été dissimulées au juge saisi de la demande d'adoption²⁷. Le législateur sous-entend que le juge aurait pu ne pas prononcer l'adoption en considération de l'existence de ce lien. Ce n'est pas impossible, mais le droit de visite ou d'hébergement accordé au beau-parent est de toute façon opposable au beau-parent adoptant²⁸. A vrai dire, ces nouvelles dispositions issues de la loi de 2013 ne concernent pas tant le beau-parent qui a élevé un temps l'enfant d'un autre, que le parent social ou parent d'intention qui a conçu, avec le parent légal, le projet d'enfant, réalisé par la voie, par exemple, d'une PMA (contexte homoparental)²⁹.

B – La parentalité des autres tiers

Les concernant, il n'existe pas vraiment de terminologie consacrée pour les désigner, ce qui est en soi porteur de sens : famille d'accueil, famille nourricière, tiers à qui l'enfant a été confié, tiers digne de confiance etc. On ne sera pas étonné d'apprendre que le droit éprouve parfois des difficultés à reconnaître juridiquement leur parentalité, que les parents soient à l'origine de cette prise en charge (1) ou pas (2).

1) La parentalité tierce acceptée par les parents : l'insuffisante promotion de l'adoption directe

Lorsque les père et mère de l'enfant sont à l'origine de cette prise en charge et consentent, dans les formes légales, à transférer leur « parentalité » au tiers qui a recueilli l'enfant, le droit offre des outils, mais dont la mise en œuvre reste toujours soumise à une décision du juge qui vérifiera, et c'est bien le moins, l'intérêt de l'enfant.

L'adoption est le premier de ces outils : on a tendance à oublier qu'en droit français l'adoption directe (ou adoption ouverte) est possible (adoptant choisi par les père et mère). En matière d'adoption plénière, l'hypothèse est cependant très marginale. Certes, il suffit d'un accueil de l'enfant au foyer de l'adoptant depuis au moins 6 mois (art. 345 al. 1^{er} C. civ.), mais force est de constater que l'adoption directe n'est pas dans la culture française³⁰ : de fait, les parents remettent l'enfant aux services de l'Aide sociale à l'enfance (ASE), ce qui équivaut à un consentement à l'adoption, puis l'enfant est admis comme pupille de l'Etat avec ouverture d'une tutelle ; le choix de l'adoptant échappe alors aux parents pour revenir au tuteur, avec l'accord du conseil de famille (art. 348-4 C. civ.). Qui plus est, il existe une règle spéciale lorsque l'enfant a moins de deux ans : le consentement à l'adoption des parents n'est valable que si l'enfant a été remis à l'ASE ou à un organisme autorisé pour l'adoption (OAA) (art. 348-5 C. civ.), ce qui entraîne l'ouverture d'une tutelle ; la loi réserve certes le cas des tiers familiaux (adoption intrafamiliale³¹), mais l'exigence d'un lien d'alliance exclut concubins et partenaires pacsés du père ou de la mère de l'enfant (l'adoption n'est pas considérée comme intrafamiliale). Quoi qu'il en soit, si le tiers candidat à l'adoption n'a pas été choisi par le tuteur, il n'a aucun recours, quand bien même il aurait pris en charge un temps l'enfant. Il ne lui reste que la voie de la tierce opposition au jugement d'adoption, mais elle n'est possible qu'en cas de dol ou de fraude des adoptants (art. 353 al. 1^{er} C. civ.). La voie est étroite, mais elle existe ; qui plus est, pour couper court à toute discussion, la loi de 2013 a pris la peine d'indiquer qu'est assimilée au dol « la

²⁷ Cette dissimulation assimilée par la loi au dol, condition d'exercice de la tierce opposition en matière de jugement d'adoption.

²⁸ Sur l'ensemble de cette question, V. D. Fenouillet, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine ? », préc., p. 105.

²⁹ F. Berdeaux-Gacogne, préc.

³⁰ *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016-2017, p. 797.

³¹ L'adoptant et l'adopté sont parents ou alliés jusqu'au sixième degré inclus.

dissimulation au juge du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers, décidé par le JAF sur le fondement de l'article 371-4 » (art. 353-2 al. 2nd C. civ.).

L'adoption directe est en pratique une adoption simple, solution moins brutale (la filiation d'origine n'est pas occultée). Elle est *a priori* plus facile à prononcer que l'adoption plénière : la condition d'accueil pendant plus de 6 mois par le candidat à l'adoption n'est pas exigée, mais on retrouve l'obligation de remettre les enfants de moins de deux ans directement à l'ASE ou à un OAA – sauf adoption intrafamiliale. Le problème est que les parents consentiraient sans doute plus facilement à l'adoption de leur enfant dans le cadre d'une adoption directe (enfant de plus de deux ou adoption intrafamiliale), s'ils avaient la possibilité de limiter leur consentement à une adoption simple, celle-ci permettant un maintien des liens entre les parents d'origine et l'enfant³² ; mais, en l'état du droit, le consentement des parents est général et c'est le juge qui choisira la forme de l'adoption (plénière ou simple), l'enjeu étant aussi que les adoptants réussissent à acquérir une véritable place de parent, avec l'intérêt de l'enfant comme arbitre. De fait, l'adoption simple est prononcée la plupart du temps dans un cadre familial, à l'égard de personnes majeures³³. La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant (loi de 2016) s'est malheureusement contentée de sécuriser l'adoption simple³⁴, sans aller plus loin.

La délégation de l'exercice de l'autorité parentale de l'article 377 alinéa 1^{er} du Code civil est le second instrument à disposition du tiers qui élève l'enfant. Selon ce texte, les parents peuvent, « lorsque les circonstances l'exigent », saisir le JAF en vue de voir déléguer l'exercice de leur autorité parentale, notamment, à un « tiers », familial ou pas, à ou un « proche digne de confiance ». Il s'agit donc d'une mesure exceptionnelle, qui plus est provisoire puisque les parents peuvent demander la restitution de leurs droits en justifiant de « circonstances nouvelles » (art. 377-2 C. civ.). Cet outil permet cependant de contourner la règle de l'interdiction des adoptions directes des enfants de moins de deux ans lorsque le tiers n'est pas un membre de la famille de l'enfant : il suffit aux parents de demander le prononcé de la délégation au profit des candidats à l'adoption qu'ils ont choisis ; après les deux ans de l'enfant, la voie de l'adoption directe de l'enfant est ouverte³⁵.

2) La parentalité tierce en cas de défaillance parentale : une réforme inachevée

Le sujet est vaste et correspond aux cas les plus complexes et les plus douloureux à résoudre : la rupture de l'enfant avec sa famille d'origine est bien souvent l'enjeu et une telle décision ne peut être prise à la légère, dans le seul intérêt des tiers qui de fait élève l'enfant, au mépris des droits fondamentaux des parents et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

S'agissant tout d'abord des familles accueillant des pupilles de l'Etat non encore placés en vue de leur adoption, la loi prévoit qu'elles jouissent alors d'une priorité légale pour l'adoption (art. L225-2 et R224-15 et -16 CASF). Cependant, d'autres personnes, qui ont accueilli même occasionnellement l'enfant, ont pu nouer avec lui des liens affectifs durables. Malheureusement, en l'état du droit, ils ne bénéficient d'aucune priorité légale, point critiqué dans le rapport Gouttenoire précité³⁶, mais que le législateur n'a pas envisagé réformer dans la loi de 2016.

S'agissant ensuite des familles ou personnes accueillant un enfant placé dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative, elles ont quant à elles retenu indirectement l'attention du législateur de 2016, dans l'hypothèse où le placement est de longue durée³⁷ ou renouvelée tous les

³² F. Dekeuwer-Défossez, « Les chemins de l'adoptabilité », *Mélanges en l'honneur de C. Neirinck*, Lexis-Nexis, 2015, pp. 487-488.

³³ Rapport Gouttenoire, *Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfant et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, 2014, p. 82.

³⁴ En interdisant aux adoptants et aux parents d'origine de demander sa révocation lorsque l'enfant est mineur : seul le ministère public peut agir (art. 370 al. 2nd C. civ.).

³⁵ *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016-2017, n° 234-202.

³⁶ Préc. pp. 79-80.

³⁷ Possibilité introduite par la loi de 2007 à l'art. 375 al. 4 C. civ.

deux ans. Lorsque le placement « s'enkyste »³⁸, l'ASE doit « examiner l'opportunité de mettre en œuvre d'autres mesures susceptibles de garantir la stabilité des conditions de vie de l'enfant afin de lui permettre de bénéficier d'une continuité relationnelle, affective, éducative et géographique dans un lieu de vie adapté à ses besoins » (art. L227-2-1 CASF). L'ASE est ainsi invitée à prendre en compte, notamment, les liens d'attachement que l'enfant peut avoir noué avec sa famille d'accueil pour éventuellement lui trouver un nouveau statut moins précaire au sein de cette famille, même si l'on peut regretter l'absence d'obligation pour l'ASE de trouver un autre statut pour l'enfant (la mesure de placement peut donc très bien être maintenue)³⁹. Parmi les mesures envisageables pour sécuriser le statut de l'enfant, et le cas échéant améliorer la reconnaissance juridique de la parentalité du tiers accueillant, il y a la délégation forcée de l'exercice de l'autorité parentale et la déclaration judiciaire de délaissement parental, qui ont justement fait l'objet de retouches dans la loi de 2016.

Selon l'article 377 alinéa 2 du Code civil, en cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille (notamment) peut saisir le JAF aux fins de se faire déléguer l'exercice de l'autorité parentale. On parle de délégation forcée puisque, cette fois-ci, elle est imposée aux parents par le tiers qui a recueilli l'enfant. La loi de 2016 a légèrement amélioré le dispositif en prévoyant que « le juge peut également être saisi par le ministère public, avec l'accord du tiers candidat à la délégation » (art. 377 al. 3 C. civ.). Ainsi, lorsque le tiers aura des scrupules à saisir le juge pour obtenir une délégation (en raison de ses liens particuliers avec les parents : liens familiaux par ex.), il pourra passer par l'intermédiaire du parquet qui engagera lui-même la procédure⁴⁰.

La déclaration judiciaire de délaissement parental (ex-déclaration judiciaire d'abandon de l'ancien art. 350 C. civ.) a des effets autrement plus radicaux que la délégation puisqu'elle rend l'enfant adoptable : la voie de la consécration ultime de la parentalité du tiers accueillant (l'adoption) est donc ouverte. Les conditions posées par la loi au prononcé de cette mesure par le TGI n'ont pas vraiment été modifiées par la loi de 2016, contrairement aux ambitions affichées par le législateur en 2015 : il faut démontrer le recueil de l'enfant par le demandeur (personne, établissement ou service de l'ASE) et le délaissement de l'enfant par ses parents pendant l'année qui précède l'introduction de la demande, le délaissement étant ainsi défini : les parents n'ont pas entretenu avec l'enfant « les relations nécessaires à son éducation ou à son développement, sans qu'ils en aient été empêchés par quelque cause que ce soit » (art. 381-1 et -2 C. civ.). A ces conditions, il faut ajouter l'intérêt de l'enfant : de jurisprudence constante, la Cour de cassation estime que, même si les conditions légales sont remplies, l'intérêt de l'enfant peut justifier le rejet de la requête⁴¹.

De cette nouvelle rédaction du texte, on peut déduire que le caractère volontaire du désintérêt des parents est toujours exigé par la loi, exigence accusée pourtant d'être l'obstacle majeur au prononcé de la mesure, qui est avant tout une mesure de protection de l'enfant ; en tant que telle, elle est présumée coïncider, pour le législateur, avec l'intérêt de l'enfant puisqu'elle lui donne accès au statut protecteur de pupille de l'Etat. Pour certains auteurs, rien n'est moins sûr, d'où l'intérêt de la jurisprudence de la Cour de cassation qui subordonne le prononcé de la mesure à l'intérêt de l'enfant⁴².

En pratique, l'ex-déclaration judiciaire d'abandon est dans l'immense majorité des cas demandée par l'ASE à qui l'enfant a été confié, avec comme enjeu son admission comme pupille de

³⁸ L. Gebler et P. Salvage-Gerest, « Réforme de la protection de l'enfant – Sélection d'articles », *AJ Famille* 2016, p. 199.

³⁹ L. Gebler et P. Salvage-Gerest, art. préc.

⁴⁰ L. Gebler et P. Salvage-Gerest, art. préc.

⁴¹ *Cass. 1^e civ.*, 6 janv. 1981 (pourvoi n° 79-15.746) et dernièrement : *Cass. 1^e civ.*, 3 décembre 2014 (pourvoi n° 13-24.258).

⁴² F. Dekeuwer-Défossez, « Les chemins de l'adoptabilité », préc., p. 501 : « l'enfant délaissé qui ne serait pas adopté demeurera dans une espèce d'entre-deux, conservant son identité et sa filiation d'origine, tout en étant soumis à la tutelle du conseil général comme pupille d'Etat : les avantages de cette situation demeurent peu apparents ».

l'Etat et l'ouverture d'une tutelle d'Etat ⁴³. Dans ce cadre-là, il y a cependant parfois une famille d'accueil avec laquelle l'enfant entretient des liens affectifs durables, mais qui ne souhaite pas adopter l'enfant. La Cour de cassation a justement décidé en 2014 que, dans une telle hypothèse, la déclaration judiciaire d'abandon était contraire à l'intérêt de l'enfant ⁴⁴. Il n'y a aucune raison particulière pour que cette jurisprudence ne soit pas maintenue sous l'empire de la loi nouvelle.

Quand un particulier (une « personne ») a recueilli l'enfant, elle peut également agir en délaissement parental (hypothèse rare en pratique). Cependant, la Cour de cassation a restreint la liste des personnes recevables à agir devant le TGI, en décidant que l'abandon (aujourd'hui, le délaissement) ne pouvait être déclaré à la demande d'un membre de la famille ⁴⁵. En effet, la loi prévoit que l'abandon ne peut être déclaré lorsqu'un membre de la famille demande à assumer la charge de l'enfant (art. 381-2 al. 3 ; anc. art. 350 al. 4 C. civ.) ; *a fortiori*, si le membre de la famille assume déjà la charge effective de l'enfant, ce dernier ne peut être déclaré abandonné. Il en résulte que le tiers familial qui a recueilli l'enfant et souhaite l'adopter, ne peut pas utiliser la voie de la déclaration judiciaire d'abandon. Cette voie est donc réservée aux tiers non familiaux. Là encore, on ne voit pas ce qui pourrait justifier, au vu des textes nouveaux qui ne changent pas les conditions de fond de la déclaration de délaissement, un changement de jurisprudence.

Décembre 2017

⁴³ *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2016-2017, n° 221-200.

⁴⁴ *Cass. 1^e civ.*, 3 décembre 2014 (pourvoi n° 13-24.258) : « l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération par le juge, même lorsque les conditions d'application de l'article 350 du code civil sont réunies ; que la cour d'appel a relevé, d'une part, que, la déclaration judiciaire d'abandon ayant pour effet de rendre A... adoptable, celui-ci risquait d'être confronté à une séparation douloureuse avec sa famille d'accueil, après avoir connu une rupture avec ses parents, dès lors qu'il n'existait aucun projet d'adoption par son assistante maternelle, à laquelle il était très attaché et chez laquelle il vivait depuis son plus jeune âge, d'autre part, que le mineur était perturbé et angoissé depuis le début de la procédure, ne l'acceptait pas et ne la comprenait pas »

⁴⁵ *Cass. 1^e civ.*, 24 mars 1987 (pourvoi n° 85-16.727).