

Le cadre juridique explicite : l'autorité parentale et la notion d'actes usuels

Maryline Bruggeman

DANS **JOURNAL DU DROIT DES JEUNES 2017/8 N° 368-369-370**, PAGES 5 À 13
ÉDITIONS **ASSOCIATION JEUNESSE ET DROIT**

ISSN 2114-2068

DOI 10.3917/dj.368.0005

Date de mise en ligne : 06/06/2018

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2017-8-page-5?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Association jeunesse et droit.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Papa, maman, l'ASE et moi : la loi du 14 mars 2016 sur la protection de l'enfance - Journée d'étude du 23 mars 2017 - Institut de droit privé - Université Toulouse 1 Capitole



Le cadre juridique explicite : l'autorité parentale et la notion d'actes usuels

par Maryline Bruggeman

Née en 1970⁽²⁾ des cendres de l'antique puissance paternelle, l'autorité parentale demeure une institution centrale du droit de la famille. Aujourd'hui encore, le Code civil lui consacre un titre entier et la présente toujours comme une institution d'ordre public⁽³⁾. Elle a survécu à la prolifération des ruptures familiales, aux revendications des pères (et des mères) ou encore des «*beaux-parents*». Elle s'est adaptée à l'autonomie de plus en plus large reconnue aux enfants et demeure de l'avis de beaucoup le seul antidote à la prétendue «*démission parentale*».

Néanmoins, plusieurs réformes, d'inégales portées et plus ou moins achevées, ont au cours des années malmené ses principes au point que certains ont pu qualifier l'autorité parentale contemporaine d'institution «*mythée*»⁽⁴⁾.

L'autorité parentale demeure une «*autorité*». Le législateur français a sciemment conservé cette expression, renonçant ainsi à adopter celle plus en vogue de «*responsabilité parentale*»⁽⁵⁾. La nature de l'autorité parentale, pouvoir de contrainte exercé sur l'enfant⁽⁶⁾, est ainsi soulignée. Ce caractère contraignant n'a que légèrement été atténué par l'obligation d'associer «*l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité*» que les textes imposent désormais aux parents⁽⁷⁾.

En outre, l'article 371-1 du Code civil, en définissant l'autorité parentale, impose qu'elle soit exercée dans l'intérêt de l'enfant⁽⁸⁾; fonction finalisée, loin du mythe d'un pouvoir discrétionnaire des parents sur leur enfant, l'autorité parentale est destinée, non pas à satisfaire les désirs parentaux, mais à «*protéger [l'enfant] dans sa sécurité, sa santé et sa moralité*», «*assurer son éducation*» et «*permettre son développement, dans le respect dû à sa personne*».

- (1) Maître de conférences HDR, Université de Toulouse 1 Capitole, EA 1920
- (2) L. n° 70-459, 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, JO, 5 juin, p. 5227.
- (3) V. en particulier l'article 376 du Code civil
- (4) C. NEIRINCK, «L'autorité parentale, institution «mythée»», in Regards critiques sur quelques révolutions récentes du droit, Institut Fédératif de Recherches Mutations des normes juridiques, n° 2, éd. UT1 2005, vol. 2, p. 447.
- (5) La plupart des États du nord de l'Europe ont choisi d'utiliser cette locution par ailleurs retenue par les textes issus du Conseil de l'Europe et des institutions de l'Union européenne.
- (6) Le terme «autorité» est dérivé du latin *auctoritas* signifiant décision, autorisation, mais aussi, par extension, pouvoir de faire, droit, puissance; l'autorité parentale implique donc un pouvoir de contrainte
- (7) Cette consigne générale, qui n'est assortie d'aucune sanction précise, figure depuis loi du 4 mars 2002 (L. n° 2002-305, relative à l'autorité parentale, JO 5 mars 2002 p. 4161) au 3^{ème} alinéa de l'article 371-1 du Code civil; elle répond à l'article 12-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE). Cependant, l'enfant n'a pas à consentir en principe aux décisions prises par ses parents sur sa personne; son consentement n'est requis que sur précision expresse du Code civil (v. not. pour son changement de nom après l'âge de 13 ans, art. 60 C. civ.).
- (8) Depuis que l'article 3 de la CIDE a été déclaré d'application directe, l'intérêt de l'enfant est devenu la référence à l'aune de laquelle toutes les décisions relatives à l'enfant doivent être évaluées. Toutefois, les prérogatives parentales devaient déjà s'y conformer autrefois ainsi qu'en témoigne l'existence de dispositifs de contrôle de l'autorité parentale. C'est plus ce que l'on entend aujourd'hui par intérêt de l'enfant qui a évolué que la place qu'on lui accorde...

Aujourd'hui se multiplient les hypothèses où un tiers se voit confier l'exercice de certaines prérogatives d'autorité parentale

La définition proposée n'a cependant pas repris les «*attributs*» de l'autorité parentale autrefois énumérés à l'article 371-2 - les droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation⁽⁹⁾. Désormais, le texte la présente comme «*un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant*» sans préciser le contenu de ces prérogatives, ce qui ne facilite pas la compréhension de ce que l'autorité parentale recouvre.

Ceux qui ont connu les anciens textes peuvent aisément décrire le contenu de l'autorité parentale, mais qu'en est-il de ceux, plus jeunes, qui n'ont pour toute référence textuelle que la définition générale et abstraite proposée par l'article 371-1 du Code civil ? En outre, en l'absence de contenu explicite, il est particulièrement difficile de concevoir une répartition des «*attributs*» de l'autorité parentale entre le ou les parents et un tiers, ce que la loi permet pourtant dans différentes circonstances⁽¹⁰⁾.

Enfin, parachevant le portrait de l'autorité parentale, l'alinéa 2 de l'article 371-1 rappelle qu'elle appartient⁽¹¹⁾ aux parents. Le droit d'autorité parentale est reconnu sans distinction à toute personne liée à l'enfant par un lien juridique de filiation⁽¹²⁾. Et, en sens inverse, nul autre que les parents de l'enfant ne peut en être titulaire : les autres membres de la parenté, grands-parents ou collatéraux, ne sont jamais titulaires de l'autorité parentale; pas plus d'ailleurs que les «*proches*» de l'enfant, qui ne sont pas membres de sa famille au sens juridique du terme (*beaux-parents, nouveaux compagnons du parent, familles d'accueil ou familles nourricières...*).

Aujourd'hui se multiplient les hypothèses où un tiers se voit confier l'exercice de certaines prérogatives d'autorité parentale. Toutefois, il n'en est pour autant jamais titulaire⁽¹³⁾ et il n'a jamais la même latitude que les parents dans l'exercice de ces prérogatives.

Ce monopole parental est antérieur à la réforme de 1970, mais, jusqu'à cette date, la mère, qui était titulaire du droit de puissance sur l'enfant, ne pouvait l'exercer qu'à condition que le père en soit empêché. La loi de 1970, en qualifiant l'autorité sur l'enfant de «*parentale*», ouvrait la voie à un exercice en commun de cette fonction⁽¹⁴⁾.

Autrefois, l'exercice en commun paraissait inconcevable : il ne pouvait y avoir qu'un «*seul chef*» de famille... Pour être admis, un encadrement strict dut être prévu par le législateur : le régime de codécision⁽¹⁵⁾ - garantissant qu'aucune décision relative à l'enfant ne puisse être prise sans l'accord des deux parents - fut imposé, assorti de dispositions permettant de dépasser les désaccords parentaux, comme la possibilité de saisir le juge en cas de désaccord⁽¹⁶⁾.

Il fallut en outre faciliter la mise en œuvre de ce régime de codécision. À cette fin, fut introduite la possibilité pour un parent d'accomplir, sans avoir à justifier auprès

des tiers de l'accord de l'autre, certains actes qualifiés d'usuels.

L'expression «*acte usuel*» figure encore aujourd'hui dans son cadre originel, l'article 372-2 du Code civil. En 1987⁽¹⁷⁾, elle a été reprise et est présente depuis à l'article 373-4 du Code civil. Sont ensuite apparues deux références indirectes à la notion d'«*acte usuel*» :

- la première en 2002 au sein de l'article 377-1 du Code civil qui régit les effets de la délégation de l'exercice de l'autorité parentale et qui renvoie à «*la présomption édictée à l'article 372-2 du Code civil*»;
- la seconde, depuis la réforme de la protection de l'enfance de 2007⁽¹⁸⁾, à l'article 375-7 qui renvoie à l'article 373-4 du Code civil.

(9) Leur disparition du Code civil n'a pas inquiété les commentateurs de la loi du 4 mars 2002 : indispensables à la définition de l'autorité parentale, les droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation demeuraient nécessairement selon eux « en suspension » dans le droit de l'autorité parentale.

(10) V. not. délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale (art. 377 C. civ.) ou retrait partiel de l'exercice de l'autorité (art. 379-1 C. civ.).

(11) Elle leur appartient – dit le texte – et ne leur est donc pas attribuée par la loi; celle-ci ne fait que consacrer une évidence que certains ont pu rapprocher du droit naturel.

(12) «Être parents – Ser padres», étude coordonnée par M. BRUGGEMAN et J. Solé RÉSINA, Presses de l'université Toulouse, coll. Les travaux de l'IFR - Mutation des Normes Juridiques, vol. 19, mai 2017.

(13) Ingrid MARIA, «Réflexions autour de la distinction entre titularité et exercice de l'autorité parentale» in Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck, Lexisnexis, 2015, p. 735.

(14) L'exercice en commun est désormais le principe : affiché depuis la loi du 4 mars 2002 (précit.), que les parents soient unis ou désunis – art. 372 al. 1^{er} et 373-2 C. civ. – ce principe ne reçoit plus que de rares exceptions légales ou judiciaires – art. 372 al. 2 et 373-2-1 C. civ. Lorsque l'exercice en commun est exclu, les prérogatives découlant de l'autorité parentale appartiennent au seul parent reconnu apte à les exercer – art. 373-1 C. civ.

(15) Pour que l'exercice conjoint ait un sens, il fallait que soient reconnus des pouvoirs équivalents aux deux parents. Deux options étaient envisageables : soit des pouvoirs concurrents ce qui risquait d'aboutir à ce que les parents prennent simultanément des décisions contradictoires; soit un principe de codécision impliquant l'accord des deux parents pour toute décision relative à l'enfant, option finalement choisie. Elle ressortait sans ambiguïté de l'ancien article 372-1-1 issu de la loi du 4 juin 1970 (précit.) qui envisageait les hypothèses où «le père et la mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant» et imposait aux parents de faire de la pratique précédemment suivie dans des occasions semblables la règle à suivre; le recours au juge était en outre prévu «à défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou son bien fondé». On en déduisait que l'exercice en commun imposait un double accord pour toute décision entrant dans le cadre de l'autorité parentale. Cette interprétation était confortée par la présomption d'accord édictée dès 1970 à l'article 372-2 du Code civil : une présomption d'accord n'a en effet d'utilité qu'à la condition qu'un accord soit nécessaire...

(16) Le texte évoquant la possibilité de saisir le juge en cas de désaccord a disparu en 2002. Seule demeure permise expressément la saisine du juge «à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant». La doctrine n'est pas unanime quant au maintien de la possibilité de saisir le juge en cas de désaccord entre les parents (V. : P. SALVAGE-GEREST, «Le juge aux affaires familiales (de l'homme-orchestre du divorce à l'homme-orchestre de l'autorité parentale)», Dr. Famille, 2003, p. 8 spéc. n° 17). Les JAF acceptent pourtant souvent de se prononcer sur de tels désaccords (ex. relatifs à un désaccord sur le choix d'un établissement scolaire pour l'enfant : Bordeaux 7 mai 2014 n° 13/05105, JurisData n° 2014-010133; Paris, 9 juillet 2015, n° 15/00320, JurisData n° 2015-016720).

(17) L. n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, JO, 24 juillet 1987, p. 8253.

(18) L. n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, JO, 6 mars 2007, p. 4215.

Des actes regardés comme usuels a priori, pourraient ne pas l'être

l'acte; cette décision, bien qu'exceptionnelle, était sans conséquence lourde pour l'enfant...

L'exemple topique des décisions relatives à la santé de l'enfant

Les décisions relatives à la santé de l'enfant sont également souvent sources de contentieux et nous permettent d'éprouver ces critères de l'acte usuel.

S'agissant d'un acte impliquant le corps de l'enfant, le réflexe est d'écarter la qualification d'acte usuel; pourtant, nombre d'actes médicaux relatifs à l'enfant seront qualifiés d'usuels à la condition qu'ils s'inscrivent dans le suivi médical habituel de l'enfant : soins courants (blessures superficielles, infections bénignes, soins dentaires de routine) ou habituels chez tous les enfants (traitement des maladies infantiles ordinaires); même les soins graves peuvent être dits usuels s'ils s'inscrivent dans le traitement habituel d'un enfant malade⁽³⁵⁾.

Un même acte comme précédemment pourra donc recevoir différentes qualifications selon les circonstances dans lesquelles il intervient : la circoncision qui change de qualification selon ses motifs - acte usuel si elle se fonde sur des motifs médicaux⁽³⁶⁾, non usuel si elle est commandée par des motifs religieux⁽³⁷⁾ - en est un exemple caractéristique aujourd'hui réglé.

En revanche, **le cas des vaccinations** suscite encore nombre d'interrogations : le principe de solution généralement retenu repose sur la distinction entre la décision de soumettre l'enfant à une vaccination obligatoire⁽³⁸⁾ qui serait un acte usuel et celle consistant à faire pratiquer un vaccin non obligatoire, acte non usuel⁽³⁹⁾.

Toutefois, ces principes de solution sont difficiles à mettre en œuvre dans la mesure où il est quasiment impossible aujourd'hui de se procurer des doses de vaccin ne couvrant que les affections pour lesquelles la vaccination est obligatoire.

En outre, si faire vacciner son enfant contre la rougeole, les oreillons ou la rubéole, ce qui n'est pas obligatoire, est assurément un acte non usuel, procéder au rappel de ce vaccin pourrait être qualifié d'acte usuel dans la mesure où cela s'inscrit dans une pratique inaugurée lors de la première vaccination...

L'impossibilité de dresser une liste d'actes usuels

Ces exemples montrent que pour identifier le caractère usuel ou non usuel d'un acte, il est indispensable de connaître les circonstances d'espèce; des actes regardés comme usuels *a priori*, pourraient ne pas l'être en fonction de données particulières, propres à la famille où l'enfant grandit - procéder à une vaccination obligatoire pour une famille radicalement opposée à cette pratique - ou à l'enfant lui-même comme sa fragilité ou sa pré-

disposition transformant un traitement médical *a priori* bénin en un acte à risque⁽⁴⁰⁾, le rappel d'un vaccin que l'enfant aurait mal supporté lors de la première injection, par exemple.

Il n'est donc pas possible d'établir une liste d'actes usuels, sauf à ce que pour chaque acte la qualification proposée puisse être remise en cause en fonction des circonstances d'espèces.

Dans ces conditions, le recours à une liste n'apporterait ni simplification ni amélioration du fonctionnement de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Or c'est là la fonction que le législateur entendait assigner à la notion d'acte usuel lorsqu'il l'a introduite dans le Code civil.

II. Les fonctions de l'acte usuel de l'autorité parentale

Lors de son introduction dans le Code civil, la notion d'acte usuel a servi de support à une présomption de pou-

- (35) *Le choix du médecin traitant a été qualifié d'acte non usuel (Toulouse 7 novembre 2000 - RG n° 1999/05839). En revanche, une visite de routine chez le médecin traitant sera assurément un acte usuel. Il a même pu être dit que prescrire des antidépresseurs à un jeune adolescent n'était pas un acte usuel (Conseil d'État ss section 4 7 mai 204 n° 359076, JurisData n 2014-009605) : certains ont interprété sa décision comme conduisant à qualifier cet acte comme étant nécessairement un acte non usuel or la qualification ne concerne pas le milieu médical, mais les parents; il ne s'agit donc pas de qualifier la prescription médicale, mais davantage le fait de faire prendre à l'enfant le traitement envisagé. Dans le cas visé, la prescription était nouvelle, mais si le traitement est habituel pour l'enfant, le renouvellement de la prescription comme la poursuite de la médication à l'initiative d'un parent pourra être un acte usuel (V. pour d'autres exemples de la jurisprudence atypique du Conseil d'État sur la qualification d'acte usuel : Conseil d'État ss section 2, 26 juillet 2006 n° 182398; JurisData n° 2006-070651 et Conseil d'État 8 février 1999, n° 173126, Mme D., D. 2000, Somm., 161, obs. F. VAUVILLÉ; Dr. famille, avril 1999, 18, note P. MURAT).*
- (36) *L'opération du phimosis est qualifiée d'acte thérapeutique banal (Cass. civ. 1^{ère}, 26 janv. 1994, D. 1995, p. 226, note CHOAIN; Versailles 1^{er} décembre 2016, n° 15/08970; JurisData n° 2016-025896).*
- (37) *Une circoncision rituelle, à l'insu d'un parent, engage la responsabilité civile du chirurgien à l'égard du parent dont l'autorité a été bafouée et de l'enfant (Paris, 29 sept. 2000, D. 2001, p. 1585, obs. C. DUVERT; Rennes 4 avril 2005, n° 04/04000, JurisData n° 2005-292420; Lyon, 25 juill. 2007, n° 07/00186, RTD civ., 2008, p. 99, note J. HAUSER).*
- (38) *Soit le seul vaccin dit «DT polio» (art. L.3111-2 et L.3111-3 CSP). Ainsi, la décision de procéder à la vaccination contre la grippe A/H1N1, contre l'hépatite B ou encore celle destinée à prévenir le cancer du col de l'utérus ne serait pas un acte usuel.*
- (39) *A. GOUTTENOIRE, «Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant», AJ fam., 2010, 12*
- (40) *Dans le doute, il est recommandé de solliciter l'accord de l'autre parent titulaire de l'autorité parentale, car celui-ci pourrait poursuivre le médecin pour non-respect de son autorité parentale si le médecin a procédé à un acte non usuel sans son accord exprès ou s'il s'agissait d'un acte usuel pour lequel il avait fait part de son opposition au médecin (mauvaise foi du médecin). La responsabilité d'un médecin a ainsi été retenue en raison de la délivrance de soins à un mineur alors que le père avait fait connaître son opposition au suivi psychologique de l'enfant par ce médecin psychiatre par LRAR. Aucune situation d'urgence ne justifiait qu'il soit passé outre le refus du père, le conseil de l'Ordre des médecins a reconnu la violation de l'article R4127-42, CSP (Nîmes 15 sept. 2009 RG n° 07/0421).*

Faire participer le tiers au gouvernement de la famille en lui reconnaissant une place équivalente à celle des parents

voirs au service de l'exercice en commun de l'autorité parentale (A). Ce n'était déjà plus le même objectif que poursuivait le législateur lorsqu'il a repris cette notion quinze ans plus tard au sein de l'article 373-4 : l'acte usuel y sert d'instrument de mesure des pouvoirs dévolus au tiers choisi par le juge pour accueillir l'enfant (B).

A. L'acte usuel au service de l'exercice conjoint de l'autorité parentale

Faciliter l'exercice conjoint par les deux parents

«À l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant» précise l'article 372-2 du Code civil. Il instaure ainsi une présomption d'accord et de pouvoir, une règle de preuve⁽⁴¹⁾ qui permet à chaque parent d'agir seul sans avoir à justifier de l'accord de l'autre lorsqu'il envisage un acte «usuel» de l'autorité parentale.

Ce texte a dès lors vocation à s'appliquer dans les rapports avec les tiers et n'est pas destiné à régler les conflits entre les parents⁽⁴²⁾.

S'agissant d'une présomption simple, le parent qui s'oppose à la décision, fût-elle usuelle, peut y faire échec en faisant connaître au tiers son opposition. Une fois informé du désaccord parental, le tiers ne peut plus se contenter de la volonté d'un seul parent. Mise au service du fonctionnement harmonieux de la «coparentalité», la notion d'acte usuel doit être interprétée de manière restrictive; une vision large de cette notion priverait le principe d'exercice en commun de l'autorité parentale de toute effectivité.

On constate néanmoins que mise en œuvre de la présomption et règles de pouvoirs au sein de l'autorité parentale sont souvent confondues : ainsi il n'est pas rare que des décisions de justice affirment que «si l'acte est non usuel, l'accord des deux est nécessaire !» alors que ce double accord est toujours indispensable; ou encore, en sens contraire, que «seul l'accord d'un parent est nécessaire s'agissant d'un acte usuel» alors que l'accord des deux s'impose quelle que soit la nature de l'acte.

Cette confusion s'explique en partie par la multiplication des séparations conjugales : même si l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est pas affecté en principe par la rupture parentale, en pratique, l'autorité sur l'enfant paraît davantage être exercée par alternance, donnant l'impression, fautive, que s'agissant d'un acte usuel, la volonté d'un seul suffit, celle de celui auprès duquel l'enfant se trouve...

Ce malentendu peut paraître sans gravité s'agissant de la conciliation des pouvoirs parentaux sur l'enfant. Il serait néanmoins regrettable qu'il affecte également les relations entre les parents et le tiers bénéficiant d'une délégation de l'exercice de l'autorité parentale où la présomption d'accord est désormais applicable.

Permettre l'exercice en commun avec un tiers délégataire : l'article 377-1 du Code civil

La loi du 4 mars 2002 a créé une nouvelle forme de délégation de l'exercice de l'autorité parentale qu'on a pu qualifier de «délégation-partage»⁽⁴³⁾.

Le ou les parents demandent alors eux-mêmes au juge aux affaires familiales de déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale à un tiers qu'ils ont préalablement choisi, principalement le nouveau compagnon ou la nouvelle compagne de l'un des parents. Le juge fait droit à la demande s'il la juge conforme à l'intérêt de l'enfant et «si les circonstances l'exigent»; son jugement détermine la portée de la délégation : elle pourra être totale ou partielle⁽⁴⁴⁾.

Ainsi, à la différence de la délégation «traditionnelle», dite délégation «forcée», il ne s'agit pas de retirer une part de leur autorité à des parents dont le comportement est critiquable, mais de faire participer le tiers au gouvernement de la famille en lui reconnaissant une place équivalente à celle des parents, du moins pour les prérogatives dont l'exercice est délégué.

En effet, l'article 377-1 alinéa 2 précise que «le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire».

(41) V. la définition de la présomption : art. 1354 C. civ.

(42) V. not. Paris 19 janvier 2006 n° 04/02728, JurisData n° 2006-293099 : les deux parents n'avaient pas désigné la même personne auprès de la compagnie aérienne pour venir chercher l'enfant à la sortie de l'avion. La Cour d'appel répond au père qui cherchait à engager la responsabilité de la compagnie aérienne, au visa de l'article 372-2 du Code civil, que le litige concerne un conflit entre les deux parents et non la responsabilité du transporteur celui-ci ayant respecté les consignes qui lui avaient été communiquées.

(43) À distinguer de la délégation dite «forcée» qui ne peut intervenir qu'à la demande de celui qui a recueilli l'enfant et «en cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale» - art. 377 al. 2 C. civ. Cette nouvelle délégation est rare en pratique, du fait des conditions posées à sa mise en œuvre, au premier rang desquelles l'accord des deux parents exerçant l'autorité parentale. Ceci explique que cette délégation particulière a été essentiellement pratiquée au sein de couples de femmes.

(44) La délégation, totale ou partielle, porte sur l'exercice de l'autorité parentale. Quand elle est totale, le délégataire dispose de tous les attributs à l'exception du droit de consentir à l'adoption lequel n'est jamais délégué (art. 377-3 C. civ.). Quand elle est partielle, l'étendue des prérogatives transmises au délégataire dépend des précisions apportées par le juge. On considérerait généralement que la délégation partielle conduisait à transférer au délégataire les prérogatives de droit commun – garde, surveillance et éducation – alors que les prérogatives exceptionnelles – droit de consentir au mariage, à l'émancipation ou à l'adoption de l'enfant – demeuraient entre les mains des titulaires de l'autorité parentale.

Aucune prérogative d'autorité n'est attribuée au service ou à l'établissement auquel l'enfant est confié

rompant avec le passé ou engageant l'avenir étant «non usuelle»⁽⁵⁰⁾.

La référence aux attributs de l'autorité parentale, la surveillance et l'éducation, est demeurée dans ce texte tel un stigmate de la vision pragmatique de l'autorité parentale héritée du doyen Carbonnier. Bien que vieillie, elle souligne opportunément le fait qu'il s'agit bien ici d'une part, de l'exercice de l'autorité parentale qui est reconnue au tiers, même si sa latitude est limitée par la référence à l'acte usuel. Pourtant depuis 2007 le Code civil renvoie expressément à l'article 373-4 dans le cadre de l'assistance éducative, contexte où le tiers auquel l'enfant est confié ne dispose en principe d'aucune prérogative d'autorité parentale.

Attribuer des prérogatives au tiers désigné par le juge des enfants : l'article 375-7 du Code civil

Alerté de l'existence d'un enfant en danger, le juge des enfants peut ordonner différentes mesures; en dernier ressort, il peut décider de retirer l'enfant à ses parents et de le confier à un tiers⁽⁵¹⁾.

Son intervention paraît donc comparable à celle précédemment décrite., mais une mesure d'assistance éducative n'a pas la même portée que la décision prise par le JAF, seul juge compétent s'agissant de l'exercice de l'autorité parentale et dont la décision peut conduire à l'ouverture d'une tutelle⁽⁵²⁾.

Pour sa part, le juge des enfants cherche à préserver l'enfant d'un danger et sa mission n'est pas de se prononcer sur l'exercice de l'autorité parentale, domaine qui ne relève pas de sa compétence.

L'article 375-7 du Code civil décrit les effets de la mesure d'assistance éducative. Ce texte a été régulièrement réécrit; chaque modification en a obscurci le sens et rendu le principe qu'il pose plus difficile à discerner. Ce principe n'est pourtant guère contestable : le ou les parents d'un enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative conserve l'autorité parentale⁽⁵³⁾.

Bien sûr, dans les faits, l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant est bouleversé par la mesure, en particulier s'il s'agit d'une mesure de placement. C'est pourquoi l'article 375-7 précise que le ou les parents «*exercent tous les attributs [de l'autorité parentale] qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure*». Il s'agit évidemment d'éviter que, par leurs prérogatives, les parents ne gênent le travail opéré dans le cadre de l'assistance éducative⁽⁵⁴⁾.

Cela signifie, si on lit la phrase dans son sens positif, que les parents, toujours titulaires du droit d'autorité parentale, exercent tous les attributs qui sont conciliables avec la mesure... En 2007, le législateur a par ailleurs

précisé les effets de la mesure et le rôle du juge en cas d'abus ou de négligence de la part des parents. L'alinéa 2 de l'article 375-7 précise depuis que «*[s]ans préjudice de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale, le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure*».

Le juge des enfants est donc désormais compétent pour remédier au blocage que pourrait créer une opposition injustifiée des parents. Très encadrée, cette intervention du juge des enfants paraît être la meilleure preuve du maintien de l'autorité parentale entre les mains des parents et du fait qu'aucune prérogative d'autorité n'est attribuée au service ou à l'établissement auquel l'enfant est confié. L'interprétation qu'en propose la Cour de cassation contredit pourtant cette analyse.

(50) Sa position est alors comparable à celle qu'occupe dans la tutelle des mineurs, le tuteur, simple organe d'exécution, par rapport au conseil de famille, qui définit les principes à respecter s'agissant de l'éducation de l'enfant. Les prérogatives qui lui sont reconnues demeurent bien moins importantes que celles qu'il détiendrait s'il se voyait déléguer une partie de l'exercice de l'autorité parentale.

V. Agen 11 avril 2013 n° 12/01488, 352-2013, JurisData n° 2013-008776 illustrant la nécessité d'organiser une délégation de l'exercice de l'autorité parentale du fait de l'insuffisance des pouvoirs reconnus au tiers auquel le JAF peut confier l'enfant sur le fondement de l'article 373-4 du Code civil; à l'inverse, Agen 31 mars 2005 n° 04/01161, JurisData n° 2005-272618 refusant cette délégation demandée par le mari de la mère décédée à l'égard de l'enfant de cette dernière qui lui a été confié au motif qu'il bénéficie de pouvoirs suffisants pour faire face aux obligations éducatives pesant sur lui.

(51) Le juge devant choisir la mesure la moins lourde, le placement de l'enfant est une mesure qui doit être exceptionnelle. Si le placement est nécessaire, tout doit être fait pour que le retour de l'enfant intervienne à bref délai (V., dénonçant les insuffisances du dispositif français sur ce point : CNCDH avis 27 juin 2013 sur le droit au respect de la vie privée et familiale et les placements d'enfants en France, RJPF, 2013-10/31, obs. I. CORPART).

(52) Art. 373-4, al. 2 du C. civ.

(53) V. les différentes rédactions de l'art. 375-7 C. civ. in limine.

(54) Identifier les attributs inconciliables avec la décision de placement n'est pas chose aisée, la jurisprudence lorsqu'elle a eu à se prononcer sur cette question, a cependant clairement rappelé que cette notion devait être interprétée strictement pour ne pas porter atteinte aux prérogatives parentales : ainsi, par exemple, le fait qu'une jeune fille ait été placée très tôt par le juge des enfants n'autorise pas les services sociaux à s'opposer à la décision de sa mère de procéder à son baptême, «le choix d'un sacrement relevant des attributs de l'autorité parentale et ne pouvant être écarté au seul motif que le service de l'ASE n'y est pas favorable et que l'enfant n'y mettrait aucun sens alors même que la plupart des baptêmes célébrés dans la religion catholique touchent des nourrissons ou de très jeunes enfants pour lesquels aucune question sur leur faculté de discernement n'est posée à leurs parents». Les services sociaux ne peuvent s'opposer à ce baptême à moins de démontrer qu'il est inconciliable avec la mesure d'assistance éducative : Douai 8 janvier 2013 n° 12/03506, JurisData n° 2013-000133, Dr. Fam., 2013, comm. 69 obs. C. NEIRINCK.

L'acte usuel, par son aspect inoffensif, est un instrument idéal lorsqu'on souhaite écorner l'autorité parentale sans que cela ne paraisse

Dans un arrêt de principe rendu le 4 janvier 2017, la première chambre civile a procédé à une réécriture partielle de cet alinéa, affirmant, de manière générale, que «*sauf acte usuel, le juge des enfants ne peut autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à accomplir un acte relevant de l'autorité parentale qu'à titre exceptionnel, lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie, et en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale*»⁽⁵⁵⁾.

Les prémisses de cette décision interpellent : la Cour remplace l'expression légale - «*sans préjudice de l'article 373-4 du Code civil*» - par la formule «*sauf acte usuel*», certes plus simple, mais qui ne lui est pas synonyme⁽⁵⁶⁾. Cette décision semble signifier que le service ou l'établissement auquel l'enfant a été confié n'aurait à demander d'autorisation au juge des enfants que pour accomplir les actes non usuels auxquels les parents s'opposent de manière injustifiée ou abusive.

En revanche, pour accomplir les actes usuels, l'autorisation du juge serait inutile même si les parents s'opposent à un tel acte. Ceci signifierait donc que le service ou l'établissement auquel l'enfant a été confié par le juge des enfants disposerait **nécessairement** du pouvoir d'accomplir les actes usuels.

Cette interprétation semble confortée par l'habitude prise par les juges d'autoriser le tiers à «*exercer les actes usuels nécessaires au quotidien de l'enfant*» et à «*donner toutes les autorisations et effectuer les démarches nécessaires en matière administrative de soins médicaux et de scolarité*» sans l'autorisation des parents⁽⁵⁷⁾.

Cette pratique facilite à l'évidence le fonctionnement de l'assistance éducative, mais elle n'en est pas moins contraire aux principes régissant l'assistance éducative : le tiers choisi par le juge des enfants n'exerce pas l'autorité parentale sur l'enfant et les parents conservent leur autorité sur l'enfant même en cas de placement.

Or confier aux tiers les actes usuels de manière générale revient à reconnaître au tiers une part des prérogatives d'autorité parentale et conduit nécessairement à limiter celles des parents. Si ces derniers demeurent compétents s'agissant des actes non usuels de l'autorité parentale, pourront-ils s'opposer aux actes usuels décidés par le tiers auquel l'enfant est confié ? En seront-ils informés ?

Limiter cette dérogation aux principes aux actes usuels lui donne une apparence anodine, mais cette apparence n'est due qu'à la méconnaissance de la notion. L'acte usuel, par son aspect inoffensif, est un instrument idéal lorsqu'on souhaite écorner l'autorité parentale sans que cela ne paraisse...

(55) Cass. Civ. 1^{ère} 4 janvier 2017, n° 15-28935; solution précédemment retenue par Cass. Civ. 1^{ère}, 20 novembre 2013, n° 12-26.444, 1348, Inédit, JurisData n° 2013-026226.

(56) La locution «sans préjudice de» signifie «sans porter atteinte; sans parler de; sans tenir compte de» (Dictionnaire de la langue française, Le Robert); dès lors, la formule légale devrait signifier que la règle édictée ne concerne pas l'article 373-4 du Code civil.

(57) V. not. Paris 8 septembre 2016 n° 15/18464, JurisData n° 2016-018651; Amiens 29 janvier 2015 n° 14/01967, 16; JurisData n° 2015-015697; Amiens 22 mars 2012 n° 11/02417, 44, JurisData n° 2012-011787; Amiens 24 mai 2012 n° 73, 12/00787, JurisData n° 2012-019107 («dit que le service gardien sera habilité à effectuer tous les actes usuels de la vie courante des mineurs»); Aix-en-Provence 24 février 1998 n° 95/7972, JurisData n° 1998-040787 (évoquant les grands-parents auxquels le juge des enfants a confié l'enfant, «ceux-ci qui accomplissent de ce fait tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant (...) sont recevables à ce titre à contester une reconnaissance de paternité dont les conséquences sont susceptibles de compromettre gravement l'équilibre de l'enfant»).

