

L'INTERVENTION DE L'ETAT DANS LE CONFLIT PARENTAL

PAR

Cyriaque LEGRAND

Assistant à l'Université d'Amiens

« La domination sur les enfants
a encore de beaux jours devant
elle. » *

Deux effets sont généralement attachés à la découverte du « sentiment de l'enfance »¹ qui, selon une majorité d'auteurs², remonte à la fin du XVIII^e siècle. D'une part ce sentiment aurait entraîné une restructuration de tout le système familial à partir et autour de l'enfant, d'autre part, il aurait été, tel le cheval de Troie, l'instrument par lequel l'Etat se serait d'abord introduit dans la famille puis s'en serait emparé. Par, pour et au nom de l'enfant, la famille aurait été ainsi « étatisée ». Ce point n'est plus guère discuté aujourd'hui et nous l'accepterons comme tel. Par contre, les avis divergent quand il s'agit de mesurer le profit que l'enfant a pu tirer de cet ensemble de transformations et plus spécialement de l'intervention de l'Etat dans la sphère familiale. Pour les uns, elle aurait ouvert

* E. Enriquez, *De la horde à l'Etat*, Gallimard, 1983, p. 251.

1. Que P. Ariès définit comme étant la « conscience de la particularité enfantine, cette particularité qui distingue essentiellement l'enfant de l'adulte même jeune » in *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Seuil, coll. Points, 1975, p. 177.

2. Cf. P. Ariès, *op. cit.*, E. Badinter, *L'amour en plus*, Flammarion, 1980 ; E. Shorter, *Naissance de la famille moderne*, Seuil, 1977.

le règne de « l'enfant-roi », choyé, dorloté, objet de toutes les attentions³. Pour d'autres, à l'inverse, avec elle aurait commencé le « grand renfermement » de l'enfant, exclu, marginalisé, objet privilégié des techniques disciplinaires⁴.

Nous n'avons ni le temps ni la prétention de conclure ce débat. Aussi tenterons-nous plus modestement de l'alimenter en y apportant des éléments de nature à l'éclairer d'un jour nouveau. Dans ce but, nous avons choisi de nous intéresser au *conflit parental* c'est-à-dire à celui qui oppose des enfants mineurs non émancipés à leurs parents.

— I —

Pendant de très longs siècles, la famille a été conçue et organisée de telle façon qu'il était à la fois impossible et impensable que les conflits enfants-parents — dont on peut présumer qu'ils sont aussi vieux que l'humanité — puissent trouver leur épilogue devant une institution judiciaire. L'enfant, qui n'avait ni ne pouvait alors avoir de droits ou d'intérêts juridiquement protégés était le sujet docile d'un père souverain (1°). C'est le législateur révolutionnaire qui, le premier et non sans une certaine audace, tenta d'interposer un juge entre parents et enfants : sans qu'on s'en doute, le « droit des mineurs » venait ainsi de naître (2°).

1°) Héritières du droit romain ou du droit germain, écrites ou coutumières, toutes les sources de l'ancien droit s'accordaient, à quelques nuances près, pour placer l'enfant sous l'autorité pleine et entière du chef de famille titulaire de la puissance paternelle. Pouvant user (et abuser) du droit de correction qui lui permettait de faire emprisonner ses enfants sans décision de justice, maître de leur destinée matrimoniale en accordant ou en refusant son consentement au mariage, maître de leur avenir professionnel en choisissant leur métier ou en dirigeant leur « vocation religieuse », autorisé enfin, dans certains cas, à les déshériter, le chef de famille gouvernait alors sans limite véritablement sanctionnée la personne et les biens de ses descendants⁵.

L'étendue et l'absolutime de la puissance paternelle dans l'ancienne France ne peuvent être expliqués ni par le souci extrême qu'on aurait eu alors de protéger les intérêts de l'enfant ni par la conscience ou la préconscience des particularités enfantines. Fondamentalement ils étaient les instruments privilégiés de la pérennisation de la famille comme groupement économique et politique de base, famille conçue comme un TOUT —

3. De manière assez surprenante (cf. plus bas note 31) M. Carbonnier a ainsi écrit : « le droit d'aujourd'hui est la cité qui a pour princes les enfants », cité par P. Simler, *la notion de garde de l'enfant*, Rev. Dr. Civ. LXX, p. 686.

4. Cf. J. Donzelot, *La police des familles*, Ed. de Minuit, 1977, et P. Meyer, *L'enfant et la raison d'Etat*, Seuil, coll. Points, 1977.

5. Cf. J. du Plessis de Grenedan, *Histoire de l'autorité paternelle dans l'ancien droit français depuis les origines jusqu'à la Révolution*, thèse Droit, Paris, 1900.

archétype des sociétés holistes ⁶ — dont le chef est la seule figure parlante et agissante. Le régime applicable à l'enfant ne lui était d'ailleurs pas propre : à peu de choses près, les femmes et les domestiques partageaient le même ⁷. En quelque sorte toute la famille était contenue en la seule personne de son chef : enfants, femmes et domestiques ne pouvaient s'en distinguer car ils étaient tous « quelque chose du père ».

Dans une structure aussi totalitaire, la contestation, et plus particulièrement celle des enfants, était difficilement concevable et en tous cas inadmissible. Difficilement concevable parce qu'à l'époque le couple père/famille inonde de toutes parts le champ des représentations sociales :

- le champ domestique ou privé comme on vient de le voir ;
- le champ religieux où règne un Dieu père créateur dont la « volonté doit être faite » et dont les *filis communient* tous en la personne du Christ ⁸ ;
- le champ politique enfin où à partir du XVI^e siècle est répandue, sous l'influence de Bodin puis de Bossuet, l'image d'un roi exerçant une autorité qui ne fait que prolonger celle des pères de famille et qui est donc tout aussi naturelle ⁹.

Ces trois puissances, domestique, religieuse et politique avaient en commun de gouverner des « familles » qui étaient conçues sur le même modèle — tout part du père et doit y revenir — et qui semblaient pouvoir s'emboîter voire fusionner comme s'il s'était agi de reconstituer une mystérieuse unité originelle.

Inadmissible, car le conflit parental, signe de désunion et risque de division familiale, était, tout comme le schisme au plan religieux et la sécession au plan politique, un mal, qui telle une mutilation portée sur un corps, ne pouvait être toléré et si la puissance des pères n'y suffisait pas, celle du roi venait la relayer. Car, si le conflit parental ne pouvait s'exprimer sur le terrain judiciaire, cela ne signifiait pas pour autant que l'Etat s'en désintéressait quand de fait il surgissait ni qu'en aucune circonstance il n'y intervenait. Au contraire. Mais quand il le faisait, ce n'était jamais comme médiateur, arbitre ou tiers départiteur mais en s'engageant résolument aux côtés des pères de famille dont il ne cessa d'appuyer et de renforcer les pouvoirs. L'exemple de la correction et celui de la législation royale sur le mariage des enfants mineurs (en règle

6. Dans le sens où Louis Dumont emploie ce terme, in *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Seuil, coll. Esprit, 1983, pp. 35 et 263.

7. Auxquels on compare ou avec lesquels on confond souvent l'enfant. P. Ariès note qu'au XVII^e siècle encore les mots « mon garçon », « mon gars », « mon enfant » sont utilisés pour désigner tous les hommes soumis, in *L'enfant et la vie...*, *op. cit.*, pp. 44-45. Dans son dictionnaire, Furetière, en 1690, écrivait au mot famille : « se prend pour un ménage composé d'un chef et de ses domestique, soit femmes, enfans ou serviteurs » ; cité par J.L. Flandrin, in *Familles : parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société*, Hachette, 1976, p. 11.

8. Dans un ouvrage récemment traduit en français, J. Goody souligne que l'Europe se particularise par le « transfert caractéristique et peut-être unique des termes et pratiques de parenté au domaine religieux », in *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, A. Colin, 1985, p. 197.

9. Cf. sur ce sujet, M. Borgetto, « Métaphore de la famille et idéologies », in *Le droit non civil de la famille*, P.U.F., 1983, pp. 3-8.

générale la minorité durait à cette époque jusqu'à vingt-cinq ans) sont amplement révélateurs de cette coopération entre l'État et les pères de famille qui interdisait toute ébauche de contestation juvénile¹⁰.

Celle-ci ne fut juridiquement possible qu'à compter du jour où l'État cessa de se tenir près des pères pour se placer tel un soleil au zénith du groupe familial. C'est en opérant ce mouvement que le législateur révolutionnaire permit à l'enfant de se détacher de l'ombre paternelle avec laquelle on pouvait jusqu'alors le confondre.

2°) Directement influencés par la doctrine philosophique du XVIII^e siècle, les Révolutionnaires voyaient dans la puissance paternelle une forme de despotisme et à défaut de l'abolir purement et simplement, comme une minorité d'entre eux le proposait, ils entreprirent de la réformer¹¹.

Pour l'essentiel, cette réforme est contenue dans un texte : la loi du 16 août 1790. Celle-ci, relative à l'organisation judiciaire, rétablissait les tribunaux de famille qui étaient peu à peu tombés en désuétude sous l'Ancien Régime et leur donnait compétence pour régler toute « contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles... » (art. 12). L'enfant bénéficiait directement de cette mise sous contrôle judiciaire des « affaires de famille » car, non sans hardiesse pour l'époque, la loi du 16 août 1790 étendait la compétence des juges jusqu'à la connaissance des « sujets de mécontentement très graves » qu'un père ou une mère pouvait avoir sur la conduite de l'enfant (art. 15). Seul le tribunal de famille, après avoir vérifié le bien-fondé de la plainte parentale, pouvait ordonner l'emprisonnement de l'enfant, « arrêté » qui lui-même ne pouvait être exécuté « qu'après avoir été présenté au Président du tribunal de district, qui en ordonnera l'exécution, ou en tempétera les dispositions » (art. 17).

Pour l'enfant, l'intérêt de cette réforme était double. Grâce à l'encadrement judiciaire du droit de correction qu'elle mettait en place, la loi de 1790 assurait tout d'abord l'enfant contre les caprices autoritaires de son père. En exigeant de ce dernier qu'il rapporte la preuve des très graves écarts dont son fils ou sa fille se serait rendu coupable et qui, selon lui, justifieraient une mesure de correction que sa seule volonté était désormais impuissante à mettre en œuvre, la loi d'août 1790 mettait fin

10. Les enfants qui tentaient de se marier sans le consentement de leurs parents n'étaient pas rares. Si depuis le Concile de Trente l'Eglise réprouvait de telles unions, elle ne les annulait pas. A l'inverse, la législation royale — Ordonnance de février 1556, de mai 1579, de novembre 1639, Edict de mars 1697 — permettait de déclarer nuls les mariages dits « clandestins » ou « rapt de séduction » et exposait leurs auteurs et témoins à de très lourdes sanctions : perte des droits successoraux, exil et même peine de mort. Cf. sur ce sujet P. Viollet, *Histoire du droit français*, Larose et Forcel, 1886, p. 333 et ss.

11. Sur ce sujet, cf. A. Dufour, *Autorité maritale et autorité paternelle dans l'école du droit naturel moderne*, in Archives de philosophie du droit, t. 20, 1975, pp. 89-125 ; M. Garraud et R. Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, P.U.F. 1978, et E. Masson, *La puissance paternelle et la famille sous la Révolution*, thèse Droit, Pris, 1911.

au caractère discrétionnaire et très souvent arbitraire du droit paternel de correction ¹².

Ce faisant et en second lieu, le conflit parental trouvait à s'exprimer pour la première fois sur le terrain judiciaire. Appelé à venir répondre aux accusations de son père, pouvant en cette occasion développer ses propres motifs de plainte, l'enfant était admis comme véritable partie devant un tribunal. C'était reconnaître que l'enfant était autre chose que son père, que désormais ni leurs intérêts ni leurs volontés — c'est-à-dire leurs personnes — ne pouvaient être juridiquement confondus.

On retiendra donc qu'une des toutes premières interventions de l'État dans la sphère familiale eut pour effet en judiciarisant le conflit parental de faire exister l'enfant indépendamment de son père. Mais cette *reconnaissance* de l'enfant à laquelle conduisait la législation révolutionnaire resta pendant plus d'un siècle et demi toute théorique.

D'une part tel n'était pas l'objet explicite de la loi. Pour une grande part, celle-ci fut en effet inspirée par le souci d'empêcher les pères d'utiliser leurs prérogatives pour neutraliser les « ferveurs patriotiques » de leurs enfants. Pour ce faire point n'était besoin de doter l'enfant d'un véritable statut et encore moins d'en faire un sujet titulaire de droits : limiter en les contrôlant les droits paternels suffisait amplement. La reconnaissance de l'enfant n'a donc été que la conséquence obligée, incontournable — effet pervers dirait-on peut-être aujourd'hui — de cette démarche. On touche d'ailleurs là une des principales caractéristiques des législations qui, jusqu'en 1958, sont successivement intervenues dans le domaine des relations parentales ¹³. Aucune d'entre elles ne s'est jamais adressée directement à l'enfant mais toujours aux pères, ou plus généralement aux parents, dont les droits, s'ils ont été progressivement aménagés de façon restrictive, ont toujours été les seuls à être explicitement reconnus. C'est par ricochet que l'enfant a pu en tirer certains bénéfices ou protections qu'on ne pourrait appeler « droits » qu'à condition de les ranger dans la catégorie — d'ailleurs controversée — des droits-réflexes comme le confirme le fait que l'enfant était privé de toute « prétention » lui permettant de faire sanctionner par voie d'action en justice l'inexécution des obligations parentales dont il était l'objet ¹⁴.

D'autre part et en conséquence, l'enfant ne pouvait user directement de son « droit » de contestation : il lui fallait attendre que ses parents décident d'user de leur droit de correction pour que l'occasion lui soit alors offerte de développer devant le juge tout motif de plainte en réponse

12. La loi du 26 mars 1790 avait déjà accompli un grand pas en ce sens en abolissant les lettres de cachet grâce auxquelles les pères obtenaient, au XVIII^e siècle principalement, l'incarcération de leurs enfants « récalcitrants ».

13. Loi du 24 juillet 1889, décret-loi du 30 octobre 1935, ordonnance du 1^{er} septembre 1945 pour ne citer que les principales.

14. Sur les droits-réflexes, cf. H. Kelsen, *Théorie pure du Droit*, L.G.D.J., 1962, pp. 172-175.

à ceux qu'ils exposaient. Paradoxe singulier que de voir la contestation de l'autorité paternelle rendue possible par une initiative des parents¹⁵.

Pour qu'un pas nouveau et significatif soit franchi, il fallut attendre l'ordonnance du 23 décembre 1958 modifiée depuis par la loi du 4 juin 1970.

— II —

L'ordonnance du 23 décembre 1958 puis la loi du 4 juin 1970 permettent pour la première fois à l'enfant de saisir un juge, le juge des enfants, qui, si la santé, la sécurité, la moralité ou les conditions d'éducation du mineur sont compromises, pourra ordonner une mesure d'assistance éducative¹⁶. L'enfant est donc désormais doté du droit de contester en justice les titulaires de l'autorité parentale. On mesure immédiatement l'intérêt que représente une telle innovation pour l'enfant : il peut se protéger et se défendre par lui-même en prenant l'initiative du conflit parental dans lequel sont indéniablement reconnues¹⁷. D'objet passif, il devient sujet actif.

On ne doit cependant pas s'y tromper : le droit de contestation ouvert à l'enfant reste encore très limité (1°) et demande à être consolidé (2°).

1°) Si par les articles 375 et 375.6 du Code civil le mineur non émancipé a le moyen — et c'est d'ailleurs le seul — de s'élever contre l'autorité parentale, cette possibilité n'offre en fait aux quelques 4 000 enfants qui chaque année l'utilisent que peu de secours¹⁸. Le caractère très limité de ce droit de contestation ayant déjà été abondamment souligné par la doctrine¹⁹, c'est aux conséquences et conclusions qu'on peut en tirer qu'il faut s'attacher.

Pour que le mineur puisse régulièrement saisir le juge des enfants, deux conditions préalables doivent être réunies : il faut qu'un conflit

15. Cf. sur le droit de correction à cette époque : B. Schnapper, *La correction paternelle et le mouvement des idées au XIX^e siècle*, Rev. historique, avril-juin 1980, pp. 319-349.

16. L'ordonnance de 1958 parlait d'« éducation » et non pas de « conditions d'éducation » ; cf. *infra* p... et (22).

17. Il peut faire appel des décisions du juge des enfants, demander l'assistance d'un avocat... Sur toutes ces questions, cf. R. Legeais, *L'autorité parentale*, Rép. du Notariat Defrénois, 1973.

18. Pour des raisons que l'on devine aisément, ce sont en grande majorité des mineurs entre 13 et 18 ans. En 1982 par exemple, 4 125 mineurs ont saisi le juge des enfants : 26 avaient moins de 6 ans, 206 entre 6 et 13 ans, 1 492 entre 13 et 16 ans, 2 401 entre 16 et 18 ans. Il est à remarquer que les filles sont plus nombreuses que les garçons à utiliser l'article 375 : toujours en 1982 elles étaient 2 241 contre 1 884 garçons. Statistiques reproduites in M. Henry et D. Pical, *Prétection judiciaire de la jeunesse*, C.F.E.E.S. de Vaucresson, 1984, p. 151.

19. R. Legeais, *op. cit.*, n° 146 ; C. Colombet, *Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale*, D. 1971, Ch. I, n° 135 ; M.L. Rassat, « Les perspectives législatives », in *L'autorité parentale à l'épreuve*, Economica. 2^e partie, titre 1, 1983, pp. 48-50.

de droit l'oppose à ses parents et que ce conflit soit de nature à le mettre en danger soit physiquement soit moralement.

Le conflit de droit étant celui qui existe entre « l'ordre social et une conduite individuelle ou entre des droits et des intérêts protégés par la loi »²⁰, il convient de rechercher quels sont les droits et intérêts du mineur légalement protégé. L'article 375 du Code civil en énumère quatre : droit à la protection de sa santé, de sa sécurité, de sa moralité, de ses conditions d'éducation. C'est généralement à propos de ce dernier que les mineurs saisissent le juge : ils viennent se plaindre d'être contraints à fréquenter un établissement scolaire alors qu'ils voudraient travailler, d'être contraints à pratiquer tel culte alors qu'ils souhaiteraient en pratiquer un autre ou aucun, d'être obligés de résider au domicile familial alors qu'ils préféreraient une « cohabitation » plus juvénile... Or ces demandes n'ont guère de chances d'aboutir. D'une part, l'assistance éducative n'a pas été instituée pour permettre aux enfants de choisir leur mode de vie mais pour aider leurs parents à mieux accomplir leurs fonctions éducatives ce que Philippe Robert, dans son commentaire de la loi du 4 juin 1970, souligne parfaitement en écrivant : « l'assistance éducative y est envisagée comme un rouage de l'autorité parentale, non comme un morceau du droit des mineurs »²¹. En conséquence, la loi de 1970 n'a pas attribué à l'enfant un droit à l'éducation dont il pourrait déterminer ou discuter le contenu mais plus simplement un droit à la protection des « conditions » dans lesquelles elle est mise en œuvre²².

D'autre part, le juge auquel l'enfant s'adresse doit encore au moment de rendre sa décision s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille (art. 375.1), tenter de maintenir le mineur dans son milieu actuel (art. 375.2) et tenir compte enfin des convictions religieuses et philosophiques du mineur certes mais aussi de sa famille (art. 4 du décret du 23 décembre 1970). Autant de conditions qui réduisent pratiquement à néant les chances du mineur de voir sa demande aboutir favorablement.

On peut dès lors se demander si le conflit parental n'est pas pour l'enfant un conflit en trompe-l'œil et pour l'État qui l'a réglé un conflit-prétexte ?

Un conflit en trompe-l'œil car saisi d'une demande d'assistance éducative le rôle du juge consiste moins à trancher entre deux parties aux prétentions opposées, donner raison à l'une et tort à l'autre, qu'à « agir concrètement sur une *situation conflictuelle* pour la faire évoluer favora-

20. Circulaire des chefs de la Cour d'Appel de Paris en date du 27 mai 1960, citée in A. Dubreuil, *Les fonctions de juge des enfants. Les fonctions civiles*, A.E.R. de l'E.N.M. de Bordeaux, 1981, p. 38.

21. Rev. trim. de Droit civil, 1971, p. 65.

22. Il faut bien avouer que la notion de « conditions d'éducation gravement compromises » est particulièrement incertaine et rares sont d'ailleurs les décisions qui se fondent sur ce motif. En inscrivant cette formule dans l'article 375 du Code civil le législateur semble avoir voulu rappeler en 1970 qu'il n'appartenait pas au juge des enfants de connaître du contenu de l'éducation choisie par les parents. Mais les choix éducatifs opérés par ces derniers pouvant avoir des retombées nuisibles sur la santé ou la sécurité de l'enfant, la précision n'a que valeur de principe.

blement »²³. Véritable médiateur, il doit travailler « au rétablissement de rapports *normaux*... » au sein des familles²⁴ dont il cherchera à éviter l'éclatement ou la dispersion²⁵. L'enfant et sa famille sortiront du cabinet du juge munis d'une « ordonnance » prescrivant la médecine douce plutôt que la chirurgie et salueront leur interlocuteur par un « au revoir docteur » !²⁶

En prenant l'initiative d'un « contact » avec le juge l'enfant, s'il n'est pas du tout assuré d'obtenir une réponse précise au problème concret qui est le sien, a par contre toutes les chances de déclencher la mise en œuvre de processus « juridico-socio-médico-psychologiques... » qui précéderont et accompagneront la décision du juge. C'est ainsi qu'au titre des mesures d'information (art. 888.2 du Code de procédure civile) le juge des enfants peut ordonner une enquête sociale, un examen psychiatrique ou psychologique, une observation du comportement, un examen d'orientation professionnel... De même, quand le juge décide de maintenir le mineur dans son milieu actuel, l'article 375.2 du Code civil précise qu'il désigne alors « soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert » qui devront suivre le développement de l'enfant. Le règlement judiciaire du conflit parental est donc objectivement l'occasion offerte à l'Etat et à ses collaborateurs de mener un ensemble d'investigations et d'interventions dans le milieu familial²⁷.

Souvent contesté, l'interventionnisme familial de l'Etat est en fait inévitable. Le droit français reconnaît à l'enfant un droit à la protection de sa santé, de sa sécurité, de sa moralité et de ses conditions d'éducation, mais il ne lui permet ni d'en définir le contenu ni de le mettre en œuvre par lui-même. L'enfant est donc enfermé dans un statut de dépendance protégée qui l'oblige sans cesse à s'adresser à autrui, c'est-à-dire aux adultes : ses parents ou, quand ces derniers sont défailants, l'Etat car alors on ne voit pas qui d'autre ? Et c'est le conflit parental qui permet cet appel à l'Etat car, pour le mineur, loin d'être le moyen de sortir de sa dépendance, il est la faculté d'appeler l'Etat à aider ses parents à mieux pourvoir à cette même dépendance. Autrement dit, tant que le droit ne verra dans l'enfant qu'un être dépendant il s'obligera à ne pouvoir choisir qu'entre l'arbitraire parental ou la tutelle étatique.

23. M. Henry et D. Pical, *op. cit.*, p. 110 ; souligné par nous.

24. *Idem.*

25. Telle est bien la finalité des art. 375.1 et 375.2 cités plus haut. Il faut encore savoir que les décisions rendues par les juges des enfants ne sont frappées d'appel que dans 0,7 % des cas.

26. François La Fresnaye rapporte que cette politesse lui a été maintes fois adressée par ses « clients », in *Le juge des enfants : comprendre et juger*, Ed. scientifiques et juridiques, 1982, p. 125.

27. Pour certains auteurs, tel serait d'ailleurs l'objectif premier mais déguisé de l'intervention judiciaire : l'intérêt de l'enfant ne serait que la couverture juridique sous laquelle l'Etat assurerait la police ou le contrôle des familles et le conflit parental le prétexte déclenchant. En ce sens, cf. J. Donzelot, *op. cit.*, P. Meyer, *op. cit.* et A. Masson, *Mainmise sur l'enfance*, Payot, 1980. Pour une opinion plus nuancée, cf. J. Commaille, *Familles sans justice ?*, Le Centurion, 1982, pp. 139-145.

Pour que le conflit parental soit autre chose que le marchepied de l'interventionnisme étatique, il faut ou il faudra reconnaître à l'enfant un véritable droit à l'autonomie progressive.

2°) Avant de distinguer les formes qu'une évolution en ce sens pourrait prendre, il faut préalablement démontrer qu'elle est nécessaire.

En l'état actuel du droit positif le règlement d'un certain nombre de conflits parentaux est impossible sauf à conduire le juge à réaliser de véritables « jongleries » juridiques ou à inciter l'enfant à mettre en danger sa santé ou sa sécurité, ce qui, quand on connaît les objectifs de la loi de 1970, est un paradoxe fâcheux. Ainsi, que peut faire le juge devant lequel un enfant vient revendiquer le « droit » d'adhérer à une croyance contre l'avis de ses parents sachant que l'article 4 du décret du 23 décembre 1970 l'oblige à tenir compte des convictions de chacune des deux parties ? Que peut faire encore le juge quand un mineur, qui en a les moyens matériels et intellectuels, vient lui demander contre l'ordre de ses parents l'autorisation de ne pas regagner le domicile parental sachant que l'article 371.3 du Code civil conditionne une telle autorisation à un cas de nécessité — état de danger actuel ou imminent et certain — et que l'article 375.2 dispose que même dans cette hypothèse le mineur devra être maintenu dans son « milieu actuel » chaque fois qu'il sera possible ? Prodiguer des conseils de patience ou commettre de véritables illégalités comme celle qui consiste à interpréter la notion de « milieu actuel » comme étant celui où de fait et non de droit le mineur est installé alors qu'à plusieurs reprises la Cour de Cassation l'a entendu comme visant le milieu familial²⁸. On comprend dès lors que pour éviter de recourir à des procédés juridiquement très contestables, le juge se raccroche au moindre risque de danger lui permettant de fonder légalement une décision d'assistance éducative même quand ce risque est constitué par une simple menace proférée par le mineur²⁹. Et quand la menace n'aboutit pas il ne reste plus à l'enfant qu'à passer à l'acte ! Grève de la faim, grève scolaire, fugues à répétition, actes de délinquance ou tentative de suicide. Succédant à l'ordonnance de 1958, la loi de 1970 peut donc paradoxalement provoquer le danger qu'elle a pour but premier de faire cesser.

Une réforme est donc nécessaire. A cette fin trois voies peuvent être explorées.

On peut tout d'abord songer à abaisser une fois encore l'âge de la majorité en le fixant à 17, 16 voire 15 ans. La brutalité du procédé ne plaide pas en sa faveur. Transformant magiquement le statut d'une personne en l'espace de quelques secondes il repose sur une opposition radicale

28. Cf. par ex. : Cass. Civ. 4 juillet 1978, Droit de l'enfance et de la famille, 1978/2, p. 161 et Cass. Civ. 17 novembre 1981, Bull. civ. 1981, 1, 284. J.P. Rosenczweig donne plusieurs autres exemples de ce genre de décisions, in *Justice*, n° spécial, « Justice des mineurs », oct.-nov. 1980, p. 70.

29. Par ex. : Cass. Civ. 16 janvier 1979 : « ... que les jeunes filles menacent de s'enfuir s'il leur était enjoint de suivre leur mère en Grèce », D.E.F. 1979/1, p. 171 ; Cass. Civ. 31 mars 1981 : « ... la mineure a indiqué qu'elle se jetterait sous une voiture si sa grand-mère la reprenait », D.E.F., 1981/1, p. 241.

entre minorité et majorité qu'il perpétue en la décalant simplement dans le temps. Or il est aujourd'hui unanimement admis que la minorité est ou devrait être ce qui conduit progressivement et graduellement à la majorité.

On peut ensuite proposer pour les mineurs de 16 à 18 ans une « prémajorité » dont plusieurs éléments se trouvent d'ores et déjà éparpillés ou à l'état latent — dans notre droit³⁰. L'intérêt de cette proposition est indéniable car elle correspond bien à la conception de la minorité relevée ci-dessus. Nous lui préférons néanmoins une démarche plus ambitieuse que nous ne pouvons ici que résumer schématiquement.

A partir d'un âge, qui pourrait être celui de 16 ans, l'enfant bénéficierait dans certains domaines — religieux, politique et syndical, scolaire, relationnel — du principe de liberté dont on sait qu'il gouverne notre droit toutes branches confondues. La liberté n'ayant jamais signifié l'absence totale de contraintes, on pourra prévoir que celles qui pèseraient sur les mineurs, et que les parents exerceraient, soient renforcées. Les parents pourraient ainsi s'opposer aux choix du mineur quand ceux-ci seraient de nature à nuire ou à mettre en danger sa santé, sa sécurité, sa moralité ou son éducation. En cas de discord grave et persistante le juge serait amené à trancher.

Nous n'ignorons pas les difficultés que soulève une telle piste de recherche — en matière de responsabilité par exemple — ni les problèmes qu'elle laisse pour l'instant en l'état comme ceux posés par les familles où le contrôle et la surveillance des mineurs ne serait pas, pour une raison ou pour une autre, assurée. Mais en tout état de cause cette proposition présenterait le double avantage de faire du conflit parental un véritable conflit de droit et des dernières années de la minorité un apprentissage de la responsabilité et du dialogue.

*
**

En concluant sa préface à l'ouvrage de Raymond Legeais, le Doyen Carbonnier écrivait il y a quelques années : « le législateur aurait dû repenser l'ensemble de la question à partir de l'enfant, non des parents : au lieu de réécrire le *de patria potestate*, que n'a-t-il composé un *de liberis liberandis* ? »³¹. Puisse le législateur, s'il décidait d'intervenir une nouvelle fois, ne pas oublier ce conseil en forme de regret.

30. Cf. en ce sens J.P. Collomp, *Les droits des mineurs*, C.F.R.E.S., 1980 ; M.L. Rassat, *op. cit.* et F. Gisser, *Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs. Une institution en cours de formation : la prémajorité*, J.C.P., 1984, Chr. 3142.

31. In R. Legeais, *op. cit.*, préface, p. 13.