

ETUDE COMPAREE SUR L'AUTORITE PARENTALE EN FRANCE ET EN ESPAGNE

Jean-Jacques Lemouland

▶ **To cite this version:**

Jean-Jacques Lemouland. ETUDE COMPAREE SUR L'AUTORITE PARENTALE EN FRANCE ET EN ESPAGNE. "Etude comparée du droit de la famille en Pays Basque, Navarre, Iparralde, France et Espagne"„ 2000, Saint Sébastien, Espagne. hal-01937792

HAL Id: hal-01937792

https://univ-pau.hal.science/hal-01937792

Submitted on 28 Nov 2018

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.

ETUDE COMPAREE SUR L'AUTORITE PARENTALE

EN FRANCE ET EN ESPAGNE (*)

Jean-Jacques LEMOULAND
Professeur à l'Université de PAU, Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion

RESUME

Sur la question du gouvernement de la personne du mineur, le droit français et le droit espagnol comportent d'incontestables similitudes: similitude historique, similitude formelle, similitude d'évolution. La comparaison des deux législations est donc souvent sans surprises. L'autorité parentale exercée en commun par les parents a été substituée à l'ancienne puissance paternelle. Cette autorité doit être exercée, en priorité, dans l'intérêt de l'enfant. Et l'on prend de plus en plus en considération la volonté de ce dernier. Souvent, nos deux législations, engagées sur le même chemin, rencontrent les mêmes embûches et les mêmes difficultés: en cas de désaccord des titulaires de l'autorité parentale, en cas d'opposition d'intérêts avec le mineur, pour assurer sa protection tout en lui donnant davantage d'autonomie etc…

On peut de demander, néanmoins, si le droit français et le droit espagnol ne s'orientent pas actuellement dans des directions différentes, sous la pression du droit international. L'Espagne semble très désireuse d'intégrer au mieux les dispositions internationales relatives aux droits de l'enfant. La France, pour l'instant, paraît plus réservée. Cette divergence connaît, d'ores et déjà, des signes tangibles. Le droit espagnol semble avoir définitivement abandonné l'assimilation entre minorité et incapacité, alors que sur ce point, le droit français demeure plus ambigu. En outre, les modalités de protection du mineur se sont "publicisées" davantage en Espagne qu'en France.

Mais il est possible que cette divergence soit passagère, et que nos deux législations finissent par se retrouver sur une voie médiane.

(*) Texte d'une intervention lors du Colloque "Etude comparée du droit de la famille en Pays Basque, Navarre, Iparralde, France et Espagne", organisé par le Centre d'Etudes Basques de la Faculté pluridisciplinaire de Bayonne et Eusko Ikaskuntza, Saint-Sébastien, 4 novembre 2000

En droit français, on situe facilement la matière. Le Code civil consacre un Titre entier à l'autorité parentale (Titre 9, art. 371 à 387). Ce titre comporte deux chapitres. Le premier est consacré à l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Il précise les attributs de l'autorité parentale, ses modalités d'exercice en fonction des situations familiales, les possibilités d'assistance éducative, de délégation, de retrait total ou partiel de l'autorité. Le second chapitre traite de l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant (administration légale et jouissance légale). En réalité, s'agissant surtout des aspects patrimoniaux, il convient également de se reporter au Titre X du Code civil (art. 388 à 487) relatif à la minorité, la tutelle, et l'émancipation.

On retrouve à peu près le même agencement dans le Code civil espagnol. Un Titre 7 du Livre I relatif aux personnes envisage spécialement les relations parents enfants (art. 154 à 180). On y trouve également les dispositions relatives à l'adoption, à la garde et là l'accueil des mineurs. Il convient de se reporter aussi au Titre X qui traite de la tutelle et de la curatelle , mais qui contient en outre les dispositions concernant le défenseur judiciaire et la garde de fait (art. 215 à 313). Enfin, le Titre XI détermine l'âge de la majorité et les modalités de l'émancipation (art. 314 à 324).

Cette similitude dans la forme a des raisons historiques et culturelles. Le droit espagnol et le droit français ont trouvé leur inspiration et leurs racines dans le mélange des lois barbares et du Code de Justinien. Et leur évolution s'est faite, tout au long de l'histoire, de façon presque parallèle.

En droit français, la réforme majeure en la matière est intervenue en 1970, réforme qui s'inscrivait dans un mouvement plus vaste affectant l'ensemble des relations familiales. La loi de 1970 a substitué à la puissance paternelle une autorité parentale exercée en commun par les deux parents et faite davantage de devoirs et d'obligations que de prérogatives. Les réformes ultérieures, en 1987 puis en 1993, n'ont fait que confirmer et amplifier ce mouvement.

En Espagne, c'est la réforme de 1981qui a consacré cette orientation, en insérant dans le Code civil un Titre sur les relations parents enfants, qui se substitue en le complétant à celui consacré jusque là à la puissance paternelle. Cette réforme a accentué le caractère fonctionnel et finalisé des prérogatives accordées aux parents vis à vis de leurs enfants. Même si les termes de puissance paternelle ont été conservés, ils ne doivent pas faire illusion, tant le contexte qui les entoure a changé. Une loi ultérieure de 1987 a généralisé la référence au principe supérieur de l'intérêt de l'enfant et élargi les compétences du ministère public. Plusieurs droits foraux ont évolué de la même façon (v. par ex. Dr. civ. foral de Navarre, art. 63 et s., mod. L. 1er avril 1987).

La comparaison entre le droit français et le droit espagnol, dans ce domaine, devrait donc être sans surprises (I).

On peut cependant se demander si ce parallélisme persistera dans l'avenir. Il laisse percevoir des signes de fracture sous l'influence du droit européen et, plus largement, de l'internationalisation des droits de l'enfant. Face à ces pressions, le droit espagnol et le droit français semblent réagir différemment.

Le législateur espagnol paraît manifestement soucieux d'intégrer au mieux les droits de l'enfant reconnus dans les traités internationaux que l'Espagne a signés, et spécialement ceux mis en exergue par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant . Une loi de 1996 sur la protection juridique des mineurs y fait directement référence.

A l'inverse, le droit français semble vouloir s'installer dans une position plus réservée. Bien que la Convention des droits de l'enfant ait été signée et ratifiée par la France, la Cour de cassation estime que les dispositions de cette convention ne sont pas directement applicables, et qu'elles ne peuvent être invoquées devant les tribunaux judiciaires. Seul le Conseil d'Etat se démarque de cette tendance, en admettant, au cas par cas, d'appliquer certaines dispositions de la Convention. Du côté du législateur, ce n'est pas non plus l'enthousiasme. La réception légale des droits reconnus au plan international se réalise de façon très parcimonieuse et avec beaucoup de prudence. Seul le droit pour l'enfant d'être entendu dans les procédures qui le concernent s'est trouvé consacré par une loi de 1993;

Il est donc permis de se demander s'il ne s'agit pas là de signes précurseurs d'une divergence accentuée entre nos deux législations (II).

I) Une comparaison sans surprises

Les bases sont les mêmes. En droit espagnol, comme en droit français, l'âge de la majorité est aujourd'hui fixé à 18 ans (C. civ. espagnol art. 315; C. civ. français, art. 388; v. également art. 50 du Fuero Nuevo de Navarre), et jusqu'à cet âge, le mineur est placé sous l'autorité de ses père et mère (C. civ. français, art. 371-1; C. civ. espagnol, art. 154). Mais dans le prolongement de ces bases communes, et sur les grands principes, nos deux législations ont évolué de la même façon. Elles ne sont certes pas absolument identiques, mais les différences apparaissent surtout comme des différences de détails ou de degrés.

Cette convergence de principe, peut être soulignée sur trois points, qui ont été les axes directeurs de la réforme des relations parents enfants en France et en Espagne au cours des trente dernières années. On verra aussi, chemin faisant, que les deux systèmes juridiques se trouvent souvent confrontés aux mêmes difficultés, qui ne sont que la résultante des options choisies.

A) S'agissant d'abord des *titulaires de l'exercice de l'autorité parentale*, la loi du 4 juin 1970 a opéré en France un changement radical en faisant purement et simplement disparaître les termes de puissance paternelle et en leur substituant l'expression autorité parentale. Au pouvoir souverain du père, la loi substitue, dans un esprit égalitaire, une autorité partagée confiée au père et à la mère (C. civ. art. 371-2).

On retrouve désormais, dans le Code civil espagnol, un principe identique d'exercice dual de l'autorité sur l'enfant. Les termes de patria potestas ont été conservés, mais l'exposé des motifs de la réforme de 1981 ne laisse aucun doute sur les intentions réelles du législateur et sa volonté de mettre la législation espagnole en accord avec celle des autres pays européens C.

civ. art. 154 et art. 156). Mais dans son élan d'harmonisation, le législateur est allé plus vite que bien d'autres législations, et que la législation française en particulier.

En effet, la loi espagnole ne distingue pas, pour l'exercice en commun de l'autorité parentale, selon la nature des actes. Elle applique le principe tant aux actes patrimoniaux (C. civ. 164 qui prévoit de façon générale que les parents administrent les biens de leurs enfants) qu'aux actes personnels. Elle ne distingue pas davantage, en droit, selon la nature de la filiation ou selon que les parents sont divorcés. La seule réserve qu'elle introduit prend en considération une situation de fait, la séparation des parents, pour prévoir que, dans ce cas, l'autorité sera exercée par celui avec lequel vit avec l'enfant (sauf la possibilité pour le juge de décider malgré tout d'un exercice conjoint ou de répartir entre les parents les différentes fonctions)(C. civ. art. 156, al. 5).

Il faudra attendre davantage pour que le droit français fasse le même chemin. Jusqu'en 1985, la gestion des biens de l'enfant est restée un privilège paternel; il faudra attendre une loi du 23 décembre 1985 pour voir consacrer dans le domaine de l'administration légale la même égalité que pour le gouvernement de sa personne (C. civ. art. 383). D'autre part, le droit français a continué, pendant longtemps, de faire une distinction selon la nature de la filiation; vis à vis de l'enfant naturel, la mère bénéficiait d'une préférence dans l'exercice de l'autorité parentale; ce privilège a été réduit par une loi du 8 janvier 1993, mais sans complètement disparaître, puisque l'exercice en commun de l'autorité parentale à son égard reste soumis à plusieurs conditions (C. civ. art. 372, sauf déclaration des parents ou, ici aussi, décision du juge d'imposer cet exercice conjoint, C. civ. art. 374). Enfin, la loi française a suivi un chemin plus chaotique pour déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale en cas de divorce. Mais au bout du compte, en posant le principe, dans cette hypothèse, d'un exercice en commun de l'autorité parentale (C. civ. art. 287, mod. L. 8 janv. 1993), le législateur français va désormais plus loin que son homologue espagnol, qui prévoit que l'autorité parentale sera confiée en principe à celui qui a la garde de l'enfant (C. civ. art. 159), sauf décision contraire du juge en considération de l'intérêt de l'enfant (C. civ. art. 156, al. 5).

Dans la poursuite de leur idéal égalitaire, les deux législations se aussi heurtées aux mêmes difficultés. L'autorité parentale conjointe créé d'abord un risque de paralysie si les titulaires ne parviennent pas à se mettre d'accord. Dans ce cas, le droit français prévoit que le parent le plus diligent pourra saisir le juge qui statuera après avoir tenté de concilier les parties (C. civ. art. 372-1-1, al. 2; et v. C. civ. art. 389-5, al. 2 pour la gestion des biens). On retrouve une issue analogue dans le Code civil espagnol (C. civ. art. 156, al. 2), sauf à noter que le juge ne décide pas mais qu'il attribue à l'un ou l'autre des parents la faculté de décider, et qu'en cas de désaccords répétés le juge peut décider de modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale (v. aussi Dr. foral Navarre, art. 63, al. 9).

Un autre inconvénient du principe égalitaire résulte de la lourdeur de fonctionnement qu'il engendre si, pour tous les actes, l'accord préalable des titulaires est nécessaire. Le droit français a résolu le problème en posant, vis à vis des tiers de bonne foi et pour les actes usuels concernant la personne de l'enfant, une présomption de pouvoir de chaque parent; pour ces actes chacun est présumé agir avec l'accord de l'autre (C. civ. art. 372-2; idem pour les actes patrimoniaux les plus simples, pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation, C. civ. art. 389-4). On retrouve la même idée en droit espagnol, qui pose au profit des tiers de bonne foi, une présomption d'accord dans l'exercice ordinaire de l'autorité parentale (C. civ. art. 156, al. 3). Mais le droit espagnol va plus loin que le droit français en validant, purement et simplement, les actes courants ou ceux qui sont urgents, réalisés par un seul parent (C. civ.

art. 156, al. 1). Il permet en outre une dérogation consensuelle à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, puisque l'un des parents pourrait exercer seul cette autorité avec le consentement exprès ou tacite de l'autre (C. civ. art. 156 al. 1).

B) Un deuxième axe directeur des réformes de l'autorité parentale a été la prise en compte de *l'intérêt de l'enfant*. Certes, cette considération n'a jamais été totalement ignorée. On en trouve déjà la trace en droit romain, dans l'adage *infans conceptus,* dont l'ancienneté ne dément pas pour autant l'actualité. Et la puissance paternelle, autrefois souveraine, trouvait déjà un tempérament dans l'obligation pour son titulaire de se comporter et d'agir en "bon père de famille".

Mais l'intérêt de l'enfant n'est plus simplement aujourd'hui un élément à prendre en considération; il est devenu l'objectif et le critère d'exercice de l'autorité parentale.

En France, la loi de 1970 a clairement montré la voie. Les prérogatives qu'elle confère aux parents n'ont pour but que de mieux leur permettre de protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité (C. civ. art. 371-1). C'est ce critère qui sert désormais de référence à la jurisprudence pour régler toutes les difficultés d'exercice de l'autorité parentale, et spécialement, pour décider d'un éventuel exercice unilatéral de cette autorité. C'est en mettant en avant l'intérêt de l'enfant que la Cour d'appel de Paris a récemment admis la possibilité, très discutée, d'un hébergement alterné. Et parmi les dispositions de la Convention des droits de l'enfant, la seule qui a trouvé un écho favorable auprès du Conseil d'Etat, c'est celle qui fait référence à "l'intérêt supérieur de l'enfant".

On retrouve ce même attachement dans le Code civil espagnol, qui pose le principe selon lequel l'autorité parentale doit toujours s'exercer au bénéfice des enfants (C. civ. art. 154, al. 2). C'est en considération de cet intérêt que le juge peut aménager les modalités d'exercice de l'autorité (C. civ. art. 156 al. 5) et déterminer le titulaire du droit de garde en cas de séparation (C. civ., art. 159). Avec la loi de 1996 l'intérêt supérieur de l'enfant est érigé au rang de principe général (art. L. 2) et le texte affirme sa primauté sur tout autre intérêt légitime. On ne peut qu'admirer le législateur espagnol pour la certitude de son jugement. Malheureusement, il est à craindre qu'il ne soit tôt ou tard démenti, et l'Espagne ne fera pas davantage que la France l'économie de devoir un jour arbitrer le conflit de droits subjectifs, tous plus importants les uns que les autres.

Le souci de prendre en compte spécialement l'intérêt de l'enfant s'est également manifesté dans la façon d'appréhender l'opposition d'intérêt qui peut apparaître entre l'enfant et ses parents. Une telle opposition n'était guère concevable autrefois, puisque le père représentant légal de ses enfants était présumé agir dans leur intérêt. Seules des situations extrêmes de danger pouvaient justifier des mesures portant atteinte à la puissance paternelle. En dehors même de telles situations, le législateur espagnol, dès 1981, a imaginé une possible opposition d'intérêt entre l'enfant et ses parents et dérogé alors au principe de la représentation (C. civ. art. 162, 2°). Bien plus, il a prévu qu'un défenseur judiciaire pourrait être nommé pour défendre alors et représenter les intérêts du mineur dans la limite des attributions conférées par le juge (v. aussi Dr. foral Navarre, art. 64). En droit français, une loi du 14 décembre 1964 relative à l'administration légale et la tutelle avait aussi prévu la possibilité d'intervention d'un administrateur ad hoc, mais sa désignation restait soumise à la diligence du représentant légal et son domaine d'intervention était purement patrimonial. La loi du 8 janvier 1993 a élargi les conditions de désignation de l'administrateur ad hoc en permettant sa désignation d'office par le juge des tutelles ou par le juge saisi de l'instance (C. civ. art.388-2 et 389-3, al. 2). Par

ailleurs, la législation française semble avoir franchi un pas supplémentaire en instituant (L. 2 mars 2000) un défenseur des enfants, autorité indépendante, chargé de promouvoir et de défendre les droits des enfants et d'assurer la transmission des informations aux organismes compétents, mais sans pouvoir intervenir dans une procédure judiciaire.

C) Enfin, nos deux législations s'accordent incontestablement dans leur souci de prendre davantage en considération *la volonté du mineur* et de réduire son incapacité.

Cette orientation est éclatante en droit espagnol. Elle transparaît déjà dans le Code civil de 1981 qui pose le principe d'audition du mineur ayant une capacité suffisante de jugement, pour toute décision le concernant (C. civ. art. 154, al. 3). Plus précisément, cette audition est obligatoire, en cas de séparation, pour tout enfant de plus de 12 ans, avant d'attribuer la garde à l'un des parents (C. civ. art. 159). Ce droit pour le mineur d'être entendu a été réaffirmé de façon très générale par la loi de 1996 (art. 9), encore que la loi pose peut-être une exigence supplémentaire en limitant cette audition aux procédures dans lesquelles le mineur est "directement impliqué".

Dans d'autres cas, c'est le consentement du mineur qui doit être obtenu: pour être adopté ou accueilli (au delà de 12 ans, C. civ. art. 173, 2° et 177, 1°; art. 73 du Fuero nuevo de Navarre, qui se réfère quant à lui à l'âge de la puberté, c'est à dire 14 ans), pour être émancipé par ses parents (à partir de 16 ans, C. civ. art. 317), pour passer un contrat qui oblige l'enfant à réaliser des prestations personnelles (s'il a un jugement suffisant, C. civ. art. 162 al. 2), pour le cas où les parents voudraient renoncer à un droit, aliéner un immeuble, refuser un héritage, un legs ou une donation au mineur (C. civ. art. 166; ces actes nécessitent en principe une autorisation judiciaire, mais elle peut être remplacée par le consentement du mineur dans un acte authentique s'il a plus de 16 ans; v. aussi Dr. civ. foral Navarre, art. 65 in fine)

Parfois enfin c'est sa volonté initiale du mineur qui est nécessaire: pour se marier (à partir de 14 ans), pour reconnaître un enfant (sous la même condition d'âge que le mariage, mais avec une autorisation judiciaire, C. civ. art. 121, Fuero nuevo de Navarre, art. 69), pour faire un testament (à partir de 14 ans, C. civ., art. 663, 1°, Fuero nuevo de Navarre, art. 184), pour exercer ses droits de la personnalité (s'il a une maturité suffisante, C. civ. art. 162, 1°), pour administrer les biens acquis par son travail (au-delà de 16 ans, C. civ. art. 164, 3°). Mais il lui faudra parfois en outre l'accord ou l'assistance de ses parents: pour exercer lui-même une autorité parentale (C. civ. art. 157), pour acquérir la possession des choses ou plus exactement faire valoir les droits que lui donne cette possession (C. civ. art. 443), pour faire des actes dépassant l'administration ordinaire des biens acquis par son travail (C. civ. art. 164, 3°).

Cette tendance est également très nette en droit français. Une loi du 22 juillet 1987 a instauré la possibilité pour le juge de tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant, mais en établissant une distinction fondée sur l'âge (l'audition n'était obligatoire qu'au-delà de 13 ans). La loi de 1993 a modifié l'art. 388-1 C. civ. qui prévoit désormais que le mineur capable de discernement peut être entendu dans toute procédure le concernant. Comme en droit espagnol si l'enfant forme cette demande, elle ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. En pratique, l'application du texte comporte cependant de sérieuses zones d'ombre (par ex. sur le respect du contradictoire).

D'autre part, dans de nombreuses hypothèses très comparables à celles du droit espagnol, le droit français prévoit aussi la nécessité de recueillir l'accord du mineur (pour être adopté, s'il a plus de 13 ans, C. civ. art. 345 et 360; pour un changement de prénom ou un changement de

nom qui ne serait pas la conséquence d'une modification du lien de filiation, également au-delà de 13 ans, C. civ. art. 60) ou exige sa volonté directe (pour se marier s'il a plus de 15 ans, C. civ. art. 144 et 145; pour tester à partir de 16 ans, C. civ. art. 904; pour reconnaître un enfant et exercer l'autorité parentale sans autre condition, semble-t-il que celle du discernement). Il a toujours été admis par ailleurs que le mineur peut faire seul les actes de la vie courante, la difficulté étant tout de même de définir ces actes (le problème se pose surtout à l'heure actuelle dans le cadre des relations avec les établissements bancaires).

Même si les seuils d'âge sont parfois légèrement différents et si, en fonction des actes, les tolérances ne sont pas exactement identiques, nos deux législations donnent l'impression d'ensemble d'avoir voulu instaurer une sorte de système progressif de passage du statut de mineur à celui de majeur. Ce faisant, elles se trouvent confrontées aux mêmes conséquences.

La première conséquence qui s'est développée de façon concomitante a été l'accroissement du pouvoir du juge dans les rapports parents enfants. Tout y concourrait, tant la conception égalitaire de l'autorité parentale, que la préoccupation exacerbée de l'intérêt de l'enfant. Cette montée en puissance a entraîné avec elle son lot de difficultés tenant à la détermination du juge compétent, et aux limites de ce pouvoir judiciaire par rapport à celui des titulaires de l'autorité parentale.

Une deuxième conséquence, déjà flagrante en droit français, peut-être plus insidieuse en droit espagnol, réside dans l'accroissement corrélatif de la responsabilité du mineur. Cette évolution est consommée sur le terrain de la responsabilité civile, et elle ne fait que s'amplifier dans le domaine de la responsabilité pénale. Question d'équilibre, dont il n'est pas sûr, finalement, qu'il soit très favorable au mineur.

C'est sans doute la prise de conscience de ces difficultés qui explique, de part et d'autres, la persistance de noyaux durs de protection, qui contrastent d'autant plus avec le libéralisme ambiant.

Le statut du mineur émancipé en fournit un exemple classique. En droit français, l'émancipation n'est pas facile à obtenir. Elle ne peut résulter que du mariage, ou d'un jugement rendu à la demande des parents (ou de l'un d'eux) si le mineur a plus de 16 ans et après qu'il ait été entendu. Le juge apprécie les motifs pour lesquels l'émancipation est de mandée et il peut la refuser si ces motifs ne lui paraissent pas suffisamment convaincants (C. civ. art. 477). En droit espagnol, l'émancipation résulte aussi du mariage (C. civ. art. 316), mais elle peut se produire de façon consensuelle si les parents le demandent pour un mineur de plus de 16 ans qui y consent (C. civ. art. 317), ou même en fait, parce que le mineur de plus de 16 ans vit indépendamment de ses parents (il ne s'agit alors que d'une présomption et les parents peuvent révoquer leur consentement, C. civ. art. 319). L'originalité du droit espagnol tient surtout à ce que l'émancipation peut intervenir dans quelques cas (par exemple en cas de recomposition familiale), par décision judiciaire à la demande de l'enfant de plus de 16 ans; ce sont alors les parents qui doivent être entendus (C. civ. art. 320). En toute hypothèse, en droit français comme en droit espagnol, la capacité du mineur émancipé connaît diverses exceptions pour des activités jugées particulièrement risquées. En France, le mineur émancipé ne peut être commerçant (C. civ. art. 487) et il doit obtenir les mêmes autorisations que s'il était mineur pour se marier ou se donner en adoption (C. civ. art. 481). En Espagne, le mineur émancipé ne peut emprunter d'argent, et il ne peut sans le consentement de ses parents aliéner ou grever des immeubles, des établissements industriels ou commerciaux, ou des

meubles de valeur (C. civ. art. 323; v. aussi Dr civ. foral Navarre, art. 66; adde en matière testamentaire Dr. civil foral du Pays Basque, art. 44,).

De façon plus inattendue, le législateur n'hésite pas à faire prévaloir parfois le souci de protection du mineur sur le respect de sa volonté. Et lorsqu'il choisit cette voie, sa rigueur est souvent plus grande qu'elle ne l'était autrefois. On pourra en trouver un exemple en France dans la législation sur les prélèvements d'organes qui, s'agissant de mineurs, a restreint et encadré de plus en plus les possibilités de prélèvements. En Espagne, la loi de 1996 qui affirme le droit du mineur sur son image, renforce dans le même temps le rôle du ministère public pour protéger le mineur, contre sa propre volonté, de toute utilisation qui serait contraire à son honneur ou à ses intérêts (art. 4 L). Cette loi qui donne également aux mineurs un droit à l'information (art. 5 L.) prévoit aussi de les protéger spécialement contre toute publicité qui pourrait leur porter préjudice.

En dépit de cette similitude historique et évolutive, on peut se demander si nos deux législations ne sont pas en train de prendre des orientations différentes.

II) Les signes précurseurs d'une divergence accentuée

La différence de réaction face à l'internationalisation des droits de l'enfant est flagrante. Il est possible qu'elle ne soit pas superficielle. Elle pourrait être révélatrice, au fond, d'une façon différente de concevoir le statut de l'enfant par rapport à ses parents, et d'une divergence sur le principe même de l'incapacité, ou sur les modalités de protection du mineur.

A) Sur *le principe de l'incapacité*, la rupture entre le droit espagnol et le droit français paraît totale.

En réalité, nous avons peut-être toujours eu à ce sujet une vision inexacte du droit espagnol, confortée par l'impression que, dans l'ensemble, nos législations étaient similaires. Certes, le Code civil place bien le mineur sous l'autorité des ses père et mère (C. civ. art. 154, al. 1). Ceux-ci ont une mission de représentation légale et d'administration des biens de leurs enfants (C. civ. art. 154, 2° et 162 qui s'inscrit dans un Chapitre intitulé "De la représentation légale des enfants"). Mais à aucun moment il ne le frappe d'une incapacité, du seul fait de son âge. Les causes d'incapacité sont prévues par l'art. 200 C. civ: elles peuvent résulter d'une maladie ou d'une déficience empêchant la personne de sa gouverner elle-même. Pour bien marquer la différence, il est d'ailleurs prévu que le mineur peut être déclaré incapable s'il présente une cause d'incapacité dont on peut prévoir qu'elle persistera jusqu'à sa majorité (C. civ. art. 201). Dès le départ, le Code civil espagnol n'a donc pas entretenu à propos du mineur l'ambiguïté du droit français.

La loi du 15 janvier 1996 contribue encore un peu plus à cette dissociation entre minorité et incapacité. Le mineur est présenté avant tout comme un sujet de droit "actif, participatif et créatif". Sa capacité est le prolongement juridique de sa personnalité. Et comme pour tout sujet de droit, si des limitations de capacité doivent intervenir, ce ne peut être que de façon exceptionnelle. La loi de 1996, dans la ligne de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, affirme explicitement pour l'enfant toute une série de droits: droit à l'honneur, à l'intimité, à l'image personnelle auxquels sont rattachés l'inviolabilité du domicile et le secret des communications (art. 4 L), le droit à l'information (art. 5 L), le droit à la liberté d'idéologie, de conscience et de religion (art. 6 L), le droit de participation, d'association et de

réunion (art. 7 L), le droit à la liberté d'expression (art. 8 L) et de façon générale, le droit d'être entendu (art. 9 L). Le changement dépasse sans doute l'affirmation ponctuelle de ces droits. La loi de 1996 consacre un changement d'état d'esprit dans la façon de concevoir et de définir le statut du mineur. Elle servira de base d'interprétation de toutes les dispositions qui le concernent et qui, dans les droits foraux, restent encore en retrait par rapport à cette évolution. Nul doute désormais que les limitations de capacité devront être interprétées strictement. Les seuils d'âges eux-mêmes risquent de voler en éclat face au critère du discernement.

Comparativement, le droit français est resté très réservé. D'abord il a toujours entretenu une certaine ambiguïté sur le statut du mineur. Nulle part son incapacité n'est explicitement affirmée…mais nulle par non plus elle n'est démentie. Et de façon générale, la doctrine, tout en reconnaissant que la capacité constitue le principe et l'incapacité l'exception, fait entrer dans la catégorie des incapables les mineurs et les majeurs protégés.

L'évolution récente ne l'a pas démenti. Les textes internationaux ont eu peu d'influence en droit français. Leur seul impact se trouve dans la loi du 8 janvier 1993, qui s'est manifestement inspirée de la Convention des Nations Unies pour prévoir et organiser l'audition de l'enfant dans les procédures qui le concernent. En revanche, on ne trouve pas en droit français une charte des droits de l'enfant comparable à celle qui existe en Espagne. Bien plus, la jurisprudence française reste extrêmement réticente quant à une possible application en France des droits définis dans la Convention. Ce n'est sans doute, au fond, que la traduction d'un attachement très classique à l'incapacité du mineur, avec la conviction que cette incapacité est encore le meilleur moyen d'assurer sa protection. Certes, on prend davantage en compte l'avis de l'enfant, on exige parfois son accord, mais rares sont les cas où il lui est permis d'agir et d'échapper à la représentation. Ainsi, tout en permettant au mineur d'être entendu, notre droit prend soin d'affirmer clairement qu'il ne peut être partie à une procédure C. civ. art. 388-1, al. 3). Il ne peut prendre l'initiative d'agir, ni même intervenir dans un procès. Son accès à la justice passe par ses représentants légaux ou par la désignation d'un administrateur ad hoc en cas d'opposition d'intérêts

B) Il n'est pas étonnant que cette divergence de principe se répercute peu à peu sur les *modalités de protection du mineur*. En Espagne comme en France, la préoccupation première de l'intérêt de l'enfant a conduit le législateur à renforcer les dispositifs de contrôle de l'autorité parentale. Mais les voies choisies semblent quelque peu différentes.

Dans le Code civil de 1981, le pouvoir de contrôle relève essentiellement au juge, renseigné en tant que de besoin par le ministère public. Il appartient au juge de régler les différents dans l'exercice de l'autorité, de prendre les mesures opportunes pour protéger l'enfant (C. civ. art. 158), de répartir les prérogatives en cas de séparation des parents, de désigner un défenseur judiciaire en cas de conflit d'intérêt avec le mineur (C. civ. art. 163 et 299), d'autoriser les actes dépassant les pouvoirs des administrateurs légaux (C. Civ. art. 166 et 167). Eventuellement, le juge peut aussi priver de l'autorité parentale le parent qui manque à ses obligations (C. civ. art. 170). C'est seulement en cas de carence familiale que les institutions publiques sont appelées à la rescousse, mais leur intervention est subsidiaire et provisoire. L'objectif, à terme, est de réinsérer l'enfant dans sa famille (C. civ. art. 172).

Le ton a commencé à changer avec une loi du 11 novembre 1987. Cette loi a élargi les compétences du ministère public. Elle a également pris des dispositions pour faciliter l'intervention de l'autorité publique et lui permettre d'intervenir plus efficacement dans la protection des mineurs. Si les parents sont d'accord, l'enfant peut être placé dans un e famille

d'accueil sur la seule décision de l'autorité publique, sans qu'il soit besoin d'une décision judiciaire.

Un pas de plus paraît franchi dans le sens de cette publicisation du statut des enfants avec la loi du 15 janvier 1996. La loi pose les principes généraux de l'action des autorités publiques. La mission impartie à l'administration est à la fois une mission d'assistance pour l'exercice de leurs droits, et une mission de protection si celle-ci par ailleurs fait défaut. Les pouvoirs publics doivent veiller à ce que les parents exercent convenablement leurs responsabilités. Tout organisme public doit enquêter sur des faits dont il a connaissance et prendre les mesures nécessaires à la protection des mineurs. Dans les situations de détresse, c'est l'autorité publique qui prend le relais de la famille. Elle peut désormais décider, dans l'intérêt du mineur, un accueil provisoire en famille alors même que les parents y seraient opposés

Le droit français n'a pas échappé à cette évolution vers une prise en charge administrative de la protection des mineurs. Le président du Conseil Général est responsable de l'organisation du service de l'Aide sociale à l'enfance. Le directeur départemental de Affaires sanitaires et sociales participe au contrôle de certains établissement et à des actions de prévention. Néanmoins, l'autorité judiciaire reste la seule qui puisse, en dernier ressort, imposer aux parents des mesures d'assistance éducative (C. civ. art. 375 et s.) ou leur retirer leur autorité (C. civ. art. 378 et s.). Par tradition, mais aussi en vertu de la Constitution, c'est le juge qui est le gardien des libertés individuelles. La loi du 6 mars 2000 instituant un défenseur des enfants ne semble pas vraiment remettre en cause cette tradition. D'abord il s'agit d'une autorité indépendante, ne recevant d'instruction d'aucune autre autorité. Ensuite, son rôle est plutôt un rôle de coordination et d'information des différents intervenants potentiels. Il porte à la connaissance de l'autorité judiciaire les affaires susceptibles de donner lieu à une mesure d'assistance éducative. Il informe le président du Conseil général des affaires susceptibles de justifier une intervention du service de l'aide sociale à l'enfance. Mais le défenseur des enfants ne peut intervenir dans une procédure engagée devant une juridiction, ni remettre en cause le bien-fondé d'une décision juridictionnelle.

Les orientations du droit français et du droit espagnol s'agissant des rapports parents enfants, semblent donc actuellement s'engager sur des voies divergentes. Avec le recul de l'histoire, il est pourtant peu probable que cette divergence soit durable. La France devra sans doute faire des concessions aux exigences européennes et tempérer sa conception rigoureuse de l'incapacité. Mais l'Espagne, de son côté, devra certainement mettre un bémol à son credo européen.