

CIVIL

# **Droits des beaux-parents et des grands-parents en cas de décès de l'un ou des deux parents de l'enfant**

Publié le 02/12/2020

**Mélanie  
Courmont-  
Jamet**

**Joséphine  
Tillaye-  
Duverdier**

Face au drame que représente pour un enfant la perte d'un ou de ses deux parents, des outils juridiques ont été créés par le législateur afin de permettre à des tiers, et notamment le beau-parent ou le grand-parent présent et investi, de pallier cette absence. L'objectif de cet article est de présenter un panorama des actions et des mesures juridiques mises à leur disposition afin de protéger la personne, voire le patrimoine du mineur si nécessaire, le tout enrichi des retours de nos expériences pratiques d'avocates.

Dans les années 2000 <sup>1</sup>, Monsieur le Doyen et Professeur Gérard Cornu définissait, dans son Vocabulaire juridique, la « famille » en ces termes : « Ensemble des personnes qui sont unies par un lien du sang, qui descendent d'un auteur commun » ou « groupe restreint des père et mère et leurs enfants (mineurs) vivant avec eux ». Cette définition a, depuis, évolué car de nouveaux acteurs sont apparus au sein de celle-ci.

Il en est ainsi des grands-parents en ce qu'ils sont de plus en plus présents et investis dans la vie de leurs petits-enfants, mais également du nouveau conjoint du père ou de la mère.

En effet, le nombre de familles recomposées ne cesse d'augmenter : en 2011 2, 1,5 million d'enfants en France vivaient dans une famille notamment constituée de l'un de leurs parents, d'un beau-parent et éventuellement de demi-frères ou demi-sœurs.

Ces évolutions sociétales ont reçu un écho juridique. Un véritable statut juridique des tiers a été consacré notamment par les lois du 4 mars 2002, du 5 mars 2007 ou encore du 17 mai 2013 3, aux termes desquelles ces personnes, qualifiées de tiers ou d'alliés d'une part, d'ascendants ou de parents (entendus au sens large) d'autre part, se sont vu accorder divers droits à l'égard de ces enfants. La jurisprudence est venue enrichir cet élan législatif.

Divers outils et actions juridiques existent désormais et permettent d'appréhender des situations dans lesquelles ces tiers n'ont d'autres choix que de s'occuper de l'enfant parce que le, voire les parents sont défailants, incapables, indignes ou décédés.

Dans ces situations – de fait – difficiles et pouvant donner lieu à des revendications empreintes d'affect, de subjectivité et de sentiments aussi divers que la tristesse ou la colère, quels droits sont alors concrètement dévolus aux grands-parents et beaux-parents ? Quelles actions peuvent-ils, en pratique, initier ? Quelles mesures sont susceptibles d'être prononcées pour pallier pareilles situations ?

L'objectif est ici de faire un état des lieux des outils juridiques à la disposition des beaux-parents et grands-parents, des mesures les plus légères aux plus engageantes, le tout enrichi des retours de nos expériences pratiques d'avocates.

Seront donc logiquement abordés les cas où l'un des parents décède et où le parent survivant est apte (I) ou non (II) à s'occuper des enfants, puis celui où les deux parents décèdent (III).

# **I – Première hypothèse : décès d'un parent et aptitude du second parent**

Rappelons qu'aux termes de l'article 373-1 du Code civil, l'autorité parentale est, entièrement et de plein droit, dévolue à l'autre parent en cas de décès de l'un d'eux. Ainsi, à travers quels instruments juridiques les tiers, et notamment les grands-parents et les beaux-parents, pourront-ils intervenir dans la vie de l'enfant ?

## **A – Des mesures destinées à maintenir le lien avec les tiers**

En principe, les relations qu'entretient un enfant avec ses grands-parents ou avec ses beaux-parents se font naturellement, dans la sphère privée, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la justice. Néanmoins, le décès d'un parent peut bouleverser le devenir de ces relations qui se trouvent fragilisées si le parent survivant empêche ou ne parvient pas à maintenir le lien entre l'enfant et ses grands-parents ou beaux-parents.

La loi du 4 juin 1970 a introduit dans le Code civil l'article 371-4, dont la rédaction la plus récente est issue de la loi du 17 mai 2013, qui permet de saisir le juge pour maintenir les liens avec l'enfant, que l'on soit grand-parent ou « tiers ». La rédaction de cette disposition conduit à distinguer la situation des grands-parents de celle des beaux-parents, lesquelles, bien que toutes deux focalisées sur le seul intérêt de l'enfant et très largement inspirées du droit international et européen 4, obéissent à deux considérations sociales différentes.

### **1 – L'action des grands-parents : article 371-4 alinéa 1 du Code civil**

Le droit des grands-parents d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants, consacré par la jurisprudence dès le milieu du XIXe siècle, s'est peu à peu mué, au fil des modifications législatives, en droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. L'enfant est donc au cœur de ce dispositif et, très naturellement, seul son intérêt peut faire obstacle au maintien des liens.

Le principe : le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses ascendants. Il existe une présomption selon laquelle « il est de l'intérêt de l'enfant d'entretenir des relations avec ses grands-parents qui, par leur affection et leur expérience, contribuent à son épanouissement personnel et favorisent son inscription dans une lignée généalogique dépassant la cellule familiale étroite » 5. La jurisprudence fait même de « la mémoire » familiale un véritable droit de l'enfant 6.

La jurisprudence consacre une conception large de la notion de grands-parents 7, avec une limite cependant en ce qui concerne les grands-parents d'origine, en cas d'adoption plénière, qui ne pourront exercer leur action que sur le fondement de l'article 374-1 alinéa 2 du Code civil.

Concernant les modalités de maintien des liens, celles-ci ont considérablement évolué au fil du temps. À l'origine, les tribunaux admettaient seulement les visites des grands-parents au domicile du parent, en sa présence. Aujourd'hui, la notion de « relations personnelles » a ouvert aux tribunaux davantage de possibilités : cela va du droit de correspondance au droit de visite, en présence d'un tiers ou non, éventuellement en lieu médiatisé, au droit de visite et d'hébergement, parfois ordonné avant dire droit, c'est-à-dire assorti d'une mesure d'enquête sociale ou d'expertise médico-psychologique. Les modalités de maintien du lien peuvent même être adaptées aux circonstances particulières de l'espèce, comme une résidence de l'enfant à l'étranger par exemple g.

Cela étant, et de manière générale, les juges veillent à ce que le droit de visite et/ou d'hébergement des grands-parents n'empiète pas de manière disproportionnée sur la vie familiale de l'enfant. Même avec le décès d'un des parents, la jurisprudence considère que ce décès ne peut être comblé par la présence équivalente des grands-parents, ceci afin d'éviter la confusion parents/grands-parents et le transfert d'identité.



L'exception : l'intérêt de l'enfant fait obstacle au maintien des liens. Dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002, l'article 371-4 du Code civil prévoyait que seuls des motifs graves pouvaient faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ; désormais, seul l'intérêt de l'enfant doit être pris en compte.

La nouvelle rédaction de l'article 371-4 permet de focaliser le débat sur l'enfant et les grands-parents, et non sur le conflit pouvant exister entre le parent survivant et les grands-parents. En effet, par principe, l'existence d'un conflit entre le parent et les grands-parents n'est pas de nature à faire obstacle au maintien du lien 9, en particulier si les grands-parents sont aptes à établir des relations sereines 10 avec leurs petits-enfants en faisant abstraction du conflit familial. Ce n'est donc pas le conflit qui peut faire obstacle au maintien des liens, mais la manière dont ce conflit est géré par les grands-parents 11. Le conflit n'est bien évidemment pas le seul argument qui peut être invoqué pour faire obstacle au maintien des liens, les circonstances globales de l'espèce pouvant conduire à un rejet des demandes 12.

## **2 – L'action du beau-parent : article 371-4 alinéa 2 du Code civil**

La notion de beau-parent peut être entendue de manière large : du conjoint du parent titulaire de l'autorité parentale au compagnon de celui-ci. Parallèlement à cette notion de beau-parent, une nouvelle catégorie de tiers a émergé dans la vie de l'enfant : le « parent social », c'est à dire celui qui a construit et mené le projet d'avoir un enfant, mais qui ne peut pas, légalement, en être le parent. Que ce soit le parent social ou le beau-parent, aucun statut juridique n'existe pour ces « nouveaux » parents. Ils n'exercent pas l'autorité parentale et ne sont pas juridiquement rattachés à l'enfant. Ce sont donc les premiers impactés en cas de séparation ou de décès d'un parent de l'enfant, les relations avec l'enfant s'en trouvant particulièrement fragilisées.

Ce n'est pourtant pas faute d'avoir souhaité créer un statut pour ces nouveaux « parents ». Plusieurs études et rapports se sont succédé, en vain, et la situation est aujourd'hui toujours aussi bancale. De nombreux auteurs et associations continuent de militer pour la création d'un statut de beau-parent, et plus particulièrement dans les familles homoparentales.

L'évolution de la loi sur la place juridique du beau-parent. Comme pour les grands-parents, c'est la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 qui a inséré à l'article 371-4 du Code civil la possibilité pour un tiers, notamment le beau-parent, d'avoir des relations avec l'enfant « en cas de situation exceptionnelle ». Ce caractère exceptionnel a été supprimé par la loi relative à l'autorité parentale du 4 mars 2002, laquelle s'est focalisée sur l'intérêt de l'enfant. Mais il faut attendre la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe pour qu'une référence évidente à ce statut oublié de beau-parent soit faite : « Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables ».

Les applications jurisprudentielles du maintien du lien. Le texte ne pose aucune condition particulière propre au requérant pour solliciter un maintien des liens avec l'enfant lorsque l'on est « tiers ». Il n'y a, par exemple, aucune condition de parentalité ou encore de mariage avec le parent biologique. Les conditions posées à l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil ne sont pas exclusives, en raison de la présence des termes « en particulier ». Le maintien des liens doit être conforme à l'intérêt de l'enfant et les juges l'apprécieront *in concreto* **13**. Les magistrats ont pu, par exemple, considérer que le fait de connaître les circonstances exactes de la naissance de l'enfant, de ses origines **14** ou encore l'investissement quotidien de la compagne avant et après la naissance résultant d'un projet commun **15**, pouvaient constituer des circonstances conformes à l'intérêt de l'enfant et commander un maintien des liens.

Concernant les modalités de maintien du lien, ce sont les mêmes que pour les grands-parents.

### **3 – La procédure applicable à l'article 371-4 alinéas 1 et 2 du Code civil**

Le juge compétent. Dans le cas de l'existence d'un élément d'extranéité, il faut d'abord déterminer si le juge français est compétent. Dans un arrêt très récent 16, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que le règlement du Conseil du 27 novembre 2003 n° 2201/2003, dit Bruxelles II bis, est applicable en matière de droit de visite des grands-parents. Autrement dit, les règles de compétence prévues en matière de responsabilité parentale s'appliquent au droit de visite des grands-parents et, par analogie, des beaux-parents. Le tribunal compétent sera celui de l'État dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle. Conformément à la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, la juridiction saisie appliquera sa propre loi, sauf si l'enfant entretient des liens plus étroits avec un autre État, auquel cas la loi de cet autre État s'appliquera.

Après avoir vérifié la compétence du juge français, il faut vérifier la compétence matérielle et territoriale : sera compétent le juge aux affaires familiales (JAF) du tribunal de grande instance du ressort du lieu de la résidence habituelle de l'enfant (CPC, art. 1070).

La saisine du juge. Aux termes de l'article 1180 du Code de procédure civile, le JAF est saisi par voie d'assignation au fond ; la procédure est donc écrite, avec mise en état et représentation par avocat obligatoire. Le ministère public doit rendre un avis et, dès lors, être rendu destinataire de l'ensemble des actes et pièces du dossier.

Sur ce point, certains auteurs 17 ont pu relever l'effet pervers de la procédure écrite sur l'action du tiers. En effet, certains juges ont pu refuser le maintien du lien en raison du temps écoulé depuis la dernière rencontre entre le tiers et l'enfant, alors même que ce délai a été accentué, voire causé, par la procédure elle-même. Pour remédier à cet inconvénient procédural, il peut être envisagé de saisir rapidement le tribunal, éventuellement en la forme des référés ou à jour fixe, en motivant l'urgence par exemple par le jeune âge de l'enfant 18, ou encore de saisir le juge de la mise en état d'un incident.

L'action est menée par le tiers et dirigée contre le parent survivant de l'enfant, seul titulaire de l'autorité parentale.

La révision du jugement. Le parent survivant peut, en cas d'élément nouveau, saisir le tribunal sur le fondement des articles 371-4 du Code civil et 1180 du Code de procédure civile afin de modifier, voire supprimer le droit de visite et d'hébergement du tiers, si celui-ci contrevient en tout ou en partie à l'intérêt de l'enfant.

## **B – Des mesures plus engageantes destinées à concrétiser le lien avec les tiers**

### **1 – La délégation-partage de l'autorité parentale (DPAP)**

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a inséré, au sein de l'article 377-1 alinéa 2 du Code civil, la possibilité pour le ou les titulaires de l'autorité parentale de la partager avec un tiers.

Dans le cas du décès d'un des parents, la délégation-partage d'autorité parentale résultant d'une volonté commune émanant du parent survivant, seul titulaire de l'autorité parentale, et du tiers délégataire, ne peut être envisagée que dans un cadre amiable donnant lieu à une décision du juge qui conserve un pouvoir d'appréciation. L'objectif est de permettre au tiers – le délégataire – d'obtenir la consécration juridique de rapports de fait qu'il entretient déjà avec le mineur, afin de faciliter la prise en charge quotidienne de l'enfant, sans pour autant que le parent survivant ne voie ses droits diminués.

La délégation-partage de l'autorité parentale constitue, très souvent, une alternative pour les couples n'ayant pas la possibilité de recourir à l'adoption simple.



Les applications jurisprudentielles. La jurisprudence a admis la possibilité de recourir à la délégation-partage de l'autorité parentale en faveur de la compagne de la mère biologique d'un enfant, donc du « parent social », et en a posé les conditions dans un arrêt de principe du 24 février 2006 19. Les conditions sont au nombre de quatre et sont cumulatives : le parent délégrant est seul titulaire de l'autorité parentale ; il vit avec le délégataire dans le cadre d'une union stable ; la délégation est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ; elle doit être exigée par les circonstances, ce qui revient à soumettre la délégation-partage aux conditions de droit commun de toute délégation volontaire qui font qu'elle ne peut pas être conçue comme un droit subjectif des parents 20.

La Cour de cassation rappelle que la délégation-partage de l'autorité parentale n'est pas automatiquement accordée, notamment si aucune circonstance de l'espèce ne l'exige 21. Cette décision a fait l'objet d'un recours des requérantes devant la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle a considéré qu'il n'y avait pas eu, de la part de la Cour de cassation, de violation des articles 8 et 14 de la CESDH 22. Néanmoins, certaines juridictions s'affranchissent du contexte de l'arrêt de 2006 susvisé pour faciliter l'application de la délégation-partage de l'autorité parentale 23.

Contrairement aux dispositions régissant le statut de l'enfant confié à un tiers, il convient de préciser qu'aucune priorité n'est donnée aux membres de la famille dans le cadre d'une délégation-partage de l'autorité parentale 24.

Quel devenir pour la délégation-partage de l'autorité parentale en cas de changement de situation ? En cas de décès du parent délégant, la délégation de l'autorité parentale prend fin et si l'enfant n'a plus aucun parent survivant, une tutelle doit être ouverte. Néanmoins, l'existence antérieure d'une délégation-partage de l'autorité parentale n'est pas vaine et peut notamment permettre d'appuyer la candidature à la tutelle de l'ancien délégataire, ou encore être utilisée dans le cadre de l'article 371-4 du Code civil comme preuve de l'investissement du délégataire dans la vie de l'enfant.

En cas de séparation du parent délégant et du parent délégataire, la délégation ne prend pas systématiquement fin 25.

En cas d'élément nouveau, l'article 377-2 du Code civil, qui prévoit que « la délégation pourra, dans tous les cas, prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles », est applicable au partage de l'exercice de l'autorité parentale.

La procédure. Conformément aux article 1202 et suivants du Code de procédure civile, la demande de délégation-partage est formée par le ou les titulaires de l'autorité parentale, par voie de requête, auprès du juge aux affaires familiales du lieu où demeure le mineur. La procédure est orale, sans représentation obligatoire par avocat.

L'affaire est jugée en chambre du conseil, après avis du ministère public. Le juge entend les parents, le tiers candidat à la délégation et éventuellement le mineur. Comme dans toute procédure le concernant, le mineur peut demander à être entendu (C. civ., art. 388-1).

## 2 – L'adoption simple

Traditionnellement, l'adoption simple était surtout utilisée aux fins d'adoption d'un majeur ou bien dans le cas d'une adoption intrafamiliale. Avec les évolutions sociétales de la famille, son champ d'application a été étendu et l'adoption simple est aujourd'hui conçue comme une institution visant à protéger l'enfant et permettant la consécration juridique des relations qu'un adulte entretient avec un enfant.

Contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple laisse subsister les liens avec la famille d'origine. Ainsi, on comprend aisément pourquoi celle-ci constitue une parfaite option en cas de décès d'un parent, puisqu'elle permet de créer un nouveau lien de filiation, tout en conservant celui avec la famille du parent décédé.

L'adoption simple de l'enfant du conjoint (C. civ., art. 360 et s.). Contrairement à une adoption simple « classique » où l'adoptant est seul investi de tous les droits de l'autorité parentale 26, l'adoption simple de l'enfant du conjoint permet à l'adoptant d'exercer l'autorité parentale à l'égard de l'enfant concurremment avec son conjoint.

L'adoption simple de l'enfant du conjoint est réservée aux couples mariés, sans condition de durée. Contrairement à un certain nombre d'États européens (Danemark, Pays-Bas et Angleterre), la France refuse pour le moment d'ouvrir l'adoption simple au concubin ou au partenaire du parent de l'enfant, qu'il s'agisse d'un couple hétérosexuel ou homosexuel.

La Cour de cassation a d'ailleurs affirmé, à plusieurs reprises, la prohibition de l'adoption simple d'un enfant conçu grâce à une procréation médicalement assistée avec tiers donneur par la concubine homosexuelle de sa mère biologique 27. Elle a en effet estimé que cette adoption réaliserait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entend continuer à élever l'enfant, de ses propres droits. Sur ce point, il est intéressant de noter que la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu deux avis en sens contraire 28.

L'adoption simple de l'enfant du conjoint suppose qu'il existe une différence d'âge de 10 ans minimum entre l'adopté et l'adoptant (C. civ., art. 344), mais ne prévoit aucune autre condition d'âge, contrairement à l'adoption simple « classique ».

Elle suppose également le consentement exprès du conjoint : celui-ci doit être donné en qualité de conjoint et en qualité de parent de l'adopté, devant notaire. Un certificat de non-rétractation doit être délivré, deux mois après, par le même notaire.

L'autre parent de l'enfant adopté, s'il est vivant, doit consentir non seulement à l'adoption mais aussi au fait de se voir retirer ses droits d'autorité parentale 29. Cela étant, les juges ont pu passer outre le refus du parent non conjoint quand celui-ci était manifestement abusif 30.

L'enfant âgé de plus de 13 ans doit également consentir expressément à son adoption (C. civ., art. 360).

Concernant, enfin, les descendants de l'adoptant, le juge doit vérifier que l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale (C. civ., art. 353, par renvoi de C. civ., art. 361) 31.

L'adoption simple par les grands-parents.  
L'adoption est possible entre toutes personnes, quels que soient les liens de parenté ou d'alliance préexistants. Dans le cas d'une adoption intrafamiliale, l'adoption simple est souvent préférable à l'adoption plénière, chaque fois que la rupture des liens avec la famille d'origine n'est pas souhaitable. Cela étant, eu égard au risque de perturbation de la vie familiale, les juges se montrent très prudents concernant une adoption par des grands-parents.

En effet, celle-ci est plutôt rare pour éviter la confusion intergénérationnelle 32 et un brouillage des repères de l'enfant. Néanmoins, certaines juridictions ont pu la prononcer si elle vient consacrer juridiquement un lien préexistant, de nature filiale, entre ceux-ci et l'enfant 33.

Il convient de préciser que l'adoption simple par des grands-parents est toujours refusée lorsqu'elle a un but essentiellement successoral ou patrimonial et fiscal, non conforme à l'aspect personnel de l'adoption 34.

La procédure. Conformément aux articles 353 du Code civil et 1165 à 1176 du Code de procédure civile, la formation collégiale du tribunal de grande instance du lieu de résidence du requérant est saisie par voie de requête. La procédure est gracieuse, avec avis du ministère public, et la représentation par avocat n'est pas obligatoire.

La requête doit méthodiquement vérifier si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

## **II – Deuxième hypothèse : mesures possibles en faveur de tiers en cas de**

# décès d'un parent et défaillance du second

Si l'un des parents vient à décéder, l'exercice de l'autorité parentale est automatiquement et de plein droit dévolu au parent survivant 35, et ce, que le couple parental soit uni ou désuni.

Mais que faire lorsque l'application de cette règle est contraire à l'intérêt de l'enfant, parce que le parent survivant a disparu, s'est totalement désinvesti ou encore est incapable ou indigne de le prendre en charge, alors que l'enfant est parfaitement intégré dans le milieu où il vit et que des grands-parents ou beaux-parents souhaitent continuer à s'en occuper ?

Pour faire face à ces situations d'une particulière gravité, plusieurs actions sont envisageables pour prendre en charge la personne du mineur mais également son patrimoine, avec des conséquences restrictives allant crescendo sur les droits du parent survivant.

## **A – La délégation forcée de l'autorité parentale**



Le principe et les conditions de cette première action sont prévus à l'article 377 alinéa 2 du Code civil 36.

Les conditions de la délégation forcée d'autorité parentale. La délégation forcée de l'autorité parentale peut, tout d'abord, être sollicitée si le parent survivant « se désintéresse manifestement et volontairement » de l'enfant mineur à la date où le juge statue. Ce désintérêt doit donc provenir d'une indifférence affichée du parent survivant à l'égard de son enfant et présenter un « incontestable degré de gravité » 37. Il doit, également, être propre à ce parent, de sorte qu'un empêchement causé par un tiers (notamment beau-parent ou grand-parent) ne saurait suffire.

Concrètement, il s'agira, par exemple, du parent qui ne souhaite délibérément pas voir son enfant depuis plusieurs années, au désintérêt affectif s'ajoutant, dans les faits, un désintérêt financier.

Cette délégation forcée peut, ensuite, être demandée lorsque le parent survivant est dans « l'impossibilité, totale ou partielle, d'exercer tout ou partie de son autorité parentale ». Imprécise mais souple, cette formule correspond à des cas de maladie, d'éloignement, d'incarcération, de difficultés matérielles, de fragilité psychique ou d'altération des facultés mentales.

En pratique, ces deux conditions peuvent être cumulées, notamment lorsque chacune d'elles ne serait pas suffisamment caractérisée pour justifier à elle seule la délégation forcée **38**.

On le voit, l'interprétation du texte est souple, permettant ainsi d'envisager plus facilement la mise en place de ces mesures en faveur du beau/grand-parent « dès lors que l'intérêt de l'enfant le nécessite ».

Parce que l'article 377 du Code civil vise, parmi les titulaires de l'action en délégation-partage forcée, le particulier qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille, le beau-parent ou le grand-parent a qualité pour agir.

Bien que l'exigence du recueil de l'enfant ne leur soit pas imposée, notre expérience nous a permis de constater que l'accueil de l'enfant au foyer du beau-parent ou du grand-parent et sa prise en charge d'ores et déjà effective constituent un atout pesant favorablement dans la balance ; la pratique mise en place est, là encore, significativement prise en compte par le juge aux affaires familiales.

La procédure. La procédure afférente à cette action est prévue aux articles 1202 à 1210 du Code de procédure civile. Cette action étant rarement initiée, on constate une certaine frilosité des juridictions à l'appréhender, tant sur la forme que sur le fond.

Ainsi, procéduralement, en vertu de l'article 1202 alinéa 2 du Code de procédure civile, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance compétent est celui du « lieu où demeure le mineur ». Cependant, l'imprécision de cette notion donne lieu, en pratique, à diverses interprétations, certaines juridictions considérant qu'il s'agit du lieu où l'enfant réside effectivement, d'autres du lieu de résidence du parent seul titulaire de l'autorité parentale.

Dans les faits, cela peut donner lieu à une situation ubuesque dans laquelle chacune des juridictions se déclarera incompétente, au profit d'une autre. D'expérience, il conviendra de saisir la juridiction du lieu où demeure l'enfant, et donc, le plus souvent, celui de la résidence du beau/grand-parent qui l'a recueilli.

En cas d'urgence, comme c'est malheureusement souvent le cas, seule une démarche devant le magistrat de permanence permettra un audiencement à bref délai, l'assignation en la forme des référés étant déclarée irrecevable.

Enfin, compte tenu, là encore, des circonstances, il est nécessaire de prendre la précaution de solliciter une « ordonnance d'autorisation d'assigner (permis de citer) » afin d'anticiper une éventuelle demande de renvoi inopportune du défendeur, en l'occurrence le parent survivant désintéressé ou défaillant.

Il convient de rappeler que, avant de statuer sur la délégation, le JAF peut, même d'office, prononcer toutes mesures d'investigation utiles « concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents » 39 (enquêtes sociales, examens médicaux, expertises psychiatriques et psychologiques, etc.), mais également fixer des mesures provisoires (fixation d'une résidence habituelle provisoire de l'enfant, d'un droit de visite et d'hébergement pour le parent survivant, etc.), ce qui, au vu du contexte d'une telle demande, peut s'avérer nécessaire car éclairant.

Lorsqu'il statue sur la délégation en elle-même, le pouvoir du JAF est limité à double titre.

Tout d'abord, parce qu'il ne peut choisir le délégataire qu'en la personne du beau-parent ou du grand-parent demandeur à cette délégation forcée. Ainsi, soit il fait droit à cette demande et le désigne délégataire, soit il l'en déboute et aucun délégataire n'est nommé, étant précisé que le juge n'est pas tenu de retenir par priorité un membre de la famille de l'enfant 40.

Ensuite, parce que, si notre Code civil prévoit que la délégation peut être totale ou partielle, elle est, dans les faits, le plus souvent partielle. Les attributs régulièrement délégués sont la résidence, la santé (consultations médicales, hospitalisations, carte vitale), l'éducation (séjours linguistiques), la scolarité (choix du lycée et réinscription, autorisations de sorties et séjours scolaires), la vie privée (sorties extra-scolaires), l'ouverture d'un compte bancaire au nom de l'enfant et l'autorisation d'un travail saisonnier. En revanche, la faculté de consentir à l'adoption du mineur ne l'est jamais 41, de même que l'administration légale des biens du mineur.

Au-delà, parce que les mesures prises le sont en considération des besoins de l'enfant, le juge aux affaires familiales peut apprécier différemment les attributs délégués selon les membres d'une même fratrie 42.

La délégation, lorsqu'elle est prononcée, a pour effet de transférer à son bénéficiaire l'exercice de tout ou partie de l'autorité parentale. Le délégataire beau-parent ou grand-parent se voit alors pleinement investi de l'exercice des attributs de l'autorité parentale qui lui ont été délégués.

Le parent-délégant, quant à lui, reste titulaire des attributs non délégués. Il continue d'assumer son obligation d'entretien dont il demeure seul débiteur, et peut bénéficier d'un droit de visite et d'hébergement.

Là encore, la souplesse quant aux suites à donner à la délégation montre à quel point il ne s'agit pas de créer une situation figée dans le temps, que ce soit pour l'enfant comme pour le délégataire et le parent survivant.

En effet, en cas de circonstances nouvelles, la délégation peut être transférée au profit d'un autre délégataire (par exemple, en cas de séparation intervenue entre le parent survivant, délégant, et le beau-parent, délégataire) ou les attributs de l'autorité parentale restitués 43 (par exemple, lorsqu'une délégation est accordée au profit des grands-parents d'un enfant en bas âge dont la mère, très jeune à sa naissance, est depuis devenue plus mature et donc capable d'exercer son autorité parentale au jour de sa demande en restitution 44).

En pareille situation, les juges pourront fixer un droit de visite et d'hébergement au profit de l'ancien délégataire afin de maintenir les liens personnels qui ont été tissés, et mettre à la charge du parent qui récupère l'enfant le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien de l'enfant pour que la charge ne pèse pas définitivement sur le délégataire.

## **B – La demande visant à confier l'enfant à un tiers**

Dérogação à la règle de dévolution automatique de l'autorité parentale. La possibilité pour le juge de confier l'enfant à un tiers en cas de décès de l'un de ses parents et d'écarter la règle de dévolution automatique de l'autorité parentale au parent survivant a été prévue et élargie par le législateur à tous les enfants et à tous les cas de séparation 45.

Le juge aux affaires familiales peut donc être amené à confier, temporairement, l'enfant à un tiers, soit de manière préventive par « anticipation du décès de l'un des parents et sur saisine de ce dernier, soit après le décès de ce parent lorsque le parent survivant est privé de l'autorité parentale, ou encore lorsqu'il existe des circonstances exceptionnelles et graves » 46 (incarcération 47, mise en danger du mineur ou maladie du parent survivant 48).

L'exigence de circonstances exceptionnelles et son application pratique soulignent le caractère extraordinaire de cette mesure, tant au regard des règles de l'autorité parentale que de sa portée symbolique en ce qu'elle peut générer un sentiment de défiance ou de sanction pour le parent survivant.

Le juge doit donc statuer sur cette demande en considération de l'existence ou non d'un risque potentiel auquel l'enfant serait exposé, ce afin de l'éviter, et ainsi s'assurer qu'elle n'est pas uniquement formulée dans le cadre d'un règlement de comptes entre les divers membres d'une famille qu'un décès peut malheureusement engendrer.

La procédure. Tout comme le parent, le tiers (beau-parent ou grand-parent) peut initier pareille action. Cependant, sa qualité de tiers ne lui permet pas d'agir lui-même et requiert donc préalablement la saisine du ministère public 49.

La saisine devra être faite au visa de l'article 373-3 alinéa 2 du Code civil mais, eu égard aux difficultés des juridictions à considérer comme réunies les circonstances exceptionnelles graves pouvant justifier le prononcé d'une telle mesure, il convient de viser également l'article 371-4 du même Code pour obtenir, à tout le moins, la fixation d'un droit de visite et d'hébergement au profit du beau-parent ou grand-parent demandeur.



À noter que, contrairement à la délégation forcée de l'autorité parentale, il s'agit ici d'une procédure écrite avec représentation obligatoire.

Avant de statuer, le juge peut, là encore, ordonner - même d'office - une enquête sociale ou désigner un administrateur ad hoc, notamment pour que les droits procéduraux de l'enfant soient assurés et sa parole entendue.

Lorsqu'il considère que les circonstances justifient que l'enfant soit confié à un tiers, le JAF le choisit de préférence dans sa parenté, tel le grand-parent, mais peut également désigner toute autre personne, dont le beau-parent, si l'intérêt de l'enfant le justifie.

Si, contrairement à la délégation forcée de l'autorité parentale, cette action ne devrait pas conduire à une perte de l'exercice de l'autorité parentale, dans les faits, les droits du parent survivant sont considérablement réduits. En effet, lorsque l'enfant est confié à un tiers, c'est à ce dernier, grand-parent ou beau-parent, qu'il incombe désormais de le prendre en charge quotidiennement et donc d'accomplir tous les actes usuels le concernant. Ceux-ci sont circonscrits à la surveillance et à l'éducation de l'enfant, mais sont néanmoins entendus au sens large (par exemple, la santé de l'enfant).

Un garde-fou existe toutefois puisque, en cas de décision excédant ses pouvoirs, ce tiers devra demander l'accord du parent survivant et, à défaut, pourra saisir le juge aux affaires familiales d'une demande visant à obtenir la délégation ou le retrait de l'autorité parentale, ou encore l'ouverture d'une tutelle.

Parce que la délégation de l'autorité parentale, même si elle est totale, ne peut porter sur les biens du mineur en ce que l'administration légale appartient au seul parent survivant et que le tiers à qui l'enfant est confié ne dispose d'aucun droit sur son patrimoine, la question de la gestion des biens du mineur doit impérativement être traitée.

## **C – Demande d'ouverture de la tutelle de l'article 391 du Code civil**

Il y a fort à craindre que le parent survivant indigne ou inapte à prendre en charge la personne de l'enfant, le soit également pour gérer ses biens conformément à l'intérêt de ce dernier.

Pour pallier cette carence, il sera donc nécessaire de solliciter, parallèlement aux actions précitées, l'ouverture d'une tutelle aux biens, par voie de requête, sur le fondement de l'article 391 du Code civil 50.

Les grands-parents ainsi que le beau-parent marié au parent prédécédé peuvent saisir directement le juge des tutelles en raison de leur statut de « parents ou alliés ». En revanche, le doute est permis quant à la qualité du beau-parent non marié à agir directement et à la nécessité pour lui de saisir préalablement le procureur de la République pour solliciter l'ouverture de cette tutelle ou de dénoncer la situation au juge des tutelles, dans l'espoir qu'il se saisisse d'office.

Comme pour l'ouverture de la tutelle pleine et entière de l'article 390 du Code civil, grand-parent et beau-parent pourront être candidats aux fonctions de tuteur ou de membre du conseil de famille.

### **III – Troisième hypothèse : ouverture de la tutelle pleine et entière en cas de décès des deux parents**

Lorsque les deux parents sont décédés, le juge est obligé d'ouvrir la tutelle pleine et entière prévue à l'article 390 du Code civil 51. Celle-ci a pour objet, cette fois, de protéger en même temps la personne et le patrimoine du mineur, dans la mesure où aucun des parents ne peut désormais plus ni s'occuper de l'enfant ni assumer l'administration légale. S'agissant de la situation la plus extrême, la mesure envisagée est logiquement la plus radicale.

En cas de décès des deux parents de l'enfant, la tutelle s'ouvre automatiquement, sans que le dépôt d'une requête ne soit nécessaire 52. En pratique, cela suppose toutefois que le juge des tutelles soit informé des décès par dénonciation pouvant émaner de toute personne, auquel cas, elle est souvent effectuée par l'officier d'état civil ou par l'entourage de l'enfant, tels ses grands-parents ou beaux-parents. Le plus fréquemment, il est avisé de ces décès consécutivement au dépôt d'une requête par les membres de la famille soucieux qu'une tutelle s'ouvre au plus vite afin que la protection, tant de la personne que des biens de l'enfant, soit organisée sans tarder.

Sous réserve de l'article 395 du Code civil, les grands-parents, en tant que « parents », et les beaux-parents du mineur, résidant en France ou à l'étranger, en tant que « personnes qui manifestent un intérêt pour lui », pourront être désignés membres du conseil de famille par le juge des tutelles s'ils se sont portés candidats. Leur aptitude, les relations habituelles qu'ils entretenaient avec le père ou la mère de l'enfant, leurs liens affectifs avec ce dernier ainsi que leur disponibilité seront principalement pris en considération pour apprécier l'opportunité de leur candidature 53.

Dans les faits, le juge des tutelles est très vigilant dans la désignation et la composition de cet organe décisionnel qu'il préside, et veille à ce que les branches paternelle et maternelle 54 soient représentées, ce en raison des compétences et des pouvoirs de ce conseil.

Quant au tuteur, soit celui-ci a été désigné par le dernier vivant des père et mère par voie de testament ou de déclaration spéciale devant notaire, auquel cas, sauf à ce que l'intérêt du mineur commande de l'écartier, cette désignation s'impose au conseil de famille ; soit celui-ci doit être désigné par ce conseil. Dotés d'un pouvoir souverain d'appréciation, les membres du conseil devront désigner à la majorité un tuteur unique, voire deux tuteurs distincts, à savoir un tuteur à la personne et un tuteur aux biens du mineur 55. L'exercice partagé de cette tutelle peut être particulièrement opportun lorsque le mineur est un jeune enfant, qui compte tenu de son âge requiert une attention particulière, et qui se trouve possiblement à la tête d'un patrimoine hérité, qui suppose à lui seul une lourde gestion.

Ainsi, le grand-parent et/ou le beau-parent tuteur(s) du mineur, dès lors que l'un et l'autre ont, par le passé, démontré leur capacité à prendre soin de la personne de l'enfant et de son patrimoine, pourront être affectés à ces rôles. En pratique, là encore, le tuteur désigné est souvent le proche qui a recueilli l'enfant.

Conclusions. Cet état des lieux permet de mesurer qu'il existe aujourd'hui de nombreux outils juridiques à la portée des grands-parents ou du beau-parent pour maintenir leur place auprès de l'enfant en cas de décès d'un de ses parents, voire des deux.

Ces outils juridiques sont souvent exploités au moment où les difficultés surviennent mais ils peuvent aussi l'être préalablement à un possible décès, par anticipation d'éventuelles difficultés à venir.

Quoiqu'il en soit, la mise en œuvre de ces outils juridiques nécessite toujours le recours au juge qui est le garant de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont la préservation demeure au cœur des préoccupations.

Issu de Gazette du Palais – n°01 – page 45

Date de parution : 08/01/2019

Réf : Gaz. Pal. 8 janv. 2019, n° 339k3, p. 45