

**Demande d'avis n°S 13-70010**

**Séance du 24 mars 2014**

**Juridiction** : Tribunal de grande instance de Besançon

**Rapporteur** : Julie Mouty-Tardieu, conseiller référendaire

## **RAPPORT**

Par une décision du 10 décembre 2013, le juge des tutelles des mineurs du tribunal de grande instance de Besançon a saisi la Cour de cassation de la demande d'avis suivante :

*“Dans le cas prévu à l'article 391 alinéa 1 du code civil, d'ouverture d'une tutelle à l'égard d'un mineur placé sous l'administration légale sous contrôle judiciaire de l'un de ses parents, l'administrateur légal sous contrôle judiciaire perd-t-il l'exercice de l'autorité parentale au profit du tuteur de l'enfant ou à défaut, comment et le cas échéant sous le contrôle de quel juge, se concilie l'exercice de l'autorité parentale de l'administrateur légal sous contrôle judiciaire et le pouvoir de tutelle confié au tuteur ?”*

### **I. Rappel des faits et de la procédure**

Christophe X... et Mme Y... ont eu un enfant, F, né le 16 février 1999, lequel a principalement vécu avec son père.

Christophe X..., alors sous curatelle, est décédé le 21 octobre 2011. F a été accueilli par Mme Z..., curatrice de son père.

Par une décision du 22 janvier 2013, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Besançon a fixé la résidence de F X... au domicile de Mme Z..., jusqu'à la fin de l'année scolaire 2012 - 2013.

Le 28 mai 2013, le juge des tutelles des mineurs a entendu Mme Z... et Mme Y....

Par une ordonnance du 30 mai 2013, il a ordonné l'ouverture d'une tutelle au profit de F X..., en application de l'article 391 du code civil, l'a déferée au conseil général du Doubs, « avec maintien de l'enfant au domicile de sa mère, sous réserve d'une meilleure appréciation du conseil général, et avec une conservation des liens si possible avec Mme Z... et en cas de placement du mineur en famille d'accueil avec sa mère, Mme Y... ».

Le 4 juillet 2013, le responsable du pôle aide sociale à l'enfance du conseil général du Doubs a interrogé le juge des tutelles sur les modalités de conciliation de l'exercice de l'autorité parentale par Mme Y... avec la tutelle confiée à ce service.

### **II. Recevabilité de la demande d'avis**

#### **1. Au regard des règles de forme**

Par des courriers du 23 octobre 2013, le juge des tutelles a avisé le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Besançon, le service de l'aide sociale à l'enfance du conseil général du Doubs et Mme Y... de son intention de solliciter l'avis de la Cour de cassation.

Il a accordé aux parties un délai jusqu'au 29 novembre 2013 pour recueillir leurs observations.

Le 7 novembre 2013, le procureur de la République a répondu ne pas avoir d'observations à formuler sur la question posée. Le dossier ne contient pas de réponse de Mme Y... ni du service de l'aide sociale à

l'enfance.

La décision sollicitant l'avis de la Cour de cassation a été notifiée à Mme Y..., au service de l'aide sociale à l'enfance, au procureur de la République, au procureur général près la cour d'appel et au premier président près la cour d'appel de Besançon le 17 décembre 2013.

Les parties ont accusé réception de cette décision les 10 décembre (procureur de la République), 19 décembre (Mme Y... et le service de l'aide sociale à l'enfance) et 31 décembre 2013 (parquet général près la cour d'appel).

Les diligences accomplies satisfont aux règles de formes prévues par les articles 1031-1 et suivants du code de procédure civile.

## **2. Au regard des règles de fond**

Aux termes de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, la demande d'avis doit porter sur une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

### *a) Une question de droit précise*

La question porte sur l'interprétation de l'article 391, alinéa 1er, du code civil, lequel dispose, dans son intégralité :

« Dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le juge des tutelles peut, à tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal. Celui-ci ne peut faire, à partir de la demande et jusqu'au jugement définitif, sauf le cas d'urgence, aucun acte qui requerrait l'autorisation du conseil de famille si la tutelle était ouverte.

Le juge des tutelles peut aussi décider, mais seulement pour cause grave, d'ouvrir la tutelle dans le cas d'administration légale pure et simple.

Dans l'un et l'autre cas, si la tutelle est ouverte, le juge des tutelles convoque le conseil de famille qui pourra soit nommer tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur ».

La question contient, plus précisément, trois interrogations :

Lorsqu'une tutelle est ouverte dans les circonstances prévues à l'article 391, alinéa 1er du code civil, l'administrateur légal sous contrôle judiciaire perd-il l'autorité parentale sur son enfant mineur ?

Comment concilier l'exercice de l'autorité parentale par l'administrateur légal sous contrôle judiciaire et le pouvoir confié au tuteur ?

Quel juge est compétent pour statuer sur le conflit pouvant survenir entre l'administrateur légal sous contrôle judiciaire et le tuteur ?

Les deux dernières interrogations ne visent pas de texte.

La répartition des compétences entre le titulaire de l'autorité parentale et le tuteur est prévue par les articles 389 à 389-7 du code civil.

Le juge compétent pour statuer sur les litiges relatifs à l'autorité parentale est le juge aux affaires familiales. Il exerce également les fonctions de juge des tutelles mineurs (articles L 213-3 et L 213-3-1 du code de l'organisation judiciaire).

La demande d'avis porte sur une question de droit suffisamment précise.

### *b) Une question de droit nouvelle*

Une question de droit peut être nouvelle soit parce qu'elle concerne l'application d'un texte nouveau, soit

parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation. Cependant, la Cour a refusé de donner un avis sur l'interprétation d'un texte du code civil de 1804, non modifié depuis l'origine, bien qu'elle n'ait jamais résolu la question par la voie contentieuse (avis du 14 juin 1993, n°09-30.006, Bull. avis n°5).

L'article 391 précité du code civil est issu de la loi n°64-1230 du 14 décembre 1964, entrée en vigueur le 15 juin 1965. Il n'a pas été modifié depuis.

La Cour de cassation a déjà statué sur la mise en œuvre de ce texte.

Elle a estimé légalement justifiée la décision du tribunal de grande instance qui, pour décider qu'il n'y avait pas lieu d'ouvrir à la requête des grands-parents la tutelle de leur petite-fille, soumise au régime de l'administration légale pure et simple, énonce que l'ouverture d'une tutelle en application de l'article 391 du code civil avait pour seul objet de pallier la carence d'un administrateur légal dans la gestion des biens du mineur mais ne pouvait porter atteinte à l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère, seuls en droit d'assumer la garde de l'enfant et estime ensuite que l'urgence et le péril invoqués, qui concernait le danger que pouvait présenter pour l'enfant le fait d'être remise à son père, ne pouvaient justifier l'ouverture d'une tutelle qui est limitée à la gestion des biens (Civ. 1ère, 26 juin 1985, Gaz. Pal. 1986, jurisprudence p.681, D. 1985, IR p.432).

Examinant le recours d'un père, administrateur légal sous contrôle judiciaire de sa fille mineure, contre la décision ordonnant l'ouverture d'une tutelle, la Cour de cassation a jugé que la décision attaquée, prise en application de l'article 391 du code civil, était sans effet sur l'autorité parentale (Civ. 1ère, 13 décembre 1994, pourvois n°93-14.610 et 92-16.106, inédit).

La Cour a rappelé que l'article 391 du code civil a pour seul objet de pallier la carence de l'administrateur légal dans la gestion des biens du mineur et ne peut porter atteinte à l'exercice de son autorité parentale (Civ. 1ère, 12 octobre 1999, pourvoi n°97-17.018, inédit).

Dans ces conditions, la demande d'avis pourrait être déclarée irrecevable, la question n'étant pas nouvelle (avis n°01-00.003 du 25 juin 2010 ; avis n°00-80.007 du 29 septembre 2008).

#### *c) L'existence d'une difficulté sérieuse*

Seules les questions présentant une difficulté sérieuse peuvent donner lieu à avis. Selon la doctrine, une difficulté est sérieuse lorsqu'elle peut donner lieu à des interprétations différentes d'égale pertinence. Ce qui n'est pas le cas lorsque la réponse à la question s'impose (avis n° 11-00.005 du 11 octobre 2011, avis n°07-00.003 du 29 janvier 2007) ou procède d'une analyse simple des textes en cause, dont la combinaison ne pose aucune interrogation (avis n°06-00.010 du 26 septembre 2006).

La question est-elle susceptible de recevoir des réponses divergentes ?

Comme il a été rappelé ci-dessus (b), la Cour de cassation a statué à plusieurs reprises sur l'interprétation et la mise en œuvre de l'article 391 du code civil. Le renvoi pour avis ne peut être utilisé pour provoquer un revirement de jurisprudence sur une question déjà jugée (avis du 27 avril 2000, n°00-20.008, Bull. avis n°6).

Comme l'indiquait M. Pascal Chauvin, alors secrétaire général de la première présidence de la Cour de cassation, lorsqu'une chambre a déjà rendu un arrêt, « la solution ne souffre aucune difficulté. Le 9 octobre 1992, la Cour a invité la juridiction qui l'avait saisie à se référer à l'arrêt rendu. Il serait pour le moins paradoxal, voire dangereux, (...) que la Cour remette en cause un arrêt par le biais d'un avis » (Communications, BICC 15 décembre 1993, page 11).

#### *d) Une question intéressant de nombreux litiges*

Selon un auteur (Anne-Marijke Morgan de Rivery-Guillaud, Communications, BICC 15 décembre 1993, p.12) la Cour de cassation se refuse à contrôler effectivement l'existence de nombreux litiges. C'est le caractère d'intérêt général de la question, son utilité pour l'unification de la jurisprudence qui conditionne

sa recevabilité.

Selon les statistiques du ministère de la Justice, 14.537 tutelles ont été ouvertes pour des mineurs, entre 2010 et 2013 (données provisoires). Elles ne distinguent pas selon le fondement légal des tutelles ordonnées (articles 390, 391 et 411 du code civil).

Les juges des tutelles ont-ils souvent recours à l'article 391 du code civil ?

Selon le doyen Jacques Massip (tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs, Defrénois 2009, n°24), « il résultait des dispositions de l'article 389 du code civil, dans la rédaction qui lui avait été donnée par la loi du 14 décembre 1964 puis par celle du 4 juin 1970, que le père était investi des fonctions d'administrateur légal en cas d'administration légale pure et simple et cela même si l'autorité parentale était exercée conjointement.

Cette solution avait été justifiée par le fait que « l'égalité entre les époux se serait heurtée dans ce domaine à des obstacles considérables » et qu'il « importait avant tout, dans le domaine des biens, où les tiers veulent trouver devant eux un responsable, que l'enfant ait un mandataire bien déterminé, en particulier en matière contentieuse » (rapport n°197 de M. Jonzeau-Marigné au nom de la commission des lois du Sénat à l'occasion de l'examen du projet de loi sur l'autorité parentale, session 1969-1970, p.86). On observera en outre qu'en 1964, comme en 1970, le mari était administrateur de la communauté. Il apparaissait en quelque sorte comme le financier de la famille.

La loi du 23 décembre 1985 a eu pour premier objectif, dans le souci d'écarter toute discrimination fondée sur le sexe, d'instaurer une égalité totale des époux quant à l'administration des biens communs : le mari et la femme sont désormais l'un et l'autre administrateur de la communauté. Il était logique que, dans la même optique les père et mère – légitimes, naturels ou adoptifs – soient investis tous deux de la qualité d'administrateur légal ».

Aujourd'hui, l'article 391 du code civil n'est employé en pratique que lorsque l'administrateur, pur et simple ou sous contrôle judiciaire, des biens d'un mineur ne parvient pas à remplir sa mission, ou l'exerce d'une façon irrégulière.

### III. Éléments de réponse à la question posée

#### 1. Encyclopédies et manuels

##### a) *L'autorité parentale : contenu, exercice et compétence judiciaire*

L'autorité parentale est définie par l'article 371-1 du code civil comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». Selon la présentation qu'en donne le code civil (livre 1er, titre IX), l'autorité parentale concerne non seulement la personne, mais aussi les biens de l'enfant. (...)

Contrairement à l'ancien article 371-2 du code civil qui définissait le but et les moyens de l'autorité parentale : « L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation », l'article 371-1, issu de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002, ne contient plus que les objectifs de l'autorité parentale, toute référence aux droits et devoirs de garde, surveillance et éducation est supprimée. Désormais l'autorité parentale ne se définit que par ses fins et non par ses moyens. Il n'empêche que ces droits et devoirs de garde, surveillance et éducation, demeurent et se déduisent des finalités mêmes de la mission assignée aux père et mère. Celle-ci est double selon l'article 371-1 du code civil : d'une part, assurer la protection de l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, d'autre part, assurer son éducation et permettre son développement.

Les père et mère ont une vocation première, naturelle, à assurer la protection et l'éducation de leurs enfants. Le principe est fondamental. Sans doute la société exerce-t-elle un contrôle sur la façon dont les

parents assument leur fonction, mais elle admet que l'autorité est d'abord l'affaire des parents. Cette primauté des parents est également affirmée par la Convention internationale des droits de l'enfant, dans son article 5. (...)

Les père et mère sont titulaires de l'autorité parentale, même s'ils n'en ont pas toujours l'exercice. Ils ne perdent leur fonction qu'en cas de retrait de l'autorité parentale ; encore peuvent-ils, dans pareilles hypothèses, recouvrer leurs droits. En ce qui concerne les biens, le juge peut passer de l'administration légale à la tutelle, sans même porter atteinte à l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. (...)

Si les père et mère peuvent déléguer volontairement leur autorité, l'article 377-1 du code civil précise bien que cette délégation résulte du jugement rendu par le juge aux affaires familiales sur la requête conjointe des délégants et du délégataire. (...)

Les principes dégagés pour l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant peuvent être étendus à l'autorité parentale relativement à ses biens. Les père et mère qui exercent l'autorité parentale sont en principe chargés de l'administration légale des biens de leurs enfants mineurs. Ils ne peuvent renoncer à leurs droits ou les céder à un tiers. Ils ne peuvent non plus porter atteinte à l'égalité qui règne entre eux en cas d'administration légale pure et simple.

La loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures et le décret n°2009-1628 du 23 décembre 2009, relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs, ont réuni l'ensemble des compétences en matière d'autorité parentale et de tutelle des mineurs entre les mains du juge aux affaires familiales, ce qui supprime tout conflit de compétences qui pouvait exister entre ces magistrats. L'article 13 de cette loi, dans un souci de simplification des procédures familiales, transfère en effet les compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales qui exerce désormais «les fonctions de juge des tutelles des mineurs» (articles L 213-3 et 213-3-1 du code de l'organisation judiciaire).

Il est désormais compétent pour toutes les procédures relatives aux enfants que leur objet soit patrimonial (tutelle, administration légale) ou extra patrimonial (autorité parentale, émancipation) ». Répertoire de droit civil, Dalloz, autorité parentale, Mme Gouttenoire et M. Fulchiron, octobre 2013.

En l'espèce, il résulte des termes de l'ordonnance d'ouverture de la tutelle du 30 mai 2013 et de la décision sollicitant l'avis de la Cour de cassation que Mme Y..., mère du jeune F X..., exerce l'autorité parentale à l'égard de son fils mineur.

En application des articles L 213-3 et 213-3-1 du code de l'organisation judiciaire, le juge aux affaires familiales est devenu l'unique juge chargé de statuer sur les questions d'autorité parentale depuis le 1er janvier 2010, date d'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 2009 précitée. Par une circulaire du 4 août 2009, le garde des Sceaux a reporté au mois de janvier 2011 la mise en place du transfert de compétence du juge des tutelles au juge aux affaires familiales.

#### *b) L'administration légale pure et simple du patrimoine*

L'administration légale pure et simple du patrimoine du mineur est exercée par ses parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale (article 389-1 du code civil). Il s'agit du régime de droit commun lorsque le mineur dispose de deux filiations.

« Elle constitue un mécanisme de représentation : l'enfant disparaît de la scène juridique, sauf lorsque la loi ou l'usage l'autorisent à agir lui-même ; la pièce est jouée par l'administrateur. Elle donne des pouvoirs qui vont bien au-delà de la simple administration et embrassent des actes de disposition » (Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs, M. Malaurie, Defrénois, 5ème édition, p.261).

#### *c) L'administration légale sous contrôle judiciaire du patrimoine*

L'administration légale du patrimoine du mineur est soumise au contrôle du juge des tutelles lorsque l'un des deux parents est décédé, se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale ou en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale (article 389-2 du code civil). Les enfants concernés par ce régime sont devenus très peu nombreux.

L'administrateur légal est toujours le parent qui exerce sur l'enfant l'autorité parentale. Il remplit sa fonction sous le contrôle du juge des tutelles et doit, dans les trois mois de l'ouverture de la mesure, établir un inventaire du patrimoine du mineur (articles 389-7 et 503 du code civil).

L'administrateur représente l'enfant et gère ses biens. Il peut faire seul, au nom du mineur, les actes les moins graves (actes conservatoires et d'administration). Pour les actes de disposition, il doit obtenir l'autorisation du juge des tutelles. Enfin, certains actes sont interdits à l'administrateur, soit par ce qu'ils appauvrissent le mineur (donation, remise de dette...), soit lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre le protecteur et le protégé.

Jurisclasser, code civil, articles 389 à 393, 394 à 410, Mme Salvage-Gerest et Mme Buffelan-Lanore.

En l'espèce, Mme Y... était administratrice légale sous contrôle judiciaire du patrimoine de son fils F X..., depuis le décès du père de celui-ci. Elle a perdu cette qualité lors de l'ouverture de la tutelle.

#### *d) administration sous contrôle judiciaire et tutelle*

Dans son ouvrage intitulé « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », le doyen Jacques Massip expose ainsi l'articulation entre l'administration légale sous contrôle judiciaire et la tutelle (Defrénois 2009, n°60) :

Dans le cas de l'administration légale, « le juge des tutelles peut à tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal (article 391, alinéa 1er, du code civil).

En conférant ainsi au juge des tutelles le droit d'ouvrir, même d'office, la tutelle, la loi n'a pas indiqué les cas dans lesquels le juge pourrait user de ce droit. Lors du vote de la loi du 14 décembre 1964, il avait été envisagé deux hypothèses à titre d'exemple.

La première hypothèse concernait le mineur possédant un patrimoine important nécessitant une gestion éclairée que le conjoint survivant – et notamment l'épouse – ne sera peut-être pas toujours à même de pouvoir assurer. Dans une telle situation, l'ancien article 391 du code civil permettait au père de nommer à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pouvait faire aucun acte relatif à la tutelle. Désormais, le père de l'enfant ne peut plus nommer un tel conseil à la mère ; mais, si celle-ci n'est pas en mesure d'assurer les fonctions d'administrateur légal, le juge des tutelles peut l'en décharger en ouvrant la tutelle. Rien ne s'oppose d'ailleurs, dans ce cas, à ce que la mère soit choisie par le conseil de famille comme tutrice, ses pouvoirs pouvant, le cas échéant, être limités à certains biens, les autres biens (ceux dont la gestion nécessite une compétence particulière) étant confiés à un tuteur adjoint.

La seconde hypothèse envisagée avait trait au remariage du parent survivant. En pareil cas, la crainte avait été émise que le parent survivant perde une partie de son indépendance dans la gestion du patrimoine de l'enfant issu du premier lit. Si le juge des tutelles estimait que les intérêts de ce dernier risquaient d'en souffrir, il devait pouvoir décider d'ouvrir la tutelle.

Les deux exemples ainsi donnés apparaissent aujourd'hui obsolètes. Ce qu'il faut retenir du texte, c'est que toutes les fois que la gestion du patrimoine du mineur lui paraîtra nécessiter un contrôle accru, le juge pourra décider d'ouvrir la tutelle. (...)

Avant de mettre fin aux fonctions de l'administrateur légal, le juge des tutelles doit – sauf cas d'urgence – le convoquer afin de recueillir ses explications (article 391, alinéa 1er, du code civil). (...)

Lorsqu'une décision définitive a prononcé l'ouverture de la tutelle, il appartient au juge des tutelles de convoquer le conseil de famille en vue de nommer le tuteur. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que le conseil de famille désigne l'administrateur légal pour assumer les fonctions de tuteur (article 391, alinéa 3, du code civil). (...)

La décision d'ouvrir la tutelle prise en application de l'article 391 du code civil est sans effet sur l'autorité parentale.

La solution se fonde notamment sur l'article 389-7 du code civil qui dispose que les règles de la tutelle et de l'administration légale ne préjudicient pas aux droits que les père et mère tiennent du titre de l'autorité parentale. Elle est conforme à la position prise par la chancellerie dans sa circulaire du 1er juillet 1966 ;

elle est enseignée par l'ensemble de la doctrine et a été affirmée, à plusieurs reprises, par la Cour de cassation (circulaire du 1er juillet 1966 du ministère de la Justice, n°37 ; Cass, Civ. 1ère, 8 novembre 1982, Bull. n°323 ; 26 juin 1985, D. 1985, p.432 ; 13 décembre 1994, pourvois n°93-14.610 et 92-16.106 ; 12 octobre 1999, pourvoi n°97-17.018, inédit ; 24 octobre 2000, Bull. I n°264).

Il s'ensuit que, dans les cas où la tutelle est ouverte par décision du juge des tutelles, l'autorité parentale continue à s'exercer sur la personne de l'enfant indépendamment de la tutelle sans que le conseil de famille ait à intervenir à ce sujet : il y a coexistence de l'autorité parentale et de la tutelle qui se trouve exceptionnellement réduite à la gestion des biens.

Si le juge des tutelles décidait, comme il en a le pouvoir, de mettre fin à la tutelle aux biens de l'article 391 du code civil, les père et mère retrouveraient l'ensemble de leurs prérogatives et on reviendrait, en ce qui concerne la gestion du patrimoine du mineur, aux règles de l'administration légale (Cass.1<sup>er</sup> Civ., 24 octobre 2000, précité) ».

Par ailleurs, lorsque le juge décide de l'ouverture d'une tutelle, il doit en premier lieu désigner les membres du conseil de famille (articles 398 et 399 du code civil), soit quatre personnes au moins. Il s'agit des parents et alliés des père et mère du mineur ainsi que toute personne qui manifeste un intérêt pour lui.

Le tuteur est désigné soit par le père ou la mère de l'enfant, par un testament ou une déclaration spéciale devant notaire (article 403 du code civil). A défaut, il est désigné par le conseil de famille (article 404 du code civil).

Si la tutelle est vacante, le juge des tutelle la défère à la collectivité publique compétente en matière d'aide sociale à l'enfance (article 411 du code civil). En pratique, le juge désigne le président du conseil général qui délègue ses fonctions au directeur départemental de l'aide sociale à l'enfance.

Dans l'ouvrage précité, le doyen Jacques Massip expose à propos de la tutelle vacante (n°181) : « la Cour de cassation a été amenée à préciser que la tutelle n'était vacante que si nul n'était en mesure d'en assumer la charge (Cass. Civ. 1ère, 20 novembre 1985, Bull. I n°316). Il s'ensuit que les juges doivent rechercher, dans chaque cas d'espèce, si le mineur a des parents ou des personnes susceptibles de lui porter intérêt qui seraient en mesure d'assurer la charge de la tutelle. Ce n'est que si cette recherche s'avère négative qu'il conviendrait de déférer la tutelle à l'aide sociale (Cass. Civ. 1ère 2 mai 1990, Bull. I n°94).

Il résulte de ce qui précède que la tutelle de l'aide sociale a un caractère subsidiaire. La Cour de cassation, qui a toujours marqué son attachement à la primauté de la tutelle familiale, (...) exerce un contrôle étroit sur la notion de vacance. Il n'est pas douteux que ce principe est également conforme au vœu du législateur de 2007».

En l'espèce, l'ordonnance d'ouverture de la tutelle est motivée de la façon suivante :

« Attendu qu'il ressort des auditions du 28 mai 2013 de Mesdames Y... Myriam et Z... Nicole, des difficultés liées au handicap de l'enfant F, celui-ci nécessitant un suivi médical important, et une fragilité de la mère, Mme Myriam Y..., celle-ci précisant même n'avoir jamais accueilli son fils plus de deux semaines consécutives à son domicile, Qu'en vertu de l'article 391 du code civil, il y a lieu, en conséquence d'ouvrir la tutelle du mineur F X... et de la déférer à la collectivité publique » (...)

Cette décision ne caractérise pas les difficultés ni l'incapacité de Mme Y... à gérer le patrimoine de son fils. Elle n'évoque pas la composition du conseil de famille et ne caractérise pas la vacance de la tutelle.

## **2. La jurisprudence commentée par la doctrine**

Comme il a déjà été indiqué ci-dessus (II 2b), la Cour de cassation a déjà statué sur la mise en œuvre de l'article 391 du code civil.

Elle a jugé que ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles 373, 391 et 450 du code civil le tribunal qui, ayant à statuer sur l'ouverture d'une tutelle de mineurs à la suite de l'incarcération de leur père et du décès de leur mère, prononce la mesure demandée, mais en la limitant à la gestion des biens des mineurs, sans préciser si le père était, malgré sa détention, en état d'exercer l'autorité parentale (Civ. 1ère, 8 novembre 1982, Bull. I n°323, pourvoi n°80-12.309).

Commentant cet arrêt, le doyen Jacques Massip a rappelé : « il est bien vrai que l'article 391 qui permet au juge des tutelles de déchoir l'administrateur légal de ses fonctions se limite à l'aspect patrimonial, à la gestion des biens (cf circulaire du ministère de la Justice du 1er juillet 1966, n°37 ; Blondy et Morin, la réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation, n°176 ; Carbonnier, droit civil, tome II, n°172 et suivants ; Weillet Terré, précis Dalloz, n°815). C'est seulement lorsque la tutelle est ouverte par décision du tribunal de grande instance, dans les hypothèses prévues aux articles 373-2, alinéa 2, 373-3, alinéas 2 et 3, 374-1, alinéa 2 et 380 du code civil qu'elle s'étend à la gestion du patrimoine du mineur et au gouvernement de sa personne » (Gazette du Palais, 1983, jurisprudence p.517).

La Cour a estimé légalement justifiée la décision du tribunal de grande instance qui, pour décider qu'il n'y avait pas lieu d'ouvrir à la requête des grands-parents la tutelle de leur petite-fille, soumise au régime de l'administration légale pure et simple, énonce que l'ouverture d'une tutelle en application de l'article 391 du code civil avait pour seul objet de pallier la carence d'un administrateur légal dans la gestion des biens du mineur mais ne pouvait porter atteinte à l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère, seuls en droit d'assumer la garde de l'enfant et estime ensuite que l'urgence et le péril invoqués, qui concernait le danger que pouvait présenter pour l'enfant le fait d'être remise à son père, ne pouvaient justifier l'ouverture d'une tutelle qui est limitée à la gestion des biens (Civ. 1ère, 26 juin 1985, Gaz. Pal. 1986, jurisprudence p.681, D. 1985, IR p.432).

Le doyen Jacques Massip commentait ainsi cet arrêt : « les grands-parents voulaient se faire attribuer la garde de leur petite-fille, obtenir qu'elle reste chez eux, éviter que le père, comme il en avait manifesté l'intention depuis sa séparation d'avec la mère, ne reprenne l'enfant. Mais pour cela ils ont employé un moyen inadéquat : demander l'ouverture de la tutelle sur le fondement de l'article 391 du code civil. C'est en effet comme l'a bien vu le tribunal de grande instance, demander la déchéance de l'administration légale, prérogative relative à la gestion du patrimoine du mineur, non au gouvernement de sa personne. Et il n'est pas douteux que la tutelle ainsi ouverte est une tutelle aux biens. La Cour de cassation ne pouvait dès lors qu'approuver le raisonnement fait par le tribunal de grande instance et que rejeter le pourvoi dont elle avait été saisie » (Gaz. Pal. 1986, jurisprudence p.681).

Examinant le recours d'un père, administrateur légal sous contrôle judiciaire de sa fille mineure, contre la décision ordonnant l'ouverture d'une tutelle, la Cour de cassation a jugé que la décision attaquée, prise en application de l'article 391 du code civil, était sans effet sur l'autorité parentale (Civ. 1ère, 13 décembre 1994, pourvois n°93-14.610 et 92-16.106, inédit).

Le professeur Jean Hauser a approuvé cette jurisprudence : « L'article 391 du code civil permet au juge des tutelles de décider de l'ouverture d'une tutelle en dehors des cas énumérés par la loi, soit pour quelque cause que ce soit s'il s'agit de transformer une administration légale sous contrôle judiciaire, soit pour causes graves si l'administration était pure et simple. Il est acquis que la tutelle ouverte ne concerne que les biens et que, sauf décision prise séparément pour d'autre motifs, le titulaire de l'autorité parentale demeure saisi du gouvernement de la personne du mineur » (RTDCiv. 1995, p.599).

La Cour a de nouveau affirmé que l'article 391 du code civil a pour seul objet de pallier la carence de l'administrateur légal dans la gestion des biens du mineur et ne peut porter atteinte à l'exercice de son autorité parentale (Civ. 1ère, 12 octobre 1999, pourvoi n°97-17.018, inédit).

Le doyen Jacques Massip a approuvé cette solution : « certes, l'article 391 du code civil, dont la violation était invoquée, permet-il au juge des tutelles de mettre fin à l'administration légale pour la remplacer par une tutelle. (...) comme le rappelle la Cour de cassation, [ce texte] ne concerne que la gestion des biens du mineur et a pour seul objet de pallier la négligence ou l'inaptitude de l'administrateur légal dans la gestion du patrimoine pupillaire » (Defrénois 2000, n°10 p.663).

Un juge des tutelles, constatant que le père d'un mineur, administrateur légal sous contrôle judiciaire, par suite du décès de la mère, se désintéressait de son fils avec lequel il n'avait plus de relations depuis plusieurs années et était également défaillant dans la gestion de ses biens, a décidé d'ouvrir la tutelle, l'a déclarée vacante, et l'a déferée au service de l'aide sociale à l'enfance.

La Cour de cassation a jugé que la cour d'appel avait justement énoncé que, si la tutelle avait été ouverte en application de l'article 391 du Code civil, alors que le mineur se trouvait sous l'administration légale sous contrôle judiciaire de son père, le juge des tutelles en avait constaté la vacance et l'avait déferée au service de l'aide sociale à l'enfance, de sorte que celle-ci était régie par l'article 433 du Code civil et le décret n° 74-930 du 6 novembre 1974 portant organisation de la tutelle d'État ; qu'ensuite, la cour d'appel avait déclaré, à bon droit, que la tutelle ayant été déferée au service de l'aide sociale à l'enfance au motif



que le père n'avait plus de relations avec son fils dont il se désintéressait, cette tutelle portait tant sur la personne du mineur que sur l'administration de ses biens (Civ. 1ère, 3 novembre 2004, Bull. I n°246, pourvoi n°03-05.056).

Le professeur Jean Hauser a approuvé cette décision : « Sur le premier point il était apparemment exact que l'ouverture d'une tutelle sur la base de l'article 391 du code civil ne concerne, en principe, que les biens et laisse subsister l'autorité parentale exercée par le ou les parents sur la personne du mineur. La réponse a été clairement donnée par l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation le 13 décembre 1994 qui confirmait d'ailleurs les tendances antérieures. (...)

En effet la transformation s'est ici opérée en deux temps que restitue bien l'arrêt de rejet. D'une part, sur le fondement de l'article 391 du code civil l'administration légale sous contrôle judiciaire a été transformée en tutelle laquelle ne pouvait s'étendre à la personne et ne pouvait concerner que les biens puisqu'il s'agissait de remplacer une administration légale qui ne porte que sur les biens. A ce stade, comme cela arrive parfois, le père pouvait conserver le gouvernement de la personne. Ensuite, mais ensuite seulement, la carence de la tutelle étant constatée, du fait de l'abandon du père et de l'absence de solution familiale, elle a été déferée à l'aide sociale à l'enfance, cette fois sur la base de 433. Et c'est là, et seulement là, que la tutelle est devenue de plein exercice non par transformation de l'administration légale mais par ouverture d'une tutelle d'Etat sur l'ensemble faute de trouver une solution familiale, le désintérêt du père étant constaté, celui-ci ne conservant que le droit et perdant l'exercice » (RTDCiv. 2005, p.100).

\*\*\*\*\*

En considération de l'ensemble de ces éléments, la Cour devra se prononcer sur la demande d'avis.