



UNIVERSITE DE REIMS CHAMPAGNE –ARDENNE

ECOLE DOCTORALE SCIENCES DE L’HOMME ET DE LA SOCIETE (555)

T H E S E

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE

Discipline : Droit privé

présentée et soutenue publiquement

par

Gwenaëlle HUBERT-DIAS

Le 12 juin 2014

Titre :

L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé

JURY

Mme HERZOG-EVANS Martine, Président
Mme BRUNETTI-PONS Clotilde, Directeur de Thèse
Mme GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, Co Directeur de Thèse
M. HAUSER Jean, Rapporteur
M. LECUYER Hervé, Rapporteur
Mme. PERES Cécile, Examineur

L'Université de Reims Champagne-Ardenne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A ma famille

Liste des principales abréviations

actu.	actualité
aff.	affaire
AJ. fam.	Actualité Juridique famille
al.	alinéa
art.	article
ASE	Aide sociale à l'enfance
Ass. nat.	Assemblée nationale
Ass. plén.	Assemblée plénière
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (code civil allemand)
Bull. Cass.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
c.	contre
CA	Cour d'appel
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
chron.	chronique
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cass. 1 ^{re} Civ.	Cour de cassation, Première chambre civile
Cass. 2 ^{ème} Civ.	Cour de cassation, Deuxième chambre civile
Cass. Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
coll.	collection
comm.	commentaire
concl.	conclusions
C. pénal	Code pénal
C. santé publ.	Code de la santé publique
D.	Dalloz
dactyl.	Dactylographié
Def.	Defrénois
dir.	Sous la direction de
doctr.	doctrine
Dr. fam.	Droit de la famille
éd.	édition
ex.	exemple
Gaz. Pal.	Gazette du palais
<i>Ibid.</i>	ibidem
<i>in</i>	dans
<i>Infra</i>	ci-dessous
IR	informations rapides

JAF	Juge aux affaires familiales
JCP	Semaine juridique
JO	Journal officiel
LEDF	L'Essentiel du Droit de la Famille
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de
<i>loc. cit.</i>	revue précitée
LPA	Les Petites Affiches
n°	numéro
obs.	observations
<i>op.cit.</i>	ouvrage précité
p.	page
préc.	précité
PUF	Presses Universitaires de France
rapp.	Rapport
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rev. crit. DIP	Revue critique de Droit International Privé
req.	requête
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RJPF	Revue Juridique Personnes et Famille
RTDciv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDeur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDsanit. soc.	Revue de droit sanitaire et social
s.	suivantes
Somm.	sommaires
spéc.	spécialement
<i>Supra</i>	ci-dessus
t.	tome
th.	thèse
TGI	Tribunal de Grande Instance
V.	voir
v°	verbo (mot)
vol.	volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE

L'AUTONOMIE DE L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT A L'ECHELLE EUROPEENNE

TITRE 1

L'UNITE DE LA NOTION D'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT

Chapitre 1. Les différents niveaux de contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

Chapitre 2. Les éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant

TITRE 2

LES PROCEDES PERMETTANT LA CARACTERISATION DE L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT

Chapitre 1. Les modalités d'appréciation des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant.

Chapitre 2. Les outils d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant

DEUXIEME PARTIE

L'IMPACT DE L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT A L'ECHELLE EUROPEENNE

TITRE 1

UN GUIDE LEGISLATIF

Chapitre 1. L'évolution du droit dominé par la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant

Chapitre 2. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant freinée par l'interférence des droits d'autrui

TITRE 2

UN GUIDE DECISIONNEL

Chapitre 1. La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les jurisprudences européennes

Chapitre 2. La réception de la supériorité de l'intérêt de l'enfant

INTRODUCTION

1. Définition de l'enfant. Le dictionnaire Le Robert définit l'enfant comme « l'être humain dans l'âge de l'enfance ». Le terme est issu du latin *infans* signifiant : « qui ne parle pas (encore) »¹. Le terme « enfant » renvoie à la fragilité d'un petit être qui exige une attention particulière. L'enfant est celui qui est né vivant et viable, cette circonstance conditionnant l'acquisition de la personnalité juridique. Se trouve alors exclu l'enfant simplement conçu. Le droit actuel recherche un « équilibre entre la garantie de sa protection et la possibilité de lui porter atteinte »².

Puisant son inspiration dans la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (dite CIDE) du 20 novembre 1989 définit l'enfant, ce qui faisait défaut dans le texte précédent. L'article premier de cette Convention prévoit désormais que : « Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Cette définition juridique générale se fonde sur le critère de l'âge, lequel introduit la distinction entre la personne mineure et la personne majeure. Le mineur désigne la personne qui n'a pas atteint la majorité légale.

2. L'enfant mineur. L'article 414 du Code civil français prévoit que : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ». L'âge de la majorité est fixé à 18 ans dans la plupart des autres législations européennes, avec parfois des nuances sur le moment où la majorité est effectivement acquise pendant cette dix-huitième année. Selon l'article 388 du Code civil belge : « Le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de dix-huit accomplis » tandis que, l'article 2 du BGB prévoit que « la majorité est atteinte à la fin de la dix-huitième année »³.

Les législations européennes utilisent indistinctement le terme « enfant » ou « mineur ». Toutefois, il faut relever que le terme « enfant » est le plus souvent utilisé dans les dispositions législatives relatives au droit de la famille. Ainsi, le terme « mineur » est

¹ F. Dekeuwer- Défossez, *Les droits de l'enfant*, Que sais-je ?, n° 852, 9^{ème} éd., 2010, p. 3.

² N. Baillon-Wirtz, « L'enfant simplement conçu », *RLDC*, 2011, supplément n° 87, p. 22 ; S. Lesnard, *Le néonaticide*, thèse dactyl., 2013, p. 69 et s.

³ Article 2 BGB : « Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ein ».

mentionné dans 116 articles du Code civil français, alors que le terme « enfant » est mentionné dans 241 articles du même code. L'utilisation du terme « mineur » s'impose davantage en droit pénal. Ce mot est mentionné dans 85 articles du Code pénal français, alors que le terme « enfant » ne figure que dans 32 articles du même code. L'autorité parentale s'exerce sur l'enfant mineur, selon l'article 371-1 du Code civil français : « l'autorité parentale appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant (...) ». Notre étude s'intéresse à l'enfant dans le cadre de ses relations familiales, ce qui conduit à étudier la notion de « famille ».

3.Définition de la famille. La famille est définie dans le vocabulaire juridique Capitant comme : « l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien du sang, qui descendent d'un auteur commun »⁴. La famille renvoie donc à une ligne parentale descendante. D'après Carbonnier, « les familles sont le tissu privé du peuple dont l'Etat est l'organisation collective »⁵. L'auteur relève qu'il est usuel de distinguer deux cercles dans la famille⁶ : la famille au sens large -la famille étendue englobant toutes les personnes descendantes d'un auteur commun unies par les liens du sang - ; la famille au sens étroit- celle qui exclut les collatéraux. D'après Cornu, à partir de liens de famille se constituent les différents groupes qui forment une famille : « terme générique la famille ne désigne pas toujours le même groupe, le cercle de famille est plus ou moins large »⁷. L'auteur distingue trois catégories de groupes : les groupes primordiaux, les groupes secondaires et les sous-groupes. Dans les groupes primordiaux sont classés le ménage, le groupe parental et la famille unilinéaire.

4.Famille et étude de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'étude de l'intérêt supérieur de l'enfant se situe dans le cadre d'un groupe parental défini comme « le groupe que forment les parents avec leurs enfants »⁸, ainsi que dans la famille unilinéaire qui est celle dans laquelle l'enfant n'a dans son ascendance qu'une ligne sur deux parce qu'il n'est légalement rattaché qu'à sa mère, plus rarement à son père seulement. Apporter des précisions à cette délimitation de domaine renvoie à la typologie des familles.

⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2011.

⁵ J. Carbonnier, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ème} éd., L.G.D.J., 2001.

⁶ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant et le couple*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 758.

⁷ G. Cornu, *Droit civil. La famille*, 9^{ème} éd., Montchrétien, 2006, p. 26, n° 13.

⁸ *Ibidem*.

5. Typologie des familles. Le premier type de famille est la famille nucléaire qui correspond au groupe constitué par le ménage et les enfants vivant au même foyer sur le même budget⁹. Elle vise le groupe réduit aux père et mère et aux enfants (mineurs) vivant avec eux¹⁰. A côté de cette famille nucléaire, il existe une famille plus restreinte : la famille monoparentale¹¹. Celle-ci est définie comme : « la famille dans laquelle l'enfant vit avec un seul de ses parents et qui englobe, outre le cas de famille unilinéaire, toutes les hypothèses dans lesquelles l'enfant demeure légalement rattaché à celui de ses parents avec lequel il ne vit pas »¹².

Aujourd'hui, un autre type de famille se développe. Il s'agit de la famille recomposée¹³ « dont les soutiens (homme, femme), ayant vécu l'un ou l'autre ou l'un et l'autre, chacun de son côté, en mariage ou hors mariage avec d'autres partenaires, s'unissent, après divorce, rupture ou décès, pour vivre ensemble, en mariage ou en union libre, avec les enfants issus, des unions antérieures et, le cas échéant, leurs enfants communs, ce réassortiment familial composite faisant coexister- tant qu'elle dure-, dans la communauté de vie présente, des liens de famille différents (frères et sœurs consanguins, utérins ou germain, parents et beaux-parents) sans abolir les liens antérieurs avec les parents par le sang séparés, et posant la question délicate de l'harmonisation des intérêts attachés à chaque lien »¹⁴. La famille recomposée laisse entrevoir l'instabilité qui caractérise l'évolution actuelle du droit de la famille¹⁵.

Un auteur fait observer qu'il « n'y a pas une mais plusieurs familles selon le degré de parenté et l'institution considéré »¹⁶. Cette pluralité s'explique par le souci d'adaptation de ce droit aux mœurs. Par conséquent « le droit de la famille est un droit original car il se nourrit de données humaines, de données scientifiques et d'idéologie. Il est également original par sa

⁹ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2004, p. 8, n° 4.

¹⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2011.

¹¹ O. Chardon, F. Daguët, E. Vivas, *Les familles monoparentales*. Division Etudes sociales, Insee, Insee Première n° 1195, juin 2008.

¹² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2011.

¹³ F. Dekeuwer-Défossez, « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.* 1992, *chron.* 133, p. 134 ; M.-C. Rivier, « Les secondes familles et le droit des obligations alimentaires », *LPA* 8 oct. 1997, n° 121, p.8 ; L. Leveneur, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *LPA* 24 fév. 2010, n° 39, p. 11 ; Dossier spécial, *AJ. fam.* 2007 ; I. Théry, « Introduction générale : le temps des recompositions familiales », in I. Théry (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Essais et Recherches, Nathan, 1993, p. 12.

¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2011.

¹⁵ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2011, p. 10, n° 15.

¹⁶ F. Boulanger, *Droit civil de la famille, aspects comparatifs et internationaux*, t. 1, 3^{ème} éd., Economica, 1997, p. 3.

dimension symbolique : le droit de la famille est le miroir de la société qui le produit »¹⁷. Ces influences ont impacté l'évolution du droit de la famille.

6.L'évolution du droit de la famille en droit français. Le droit de la famille, notamment l'exercice de l'autorité parentale, a évolué au fil des siècles¹⁸. A l'époque romaine, la famille reposait davantage sur la notion de « puissance » que sur celle de « parenté »¹⁹. L'ancêtre mâle, nommé *sui iuris*, exerçait sa puissance sur les autres membres de la famille, considérés comme incapables (*alieni iuris*). Il représentait le chef de famille, autrement dénommé le *pater familias*. La puissance paternelle constituait le principe en droit de la famille jusqu'à la révolution française. Les révolutionnaires s'intéressèrent davantage à la liberté individuelle. Dans ce souci de promotion de la volonté individuelle, l'objectif fut alors en droit de la famille de laïciser le mariage et de retirer au mari et père sa puissance maritale et paternelle. Cependant, le Code civil de 1804, opérant une synthèse entre l'autorité parentale et le droit révolutionnaire, est revenu à la puissance paternelle. Les grandes évolutions relatives au droit de la famille ne commencent qu'à compter du début du XXème siècle. En témoignent les nombreuses réformes législatives en la matière.

On peut citer par exemple la loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée²⁰, la loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale²¹, la loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation²², la loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce²³, la loi n°87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale²⁴, la loi n°89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance²⁵, la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, la famille et aux droits de l'enfant et

¹⁷ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2011, p. 28.

¹⁸ J. Hauser, « Grandeur et décadences en droit civil de la famille », in *Mélanges Huet-Weiller*, PU Strasbourg/L.G.D.J., 1994, p. 235 et s. ; F. Dekeuwer- Défossez, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Mouly*, Livre 1, Litec, 1998, p. 281 et s. ; C. Brunetti-Pons, « Réflexions autour du droit de la famille (1^{re} partie et 2^{ème} partie) », *Dr. fam.*, n° 5-6, mai/ juin 2003, chron. 15 et 17 ; Y. Lequette, L. Leveneur, *1804-2004, Le code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341 et s. ; A. Gouttenoire, « La famille et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.*, n° 4, avril 2011, étude 10.

¹⁹ A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p. 98.

²⁰ Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée. *JO* 19 fév. 1938, p. 2058.

²¹ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale. *JO* du 5 juin 1970, p. 5227.

²² Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation. *JO* n° 0003 du 5 janv. 1972, p.145.

²³ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce. *JO* n° 0161 du 12 juil. 1975, p. 7171.

²⁴ Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale. *JO* 24 juil. 1987, p. 8253.

²⁵ Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance. *JO* n° 0163 du 14 juil. 1989, p. 8869.

instituant le juge aux affaires familiales²⁶, la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité²⁷, la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale²⁸, la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce²⁹ ou encore l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation³⁰ et la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, modifiant et abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation³¹.

Ces exemples reflètent la profondeur de l'évolution du droit de la famille, caractérisant même une « véritable boulimie législative »³². Après la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe³³, la préparation d'un projet de loi sur la famille a encore été engagée autour de quatre thèmes : « médiation familiale et contrat de coparentalité », « nouveaux droits pour les enfants », « filiation, origines, parentalité » et « protection de l'enfance et adoption »³⁴.

Cette évolution du droit de la famille est commune aux législations européennes³⁵, à raison notamment de l'impact du droit international des droits de l'homme.

7.L'impact du droit international des droits de l'homme. De nombreux textes internationaux soulignent que la protection de la famille est une préoccupation fondamentale et universelle des systèmes promouvant les droits de l'homme³⁶. La Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée le 10 décembre 1948 énonce ainsi en son article 16 : « A partir

²⁶ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales. *JO* n° 7 du 9 janv. 1993, p.495. Le contentieux du droit de la famille est confié à un juge spécialisé en droit français : la création d'un juge affecté spécialement aux affaires familiales a remplacé le juge aux affaires matrimoniales. Il s'agit d'un juge compétent pour toutes les affaires relatives au droit de la famille. Récemment le droit belge a créé un tribunal de la famille et de la jeunesse par une loi du 30 juillet 2013. Cela rend compte de l'importance du contentieux en la matière. Les modalités de l'exercice de l'autorité parentale font régulièrement l'objet de requêtes des parents auprès des tribunaux. V. La résidence des enfants de parents séparés, DACS, PEJC, nov. 2013 ; V. encore pour une étude approfondie : *Au tribunal des couples, Enquête sur des affaires familiales*, Le collectif des onze, éd. O. Jacob. 2013.

²⁷ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. *JO* n° 265 du 16 nov. 1999, p.16959.

²⁸ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. *JO* 5 mars 2002, p. 4161.

²⁹ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce. *JO* n° 122 du 27 mai 2004, p. 9319.

³⁰ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

³¹ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant et abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation. *JO* n° 0015 du 18 janv. 2009, p. 1062.

³² C. Brunetti-Pons, « Réflexions autour du droit de la famille (1^{re} partie et 2^{ème} partie) », *Dr fam.* n° 5-6, 2003, *chron.* 15 et 17.

³³ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. *JO* n° 0114 du 18 mai 2013 p. 8253.

³⁴ Le point, 21 oct. 2013.

³⁵ H. Fulchiron, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois* 2005, n° 19, p. 1461 ; Ph. Guez, J-S. Bergé, I. Omarjee, « L'avenir du droit européen : le droit de la famille », *LPA* 6 nov. 2006, n° 221, p. 13. M.-T. Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant, L.G.D.J., 1999.

³⁶ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} éd., PUF, 2012.

de l'âge nubile, l'homme et la femme (...) ont le droit de se marier et de fonder une famille (...) ». Et encore : « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ». Il faut aussi compter avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966³⁷ dont l'article 23 énonce : « 1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat. 2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile ». Ces textes de l'Organisation des Nations Unies (ONU) ne sont pas tous directement applicables en droit français : la déclaration universelle des droits de l'homme, par exemple, n'est pas directement applicable dans l'ordre juridique interne français³⁸. En revanche, le Pacte de 1966 l'est.

Parmi les textes de l'ONU, c'est la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui a le plus influencé le droit français de la famille³⁹ et les autres législations européennes⁴⁰.

8.L'influence de la Convention internationale des droits de l'enfant sur l'évolution du droit de la famille. La Convention de New York a exercé une influence non négligeable sur l'évolution des législations européennes. Selon Madame Granet-Lambrechts, « les rapports successifs du Comité des droits de l'enfant, montrent que l'évolution des législations européennes est notoire pour ce qui est des droits et libertés fondamentaux du mineur »⁴¹. Le vingtième siècle est marqué par cette influence européenne qui « a ébranlé les traits traditionnels de la société française, fait de la femme l'égale de l'homme, exalté les jeunes, conféré des droits identiques aux enfants légitimes et illégitimes, déstabilisé le mariage en libéralisant le divorce, favorisé l'union libre, et admis que l'union homosexuelle constituait une institution »⁴².

L'évolution du droit de la famille à l'échelle européenne connaît plusieurs traits caractéristiques en matière d'exercice de l'autorité parentale : égalité de droits entre l'homme et la femme, l'égalité entre enfants, un droit commun de l'autorité parentale désigné en droit

³⁷ Décret n° 81-76 du 29 janvier 1981 portant publication du pacte international relatif aux droits civils et politiques, ouvert à la signature à New York le 19 déc. 1966.

³⁸P. Murat (sous la dir. de), *Droit de la famille*, Dalloz action 2014/2015, 6^{ème} éd. p. 19 n° 01.47.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ F. Granet-Lambrechts, « Les droits de l'enfant dans les législations européennes », *RLDC* 2011 supplément n° 87, pp. 41 à 45 ; L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant, Colloque Roubaix-Lille des 3 et 4 déc. 2009, *LPA* 2010, n° 200 ; A. Gouttenoire, C. Gris, M. Martinez, B. Maumont, P. Murat, « La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, Commentaire article par article », *Dr. fam.* 2009, Dossiers 13 à 52.

⁴¹ F. Granet-Lambrechts, « Les droits de l'enfant dans les législations européennes », *loc. cit.* p. 45.

⁴² H. Fulchiron, Ph. Malaurie, *La famille*, Defrénois, 2004, p. 10, n° 7.

français sous l'expression de « couple parental »⁴³. Comme le relève un auteur, il faut ainsi retenir : « surtout l'égalité entre père et mère et le partage de leurs droits et devoirs ainsi que l'égalité des filiations, dans le contexte de la formation d'un droit commun de l'autorité parentale qui s'intègre lui-même dans un droit de l'enfance dont la Convention de New York et plusieurs conventions du Conseil de l'Europe constituent d'importants vecteurs »⁴⁴.

Une évolution comparable peut être relevée dans les ordres juridiques européens, mais avec un décalage dans le temps.

9. Une évolution qui a connu des rythmes différents dans les ordres juridiques européens. Les différents ordres juridiques internes ont connu ou connaissent une évolution du droit de la famille. Cependant, cette évolution se réalise plus ou moins rapidement selon les Etats. Un auteur constatait les disparités entre le droit belge et le droit français concernant l'ouverture du mariage au couple de personnes de même sexe⁴⁵. Le premier reconnaissait une telle possibilité depuis une loi du 13 février 2003⁴⁶, complétée par une loi du 18 mai 2006⁴⁷ permettant l'adoption de l'enfant par des personnes de même sexe, alors que cela n'est possible en droit français que depuis la loi du 17 mai 2013⁴⁸. De même, le législateur espagnol a adopté une loi en 2005 autorisant le mariage entre conjoints de même sexe et l'adoption par ces couples⁴⁹. En revanche, ce n'est que par une loi du 8 juillet 2005 que la garde alternée fut intégrée dans le Code civil espagnol⁵⁰, alors que la loi du 4 mars 2002 avait inscrit la résidence alternée dans le Code civil français⁵¹.

Les décalages temporels n'ont guère de signification sur le fond. Cependant, les évolutions relatives ci-dessus ne sont pas universelles sur le territoire européen. Par exemple,

⁴³ F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTDciv.* 1995, p. 249 et s. Le couple parental est défini par Françoise Dekeuwer-Défossez comme « hétérosexuel, égalitaire, monogame (au moins séquentiellement), et indissoluble à l'égard des enfants » ; C. Brunetti-Pons, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTDciv.* 1999, p. 27 ; *ibid.*, (sous la dir. de), *La notion juridique de couple*, colloque Reims, *Economica* 1998. Sur les conséquences de la loi précitée du 17 mai 2013, *ibid.*, « Le couple parental ne renvoie-t-il plus aux père et mère de l'enfant ? », *RLDC* 2014, n°112.

⁴⁴ F. Granet-Lambrechts, « L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes », *Rapport pour le Haut Conseil de la population et des familles*, La documentation française, oct. 2002.

⁴⁵ J. Pousson-Petit, « Chronique de droit belge », *Dr. fam.* 2007, étude 12.

⁴⁶ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, n° 2003021336.

⁴⁷ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, n° 2006051844.

⁴⁸ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. *JO* n° 0114 du 18 mai 2013 p. 8253.

⁴⁹ F. Cadet, « La réforme du droit de la famille espagnol par les lois du 1^{er} et du 8 juillet 2005 : entre évolution et révolution », *Dr. fam.* 2005, étude 25.

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. *JO* 5 mars 2002, p. 4161.

la Croatie vient de réaffirmer la constitutionnalisation du mariage entre un homme et une femme⁵². Par un référendum, 64,84% des Croates ont voté « oui » à la question de savoir si le mariage devait être défini dans la Constitution comme « l'union entre un homme et une femme »⁵³. Malgré ces divergences de fond et ces décalages temporels, force est de constater que l'évolution du droit de la famille présente des points communs dans les différentes législations européennes. Cela tient d'abord à l'influence des grands textes européens sur le sujet.

10.L'influence du droit européen. A l'échelle européenne, il faut ajouter aux différents textes internationaux l'influence⁵⁴ de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁵ dont l'article 12⁵⁶ reprend l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme précitée. S'y est ajoutée la Charte sociale européenne⁵⁷, élaborée par le Conseil de l'Europe le 18 octobre 1961, révisée à Strasbourg le 3 mai 1996, laquelle énonce notamment : « La famille, en tant que cellule fondamentale de la société, a droit à une protection sociale, juridique et économique appropriée pour assurer son plein développement ». Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprise dans le traité de Lisbonne⁵⁸ et donc intégrée au droit européen primaire⁵⁹, consacre les droits de l'enfant et le principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale en son article 24⁶⁰.

On relève corrélativement des points communs d'évolution liés à des emprunts réciproques d'une législation à une autre.

⁵² <http://mailman.pxldsk.com/wb.php?p=1bm/1bf/rs/27o/rw/rs>.

⁵³ Le Monde, 1^{er} déc. 2013 : « La Croatie dit non par référendum au mariage homosexuel ».

⁵⁴ A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002.

⁵⁵ F. Vasseur-Lambry, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000.

⁵⁶ Article 12 CEDH : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

⁵⁷ Décret n° 2000-110 du 4 fév. 2000 portant publication de la charte sociale européenne révisée.

⁵⁸ Entré en vigueur le 1^{er} déc. 2009.

⁵⁹ P. Murat (sous la dir. de), *Droit de la famille*, op. cit. n° 01.47 p. 20 et 21.

⁶⁰ Article 24 de la Charte des droits fondamentaux : « 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. 2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. 3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ».

11. Points communs des législations européennes sous l'angle de l'évolution du droit de la famille. Comme l'a relevé un auteur l'évolution du droit « peut naître d'emprunts réciproques »⁶¹. Une étude de droit comparé permet de ce point de vue de mettre en évidence des mouvements d'évolution communs, spécialement dans le domaine de l'autorité parentale. Par exemple, la Belgique et la France ont connu une évolution assez comparable. Une loi belge du 31 mars 1987⁶² a introduit le principe d'égalité des filiations⁶³. Puis une loi du 30 juin 1994 a simplifié et assoupli la procédure de divorce⁶⁴ ; ce sont surtout les règles de procédure, plus que les règles de fond, qui ont été modifiées⁶⁵. Enfin, une loi du 13 avril 1995 a consacré la coparenté en introduisant l'exercice conjoint de l'autorité parentale même en cas de séparation des parents⁶⁶. En droit allemand, un auteur remarque que les réformes sont moins régulières, mais tout aussi conséquentes⁶⁷. La loi du 18 juin 1957 a introduit l'égalité entre homme et femme en matière de droit civil⁶⁸. Cette loi consacrait l'égalité patrimoniale entre époux⁶⁹. Le mariage a été réformé par une loi du 14 juin 1976⁷⁰, le droit de la filiation par une loi du 19 août 1969⁷¹ et l'autorité parentale par une loi du 18 juillet 1979⁷². Dans le cadre des commentaires de la loi du 19 août 1969, il fut observé que « l'intérêt de l'enfant est au cœur des dispositions légales (...), il exige que l'enfant cesse d'être juridiquement étranger à son père et que celui-ci assume pleinement les devoirs de sa paternité »⁷³.

Ainsi, des principes communs émergent entre les législations européennes, tels que l'égalité entre père et mère et l'égalité des filiations, notamment en matière d'autorité parentale, ou encore le souci d'associer le père à la vie de l'enfant après séparation là où la mère avait traditionnellement une place prépondérante, voire même parfois exclusive. Ces

⁶¹ M. Pédamon, « La loi allemande du 19 août 1969 sur la condition juridique de l'enfant illégitime : modèle pour une réforme du droit français ? », *D.* 1970. *chron.* 153 et s.

⁶² Loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, n° 1987009355.

⁶³ L. Ingber, I. de Saedeleer, A. Renard, « Chronique de droit belge. La réforme du droit de la filiation (loi du 31 mars 1987) », *RTDciv.* 1991, p. 829.

⁶⁴ Loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures de divorce, n° 1994009585.

⁶⁵ L. Ingber, M.-F. Dubuffet, A. Renard, « Chronique de droit civil belge », *RTDciv.*, 1996, p. 739.

⁶⁶ Loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, n° 1995009457.

⁶⁷ F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand. Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne », *RTDciv.* 1998, p. 804.

⁶⁸ Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts, *BGBI.* 1957. I.609 et s.

⁶⁹ C. Labrusse-Riou, *L'égalité des époux en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1965.

⁷⁰ Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts, 1. EheRG, 14 juin 1976 (*BGBI.* 1976.I.1421 et s.).

⁷¹ Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder - Nichtehechengesetz - *BGBI.* 1969.I.1243 et s.) entrée en vigueur le 1^{er} juill. 1970.

⁷² Loi portant réglementation nouvelle du droit applicable aux soins dispensés par les parents, *BGBI.* 1979.I.1061 et s.

⁷³ M. Pédamon, « La loi allemande du 19 août 1969 sur la condition juridique de l'enfant illégitime : modèle pour une réforme du droit français ? », *loc. cit.* p. 153 et s.

changements se sont traduits par une évolution des notions, spécialement l'émergence du concept d'autorité parentale pour le droit français.

12.L'autorité parentale, notion. L'autorité parentale peut être définie comme « l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi reconnaît aux père et mère sur la personne et sur les biens de leur enfant mineur non émancipé afin d'accomplir leurs devoirs de protection, d'éducation et d'entretien et d'assurer le développement de l'enfant, dans le respect dû à sa personne »⁷⁴. Il s'agit d'une véritable fonction parentale conférant des droits et des devoirs aux père et mère de l'enfant⁷⁵.

L'article 371-1 du Code civil français prévoit que : « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». Depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁷⁶, l'alinéa 2 de l'article 371-1 du Code civil ne renvoie plus aux père et mère mais aux parents, auxquels est en principe dévolu l'exercice de l'autorité parentale : « Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité (...) ».

Des définitions semblables existent en droit comparé. Le droit grec adopte une définition très proche du droit français : selon l'article 1510 du Code civil grec, les soins parentaux constituent « un devoir et un droit des parents qu'ils exercent en commun (...) ». L'article 1511 du même code précise que « toute décision des parents relative à l'exercice de soins parentaux doit viser l'intérêt de l'enfant ». Le droit allemand va encore plus loin en consacrant l'existence d'une véritable obligation parentale. Selon l'article 1626 du Code civil allemand : « les père et mère ont l'obligation et le droit d'exercer l'autorité parentale sur l'enfant mineur ». La formule est brève, mais cette disposition doit être interprétée conformément au principe de prévalence de l'intérêt de l'enfant prévu à l'article 1697 a du BGB⁷⁷ selon lequel, sauf dispositions contraires, le tribunal prend sa décision, dans les procédures relatives aux affaires régies par le présent titre, en considération de l'intérêt de

⁷⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil. La famille*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2011, p. 599, n° 1520.

⁷⁵ A. Bigot, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003 ; M.-L. Delfosse, *Le lien parental*, L.G.D.J., 2003 ; L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, L.G.D.J., 2004 ; C. Savary-Combe, *L'intérêt de l'enfant au sein de l'autorité parentale*, thèse dactyl., 1973.

⁷⁶ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. JO n° 0114 du 18 mai 2013 p. 8253.

⁷⁷ Article 1697 a BGB : « Soweit nichts anderes bestimmt ist, trifft das Gericht in Verfahren über die in diesem Titel geregelten Angelegenheiten diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht ».

l'enfant analysé en fonction des données de fait et des intérêts légitimes des personnes concernées. En Espagne, l'article 154 du Code civil s'intéresse particulièrement à l'enfant, à son intérêt : « L'autorité parentale s'exerce toujours dans l'intérêt de l'enfant, en accord avec sa personnalité et en respect avec son intégrité physique et psychologique ».

Dans les législations européennes, le lien est ainsi établi entre l'exercice de l'autorité parentale et le respect de l'intérêt de l'enfant. Un auteur fait observer à cet égard que « c'est dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale que la notion d'intérêt de l'enfant se révèle avec la plus grande acuité⁷⁸ ». La terminologie, toutefois, varie selon les pays.

13.Choix du terme « autorité parentale ». Le droit français choisit de se référer à l'expression « autorité parentale » en 1970⁷⁹. Cette expression remplaça celle de « puissance paternelle ». D'autres législations européennes se référaient à la puissance paternelle, à l'instar du droit anglais. Un auteur observait alors que « le père avait sur ses enfants des droits absolus. (...) Seul il avait un droit sur ses enfants ; la mère ne lui était en aucune façon associée »⁸⁰. En France, depuis la loi du 4 juin 1970 l'exercice de l'autorité parentale est en principe conjoint dans le mariage. Les réformes ultérieures maintiendront et renforceront ce principe.

La doctrine française se montre dans l'ensemble favorable à l'expression « autorité parentale ». Le mot autorité vient du latin *auctoritas*, dérivant du terme *augere*, qui signifie augmenter, accroître⁸¹. En exerçant l'autorité parentale, les parents participent à la croissance de l'enfant et à son développement. L'autorité parentale est dotée d'une connotation positive renvoyant à la fonction parentale exercée dans l'intérêt de l'enfant. D'autres législations se réfèrent à des expressions différentes comme celle de « soins parentaux » dans le Code civil grec. Cette dernière terminologie souligne le devoir de protection de l'enfant par les parents. D'autres encore mettent l'accent sur l'aspect « devoir » en se référant à la responsabilité parentale, à l'instar du droit anglais ou du droit portugais. Ainsi, le Titre 2 du Children Act de 1984 est intitulé « *Parental responsibility for children* ». La loi portugaise du 31 octobre 2008⁸² (n°61/2008) a intégré à la section 2 du Code civil portugais un intitulé comparable

⁷⁸ H. Parcheminal, « Le JAF et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RTDsanit. soc.* 1994, p. 201, spéc. p. 211.

⁷⁹ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale. *JO* 5 juin 1970, p. 5227.

⁸⁰ R. David, Préface à la thèse de M. Craffe, *La puissance paternelle en droit anglais*, L.G.D.J, 1971, p. 1.

⁸¹ Dictionnaire Le Robert, éd. 2013 v°Autorité.

⁸² Loi du 31 octobre 2008 n° 61/2008.

« *Responsabilidades parentais* ». Le droit français reste de son côté attaché à la terminologie consacrée en 1970⁸³, celle d' « autorité parentale ».

14. Autorité et responsabilité parentale en droit français. L'attachement du droit français à l'expression « autorité parentale » souligne que l'autorité vient avant la responsabilité. Les parents ne peuvent être seulement considérés comme des responsables. Ils disposent d'un certain nombre de droits afin d'assurer effectivement leur mission, tels que les choix éducatifs de l'enfant. On peut remarquer une première mais brève utilisation du terme « responsabilité parentale » en droit de la famille français sous l'expression « contrat de responsabilité parentale » institué par la loi n°2006-396 du 31 mars 2006⁸⁴. Cette loi avait pour objectif « de rappeler les obligations des titulaires de l'autorité parentale ». A cette fin, une sanction économique était prévue. En cas d'absentéisme scolaire, le président du conseil général pouvait demander la suspension, pour une durée de trois mois, du versement des prestations afférentes à l'enfant⁸⁵. Une loi du 28 septembre 2010⁸⁶ avait assoupli la sanction. Le contrat de responsabilité parentale a été abrogé par une loi du 31 janvier 2013⁸⁷ car il semblait que, derrière l'objectif pédagogique, apparaissait un objectif plus intéressé sur le plan pécuniaire⁸⁸.

L'autorité parentale recouvre un ensemble de droits et de devoirs que l'on peut réduire à un « droit-fonction »⁸⁹ à la charge des parents. Elle rend compte d'une « supériorité hiérarchique »⁹⁰ des parents sur l'enfant et renvoie aussi à la notion de responsabilité commune des père et mère. Ce dernier concept est consacré à l'échelle internationale.

⁸³ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970, titre Neuvième du Code civil intitulé : « De l'autorité parentale ».

⁸⁴ Loi n° 2006-396, 31 mars 2006 pour l'égalité des chances. *JO* n° 79 du 2 avril 2006 p. 4950.

⁸⁵ A. Gouttenoire, L. Brunet, « Droit de l'enfant », *D.* 2007, p. 2192 ; J. Rochfeld, « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du contrat pédagogique », *RTDciv.* 2006, p. 665.

⁸⁶ Loi n° 2010-1127 du 28 sept. 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire. *JO* n° 0226 du 29 sept. 2010 p.17553.

⁸⁷ Loi n° 2013-108, 31 janv. 2013 tendant à abroger la loi n° 2010-1127 du 28 septembre 2010 visant à lutter contre l'absentéisme scolaire, *JO* 1^{re} fév. 2013. *Dr. fam.* 2013, alerte 5 ; *JCP éd. G.* 2013, act. 67.

⁸⁸ A.-M. Leroyer, « Absentéisme scolaire. Suppression du contrat de responsabilité parentale », *RTDciv.* 2013, p. 443.

⁸⁹ L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, L.G.D.J., 2004, n°s 242 et s. ; P. Murat, « CIDE : on aime ou on n'aime pas, mais on ne peut ignorer... » : *Dr. fam.* 2009, repère n° 10 ; J. Rochfeld, « Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale », *RTDciv.* 2002, p. 377 ; J. Hauser, « La finalité de l'autorité parentale », *RTDciv.* 2007, p. 327 .

⁹⁰ F. Boulanger, « Modernisation ou utopie ? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002, p. 1571.

15.La responsabilité commune des père et mère à l'échelle internationale. La Convention de New York prévoit en son article 18-1 que : « Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Ce texte rappelle que l'autorité parentale constitue d'abord un devoir des parents et que ces derniers doivent être guidés par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de leur responsabilité parentale. Il souligne également le rôle premier des parents. L'exercice de l'autorité parentale constitue un terrain d'étude privilégié de l'intérêt supérieur de l'enfant en ce qu'il est expressément guidé par le principe.

Le droit français consacre le principe de subsidiarité ainsi proclamé dans la Convention. Ce n'est qu'à de strictes conditions que l'Etat intervient. Un ouvrage relève à ce titre que « les cas de parentalité dissociés de la parenté sont conditionnés par la mise en danger de l'enfant ou, au moins, par des circonstances exceptionnelles »⁹¹. L'autorité parentale appartient bien au premier chef aux parents. La responsabilité commune de ces derniers est également consacrée à l'échelle européenne.

16.La responsabilité commune des père et mère à l'échelle européenne. Le principe premier de la recommandation (84) du Comité des ministres prévoit que : « a. les responsabilités parentales sont l'ensemble des pouvoirs et devoirs destinés à assurer le bien-être moral et matériel de l'enfant, notamment en prenant soin de la personne de l'enfant, en maintenant des relations personnelles avec lui, en assurant son éducation, son entretien, sa représentation légale et l'administration de ses biens; b. les termes «père», «mère», «parents» s'appliquent aux personnes qui ont un lien juridique de filiation avec l'enfant ».

Cette définition présente un double intérêt : d'abord, celui de relever précisément les missions parentales, ensuite, celui de rappeler que les père et mère ou les parents sont ceux qui ont un lien de filiation avec l'enfant. Evoquer les responsabilités parentales met d'abord l'accent sur l'aspect devoir, mais il ne faut pas que s'en trouve occultée la dimension positive du concept. La question de l'exercice de l'autorité parentale revêt une acuité particulière en cas de séparation des parents.

⁹¹ N. Baillon- Wirtz, Y. Honhon, M.-C. Le Boursicot, A. Meier-Bourdeau, I. Omarjee, C. Pons-Brunetti, *L'enfant sujet de droits*, Lamy Axe droit, 2010, p. 244, n° 410.

17. Mariages et séparations des parents, les chiffres en droit français. Les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale ont évolué, notamment en raison de la fréquence des séparations parentales. Le nombre de mariages célébrés est relativement stable depuis 30 ans : 236 826 mariages ont été célébrés en 2011⁹².

Le nombre de divorces prononcés connaît également une certaine stabilité : 132 977 divorces ont été prononcés en 2011⁹³. Cette stabilité révèle tout de même une diminution du nombre de mariages face à une augmentation du nombre de divorces au cours de ces dernières années. Ainsi en 1995 environ 261 813 mariages avaient été célébrés en France et seulement 121 946 divorces avaient été prononcés pour la même année. Selon Monsieur Hauser, « le mariage derrière une stabilité apparente ponctuée de quelques arrêts solennels, donne souvent l'impression de ne pas bouger » ; ce n'est qu'une illusion : « il accumule quasi génétiquement le flux du droit familial »⁹⁴.

A côté du mariage, le nombre de pacte civil de solidarité connaît une certaine baisse. En 2012, 241 000 Pacs ont été conclus contre 305 234 en 2000. Ce relatif déclin des types d'engagements profite au concubinage.

18. Statistiques européennes. Une étude statistique européenne relève que « le taux brut de nuptialité dans l'UE-27 est passé de 7,9 mariages pour 1 000 habitants en 1970 à 4,4 mariages en 2010, soit une diminution de 3,5 mariages pour 1 000 habitants et une baisse totale de 36 % du nombre absolu de mariages. Au cours de la même période, les mariages se sont fragilisés dans l'UE-27, ainsi qu'en atteste l'augmentation du taux brut de divorce, qui a presque doublé et est passé de 1,0 divorce pour 1 000 habitants en 1970 à 1,9 divorce en 2009 »⁹⁵. Selon cette étude, il existe un véritable déclin du mariage et une augmentation des divorces à l'échelle européenne. L'étude apporte également des renseignements sur le nombre d'enfants nés hors mariage. Force est de constater que celui-ci est en nette progression. Ainsi, dans l'Union européenne, 38,3% des enfants sont nés hors mariage en 2010, alors qu'ils étaient 17,4% en 1990. La majorité des naissances hors mariage a eu lieu principalement en Estonie, Slovénie, Suède ou encore en France.

⁹² Bases de données. INSEE. Thèmes. Population. Couples-Familles-Ménages, 2011.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ J. Hauser, Glossaire des mariages de l'an 2000, in *Mélanges offerts à André Colomer*, 1993, p. 190.

⁹⁵ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics/fr#Principaux_tableaux. Statistiques sur les mariages et les divorces, données d'octobre 2012.

L'autorité parentale s'exerce désormais, dans le principe, en droit français et dans la plupart des législations européennes indifféremment de la situation des parents : qu'ils soient mariés, pacsés, concubins, divorcés ou séparés l'exercice est en principe conjoint⁹⁶. Se pose dès lors la question suivante : l'enfant a-t-il la même place quelle que soit la configuration parentale dans laquelle il évolue ?

19.La place de l'enfant. Durant le 19^{ème} siècle, l'idée selon laquelle le père doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt de l'enfant fait son apparition⁹⁷. Cette idée n'a cessé de se confirmer. Une étude relative à l'exercice de l'autorité parentale s'intéresse aujourd'hui aux rapports qu'entretient l'enfant avec ses parents et non plus seulement à l'énumération des seuls droits et devoirs exercés par les parents sur l'enfant. Ce type d'étude est ainsi tourné vers l'enfant au nom de la recherche de son intérêt, *leit motiv* du droit de l'autorité parentale.

L'enfant constitue désormais le noyau de la famille pour la simple raison qu'il est le seul « point commun » à tous les types de famille émergents⁹⁸. Dans la famille hors mariage c'est l'enfant qui fait la famille parce que le statut juridique applicable est alors déclenché par l'établissement de la filiation. Selon Monsieur Boulanger : « la stabilité de la condition de l'enfant paraît le contrepoids de l'instabilité parentale »⁹⁹. L'enfant acquiert une place centrale en droit de la famille. Un auteur remarque en ce sens que : « la « mobilité » ou la « flexibilité » des familles font de l'enfant le dernier repère fixe, dans la réalité mais aussi dans l'imaginaire social, où l'enfant deviendrait de plus en plus prééminent parce que la famille deviendrait une réalité floue et que la société, (...) tenterait de surmonter ses angoisses faces aux incertitudes du privé en faisant de l'enfant-individu la valeur ultime »¹⁰⁰.

Pourtant, ériger l'enfant en noyau de la famille n'est pas sans risques pour celui-ci qui a besoin avant tout de protection. Force est de constater que l'enfant subit les mutations familiales. 75% des 13,9 millions d'enfants vivent avec leurs deux parents¹⁰¹. *A contrario* 25% des enfants ne vivent pas avec leurs deux parents. Il faut s'assurer que le droit protège au mieux les enfants qui évoluent désormais au sein de configurations familiales différentes. Un

⁹⁶ F. Granet-Lambrechts, « Séparations des couples et autorité parentale dans les législations européennes aujourd'hui », *AJ. fam.* 2002, p. 138.

⁹⁷ F. Boulanger, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, Economica, 1998, p. 12.

⁹⁸ C. Brunetti-Pons, « Réflexions autour du droit de la famille (1^{re} partie et 2^{ème} partie) », *Dr. fam.*, n°5-6, mai/juin 2003, *chron.* 15 et 17.

⁹⁹ F. Boulanger, *Les rapports juridiques entre parents et enfants*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁰ J. Commaille, « Analyse introductive : l'avenir de la famille et la place de l'enfant », in J. Rubellin-Devichi et P. Andrieux (dir.), *Enfance et violences*, PUF Lyon, 1992, p. 15.

¹⁰¹ Bases de données. INSEE. Thèmes. Population. Couples-Familles-Ménages, 2011.

principe permet cette protection : le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. La notion même d' « intérêt supérieur de l'enfant » a connu des évolutions.

20.L'intérêt de l'enfant, un critère décisionnel. L'intérêt de l'enfant ne représentait en droit de la famille qu'un critère de décision¹⁰². Carbonnier écrivait en 1996 que : « l'intérêt de l'enfant, que n'ignorait pas le droit antérieur, revient comme un principe péremptoire, dans toutes les lois, tous les jugements »¹⁰³. La législation française s'y référait avant même l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989. Le Code civil napoléonien relevait l'existence de cet intérêt qui caractérisait alors « la mesure des droits et devoirs des père et mère »¹⁰⁴. Il permettait de circonscrire les prérogatives parentales dans le souci de garantir la protection de l'enfant. Il constituait alors un critère décisionnel, ce dont rendait compte l'ancien article 287 du Code civil français qui prévoyait que : « selon l'intérêt des enfants mineurs, leur garde est confiée à l'un ou l'autre des époux ». La garde de l'enfant était attribuée au parent selon les exigences de l'intérêt de l'enfant, ce qui conduisait les juges à contrôler le respect de cet intérêt sous la formule à l'époque du « plus grand avantage de l'enfant »¹⁰⁵. Les juges se référaient à l'intérêt de l'enfant pour décider des modalités relatives à l'exercice de l'autorité parentale. C'est encore le cas aujourd'hui.

En matière d'autorité parentale la notion d'intérêt de l'enfant « constitue la pierre angulaire : elle en est la condition, le critère, la mesure et la fin »¹⁰⁶. L'intérêt de l'enfant est alors érigé par le législateur au rang de valeurs fondamentales et constitue, pour le juge, un critère de règlement des questions familiales¹⁰⁷. Aujourd'hui, les décisions renvoient désormais à l'intérêt supérieur de l'enfant, notion introduite par la Convention de New York.

21.Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Convention de New York du 20 novembre 1989 a de son côté affirmé un principe : celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, exprimé en ces termes : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient

¹⁰² J-P Servel, *La notion de l'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, th., dactyl., 1978, p. 59 ; M. Donnier, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, *chron.* XXVI.

¹⁰³ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs Flammarion, éd. 1996, p. 231.

¹⁰⁴ Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aspirations de notre temps, Rapport du groupe de travail présidé par F. Dekeuwer-Défossez, 1999, p. 56 ; J. Carbonnier, *Droit civil, introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 833.

¹⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1976, *Bull. Civ. I*, n° 318, p. 255, pourvoi n° 75-10166 : « Les constatations de l'arrêt attaqué ne permettraient pas de s'assurer que les modalités du droit de visite attribué au père ont été déterminées en fonction du plus grand avantage de l'enfant ». Le droit de visite du père est ainsi subordonné au respect de l'intérêt de l'enfant, *in* Rapport du groupe de travail présidé par F. Dekeuwer- Défossez, *préc.*

¹⁰⁶ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2011, p. 604, n° 1525.

¹⁰⁷ G. Cornu, *Droit civil. La famille*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2006, p. 14, n° 7.

le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale». L'intérêt supérieur de l'enfant rend compte depuis lors d'un principe fonctionnel « visant à protéger et défendre le bien-être et les besoins fondamentaux de l'enfant »¹⁰⁸. Madame Rubellin-Devichi fut, avec le doyen Carbonnier, la première à utiliser l'expression de « principe de l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁰⁹. Aujourd'hui, l'intérêt supérieur de l'enfant renvoie en tant que tel à ce principe tel qu'énoncé à l'article 3-1 de la Convention de New York.

Le champ d'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est étendu. Il concerne tous les Etats parties à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant¹¹⁰.

22.L'intérêt supérieur de l'enfant, fondement à part entière. Depuis l'entrée en vigueur de cette convention, les juges se réfèrent de plus en plus nettement à l'intérêt supérieur de l'enfant, spécialement depuis une dizaine d'années. La reconnaissance de l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention dans la jurisprudence française facilite les références à l'expression « intérêt supérieur de l'enfant »¹¹¹. L'intérêt supérieur de l'enfant porteur du principe posé à l'article 3-1 de la Convention de New York est devenu un fondement juridique à part entière. Cependant, l'intérêt de l'enfant n'en demeure pas moins encore largement cité dans les textes. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 17 mai 2013¹¹², vise encore l'intérêt de l'enfant lorsqu'il rappelle que : « l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant » (considérant n°54), alors même que les requérants invoquaient « la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant » (considérant

¹⁰⁸ C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011 n° 87, p. 29 ; A. Tribes, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Thèse, dactyl. 1975, p. 10.

¹⁰⁹ J. Rubellin-Devichi, J. Carbonnier, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* éd. G, 1994, I, 3739, p. 87 et s.

¹¹⁰ Sur 195 Etats souverains et indépendants, 192 ont signé et ratifié la Convention internationale des Droits de l'Enfant, incluant les Etats membres de l'Union européenne. Les trois Etats qui n'ont pas signé la Convention sont : les Etats-Unis, la Somalie et le Soudan du Sud.

¹¹¹ Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. Civ. I* n° 212 p. 180, pourvoi n° 02-20613 ; *D.* 2005.1909, note V. Egea ; *JCP* 2005, II, 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *ibid.* 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *ibid.* 199, n° 7 ; obs. J. Rubellin-Devichi ; *Gaz. Pal.* 2005. 2664, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *Defrénois* 2005.1418, note J. Massip ; *AJ. fam.* 2005. 274, obs. T. Fossier ; *Dr. fam.* 2005, n°156, note A. Gouttenoire ; *RJPF* 2005 9/31, note F. Eudier ; *Dr. et patr.*, sept. 2005, p. 101, obs. Ph. Bonfils, *RTDsanti. soc.* 2005.814, note C. Neirinck ; *Rev. Crit. DIP* 2005.679, note D. Bureau ; *RTDciv.* 2005.585, obs. J. Hauser ; et 627, obs. Ph. Théry.

¹¹² DC, 17 mai 2013, n°2013-669 ; C.-A. Chassin, *LPA* 4 juil. 2013, n°133, p.13 ; J.-M. Larralde, *LPA* 4 juil. 2013, n°133, p.5 ; *D.* 2013. 1643, chron. F. Dieu ; *AJ. fam.* 2013. 332, étude F. Chénéde ; J.-R. Binet, *Dr. fam.* juil. 2013, comm. 98, *Constitutions 2013.* 166, obs. A.-M. Le Pourhiet ; L. Brunet, *RTDsanti. soc.* 2013, p. 908 ; *RTDciv.* 2013. 579, obs. J. Hauser.

n° 46). Cela montre qu'il demeure des nuances entre les deux notions. C'est notamment dans le domaine de l'autorité parentale que s'annonce l'autonomie de l'intérêt supérieur de l'enfant.

23. Intérêt supérieur de l'enfant dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale. Dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale l'approche de la notion est spécifique : en cette matière, l'intérêt supérieur de l'enfant est de plus en plus nettement un principe, visé en tant que tel.

L'intérêt de l'enfant était habituellement présenté comme une notion cadre, flexible et adaptable¹¹³. Le terme principe renvoie davantage à une unité. En l'occurrence, il exprime et symbolise l'unité partagée par les ordres juridiques européens dans la reconnaissance de l'article 3-1 de la Convention de New York.

24. Vers une autonomie de la notion ? Une étude consacrée à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale conduit, d'un point de vue théorique, à s'intéresser à l'autonomie de la notion, cela devant permettre de mettre à jour une notion d'intérêt supérieur de l'enfant susceptible de recevoir des applications cohérentes en droit européen.

25. Vers une évaluation de l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne ? Une telle analyse doit permettre corrélativement une valorisation de l'impact, à cette échelle, du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'énoncé à l'article 3-1 de la Convention de New York. La question de savoir quelles sont les répercussions de la mise en œuvre à l'échelle européenne du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant renvoie à l'intérêt pratique du sujet. Il devient aujourd'hui possible, eu égard à l'importance des décisions rendues et des évolutions législatives analysées, de chercher à mesurer l'impact de ce principe sur l'évolution des législations, des pratiques judiciaires et de la protection effective de l'enfant.

Le contexte dans lequel s'inscrit cette problématique vient souligner la difficulté d'une telle entreprise. Il faut y ajouter l'imprécision de la terminologie et des concepts utilisés ainsi que l'étendue du domaine de l'étude.

¹¹³ J. Carbonnier, Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, p. 99.

26. Imprécision de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Un auteur retient deux caractères conférant à l'expression « intérêt de l'enfant toute sa force » : son imprécision et sa neutralité¹¹⁴. Tout en relevant les risques au regard de la sécurité juridique, il remarque que l'imprécision de la notion permet son adaptation aux situations les plus diverses. L'environnement toujours mouvant, dans lequel l'intérêt supérieur de l'enfant s'inscrit, n'incite pas à une détermination plus précise de la nature de la notion. Quant à sa neutralité, elle fonde son orientation sur les valeurs du temps que le temps justement n'altère pas.

Dans cette optique, l'intérêt supérieur de l'enfant représente une valeur moderne : la protection de l'enfant, que le temps ne remet pas en cause et ne fait qu'améliorer, promouvoir. En matière d'exercice de l'autorité parentale l'adaptabilité de la notion présente un intérêt tout particulier. En effet, en cas de séparation des parents l'intérêt supérieur de l'enfant est de nature à varier selon les espèces : il peut être de bénéficier d'un exercice conjoint¹¹⁵ ou unilatéral¹¹⁶ de l'autorité parentale, ou encore d'entretenir¹¹⁷ ou pas¹¹⁸ des relations personnelles avec le parent chez lequel il ne vit pas. L'auteur se refuse en conséquence à définir la notion « d'intérêt », préférant en étudier les différentes fonctions. Il estime que : « Tout ce qui fait de l'intérêt un mauvais concept au sens où la démarche idéaliste ou empiriste accroît son rôle opérationnel : son imprécision ouvre à celui qui l'invoque les registres de ses multiples acceptations ; sa neutralité donne leur souplesse aux constructions qu'il sous-entend ; son ambiguïté, enfin, confère à la notion sa dynamique propre »¹¹⁹.

L'absence de définition de l'intérêt garantirait son utilité fonctionnelle. Toutefois, s'agissant de l'intérêt supérieur de l'enfant, la mise en œuvre de la notion dans les ordres juridiques internes et à l'échelle européenne a permis, peu à peu, de préciser celle-ci.

¹¹⁴ A. Tribes, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Thèse dactyl., 1975, p. 10.

¹¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juil. 2009, inédit, pourvoi, n° 08-15365 : « Il est de l'intérêt de l'enfant de maintenir l'exercice conjoint de l'autorité parentale ». Cour de Luxembourg, 11 juil. 2001, 32, 96 : « En principe, il est dans l'intérêt de l'enfant, de son développement équilibré et de son bien-être que ses deux parents soient responsables de son éducation et que l'exercice en commun de l'autorité parentale est la meilleure solution pour l'enfant ».

¹¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 2006, *Bull. Civ.*, I, n° 10 p. 9, pourvoi n° 03-14421, *JCP* éd. *G*, 2006, II, n° 10177, note F. Boulanger. Tribunal fédéral suisse, 5A8 –645/2008, 27 août 2009, le tribunal fédéral suisse retient que : « les parents ne s'accordaient plus exercer l'autorité parentale conjointe et qu'ils n'étaient plus en mesure de dépasser leurs divergences pour prendre ensemble les décisions fondamentales relatives à l'intérêt de l'enfant ».

¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2011, *Bull. Civ.* I, n° 135, pourvoi n° 11-19377 : « La cour d'appel, prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, a fixé les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement du père ».

¹¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 2006, *préc.* ; Tribunal fédéral suisse, ATF 122 III 404. Le tribunal fédéral suisse constate que : « le retrait à tout droit à des relations personnelles constitue l'*ultima ratio* et ne peut être ordonné dans l'intérêt de l'enfant que si les effets négatifs des relations personnelles ne peuvent être maintenus dans les limites supportables pour l'enfant ».

¹¹⁹ A. Tribes, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, *op. cit.*, p. 10.

27.Un rayonnement international, une étude de droit comparé. Une telle étude ne peut à l'heure actuelle que s'ouvrir au droit comparé le principe posé par la Convention de New York en son article 3-1 ayant un rayonnement international et européen. Madame Granet-Lambrechts relève très justement que : « le droit comparé se révèle une heureuse source d'inspiration »¹²⁰. L'analyse de droit comparé doit permettre en l'occurrence de mieux cerner la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

Face au nombre important de pays, parties à la Convention, il a fallu restreindre le champ de l'étude de droit comparé aux seuls Etats européens. La limitation au champ européen se révèle pertinente au regard des sources de droit européen. Parmi les sources législatives il faut distinguer les textes à portée générale - à l'instar de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou encore de la Charte des droits fondamentaux - des textes spéciaux - à l'instar de la Convention relative à l'exécution des droits de l'enfant ou encore du Règlement relatif à la compétence, à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. Les sources jurisprudentielles utilisées s'articulent principalement autour de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne. L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sera très présente dans cette étude car l'intérêt supérieur de l'enfant y occupe une place particulière.

28.La Cour européenne des droits de l'homme. C'est une juridiction internationale dont le siège se situe à Strasbourg. L'article 19 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit qu' : « Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et ses protocoles, il est institué une Cour européenne des Droits de l'Homme (...) ». La Convention institue la Cour européenne et en organise le statut aux articles 21 à 51. Ce texte a été ouvert à la signature à Rome le 4 novembre 1950 et a été ratifié le 3 octobre 1953. Actuellement, 47 Etats sont parties à la Convention qui a vocation à assurer le respect des droits de l'homme¹²¹. La Cour européenne est compétente pour statuer sur les requêtes individuelles ou étatiques alléguant des violations des droits énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles. Depuis 1998, la Cour peut être

¹²⁰ F. Granet-Lambrechts, « Invitation au droit comparé de la famille », in *Liber amicorum en l'honneur de M.-T. Meuldere-Klein, Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1998, p. 297.

¹²¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} éd., PUF, 2012, *ibid*, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 8^{ème} éd., Que sais-je ?, 2010.

saisie directement par les particuliers. Sa jurisprudence est abondante en matière familiale¹²². Madame Granet-Lambrechts fait remarquer que cette jurisprudence est devenue « un vecteur d'évolution du droit de la famille »¹²³.

Les juges fondent leur décision, en la matière, sur l'article 8§1 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à protection de la vie familiale. Ce texte prévoit que : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Si les arrêts rendus disposent d'une véritable force déclaratoire ils ne revêtent pas de force exécutoire. Cela n'empêche pas les ordres juridiques internes de tenir compte des décisions rendues. La jurisprudence s'impose à tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour de justice de l'Union européenne joue un rôle moins important en matière d'exercice de l'autorité parentale. Toutefois, certaines de ses décisions sont venues préciser le sujet.

29.La Cour de justice de l'Union européenne. Elle incarne l'autorité judiciaire de l'Union européenne. L'article 19 du traité de l'Union européenne¹²⁴ prévoit qu' : « elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». Son siège est à Luxembourg. Elle est une juridiction interne de l'Union. Ses arrêts rendus ont une force exécutoire.

Cependant, le champ d'intervention de la Cour de Luxembourg est plus restreint en matière familiale que celui de la Cour européenne des droits de l'homme, même si un auteur remarque que : « le droit communautaire ne peut ignorer la réalité juridique et sociale qu'est la famille »¹²⁵. Les juges fondent, en la matière, leur décision sur l'article 24 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce texte reprend les articles 3-1, 9-3 et 12 de la Convention de New York puisqu'il prévoit que : « 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. 2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération

¹²² P. Hilt, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004 ; F. Vasseur- Lambry, *La famille et la Convention européennes des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000.

¹²³ F. Granet-Lambrechts, « Invitation au droit comparé de la famille », *op. cit.*, p. 297.

¹²⁴ Traité de l'Union européenne, EUR-Lex n°12012M/TXT, OJ C 326, 26 oct. 2012.

¹²⁵ H. Gaudemet-Tallon, « La famille face au droit communautaire », in F. Dekeuwer-Défossez (dir.), *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes des Journées d'Etudes des 15 et 16 décembre 1994 organisée par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, L.G.D.J., 1996, p. 89.

primordiale. 3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ». La dimension comparatiste peut utilement s'ouvrir en la matière aux législations et jurisprudences internes.

30.L'intérêt supérieur de l'enfant et les ordres juridiques nationaux. Les législations européennes seront également étudiées. S'intéresser à la législation ainsi qu'à la jurisprudence de chaque ordre juridique permet de relever les points communs et les différences relativement à la réception de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette méthode contribue à donner de la substance au principe tout en favorisant l'émergence d'une unité juridique entre les ordres juridiques.

Une distinction est souvent réalisée entre les systèmes du Common Law et les systèmes romano-germaniques quant à leur approche du droit de la famille. Les premiers adoptent une conception plus libérale et consensuelle du droit de la famille. Les seconds s'inscrivent davantage dans une conception plus traditionnelle et judiciarisée. En ce sens, un auteur remarque que le Code civil néerlandais a été très tôt caractérisé par l'émancipation et l'individualisation¹²⁶. Cependant, cette distinction ne paraît plus aussi nette aujourd'hui.

Les législations européennes semblent évoluer dans un sens commun. Pour un auteur, cette uniformisation repose sur un équilibre entre « identités et cultures nationales et identité et culture européenne »¹²⁷. Force est de constater que la construction européenne, la libre circulation des personnes en Europe et désormais le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sont autant de facteurs qui contribuent à la standardisation d'un droit européen de la famille¹²⁸. Les jurisprudences européennes suivent elles-mêmes ce mouvement.

31.Plan. L'intérêt supérieur de l'enfant puise son ancrage dans un texte international : l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale, on relève une certaine autonomie de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne (**Partie 1**). Cette autonomie est liée à l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant (**Partie 2**).

¹²⁶ J. Pousson-petit, « Chronique de droit des personnes et de la famille en droits néerlandais et luxembourgeois », *Dr. fam.* n°1, janv. 2004, *chron.* 2.

¹²⁷ M.-T. Meulders-Klein, *La personne, la famille et le droit, Trois décennies de mutation en occident*, L.G.D.J., 1999, p. XII.

¹²⁸ H. Fulchiron, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Deffrénois* 2005, p. 1461.

Première Partie

L'autonomie de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne

32. Notion de principe. L'émergence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne puise son fondement dans l'article 3-1 de la Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant. Toutefois, il a fallu attendre un certain temps avant que les ordres juridiques européens en consacrent l'existence.

Le mot principe vient du latin *princeps* « qui occupe la première place ». L'accent a été mis dès l'ancien droit français sur la notion de fondement-principe tout en conservant une idée de commencement¹²⁹. Le principe désigne l'origine, la cause première, la source. Il en vient ensuite assez vite à désigner « la notion fondamentale qui est à la base », en l'occurrence l'intérêt supérieur de l'enfant. L'« intérêt supérieur de l'enfant » exprime un principe. L'article 3-1 de la Convention de New York proclame ce principe.

33. Fondement textuel du principe. D'un point de vue juridique et d'après le vocabulaire juridique Capitant, le principe est la règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinés à inspirer de vastes applications et s'imposant avec une autorité supérieure¹³⁰.

On relève bien les traits caractéristiques de la définition du principe à l'article 3-1 de la Convention de New York, dont il résulte en termes généraux et abstraits que : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

34. Un principe consacré. Selon Madame Gouttenoire, le pas a finalement été franchi en droit français, un principe de primauté de l'intérêt de l'enfant étant désormais consacré. L'auteur relève que : « Depuis cette décision du 18 mai 2005¹³¹, les arrêts fondés sur la Convention internationale des droits de l'enfant, et plus particulièrement sur son article 3-1, se

¹²⁹ Dictionnaire historique de la langue française Le Robert.

¹³⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} éd, 2011.

¹³¹ Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, Bull. Civ. I, n° 212, p. 180, pourvoi n° 02-20613. *D.* 2005.1909, note V. Egea ; *JCP* 2005.II.10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *ibid.* 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *ibid.* 199, n°7 ; obs. J. Rubellin-Divichi ; *Gaz. Pal.* 2005. 2664, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *Defrénois* 2005.1418, note J. Massip ; *AJ. fam.* 2005. 274, obs. T. Fossier ; *Dr. fam.* 2005, n°156, note A. Gouttenoire ; *RJPF* 2005 9/31, note F. Eudier ; *Dr. et patr.*, sept. 2005, p. 101, obs. Ph. Bonfils, *RTDsanit. soc.* 2005.814, note C. Neirinck ; *Rev. Crit. DIP* 2005.679, note D. Bureau ; *RTDciv.* 2005.585, obs. J. Hauser ; et 627, obs. Ph. Théry.

succèdent, démontrant la volonté de la Cour de cassation de faire de ce traité une source essentielle du droit des mineurs, notamment en matière d'autorité parentale »¹³².

C'est, en effet, essentiellement dans le domaine du droit des mineurs que le principe de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant est appliqué avec l'énergie « des nouveaux convertis par la Cour de cassation »¹³³.

35.Un principe autonome. Désormais, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est désigné sous la simple expression d' : « intérêt supérieur de l'enfant », principe visé dans un nombre de plus en plus conséquent de décisions judiciaires. Il reste à déterminer ce que recouvre cette expression d' « intérêt supérieur de l'enfant » et selon quels modes l'intérêt supérieur de l'enfant est apprécié dans les différents ordres juridiques européens. La première partie de cette étude s'attachera à répondre à ces questions.

36.Autonomie de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'existence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant repose sur l'autonomie de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York. L'unité participe à l'autonomie de la notion. Il convient dès lors de rechercher en quoi l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion qui existe par elle-même, avec un contenu propre (**Titre 1**) et des modalités propres (**Titre 2**).

Le droit comparé se révèle particulièrement propice à une telle étude du fait de la diversité des terminologies employées à l'échelle européenne. Il constitue une véritable source d'exploitation pour déterminer au mieux ce à quoi correspond l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment en matière d'exercice de l'autorité parentale

¹³² A. Gouttenoire, L. Brunet, « Droits de l'enfant », *D.* 2007, p. 2192.

¹³³ *Ibidem*.

Titre 1

L'unité de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

37.Notion. Selon le dictionnaire Le Robert, la notion, du latin *notio*, désigne la connaissance intuitive, assez imprécise, d'une chose¹³⁴. D'un point de vue juridique, la notion n'est pas définie en tant que telle. Le vocabulaire juridique Capitant définit spécifiquement la notion-cadre qui correspond à une notion juridique générale et indéterminée applicable à divers cas¹³⁵.

Cependant, il est désormais question en droit positif d'un principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, un principe ne peut plus reposer exclusivement sur une « notion variable »¹³⁶. Pour être effectif, il doit être déterminé. Il ne suffit pas en conséquence de relever l'existence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant; il faut désormais en préciser le contenu.

38.Problématique. La question se pose de savoir si la notion d'intérêt supérieur de l'enfant a aujourd'hui, ou non, un contenu juridique. Seule l'analyse des législations et, surtout, des décisions judiciaires, peut permettre d'y répondre. Or, désormais celles-ci sont riches en nombre, non seulement dans les ordres internes mais aussi à l'échelle des Cours européennes. Cependant, une unité peut est remarquée en la matière.

39.Plan. L'intérêt supérieur de l'enfant gagne aujourd'hui peu à peu en précision. Différents niveaux de contenus peuvent être mis en évidence. Ceux-ci contribuent à préciser la notion tout en limitant leur portée aux circonstances de l'espèce (**Chapitre 1**). En outre, peuvent être relevés des éléments de caractérisation de la notion à l'échelle européenne (**Chapitre 2**).

¹³⁴ Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Notion.

¹³⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} éd, 2011.

¹³⁶ *Infra* n° 46.

Chapitre 1

Les différents niveaux de contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

40. Rechercher l'intérêt supérieur de l'enfant. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant est considérée comme une notion variable¹³⁷. Pourtant, le législateur et le juge s'efforcent d'en préciser la teneur. Il ne s'agit pas pour eux de définir la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, ni même de la déterminer, mais d'en relever les différents niveaux de contenu.

La question des différents niveaux de contenu répond à la recherche de l'intérêt de l'enfant. Déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant consiste à rechercher ce qui convient le mieux à l'enfant. Relever les différents niveaux de contenu de la notion contribue à cette recherche.

41. Mettre à jour différents niveaux de contenu du principe énoncé. L'accent est mis sur l'existence de différents niveaux, ce qui suppose d'établir une hiérarchie entre les différents contenus mis à jour afin d'en circonscrire la portée selon la situation donnée. Que l'on se situe sur le plan moral, social, affectif, psychologique, moral, intellectuel (...) l'angle utilisé par les juridictions et, parfois, par le législateur, pour préciser la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant aura une incidence sur la perception globale.

42. Droit comparé. L'étude de droit comparé met en exergue les différentes terminologies utilisées pour désigner l'expression « intérêt supérieur de l'enfant ». Ces distinctions ne rendent pas toujours compte d'une unité juridique. Néanmoins, elles participent à préciser la notion d'intérêt supérieur de l'enfant et spécialement ses différents niveaux de contenu.

¹³⁷ *Infra* n° 46.

43.Plan. Il faut en particulier s'intéresser à l'impact de la terminologie sur le contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant (**Section 1**), pour ensuite distinguer l'intérêt général des intérêts particuliers (**Section 2**).

Section 1. Intérêt et notions voisines

44.Des distinctions liminaires. L'intérêt supérieur de l'enfant repose sur le mot « intérêt », tel qu'énoncé à l'article 3-1 de la Convention de New York. Pourtant, toutes les législations européennes ne reprennent pas cette expression posant alors la question de l'opportunité de ce choix dans la Convention de New York. Faut-il se référer à l'« intérêt » pour rendre véritablement compte de l'existence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, ou ce dernier peut-il se manifester *via* d'autres choix terminologiques ? Il existe en la matière des distinctions liminaires à établir, c'est-à-dire des nuances à relever en fonction du choix des mots. Il faut ainsi étudier ce qui rapproche ou éloigne l'intérêt supérieur de l'enfant d'une part de son intérêt simple ou de ses besoins (§1), d'autre part de son bien-être (§2).

§1. Intérêt supérieur de l'enfant, intérêt et besoins de l'enfant

45.Distinction entre intérêt de l'enfant et intérêt de la famille. L'intérêt de l'enfant doit être tout d'abord distingué de l'intérêt de la famille. Rarement mentionné dans le Code civil français, l'intérêt de la famille fonde l'intervention judiciaire dans les situations de crise. Par exemple, l'article 1429 du Code civil français prévoit que : « Si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou s'il met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire, il peut, à la demande de son conjoint, être dessaisi des droits d'administration et de jouissance qui lui sont reconnus par l'article précédent». L'intérêt de la famille visé par ces textes n'est pas mieux déterminé que l'intérêt de l'enfant car il recouvre une notion flexible, adaptable aux faits. Il renvoie aussi bien aux intérêts patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux de la famille. Il s'agit, en droit des régimes matrimoniaux, d'une « notion standard »¹³⁸ permettant au juge de modifier les règles du régime matrimonial.

L'article 1407 du Code civil grec renvoie également à l'intérêt de la famille à préserver en prévoyant que : « les actes juridiques (...) peuvent être accomplis valablement même par l'un des époux avec l'autorisation du tribunal, s'il y a impossibilité physique ou légale de l'autre, ou si celui-ci refuse de déclarer sa volonté et que l'acte est commandé par l'intérêt de la famille ».

¹³⁸ V. Fraissinier, « L'intérêt de la famille : une notion « standard » à contenu variable », *LPA* 28 déc. 2007, n°260, p. 4.

L'intérêt de la famille est encore visé en droit français dans le régime matrimonial primaire aux articles 217 et 220-1 du Code civil. Dans le premier de ces textes, l'expression est utilisée au singulier (« l'intérêt de la famille ») pour fonder une autorisation d'agir seul pour un acte de cogestion. Dans le second, l'expression est utilisée au pluriel (« les intérêts de la famille ») pour permettre au juge d'ordonner des mesures urgentes. Qu'elle soit utilisée au singulier ou au pluriel, l'expression « intérêt de la famille » ne doit pas être confondue avec celle d'« intérêt de l'enfant », centrée sur sa personne. En outre, l'intérêt de l'enfant se distingue de l'intérêt de la famille en ce qu'il est qualifié de supérieur. Cependant, les deux expressions relèvent de la même catégorie conceptuelle, celle de notion-cadre.

46. Catégorie conceptuelle recouvrant l'« intérêt ». L'« intérêt » constitue « une notion fondamentale et négligée que l'on illustre, qu'on qualifie (personnel légitime), qu'on classe (moral, patrimonial), mais qu'on ne définit pas »¹³⁹. A cet égard, Carbonnier classait le terme « intérêt » parmi les notions à contenu variable¹⁴⁰, qu'il définissait comme « une notion apte en droit à se mouvoir, une disponibilité de certaines notions juridiques, leur ouverture au changement »¹⁴¹. La notion à contenu variable repose alors sur une interprétation, elle-même, variable. Précisément, Carbonnier expliquait que la notion d'intérêt de l'enfant postulait une « évaluation utilitaire se dérochant aux définitions »¹⁴². Il observait « la difficulté extrême de discerner et de peser les intérêts »¹⁴³, l'évaluation utilitaire imposant alors au juge de juger les intérêts d'autrui comme s'il s'agissait des siens. Selon cet auteur, le terme « intérêt » n'a pas à être défini, seule son appréciation concrète par les juges suffit à en délimiter les contours.

En cela, l'« intérêt » peut être classé dans les notions-cadres à contenu variable. Les notions-cadres recouvrent les notions juridiques disponibles, « ouvertes au changement »¹⁴⁴. Carbonnier considérait qu'une notion-cadre devait être rangée dans la catégorie des notions à contenu variable¹⁴⁵. L'intérêt de l'enfant fut à ce titre classé par l'auteur dans la catégorie des notions-cadres, étant marqué par ce souci d'adaptation, à l'instar de l'intérêt de la famille.

¹³⁹ G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, Thémis, Paris, P.U.F, 3^{ème} éd. 1996, p. 296.

¹⁴⁰ J. Carbonnier, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, p. 103.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 99.

¹⁴² *Ibid.*, p. 103.

¹⁴³ *Ibid.*, p.104.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 99.

¹⁴⁵ J. Rubellin- Devichi, J. Carbonnier, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », *JCP éd. G*, 1994, I, n° 3739, p. 87.

47.La notion-cadre. Selon le vocabulaire juridique Capitant, la notion-cadre est : « une notion juridique englobante et directive virtuellement applicable à une série indéfinie de cas et dont l'application en raison de son indétermination intentionnelle, passe nécessairement par l'appréciation d'un juge (ou d'un interprète) qui l'actualise *in casu*, si, précisément, il estime que le cas particulier entre dans le cadre de la notion, critère vague mais chargé d'évocation dont il appartient au juge, sur la force de l'idée directrice qui s'en dégage, de déterminer le contenu variable et évolutif au gré des espèces et au fil du temps »¹⁴⁶. Elle renvoie ainsi à « un flou juridique intentionnel »¹⁴⁷.

L'imprécision attachée à la notion-cadre participe à une importante flexibilité de celle-ci en facilitant son adaptation aux diverses situations présentées. Cependant, comme c'est le cas de l'intérêt de la famille¹⁴⁸, l'intérêt de l'enfant peut être classé dans la catégorie des standards juridiques.

48.Un standard juridique. A la réflexion, le terme « intérêt » renvoie à un standard juridique¹⁴⁹. Malgré les incertitudes doctrinales quant à la reconnaissance en droit français du standard juridique, certains auteurs se sont essayés à en démontrer l'émergence sous l'influence du droit anglo-saxon¹⁵⁰. Un auteur relève que le standard constitue un « instrument d'individualisation du droit, qui offre au juge un véritable pouvoir normatif lui permettant de préciser la norme en fonction de chaque cas d'espèce »¹⁵¹.

Le standard juridique n'existe qu'à raison de l'imprécision de la règle. Tunc remarque que la Déclaration universelle des droits de l'homme pose des principes généraux ou standards qui valent mieux que des règles précises. Ces dernières « dépendraient trop étroitement d'un contexte de règles de droit »¹⁵². Le terme « intérêt », dans la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, rend compte de cette imprécision nécessaire à l'adaptation du principe aux différents ordres juridiques européens ainsi qu'aux différentes disciplines du droit de la famille.

¹⁴⁶ G. Cornu, Dictionnaire de vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2011.

¹⁴⁷ P. Hénaff, « L'unité des notions-cadres », *JCP éd. G*, 2005, I, n° 189.

¹⁴⁸ *Supra* n° 45.

¹⁴⁹ P. Hénaff, « L'unité des notions-cadres », *loc. cit.*, 189.

¹⁵⁰ S. Rials, « Les standards, notion critique du droit », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, 39 et s.

¹⁵¹ S. Néron, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP éd. G*, 2011, I, n° 1003.

¹⁵² A. Tunc, « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1970, vol. 22, n° 2, pp 247-261.

La notion à contenu variable et le standard juridique ont ceci en commun de représenter un instrument d'adaptabilité dont l'intérêt repose sur l'absence de définition. La distinction des deux concepts reposerait davantage sur la source, la notion à contenu variable constituant une technique législative alors que le standard juridique renvoie à une technique jurisprudentielle. L'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant édicte un principe fondamental sans en préciser le contenu. Il crée un standard juridique à travers l'expression « intérêt supérieur de l'enfant ».

Un auteur remarque que « le standard donne une mesure moyenne de conduite sociale susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée »¹⁵³. La référence à l'intérêt supérieur de l'enfant rend compte de ce souci d'adaptabilité du concept. L'intérêt supérieur de l'enfant est à rapprocher du standard juridique car le terme « intérêt » constitue un instrument technique d'adaptation aux différentes situations concrètes. Selon Monsieur Rials, le standard juridique est « une technique de formulation de la règle qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci »¹⁵⁴.

Le standard juridique se caractérise ainsi par l'absence de contenu précis. Cette absence de contenu préalable permet au juge une application étendue de la notion. Le standard juridique semble approprié à la protection de l'intérêt individuel, particulièrement de l'intérêt supérieur de l'enfant, car il implique une appréciation singulière tout en assurant une large diffusion de la notion. Les caractères de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant rejoignent les caractéristiques du standard juridique. *A priori* donc l'intérêt supérieur de l'enfant relève de la catégorie de la notion-cadre ou, plus largement, du standard juridique. Cependant, cet intérêt supérieur peut-être précisé par la prise en compte de l'une de ses finalités : répondre aux besoins de l'enfant.

49. Distinction entre l'intérêt et les besoins de l'enfant. L'intérêt de l'enfant ne peut être purement et simplement confondu avec la satisfaction des besoins de l'enfant. Le droit, particulièrement le droit français, utilise le terme « besoin » de l'enfant pour des considérations d'ordre patrimonial. Par exemple, l'article 371-2 du Code civil prévoit que: « Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant ». Ou encore, la jurisprudence française apprécie les besoins de l'enfant sous le seul angle de ses besoins

¹⁵³ A. Al Sanhoury, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, t. II, Topos, E. Duchemin, 1977, p. 144 et s.

¹⁵⁴ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, L.G.D.J., 1980, p. 120.

économiques ou matériels. Dans une décision du 13 septembre 2012, la Cour d'appel de Douai décide « qu'en cas de séparation des parents, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant prend la forme d'une pension alimentaire fixée à proportion des ressources de chacun des parents ainsi que des besoins de l'enfant, lesquels sont prioritaires dans l'organisation du budget de la famille »¹⁵⁵. Le droit français n'est pas le seul à consacrer une conception matérielle du besoin de l'enfant. L'article 1642 du BGB impose aux parents qui s'occupent du patrimoine de l'enfant de subvenir avant tout à ses besoins¹⁵⁶. L'expression « besoin de l'enfant » ne traduit, ici, que le seul besoin économique de l'enfant, alors que l'intérêt supérieur de l'enfant regroupe à la fois ses intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux. L'intérêt supérieur de l'enfant se révèle plus proche de la notion de bien-être de l'enfant que de celle de besoins, plus réductrice.

§2. Intérêt supérieur et bien-être de l'enfant

50. Le bien-être de l'enfant en droit français. L'expression « bien-être de l'enfant », ou « bien de l'enfant », permet d'apprécier positivement ce qui est recherché pour satisfaire l'enfant. La terminologie « bien-être », utilisée pour l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale, peut être rattachée au souci de bienveillance. Selon la définition proposée par le dictionnaire Le Robert, la bienveillance correspond « aux dispositions favorables exercées par une personne envers une autre »¹⁵⁷. Il s'agirait, en l'occurrence, de celle des parents envers leur enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Bienveillance ou bien-être, le dénominateur commun est le même : le « bien », comme par opposition au mal qui, lui, doit être écarté.

Le bien désigne ce qui doit être recherché pour l'enfant, à son intention. Les juges sont parfois amenés à se référer au mal-être de l'enfant pour fonder leur décision. Par exemple, dans un arrêt du 11 juillet 2011 ils décident d'un élargissement progressif du droit de visite du père en raison du mal-être de l'enfant en présence de son père¹⁵⁸.

¹⁵⁵ CA Douai, 13 septembre 2012, n° de RG 11/07380.

¹⁵⁶ Article 1642 BGB : « Die Eltern haben das ihrer Verwaltung unterliegende Geld des Kindes nach den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten ist ». « Les parents doivent placer l'argent de l'enfant qui est soumis à leur administration en respectant les principes d'une bonne administration d'un patrimoine, dans la mesure où cela n'empêche pas qu'il soit subvenu aux besoins de l'enfant ». Code civil allemand (dir. M. Pédamon), *Dalloz*, 2010.

¹⁵⁷ Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Bienveillance.

¹⁵⁸ CA Lyon, 11 juil. 2011, n° de RG 10/07717.

51. Le bien-être de l'enfant dans les législations européennes. Toutes les législations européennes ne se réfèrent pas à l'intérêt supérieur de l'enfant. La réforme allemande, opérée par trois lois adoptées par le Bundestag le 25 septembre 1997¹⁵⁹, consacre la notion d'intérêt de l'enfant à l'article 1626, 3) sous la formule suivante : « Pour le bien de l'enfant, le maintien du contact avec ses deux parents est de droit »¹⁶⁰.

La loi allemande emploie les termes « bien de l'enfant » (« *Wohl des Kindes* ») et non ceux « d'intérêt supérieur de l'enfant ». La recherche de ce qui satisfait au mieux le bien de l'enfant est ainsi un élément à prendre en compte pour l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale après la séparation des parents. De même, le Children Act de 1989 mentionnait le « bien-être de l'enfant » sous la formule « *Children welfare* »¹⁶¹. Les terminologies sont donc variées, mais les différences relevées ont peu d'impact.

52. Impact des différences terminologiques. *A priori*, peu importe les termes retenus, puisque toutes les législations européennes renvoient au fond à l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York. Elles entendent, par le renvoi aux notions de bien-être ou de bien de l'enfant, faire respecter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Cependant, l'étude de ces différentes terminologies n'est pas dépourvue d'intérêt puisqu'elle participe à la détermination même du contenu de la notion. Les différents termes utilisés dans les législations européennes viennent préciser les contours de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. L'articulation des notions de bien-être et d'intérêt supérieur permet toutefois bien souvent d'éclairer le contenu du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

53. Articulation du « bien-être » et de l'« intérêt supérieur de l'enfant ». Il peut être relevé que l'expression « bien-être » semble plus précise que celle d'« intérêt supérieur de l'enfant ». Dans le vocabulaire juridique Capitant, l'intérêt de l'enfant est défini comme : « ce que réclame le bien de l'enfant »¹⁶². Il existe une véritable convergence entre les expressions - « intérêt de l'enfant » et « bien-être de l'enfant »- dont se fait l'écho la jurisprudence

¹⁵⁹ F. Furkel, « Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne », *RTDciv.* 1998, p. 804.

¹⁶⁰ Article 1626, 3) du Code civil allemand : « *Zum wohl des Kindes gehört in der regel des umgang mit beiden elternteilen* ».

¹⁶¹ La Section 1 du Children Act de 1989 s'intitule : « *Welfare of the child* ».

¹⁶² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} éd, 2011.

française. Un arrêt du 22 mai 2007 décide ainsi qu'une éventuelle rupture du lien relationnel entre une mère et son enfant serait « contraire à l'intérêt et au bien-être de l'enfant »¹⁶³.

En droit français, la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant inclut celle de son bien-être ; il emploie même parfois indifféremment les deux expressions. Un auteur relève que « la notion de bien-être est synonyme d'intérêt »¹⁶⁴. En réalité, il semblerait que l'intérêt constitue un terme plus général, englobant la notion de bien-être de l'enfant. Le bien-être en représente la composante. Une décision du 15 janvier 2013¹⁶⁵ illustre particulièrement ce constat. En l'espèce, les juges du fond relèvent que « le père offre à son enfant un cadre de vie conforme à son bien-être et à son développement ». Les juges décident alors qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de fixer sa résidence habituelle chez son père. Le terme « intérêt » regroupe tous les éléments qui participent à la protection de l'enfant dans ses relations extrapatrimoniales avec ses parents. Ces éléments recouvrent son bien-être, son développement ou encore son épanouissement. La généralité du terme « intérêt » souligne le souci de tenir compte de cette pluralité d'éléments. La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant associe d'ailleurs les termes bien-être et intérêt supérieur en son article 3.

54. Convention de New York et « bien-être ». La Convention internationale relative aux droits de l'enfant vise également le bien-être de l'enfant, particulièrement lorsqu'il s'agit d'affirmer la nécessité de garantir la protection de l'enfant. Ainsi, dans son préambule, il est indiqué que la famille constitue « l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres ». Ou encore, l'article 3-2 de cette Convention prévoit que « les Etats s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être ».

Un auteur fait observer que la recherche du bien-être de l'enfant représente la philosophie même de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention¹⁶⁶. L'objectif visé consiste dans l'assurance du bien-être moral, physique et social de l'enfant¹⁶⁷. Ainsi, l'expression « bien-être » de l'enfant apparaît comme un objectif de l'intérêt. Elle renvoie en outre d'ores et déjà à différents niveaux de lecture ou de contenu : champ moral, physique ou social.

¹⁶³ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2007, *Bull. Civ.*, I, n° 199, pourvoi n° 06-12687.

¹⁶⁴ V. Voisin, *L'adoption en droit français et anglais comparés*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, *spéc.* n° 82-87.

¹⁶⁵ CA Rennes, 15 janv. 2013, n° de RG 11/01909.

¹⁶⁶ C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant, une définition possible ? », *RLDC* 2011, n° 87, p. 27 et s.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

55. Entremêlement des notions de bien-être et d'intérêt de l'enfant. Il faut alors se demander s'il est nécessaire de distinguer le bien-être de l'intérêt de l'enfant. Le bien-être de l'enfant semble attaché à la reconnaissance de l'épanouissement de l'enfant dans sa famille. A cet égard, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 10 janvier 2008¹⁶⁸, retient que « l'épanouissement des enfants doit être recherché avec une médiation familiale qui leur permettrait de rétablir une confiance réciproque nécessaire au bien-être et à l'épanouissement des enfants ». Cependant, l'intérêt supérieur de l'enfant (critère décisionnel) renvoie également à l'épanouissement de l'enfant. Une décision du 29 octobre 2012 considère que : « la résidence alternée est de nature à permettre un bon épanouissement de l'enfant dès lors que les parents, dans l'intérêt supérieur de celui-ci, seront capables de mettre un terme à leur conflit et de renouer un dialogue serein »¹⁶⁹. A la réflexion, ce qui distingue ces deux concepts tous deux consacrés par la Convention de New York repose sur la portée qu'il convient d'attribuer à l'un et à l'autre : l'intérêt supérieur de l'enfant incarne un principe que le bien-être de l'enfant vient tantôt tempérer tantôt préciser.

56. Une différence de nature. Le terme « intérêt » renverrait ainsi davantage à l'intérêt général de l'enfant¹⁷⁰ en tant que principe. Il est vrai que la fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant dépasse celle de simple critère décisionnel. Le critère de distinction entre ces notions semble dès lors résider dans cette différence de fond : le « bien-être » permet de rechercher ce qui correspond au mieux à l'enfant pour une situation concrète, alors que l'« intérêt supérieur de l'enfant » peut renvoyer au principe posé par l'article 3-1 de la Convention de New York. L'« intérêt supérieur de l'enfant » est porteur du principe disposant ainsi d'une assise plus importante que le « bien-être » de l'enfant, concept qui constitue à la fois un objectif et un élément de contenu du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il faut en conclure que la distinction ne porte pas tant sur les termes « intérêt de l'enfant » et « bien-être » de l'enfant, que sur la nature de la notion selon qu'elle fonde le principe international supérieur ou qu'elle joue le rôle d'un critère décisionnel. L'intérêt supérieur de l'enfant, fondement du principe international supérieur, englobe le bien-être de l'enfant. Il arrive que les expressions « intérêt supérieur de l'enfant » et « bien-être » de l'enfant doivent être dissociées. C'est le cas lorsque la recherche du bien-être de l'enfant sous couvert de son intérêt supérieur fonde une exception à un droit de l'enfant ou à un principe de

¹⁶⁸ CA Paris, 10 janvier 2008, n° de RG 06/11349.

¹⁶⁹ CA Limoges, 29 oct. 2012, n° de RG 11/01642.

¹⁷⁰ J.-P. Servel, *La notion de l'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*. Thèse, dactyl. 1978, spéc. p. 59.

la Convention de New York¹⁷¹. Ce cas particulier tient cependant à la différence de nature relevée. S’y ajoute parfois des nuances selon que ces mots sont utilisés au pluriel ou au singulier.

57. Portée du nombre (singulier, pluriel). La législation anglaise se réfère, elle aussi, au terme « bien-être de l’enfant »¹⁷² (« *Child welfare* »). Mais par le Children Act du 15 novembre 2004, elle a intégré l’expression « les intérêts de l’enfant » (*Child interests*). Le changement opéré porte non seulement sur le choix des termes puisque la législation anglaise ne se réfère plus au bien-être de l’enfant mais à son intérêt, et sur le nombre des termes car elle ne se réfère pas à l’intérêt de l’enfant, mais aux intérêts de celui-ci. L’utilisation du pluriel retient toute l’attention¹⁷³. Il s’agit ici d’une application de la Convention de New York qui dans sa traduction anglaise se réfère à l’expression « *the best interests of child* » (les meilleurs intérêts de l’enfant). A l’inverse, certaines législations emploient le singulier tels les pays francophones, par exemple : « l’intérêt de l’enfant » dans le Code civil français, belge, ou luxembourgeois¹⁷⁴ ; ou encore dans les pays de la péninsule ibérique, par exemple : « *o interesse dos filhos* » dans le Code civil portugais, ou « *el interés del hijo* » dans le Code civil espagnol¹⁷⁵.

Le droit français utilise parfois le pluriel¹⁷⁶. Ainsi, deux articles du Code civil visent l’expression « les intérêts de l’enfant ». L’article 232 du Code civil prévoit que : « le juge peut

¹⁷¹ C. Brunetti-Pons, « L’intérêt supérieur de l’enfant, une définition possible ? », *loc. cit.*, p. 27 et s.

¹⁷² Children Act 1989, Part 1, §1, 1): “When a Court determines any question with respect to (...), the child’s welfare shall be the Court’s paramount consideration” = “ Lorsque la Cour doit se prononcer sur les questions relatives à (...), le bien être de l’enfant devra constituer la considération primordiale pour la Cour”

¹⁷³ Children Act 2004, Part 1, §2, 1): « The Children’s Commissioner has the function of promoting awareness of the views and interests of children on England » = « Le commissaire des enfants a pour fonction de promouvoir les points de vue et les intérêts des enfants d’Angleterre ». D’autres législations européennes adoptent la forme du pluriel envisageant « les intérêts de l’enfant », à l’instar de l’article 3.159 du Code civil lituanien qui prévoit que : « L’autorité parentale ne doit pas être utilisée contrairement aux intérêts de l’enfant. »

¹⁷⁴ Article 371-1 du Code civil français : « L’autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l’intérêt de l’enfant ».

Article 374 du Code civil belge : « (...) Si cet accord lui paraît contraire à l’intérêt de l’enfant le juge compétent peut confier l’exercice exclusif de l’autorité parentale à l’un des père et mère ».

Article 372 du Code civil luxembourgeois : « L’autorité parentale n’est pas un droit absolue, discrétionnaire, mais doit au premier chef s’exercer dans l’intérêt de l’enfant ».

¹⁷⁵ Article 156 du Code civil espagnol : « Sin embargo, el Juez, al solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio ». « Cependant, le juge, sur demande d’un des ascendant, pourra dans l’intérêt de l’enfant attribuer l’autorité parentale conjointement aux deux parents, ou la répartir entre les père et mère ».

Article 1878 du Code civil portugais : « Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde deste, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representa-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens », « La compétence des parents, dans l’intérêt de l’enfant, doit être guidée par la sécurité et santé de ceux-ci, la fourniture de la nourriture, direction de son éducation, leur représentation, et l’administration de leur bien ».

¹⁷⁶ C. Brunetti-Pons, « L’intérêt supérieur de l’enfant, une définition possible ? », *loc. cit.*, p. 27 et s.

refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ». L'article 268 du Code civil prévoit que : « le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce ». Il faut remarquer que le pluriel est employé dans des circonstances précises. Il s'agit pour le juge de tenir compte des intérêts extrapatrimoniaux et patrimoniaux de l'enfant dans le règlement du divorce entre les parents. L'utilisation du pluriel renvoie au terme « besoin »¹⁷⁷, mais le singulier marque la prise en compte du principe. Un auteur a rappelé que « le singulier portait en lui-même la marque du principe »¹⁷⁸ légitimant l'utilisation du singulier dans l'expression d' « intérêt supérieur de l'enfant ». Le choix du nombre n'est donc pas sans incidences.

58. Conclusion sur la portée du nombre. L'intérêt de l'enfant visé au singulier semblerait sous-entendre qu'il n'existerait qu'un intérêt possible propre à l'enfant, ce qui n'est pas la réalité. En droit français, par exemple, il ne fait aucun doute que l'intérêt de l'enfant recouvre divers intérêts concrets. En revanche, l'expression « les intérêts de l'enfant » souligne qu'il en existe une pluralité. Faudrait-il pour autant en établir une liste ? L'existence, même potentielle, de plusieurs intérêts ne doit pas figer l'étude autour des différents types d'intérêts de l'enfant, alors même qu'il est suffisamment difficile de déterminer la notion. Dans l'expression « les intérêts de l'enfant » sont visés les différents contenus de la notion qui seront étudiés ci-après¹⁷⁹. Ces nuances contribuent à préciser la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

59. Mise à jour de distinctions liminaires. Cette première section a permis de mettre à jour des distinctions liminaires qui contribuent à préciser la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Le terme « intérêt » renvoie au principe tandis que l'expression de « bien-être de l'enfant » vient en préciser l'objectif et le contenu. L'« intérêt supérieur de l'enfant » est porteur du principe dont il revêt la nature. Il présente à ce titre une portée beaucoup plus large que le « bien-être » de l'enfant, concept qui constitue à la fois un objectif et un élément de contenu du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces deux notions doivent être articulées pour cette raison comme y invite la rédaction même de l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. La notion même d'intérêt supérieur de l'enfant

¹⁷⁷ *Supra* n° 49.

¹⁷⁸ C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant, une définition possible ? », *loc. cit.*, p. 27 et s.

¹⁷⁹ *Infra* n° 66.

relève *a priori* de la catégorie des notions-cadre ou standards juridiques. Toutefois, affiner les distinctions sur ce terrain doit encore permettre de préciser la notion.

Section 2. Intérêt général et angles d'étude

60.Existence de différents angles d'étude de l'intérêt supérieur de l'enfant. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant revêt une dimension générale et abstraite qui ne doit pas d'emblée occulter l'importance d'une mise à jour des différents éléments de contenu de celle-ci. L'intérêt supérieur de l'enfant, fondement du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, peut être précisé grâce à la prise en compte d'angles spécifiques : intérêts moraux, intellectuels, ou encore futurs ou actuels de l'enfant.

Le principe en tant que tel joue un rôle par soi seul qui doit être distingué des intérêts particuliers propres à chaque enfant et à chaque situation¹⁸⁰. Un auteur faisait justement remarquer que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ne se résume pas à la « somme des intérêts particuliers qui peuvent être ceux de l'enfant »¹⁸¹.

61.Plan. La mise en évidence de ces différents intérêts ne détermine pas le contenu abstrait de la notion, mais simplement les différents niveaux de son contenu, concrètement utilisables et constitutifs de référentiels permettant de mieux cerner l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est ainsi qu'il faut distinguer la conception générale de l'intérêt supérieur de l'enfant (§1) des intérêts particuliers de celui-ci. Ces derniers rendent compte de l'existence d'une grille de lecture (§2) de l'intérêt supérieur de l'enfant.

§1. La conception générale de l'intérêt supérieur de l'enfant

62.Notion d'intérêt général de l'enfant. Indépendamment du choix terminologique, évoqué plus haut, l'évolution même de la terminologie a marqué un changement dans le contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. C'est d'abord l'intérêt général de l'enfant qui a été pris en compte. Il s'agissait à l'origine des premières législations de protection de l'enfance, par exemple les lois aménageant le travail des enfants¹⁸². L'intérêt général de l'enfant fondait des lois générales visant à rendre effective la protection des droits de l'enfant.

¹⁸⁰ J.-P. Serval, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, Th. dactyl. 1978, spéc. p. 61.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 61.

¹⁸² J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP éd. G*, 1994, I, n° 3739, p. 87. Par exemple, la loi anglaise de 1801 interdisait le travail des enfants de moins de 8 ans, suivie de la loi française du 22 mars 1841.

Il se rapportait davantage aux droits de l'enfance¹⁸³. Il fallait alors réfléchir à l'intérêt de l'enfant comme étant l'intérêt de tout enfant.

Cette réflexion appelait une conception abstraite de l'intérêt de l'enfant. Un auteur observe ainsi que : « Si le principe structurant de l'autorité parentale est l'intérêt de l'enfant déterminé *in concreto*, le droit de la filiation n'apprécie en revanche jamais l'intérêt concret d'un enfant précis, mais l'intérêt général de l'enfant *in abstracto* »¹⁸⁴.

63.Dimension générale de l'intérêt supérieur de l'enfant et conventions de gestation pour le compte d'autrui. La dimension générale de la notion se révèle parfois indispensable pour la protection de l'enfant. Par exemple, pour l'appréciation des effets en France des conventions de mère porteuse valablement conclues à l'étranger, la Cour de cassation prend en compte l'intérêt de l'enfant au regard de l'ensemble de la question envisagée et non sous le seul angle de l'intérêt concret de l'enfant à ce que son état civil soit transcrit sur les registres d'état civil français¹⁸⁵.

La dimension générale et abstraite de l'intérêt peut donc l'emporter dans un contentieux. Selon Madame Fabre-Magnan, la prise en compte de l'intérêt concret de l'enfant dans ces affaires est un mythe car « quelles que soient les circonstances de fait, on dira de façon générale et donc abstraite que la transcription est dans l'intérêt de l'enfant, alors qu'une analyse concrète supposerait de s'interroger au cas par cas et conduirait donc à des conclusions différentes selon ces cas »¹⁸⁶. En matière de convention de mère porteuse c'est donc une vision générale de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit prévaloir.

Le plus souvent c'est en amont, dans l'élaboration de la loi, que la dimension générale et abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant domine.

64.Fonction de la conception générale de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intérêt général de l'enfant permet de fonder des politiques communes à tous les enfants. Aujourd'hui encore, il existe des illustrations de cette dimension de la notion. Ainsi la loi n° 2007-293 du 5

¹⁸³ F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, éd. Que sais-je ?, n° 852, 9^{ème} éd. 2010.

¹⁸⁴ A. Gouttenoire, « A chacun sa famille, à chacun son droit ? », *Dr. fam.* 2006, alerte 41.

¹⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30138, n° 12-18315; *D.* 2013. 2382, note I. Gallmeister ; *ibid.* 2384, M. Fabre-Magnan ; A. Mirkovic, *JCP* éd. G 2013, n° 985 ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *D.* 2013, Chron. 2349 ; *LPA* 2013, n° 196, p. 7, note V. Legrand ; C. Brunetti-Pons, *RLDC* 2013, n° 109, p. 41.

¹⁸⁶ M. Fabre-Magnan, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *loc. cit.* p. 2384 ; *ibid.*, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, éd. Fayard 2013.

mars 2007¹⁸⁷ sur la protection de l'enfance répond à différents objectifs : d'abord, renforcer les dispositifs de prévention, le dispositif d'alerte et d'évaluation des risques de danger pour l'enfant ; ensuite, diversifier les modes d'intervention auprès des enfants notamment en renforçant les prérogatives des collectivités, régionale et départementale. Par exemple, la loi préconise la mise en œuvre du droit de visite d'un parent dans un espace de rencontre désigné par le juge lorsque l'intérêt de l'enfant le commande¹⁸⁸. L'intérêt général de l'enfant inspire cette législation. Cette dimension générale et abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant fonde d'importantes politiques familiales destinées à la protection de l'enfance, du moins doit les fonder.

65.Actualité de la conception générale de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant ne se limite pas aujourd'hui à cette dimension générale. Elle s'est enrichie en raison de la multiplication et de la diversité des applications concrètes de la notion, spécialement dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale. La dimension générale demeure toutefois actuelle. C'est d'abord au regard de la fonction assignée à l'intérêt supérieur de l'enfant que celui-ci prendra une tournure plus ou moins générale, comme il apparaîtra dans la deuxième partie de la thèse¹⁸⁹. Cette conception générale n'est pas incompatible avec la prise en compte d'éléments concrets.

La prise en compte des intérêts particuliers de l'enfant permet corrélativement la mise en évidence des différents niveaux de contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

§2. La grille de lecture des différents types d'intérêts

66.Emergence de différents niveaux de lecture de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Progressivement, différents adjectifs furent accolés à l'expression « intérêt de l'enfant », par exemple l'intérêt actuel de l'enfant ou encore son intérêt moral. Le développement d'une appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juges du fond explique l'émergence de ces adjectifs qui soulignent le passage de la prise en compte

¹⁸⁷ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. *JO* n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215 ; F. Eudier et P. Chamboncel-Saligue, *RJPF* 2007-11/11 ; A. Gouttenoire, *D.* 2007, *chron.* 1090 ; S. Melis- Maas, *Dr. fam.* 2007, alerte 35 ; S. Bernigaud, *Dr. fam.* 2007, Etude 23, p. 7.

¹⁸⁸ Article 373-2-9 du Code civil français : « Lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, les juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent. Ce droit de visite, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, peut être exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge ».

¹⁸⁹ *Infra* n° 387.

exclusive, dans la mise en œuvre du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, de l'intérêt général tel que précisé ci-dessus, à la mise en évidence de différents niveaux de lecture permettant d'affiner le contenu de la notion. La conception générale de l'intérêt supérieur de l'enfant n'exclut pas la mise à jour d'intérêts plus concrets.

67. Distinction entre intérêt général et intérêts particuliers de l'enfant. L'intérêt général constitue davantage un outil législatif, tandis que l'intérêt particulier est laissé à l'appréciation de la jurisprudence. Les intérêts particuliers n'ont pas à être figés dans une disposition législative, ils relèvent de l'appréciation souveraine des juges leur permettant d'apprécier concrètement les faits qui leur sont soumis. Néanmoins, il faut être prudent car l'intérêt particulier ne permet pas de déterminer, *a fortiori* de définir, l'intérêt supérieur de l'enfant.

A l'instar de l'intérêt général de l'enfant, la mise à jour de l'intérêt ou des intérêts particuliers de celui-ci répond à une préoccupation précise : affiner la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour assurer une protection effective de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York.

68. Intérêt général et intérêt particulier : interférences. Intérêt général ou particulier ont en commun l'objectif de satisfaire un besoin précis de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant : d'un côté la protection de tous les enfants, en amont du contentieux ; de l'autre, la protection de l'enfant en particulier au stade du contentieux. Le premier incarne un principe-directeur ; le second un principe-outil. Il arrive toutefois que ces deux dimensions interfèrent. Par exemple, dans la réflexion sur la résidence alternée, sont sollicités les deux aspects du principe: principe directeur pour les garde-fous à prévoir ; principe-outil pour la prise en compte de l'intérêt concret de l'enfant en l'espèce¹⁹⁰.

69. Différents niveaux de lecture et différents niveaux de contenu. Depuis que l'intérêt supérieur de l'enfant est pris en compte pour fonder une décision particulière, différents niveaux de lecture de l'intérêt supérieur de l'enfant ont été dégagés. La lecture de cet intérêt supérieur de l'enfant se situe à des niveaux différents dans l'espace et dans le temps. En outre, elle connaît des degrés. Ces précisions dans la lecture de la notion ont conduit peu à peu à l'émergence de différents niveaux de contenu de l'intérêt supérieur de

¹⁹⁰ *Infra* n° 481 et s.

l'enfant, la détermination de celle-ci reposant sur différents pans de la notion telle qu'aujourd'hui définie : d'ordre temporel (1), qualitatif (2) et situationnel (3).

1- Niveaux de contenu d'ordre temporel

70.Intérêt actuel et intérêt futur.

Tout d'abord, l'étude de la jurisprudence française met en évidence la dissociation établie entre l'intérêt actuel et l'intérêt futur de l'enfant. Le plus souvent, les juges associent les deux adjectifs. Par exemple, la Cour de cassation constate qu'une cour d'appel justifie légalement sa décision au regard de l'intérêt actuel et futur de l'enfant pour décider de confier son hébergement à son père¹⁹¹. Cet arrêt démontre que l'on ne peut s'arrêter à l'intérêt actuel de l'enfant.

L'intérêt recherché n'est pas seulement l'intérêt qui existe au moment des faits présentés mais aussi l'intérêt en devenir. Carbonnier l'expliquait bien avant l'entrée en vigueur de la Convention de New York en écrivant : « ce n'est pas au surplus son intérêt de l'instant présent, c'est bien plutôt son intérêt à venir, son intérêt d'homme dans un futur déterminé »¹⁹².

71.Prise en compte de l'adulte en devenir. Les juges apprécient ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant en tenant compte des évolutions familiales à venir. Ils tiennent compte de son intérêt futur également au regard de l'adulte en devenir qu'est l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant a ainsi une dimension temporelle, justifiée par le souci de garantir la protection de l'enfant tout au long de son enfance, voire même après dans ce qu'il devient. Les juges ne doivent pas seulement tenir compte de l'intérêt futur mais aussi, bien que dans une moindre mesure, de son intérêt ancien.

72.Intérêt actuel et intérêt ancien. Les juges doivent aussi tenir compte du passé de l'enfant, de son histoire. L'intérêt actuel doit être apprécié également au regard de l'intérêt ancien de l'enfant¹⁹³. Les juges recherchent toutefois ce qui correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant pour la présente période. Ils ne sauraient ainsi se référer à des preuves trop anciennes.

¹⁹¹ Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 1988, inédit, pourvoi n° 86-11349.

¹⁹² J. Carbonnier, *Droit civil, la famille, les incapacités*, Presses Universitaires de France, t. 2, 1969, p. 370.

¹⁹³ F. Boulanger, « La licéité de la révision de la convention de divorce en matière d'autorité parentale », *D.* 1997. p. 328.

Par exemple, dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Dijon le 21 juin 2012¹⁹⁴, les juges refusent, pour se prononcer sur la question de savoir si la résidence alternée est ou non conforme à l'intérêt de l'enfant, de tenir compte d'attestations produites par la mère et datant de 2008-2009. Sous l'angle temporel, les juridictions tiennent compte encore de l'urgence.

73.Urgence et intérêt actuel. Parfois, l'utilisation du qualificatif « actuel » souligne l'urgence de la situation justifiant que telle ou telle mesure soit décidée dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour d'appel de Lyon décide par exemple, dans une décision du 11 juillet 2011, que : « l'intérêt actuel de l'enfant commandait de modifier sa résidence habituelle »¹⁹⁵. En l'espèce, la résidence alternée de l'enfant ne fut pas maintenue en considération des rapports tendus entre les parents. Dès lors, la résidence habituelle de l'enfant fut fixée chez la mère de l'enfant conformément à son intérêt actuel. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant permet ici de faire face à une situation particulière. Les juges se sont attachés, en l'occurrence, à l'urgence de la situation en constatant le mal-être de l'enfant résultant de la mesure de résidence alternée. Cette situation particulière justifiait que fut pris en compte l'intérêt actuel de l'enfant.

74.Utilité de la prise en compte de l'intérêt actuel La référence à l'intérêt actuel de l'enfant permet en l'occurrence de répondre à l'urgence. Un aspect de cet intérêt prévaut dès lors sur les autres éléments de contenu de la notion, à raison de l'urgence. Dans l'exemple donné, il s'agissait des effets d'une résidence alternée sur la santé de l'enfant. Les éléments de contenu d'ordre temporel sont complétés par des éléments d'ordre situationnel.

2- Niveaux de contenu d'ordre situationnel

75.Intérêt personnel et familial. Outre les qualificatifs d'ordre temporel associés à l'intérêt supérieur de l'enfant, d'autres niveaux de contenu peuvent être mis en évidence. Des niveaux de contenu d'ordre situationnel peuvent en second lieu être dégagés. Par exemple, dans une décision du 31 juillet 2009, le Tribunal suprême espagnol se réfère à l'intérêt personnel et familial de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant est alors défini non seulement au regard de la personne de l'enfant, mais également de sa situation familiale dans la formulation suivante : « la jurisprudence constitutionnelle accorde toute son importance aux

¹⁹⁴ CA Dijon, 21 juin 2012, n° de RG 11/01181.

¹⁹⁵ CA Lyon, 11 juil. 2011, n° de RG 09/05624.

intérêts d'ordre personnel et familial des enfants »¹⁹⁶. L'intérêt supérieur de l'enfant comprend à la fois son intérêt par rapport à sa construction personnelle et son intérêt au regard de sa sphère familiale. Ce n'est pas ici l'intérêt de la famille qui est pris en compte, mais bien celui de l'enfant au regard de son environnement familial. Ces deux éléments de contenu permettent de déterminer, en l'espèce, ce qui satisfait concrètement au mieux son intérêt supérieur. Le plus souvent, c'est la situation familiale en tant que telle qui se trouve prise en compte.

76.Situation familiale. La situation familiale dans laquelle se situe l'enfant au moment de la prise de décision représente un niveau de lecture non négligeable de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Le Tribunal suprême espagnol se réfère ainsi à l'environnement familial de l'enfant. La jurisprudence française, de son côté, prend en compte la situation familiale de celui-ci. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes le 10 janvier 2012¹⁹⁷ accorde ainsi un droit d'accueil au père « au regard de l'intérêt de l'enfant, vu la situation familiale ».

77.Situation scolaire. En visant l'environnement familial, les juges se réfèrent aussi le plus souvent à la prise en compte de la situation scolaire de l'enfant : lieu de l'école, intégration dans l'école, camarades de classe, échecs scolaires, évolution des notes (...). Au-delà de ce que peut offrir en précision une simple grille de lecture de l'intérêt supérieur de l'enfant dans telle espèce considérée, la prise en compte de l'environnement de l'enfant représente aujourd'hui de plus en plus nettement un élément de caractérisation de la notion¹⁹⁸. L'évolution en ce sens s'est surtout rendue visible dans la mise en lumière de niveaux de contenu d'ordre substantiel.

3- Niveaux de contenu d'ordre substantiel

78.Bien-être physique, intellectuel ou psychique. Progressivement, furent développés des éléments de contenu d'ordre substantiel. Par exemple, la jurisprudence allemande décide que tout doit être entrepris pour que l'enfant reste dans sa famille afin de garantir son « bien-être physique, intellectuel ou psychique ». Ces trois mots permettent de mettre en évidence ce qui doit être particulièrement protégé. Le bien-être physique (soins, nourriture...) n'est donc

¹⁹⁶ Tribunal supremo sala I de la civil, Sentencia n° 565/2009, 31 juil. 2009 : « Le jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores ». « La jurisprudence constitutionnelle accorde toute son importance aux intérêts d'ordre personnel et familial des enfants ».

¹⁹⁷ CA Rennes, 10 janv. 2012, n° de RG 10/03888.

¹⁹⁸ *Infra* n° 120.

pas le seul élément pris en compte. Il faut aussi s'intéresser au bien-être psychique (équilibre, développement...) et intellectuel (éducation).

En l'espèce, était en cause la question de la privation partielle de l'exercice de l'autorité parentale par les parents. Les juges ont veillé à ce que le bien de l'enfant soit respecté et ce sous tous les aspects sus-évoqués. Ces précisions permettent de mieux cerner le contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant en droit français.

79.Dimension européenne des niveaux de contenu d'ordre substantiel. On relève la prise en compte du bien-être à la fois physique et psychique sur d'autres territoires européens. Le Tribunal fédéral suisse relève, dans une décision du 4 mars 2010, que : « le critère essentiel qui doit guider est le bien, autant physique que psychique, de l'enfant »¹⁹⁹. Là encore, il s'agit de spécifier quel type d'intérêt doit être pris en compte pour fonder la décision relative à la garde de l'enfant. En droit français, l'article R. 4127-43 du Code de santé publique énonce que : « le médecin doit être le défenseur de l'enfant lorsqu'il estime que l'intérêt de sa santé est mal compris ou mal préservé par son entourage ». Ici est visé l'intérêt particulier de l'enfant au regard de la santé de celui-ci. Ces différents éléments viennent préciser la substance même de l'intérêt supérieur de l'enfant. La grille de lecture (niveaux de contenu) finit par offrir des éléments de contenu.

80.Les éléments de contenu précisent la notion abstraite d'intérêt supérieur de l'enfant. Le contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est ainsi diversifié : un contenu général et des éléments spécifiques d'ordre temporel, situationnel ou substantiel correspondant à la prise en compte de la personne de l'enfant et de sa situation familiale, de son bien-être physique, intellectuel... Il faut donc distinguer la dimension générale du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant des diverses facettes de son contenu qui précisent la notion selon la situation présentée.

Un auteur relève que : « l'intérêt, on le construit, on l'oriente, on le façonne »²⁰⁰. Malgré le caractère subjectif de la notion envisagée dans ses applications concrètes, les précisions apportées ne sont pas exclusivement subjectives. En conséquence, les différents niveaux de

¹⁹⁹ T fédéral suisse, 4 mars 2010, 5A_798/2009, §5.2.

²⁰⁰ P. Verdier, « Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions leurre ou levier au service de ses droits ?*, Journée d'étude, 20 nov. 2010. L'auteur explique ainsi que « l'intérêt, on le construit, on l'oriente, on le façonne ». Il constate, malgré le caractère subjectiviste de la notion, qu'il faut également y voir une opportunité d'adaptation de la notion pour chaque situation.

contenu précisent la notion²⁰¹. Cela contribue à faciliter la mise en œuvre du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque situation donnée. Une hiérarchie des intérêts peut être en outre relevée.

81.Hiérarchie des intérêts. La prise en compte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant permet de satisfaire des intérêts actuels. Mais ce principe ne se réduit pas à la somme de ces différents intérêts²⁰², plus justement nommés niveaux de contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant s'agissant d'une grille de lecture. Autrement dit, le principe ne peut être assimilé à l'ensemble de ces intérêts. Interfère parfois la prise en compte de l'intérêt général de l'enfant qui se distingue des intérêts que relève le juge pour apprécier la situation et rendre une décision²⁰³. Une hiérarchie existe entre l'intérêt supérieur de l'enfant, l'intérêt général et les intérêts particuliers, justifiant de ne pas considérer ces intérêts particuliers comme le contenant exclusif du principe²⁰⁴. D'autres éléments sont parfois pris en compte et, surtout, l'intérêt abstrait peut prévaloir.

82.Construction pyramidale. Au sommet de la pyramide, se situe le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Celui-ci englobe à la fois l'intérêt général de l'enfant et ses intérêts particuliers. En outre, il se peut que la prise en compte de l'un des différents éléments de contenu susmentionnés ne soit pas effective dans telle situation donnée, l'un des intérêts particuliers devant l'emporter, par exemple, à raison de l'urgence. Ainsi, les intérêts particuliers relevés ne peuvent pas non plus être considérés comme constitutifs du contenant permanent du principe. Ils se limitent pour l'instant à offrir une grille de lecture, bien que certains des niveaux de contenu mis à jour figurent d'ores et déjà au rang d'éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant²⁰⁵.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² J.-P. Serval, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, *op.cit.*, p. 62.

²⁰³ M. Gobert, « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in Colloque de la Cour de cassation, Cycle droit et techniques de cassation 2005-2006, Neuvième conférence, 11 déc. 2006.

²⁰⁴ J.-P. Serval, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, *op. cit.*, p. 59 et s.

²⁰⁵ *Infra* n° 162 et s., ou encore n° 192 et s.

Chapitre 2

Les éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant

83.L'intérêt supérieur de l'enfant, principe international. L'intérêt supérieur de l'enfant est un principe international (article 3-1 de la Convention de New York précité²⁰⁶). Ce principe « occupe la première place »²⁰⁷. Il puise sa source dans la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et son ancrage dans différents textes législatifs qui le reprennent ainsi que dans de nombreux arrêts ou jugements. De ce point de vue, il entre dans la catégorie des principes juridiques dont les pourtours flous²⁰⁸ permettent surtout de poser les embryons de nos règles juridiques²⁰⁹. L'intérêt supérieur de l'enfant accède au rang de principe et de règle positive en acquérant peu à peu un contenu précis. Cela suppose que la notion sur laquelle il repose soit définie ou au moins déterminée. La recherche d'éléments de caractérisation y contribue.

84.Grille de lecture et précision du contenu substantiel de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Le chapitre 1 du présent titre a permis de mettre en évidence à la fois la dimension générale et abstraite et les différents niveaux de contenu, grille de lecture, de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces niveaux de lecture ont été recherchés avant tout dans les motivations jurisprudentielles. Or, si la richesse des précisions relevées contribue d'ores et déjà à la détermination du contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, la diversité des applications et des sources relevées n'a pas permis d'en dégager un contenu véritablement substantiel. Les motivations de la Cour européenne des droits de l'homme offrent davantage de précision et de substance à la notion. Des éléments de caractérisation peuvent en être dégagés.

²⁰⁶ J. Rubellin-Devichi, J. Carbonnier, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* éd. G 1994, I, n° 3739, p. 87 ; A. Gouttenoire, L. Brunet, « Droits de l'enfant », *D.* 2007, p. 2192.

²⁰⁷ Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert.

²⁰⁸ *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S Rials, sous la direction de, Quadrige, PUF, 2003, « Principes » p. 1201 ; P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 1999 ; G. Ripert *Les forces créatrices du droit*, Paris L.G.D.J., 1955, chap. VI.

²⁰⁹ *Ibidem*.

85. Recherche d'éléments de caractérisation. L'analyse des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme permet de mettre en exergue des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Leur origine prétorienne tient à ce que les juges doivent motiver leurs décisions lorsqu'ils se prononcent sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant

86. Éléments de caractérisation. « Caractérisation » se différencie dans la terminologie choisie de « caractéristiques ». Il ne s'agit pas de déterminer les caractéristiques de la notion lesquelles renvoient davantage aux caractères et fonctions du principe²¹⁰, mais de rechercher à définir ou du moins de s'approcher d'une définition. Caractériser est entendu en l'occurrence dans son deuxième sens : « constituer le caractère essentiel de »²¹¹. Il s'agit de rechercher quels éléments forgent l'essence de l'intérêt supérieur de l'enfant. La mise en évidence d'éléments de caractérisation vise à donner un contenu juridique à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

87. Utilité des éléments de caractérisation. Mettre à jour les éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant présente plusieurs avantages. D'abord, cela offre aux juges un cadre précis dans leur tâche tout en évitant d'éventuelles contradictions décisionnelles, dans un souci de sécurité juridique. Ensuite, cela limite les risques d'abus dans l'utilisation du principe, notamment d'instrumentalisation ou de détournement de celui-ci. L'entreprise est ardue. Il ne faut pas que la notion perde de sa souplesse, mais il devient nécessaire dans le même temps d'en préciser le contenu.

88. Plan. Les éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant viennent préciser le contenu de la notion étudiée. Ce contenu ne peut être réduit aux seuls droits de l'enfant, tels qu'énumérés par la Convention de New York. Ces éléments peuvent être précisés et classés, grâce à l'analyse de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (**Section 2**), mais ils demeurent insuffisants à l'établissement d'une définition (**Section 1**).

²¹⁰ *Infra* n° 107.

²¹¹ Dictionnaire Larousse, éd. 2013, v° Caractériser.

Section 1. Des éléments de caractérisation insuffisants à l'établissement d'une définition

89.Définition. S'il bénéficie d'une dimension internationale, l'intérêt supérieur de l'enfant souffre néanmoins d'une absence de définition. Définir correspond au fait de « déterminer par une formule précise les caractères d'un concept, d'une idée générale »²¹². La définition est donc « l'opération par laquelle on détermine le contenu d'un concept en énumérant ses caractères »²¹³. La définition de l'« intérêt supérieur de l'enfant » en permettrait dès lors une application plus précise, plus effective. En outre, elle éviterait l'arbitraire des juges en ce domaine.

90.Plan Cependant, face aux avantages d'une définition se dressent également des obstacles et des inconvénients. Ceux-ci trouvent leur fondement dans la nécessité de maintenir l'adaptabilité de la notion (§1). Certains auteurs se sont essayés à définir l'intérêt supérieur de l'enfant. Quelles sont les définitions proposées ? Ces propositions sont-elles abouties ? (§2)

§1. Avantages et inconvénients d'une définition de l'intérêt supérieur de l'enfant

91.Diversité des opinions doctrinales sur le sujet. Les auteurs sont partagés. Certains soulignent les obstacles à toute tentative de définition (A) ; d'autres relèvent la nécessité de définir (B).

A- Obstacles aux tentatives de définition

92.Contrariété avec l'esprit des notions à contenu variable. Définir l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas sans risque. D'abord, cette définition entraverait l'adaptation de la notion aux faits présentés. Un auteur explique que circonscrire la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant à certains critères serait « en contrariété avec l'esprit même des notions à contenu variable »²¹⁴. Or, comme il a été relevé²¹⁵, l'intérêt supérieur de l'enfant est habituellement classé dans les notions à contenu variable ou notions standards. Donner du contenu à la notion supposerait donc de revenir sur cette qualification de l'intérêt supérieur de

²¹² Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Définir.

²¹³ Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Définition.

²¹⁴ C. Pomart, *La magistrature familiale*, thèse, dactyl., 2002, p. 136.

²¹⁵ *Supra* n° 47-48.

l'enfant. Monsieur Fulchiron fait observer dans cet esprit que : « la question de la définition est un faux problème car la subjectivité et la relativité qui entourent le concept en constitueraient la force »²¹⁶. Fixer définitivement la notion d'intérêt supérieur de l'enfant lui ferait perdre toute sa dynamique²¹⁷, sa richesse d'application.

Une telle évolution vers la précision de la notion coïnciderait toutefois précisément avec la reconnaissance d'un principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme il a été souligné²¹⁸, le principe suppose pour son existence même que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ait de la substance. Un deuxième obstacle toutefois s'oppose à cette évolution : la diversité des domaines d'application de l'intérêt supérieur de l'enfant.

93. La diversité des domaines d'application de l'intérêt supérieur de l'enfant. La question se pose de savoir comment une définition générale de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait être adaptée à différentes subdivisions du droit de la famille, telle que l'autorité parentale, ou encore l'adoption, la filiation. L'intérêt supérieur de l'enfant peut-il revêtir les mêmes exigences selon que les faits présentés relèvent de l'exercice de l'autorité parentale ou de la filiation ? Cela explique que l'étude soit présentement limitée à l'exercice de l'autorité parentale. La mise en évidence d'éléments de caractérisation de la notion est rendue possible, en l'occurrence, par la stricte délimitation du sujet. Quoique le domaine de la recherche soit ainsi strictement délimité, la tâche est complexe à raison de l'existence d'autres obstacles à toute entreprise de précision de la notion : la relativité dans le temps et dans l'espace.

94. Relativité dans le temps. Monsieur Zermatten relève que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est relative²¹⁹. La relativité s'inscrit tout d'abord à l'égard du temps : l'intérêt supérieur de l'enfant est amené à évoluer au cours des années. C'est ainsi que l'intérêt de l'enfant a changé de contenu au fil du temps dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale, par exemple pour tenir compte du nouveau principe d'exercice en commun de l'autorité parentale. Toutefois, la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant offre désormais un socle intemporel qui représente la base conceptuelle de la notion. Ce texte international rend possible l'entreprise de définition. A cette relativité dans le temps s'ajoute une relativité dans l'espace.

²¹⁶ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 15.

²¹⁷ *Ibidem.*

²¹⁸ *Supra* n° 86.

²¹⁹ J. Zermatten, « L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique », Working Report, 3-2003, Institut international des droits de l'enfant.

95.Relativité dans l'espace. Cette relativité s'inscrit également à l'égard de l'espace considéré²²⁰ : l'intérêt supérieur de l'enfant est influencé par les différentes normes des ordres juridiques internes. L'étude de droit comparé européen est toutefois aujourd'hui possible en raison de l'harmonisation des évolutions législatives et judiciaires relevée²²¹. La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant a contribué fortement à cette évolution, tous les Etats européens l'ayant ratifiée. A l'heure actuelle, la relativité dans l'espace ne constitue plus un obstacle dirimant à une tentative de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant. Un dernier obstacle peut être relevé: la subjectivité de la notion.

96.La subjectivité de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. La subjectivité est à la fois collective et personnelle. Il s'agit, d'abord, d'une subjectivité liée à l'image que la société s'est créée de l'intérêt supérieur de l'enfant. La subjectivité renvoie aussi à l'appréciation de cet intérêt par les parents, le juge ou encore l'enfant lui-même. Ce double caractère révèle la complexité de la tâche qui consiste à définir la notion. Cependant, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant a atténué cette subjectivité en offrant une liste de droits et des principes de base qui viennent préciser la substance de la notion. Les obstacles à l'entreprise de définition sont donc considérablement atténués par ce texte. En outre, malgré ces obstacles, la détermination des éléments de caractérisation de la notion est aujourd'hui nécessaire.

B- La nécessité d'une précision des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

97.Une notion malléable. Carbonnier remarquait que l'intérêt de l'enfant constituait une « notion de fait », une « notion fuyante », difficile à cerner²²². Il faisait observer que : « l'intérêt de l'enfant est une notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui ? A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions de droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, rien de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire »²²³. Selon lui, l'absence de définition de la notion favorise l'arbitraire

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Supra* n° 52.

²²² J. Carbonnier, *Droit civil, La famille, l'enfant et le couple*, Presses Universitaires de France, éd. 2002, p. 85.

²²³ J. Carbonnier, note sous CA Paris, 10 avr. 1959, *D.* 1960. p. 673.

judiciaire en la matière. D'après Monsieur Hauser, « l'expression est devenue plus un rituel commode et décoratif qu'une notion véritablement opérationnelle »²²⁴.

Les risques d'instrumentalisation de la notion et d'arbitraire du juge en ce domaine ne doivent donc pas être sous-estimés. Sur le fond, cela permet même d'écarter des règles de protection de l'enfant par bouleversement de l'ordonnancement juridique.

98.Le bouleversement de l'ordonnancement juridique. Le risque d'arbitraire dans l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant puise sa source, plus ou moins légitime, dans l'absence de définition de la notion. Selon Madame Gouttenoire, cette imprécision reviendrait même à « bouleverser l'ordonnancement juridique »²²⁵. L'idée défendue par l'auteur est que l'absence de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant permet de contourner la législation : « Le principe supralégislatif de la primauté de l'intérêt de l'enfant autorise -voire contraint- en effet le juge à écarter la loi au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant »²²⁶. A l'appui de cet argument, l'auteur invoque les décisions du Conseil d'Etat, particulièrement un arrêt du 7 juin 2006²²⁷. En l'espèce, les juges refusent l'application aux mineurs des dispositions des décrets du 28 juillet 2005 relatifs à l'accès à l'aide médicale de l'Etat en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant. L'absence de définition de la notion permet ici à la juridiction d'écarter l'application des décrets précités.

99.Risque d'arbitraire. Un auteur se montre très critique au sujet de la notion en ces termes : « simple instrument de pouvoir ou bien la justification arbitraire de toute solution choisie, qu'il s'agisse du père tout puissant du Code civil ou, plus tard de l'État, par la voix du juge, l'intérêt de l'enfant est exprimé par celui qui est considéré comme « responsable » de l'enfant jugé « irresponsable »²²⁸. Cette analyse conduit à percevoir dans la notion d'intérêt supérieur de l'enfant un concept à la merci du juge.

Le contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant est fixé par le juge, ce qui favorise l'arbitraire judiciaire en la matière. Pour lutter contre de telles dérives il faudrait que les juges

²²⁴ J. Hauser, « Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : rapport de synthèse », *RLDC* 2011, n° 87, p. 66 et s.

²²⁵ A. Gouttenoire, « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *LPA* 7 oct. 2010, n° 200, p. 24.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ CE, 7 juin 2006, 285576, note A. Gouttenoire, *LPA* 7 oct. 2010, n° 200, p. 24, L. Gay, *RTDsanit. soc.*, 2006. 1047 ; *AJDA* 2006. 2233, obs. H. Rihal.

²²⁸ M-S Dupont-Bouchat, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique » in Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove (dir), *Droit positif, droit comparé, histoire du droit*, Publication des facultés universitaires, Bruxelles, 1990, p. 52.

puissent se référer à une définition, ou du moins à des éléments de caractérisation suffisamment précis.

100. Les apports de la Convention de New York. La nouveauté en la matière est qu'il n'est plus seulement question de l'intérêt de l'enfant, mais de l'intérêt supérieur de l'enfant. Un auteur remarque l'importance de cette distinction dans les décisions judiciaires²²⁹. Ainsi, dans un arrêt du 13 mars 2007²³⁰ la cassation est prononcée au visa des articles 3-1 de la Convention de New York et de l'article 373-2 du Code civil au motif que les juges n'ont pas recherché s'il n'était pas de l'intérêt supérieur de l'enfant de résider avec son père. En l'espèce, les juges avaient seulement relevé que cela n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant. Monsieur Hauser remarque alors, qu'en se fondant sur ces deux articles, la Cour de cassation souligne l'existence d'une différence fondamentale entre les deux notions : intérêt de l'enfant et intérêt supérieur de l'enfant²³¹.

L'intérêt supérieur de l'enfant constitue un nouveau fondement pour les décisions judiciaires. Il apparaît donc nécessaire de dégager le contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant afin que les juges puissent circonscrire leur contrôle à celui-ci.

101. Difficultés de l'exercice. Relever ce qui correspond (ou non) à l'intérêt supérieur de l'enfant constitue un exercice difficile. C'est pourquoi il apparaît nécessaire de définir l'intérêt supérieur de l'enfant, ou du moins d'en relever les principaux éléments de caractérisation. Les juges ont pour mission d'appliquer l'intérêt supérieur de l'enfant, de veiller à ce que celui-ci constitue la considération primordiale dans toute décision. A cette fin, ils ont besoin de s'appuyer sur des éléments précis, concrets.

La définition de l'intérêt supérieur de l'enfant éviterait tout risque d'arbitraire. Selon un auteur, « les juges, face à la question de la définition de la notion, se trouvent démunis devant une telle responsabilité »²³². Cette remarque vaut pour chaque ordre juridique interne. La variété des affaires, leurs circonstances particulières révèlent la nécessité d'établir au moins des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

²²⁹ J. Hauser, « L'intérêt supérieur de l'enfant et la fixation de sa résidence », *RTDciv.* 2007, p. 330.

²³⁰ Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, inédit, pourvoi n° 06-12655 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 146, P. Murat ; *RTDciv.* 2007. 330, obs. Hauser.

²³¹ J. Hauser, « L'intérêt supérieur de l'enfant et la fixation de sa résidence », *loc. cit.*, p. 330.

²³² M-S Dupont-Bouchat, « L'intérêt de l'enfant. Approche historique », *loc. cit.*, p. 53.

102. Définition ou mise à jour d'éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant ? Mettre à jour une définition à l'échelle des divers ordres juridiques européens est une tâche quasi insurmontable, donc une entreprise ardue. En revanche, trouver des éléments de caractérisation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne est accessible, et ce d'autant plus que l'on observe une tendance à l'unité d'interprétation.

103. Unité d'interprétation dans les jurisprudences des juridictions européennes. Dans le but commun d'assurer une protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, les juges des juridictions européennes mettent peu à peu en évidence ce à quoi correspond cet intérêt. A leur échelle, définir l'intérêt supérieur de l'enfant assurerait une meilleure application du principe, tout en consacrant une véritable unité et sécurité juridique²³³. Ces éléments de caractérisation ne doivent pas être trop nombreux, car cela nuirait à l'effectivité d'une telle démarche. Les éléments doivent être toutefois suffisamment permanents pour représenter des éléments de définition. Des essais de définition de l'intérêt de l'enfant ont d'ores et déjà été réalisés.

§2. Les essais de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant

104. Notion de droit. Depuis l'entrée en vigueur de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et en raison de l'application directe de l'article 3-1 dans les ordres juridiques internes, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ne peut plus être considérée comme une notion de fait²³⁴, une notion « in-nommable »²³⁵. Il s'agit, désormais, d'une notion de droit²³⁶, ce qui restreint les risques d'abus quant à son utilisation. Tout d'abord la notion d'intérêt supérieur de l'enfant renvoie aux droits de l'enfant. Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant est de ne pas être séparé de ses parents (article 9-1 de la Convention de New York) ou encore d'être élevé par ses père et mère (article 7-2 de la Convention de New York). Pour autant, ce renvoi n'offre pas une définition précise et complète de la notion. Il permet seulement d'en délimiter les contours afin d'éviter toute utilisation abusive de celle-ci,

²³³ J. Zermatten, « L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique », Working Report, 3-2003, Institut international des droits de l'enfant.

²³⁴ C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant, une définition possible ? », *loc. cit.*, p. 27 et s. ; *L'enfant sujet de droit*, N. Baillon-Wirtz, Y. Honhon, M.-C. Le Boursicot, A. Meier-Bourdeau, I. Omarjee, C. Pons-Brunetti, Lamy, Axe Droit, 2010.

²³⁵ R. Dhoquois, « À la recherche de l'intérêt de l'enfant » in Actes n° 37, juin 1982, p. 38.

²³⁶ C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant, une définition possible ? », *loc. cit.*, p. 27.

laissant la question de l'opportunité d'une définition de l'intérêt supérieur de l'enfant en suspend. Monsieur Hauser constate que les éléments de définition sont encore assez pauvres²³⁷. Il est donc difficile d'y apercevoir une notion de droit aux contours parfaitement définis.

105.Plan La doctrine a tenté de proposer des définitions de la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant » (A) et certaines législations en ont précisé le contenu (B). Enfin, certaines précisions sont offertes à l'échelle internationale (C).

A- Les définitions doctrinales

106.Définition « synthétique ». Un auteur propose de définir l'intérêt supérieur de l'enfant comme : « l'intérêt de vivre, de s'épanouir pleinement et de s'intégrer dans un milieu familial et un entourage serein et matériellement convenable, de ne pas voir sa santé, son équilibre psychologique et moral compromis, de recevoir une éducation appropriée, d'être préparé à sa vie d'adulte et de voir son patrimoine préservé »²³⁸. L'auteur précise qu'il ne s'agit que d'une définition « synthétique »²³⁹. Cette définition est intéressante en ce qu'elle regroupe les différents niveaux de contenu de la notion relevés plus haut²⁴⁰, mais elle reste encore trop générale pour être efficace. Elle renvoie surtout à des éléments devant être appréciés concrètement par le juge au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. La généralité des éléments relevés n'offre pas toutefois suffisamment de substance à la notion.

107.Une définition fonctionnelle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Monsieur Zermatten propose la définition suivante : « L'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit

²³⁷ J. Hauser, « Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Rapport de synthèse », *RLDC* 2011, n° 87, p. 60 et s.

²³⁸ C. Sandras, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, Thèse dactyl, 2000, p. 381.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ *Supra* n° 66 et s.

servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence »²⁴¹. A la différence de la proposition susmentionnée, cette définition se situe au-delà des éléments de contenu de la notion. Il s'agit d'une définition fonctionnelle qui renvoie aux fonctions de l'intérêt supérieur de l'enfant telles que précisées par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant.

108.Limites de la définition fonctionnelle. L'auteur définit l'intérêt supérieur de l'enfant en s'appuyant sur ses fonctions. En cela, il *objectivise* la notion. A la réflexion, cette définition de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant renvoie à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant selon les termes de l'article 3-1 de la Convention de New York plus qu'à une définition de la notion en elle-même. L'accent est mis sur les fonctions du principe, mais pas sur le contenu même de l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, cette dernière notion constitue la clef de voûte du principe international dont il semble nécessaire de déterminer d'abord le contenu.

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant peut être quant à lui caractérisé en référence à ses fonctions. En droit français, l'article L.112-4 du Code de l'action sociale et des familles précise que l'intérêt de l'enfant doit guider toute décision. En cela, sa fonction est mise en évidence. Cependant, la notion qui en représente l'ossature doit avoir une vraie substance pour permettre la réalisation de ces fonctions. En outre, le contenu qui découle de la Convention de New York doit être pris en compte. Cette Convention internationale a pu ainsi inspirer une définition technique.

109.Définition technique. Plus récemment, un auteur a défini le contenu de la notion comme recouvrant « non seulement des droits énumérés dans la Convention internationale des droits de l'enfant- libertés et droits fondamentaux de la personne humaine et droits de l'enfant- mais aussi la prise en compte du bien-être de l'enfant et de ses besoins fondamentaux, au sens de la Convention, à la fois physiques, mentaux, intellectuels, moraux, affectifs, sociaux et spirituels »²⁴². Ce faisant, l'auteur rend compte de la dissociation opérée par la Convention de New York « entre les cas dans lequel l'intérêt supérieur de l'enfant fonde un droit de celui dans lequel il introduit une exception »²⁴³. Par exemple, l'intérêt supérieur de l'enfant repose sur le droit pour celui-ci de maintenir des relations personnelles

²⁴¹ J. Zermatten, « L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique », Working Report, 3-2003, Institut international des droits de l'enfant.

²⁴² C. Brunetti- Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant une définition possible ? », *loc. cit.*, p. 27 et s.

²⁴³ *Ibidem*.

avec ses parents, mais il peut aussi commander la rupture de ces relations. L'article 9-3 de la Convention prévoit que : « Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Cette définition, technique, rend compte du droit positif. Elle révèle toutefois que le droit ne nous offre guère d'éléments de définition autres que ceux qui résultent directement de la Convention de New York. Or, l'approche européenne du sujet peut permettre d'y apporter de nouveaux éclairages. Certaines législations sont venues préciser la notion.

B- Les précisions législatives de la notion

110.Législation irlandaise et intérêt supérieur de l'enfant. Certaines législations européennes proposent des définitions ou des éléments de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, la législation irlandaise précise que le bien-être de l'enfant comprend « le bien-être religieux, moral, intellectuel, physique et social »²⁴⁴. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une définition, mais d'une référence aux différents niveaux et éléments de contenu de la notion, déjà mis en évidence. Ce type de définition présente l'intérêt supérieur de l'enfant comme « un élément de référence abstrait pour le juge, qui pourra alors le confronter avec la situation concrète qui lui est soumise pour élaborer sa décision »²⁴⁵. Pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge se réfèrera à un certain nombre d'éléments tels que l'âge de l'enfant, son évolution dans la structure familiale... Ces éléments lui permettront de déterminer ce qui relève concrètement de l'intérêt supérieur de l'enfant. D'autres législations vont plus loin en précision et offrent une liste d'éléments de contenu de la notion.

111.Législation anglaise et liste des éléments de contenu de la notion. La législation anglaise prévoit de son côté que : « Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, il faut considérer les besoins de tout enfant et les circonstances, ce qui inclut : a) la santé et le bien-être émotionnel de l'enfant ; b) les avis de l'enfant, sauf s'il apparaît inopportun de le consulter ; c) la nature et la force des relations entre l'enfant et les personnes importantes de sa vie ; d) l'état de santé de l'enfant ; e) le besoin de l'enfant de stabilité selon son âge et les étapes de son développement ; f) la capacité de chaque tuteur ou de la personne qui cherche à

²⁴⁴ Part 1, Section 2, Irish Guardianship of Infants, Act 1964. "Welfare: in relation to an infant, comprises the religious and moral, intellectual, physical and social welfare on the infant".

²⁴⁵ C. Sandras, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, op.cit., p. 381.

en obtenir la tutelle ou de la personne qui a ou qui cherche à obtenir la responsabilité parentale (...); g) l'impact de toute violence familiale sur la sauvegarde, la sécurité ou le bien-être de l'enfant si la violence familiale est exercée à l'encontre de l'enfant ou d'un membre de la famille (...); i) un accord de coopération sur des questions relatives à l'enfant, particulièrement quant à la sauvegarde, à la sécurité ou au bien-être de l'enfant ou d'autres membres de la famille; j) n'importe quelles poursuites judiciaires ou civiles nécessaires au maintien de la sécurité et du bien-être de l'enfant »²⁴⁶.

Le texte poursuit en mentionnant que : « un accord n'est pas pris dans l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il ne protège pas, dans la mesure du possible, sa sauvegarde physique, psychologique, émotionnelle ainsi que sa sécurité et son bien être »²⁴⁷. Là encore il ne s'agit pas à proprement parler d'une définition de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais d'une liste d'éléments à prendre en compte pour sa détermination. Une telle énumération laisse à penser qu'il s'agit d'une liste exhaustive d'éléments de contenu de la notion. Cette liste, toutefois, est indicative. Ce texte cherche à satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant, mais le nombre de critères relevés pose la question de l'efficacité d'une telle définition.

112. Critères proposés en législation comparée et mise en évidence des éléments de contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il est intéressant de relever que cette liste rejoint sur de nombreux points les niveaux et éléments de contenu mis à jour dans le premier chapitre²⁴⁸ : sauvegarde physique, psychologique... La législation anglaise est allée encore plus loin que les autres législations européennes en donnant une liste des différents éléments de contenu dégagés par l'analyse de la jurisprudence et des textes intéressant ponctuellement l'enfant. Se dégagent aussi de cette liste plusieurs des éléments de caractérisation (santé,

²⁴⁶ Bill 16- 2011. Family Law Act. Part 4. Divion 1, n° 37 : “2) To determine what is in the best interests of a child, all of the child's needs and circumstances must be considered, including the following:(a) the child's health and emotional well-being; (b) the child's views, unless it would be inappropriate to consider them; (c) the nature and strength of the relationships between the child and significant persons in the child's life; (d) the history of the child's care; (e) the child's need for stability, given the child's age and stage of development; (f) the ability of each person who is a guardian or seeks guardianship of the child, or who has or seeks parental responsibilities, parenting time or contact with the child, to exercise his or her responsibilities;(g) the impact of any family violence on the child's safety, security or well-being, whether the family violence is directed toward the child or another family member; (h) whether the actions of a person responsible for family violence indicate that the person may be impaired in his or her ability to care for the child and meet the child's needs; (i) the appropriateness of an arrangement that would require the child's guardians to cooperate on issues affecting the child, including whether requiring cooperation would increase any risks to the safety, security or well-being of the child or other family members; (j) any civil or criminal proceeding relevant to the child's safety, security or well-being”.

²⁴⁷ Bill 16- 2011. Family Law Act. Part 4 Divion 1, n° 37 : “3) An agreement or order is not in the best interests of a child unless it protects, to the greatest extent possible, the child's physical, psychological and emotional safety, security and well-being”.

²⁴⁸ *Supra* n° 78.

stabilité, sécurité...) qui seront relevés par la suite ainsi que certains des moyens d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, telle la prise en compte de l'avis de l'enfant. Le droit anglais se révèle également original en ce qu'il favorise les accords de coopération, mais en limitant l'efficacité de ceux-ci à la satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le droit français va moins loin en précision.

113. La définition de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit français. En France, une proposition de loi relative aux violences dans les familles envisageait d'introduire une définition de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'article 371-1 du Code civil sous la formulation suivante : « l'intérêt de l'enfant consisterait en la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits et la garantie de sa protection »²⁴⁹.

Cette définition reprenait le contenu de l'article L.112-4 du Code de l'action sociale et des familles qui prévoit que : « L'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant »²⁵⁰. La proposition de loi soulignait le souci de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant tout en mentionnant explicitement ce que recouvre la notion. Cependant, cette proposition de loi n'a pas été débattue par le Parlement.

Cette analyse de droit comparé montre la difficulté qu'il y a à dégager une définition substantielle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Haut-Commissariat aux réfugiés y ajoute des précisions en soulignant que certaines circonstances doivent être prises en compte.

C- Les précisions offertes à l'échelle internationale

114. Les circonstances à prendre en compte. Le Haut-Commissariat aux réfugiés souligne que : « l'expression « intérêt supérieur » renvoie de manière générale au bien-être de l'enfant, expression qui dépend de différentes circonstances particulières telles que son âge et sa maturité, la présence ou l'absence de ses parents, l'environnement dans lequel il vit son histoire personnelle »²⁵¹. La Haute institution relève en cela différentes circonstances qui

²⁴⁹ Rap. Sénat, *Dr. fam.* 2010, alerte 25.

²⁵⁰ A. Gouttenoire, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. A la recherche de nouveaux équilibres », *D.* 2007, p. 1090.

²⁵¹ CEDH, 6 juil. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07, *D.* 2010. 2062, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *AJ. fam.* 2010. 482, obs. A. Boiché ; *RTDciv.* 2010. 735, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDeur.* 2010. 927, *chron.* M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; spéc. §52.

doivent être prises en compte pour déterminer la notion : l'âge de l'enfant, sa maturité, son histoire personnelle. Le Haut Commissariat aux réfugiés y ajoute la prise en compte du contexte dans lequel évolue l'enfant et, surtout, sous l'angle de l'exercice de l'autorité parentale, la présence ou l'absence de ses parents, ce que l'on peut préciser par la formule suivante en notre domaine : la présence ou l'absence de ses père et mère, de sa mère ou de son père, selon les cas.

115.L'importance du contexte. En la matière, la question du contexte se révèle souvent déterminante. Par exemple, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas perçu de la même manière suivant le contexte familial dans lequel il évolue, selon que ses parents vivent ensemble ou séparément. Lorsque les parents sont unis, les questions juridiques susceptibles de se poser sont très spécifiques. Il s'agit avant tout de cas d'assistance éducative ou de retrait de l'autorité parentale dans les hypothèses de mise en danger de l'enfant. C'est alors le critère de mise en danger de l'enfant qui sera pris en considération directement, plutôt que celui d'intérêt supérieur de l'enfant. Ce dernier se manifeste surtout dans les cas d'exercice de l'autorité parentale après un divorce ou une séparation.

116.Prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant pour les cas d'exercice de l'autorité parentale après divorce ou séparation. En ce domaine, l'intérêt supérieur de l'enfant trouve alors un contenu dans les principes et dans l'énumération des droits de l'enfant de la Convention de New York. Par exemple, cet intérêt supérieur doit alors être compris à l'aune du principe de responsabilité conjointe des père et mère et du droit de l'enfant d'être élevé par ses parents. Cela suppose en amont que la filiation de l'enfant soit d'ores et déjà établie à l'égard de ses père et mère.

En conséquence, lorsque les parents sont séparés, l'intérêt supérieur de l'enfant est en principe de continuer à entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents. C'est donc par la mise en évidence d'un élément de la notion au cas par cas que l'on en vient peu à peu à donner du contenu à celle-ci.

Le poids du contexte est ainsi particulièrement important dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale.

117.Exercice de l'autorité parentale et poids du contexte. En matière d'exercice de l'autorité parentale, il est nécessaire de tenir compte du contexte. L'analyse des décisions et législations révèle que l'intérêt supérieur de l'enfant a pris une consistance dans un contexte

bien particulier : celui de la séparation ou du divorce des parents, dans l'hypothèse où la filiation de l'enfant est établie à l'égard des deux parents. C'est dans ce contexte particulier que des éléments de contenu de la notion ont pu être dégagés. C'est également dans ce contexte qu'il est possible de mettre à jour aujourd'hui des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

118. Vers la mise à jour d'éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. La mise à jour de tels éléments doit donc être préférée à un essai de définition. La démarche suivie ne sera pas de donner une définition précise de l'intérêt supérieur de l'enfant pour les raisons sus-évoquées. Un auteur constate la difficulté de définir l'intérêt supérieur de l'enfant²⁵². Selon lui, définir suppose de « dégager la notion d'intérêt de l'enfant de l'ensemble des ramifications juridiques où elle est impliquée pour l'étudier en tant que telle »²⁵³. Pour l'auteur, la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est possible que si elle s'appuie sur les fonctions de la notion.

En tant que clef de voûte d'un principe international européen, l'intérêt supérieur de l'enfant de plus en plus nettement avec celui-ci : l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe. C'est pourquoi il devient nécessaire de mettre à jour des éléments de caractérisation de la notion.

²⁵² J.-P. Serval, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, *op.cit.*, p. 58-69.

²⁵³ *Ibidem*.

Section 2. La recherche d'éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

119.Éléments de caractérisation. L'élément désigne « chacune des choses dont la combinaison, la réunion forme une autre chose »²⁵⁴. Relever les éléments de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant suppose d'en relever *a minima* deux pour déterminer au mieux le contenu d'une notion originale support d'un principe international. L'objectif poursuivi dans la présente section est la mise à jour d'éléments de caractérisation plutôt que d'éléments de définition. Les éléments recherchés sont certes essentiels, mais encore simplement en formation. Il n'y a pas en effet dans la Convention de New York une liste d'éléments de définition proprement dits. Ceux-ci doivent être mis à jour sur le fondement de ce texte international en tenant compte de leur traduction dans les législations européennes et de leur appréciation par les juridictions ; d'où la richesse des sources de tels éléments de caractérisation.

120.Sources des éléments de caractérisation. La source de ces éléments réside d'abord dans la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant ainsi que dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les décisions judiciaires des ordres juridiques internes offrent, comme il est apparu dans la précédente section, des pistes de recherche en proposant des grilles de lecture. *Idem* pour les législations européennes. Toutefois, ce sont surtout les décisions rendues par les Cours européennes qui retiendront l'attention dans cette seconde section, l'analyse de celles-ci devant être combinée avec celle des sources internes pour porter tous ses fruits. Le point de départ de la recherche sera situé dans une décision du 19 septembre 2000²⁵⁵. En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme décide qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant d'évoluer dans un environnement sain et d'entretenir des relations personnelles avec sa famille. Elle relève en cela des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans le domaine des affaires relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

²⁵⁴ Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Élément.

²⁵⁵ CEDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré c. France*, req. n° 40031/98, F. Sudre, *JCP éd. G* 2001, I, n° 291. ; P. Hilt, *AJ. fam.* 2004.384 ; C. Pettiti, *AJ. fam.* 2006.185 ; J-P Marguénaud, *RTDciv.* 2010. 735 ; *ibid*, *RTDciv.* 2001.451.

121.Utilité de la recherche. Les éléments de caractérisation relevés par la Cour européenne des droits de l'homme constituent un outil précieux pour les juges des ordres juridiques internes. En outre, ils permettent une harmonisation des jurisprudences nationales en la matière car il s'agit d'éléments de droit. Enfin, ils renvoient à la Convention de New York et offrent en cela un bon outil d'application de la Convention : en effet, ces deux éléments renvoient aux droits de l'enfant, particulièrement au droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses parents (article 9-3²⁵⁶) ou encore à son droit à être en bonne santé (article 24²⁵⁷). L'effectivité des règles proclamées dans cette Convention internationale s'en trouve confortée, ce qui représente un progrès. Comme le relève Madame Rubellin-Devichi : « donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit de ne pas appliquer le droit »²⁵⁸. Si l'intérêt supérieur de l'enfant renvoie à des éléments de droit, alors le juge applique bien le droit, en l'occurrence celui prévu par la Convention de New York. La recherche des éléments de caractérisation est donc utile sous cet angle.

122.Plan. La Cour européenne des droits de l'homme a été la première à relever des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant (§1). Par la suite, les juges des ordres juridiques nationaux les ont enrichis de certaines précisions (§2).

§1. La mise en évidence de deux éléments de caractérisation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

123.Plan. La Cour de Strasbourg relève deux éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un premier temps, ces deux éléments de caractérisation étaient envisagés séparément. Dans un second temps, la Cour les a associés.

L'émergence de ces deux éléments se comprend au regard des droits prévus dans la Convention internationale des droits de l'enfant. Ainsi, le préambule de ce texte indique que :

²⁵⁶ Article 9-3 CIDE : « Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

²⁵⁷ Article 24 CIDE : « Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services ».

²⁵⁸ J. Rubellin-Devichi, J. Carbonnier, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* éd. G, 1994, I, n° 3739, p. 87

« l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension ». L'objectif de la Convention de New York est bien de garantir à l'enfant une évolution dans un environnement familial sain.

Désormais, en matière d'exercice d'autorité parentale l'intérêt supérieur de l'enfant est de maintenir des relations personnelles avec ses parents (A) et d'évoluer dans un environnement sain (B).

A- Le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents

124.Plan. La Cour européenne des droits de l'homme veille particulièrement au maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents. Elle décide qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de maintenir des relations personnelles avec chacun de ses parents, indépendamment de la situation de ces derniers. Cependant, cet élément de caractérisation laisse apparaître la double nature de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans certaines hypothèses, l'intérêt supérieur de l'enfant commandera le refus du maintien des relations personnelles avec ses parents. Par conséquent, l'intérêt supérieur de l'enfant fonde à la fois une règle (1) et son exception (2).

1- La règle : l'intérêt supérieur de l'enfant commande le maintien des relations personnelles

125.Plan. La règle selon laquelle l'intérêt supérieur de l'enfant commande le maintien des relations personnelles est consacrée (a). Son application soulève des difficultés particulières lorsque la situation familiale présente des spécificités (b).

a- Consécration de la règle

126.Importance du maintien des relations personnelles dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents connaît une protection particulière dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le rapport explicatif de la Convention sur les relations

personnelles concernant les enfants précise que : « Ce droit fondamental d'un enfant et de ses parents d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles est déjà prévu au niveau du droit interne de la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe et au niveau des instruments internationaux. Ce droit est protégé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sous l'angle du droit au respect de la vie familiale prévu à l'article 8 de la CEDH. Cette jurisprudence tient compte de la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant et en particulier de son article 9 paragraphe 3 (...) »²⁵⁹.

La jurisprudence de la Cour offre de nombreux exemples de reconnaissance de ce droit fondamental qu'elle protège au titre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁶⁰ et de l'article 9-3 de la Convention de New York²⁶¹. En découle l'émergence d'un premier élément de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

127.Un élément fondamental de la vie familiale. La Cour se réfère régulièrement au maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents lorsqu'elle est saisie principalement de questions relatives au droit de garde ou au droit de visite de l'un des parents. Progressivement, elle a consacré le principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant est d'entretenir de telles relations²⁶². Elle se soucie particulièrement de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le rétablissement de ses contacts avec ses parents : « il faut tenir compte des intérêts des enfants et des droits que leur reconnaît l'article 8 »²⁶³.

La Cour reconnaît ainsi la nécessité pour l'enfant de maintenir des relations personnelles avec sa famille et de les développer dans le temps. C'est par un arrêt du 14 mars 1985 qu'elle énonce pour la première fois que : « pour un parent et un enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale »²⁶⁴. Par la suite, elle précisera cette exigence. Par exemple, dans l'arrêt W. contre Royaume-Uni du 8 juillet 1987, tout en rappelant la formule précitée, elle conclut à la violation de l'article 8 de la Convention

²⁵⁹ Rapport explicatif relatif à la convention sur les relations personnelles concernant les enfants, STE n°192, point n° 40, 2003.

²⁶⁰ CEDH, 13 oct. 2009, *Costreie c. Roumanie*, req. n° 31703/05, *AJ. fam.*, 2009.451, obs. F. Chénéde, spéc. §67 ; CEDH, 10 avril 2012, *Pontes c. Portugal*, req. n° 19554/09, spéc. §74 ; CEDH, 30 sept. 2008, *Koons c. Italie*, req. n° 68183/01, spéc. §47.

²⁶¹ CEDH, 10 nov. 2009, *R.R c. Roumanie*, req. n° 1188/05, spéc. §123.

²⁶² S. Grataloup, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, L.G.D.J., 1998, p. 378 et s.; F. Vasseur-Lambry, *La famille et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, L'Harmattan, 2000, p. 311 et s. ; P. Hilt, « L'intérêt supérieur de l'enfant, clef de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJ. fam.*, 2004, p. 384.

²⁶³ CEDH, 27 nov. 1992, *Olsson c. Suède* (n°2), req. n° 13441/87, spéc. §90.

²⁶⁴ Comm. EDH, 14 mars 1985, *Florentino Garcia c. Suisse*, req. n° 10148/82, p. 15, P. Hilt, « L'intérêt supérieur de l'enfant, clef de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *loc. cit.*, p. 384.

européenne des droits de l'homme au motif que les juridictions n'avaient pas justifié la privation du droit de visite²⁶⁵.

Corrélativement elle consacre l'obligation pour l'Etat de prendre toutes les mesures préparatoires nécessaires pour renouer ce lien²⁶⁶. La Cour de justice de l'Union européenne se préoccupe également du maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents.

128.Le maintien des relations personnelles dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans l'arrêt Povse du 1^{er} juillet 2010, la Cour de justice de l'Union européenne, relevant l'importance de la décision, énonce que : « l'un des droits fondamentaux de l'enfant est celui, énoncé à l'article 24, paragraphe 3, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents dont le respect se confond incontestablement avec un intérêt supérieur de tout enfant »²⁶⁷. L'intérêt supérieur de l'enfant, de tout enfant, recouvre en l'occurrence le maintien des relations personnelles entre ce dernier et ses parents.

La portée de cette décision est accrue par l'utilisation de la formule « tout enfant ». Il ne s'agit plus de l'enfant en général, mais de tout enfant, ce qui souligne que l'on touche ici à la substance même de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention de New York.

129.Relations avec la famille et relations avec les deux parents de l'enfant. Il faut remarquer que, dans sa jurisprudence, la Cour de Luxembourg ne vise pas la famille, mais les seuls parents ; à la différence de la Cour de Strasbourg. En l'espèce, elle ne se réfère pas à la vie familiale mais aux « (ses) deux parents » de l'enfant. Cette différence de formule s'explique par la prise en compte du texte sur lequel se fonde la Cour de Strasbourg.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la protection de la vie privée et familiale vise expressément la « vie familiale », la « famille ». La Cour de justice de l'Union européenne fonde, elle, ses décisions sur l'article 24-3 de la Charte de Nice qui prévoit que : « Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ». Dans les deux cas, c'est bien le maintien des relations personnelles de l'enfant à l'égard de ses deux

²⁶⁵ CEDH, 8 juil. 1987, *W. c. Royaume-Uni*, req. n° 9749/82, spéc. §59.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ CJUE, 1^{re} juil. 2010, *Povse c. Alpage*, (aff. C-211/10 PPU), spéc. §64 ; *D.* 2010. 1798 ; *AJ. fam.* 2010. 482, A. Boiché ; *JCP éd. G.* 2010, II, n° 956, note A. Devers.

parents qui représente un élément de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est plus claire que celle de la Cour européenne des droits de l'enfant, surtout au regard de la jurisprudence récente de cette dernière. En effet, cette dernière a accueilli la demande d'adoption d'une femme, partenaire de la mère de l'enfant, en dépit de l'opposition du père²⁶⁸. En l'occurrence, l'adoption fait échec au maintien des relations personnelles entre le père et son enfant. Faut-il y apercevoir les prémices d'un abandon de cet élément de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Pour l'instant, l'abondance de la jurisprudence en la matière permet de retenir le maintien des relations personnelles dans la catégorie des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sous réserve donc de cet arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 19 février 2013. Ce maintien des relations personnelles - enfant, père et mère- ne doit pas être confondu avec la question du droit de visite.

130.Relations personnelles et droit de visite. Droit de visite et maintien des relations personnelles sont souvent associés, le maintien des relations personnelles s'exprimant parfois au moyen d'un droit de visite. D'un point de vue conceptuel, il faut toutefois distinguer le maintien des relations personnelles du droit de visite accordé à un parent. Le maintien des relations personnelles constitue un élément de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, alors que le droit de visite constitue une simple modalité d'exercice de l'autorité parentale en cas de vie séparée des parents. Le premier s'attache à la nature du principe, le second à sa mise en œuvre.

131.Les angles d'approche du maintien des relations personnelles dans la Convention relative aux relations personnelles. La Convention relative aux relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 s'intéresse particulièrement aux relations personnelles de l'enfant. L'article 2, *lettrine a*, définit précisément les relations personnelles en les envisageant sous trois angles distincts. Le premier s'attache aux relations directes de l'enfant avec ses parents ou d'autres personnes ayant un lien de famille avec lui. Les relations sont dites directes car une rencontre physique entre l'enfant et les membres de sa famille est organisée. Le second angle d'approche des relations personnelles vise des relations qui

²⁶⁸ CEDH, 19 fév. 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07 ; D. 2013. 502, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ. fam.* 2013. 227, obs. F. Chénédeé ; *Dr. fam.* 2013. comm. 53, note Neirinck ; *RTDciv.* 2003. 363, obs. J. Hauser ; *ibid.*, 2003. 329, obs. J.-P. Marguénaud.

n'exigent pas de rencontres, mais qui s'établissent par exemple par téléphone ou encore par Internet. Enfin, le troisième angle vise des relations d'informations, permettant à une personne d'obtenir régulièrement des informations sur l'enfant²⁶⁹.

Ces distinctions permettent de préciser le contenu des relations personnelles de l'enfant avec ses parents ou, selon la Convention citée, avec d'autres personnes qui entretiennent des liens de famille avec l'enfant, ou encore d'autres personnes si les États ont élargi ce cercle. Ces nuances permettent peut-être d'expliquer la décision sus-évoquée rendue par la Cour européenne des droits de l'homme le 19 février 2013, au détriment du père. Cependant, la Convention sur les relations personnelles renvoie clairement au premier chef aux relations de l'enfant avec ses père et mère, soulignant qu'il ne peut être porté exception à ce droit que sous certaines conditions.

132.Un droit humain fondamental. A l'instar de la Convention de New York, la Convention sur les relations personnelles concernant l'enfant prévoit qu' : « en raison de son importance en tant que droit humain, le droit d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles régulières entre un enfant et ses parents ne peut être restreint ou exclu que lorsque cela est nécessaire à l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'article 4 de la Convention ». Ce texte reprend la substance même de l'article 9-3 de la Convention de New York qui prévoit que : « Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

²⁶⁹ Article 2 de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants : « Le premier niveau vise les relations personnelles directes : cela signifie « les relations de personne à personne » (face à face) entre l'enfant et les parents ou d'autres personnes qui ont des liens de famille avec l'enfant (ou d'autres personnes si les États ont élargi le cercle de ces personnes conformément au paragraphe 2 de l'article 5). Les relations personnelles directes amènent généralement l'enfant à s'absenter du lieu où il vit habituellement et son séjour, limité dans le temps, chez l'une des personnes visées à l'article 4 ou 5, ou la rencontre entre l'enfant et l'une de ces personnes. Les relations personnelles directes sont généralement le moyen le plus approprié d'entretenir des relations personnelles; Le deuxième niveau vise d'autres formes de relations que les relations personnelles directes : les relations entre l'enfant et les autres personnes s'établissent par des moyens autres que « les relations de personne à personne » ou face-à-face, par exemple par téléphone, par lettre, par télécopie, par courrier électronique, etc. Cette forme de relations personnelles peut être utilisée en plus des relations personnelles directes ou même à la place des relations personnelles directes dans des circonstances déterminées lorsque des relations personnelles directes ne sont pas possibles (par exemple si elles sont contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant ou bien si l'enfant vit très loin et les relations personnelles directes régulières sont très difficiles; Le troisième niveau couvre la communication, aux personnes sollicitant des relations, d'informations concernant l'enfant (par exemple, envoi de photographies récentes, de bulletins scolaires, de bulletins de santé, etc.) ou la communication à l'enfant d'informations sur ces personnes. Cette forme de relations personnelles peut être utilisée d'abord en plus des deux autres niveaux de relations personnelles ou même à la place de telles relations personnelles dans des circonstances déterminées lorsque l'un ou les deux niveaux de relations personnelles sont contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Ainsi, le droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses parents constitue un droit fondamental parfaitement intégré dans les législations européennes. Celles-ci envisagent, chacune à sa manière, le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents.

133. Le maintien des relations personnelles dans les législations européennes. L'exigence du maintien des relations entre l'enfant et ses parents est posée à l'article 373-2 du Code civil français. Ce texte prévoit que : « chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ». Les législations suédoises, allemandes et anglaises reprennent le même principe. La section 15 de la loi suédoise sur les enfants et les parents du 1^{er} octobre 2008 prévoit que : « L'enfant doit avoir le droit de maintenir ses relations avec les parents chez lequel il ne vit pas ». L'article 1684 BGB prévoit que : « L'enfant a le droit d'avoir des rapports avec chacun de ses parents ; chacun de ses parents a le devoir et de droit d'avoir des rapports avec son enfant »²⁷⁰, le droit allemand considérant qu'il existe un droit bilatéral qui appartient à la fois à l'enfant et aux père et mère. Enfin, la division 4 de la loi familiale anglaise de 2011 prévoit expressément les modalités du maintien des contacts avec l'enfant : toute personne pouvant conclure un accord organisant le maintien des contacts avec l'enfant²⁷¹. Corrélativement, la jurisprudence au Royaume-Unis reconnaît l'existence d'un principe de maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents. Un arrêt du 10 décembre 2009 souligne par exemple que : « L'accord des parents n'est pas exécutoire, mais dans la mesure où il reflète les meilleurs intérêts de l'enfant cela peut être un facteur pris en considération »²⁷². En l'occurrence, l'accord les parties tient compte de l'importance pour l'enfant de connaître son père et d'avoir des contacts avec lui.

134. Un élément de caractérisation de la notion dans la jurisprudence interne française. La jurisprudence française envisage le maintien des relations personnelles comme un élément de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour de cassation décide, dans un arrêt du 22 mai 2007, que : « l'intérêt supérieur de l'enfant impose de veiller à ce que celui-ci entretienne des relations personnelles avec chacun de ses parents en

²⁷⁰ Article 1684 BGB : « Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt ».

²⁷¹ Bill 16- 2011. Family law Act.

²⁷² McD v. L & anor, Suprem Court of Ireland, 10 déc. 2009, n° 200726M, spéc. §53.

application de l'article 9-3 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant »²⁷³. Cependant, à l'analyse de l'arrêt, il apparaît que cet élément de caractérisation peut trouver à s'exprimer de différentes façons. Ainsi, en l'espèce le maintien des relations personnelles avec le père ne justifie pas en soi un retour de l'enfant dans le pays où il vit. Les juges décident de ne pas ordonner le retour immédiat de l'enfant au Maroc en considérant que, conformément à l'article 9-3, son intérêt supérieur se trouve ainsi mieux préservé. D'après la Cour le droit de l'enfant au maintien de ses relations personnelles se trouve « mieux assuré par le maintien actuel de l'enfant en France que par son retour immédiat au Maroc, qui aboutirait au vu des éléments de l'espèce, à une rupture totale et non préparée des liens entre la mère et une enfant de sept ans, rupture constitutive d'un traumatisme psychique majeur contraire à l'intérêt et au bien-être de l'enfant ».

Par conséquent, la jurisprudence française reconnaît que l'intérêt supérieur de l'enfant impose de veiller à ce que celui-ci entretienne des relations personnelles avec chacun de ses parents, mais n'impose pas pour autant son retour immédiat dans le pays où vit l'un de ses parents dès lors que la rupture d'avec l'autre parent n'est pas dans son intérêt. La précision ainsi faite dans l'intérêt supérieur de l'enfant n'empêche pas que le maintien des relations personnelles représente bien un élément de caractérisation de la notion dans la jurisprudence française.

135.Un élément essentiel. Il apparaît ainsi que le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents constitue un élément fondamental de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit de l'élément qui connaît la plus importante réception à la fois dans les législations et dans les jurisprudences européennes.

La façon d'envisager le maintien des relations personnelles peut toutefois varier, par exemple lorsque les père et mère habitent dans des pays différents. En outre, certaines situations familiales posent la question de la possibilité d'un tel maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents.

²⁷³ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2007, *Bull. Civ.*, I, n° 199, pourvoi n° 06-12687.

b- La question du maintien des relations personnelles dans des situations familiales spécifiques

136.L'hypothèse du parent incarcéré. La Cour européenne des droits de l'homme s'efforce de favoriser le maintien des relations personnelles en dépit de circonstances difficiles. L'hypothèse dans laquelle l'un des parents de l'enfant se trouve incarcéré en représente une bonne illustration. Par exemple, si l'incarcération du parent complique le maintien même des relations personnelles entre le parent incarcéré et son enfant, elle ne constitue pas un motif suffisant d'empêchement au maintien de ces relations²⁷⁴.

A cet égard, l'article 9-4 de la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit que : «Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant (...)». Il en résulte que l'intérêt supérieur de l'enfant commande que lui soient révélées les informations relatives au lieu d'incarcération du parent, mais également qu'il lui soit permis de rencontrer ce parent.

De même, l'article 8.15 de la résolution du Parlement européen relatif à la Charte sociale européenne prévoit que : « Tout enfant dont l'un des parents ou l'un des deux parents, purgent une peine d'emprisonnement, doit pouvoir maintenir avec ceux-ci des contacts appropriés »²⁷⁵. Ces dispositions contribuent à établir le maintien des relations personnelles entre l'enfant et son parent incarcéré. Madame Herzog-Evans souligne que les efforts en ce sens doivent être poursuivis²⁷⁶, les possibilités concrètes de liens réels entre un enfant et son parent incarcéré se révélant encore trop faibles.

137.L'aménagement des relations personnelles entre l'enfant et un parent incarcéré. La Cour européenne des droits de l'homme ayant décidé que l'incarcération ne peut constituer un empêchement aux relations familiales, l'administration pénitentiaire doit

²⁷⁴ I. Moine-Dupuis, « Le droit de visite du parent incarcéré », *D.* 1999, p. 251.

²⁷⁵ S. Grataloup, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, L.G.D.J., 1998, spéc. p. 396.

²⁷⁶ M. Herzog-Evans, « Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées », *AJ. fam.* 2009, p. 484.

aider le détenu à conserver un contact avec sa famille proche²⁷⁷. Cependant, l’incarcération du parent crée *de facto* un obstacle aux relations personnelles entre l’enfant et le parent incarcéré. Madame Herzog-Evans remarque à cet égard que « l’exercice effectif de ce droit se heurte aux réalités carcérales »²⁷⁸.

Compte tenu des circonstances spécifiques de l’incarcération, ces relations personnelles seront organisées plus strictement. L’importance du maintien des relations personnelles avec le parent incarcéré est néanmoins prise en compte dans les décisions judiciaires, ce que la Cour européenne des droits de l’homme approuve au titre de l’intérêt supérieur de l’enfant. Par exemple, elle observe que les décisions prises par les autorités italiennes se soucient du maintien du contact entre le requérant et sa famille : « lesdites décisions font état du souci des autorités italiennes d’aider le requérant à maintenir, dans la mesure du possible, un contact avec sa famille proche »²⁷⁹.

138. Recherche d’équilibre. Le maintien des relations personnelles entre le parent incarcéré et l’enfant doit être aménagé en considération de l’ordre et de la sûreté publique ainsi que de la prévention des infractions pénales. Un équilibre est recherché entre ces deux principes fondamentaux. Selon un auteur, l’intérêt de l’enfant et les intérêts de la société se rejoignent même. Il est de l’intérêt de l’enfant de maintenir des relations personnelles avec le parent condamné pénalement, mais il est aussi de l’intérêt de la société de maintenir un tel lien afin de préserver l’enfant des effets psychosociaux de l’incarcération de son parent²⁸⁰.

139. Le parent incarcéré et les jurisprudences internes. La jurisprudence française ne considère pas non plus que l’incarcération du père constitue un obstacle à l’organisation d’un droit de visite avec l’enfant²⁸¹. Le droit français s’efforce donc de maintenir de telles relations. L’auteur précité souligne à cet égard que : « l’intérêt de l’enfant dont le parent est incarcéré est aisé à délimiter. Il doit pouvoir conserver des liens avec celui-ci »²⁸². L’auteur observe la primauté de l’intérêt supérieur de l’enfant sur les logiques répressives et pénitentiaires. Les autres jurisprudences européennes soulignent toutes qu’il relève de l’intérêt supérieur de l’enfant d’entretenir des relations personnelles avec le parent incarcéré. Sur ce

²⁷⁷ Comm. EDH, 13 mars 1990, *Ouinias c. France*, req. n° 13756/88.

²⁷⁸ M. Herzog-Evans, « Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées », *loc. cit.*, p. 484.

²⁷⁹ CEDH, 28 sept. 2000, *Messina c. Italie* (n°2), req. n° 25498/94, §§ 73-74.

²⁸⁰ M. Herzog-Evans, « Libération conditionnelles parentale et intérêt de l’enfant », *AJ. pénal* 2010, p. 334.

²⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005, *Bull. Civ. I*, n° 464 p. 391, pourvoi n° 04-19.180, *Dr. fam.* 2006, comm. P. Murat, n° 27.

²⁸² M. Herzog-Evans, « Du droit de visite au permis de visite : les obligations du JAF », *D.* 2006. p. 2149.

fondement, le tribunal correctionnel du Pirée accueille la demande de la mère pour que soient organisés des temps de visite plus importants entre elle et son enfant²⁸³. La Cour de Huelva décide, elle, que l'organisation d'un droit de visite pour le père est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant en invoquant le fait que « le développement adéquat et l'évolution psychique et émotionnelle des mineurs requiert la relation personnelle et affective avec les deux parents »²⁸⁴. Cette juridiction se fonde sur l'article 94 du Code civil espagnol qui prévoit que « seules des circonstances graves ou l'inaccomplissement grave ou réitéré des devoirs imposés par le jugement de séparation peuvent priver le parent qui n'a pas avec lui les enfants mineurs du droit de leur rendre visite, de communiquer avec eux et de les avoir en sa compagnie».

Ainsi, le fait d'être emprisonné n'est pas constitutif en soi d'une circonstance grave empêchant l'organisation du droit de visite. Les relations entre les parents et les enfants sont préconisées indépendamment de la détention du parent, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela tient à ce que le maintien des relations personnelles avec les deux parents est un élément de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce n'est que par voie d'exception que le maintien des relations personnelles avec le parent incarcéré pourrait être écarté sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant entendu comme le bien-être de celui-ci, par exemple si les visites risquent de traumatiser l'enfant.

140. Appréciation stricte des éléments empêchant le maintien des relations personnelles. D'une façon plus générale, la situation du parent ne peut constituer en elle-même et à elle seule un critère de refus du maintien des relations personnelles avec l'enfant. Il faut une « raison grave »²⁸⁵ pour empêcher de telles relations. C'est bien l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit déterminer l'existence de contacts entre lui et son parent. La situation du parent est appréciée au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le fait que le parent soit homosexuel ne peut fonder le refus d'un maintien de ses relations personnelles avec l'enfant²⁸⁶. De même, l'alcoolisme du parent ne peut constituer un fondement suffisant²⁸⁷, sauf si l'intérêt supérieur de l'enfant s'y oppose²⁸⁸.

²⁸³ Jugement 2075/2002 du Tribunal correctionnel du Pirée, in K. Patsianta, *L'intérêt de l'enfant dans le cadre de la garantie de la vie familiale par la Cour EDH : influence en droit grec*, thèse dactyl. 2012.

²⁸⁴ F. Cadet, « Chronique de droit espagnol », *Dr. fam.* 2003, *chron.* 21.

²⁸⁵ F. Granet, « Séparations des couples et autorité parentale dans les législations européennes aujourd'hui », *AJ. fam.* 2002, p. 138.

²⁸⁶ CA Besançon, 9 fév. 2001, *Juris-Data* n° 154457.

²⁸⁷ CA Toulouse, 18 mai 1994, *Juris-Data* n° 046418.

²⁸⁸ CA Nîmes, 31 mars 1999, *Juris-Data* n° 030160.

Il existe ainsi une véritable volonté de pérenniser le lien entre l'enfant et ses parents dans son intérêt supérieur. En dehors des cas dans lesquels l'intérêt supérieur de l'enfant fonde ou commande une autre solution, le maintien des relations personnelles constitue un élément de caractérisation particulièrement important. Les Etats supportent même en la matière des obligations positives.

141.Les obligations positives des Etats. C'est d'abord à l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents apparaît comme représentant un élément de caractérisation de la notion. La Cour est attachée au maintien des relations entre l'enfant et ses parents ainsi qu'à la reconstitution de la famille²⁸⁹. C'est pourquoi elle invite les Etats à mettre tous les moyens en œuvre afin de maintenir ce lien. Ces moyens sont caractérisés par les obligations positives dont sont tributaires les Etats parties.

La Cour considère que la frontière entre les obligations négatives et les obligations positives n'obéit à aucune définition particulière²⁹⁰, mais elle en précise l'objectif : la réunion de l'enfant avec ses parents. Ainsi, elle décide que : « S'agissant de l'obligation pour l'État d'arrêter des mesures positives, la Cour a déclaré à de nombreuses reprises que l'article 8 implique le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir à son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre »²⁹¹. Les Etats doivent tout mettre en œuvre pour réunir l'enfant et ses parents.

La Cour a étendu le domaine de l'intervention étatique en la matière en consacrant la notion d'obligation positive. Dans une décision du 12 avril 2011, elle relève les difficultés de mise en œuvre d'un droit de visite du père car les autorités nationales ne prenaient pas toutes les mesures nécessaires à sa réalisation effective²⁹². En l'espèce, les autorités croates n'avaient pas décidé d'un lieu de rencontre, ni tenu compte des horaires de travail du père pour organiser des visites, contribuant ainsi à une rupture des relations entre lui et son enfant. Si l'organisation du droit de visite relève de la seule compétence des autorités nationales, celles-ci doivent néanmoins mettre tous les moyens en œuvre pour assurer son effectivité.

²⁸⁹ CEDH, *Gnahoré c. France*, préc. ; CEDH, *Neulinger et Suruck c. Suisse*, préc. ; CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, req. n° 39388/05, AJDA 2008. 978, chron. J.-F. Flauss ; D. 2008. 1854, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; AJ. fam. 2008. 83, obs. A. Boiché.

²⁹⁰ CEDH, 6 avril 2000, *C. S c. Allemagne*, req. n°33681/96 : « La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables ».

²⁹¹ CEDH, 25 janv. 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, req. n° 31679/96, S. Grataloup, Dr. fam. 2002, chron. 2 ; RTDciv. 2001. 451, obs. J.-P. Marguénaud, spéc. § 94.

²⁹² CEDH, 12 avril 2011, *Gluhakovic c. Croatie*, req. n° 21188/09, Dr. fam. 2011, alerte 47, note M. Bruggeman.

142. Une obligation de moyens. Certains auteurs perçoivent dans ces obligations positives une véritable obligation de moyens impartie aux Etats²⁹³. D'ailleurs, cette notion d'obligation de moyens renvoie à celle dont les Etats parties à la Convention de New York sont tributaires s'agissant de l'application des dispositions de celle-ci²⁹⁴. La Cour de Strasbourg rappelle à cet égard que : « les autorités nationales ne peuvent certes pas garantir le résultat de leurs démarches éventuelles, elle réaffirme qu'elles sont néanmoins tenues d'employer tous les moyens adéquats pouvant mener au résultat recherché »²⁹⁵. Cette obligation de moyens doit s'appliquer dans le cadre d'un rapport de proportionnalité. A défaut une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pourrait être retenue pour non-respect de la vie familiale.

143. La marge d'appréciation des Etats. Pour satisfaire à leur obligation de moyens, les Etats disposent d'une marge d'appréciation. Cependant, la Cour observe que : « La marge d'appréciation ne peut faire l'économie d'une démonstration, tout comme la référence à l'intérêt de l'enfant ne peut remplacer un argumentaire »²⁹⁶. Ainsi, les Etats usant de leur marge d'appréciation doivent justifier leur décision en démontrant la nécessité de la mesure pour l'intérêt supérieur de l'enfant.

Selon Monsieur Coussirat-Coustère, la marge d'appréciation des Etats parties s'articule autour de trois axes : « le consensus européen » -l'appréhension de la marge dépend du consensus entre les Etats européens sur les buts légitimes-, « le bilan raisonnable »- la décision est prise après avoir mis en balance tous les éléments-, « l'enjeu »- la marge dépend de l'enjeu particulièrement important qui est mis en cause, par exemple la liberté

²⁹³ P. Hilt, « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJ. fam.* 2004, p. 384. La typologie obligation de moyen/obligation de résultat trouve son origine en matière de responsabilité civile contractuelle, présentée pour la première fois par Demogue (R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. V, n° 1237 ; H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations », *RTDciv.* 1936, 1., A. Tunc, « Distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1954, I, n° 449 ; J. Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultats*, L.G.D.J., 1965 ; A. Plancquéel, « Obligations de moyens, obligations de résultats », *RRJ* 1998.1243 ; J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, L.G.D.J., 2001, t. 354 ; V. Malabat, « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », in *Etudes à la mémoire C. Lapoyade- Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003). L'obligation de résultat suppose que le débiteur de cette obligation s'engage à la réalisation de l'obligation, alors que l'obligation de moyen suppose seulement que le débiteur mette tous les moyens en œuvre pour réaliser l'obligation sans pour autant en garantir le résultat.

²⁹⁴ Mme Santos Pais, Colloque organisée à Nanterre, 21/22 mai 1992. Actes du colloque, p. 11.

²⁹⁵ CEDH, 10 fév. 2011, *Tsikakis c. Allemagne*, req. n° 1521/06, spéc. §81 ; A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne », *Dr. fam.* 2012, Etude 6.

²⁹⁶ CEDH, *Gnahoré c. France*, *préc.*, Opinions dissidentes des Juges Tulkens et Loucaides.

d'expression²⁹⁷. L'auteur distingue alors entre les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, par exemple le droit de garde, qui relèverait de la méthode du bilan raisonnable, et les décisions relatives aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale nécessitant une prise en compte particulière de l'objectif visé, en l'occurrence la réunion de la famille. Dans l'arrêt *Margareta et Roger Andersson* du 25 février 1992, la Cour de Strasbourg constate l'existence de « sévères restrictions aux rencontres » entre une mère et son fils²⁹⁸. Le droit de visite de la mère avait été restreint et des mesures d'interdiction de correspondance écrite et de contact téléphonique avaient aussi été prononcées. La Cour souligne que pour être justifiées ces mesures doivent « s'appuyer sur des raisons solides et cadrer avec le but ultime : réunir la famille ». Elle constate également que : « l'article 8 implique le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir avec son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre ». En l'espèce, les autorités nationales avaient, certes, agi dans le cadre de leur marge d'appréciation, mais n'avaient pas respecté les obligations positives qui leur étaient imparties afin de réunir la famille dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

144. Une obligation relative. La Cour tempère néanmoins la nécessité pour les Etats de respecter les obligations positives leur incombant en rappelant que : « l'obligation pour les autorités nationales de prendre des mesures à cet effet n'est pas absolue, car il arrive que la réunion d'un parent à ses enfants vivant depuis un certain temps avec l'autre parent ne puisse avoir lieu immédiatement et requière des préparatifs (...) »²⁹⁹. Les Etats doivent prendre des mesures afin de restituer le lien entre l'enfant et sa famille, sous réserve que celles-ci ne soient pas contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, les circonstances ne permettent pas toujours le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents. L'intérêt supérieur de l'enfant est alors d'être éloigné de ses parents.

²⁹⁷ V. Coussirat-Coustère, « Commentaire de l'article 8§2 », in L. E Pettiti, E. Decaux et P-H Imbert (dir.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd. 1999, p. 323.

²⁹⁸ CEDH, 25 fév. 1992, *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, req. n° 12963/87, spéc. §97.

²⁹⁹ CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, req. n° 39388/05 ; *AJDA* 2008. 978, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 2008. 1854, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *AJ. fam.* 2008. 83, obs. A. Boiché spéc. §83 ; CEDH, *Ignacolo Zenide c. Roumanie*, préc. spéc. §94

2- L'exception : l'éloignement de l'enfant de ses parents dans l'intérêt supérieur de celui-ci.

145.Fondement juridique. Les hypothèses pour lesquelles l'intérêt supérieur de l'enfant justifie l'interruption ou la restriction des liens personnels de l'enfant avec ses parents sont limitées à l'existence de circonstances exceptionnelles, notamment lorsque le parent s'est montré particulièrement indigne³⁰⁰. A cet égard, le rapport explicatif de la Convention sur les relations personnelles concernant l'enfant précise qu' : « il ne doit y avoir aucun doute quant à la nécessité, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, de restreindre ou d'interdire ce qui est essentiellement un droit de l'homme »³⁰¹. En droit français l'article 373-2-6 du Code civil prévoit que : «Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents ». Il faut donc que l'intérêt supérieur de l'enfant commande, en l'espèce, de déroger au principe.

146.Double rôle. Le droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles correspond en principe à son intérêt supérieur. Cependant, ce même intérêt peut justifier certaines restrictions. L'intérêt supérieur de l'enfant présente ici une double nature en ce qu'il fonde à la fois un droit et son exception. Un auteur évoque à cet égard « le double rôle que joue la notion d'intérêt de l'enfant »³⁰². L'auteur précise que « les intérêts supérieurs de l'enfant ne peuvent ainsi fonder une suspension ou une interruption des relations enfant-parents séparé (...) que si des circonstances exceptionnelles le commandent »³⁰³. La rupture d'une telle relation est soumise à l'existence de circonstances exceptionnelles. Encore faut-il savoir ce que recouvrent ces circonstances exceptionnelles. Des critères ont été dégagés par les juges pour caractériser celles-ci. Les critères présentés ci-dessous sont considérés comme les plus pertinents, quoique n'étant pas exhaustifs. Sont notamment pris en compte le comportement indigne du parent **(a)** et le désintérêt **(b)**, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme **(c)**.

³⁰⁰ CEDH, *Gnahoré c. France*, préc. ; CEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, préc.

³⁰¹ Rapport explicatif relatif à la convention sur les relations personnelles concernant les enfants, STE n° 192, point n° 40, 2003.

³⁰² P. Hilt, « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJ. fam.* 2004, p. 384.

³⁰³ *Ibidem*.

a- Le comportement indigne du parent

147. Le comportement indigne du parent. La Cour européenne des droits de l'homme utilise l'expression « circonstances exceptionnelles » pour fonder l'exception au maintien des relations personnelles : « l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille »³⁰⁴. Par exemple, dans l'arrêt *Gnahoré* contre France, elle retient comme circonstances exceptionnelles l'indignité du parent de l'enfant.

Il existe une correspondance entre le caractère « exceptionnel » du refus du maintien de la relation entre l'enfant et son parent, et le caractère « particulièrement indigne » du comportement du parent³⁰⁵. Ces deux mots-« exceptionnel » et « particulièrement »-soulignent la rigueur d'appréciation dont les circonstances font l'objet pour décider du refus du maintien de la relation entre un parent et son enfant répondant à l'intérêt supérieur de l'enfant.

148. Appréciation large. L'étude de la jurisprudence européenne révèle que les juges retiennent facilement l'existence de circonstances exceptionnelles. Les mots sont forts (circonstances exceptionnelles, comportement particulièrement indigne), mais la restriction aux relations personnelles avec l'enfant peut être décidée pour la simple raison que les relations entre le père et son enfant ont été quasiment inexistantes et que ce dernier appréhende une reprise des contacts. Dans l'affaire *Gnahoré* contre France, la Cour européenne considère qu'il existe des circonstances exceptionnelles justifiant le refus du maintien des relations personnelles entre un père et son fils. En l'occurrence, elle constate que « les contacts entre ces derniers ont été sporadiques, que le placement de l'enfant devenu pérenne constituait un obstacle à la réunion du père et du fils ». Il faut remarquer que l'appréciation des circonstances exceptionnelles relève d'une appréciation *in concreto*. La Cour constate que l'enfant, alors âgé de 14 ans, avait passé les douze dernières années de sa vie sans aucun contact avec son père, de sorte que « la reconstitution du lien familial avec le père représentait, pour lui, un important obstacle ». La Cour se fonde sur l'âge et sur les conditions de vie de l'enfant pour décider que les circonstances exceptionnelles sont

³⁰⁴ CEDH, *Gnahoré c. France*, préc.

³⁰⁵ CEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, préc., spéc. §67.

caractérisées et que l'intérêt supérieur de l'enfant justifie une restriction de ses relations personnelles avec son père.

149.Un critère complexe. Pourtant, des opinions dissidentes sont parfois émises. Pour les juges Tulkens et Loucaides, les circonstances exceptionnelles ne sont pas caractérisées. Ils estiment que le fait que le fils du requérant était troublé à l'idée de rencontrer son père ne constituait pas un argument suffisant pour justifier le refus du maintien des relations personnelles dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et que le type de placement choisi pour l'enfant traduisait le souci du maintien des relations personnelles entre l'enfant et son père. D'après eux, cette « relation triangulaire » entre la famille d'accueil, le père et l'enfant aurait dû constituer un moyen efficace de maintenir le contact entre ces derniers. La décision de la Cour européenne peut ainsi apparaître sévère pour le père, et ce d'autant plus que celle-ci relève elle-même que : « briser ces liens peut représenter pour l'enfant, une forme de maltraitance sociale ». L'expression « maltraitance sociale » exprime les conséquences douloureuses pour l'enfant d'une rupture de ses relations avec l'un de ses parents, ici son père. L'arrêt Gnahoré contre France démontre toute la difficulté qu'il y a à utiliser le critère abstrait de l'intérêt supérieur de l'enfant pour fonder l'exception au maintien des relations personnelles entre ce dernier et ses parents. Il met en exergue la complexité de la notion de « circonstances exceptionnelles ». Celles-ci doivent être appréciées concrètement pour justifier la restriction ou suppression des relations personnelles entre l'enfant et ses parents. *In fine* il appartient au juge de décider avec les risques d'arbitraire que cela comporte. Ceci est d'autant plus préoccupant qu'il n'existe pas de voies de recours contre les décisions de la Cour européenne. L'article 44 de la Convention européenne des droits de l'homme précise que les arrêts rendus sont définitifs.

Outre l'indignité, la jurisprudence européenne sanctionne le désintérêt des parents.

b- Le désintérêt du parent

150.Le désintérêt du parent. La volonté de sanctionner le désintérêt du ou des deux parents est très net en jurisprudence. En ce cas, par exemple, ceux-ci ne peuvent prétendre à une violation du respect de leur vie familiale. La Cour de Strasbourg, dans un arrêt du 31 janvier 2012, observe ainsi que « le père et sa compagne disposaient d'un droit de visite à l'encontre de leur fille et en déduit que la rupture du lien familial était de l'entière

responsabilité du requérant et de sa compagne »³⁰⁶. Elle décide alors qu'il n'y a pas violation de l'article 8 et que les juridictions portugaises ont statué justement en se fondant sur la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juges français « sanctionnent » également le désintéret des parents envers l'enfant en refusant le maintien des relations personnelles. Le désintéret du parent peut se manifester, par exemple, par « un défaut d'affection, de soins de l'enfant, qui met directement en danger la sécurité la santé, voire la vie de l'enfant »³⁰⁷.

151. Caractérisation du désintéret. Pour caractériser un tel désintéret, il faut démontrer l'existence d'un réel désintéret du parent³⁰⁸. En principe, la notion de désintéret ne se confond donc pas avec le fait pour les parents de ne pas chercher à maintenir des relations personnelles avec l'enfant. Il arrive que des circonstances indépendantes de la volonté d'un parent soient la cause d'un tel comportement (un état dépressif, par exemple). De ce point de vue, la décision *Gnahoré contre France*, précitée, apparaît bien sévère pour le père. Les juridictions françaises se montrent plus indulgentes. Par exemple, eu égard au caractère injustifiée de la procédure intentée par la mère, une cour d'appel décide de maintenir le lien entre les enfants et leur père qui se trouvait séparé contre son gré de ces derniers³⁰⁹. D'une façon générale, les juges sont particulièrement favorables au maintien des relations entre l'enfant et ses parents ; c'est pourquoi ils encouragent le parent désireux de reprendre contact avec ses enfants après s'en être désintéressé³¹⁰, ce qui est une bonne chose. Les exemples donnés montrent que, parfois, le non-exercice d'un droit de visite ou la rupture des relations avec l'enfant ne manifestent pas un désintéret pour l'enfant.

c- Le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme

152. Un contrôle strict de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme il est apparu, la rupture des relations personnelles doit constituer une exception dont seul l'intérêt supérieur de l'enfant peut justifier la mise en œuvre. La Cour contrôle la mise en œuvre de

³⁰⁶ CEDH, 31 janv. 2012, *Assunção Chaves c. Portugal*, req. n° 61226/08, spéc. §105.

³⁰⁷ CA Reims, 5 avril 2001, *Juris-Data* n° 2001-157161 : « Le comportement répété et continu du parent qui, sciemment, s'est totalement désintéressé du sort de son enfant gravement malade au point de s'être volontairement abstenu pendant plus de deux années d'exercer ses droits et de remplir ses devoirs, outre un évident défaut d'affection, d'attention, de soins et de direction, met manifestement et gravement en danger la sécurité, la santé, la moralité voire la vie de cet enfant et il convient en conséquence de faire droit à la demande de l'autre parent de se voir attribuer l'exercice exclusif de l'autorité parentale ».

³⁰⁸ CA Nancy, 27 sept. 1991, *Juris-Data* n° 05423 : « Le non-exercice du droit de visite précédemment accordé à la mère n'établit pas un désintéret tel que sa suppression doive être ordonnée ».

³⁰⁹ CA Bastia, 30 janv. 2013, n° de RG 11/00851.

³¹⁰ CA Lyon, 9 janv. 2012, n° de RG 11/00653.

l'exception par les juridictions nationales. Elle considère à l'appui de cette mission que rompre ce lien de l'enfant avec ses parents revient à rompre le lien familial et à « couper l'enfant de ses racines »³¹¹. C'est pourquoi la Cour de Strasbourg veille particulièrement aux décisions prises refusant le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents. Parce que la rupture du lien familial constitue une mesure grave, la Cour en contrôle la mise en œuvre. Ce contrôle est justifié au regard de toute éventuelle ingérence étatique dans la décision du refus du maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents : « l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille ». La Cour précise qu' « il appartient à l'Etat de garantir le lien familial unissant l'enfant et sa famille, particulièrement ses parents ». Cette ingérence étatique est-elle justifiée ?

153.Risque d'ingérence étatique et recherche d'équilibre. La difficulté réside dans le risque d'ingérence de l'Etat dans la sphère privée que constitue la famille³¹². La Cour de Strasbourg doit alors rechercher un équilibre entre l'ingérence éventuelle de l'Etat dans son intervention et la préservation des libertés individuelles, dont le droit pour l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses parents. En outre, elle doit veiller à ce que les mesures étatiques soient justifiées et non abusives³¹³. Si l'arrêt *Gnahoré contre France* a montré que les circonstances exceptionnelles sont assez facilement caractérisées, le contrôle opéré en la matière par la Cour n'en est pas moins strict et encadré. Ce contrôle permet notamment de limiter l'ingérence étatique en la matière.

154.Limites à l'ingérence étatique. La justification de cette ingérence trouve son fondement à l'article 8 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit qu' : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions

³¹¹ CEDH, *Gnahoré c. France*, préc.

³¹² Mme Dupont-Bouchat écrit que : « les principes du libéralisme interdisent à l'Etat toute intervention dans ce qui est considérée comme la sphère privée : la famille », in *L'intérêt de l'enfant. Approche historique*, Publications des facultés universitaires Saint Louis Bruxelles, 1990, p. 23.

³¹³ CEDH, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, préc.

pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »³¹⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme se fonde sur cet article pour reconnaître la possibilité d'une ingérence à trois conditions. Pour que l'ingérence soit justifiée, elle doit être prévue par la loi, répondre à un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique, c'est à dire respecter un équilibre entre l'intérêt commun de toute nation et les libertés individuelles. Le contrôle rigoureux opéré par la Cour quant à la caractérisation de ces conditions laisse à penser qu'elles sont cumulatives. En outre, celle-ci est exercée pour la protection de l'enfant dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale.

155.L'ingérence et la protection de l'enfant. La Cour exerce ce contrôle, par exemple, pour apprécier le refus par les juridictions allemandes d'accorder un droit de visite au père de l'enfant. Dans une décision du 13 juillet 2002, elle constate d'abord que ce refus est fondé sur l'article 1711 du BGB, alors en vigueur³¹⁵. L'article 1711, aujourd'hui abrogé, prévoyait que : « La personne exerçant le droit de garde fixe les modalités du droit de visite du père à l'égard de l'enfant ». Ensuite, elle constate que cette disposition visait à la protection de l'enfant, ce qui ne pouvait que constituer un but légitime. Cependant, concernant la troisième condition elle estime que les motifs sur lesquels se fondaient les juridictions internes pour refuser le droit de visite étaient insuffisants et non nécessaires dans une société démocratique. En l'occurrence, les juridictions internes s'étaient fondées sur une audition de l'enfant pour refuser au père un droit de visite. La Cour européenne se montre néanmoins prudente car l'enfant était âgé de cinq ans et constate que son audition n'était pas appropriée eu égard à son jeune âge. Une expertise psychologique aurait dû être réalisée. Elle relève alors l'ingérence de l'intervention étatique³¹⁶. En l'espèce, le maintien des relations personnelles entre l'enfant et son père doit être préservé. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas loin.

156.La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour veille à une application rigoureuse de l'exception au maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents dans son intérêt supérieur. Parce que cette mesure est exceptionnelle, elle invite

³¹⁴ C. Russo, Commentaire de l'article 8§1, in L. E Pettiti, E. Decaux et P-H Imbert (dir.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd. 1999, p. 305.

³¹⁵ CEDH, 13 juillet 2000, *Elsholz c. Allemagne*, req. n° 25735/94, spéc. §43 et s. ; *JCP* éd. G 2001, I, n° 291, obs. F. Sudre.

³¹⁶ V. Coussirat-Coustère, « Commentaire de l'article 8§2 », in L. E Pettiti, E. Decaux et P-H Imbert (dir.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd. 1999, p. 323.

les Etats à mettre en œuvre tous les moyens permettant la « reconstruction de la famille »³¹⁷, autrement dit le retour au maintien des relations personnelles. Cette solution se justifie à cause de la double nature de cet élément de caractérisation constitutif d'un droit de l'enfant, mais aussi d'un droit pour les parents.

Ainsi, l'exception au principe du maintien des relations personnelles de l'enfant avec ses parents est conçue strictement et l'application qui en est faite par les juridictions internes est contrôlée par la Cour européenne des droits de l'homme. A côté de ce premier élément de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour en a retenu un second : l'évolution de l'enfant dans un environnement sain.

B- L'évolution de l'enfant dans un environnement sain

157. Emergence d'un nouvel élément de caractérisation. Parallèlement au maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents, la Cour européenne des droits de l'homme accorde une importance particulière à l'évolution de l'enfant dans un environnement sain. La notion « d'environnement sain » recouvre, dans la jurisprudence de la Cour, l'environnement dans lequel les parents ne prennent aucune mesure préjudiciable à la santé et au développement de l'enfant³¹⁸.

Pendant longtemps, la Cour s'est intéressée à la préservation de la santé de l'enfant ou encore à son développement harmonieux, tout en refusant de lier les deux notions entre elles. Par exemple, dans une décision du 24 mars 1988, la Commission européenne des droits de l'homme décida du maintien des restrictions d'un droit de visite au motif que cela préservait la santé physique et morale des enfants³¹⁹. De même, dans un arrêt du 24 mars 1988, la Cour observait que les juridictions internes s'efforçaient d'éviter « tout risque sérieux d'atteinte à la santé physique et mentale des enfants »³²⁰.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ CEDH *Gnahoré c. France*, préc.

³¹⁹ Comm.EDH, 12 déc. 1977, *X c. Suède*, req. n° 7911/77.

³²⁰ CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c. Suède*, req. n°10465/83, spéc. §87. A. Gouttenoire, *Dr. fam.* 2003, comm. 118 ; F. Sudre *JCP* éd. *G* 1993, I, n° 3654 ; P. Hilt, *AJ. fam.* 2004.384 ; C. Pettiti, *AJ. fam.* 2006.185 ; J-P Marguénaud, *RTDciv.* 2001.451.

158.Lien entre les deux éléments de caractérisation. Il faudra attendre l'arrêt *Johansen contre Norvège*, du 7 août 1996³²¹, pour que la Cour de Strasbourg, s'inspirant de l'argumentaire du Gouvernement norvégien, lie les deux éléments : santé et développement de l'enfant. En effet, le Gouvernement norvégien estime que « l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne doit pas s'interpréter de manière à protéger la vie familiale au détriment de la santé et du développement de l'enfant »³²². La Cour décide alors que « comme le suggère le Gouvernement, l'article 8 de la Convention ne saurait autoriser le parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et développement de l'enfant »³²³. Ensuite, par l'arrêt *Gnahoré contre France*, la Cour envisagera ces deux derniers éléments sous la formule suivante : « évolution dans un environnement sain »³²⁴. C'est l'analyse de l'arrêt *Johansen* du 7 août 1996 qui révèle comment la Cour a été amenée à se référer à la fois à la santé et au développement de l'enfant pour que l'on puisse ensuite contracter ces deux éléments dans la formule consacrée dans l'arrêt *Gnahoré* : « évolution dans un environnement sain ».

159.Contenu de l'expression « évolution dans un environnement sain ». Dans l'arrêt *Johansen*, où il s'agit d'une mesure de placement de l'enfant, la Cour retient que « l'intérêt supérieur de l'enfant, selon sa nature particulière, peut l'emporter sur celui du parent. Notamment, comme le suggère le Gouvernement, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait autoriser le parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de l'enfant »³²⁵.

En l'espèce, le Gouvernement norvégien tirait argument de ce que les autorités compétentes avaient estimé que la mère risquait de perturber le développement de l'enfant dans le foyer d'accueil (...). Le Gouvernement relevait alors que « les autorités compétentes étaient fondées à penser qu'il était nécessaire à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant d'ôter à la requérante ses droits parentaux et son droit de visite »³²⁶. Toutefois, la Cour ne reprendra pas ces conclusions. Elle décidera du maintien des relations personnelles de l'enfant avec sa mère, au motif qu'il n'était pas suffisamment démontré que la décision de rupture des liens entre eux répondait à l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'occurrence, la preuve d'une

³²¹ CEDH, 7 août 1996, *Johansen c. Norvège*, req. n° 17383/90, F. Sudre, *JCP éd. G* 1997, I, n° 4000 ; J-P Marguénaud, *RTDciv.* 1999.501 ; *ibid RTDciv.* 1998.999 ; *ibid RTDciv.* 1997.541.

³²² *Ibidem*, spéc. § 76.

³²³ *Ibidem*, spéc. § 78.

³²⁴ CEDH, *Gnahoré c. France*, préc.

³²⁵ CEDH, 7 août 1996, *Johansen c. Norvège*, req. n° 17383/90, spéc. §78; F. Sudre, *JCP éd. G* 1997, I, n° 4000 ; J-P Marguénaud, *RTDciv.* 1999.501 ; *ibid RTDciv.* 1998.999 ; *ibid RTDciv.* 1997.541.

³²⁶ *Ibid.*, §77.

atteinte à la santé et au développement de l'enfant n'était pas suffisante pour justifier une telle rupture.

160. Apports de l'arrêt Johansen contre Norvège. Cet arrêt présente notamment deux apports. En premier lieu, la Cour dégage deux nouveaux éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant permettant de mieux la cerner : la santé et le développement de l'enfant. En second lieu, il laisse entrevoir le lien qui sera établi entre ces nouveaux éléments et le maintien des relations personnelles entre l'enfant et sa famille pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. La particularité de l'espèce tenait à ce que le dernier élément (santé et développement de l'enfant) était, en l'occurrence, utilisé pour écarter le droit de l'enfant au maintien de ses relations personnelles avec sa mère.

Cependant, ces deux éléments de caractérisation ne s'opposent pas nécessairement. Par exemple, la Cour utilise ce dernier sans référence au maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents dans l'arrêt *Elsholz contre Allemagne* du 13 juillet 2000³²⁷. Elle rappelle, en l'espèce, qu'elle : « attachera une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent. En particulier, l'article 8 de la Convention ne saurait autoriser le parent à faire prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de l'enfant »³²⁸. La supériorité de l'intérêt de l'enfant justifie que les parents ne prennent aucune mesure préjudiciable à sa santé et à son développement. Ils doivent exercer l'autorité parentale dans son intérêt supérieur ainsi entendu. L'arrêt *Elsholz contre Allemagne* montre que la santé et le développement représentent en eux-mêmes des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, distincts des relations personnelles. L'arrêt *Gnahoré* permet de les synthétiser dans la formule « l'évolution dans un environnement sain », reprise depuis lors³²⁹.

161. La santé et le développement de l'enfant dans la jurisprudence communautaire. Cet élément de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant est repris par la Cour de justice de l'Union européenne qui s'y réfère dans une décision du 2 avril 2009 relative à une demande de placement des enfants³³⁰. Elle constate que les conditions de vie

³²⁷ CEDH, 13 juillet 2000, *Elsholz c. Allemagne*, req. n° 25-735/94, *préc.*

³²⁸ *Ibidem*, §50.

³²⁹ Par exemple, CEDH, 26 juil. 2007, *Schmidt c. France*, req. n°35109/02 ; CEDH, 6 juil. 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, req. n° 39388/05 ; CEDH, 6 juil. 2010, *Neulinger Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07 ; CEDH, 10 avril 2012, *Pontes c. Portugal*, req. n° 19554/09.

³³⁰ CJUE, 2 avril 2009, *Affaire A.*, (aff. C-523/07), spéc. §18. *Europe 2009, comm.* 265, note L. Idot. ; *JCP éd. G* 2009, n° 41-316, note F. Boulanger ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 791, note E. Gallant ; *AJ. fam.* 2009, p. 298,

des enfants avaient gravement mis en danger leur état psychique, leur santé et leur développement, décidant alors de leur placement pour assurer à ceux-ci un « environnement sûr et stable ».

La Cour de Luxembourg utilise les termes « sûr et stable » pour qualifier l'environnement dans lequel l'enfant doit évoluer, alors que la Cour de Strasbourg se réfère au terme « sain ». Le terme « sain » renvoie plus directement à la notion de santé de l'enfant. La Cour de Luxembourg s'attache, quant à elle, davantage à la stabilité et à la sécurité de l'enfant. Ces termes (sûr, stable, soin, sécurité, stabilité) mettent l'accent sur les objectifs mêmes du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : sa protection. La stabilité de l'enfant renvoie également à sa santé mentale, à son équilibre psychologique dont le contrôle n'échappe ni à la Cour de Strasbourg ni à la Cour de Luxembourg. En l'occurrence, la Cour de justice de l'Union européenne décide que le placement de l'enfant est justifié lorsque celui-ci se trouve dans une situation susceptible de nuire gravement à son bien-être, à sa santé et à son développement³³¹.

La Cour de justice de l'Union européenne, comme la Cour de Strasbourg, considèrent que l'évolution de l'enfant dans un environnement sain suppose de veiller à sa santé (1) et à son développement (2).

1- La santé de l'enfant

162.Définition. Le dictionnaire Le Robert définit la santé comme « le bon état physiologique d'un être vivant, le fonctionnement régulier et harmonieux de l'organisme »³³². La santé peut revêtir différents aspects. Il peut s'agir de la santé physique ou encore de la santé mentale. Les législations européennes s'y réfèrent en l'appréhendant comme une fonction parentale dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale.

163.Fondement juridique de la protection de la santé. L'article 24 de la Convention internationale des droits de l'enfant proclame « le droit pour tout enfant de jouir du meilleur état de santé possible ». Il précise que les Etats doivent lutter contre toutes mesures préjudiciables à la santé de l'enfant. Les législations européennes envisagent également la santé de l'enfant. L'article 371-1 du Code civil français prévoit que : « L'autorité parentale

note A. Boiché; *RTD civ.* 2009, p. 714, obs. J. Hauser. – *notion reprise et affinée par CJUE*, 22 déc. 2010, aff. C-497/10, Barbara Mercredi c/ Richard Chaffes ; *Dr. fam.* 2011, comm. 66, note E. Viganotti

³³¹ *Ibidem*, §48.

³³² Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Santé.

appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé (...) ». L'article 378-1 précise que l'atteinte à la santé de l'enfant peut justifier le retrait de l'autorité parentale. L'article 372 du Code civil luxembourgeois consacre une formule quasiment identique : « L'autorité parentale appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité ». Ou encore, l'article 1879 du Code civil portugais prévoit que : « Les parents sont obligés de pourvoir à l'entretien de l'enfant, ainsi que d'assumer les dépenses relatives à sa sécurité, à sa santé et à son éducation (...) »³³³. La santé renvoie ici aux soins apportés par les parents à l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Le Code civil grec se montre plus précis en utilisant l'expression « soins parentaux » pour désigner l'autorité parentale : « Les soins à l'enfant mineur constituent un devoir et un droit des parents qu'ils exercent en commun »³³⁴. Ce faisant, la législation grecque met l'accent sur l'essence même de l'autorité parentale et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit de prendre soin de l'enfant. La législation allemande adopte également cette terminologie avec l'expression « *Elterliche Sorge* »³³⁵. Toutefois, la santé ne doit plus seulement être envisagée comme un devoir des parents, mais comme un véritable élément de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

164.Plan. Les législations européennes s'attachent à la protection de la santé de l'enfant, mais sans distinguer entre la santé physique (**a**) et la santé mentale (**b**). L'analyse de la jurisprudence permet de rendre compte de ces deux dimensions de la santé.

a- La protection de l'intégrité physique de l'enfant

165.Prohibition des atteintes corporelles portées à l'enfant. Les atteintes corporelles sont jugées contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui ne surprend pas. La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 26 juillet 2007, décide que : « l'environnement dans lequel évolue l'enfant ne permet pas de satisfaire à sa santé lorsque le père fait l'objet d'une procédure criminelle et que le comportement des parents traduit le

³³³ Article 1879 du Code civil portugais : « Os pais ficam desobrigados de prover ao sustento dos filhos e de assumir as despesas relativas à sua segurança, saúde e educação na medida em que os filhos estejam em condições de suportar, pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos, aqueles encargos ».

³³⁴ Article 1510 du Code civil grec.

³³⁵ F. Boulanger, « Modernisation ou utopie ? la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002, p. 1571.

manque de soin procuré aux enfants et les violences faites à leur égard »³³⁶. Elle constate que dans ces conditions l'équilibre et l'épanouissement de l'enfant sont compromis. L'intérêt supérieur de l'enfant justifie en l'espèce le maintien de son placement. L'enfant doit pouvoir évoluer dans un environnement sain, ce qui n'était pas démontré en l'espèce.

Ainsi, les juges constatent que « le jeûne auquel étaient obligés les enfants, les punitions corporelles qu'ils subissaient sous forme de gifle et de coup de ceinture, ils constataient aussi leur teint blême ». Les stigmates physiques infligés aux enfants faisaient la preuve d'un manquement à la protection de leur intégrité physique. Ces atteintes exigent parfois la mise en œuvre de procédures spécifiques de protection de l'enfant.

166.L'assistance éducative en droit français. Les cas d'atteintes à l'intégrité physique (mais aussi morale³³⁷) de l'enfant conduisent le plus souvent à la mise en œuvre de mesures d'assistance éducative. Il s'agit de mesures de protection de l'enfant³³⁸. La Commission européenne précise que les mesures de placement poursuivent un but légitime dans l'intérêt supérieur de l'enfant, celui de protéger leur santé et leur morale³³⁹. En droit français, l'assistance éducative est régie par les articles 375 et suivants du Code civil français. Le critère de mise en œuvre d'une telle assistance repose sur l'existence d'un danger pour la

³³⁶ CEDH, 26 juil. 2007, *Schmidt c. France*, req. n° 35109/02, A. Gouttenoire, *JCP éd. G* 2008, I, n° 102 ; F. Sudre, *JCP éd. G* 2008, I, n° 110 ; M. Bruggeman, *Dr. fam.* 2007, alerte 72 ; auteur *Journal du droit international*, 2008, *chron.* 5 ; *RTDciv.* 2007.265, obs. J. Hauser ; spéc. §86 : « En premier lieu, la Cour examinera les motifs avancés par la juge des enfants pour justifier la décision initiale de prise en charge de Victoria (jugement du 12 février 1993 – paragraphe 9 ci-dessus). Celle-ci soulignait que le requérant était inculpé et placé sous contrôle judiciaire dans le cadre d'une affaire ouverte au criminel pour séquestration, défaut de soins et coups et blessures volontaires sur mineurs. Elle indiquait également que les rapports de la DDASS et des services sociaux, ainsi que des témoignages de tiers, attiraient l'attention sur le fait que les enfants, dont les parents appartenaient à l'Eglise chrétienne biblique comme ceux de Victoria, avaient le teint blême, ne manifestaient aucune spontanéité, que leur éducation n'était pas assurée par leurs parents, qu'ils étaient scolarisés par correspondance. Elle précisait, par ailleurs, qu'ils étaient coupés du monde extérieur, présenté comme satanique, astreints à des jeûnes fréquents, à un sommeil réduit et soumis à des punitions corporelles sous forme de gifles et de coups de ceinture. Après avoir constaté que la jeune Victoria, alors âgée de trois ans, avait toujours été élevée dans cette communauté et soustraite à tout contact familial ou social, et soumise à un régime d'enfermement, la juge des enfants a considéré que ces conditions d'éducation étaient de nature à compromettre gravement son équilibre psychologique et son épanouissement ».

³³⁷ *Infra* n° 179.

³³⁸ G. Cornu, *Droit civil. La famille*, Montchrétien, 9^{ème} éd., 2006, p. 189, n°85 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2001, p. 646 et s., n°1681 et s. ; N. Baillon-Wirtz, Y. Honhon, M.-C. Le Boursicot, A. Meier-Bourdeau, I. Omarjee, C. Pons-Brunetti, *L'enfant sujets de droits*, Lamy Axe Droit, 2010, p. 255, n°428 ; P. Courbe, *Droit de la famille*, Sirey, 5^{ème} éd., 2008, n° 1066 et s.p. 486 et s. ; J Carbonnier, *Droit civil 2, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Thémis, droit privé, 21^e éd. refondue, 2002, p. 864.

³³⁹ Comm. EDH, 24 mars 1988, *Olsson c. Suède* (n°1), req. n° 10465/83 ; A. Gouttenoire, *Dr. fam.* 2003, comm. 118 ; F. Sudre *JCP éd. G* 1993, I, n° 3654 ; P. Hilt, *AJ. fam.* 2004.384 ; C. Pettiti, *AJ. fam.* 2006.185 ; J-P Marguénaud, *RTDciv.* 2001.451.

santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant ou lorsque les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises³⁴⁰.

L'assistance éducative révèle une carence éducative des parents³⁴¹. Par exemple, dans une décision du 25 novembre 1981, le juge des enfants décide d'une mesure d'assistance éducative au motif que la mère, en déménageant à l'étranger avec son enfant, le soustrayait aux soins que nécessitait sa surdité³⁴². La décision du parent nuit ici à l'intérêt supérieur de l'enfant. Danger et intérêt supérieur de l'enfant doivent être toutefois distingués.

167. Mise en danger et intérêt supérieur de l'enfant. La mise en œuvre du critère du danger et de l'intérêt supérieur de l'enfant ne conduit pas aux mêmes résultats car leurs fonctions sont différentes. Le critère du danger fonde la mise en œuvre de la mesure, alors que l'intérêt supérieur de l'enfant peut justifier le maintien des relations personnelles, les droits d'autorité parentale étant maintenus dans le cadre de l'assistance éducative. L'article 375-7 du Code civil prévoit que : « Les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure ». Dans la mise en œuvre du critère du danger, l'intérêt supérieur de l'enfant est aussi pris en compte. Il finalise la mise en œuvre de la mesure d'assistance éducative sur le fondement du droit de l'enfant à la protection de sa santé.

Ainsi, l'assistance éducative est une mesure spécifique de protection de l'enfant qui ne conduit pas systématiquement à la rupture des relations entre l'enfant et ses parents, conformément à l'article 375-2 du Code civil : « chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel ». Les deux éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant peuvent en effet cumuler leurs effets, sans nécessairement s'opposer.

168. Comparaison du droit français avec les procédures étrangères de protection. Les législations européennes organisent un système équivalent de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁴³. Le droit suisse aménage la protection de l'enfant lorsque « son

³⁴⁰ J. Chazal, « La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française de l'assistance éducative, in Aspects nouveaux de la pensée juridique », in *Recueil d'Etudes en hommage à Marc Ancel*, tome 1, éd. Pédone, 1975, p. 327 ; J. Rubellin-Devichi, « Regards sur quelques incohérences en matière de droit de l'enfance », *D.* 2001, Point de vue, p. 1323.

³⁴¹ M.- L. Delfosse, *Le lien parental*, th. dactyl, 2001, p. 146.

³⁴² Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1981, inédit, pourvoi n° 80-80028, *JCP* éd. G, 1983, II, n° 19952, note F. Boulanger.

³⁴³ F. Granet- Lambrechts, « L'assistance éducative en France », *AJ. fam.* 2004, p. 135.

développement est menacé »³⁴⁴. Au critère du danger de l'enfant se substitue celui de son développement. A la réflexion, ce dernier critère rend mieux compte de la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant en ce qu'il constitue l'un des éléments de caractérisation de cette notion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne.

Toutefois, le droit français se révèle au fond plus précis en ce que la fonction du critère de danger n'est pas la même que celle de l'intérêt supérieur de l'enfant, comme il a été relevé plus haut. L'article 1666 du BGB prévoit, lui, que « lorsque l'enfant est en danger corporellement, psychologiquement ou moralement (...), et que les parents n'ont pas la volonté ou ne sont pas en situation d'écarter le danger, le tribunal de famille doit prendre toutes les mesures nécessaires »³⁴⁵. Plusieurs mesures peuvent être ordonnées, comme par exemple l'injonction de veiller au respect de l'obligation scolaire, l'interdiction de manière temporaire ou indéterminée d'utiliser l'habitation familiale ou encore le retrait partiel ou total de l'autorité parentale³⁴⁶. Le droit allemand prévoit, de manière exceptionnelle, des mesures ayant pour conséquence la séparation de l'enfant d'avec ses parents³⁴⁷. Celles-ci sont subordonnées à l'existence d'un danger ne pouvant être écarté.

Par conséquent, le danger peut en l'occurrence, comme en droit français, fonder une exception au maintien des relations personnelles avec l'enfant. Exceptionnellement,

³⁴⁴ Article 307 du Code civil suisse : « L'autorité de protection de l'enfant prend les mesures nécessaires pour protéger l'enfant si son développement est menacé et que les père et mère n'y remédient pas d'eux-mêmes ou soient hors d'état de le faire ».

³⁴⁵ Article 1666 (1) du BGB : « Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Familiengericht die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind ».

³⁴⁶ Article 1666 (3) du BGB : « Zu den gerichtlichen Maßnahmen nach Absatz 1 gehören insbesondere 1. Gebote, öffentliche Hilfen wie zum Beispiel Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Gesundheitsfürsorge in Anspruch zu nehmen, 2. Gebote, für die Einhaltung der Schulpflicht zu sorgen, 3. Verbote, vorübergehend oder auf unbestimmte Zeit die Familienwohnung oder eine andere Wohnung zu nutzen, sich in einem bestimmten Umkreis der Wohnung aufzuhalten oder zu bestimmende andere Orte aufzusuchen, an denen sich das Kind regelmäßig aufhält, 4. Verbote, Verbindung zum Kind aufzunehmen oder ein Zusammentreffen mit dem Kind herbeizuführen, 5. die Ersetzung von Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge, 6. die teilweise oder vollständige Entziehung der elterlichen Sorge ».

« Font notamment partie des mesures judiciaires qui peuvent être prises aux termes de l'alinéa 1 : 1. l'injonction de faire des demandes d'aide publique pour des prestations d'assistance aux enfants ou aux jeunes et pour des soins de santé, 2. l'injonction de veiller au respect de l'obligation scolaire, 3. l'interdiction, de manière temporaire ou pour une durée indéterminée, d'utiliser l'habitation familiale ou une autre habitation, de séjourner dans un périmètre déterminé autour de l'habitation ou de rechercher d'autres lieux à spécifier dans lesquels l'enfant séjourne régulièrement, 4. l'interdiction de susciter une relation avec l'enfant ou de provoquer une rencontre avec lui, 5. la suppléance des déclarations du titulaire de l'autorité parentale ; 6. le retrait partiel ou total de l'autorité parentale ».

³⁴⁷ Article 1666a BGB : « Maßnahmen, mit denen eine Trennung des Kindes von der elterlichen Familie verbunden ist, sind nur zulässig, wenn der Gefahr nicht auf andere Weise, auch nicht durch öffentliche Hilfen, begegnet werden kann (...) » « Les mesures qui ont comme conséquence une séparation de l'enfant avec la famille des parents ne sont permises que si le danger ne peut être écarté d'une autre manière, même avec une assistance publique ».

l'évolution de l'enfant dans un environnement sain exclut le maintien des relations personnelles. Cette rupture des liens entre l'enfant et ses parents est souvent observée en cas de retrait de l'autorité parentale.

169.Le retrait de l'autorité parentale et l'intérêt supérieur de l'enfant. La maltraitance des enfants par les parents, condamnée pénalement, peut conduire à la mise en œuvre d'une procédure plus sévère : la déchéance des droits parentaux³⁴⁸. Cependant, celle-ci doit être décidée au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Aussi dans un arrêt du 17 juillet 2012, la Cour de Strasbourg considère-t-elle que la déchéance ne doit pas constituer une mesure automatique, mais qu'elle doit être fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant³⁴⁹. Cette exigence souligne qu'il s'agit d'une mesure particulièrement grave qui fait prévaloir la protection de la santé de l'enfant sur le maintien de ses relations personnelles avec ses parents et plus largement sur l'exercice de l'autorité parentale.

170.Cas de retrait en droit français. Le droit français prévoit le retrait dans deux textes. En vertu de l'article 378 du Code civil : « Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale (...) les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent ». Ces cas ne concernent pas directement la mise en danger de la santé de l'enfant, même si celle-ci se trouve alors compromise par ricochet : la condamnation pénale, la complicité peuvent avoir un impact sur la santé psychologique de l'enfant³⁵⁰.

C'est l'article 378-1 du Code civil français qui vise plus directement la santé de l'enfant en ces termes: « peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitement, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de

³⁴⁸ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2001, p. 653-654, n° 1692 ; *L'enfant sujet de droits*, Lamy, *op. cit.* p. 255, n° 427 ; P. Courbe, *Droit de la famille*, Sirey, 5^{ème} éd., 2008, n° 1083 et s. p. 495 et s. ; J Carbonnier *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant et le couple*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 863.

³⁴⁹ CEDH, 17 juil. 2012, *M.D et a. c. Malte*, req. n° 64791/10; A. Gouttenoire, « La famille dan la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2013, étude 3.

³⁵⁰ J. Hauser, « Retrait de l'autorité parentale », *RTDciv.* 2007, p. 328, pour un exemple.

l'enfant ». Il s'agit d'une mesure de protection de l'enfant³⁵¹. Les termes « moralité », « santé » ou encore « sécurité » renvoient bien à la substance même de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les exemples jurisprudentiels demeurent rares en la matière. Par exemple, une Cour d'appel décide dans un arrêt du 19 février 2013, du retrait de l'autorité parentale au père en raison des violences qu'il infligeait à son épouse ainsi qu'à sa fille³⁵².

171.Comparaison du droit français avec les autres législations européennes. Le retrait de l'autorité parentale est également prévu par d'autres législations européennes. L'article 311 du Code civil suisse organise le retrait de l'autorité parentale dans deux hypothèses : « lorsque pour cause d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence ou d'autres motifs analogues, les père et mère ne sont pas en mesure d'exercer correctement l'autorité parentale ; et lorsque les père et mère ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou qu'ils ont manqué gravement à leurs devoirs envers lui ». Le retrait est subordonné à l'incapacité et au désintérêt des parents. La sanction rejoint en l'occurrence le droit français, mais ce dernier se montre beaucoup plus précis. La généralité de la formule utilisée par le droit suisse se rapproche davantage de l'article 378-1 du Code civil français, lequel consacre une règle générale à partir de laquelle le juge peut ou non décider du retrait. L'article 378 du Code civil français procède par renvoi à des cas limitativement énumérés, ce qui est différent. Certaines législations européennes se différencient beaucoup plus nettement du droit français. C'est le cas du droit allemand

172.Retrait et suspension. L'article 1673 du BGB vise de son côté la suspension de l'autorité parentale³⁵³. Le terme « suspension » implique les mêmes conséquences que le retrait, mais à un degré moins important. La suspension est prévue en cas d'incapacité ou de capacité limitée du parent. La mesure apparaît plus restreinte qu'en droit français et en droit suisse, l'intérêt supérieur de l'enfant ne semblant pas d'ailleurs suffisamment pris en compte. De manière générale, il appartient au juge de décider qu'une telle mesure répond bien à l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment ici de garantir la protection de la santé de l'enfant conformément à son intérêt supérieur.

³⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 14 avril 1982, *Bull. civ. I*, n° 125, pourvoi n°80-80014 et 80-80015, *D.* 1983. 294, note J.M.

³⁵² CA Rennes, 19 fév. 2013, n° de RG 10/06376.

³⁵³ Article §1673 BGB : « (1) Die elterliche Sorge eines Elternteils ruht, wenn er geschäftsunfähig ist. (2) Das Gleiche gilt, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Die Personensorge für das Kind steht ihm neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes zu; zur Vertretung des Kindes ist er nicht berechtigt (...). »“(1) L'autorité parentale de l'un des parents est suspendue lorsqu'il est incapable. (2) Il en est de même s'il y a limitation de sa capacité. L'autorité parentale sur la personne de l'enfant est attribuée à ce parent à côté du représentant légal de l'enfant ; il n'est pas habilité à représenter l'enfant(...). »

173. Le juge, garant de la protection de la santé de l'enfant. Les juges sont garants du bon exercice de cette fonction parentale. Par exemple dans une décision du 17 mai 2001, la Cour d'appel de Douai apprécie les conditions de vie des enfants, leur hygiène corporelle pour rejeter la demande du père quant à une procédure négociée concernant le suivi médical des mineurs, au motif que ses interventions intempestives étaient de nature à compromettre la continuité des soins fournis et la relation de confiance établie avec les médecins³⁵⁴. Ou encore, la Cour de cassation dans un arrêt du 29 juin 1964 constate le défaut de soin des parents justifiant le refus de rétablir leur droit de garde. En l'occurrence, elle constate que « leur habitation est d'une saleté repoussante et d'un désordre indescriptible, qu'il y manque l'indispensable au point de vue propreté, hygiène et confort »³⁵⁵. Les juges n'hésitent pas à limiter l'exercice de l'autorité parentale des parents dans l'intérêt supérieur de l'enfant, particulièrement dans leur droit à assurer les soins de l'enfant³⁵⁶.

174. Santé et résidence de l'enfant. Veiller à la santé de l'enfant conduit également les juges à décider de la fixation de la résidence de l'enfant chez l'un de ses parents plutôt que chez l'autre. La santé est un critère de détermination de la résidence de l'enfant. Dans un jugement du 9 mars 2001, le tribunal de grande instance de Marseille décide de fixer la résidence de l'enfant chez son père, au motif qu'en résidant chez sa mère l'enfant est exposé au tabagisme de celle-ci qui ne souhaite pas se désintoxiquer³⁵⁷. L'idée est que le tabagisme passif nuit à la santé de l'enfant et conditionne en l'occurrence le lieu de sa résidence habituelle, conformément à ce qu'exige son intérêt. En l'espèce, le juge a eu recours à une enquête sociale pour rendre sa décision, celle-ci faisant ressortir que : « malgré toute l'affection dont la mère entoure son enfant, celle-ci était immature et que son comportement était de nature à mettre en danger la santé et la sécurité de l'enfant ».

175. Limites. Même s'il faut saluer le souci de la prise en compte de la santé de l'enfant, il faut bien admettre que cette jurisprudence n'a pu être mise en œuvre que parce que les deux parents étaient séparés et que le père ne fumait pas. Un auteur observe que la solution révèle ses limites en la confrontant à la situation dans laquelle les deux parents vivent ensemble et

³⁵⁴ CA Douai, 17 mai 2001, Juris-Data n° 1998-10175, C. Pomart, *La magistrature familiale, op. cit.*, p. 376.

³⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1964, *Bull. civ. I*, n° 351, Y. Leguy, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, thèse dactyl., 1973, spéc. p. 325.

³⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, inédit, pourvoi, n° 02-16172.

³⁵⁷ TGI Marseille, 9 mars 2001, Juris-Data n° 139758, note A. Bugada, « L'intérêt de l'enfant et le tabagisme parental », *JCP éd. G*, 2001, II, n° 10590.

fument. Il se pose alors les questions suivantes : faudrait-il confier l'enfant à un tiers afin de garantir son évolution dans un environnement sain ? Quid également des parents qui vivent près d'une usine polluante, ou même dans une ville polluée³⁵⁸? L'analyse du critère de la santé de l'enfant, élément de la prise en compte de son intérêt, ne peut être limitée à ces particularités. C'est bien à chaque fois en se référant globalement à sa santé que le juge appréciera³⁵⁹. Parfois, la prise en compte de la santé mentale de l'enfant y est associée.

b- La protection de la santé mentale de l'enfant

176. Prise en compte de la santé psychologique, des législations peu explicites sur ce point. La santé recouvre également la santé mentale de l'enfant. Il s'agit d'un élément de caractérisation récent de l'intérêt supérieur de l'enfant. Peu de législations tiennent compte explicitement de la santé mentale de l'enfant. De manière générale, cette timide mise en exergue des troubles psychiques des individus se justifie par la difficulté à prouver leur existence. Les atteintes à l'intégrité physique de l'enfant sont visibles, donc facilement démontrables, alors que les atteintes à l'intégrité mentale de celui-ci souffrent de leur caractère subjectif. D'ailleurs, le harcèlement moral³⁶⁰ ou encore le préjudice moral sont difficilement caractérisés et réparables en droit³⁶¹. L'article 154 du Code civil espagnol prévoit que : « L'autorité parentale s'exerce toujours dans l'intérêt de l'enfant, conformément à sa personnalité et dans le respect de son intégrité physique et psychologique ».

177. Précisions apportées dans la législation française. Le droit français s'intéresse aussi à la santé psychologique de l'enfant. L'article L.2325-1 du Code de la santé publique prévoit ainsi qu' : « au cours de leur sixième, neuvième, douzième et quinzième année, tous les enfants sont obligatoirement soumis à une visite médicale au cours de laquelle un bilan de leur état de santé physique et psychologique est réalisé ». Ce suivi médical de la santé

³⁵⁸ *Ibidem*

³⁵⁹ Une étude relative à l'interdiction de fumer en voiture en présence d'enfant révèle les disparités de cette mesure entre les différents Etats européens. La préservation de la santé de l'enfant devrait à long terme constituer un critère de choix en faveur d'une telle politique, *in* L'interdiction de fumer en voiture en présence d'enfants. Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée n° LC 240, décembre 2013.

³⁶⁰ M. F. Hirigoyen, *Le harcèlement moral : la violence perverse au quotidien*, Paris, Syros, 1998 ; N. Catheline, *Harcèlement à l'école*, Paris, A. Michel, 1998.

³⁶¹ A. Toulemon, J.G Moore, *Le préjudice corporel et moral en droit commun*, Sirey, 1957 ; F. Givord, *La réparation du préjudice moral*, thèse Grenoble, 1939 ; G. Ripert, « Le prix de la douleur », *D.* 1948, *chron.* 1 ; R. Savatier, « Le dommage et la personne », *D.* 1955, *chron.* 1.

psychologique de l'enfant participe à la protection de l'enfant, mais il demeure encore trop insuffisant. L'article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que : « le service social de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes : 1° apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique tant aux mineurs qu'à leur famille (...) ». Cependant, ces dispositions législatives ne soulignent pas suffisamment la prise en compte de la santé mentale de l'enfant comme élément de caractérisation de son intérêt supérieur, notamment en matière d'exercice de l'autorité parentale.

178.Équilibre psychologique et intérêt supérieur de l'enfant. La protection de l'équilibre psychologique de l'enfant est de plus en plus nettement un élément de son intérêt supérieur. Par exemple, dans un arrêt du 18 avril 2000, la Cour de cassation refuse de décider du retour de l'enfant, après son enlèvement par sa mère, au motif que cela créerait chez celui-ci un déséquilibre psychologique grave nuisant *in fine* à son intérêt supérieur³⁶². La Cour se réfère à la nuisance à l'équilibre psychologique de l'enfant. Le constat d'une telle nuisance implique la mise en œuvre d'un contrôle des parents dans l'exercice de leur autorité parentale au regard de l'équilibre psychologique de l'enfant.

179.Santé mentale et mesures de protection. Les mesures de protection sont identiques à celles prévues en cas d'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant. De telles atteintes pourraient ainsi, le cas échéant, fonder un retrait de l'autorité parentale ou une mesure d'assistance éducative aux conditions prévues par ces textes³⁶³. Tout d'abord une mesure d'assistance éducative est envisageable. Par exemple, dans une décision du 28 mars 1985, la Cour de cassation décide d'ouvrir une mesure d'assistance éducative concernant des enfants qui évoluent dans une secte au motif que « ces conditions de vie compromettent gravement à leur évolution et équilibre psychologique »³⁶⁴. Dans un arrêt du 26 juillet 2007, la Cour européenne des droits de l'homme approuve la prise en compte de cet équilibre psychologique pour apprécier la satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant, relevant par exemple que : « les juridictions internes avaient ordonné le placement de l'enfant au regard

³⁶² Cass. 1^{re} civ., 18 avril 2000, *Bull. Civ. I* n° 112 p. 76, pourvoi n° 97-20809, *Gaz. Pal.* 2000, n° 216, obs. F. Ghilain ; *Rev. Crit. DIP* 2001. 341, note E. Gallant.

³⁶³ *Supra* n° 166 et 170.

³⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 28 mars 1995, *Bull. Civ., I*, n° 141, pourvoi n° 94-05024 ; *D.* 1996 Somm. 239 obs. S. Vitse ; *Def.* 1995.1390, obs. J. Massip.

d'un certain nombre de circonstances de nature à compromettre l'équilibre psychologique et l'épanouissement de la mineure »³⁶⁵.

180.Santé mentale et retrait d'autorité parentale. Le retrait de l'autorité parentale est encore une sanction possible de la mise en danger de la santé physique de l'enfant. Les juges peuvent décider du retrait de l'autorité parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'ils constatent des maltraitances psychologiques. Par exemple, dans une décision du 27 mai 2010³⁶⁶, la Cour de cassation relève qu' : « il apparaissait manifestement de l'intérêt des enfants de les préserver, compte tenu de leur grande fragilité psychologique ». De même, tout en relevant que « le retrait de l'autorité parentale constitue une mesure grave »³⁶⁷, le tribunal fédéral suisse décide de retirer l'autorité parentale à la mère aux fins de « fluidifier et clarifier le processus décisionnel des décisions concernant l'enfant, et partant, servir le bien de celui-ci et améliorer son état de santé ». Le retrait de l'autorité parentale est ordonné pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, en l'occurrence sa santé mentale.

181.La gravité de l'atteinte. Parfois, les juges tiennent compte d'atteintes particulièrement avérées ou susceptibles de se produire en ce qui concerne la santé mentale de l'enfant. Ainsi, ils constatent le « vif traumatisme » dont pourrait être victime l'enfant si un droit de visite était organisé entre lui et son père incarcéré³⁶⁸, ou encore ils constatent « l'écartèlement » dont pourrait faire l'objet l'enfant si une résidence alternée était organisée³⁶⁹, ou encore les « maltraitances psychologiques d'une mère envers ses enfants en créant chez eux de faux souvenirs traumatiques »³⁷⁰. Ces expressions soulignent la gravité de l'atteinte à la santé mentale de l'enfant dans les cas considérés. Elles sont utilisées pour donner de la substance à l'intérêt supérieur de l'enfant mis en œuvre par les juges dans les décisions relatives à l'autorité parentale.

³⁶⁵ CEDH, *Schmidt c. France*, préc , spéc.§69.

³⁶⁶ Cass.1^{re} civ., 27 mai 2010, *Bull. Civ. I*, n° 160, pourvoi n° 09-62208 ; *D.* 2010. Actu. 1485, obs. V. Egéa.

³⁶⁷ Tribunal fédéral suisse, 19 juin 2012, 5A_213/2012.

³⁶⁸ CA Douai, 20 sept. 2012, n° de RG11/07884 : « l'intérêt supérieur de l'enfant commande de ne pas instaurer un droit de visite au profit du père en maison d'arrêt qui serait de nature à générer chez cette enfant un vif traumatisme, et risquerait de mettre à mal son équilibre psychologique »

³⁶⁹ CA Lyon, 18 avril 2011, n° de RG 10/04283 : Les juges rejettent la demande de résidence alternée du père de l'enfant aux motifs que « cela reviendrait à placer l'enfant dans une position d'écartèlement entre ses deux parents ».

³⁷⁰ Tribunal fédéral suisse, 15 avril 2009, 5A_858/2008.

182.Santé mentale et harcèlement. La santé mentale des enfants doit constituer une véritable préoccupation, notamment dans le cadre de la scolarité de l'enfant. Un rapport intitulé « refuser l'oppression quotidienne : la prévention du harcèlement à l'école » démontre que la maltraitance mentale causée par le harcèlement à l'école constitue un facteur de dépression, d'anxiété ou encore d'idées suicidaires³⁷¹. Ce rapport souligne également l'importance de tenir compte du statut de victime de l'enfant ainsi harcelé mentalement. Certes, il s'agit d'une notion subjective qui se prête mal à l'établissement d'une liste exhaustive des critères de troubles causés à la santé mentale de l'enfant. Cependant, un texte pourrait relever différents signes d'alerte comme l'échec scolaire, l'isolement de l'enfant tout en renforçant la vigilance du personnel scolaire (enseignants, conseillers principaux d'éducation, conseillers d'orientation ...).

183.Santé mentale et nouvelles techniques de communication. L'exposition précoce des enfants aux nouvelles techniques de communication, notamment aux réseaux sociaux sur Internet, accentuent les risques de harcèlement moral³⁷². Dans le cadre de l'exercice de leur autorité parentale, les parents doivent lutter contre ce type d'harcèlement afin de sauvegarder l'intérêt supérieur de leur enfant, l'éducation constituant une prérogative de l'autorité parentale. Une recommandation du Conseil de l'Europe souligne la responsabilité des parents et des enseignants dans l'éducation des enfants : «Deux institutions jouent un rôle primordial et ont des responsabilités éducatives formelles devant la loi et la société: la famille et l'école »³⁷³. Ce texte s'attache surtout au développement éducatif de l'enfant, mais il pourrait être étendu à la prise en compte de sa santé mentale. Un enfant en bonne santé est aussi un enfant qui se développe bien.

Pour l'instant, la santé mentale de l'enfant est surtout prise en compte au titre de la protection de son développement.

³⁷¹ « Refuser l'oppression quotidienne : la prévention du harcèlement à l'école », Rapport au ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative. Pr. E. Debarbieux, Observatoire international de la violence à l'école. Université Bordeaux Ségalen, 12 avril 2011, p.12.

³⁷² Article 227-24 du Code pénal français : « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ».

³⁷³ Recommandation 1501 (2001) Responsabilité des parents et des enseignants dans l'éducation des enfants, Ass. Parl. Conseil de l'Europe.

2- Le développement de l'enfant

184.Définition. Le développement correspond à « l'action de développer, de donner toute son étendue à quelque chose »³⁷⁴. L'enfant étant un adulte en devenir³⁷⁵, son développement « renvoie à sa construction d'adulte »³⁷⁶. Dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale, le développement implique la croissance physique et affective, sociale, intellectuelle de l'enfant. Le développement est une notion récente consacrée en droit français par la loi du 4 mars 2002 réformant l'autorité parentale. « Cette notion doit être entendue au sens large : développement physique et intellectuel, mais aussi épanouissement de la personnalité. Elle témoigne également de l'attention que les parents doivent porter à l'enfant lui-même, de la naissance à l'âge adulte, et non à l'image idéale qu'ils se font tant de l'enfant que du futur adulte »³⁷⁷.

185.Distinction entre deux types de développement. La notion de développement de l'enfant repose sur de nombreux textes. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit à l'article 18-1 qu'il incombe aux parents la charge d'assurer le développement de leur enfant au titre de leur responsabilité parentale, sous entendu dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 3-1 de la Convention représente un « *leit motiv* » pour la compréhension de l'ensemble de ses dispositions. Ou encore, l'article 17 de la Charte sociale européenne relève « En vue d'assurer aux enfants et aux adolescents l'exercice effectif du droit de grandir dans un milieu favorable à l'épanouissement de leur personnalité et au développement de leurs aptitudes physiques et mentales (...) ». Si le premier texte met à la charge des parents, au titre de leur responsabilité parentale commune, la charge d'assurer et de promouvoir le développement de l'enfant, le second texte n'oblige que les Etats parties dans le cadre des politiques d'éducation et de formation professionnelle de l'enfant. Il faut ainsi distinguer le développement, élément de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale et le développement, que doit garantir l'Etat à l'enfant. La première acceptation du développement ne constitue qu'une application résiduelle de ce principe supérieur selon lequel le

³⁷⁴ Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, V° Développement.

³⁷⁵ F. Dekeuwer- Défossez, *Les droits de l'enfant*, Que sais-je ?, 9^{ème} éd., 2010, p. 3.

³⁷⁶ N. Baillon-Wirtz, Y. Honhon, M.-C. Le Boursicot, A. Meier-Bourdeau, I. Omarjee, C. Brunetti-Pons, *L'enfant sujet de droits*, Lamy Axe Droit, 2010, spéc. p. 199.

³⁷⁷ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2011, p. 622, n° 1578.

développement de l'enfant doit être favorisé dans le cadre des relations extrapatrimoniales entre l'enfant et ses parents.

186.Fondement législatif. Les législations européennes envisagent le développement de l'enfant comme attribut de l'autorité parentale. L'article 371-1 du Code civil français prévoit que : « L'autorité parentale appartient aux parents (...) pour assurer son éducation et permettre son développement dans le respect dû à sa personne ». L'article L 221-1 du Code d'action sociale et des familles renvoie au « développement physique, affectif, intellectuel et social de l'enfant ». Le droit allemand se montre plus précis encore sur ce point que le droit français. L'article 1626 (2) du BGB prévoit que « dans leurs soins et leur éducation, les parents tiennent compte de l'aptitude qui se développe et des besoins croissants de l'enfant à agir avec conscience de sa responsabilité personnelle »³⁷⁸.

187.Référence au développement. A la différence de la santé le terme « développement » de l'enfant n'est pas utilisé par toutes les législations européennes. Certaines se réfèrent davantage à l'expression « éducation », voire à « la formation de l'enfant ». Ainsi, l'article 372 du Code civil luxembourgeois dispose que : « L'autorité parentale appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à cet égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation », ou encore l'article 154 du Code civil espagnol précise que : « L'autorité parentale comprend les devoirs et droits suivants : veiller sur les enfants, les alimenter, les éduquer et leur procurer une formation complète ». La notion d'éducation est plus restrictive que celle de développement. L'éducation constitue seulement un moyen permettant d'assurer le développement de l'enfant, objectif de l'autorité parentale. Le développement entretient des liens avec l'intérêt supérieur de l'enfant :

188.Le développement et l'intérêt supérieur de l'enfant. Le préambule de la Convention de New York prévoit que : « Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension ». Le développement de l'enfant au sein d'un environnement sain correspondrait ainsi à la prise en compte de son épanouissement et de son

³⁷⁸ Article 1626 (2) BGB : Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an.

bien-être. Le bien-être renvoie justement à l'intérêt supérieur de l'enfant. Là encore la jurisprudence est abondante. Par exemple, le Tribunal fédéral suisse retient, dans une décision du 23 septembre 2003, qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de continuer à recevoir la visite de leurs cousins car « il s'agit d'un élément bénéfique favorable à leur développement »³⁷⁹. Il décide encore, le 17 décembre 2010, de refuser le retour de l'enfant chez sa mère, au motif qu'un retour immédiat causerait un préjudice à son développement psychologique³⁸⁰.

La jurisprudence précise, en l'occurrence, le type de développement visé, ce qui contribue à démontrer que la notion de développement recouvre la santé psychologique de l'enfant. Le droit français se révèle plus timide sur ce point que le droit suisse. Les juges français se soucient bien toutefois du développement harmonieux de l'enfant, en refusant par exemple un droit de visite et d'hébergement à la grand-mère au motif que « cela entretiendrait chez l'enfant une confusion des rôles parentaux et des places de chacun peu propice à un développement harmonieux »³⁸¹. L'intérêt supérieur de l'enfant suppose que celui-ci puisse se construire et s'épanouir dans les meilleures conditions. Le bon développement de l'enfant doit être recherché.

189. Les différentes qualités du développement. Le développement est une notion subjective qui peut revêtir différentes qualités. Le développement peut être scolaire, social, affectif, intellectuel ... Au Portugal, le tribunal d'Evora, dans une décision du 13 octobre 2011, décide que : « si les circonstances le permettent, l'autorité parentale devait être exercée par le parent qui promeut le plus le développement physique, intellectuel et moral de l'enfant. Il doit s'agir de celui qui s'occupe le plus des besoins de l'enfant et qui entretient avec lui une relation affective profonde ». Les juges constatent en l'espèce que l'existence de « nombreux obstacles au développement sain de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant commandant alors l'exercice unilatéral de l'autorité parentale par la mère »³⁸².

Ces différents qualificatifs du développement de l'enfant répondent bien aux différents niveaux de contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dégagés plus haut³⁸³. Cela tient à ce que le développement de l'enfant constitue un élément de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant et se trouve précisé, dans son appréciation, par la grille de

³⁷⁹ Tribunal fédéral suisse, 23 sept. 2003, 5C.146/2003.

³⁸⁰ Tribunal fédéral suisse, 17 déc. 2010, 5A_834/2010.

³⁸¹ CA Lyon, 12 mars 2012, n° de RG 11/01093.

³⁸² Tribunal Evora, 13 oct. 2011, 2364/09.1TBSTR.E1.

³⁸³ *Supra* n° 78.

lecture qu'offrent les différents niveaux de contenu également relevés : espace, temps, physique, moral (...) ³⁸⁴. La prise en compte du développement psychologique de l'enfant, relevé dans la jurisprudence suisse, s'inscrit également dans cette logique.

190.Eléments de caractérisation et niveaux de contenu. La Cour européenne des droits de l'homme a relevé deux éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ceux-ci interfèrent sur de nombreux points où les différents niveaux de contenu sont d'ores et déjà dégagés. Sur ce support, les niveaux de contenu permettent de préciser les éléments de caractérisation. Ils offrent une grille de lecture qui précise les éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les jurisprudences nationales contribuent à cette démarche en précisant davantage ceux-ci.

§2. La mise en évidence d'autres éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant

191.Plan. La Cour européenne des droits de l'homme a la première mis en évidence des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Ceux-ci permettent déjà de mieux la déterminer. Cependant, les ordres juridiques nationaux en ont dégagé d'autres. Il ne s'agit pas de relever une pluralité d'éléments de caractérisation de la notion car cela nuirait à sa compréhension. En réalité, il s'agit surtout de préciser les éléments relevés par la Cour européenne. Si le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents ne pose pas de difficultés quant à sa portée il faut en revanche déterminer davantage à quoi renvoie l'expression « évolution dans un environnement sain ». Que recouvre précisément cet élément de caractérisation ? L'étude comparée des jurisprudences européennes permet de circonscrire davantage la notion. Les juges veillent à ce que l'enfant évolue dans un cadre de vie à la fois stable (A) et serein (B).

³⁸⁴ *Supra* n° 66 et s.

A- Un cadre de vie stable

192.L'environnement de l'enfant. L'enfant est amené au cours de son existence à évoluer au sein de différents environnements. La Cour européenne des droits de l'homme se réfère déjà à l'environnement de l'enfant, mais ce sont les législations et les jurisprudences nationales qui en précisent les qualités. Le dictionnaire Le Robert définit l'environnement comme « l'entourage habituel de quelqu'un », donnant pour exemple l'environnement familial³⁸⁵. L'environnement familial constitue le premier environnement auquel l'enfant est confronté, c'est dire son importance (1). Mais il n'est pas l'unique environnement dans lequel l'enfant peut s'épanouir. Ces différents environnements participent à la construction de l'enfant en tant qu'adulte (2). Parfois, les circonstances rendront difficile le maintien de l'enfant dans son environnement familial et les juges s'attacheront alors à préserver au moins ses repères (3).

1- L'environnement familial

193.L'environnement premier de l'enfant. L'environnement est en premier lieu familial. Les juges s'efforcent de reconnaître la place de l'enfant dans son environnement familial. Par exemple, dans un arrêt du 21 novembre 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation décide qu' « il est de l'intérêt des enfants de renouer des liens avec leur mère et de connaître l'environnement familial de celle-ci »³⁸⁶. L'article 18-1 de la Convention de New York prévoit que : « Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement ». La Convention consacre en cela un principe de subsidiarité³⁸⁷. Ce principe suppose d'entendre strictement la notion d'environnement parental.

194.Notion d'environnement familial. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. L'environnement familial repose, d'abord, sur une conception stricte puisqu'il correspond à l'environnement parental. Il pourra, par la suite, être étendu aux frères et sœurs, aux grands-

³⁸⁵ Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, V° Environnement.

³⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 1995, inédit, pourvoi, n° 94-05096.

³⁸⁷ *L'enfant sujet de droits, op. cit.*, p. 240, n° 410.

parents... D'ailleurs, dans le cadre de séparations de parents, les juges comparent l'environnement paternel ou maternel de l'enfant pour décider des modalités de l'exercice de l'autorité parentale³⁸⁸. A cet égard, dans un arrêt du 25 février 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation décide du maintien de la résidence des enfants chez leur père au motif que « la mère ne prouve pas que l'environnement qu'elle se propose d'offrir aux enfants est préférable à celui de leur père »³⁸⁹. En l'espèce, l'intérêt supérieur des enfants consiste à demeurer chez leur père où ils vivaient depuis longtemps. En outre, la juridiction relève que le père proposait un meilleur environnement à leur épanouissement. L'environnement de l'enfant est premièrement parental, maternel ou paternel, selon la situation familiale. La notion d'environnement familial ne se confond pas avec celle de vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais la conception qu'en ont les juridictions a été fortement influencée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur ce point.

195. Notion de vie familiale. Il résulte de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et de sa vie familiale (...) ». La « vie familiale » renvoie d'abord aux parents. Toutefois, la Cour de Strasbourg interprète largement la notion de famille, particulièrement depuis l'arrêt *Marckx* contre Belgique du 13 juin 1979³⁹⁰, dans lequel elle a décidé que la protection de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme s'applique tant pour la famille légitime que naturelle, et en l'occurrence monoparentale. Cet arrêt marque la fin de la distinction traditionnelle entre famille légitime et famille naturelle. L'impact de cette jurisprudence sur les législations européennes a été considérable.

196. Influence de la notion de vie familiale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sous l'influence de cette jurisprudence, les législations des Etats européens ont été réformées, reconnaissant désormais un statut identique aux enfants légitimes et naturels³⁹¹. Dans un arrêt du 1^{er} juin 2004, la Cour de Strasbourg considère que la

³⁸⁸ CA Douai, 29 sept. 2011, n° de RG 10/08490.

³⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2009, inédit, pourvoi n° 07-20174.

³⁹⁰ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74. *JT*, 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *AFDI* 1980, 317, obs. Pelloux ; *JDI* 1982, 183, obs. P. Rolland, Grands arrêts de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 519 et s.

³⁹¹ F. Sudre, J-P Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet (avec la collaboration de G. Gonzalez), *Les grands arrêts de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Thémis. Droit, 6^{ème} éd., 2011, n° 51, p. 553 et s. ; F. Granet-Lambrechts, « Panorama européen du droit de la filiation », *Dr. fam.* étude 30 ; F. Granet-Lambrechts, J. Hauser, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17.

famille s'étend encore au lien consacré en dehors de toute parenté³⁹². Selon certains auteurs, la Cour se contenterait d'une « simple apparence de parenté »³⁹³. Plus qu'à la notion de « famille » la Cour s'attache à la notion de « vie familiale »³⁹⁴, conformément aux dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au respect de la vie privée et familiale, précisant qu'il existe entre l'enfant et ses parents un lien constitutif d'une vie familiale³⁹⁵. L'environnement familial de l'enfant peut être celui de ses grands-parents ou encore de ses frères et sœurs. D'ailleurs, les législations européennes ont introduit des dispositions spécifiques aux relations personnelles entre l'enfant et ses ascendants, frères et sœurs³⁹⁶. Malgré une conception étendue de la notion de famille ou de vie familiale³⁹⁷, il semblerait que la Cour s'attache au maintien des liens entre l'enfant et ses parents prioritairement à la prise en compte des tiers, spécialement les grands-parents ou encore les frères et sœurs.

197. Le caractère subsidiaire de l'environnement extra-parental. Dans un arrêt du 18 octobre 2011³⁹⁸, la Cour européenne décide que si le placement de l'enfant chez ses grands-parents est opportun compte tenu des circonstances, cette mesure peut n'être que temporaire car il est de l'intérêt supérieur de l'enfant d'entretenir des relations d'abord avec ses parents. En l'espèce, l'enfant est confié aux grands-parents paternels pendant la période durant laquelle la mère cherche à s'installer pour mieux accueillir l'enfant. Les grands-parents empêchent rapidement la mère de voir son fils. La Cour déplore l'absence de mesures transitoires destinées à rétablir la relation entre la mère et son fils, ainsi que l'impossibilité pour celle-ci de pouvoir obtenir un droit de visite opposable aux grands-parents qui, pourtant, n'étaient pas titulaires de l'autorité parentale. La Cour conclut au non-respect par « les Etats

³⁹² CEDH, 1^{re} juin 2004, *Lebbink c. Pays-Bas*, CEDH, 26 février 2004, *Gorgülü c/ Allemagne*, n° 74969/01. A. Gouttenoire, *La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, CNAF, informations sociales, 2008.

³⁹³ A. Gouttenoire, *La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, loc. cit. ; CEDH, 22 avril 1997, *X, Y, Z c. Royaume-Uni*, req. n° 21830/93.

³⁹⁴ CEDH, 23 sept. 1994, *Hokkanen c. Finlande*, req. n° 19823/92, *RTDciv.* 1995. 347, obs. J. Hauser, F. Vasseur-Lambry, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, op.cit., p. 315.

³⁹⁵ CEDH, *Elsholz c. Allemagne*, préc., spéc. §43.

³⁹⁶ Article 371-5 du Code civil français : « L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution ». Article 375 du Code civil belge : « Les grands-parents ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant. Ce même droit peut être octroyé à toute autre personne, que si celle-ci justifie d'un lien d'affection particulier avec lui ». Article 1520 du Code civil grec : « Les parents n'ont pas le droit d'empêcher les rapports de l'enfant avec leurs ascendants plus éloignés, sauf s'il existe une raison grave ».

³⁹⁷ CEDH, *Marckx c. Belgique*, préc.

³⁹⁸ CEDH, 18 octobre 2011, *Lyubenova c. Bulgarie*, req. n° 13786/04, *AJ. fam.* 2011. 547, M. Rouillard. spéc. §74.

de leur obligation positive de prendre des mesures nécessaires afin de protéger la vie familiale existante entre la requérante et son fils ».

198.La primauté corrélative de l'environnement parental. Dans la décision citée, la Cour européenne constate la primauté de l'environnement parental sur tout autre. L'enfant doit, en premier lieu, être intégré dans l'environnement de ses père et mère. Son évolution chez ses grands-parents doit demeurer subsidiaire. Ainsi, dans un arrêt du 26 mai 2009, la Cour de Strasbourg constate que : « même si les grands-parents peuvent offrir un cadre de vie plus propice à l'éducation de l'enfant, cela ne justifie pas qu'on soustrait ce dernier aux soins de ses parents biologiques »³⁹⁹. Pour appuyer son raisonnement, elle relève que « le père bénéficiait d'un logement stable et de conditions matérielles normales, ses capacités éducatives et affectives n'étant pas remises en cause »⁴⁰⁰.

199.La stabilité. Cet environnement parental doit être stable. Parce qu'il appartient, en premier, aux parents d'assurer communément l'éducation et le développement de leur enfant (conformément à l'article 18-1 de la Convention de New York), il leur incombe de garantir un environnement stable à l'enfant. Par conséquent la caractérisation de la stabilité de l'environnement rejoint la notion d'environnement sain.

Dans l'arrêt précité, du 18 octobre 2011, la Cour de Strasbourg indique également les critères à prendre en compte pour apprécier l'existence d'un environnement sain dans lequel l'enfant évoluerait. Il s'agit de l'âge de l'enfant, de son état de santé, des ressources matérielles des parents, de leurs capacités éducatives et intellectuelles, leur intégrité morale ou encore leur comportement. En l'espèce, les conditions de vie de la mère correspondaient à ces exigences. Les juges veillent particulièrement à ce que l'enfant évolue dans un environnement parental stable. Toutefois, l'environnement familial n'est pas exclusif de tout autre type d'environnement.

³⁹⁹ CEDH, 26 mai 2009, *Amanalachioai c. Roumanie*, req. n° 4023/04, spéc. §86.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

2- Les différentes qualités de l'environnement de l'enfant

200. Différents types d'environnements. L'environnement pris en compte ne peut être exclusivement familial car l'enfant évolue aussi dans d'autres milieux. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 2 février 2009, décide que l'enfant doit demeurer en Belgique car « il y est parfaitement intégré, tant dans son environnement scolaire et social que dans son entourage familial, où une vie de famille stable lui est offerte avec son père, sa belle-mère (...) ». Il est donc « conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de confier son hébergement principal à son père à partir du départ de la mère pour l'étranger »⁴⁰¹. Cette décision précise les différents types d'environnement auxquels il est possible de se référer : l'environnement de l'enfant n'est pas seulement familial, il est aussi scolaire et social. Il est important de tenir compte des différents types d'environnement dans lesquels l'enfant peut évoluer car ils participent tous à sa construction personnelle en tant qu'adulte en devenir.

201. L'association des types d'environnements. Les juges semblent tenir compte, à égalité, de deux types d'environnements *a priori* distincts. Ainsi, dans une décision du 7 décembre 2011, la Cour d'appel de Bastia constate « la nécessité pour l'enfant de vivre dans un environnement stable tant sur le plan scolaire que familial »⁴⁰². Il ressort de cet arrêt que l'environnement scolaire de l'enfant doit être considéré au même titre que son environnement familial pour décider de la résidence de l'enfant. Il arrive que les juges se réfèrent aussi à l'environnement social de l'enfant : « il est de l'intérêt de l'enfant qu'il vive auprès de son père, lequel bénéficie d'un environnement social et familial stable »⁴⁰³, ou encore à l'environnement amical : « l'environnement amical témoigne de la qualité du lien entre le père et le fils qu'on peut considérer que c'est un enfant qui évolue favorablement »⁴⁰⁴. Cependant, les juges se réfèrent toujours à l'environnement familial. L'association de l'environnement familial à un autre type d'environnement démontre la volonté de faire primer le premier sur les autres, tout en refusant son exclusivité.

202. Un environnement familial immédiat. Afin que l'enfant s'épanouisse pleinement dans son environnement, ce dernier doit être immédiat, c'est-à-dire exister au moment de la prise de décision. Dans un arrêt du 12 décembre 2011, la Cour d'appel de Lyon refuse

⁴⁰¹ CA Bruxelles, 2 fév. 2009, 2008/JR/152.

⁴⁰² CA Bastia, 7 déc. 2011, n° de RG 10/ 00643.

⁴⁰³ CA Douai, 6 oct. 2011, n° de RG 11/05837

⁴⁰⁴ CA Lyon, 30 mai 2011, n° de RG 10/01644

d'organiser des séjours prolongés d'un enfant chez son père au motif que « ce dernier ne faisait pas partie de son environnement familial immédiat »⁴⁰⁵. L'enfant reconnaissait son père, mais ce dernier ne s'était pas suffisamment manifesté auprès de lui pour que celui-ci se sente intégré dans le milieu familial paternel. Pour cette raison, il est jugé que le père, qui n'accueille pas suffisamment son enfant dans son environnement familial, ne peut prétendre à passer plus de temps avec lui. La Cour d'appel précise que « la question n'est pas de savoir si l'appelant souffre de cette situation, mais où se situe l'intérêt de l'enfant ». L'intérêt supérieur de l'enfant est d'évoluer dans un environnement familial effectif, ce qui ne pouvait être assuré en l'espèce en raison de la distance existante entre l'enfant et son père.

203.Le caractère continu de l'environnement. La décision de maintenir ou d'intégrer l'enfant à un environnement approprié repose aussi sur une appréciation à long terme de celui-ci. Dans une décision du 14 novembre 2011, le Tribunal fédéral suisse refuse la garde alternée en soulignant que « l'enfant doit bénéficier de la stabilité de l'environnement familial au quotidien, qu'il s'agit d'une mesure nécessaire et structurante pour l'enfant »⁴⁰⁶. Dans la motivation de cet arrêt, l'intérêt supérieur de l'enfant commande son évolution dans un cadre de vie stable de manière continue. A la prise en compte de la continuité de l'environnement familial s'ajoute celle de la continuité de l'environnement social.

204.Continuité et environnement social. Le critère de continuité n'est pas propre à l'environnement familial de l'enfant. Les juges portugais s'attachent également à l'environnement social dans lequel évoluerait l'enfant pour décider du parent qui en aura la garde. Dans une décision du 15 septembre 2010, le Tribunal d'Evora considère que « dans ce contexte, il est essentiel de promouvoir la nécessité d'assurer la continuité des relations sociales de l'enfant, particulièrement lorsqu'il s'agit de nourrissons ou d'enfants scolarisés, pour lesquels le moindre changement d'environnement familial, au sein duquel les enfants grandissent (...), est susceptible de leur causer de graves préjudices »⁴⁰⁷. Les juges constatent encore que le changement de garde de l'enfant peut constituer une mesure préjudiciable à l'enfant. Il est nécessaire que l'enfant, particulièrement le nourrisson et l'enfant en bas âge,

⁴⁰⁵ CA Lyon, 12 déc. 2011, n° de RG 10/06208.

⁴⁰⁶ Tribunal fédéral suisse, 14 nov. 2011, 5A_831/2010.

⁴⁰⁷ Tribunal d'Evora, 15 sept. 2010, 43/07 : « Nesta matéria não será de mais salientar a necessidade de assegurar a continuidade das relações sociais da criança, sobretudo quando estas são de leite ou estão em idade escolar, para quem qualquer mudança do ambiente onde vêm crescendo (...) é susceptível de as prejudicar gravemente ». Les juges décident alors que le changement de garde de l'enfant est justifié : « Não descortinamos, pois, na alegação da apelante, face à matéria de facto provada e enquanto esta realidade factual se mantiver, qualquer razão que justifique a pretendida alteração do decidido relativamente à guarda do menor ».

subisse le moins possible de changement. Un changement de ses repères causerait d'importants préjudices à l'enfant. Par l'utilisation du terme préjudice, la jurisprudence portugaise renvoie à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui décide que « l'article 8 ne saurait en aucune manière autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de l'enfant »⁴⁰⁸.

205.Conclusion. Ainsi, un changement d'environnement de l'enfant peut constituer une mesure préjudiciable qui nuirait à son épanouissement. C'est pourquoi les juges veilleront, dans cette hypothèse, à maintenir la stabilité de l'environnement de l'enfant. Il ressort de l'analyse sur la jurisprudence précitée que l'enfant doit pouvoir évoluer dans un environnement stable et bénéficier de relations continues avec sa famille mais aussi tout autre référent qui participe à son éducation. Cela renvoie aux repères de l'enfant.

3- Les repères de l'enfant

206.Maintien des repères. Lorsque les parents se séparent, l'intérêt supérieur de l'enfant requiert de prendre en compte le besoin de stabilité de l'enfant. L'enfant doit pouvoir conserver ses repères malgré l'existence de bouleversements extérieurs. Il n'appartient pas à l'enfant de s'adapter à ces nouvelles circonstances consécutives à la séparation, mais bien aux parents de protéger l'enfant contre ces changements. Cela peut aller jusqu'à une exigence de maintien des repères temporels de celui-ci. Le maintien des repères de l'enfant peut éviter toute atteinte à son épanouissement et à son équilibre psychologique.

207.Distinction repères/stabilité. Pourquoi s'intéresser spécialement aux repères de l'enfant, alors que l'intérêt supérieur de l'enfant est déjà d'évoluer dans un cadre de vie stable ? La stabilité ne comprend-elle pas les repères ? En réalité, la stabilité s'attache davantage à l'entourage de l'enfant, précisément à son environnement et aux qualités que doit revêtir celui-ci. Les repères visent, quant à eux, l'orientation de l'enfant dans le temps et dans l'espace. Il s'agit de déterminer comment maintenir l'équilibre de l'enfant en dépit des changements extérieurs qu'il subit. Maintenir ses repères, c'est maintenir ses habitudes. Les décisions des parents important peu, l'intérêt supérieur de l'enfant commande le maintien de ses repères, ce qui peut avoir un impact sur la décision du juge d'entériner ou non les décisions parentales.

⁴⁰⁸ CEDH, *Gnahoré c. France*, préc.

208.Un critère de décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il faut pourtant constater qu'en dépit des mentions faites aux repères de l'enfant dans la jurisprudence, cet élément de caractérisation demeure encore marginal en droit. Aucun texte interne, européen ou international, ne s'y réfère. Pourtant, il s'agit concrètement d'un élément essentiel à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, particulièrement en cas de séparation de ses parents. Les juges français érigent les repères de l'enfant en véritable critère de décision du droit de visite d'un parent. La remise en cause des repères offerts par les parents à l'enfant constitue un critère de refus du droit de visite du père dans un arrêt de la Cour d'appel de Nouméa du 27 septembre 2012⁴⁰⁹. En cela, le respect des repères de l'enfant peut être considéré comme un critère de décision dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale.

209.La qualité des repères. La jurisprudence apporte des précisions sur les qualités des repères dans la mise en œuvre de ce critère. Ainsi, dans une décision du 19 novembre 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation constate que : « les enfants ont tous leurs repères matériels et affectifs en France »⁴¹⁰. Cet arrêt conduit donc à distinguer les repères matériels des repères affectifs. Les repères matériels visent, par exemple, la résidence de l'enfant, notamment en cas de déménagement des parents ou de résidence alternée. Les repères affectifs, quant à eux, désignent l'entourage de l'enfant dès son plus jeune âge, c'est-à-dire les personnes qui participent à son développement : parents, grands-parents, oncles, tantes, frères et sœurs...

210.Stabilité et repères affectifs. La prise en compte des repères affectifs rejoint donc l'exigence de stabilité. Les repères de l'enfant sont d'abord appréciés dans ses rapports avec ses parents. Par exemple, la Cour d'appel de Lyon décide, dans un arrêt du 12 mars 2012, que « l'intérêt supérieur de l'enfant en bas âge était de retrouver ses repères auprès de sa mère »⁴¹¹. Les repères de l'enfant relèvent de la caractérisation même de la notion d'intérêt supérieur de celui-ci et rejoignent l'exigence d'une évolution dans un environnement sain et le maintien de ses relations personnelles avec sa mère. Les repères de l'enfant connaissent deux niveaux de contenu : les repères spatiaux et les repères temporels.

⁴⁰⁹ CA Nouméa, 27 sept. 2012, n° de RG 11/00554.

⁴¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, inédit, pourvoi n° 09-68179 ; *D.* 2010. Pan. 1904, obs. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2010, comm. 24, P. Murat.

⁴¹¹ CA Lyon, 12 mars 2012, n° de RG 11/01093.

211.Les repères spatiaux. Les repères spatiaux s'intéressent surtout à l'environnement de l'enfant. Ainsi, il bénéficie de repères stables lorsqu'il « réside chez une personne depuis le décès de la mère, qu'il entretient des liens de proximité et d'affection avec cette personne, qu'il est intégré dans la vie associative de la commune et qu'il jouit d'une bonne situation dans la population et au sein du voisinage »⁴¹². L'entourage de l'enfant est pris en compte : son entourage proche, le plus souvent familial, mais aussi social (voisins, vie associative ...). Au regard de ces éléments, les juges décident de la résidence de l'enfant chez cette personne conformément à son intérêt supérieur. Il faut que l'entourage de l'enfant soit lui-même stable pour lui assurer le maintien de ses repères. S'agissant d'un mode de structure de garde d'enfants, le Tribunal fédéral suisse observe, dans une décision du 14 mai 2012, que le changement régulier du personnel marquait « l'absence de stabilité et de cohérence du quotidien et de l'entourage de l'enfant. De fait, l'enfant ne pouvait intégrer des repères propices à son épanouissement »⁴¹³. Maintenir les repères spatiaux de l'enfant, c'est le préserver des changements extérieurs, comme par exemple le changement de personnes qui l'entourent et qui participent à son développement.

Le raisonnement rejoint à la fois les notions de stabilité et de développement évoquées précédemment. Ces différents termes (stabilité, développement, repères) permettent de préciser le contenu de l'élément de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme : l'évolution dans un environnement sain.

212.Les repères temporels. Les juges s'attachent également aux repères temporels de l'enfant. Le repère temporel recouvre d'abord la question de l'aménagement du temps de l'enfant passé avec ses parents. En jurisprudence, il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas souffrir des emplois du temps de ses parents. Les parents doivent s'adapter aux horaires des enfants et non l'inverse. Les juges décident que l'alternance de cinq semaines organisée par les parents pour voir leurs enfants ne convenait pas à ces derniers. Par exemple, dans un arrêt du 25 avril 2007, la première chambre civile de la Cour de cassation décide que face à

⁴¹² Cass. 1^{re} civ., 16 avril 2008, *Bull. Civ. I*, n° 106, pourvoi n° 07-11273, *D.* 2008 AJ 1410, obs. F. Luxembourg ; *ibid.* 2009 Pan. 773, obs. F. Granet-Lambrechts ; *JCP* 2009, I, n° 102, obs. A. Gouttenoire ; *AJ. fam.* 2008. 261, obs. F. Chénéde ; *RJPF* 2008-6/39, note I. Corpart ; *Deffrénois* 2008. 1846, obs. J. Massip ; *RTDciv.* 2008. 470, obs. J. Hauser.

⁴¹³ T fédéral suisse, 14 mai 2012 ; 5A_337/2012.

l'emploi du temps du père, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer et qu'il convient de lui procurer des repères⁴¹⁴.

213. La protection des repères de l'enfant, élément de caractérisation de son intérêt supérieur. Les repères de l'enfant sont trop rarement mentionnés pour caractériser son intérêt supérieur. Il en est fait une seule fois clairement mention dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 juin 2004⁴¹⁵. En l'espèce, le Gouvernement roumain fondait ses prétentions sur les repères de l'enfant en se référant à « l'absence de repère qui soit familier à l'enfant »⁴¹⁶. La Cour ne reprend pas cet élément de caractérisation. Cependant, à l'instar de l'arrêt Johansen sus-mentionné⁴¹⁷, elle pourrait par la suite s'inspirer de cette argumentation pour caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant dans ses décisions. Le maintien des repères de l'enfant constitue un élément de caractérisation essentiel car il est directement confronté aux intérêts des adultes. Il s'agit de protéger l'enfant contre des changements voulus par ses parents, parfois au mépris de son intérêt supérieur. Force est de constater qu'en droit français, les repères de l'enfant ne sont cités dans aucun texte. Tout au plus il y est fait mention à l'article annexe 4-8 du Code de l'action sociale et des familles relativement à la continuité des repères de l'enfant entre sa vie familiale et son mode d'accueil⁴¹⁸. Le respect des repères de l'enfant n'est pas invoqué dans les articles relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, ce qui est regrettable.

214. Proposition. Sans doute serait-il bénéfique d'intégrer cet élément de caractérisation dans un texte législatif, afin d'inciter les juges à une plus large prise en compte des repères de l'enfant. L'idée dominante est ici que le cadre de vie dans lequel l'enfant évolue doit demeurer autant que possible inchangé après la séparation de ses parents. Or, bien souvent la séparation pousse les parents de l'enfant à réorganiser son mode de vie, son lieu de vie, voire même son entourage immédiat et ses activités. La formulation suivante peut être envisagée, au

⁴¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2007, *Bull. Civ.* 2007. I, n° 156, pourvoi n° 06-16886; *D.* 2007. AJ 1428 ; *ibid.*, 2008, Pan. 1376, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ. fam.* 2007. 276, obs. F-C; *Dr. fam.* 2007, n°143, note P. Murat ; *RJPF* 2007-9/27, note E. Mulon ; *RTDciv.* 2007, p. 560, obs. J. Hauser.

⁴¹⁵ CEDH, 22 juin 2004, *Pini et autres c. Roumanie*, req. n° 78028/01 et 78030/01 ; *AJDA* 2004. 1809, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 2004. 3026, note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre ; *ibid.* 2005. 1748, obs. F. Granet-Lambrechts.

⁴¹⁶ *Ibidem*, spéc. §124.

⁴¹⁷ *Supra* n°158.

⁴¹⁸ Article Annexe 4-8 du Code de l'action sociale et des familles: « La capacité à poser un cadre éducatif cohérent, permettant l'acquisition progressive de l'autonomie, respectueux de l'intérêt supérieur de l'enfant et des attentes et principes éducatifs des parents, favorisant la continuité des repères de l'enfant entre la vie familiale et le mode d'accueil ».

titre de l'autorité parentale⁴¹⁹, dans le paragraphe 2 intitulé « De l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés » de la section première⁴²⁰ du chapitre premier consacré à l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant, un article 373-2 alinéa 4 nouveau: « *les repères de l'enfant doivent être maintenus dans la mesure du possible en cas de divorce ou de séparation des parents* ».

Les parents doivent encore procurer à l'enfant un cadre de vie serein.

B- Un cadre de vie serein

215.Sérénité et conflits parentaux. L'intérêt supérieur de l'enfant suppose qu'il s'épanouisse dans un cadre de vie serein. La sérénité se traduit par exemple par le souci de protéger l'enfant contre les conséquences des conflits entre ses parents. Cela peut impacter les mesures relatives à l'autorité parentale. Dans l'affaire *Florentino Garcia contre Suisse*, la Commission européenne des droits de l'homme constatait qu' « il est vrai qu'en principe pour se développer harmonieusement un enfant a besoin d'avoir des contacts avec ses deux parents pour permettre son identification avec le parent non investi de la garde ou de l'autorité parentale. Selon la Commission, cette règle doit cependant souffrir des exceptions lorsque, comme en l'espèce, il y a conflit entre les parents et que l'organisation d'un droit de visite conduirait à une tension dans la famille du parent à qui l'enfant a été confié et, le cas échéant, à un conflit de loyauté de la part de l'enfant, situation qui ne serait pas dans l'intérêt de ce dernier »⁴²¹.

216.Commission européenne et conflits parentaux. La Commission européenne a précisé ainsi la notion de « conflits parentaux ». L'expression ne recouvre donc pas un simple conflit entre les parents, difficile à éviter en cas de séparation entre eux, mais une situation qui place l'enfant dans une situation de mal-être dans sa famille et dans une situation de détresse morale. Cette décision renvoie à deux notions nouvelles : le conflit de loyauté et l'aliénation parentale (1). Les concepts plus classiques utilisés en la matière pour caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant se révèlent toutefois plus fiables (2).

⁴¹⁹ Titre neuvième du Livre 1^{er} du Code civil.

⁴²⁰ Intitulée : « De l'exercice de l'autorité parentale ».

⁴²¹ Comm. EDH, 14 mars, 1985, *Florentino Garcia c. Suisse*, req. n° 10148/82.

1- Les notions nouvelles émergentes :

217. Dans les décisions récentes, on relève deux notions nouvelles : celle de conflit de loyauté (a) et celle, plus contestée⁴²², de syndrome d'aliénation parentale (b).

a- Le conflit de loyauté

218. **Le conflit de loyauté, approche.** Il correspond à la situation dans laquelle l'enfant est pris à partie par ses parents. L'enfant se montre loyal à l'égard de chacun d'eux, tout en étant contraint de choisir son camp, même si cela ne correspond pas toujours à ses souhaits⁴²³. En présence d'un conflit de loyauté, les juges éprouvent parfois quelques difficultés à apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant.

219. **Difficulté spécifique soulevée par l'interférence du souhait de l'enfant.** La difficulté réside principalement dans l'interférence avec l'expression du souhait de l'enfant. Celui-ci peut, par exemple, exprimer sa volonté de rester avec l'un de ses parents, alors que son intérêt commande le contraire. Les juges doivent donc apprécier s'il s'agit du véritable souhait de l'enfant ou d'une vérité altérée par le comportement de l'un des parents (voire d'une vérité manipulée). Par exemple, dans une décision du 8 juillet 2010⁴²⁴, la première chambre civile de la Cour de cassation française décide du retour des enfants dans l'Etat de leur résidence habituelle, alors que ceux-ci étaient retenus chez leur père, jugeant qu'« en l'état du conflit de loyauté auquel ils se trouvaient confrontés et des déclarations identiques qu'ils avaient déjà faites devant les services de gendarmerie lors d'un précédent non-retour en août 2008, la seule opposition des enfants ne saurait faire obstacle à leur retour dans l'Etat de leur résidence habituelle ».

220. **Conflit de loyauté et intérêt supérieur de l'enfant.** En présence d'un conflit de loyauté, l'intérêt supérieur de l'enfant suppose en l'espèce que les mineurs retournent vivre chez leur mère malgré l'expression d'une volonté contraire de l'autre parent. Les juridictions veillent tout particulièrement aux effets d'un tel conflit lorsqu'il pourrait amener l'enfant à rompre ses relations avec l'autre parent. C'est ainsi que la Cour de cassation belge décide,

⁴²² V. obs. M. Herzog Evans, C. Brunetti-Pons, « Résidence alternée, syndrome d'aliénation parentale et violences domestiques : entre inversion du jugement de Salomon et mise en danger », à paraître.

⁴²³ M. Juston, « De la coparentalité à la déparentalité », *AJ. fam.* 2011, p. 579.

⁴²⁴ Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, inédit, pourvoi n° 09-66406.

dans un arrêt du 15 avril 2002, qu' « il fallait éviter de conforter l'enfant dans cette attitude en cédant à son désir de cesser toutes relations avec son père, dès lors qu'il était manifeste que ce désir ne correspondait pas à un choix, mais résultait de son conflit de loyauté à l'égard de sa mère »⁴²⁵.

Selon cette jurisprudence, le conflit de loyauté ne permet pas à l'enfant d'évoluer dans un environnement serein. L'impact du conflit de loyauté s'est aggravé avec la mise en évidence de ce que l'on appelle « l'aliénation parentale ».

b- L'aliénation parentale

221.L'aliénation parentale, le syndrome. Le syndrome d'aliénation parentale constituerait « le processus où l'enfant est amené par un parent, de façon plus ou moins subtile, à partager un ensemble d'idées et de perceptions fausses, déformées ou exagérées sur l'autre parent »⁴²⁶. Ce syndrome se manifesterait particulièrement pendant la séparation des parents. La victime en serait l'enfant. L'aliénation parentale menacerait l'équilibre de l'enfant et son évolution psychoaffective⁴²⁷. La reconnaissance de ce syndrome ne fait pas l'unanimité. Parmi les spécialistes, le docteur Bernard Golse y voit un concept flou, dépourvu de fondements scientifiques⁴²⁸. Selon lui, le déséquilibre affectif de l'enfant ne peut se résumer aux seules manipulations parentales.

222.L'aliénation parentale en jurisprudence à l'échelle européenne. Si la reconnaissance de l'existence d'un tel syndrome demeure encore incertaine du point de vue scientifique, il faut néanmoins tenir compte de son utilisation dans les décisions judiciaires relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Par exemple, le Tribunal fédéral suisse, dans une décision du 5 décembre 2011, constate que l'aliénation parentale se traduit par « des croyances négatives qu'avaient les enfants sur leur père trouvant leur cause dans la maltraitance psychologique exercée par leur mère »⁴²⁹. La Cour européenne des droits de

⁴²⁵ Jurisprudence belge. Ite Cour civile, 15 avril 2002, 5C.67/2002.

⁴²⁶ M. Lasbats, « Etude du syndrome d'aliénation parentale à partir d'une expertise civile », *AJ. fam.* 2004, p. 397.

⁴²⁷ *Ibidem* ; G. Lopez, « Analyse éthique du syndrome d'aliénation parentale (SAP) ou aliénation parentale (AP) », *AJ. fam.* 2013, p. 283.

⁴²⁸ B. Golse, « Résidence alternée, point de vue d'un pédopsychiatre », *AJ. fam.* 2012, p. 44 ; La défenseure des droits de l'enfant. Rapport thématique 2008 : « Enfants au cœur des séparations conflictuelles », La documentation française, 2008.

⁴²⁹ Tribunal fédéral suisse, 5 déc. 2011, 5A_615/2011.

l'homme, quant à elle, se réfère rarement à l'expression d'« aliénation parentale »⁴³⁰. Néanmoins, elle constate que : « les retards de procédures provoquent une aliénation croissante de l'enfant par rapport à sa mère et inversement, au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant »⁴³¹.

Ainsi, même si tous les auteurs ne s'entendent pas sur l'existence d'un tel syndrome, les juges constatent la situation de précarité mentale dans laquelle peut se trouver l'enfant à la suite d'aliénations parentales et en tirent les conséquences. L'analyse de la jurisprudence française conduit aux mêmes conclusions.

223. Evolution comparable de la jurisprudence française. Dans un arrêt du 11 juillet 2012, la Cour d'appel de Bastia retient qu' : « il est indispensable que les enfants fassent l'objet de soins psychologiques du fait des multiples traumatismes psychiques qu'elles ont eu à vivre en raison de l'aliénation parentale dont elles ont été l'objet »⁴³². Lorsque les juges retiennent l'existence d'une aliénation parentale, c'est pour appuyer la détresse mentale des enfants.

La première chambre civile de la Cour de cassation a reconnu récemment, dans une décision du 26 juin 2013, l'existence de ce syndrome et ses conséquences quant à la fixation de la résidence de l'enfant : « la cour d'appel (...) a procédé à une appréciation souveraine des éléments qui lui étaient soumis pour décider que le syndrome d'aliénation parentale qui s'était installé dans la vie de l'enfant conduisait à transférer sa résidence chez son père »⁴³³. Cet arrêt se révèle particulièrement soucieux de l'intérêt de l'enfant, en l'occurrence de sa santé mentale⁴³⁴. Les juges s'efforcent à cet égard de faire prendre conscience aux parents des conséquences de leur comportement sur la santé mentale de leurs enfants. Les procédés plus classiques d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant en la matière se révèlent toutefois plus fiables.

⁴³⁰ Par exemple, CEDH, 20 juil. 2006, *Koudelka c. République Tchèque*, req. n° 1633/05, spéc. §62 ; CEDH, 26 avril 2007, *Patera c. République Tchèque*, req. n° 25326/03, spéc. §122. ; CEDH, 11 janv. 2011, *Bordeianu c. Moldavie*, req. n° 49868/08, spéc. §§80-82 ; CEDH, 2 sept. 2010, *Mincheva c. Bulgarie*, req. n° 21559/03, spéc. §99.

⁴³¹ CEDH, 1^{re} fév. 2011, *Karoussiotis c. Portugal*, req. n° 23205/08, spéc. §91 ; CEDH, 26 fév. 2002, *Kutzner c. Allemagne*, req. n° 46544/99, spéc. §79.

⁴³² CA Bastia, 11 juil. 2012, n° de RG 10/00870.

⁴³³ Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-14392, *D. Actu*, 2013, note T. Douville.

⁴³⁴ S. Paricard, « Le syndrome d'aliénation parentale reconnu par la Cour de cassation : les premiers pas d'une révolution dans le contentieux familial ? », *Dr. fam.* 2013, comm. 152.

2- La fiabilité des concepts plus classiques

224.Plan. Plus couramment et avec des résultats mieux éprouvés donc plus fiables, la jurisprudence et les législateurs favorisent l'aide à la prise de conscience parentale (a) et luttent contre l'insertion de l'enfant dans un climat de violence (b).

a- L'aide à la prise de conscience parentale

225.L'absence de prise de conscience des parents. La Cour européenne des droits de l'homme remarque que les parents ne sont pas toujours conscients de ce que leur comportement puisse être préjudiciable au développement de l'enfant. Dans l'arrêt *Koons contre Italie*, du 30 septembre 2008, elle reconnaît que « les autorités italiennes ont déployé tous les efforts nécessaires pour protéger l'intérêt primordial de l'enfant dans la bataille judiciaire que se livraient les parents »⁴³⁵. En l'occurrence, les autorités constataient qu'ils n'avaient pas conscience de l'effet préjudiciable de leurs querelles incessantes sur leur enfant. Enlisés dans leur propre conflit, ils ne disposaient pas toujours du recul nécessaire à la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces querelles avaient un impact sur l'équilibre psychologique de l'enfant, rendant parfois nécessaire une prise en charge médicale. Dans son arrêt précité, du 11 juillet 2012, la Cour d'appel de Bastia relève « la difficulté de la communication intrafamiliale, l'incompréhension mutuelle des crises passées du couple, ordonnant ainsi un accompagnement psychologique des deux enfants ainsi qu'un engagement thérapeutique individuels des deux parents »⁴³⁶.

226.Absence de prise de conscience et suivi médical des enfants. L'absence de dialogue et de compréhension entraîne, dans l'arrêt précité de la Cour d'appel de Bastia, à un suivi médicalisé des enfants et des parents. Le suivi médical des enfants conduit, toutefois, à faire croire à ceux-ci qu'ils sont les malades alors que leurs troubles sont une conséquence de l'exposition aux crises familiales. Cependant, un tel suivi est aujourd'hui assez souvent proposé. Il est plus judicieux d'aider les parents à prendre conscience de ces situations conflictuelles sur l'enfant, afin de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant demeure la considération primordiale. Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, du 17 octobre 2011, relève en ces termes que « les parents doivent prendre conscience que les paradoxes auxquels est

⁴³⁵ CEDH, 30 sept. 2008, *Koons c. Italie*, req. n° 68183/01, spéc. §55.

⁴³⁶ CA Bastia, 11 juil. 2012, n° de RG 10/00870.

soumis leur enfant du fait de leurs attitudes éducatives opposées empêchent une construction harmonieuse de sa personnalité. L'affection qu'ils portent chacun à leur enfant doit les aider à sortir du combat procédural qu'ils mènent »⁴³⁷.

227. La prévention des conflits parentaux. Toutes les familles connaissent des tensions, même si celles-ci se manifestent surtout en cas de séparation des parents⁴³⁸. Il existe des mesures spécifiques qui aident les parents à prendre du recul sur leur conflit, tout en revalorisant l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est le cas de la médiation familiale. En droit français, une mesure expérimentale a été introduite par la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles⁴³⁹ : la médiation préalable obligatoire⁴⁴⁰. Ce texte encourage les conventions parentales et personnalisées relatives aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale, particulièrement quant à la résidence de l'enfant en cas de séparation des parents. Parfois les textes se montrent plus directifs.

228. Accords parentaux favorisés. La médiation⁴⁴¹ préalable obligatoire impose donc d'apprécier concrètement chaque situation, tout en recourant à des « guides de bonne pratique de répartition du temps de l'enfant » ou encore à « une typologie indicative des tâches et temps parentaux dont un temps de communication avec l'autre parent ». Cette mesure individualisée repose sur le dialogue parental. La législation anglaise préconise le même type de mesure, en prévoyant que la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant repose sur « l'établissement d'un accord qui exigerait que les gardiens de l'enfant coopèrent sur des questions affectant l'enfant, y compris si l'exigence de la coopération augmenterait les risques à la sauvegarde, à la sécurité ou au bien-être de l'enfant ou d'autres membres de la famille »⁴⁴², avec les limites relevées plus haut consistant précisément dans la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son bien-être⁴⁴³.

⁴³⁷ CA Lyon, 17 oct. 2011, n° de RG 10/08820.

⁴³⁸ F. Dekeuwer-Défossez, *La séparation dans tous ses états*, Lamy Axe droit, 2010.

⁴³⁹ Loi n° 2011-1862 du 13 déc. 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. *JO* n° 0289 du 14 déc. 2011, p. 21105.

⁴⁴⁰ E. Durand, « Autorité parentale entre parents désunis : des propositions pour améliorer les prérogatives du père », *Dr. fam.* 2012, alerte 64.

⁴⁴¹ *Infra* n° 227.

⁴⁴² Bill 16-2011 Family Law Act.

⁴⁴³ V. *supra* n° 35 et s.

229. Convention homologuée. En droit français, les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales « afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale (...) » (article 373-2-7 alinéa 1 du Code civil). Il existe ainsi une incitation législative au développement des accords parentaux. Toutefois, l'autorité parentale n'étant pas dans le commerce (article 376 du Code civil)⁴⁴⁴, de telles conventions sont soumises à homologation judiciaire et n'ont de force exécutoire qu'une fois homologuées par le juge. Il s'agit là d'une protection, spécialement de l'intérêt de l'enfant. Selon l'article 373-2-7 du Code civil français: « Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement ».

La loi constitue ainsi un outil précieux dans l'aide à la prise de conscience parentale. D'ailleurs, la loi française a récemment introduit dans le Code civil des mesures de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque celui-ci est exposé à des violences familiales.

b- L'exclusion des violences

230. Exclusion des violences. Depuis la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, l'existence de violences exercées au sein de la famille doit être prise en compte par le juge aux affaires familiales lorsqu'il statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale⁴⁴⁵. Les violences familiales sont préjudiciables à l'intérêt supérieur de l'enfant en ce qu'elles ne favorisent pas son développement dans un environnement serein. Cette exigence rejoint l'évolution de l'enfant dans un environnement sain et aide à caractériser son intérêt supérieur.

L'article 373-2-11 du Code civil prévoit désormais que : « lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : (...) 6° les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre »⁴⁴⁶. La loi tient compte également des incidences des violences sur les enfants en introduisant aux articles 373-2-1 et 373-2-9 la disposition suivante: « Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle

⁴⁴⁴ Article 366 du Code civil français : « Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous ».

⁴⁴⁵ Loi n° 2010-769 du 9 juil. 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants. *JO* n° 0172 du 28 juil. 2010, p.13955.

⁴⁴⁶ A. Gouttenoire, « La prise en compte des violences dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale », *AJ. fam.* déc. 2012.

présente toutes les garanties nécessaires ». L'enfant mis en danger par le comportement de l'un de ses parents bénéficie d'une mesure de protection au civil⁴⁴⁷.

231.Exposition aux violences. L'exposition à la violence est en outre en tant que telle considérée comme contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour d'appel de Toulouse, dans l'arrêt du 21 décembre 2012, considère que l'environnement familial violent constitue une négligence des parents à l'égard de leur enfant⁴⁴⁸. Un juge remarque que l'expression « violence conjugale/familiale » est peu employée. Lui est par exemple préférée l'expression « conflits familiaux »⁴⁴⁹. Or, cette expression ne rend pas bien compte de la situation car la violence ne peut être assimilée au simple conflit. La violence revêt un caractère illégal. L'auteur préconise alors l'emploi d'une autre expression, comme celle de « cadre éducatif sécurisant ».

232.Un environnement sécurisant. Il relève de l'intérêt supérieur de l'enfant de bénéficier d'un environnement sûr, sécurisant. Déjà la Cour de justice de l'Union européenne se référait, dans une décision du 2 avril 2009, à l'environnement « sûr et stable » dans lequel doit évoluer l'enfant⁴⁵⁰. La jurisprudence française s'inscrit dans cette même tendance en relevant l'existence d'un environnement familial sécurisant favorable à l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁵¹. Des dispositions législatives de droit interne se réfèrent à la sécurité de l'enfant. L'article 371-1 du Code civil française prévoit que : « L'autorité parentale appartient aux parents (...) pour le protéger dans sa sécurité (...) ». La législation anglaise insiste sur les précautions à prendre quant au maintien de la sécurité de l'enfant, particulièrement en cas de violences familiales, et prévoit que : « l'impact de n'importe quelle violence familiale sur la sauvegarde, la sécurité ou le bien-être de l'enfant »⁴⁵² est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle aménage des poursuites judiciaires ou civiles nécessaires à la préservation de la sécurité de l'enfant.

⁴⁴⁷ A. Bourrat-Guéguen, « Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre les violences au sein du couple ? A propos de la loi du 9 juillet 2010 », *JCP éd. G*, 2010, I, p. 805.

⁴⁴⁸ CA Toulouse, 21 déc. 2012, n° de RG 12/00070.

⁴⁴⁹ E. Durand, *loc. cit.*, alerte 64.

⁴⁵⁰ CJUE, 2 avril 2009, *Affaire A.*, (C-523/07), *préc.*

⁴⁵¹ CA Lyon, 4 juil. 2011, n° de RG 10/01505.

⁴⁵² Part 9, Bill 16- 2011, Family Law Act.

233.Diverses qualités de l'environnement. En dehors de ces exemples, le terme sécurité est absent de la plupart des législations européennes. Il est important de rappeler que l'intérêt supérieur de l'enfant est d'évoluer dans un environnement stable, sûr, serein, sécurisant et d'être protégé contre les violences familiales. L'exigence d'une évolution dans un environnement sain recouvre toutes ces précisions et nuances.

234.Proposition. Pour souligner l'importance d'un cadre de vie sécurisant excluant les violences, il faudrait introduire dans le Code civil français une disposition venant préciser cette exigence. Il est proposé d'introduire au titre de l'autorité parentale⁴⁵³, dans le paragraphe 2 intitulé « De l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés » de la section première du chapitre premier consacré à l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant, un article 373-2 alinéa 5 nouveau : « *L'intérêt supérieur de l'enfant est d'évoluer dans un environnement stable, sûr, serein, sécurisant et d'être protégé contre les violences familiales* ».

⁴⁵³ Titre neuvième du Livre 1^{er} du Code civil.

Conclusion du titre 1

235. Absence d'impact des nuances observées dans le choix de la terminologie à l'échelle européenne. Les législations européennes ne se réfèrent pas toutes à l'expression « intérêt supérieur de l'enfant ». Ces nuances n'entachent pas l'unité et corrélativement l'autonomie de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant car c'est bien l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'entendu au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York qui est visé. En effet, les législateurs comme les juges s'attachent à considérer l'intérêt supérieur de l'enfant sous l'éclairage de la Convention de New York. Le plus souvent, les autres terminologies utilisées renvoient au terme « bien-être ». De nombreuses législations européennes, à l'instar du droit allemand, se réfèrent à celui-ci plutôt qu'à l'expression « intérêt supérieur de l'enfant », sans que cela ne vienne altérer le sens même de la notion telle que visée à l'article 3-1.

Cependant, l'étude révèle que l'intérêt supérieur de l'enfant est porteur du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, alors que le bien-être en constitue simplement l'objectif, celui-ci fondant toutefois parfois une exception au principe, mais également le plus souvent sous l'expression de « recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

236. Existence de différents éléments et niveaux de contenu, grille de lecture de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'étude des différents niveaux de contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant met en exergue un objectif commun, celui de la protection de l'enfant. L'intérêt général de l'enfant fonde les politiques familiales communes à tout enfant et la satisfaction de sa protection. La dimension abstraite et générale de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît en particulier au moment de l'élaboration de la loi.

La prise en compte des intérêts particuliers de l'enfant met, quant à elle, en évidence les différents niveaux de contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Ces éléments et niveaux de contenu sont d'ordre temporel, spatial ou encore situationnel (par exemple, l'intérêt supérieur est défini au regard de la personne de l'enfant mais aussi de sa situation familiale) ou, enfin, d'ordre substantiel (est pris en compte son bien-être physique, intellectuel, psychique). Ces différents niveaux de contenu précisent la notion pour chaque espèce envisagée. Une hiérarchie se dessine alors entre ces différents intérêts, selon leur nature : général ou particulier. L'intérêt supérieur de l'enfant renvoie tantôt à l'intérêt général, tantôt aux intérêts particuliers, parfois même aux deux. Les niveaux de contenu (intérêts

particuliers) présentent surtout l'avantage d'offrir une grille de lecture très précise de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Ils laissent entrevoir l'émergence d'éléments plus substantiels pouvant permettre de définir l'intérêt supérieur de l'enfant.

237. Absence de définition précise. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas encore défini, ni dans la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant, ni par les législations européennes, ni par les juges. Toutefois, sa substance acquiert en précision depuis que des éléments de caractérisation de la notion peuvent être relevés. L'absence de définition précise de l'intérêt supérieur de l'enfant n'entrave ni la réception ni l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les ordres juridiques européens. Au contraire, elle souligne la nécessité de conserver une certaine adaptabilité de la notion aux situations présentées. D'une part, il est plus facile pour les législateurs et les juges européens de relever des éléments de caractérisation communs que d'établir une définition. D'autre part, cette méthode de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant permet de soulever ce qui est important sous cet angle dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale.

Une définition conduirait sans doute à une appréciation trop générale de l'intérêt supérieur de l'enfant concernant à la fois l'exercice de l'autorité parentale mais aussi la filiation, l'assistance éducative ... Or, l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut recouvrir exactement les mêmes éléments quelle que soit la discipline envisagée.

La Cour européenne des droits de l'homme met ainsi en évidence deux éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale.

238. Des éléments de caractérisation. C'est par l'arrêt *Gnahoré contre France*, du 19 septembre 2000, que la Cour de Strasbourg consacre pour la première fois deux éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant : une évolution dans un environnement sain, d'une part ; le maintien de relations personnelles entre l'enfant et ses parents, d'autre part⁴⁵⁴. La Cour a confirmé le contenu ainsi assigné à l'intérêt supérieur de l'enfant par une décision du 6 décembre 2007 dont la portée est supérieure à la précédente, en ce que les fondements juridiques développés relèvent expressément de la Convention de New York⁴⁵⁵. Le maintien des relations personnelles ne peut être exclu que sur le fondement de circonstances

⁴⁵⁴ CEDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré c. France*, req. n° 40031/98 ; F. Sudre, *JCP éd. G* 2001, I, n° 291. ; P. Hilt, *AJ. fam.* 2004.384 ; C. Pettiti, *AJ. fam.* 2006.185 ; J-P Marguénaud, *RTDciv.* 2010. 735 ; *ibid*, *RTDciv.* 2001.451.

⁴⁵⁵ CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, req. n° 39388/05 ; *AJDA* 2008. 978, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 2008. 1854, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *AJ. fam.* 2008. 83, obs. A. Boiché.

exceptionnelles, telles l'indignité ou le désintérêt des parents, sous le contrôle de la Cour européenne et dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il arrive ainsi que les deux éléments de caractérisation s'opposent.

239.Des éléments distincts. Ces deux éléments de caractérisation ne sont pas indissociables. La Cour européenne des droits de l'homme les lie parfois, montrant par là qu'elle cherche précisément à mettre à jour la substance de base de l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, il arrive aussi que ses décisions ne se réfèrent qu'à un seul de ces éléments tout en offrant comme fondement juridique à la solution l'intérêt supérieur de l'enfant. Il faut, toutefois, remarquer que se dessine une hiérarchie entre ces deux éléments. La Cour de Strasbourg décide, dans un arrêt du 10 avril 2012, que les parents ne peuvent prétendre au respect de la vie familiale lorsque le maintien des relations personnelles entre eux et l'enfant a pour conséquences de nuire au développement et à la santé de celui-ci⁴⁵⁶. Il semblerait dès lors que l'évolution de l'enfant dans un environnement sain prime sur le maintien de ses relations personnelles avec ses parents, ce qui renvoie au rapport principe-exception que porte la différenciation du bien-être et de l'intérêt supérieur à l'article 3 de la Convention de New York.

240.Une notion substantielle. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant gagne ainsi en substance, deux éléments de droit permettant de lui conférer un début de contenu manifestant son autonomie. Pour le moment, seuls deux éléments de caractérisation peuvent être considérés comme permanents à l'échelle européenne. La jurisprudence française rejoint la jurisprudence européenne sur ces deux éléments. Il existe d'autres éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit interne, mais s'agissant de rendre compte d'une notion à dimension internationale il est préférable de commencer par mettre en évidence les éléments permanents à l'échelle européenne. Toutefois, l'analyse des législations et décisions européennes permet, sur cette base, d'enrichir le contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant. En droit interne, les éléments suivants s'y ajoutent notamment : maintien des repères de l'enfant (spatiaux, temporels, continuité), cadre de vie stable (environnement familial, social) et serein, développement harmonieux (...). Une définition stricte de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas envisageable. Toutefois une disposition législative pourrait être introduite à l'article 373-2 du Code civil français indiquant que : « l'intérêt supérieur de l'enfant est

⁴⁵⁶ CEDH, 10 avril 2012, *Pontes c. Portugal*, req. n° 19554/09.

d'évoluer dans un environnement stable, sûr, serein sécurisant et d'être protégé contre les violences familiales. Les repères de l'enfant doivent être maintenus dans la mesure du possible en cas de divorce ou de séparation des parents ». Ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant disposerait d'un véritable contenu juridique en matière d'autorité parentale.

La convergence des différentes jurisprudences européennes sur ce point confère une vraie substance à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Pour mieux appréhender encore l'intérêt supérieur de l'enfant, les règles permettant sa caractérisation doivent être analysées.

Titre 2

Les procédés permettant la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant

241.La fonction clé du juge. Le mot « juge » est en l'occurrence utilisé au « sens générique ». Il désigne toute juridiction, quels que soient son degré dans la hiérarchie, sa compétence, sa composition...⁴⁵⁷ Il recouvre tous les « juges » évoqués : juges des juridictions internes, juges de la Cour européenne des droits de l'homme, juges de la Cour de justice de l'Union européenne. L'expression de « juges internes » s'étend aux juges de chaque ordre juridique interne.

Dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale, sont concernées en droit français les juridictions suivantes : la Cour de cassation, les Cours d'appels et les tribunaux de grande instance. Au sein du tribunal de grande instance, la matière de l'autorité parentale repose sur la compétence exclusive du juge aux affaires familiales⁴⁵⁸. Le juge occupe une place centrale dans la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi entendu, il veille scrupuleusement au respect de cet intérêt, notamment à ce que celui-ci soit toujours la considération primordiale dans chaque décision concernant l'enfant, conformément à l'article 3-1 de la Convention de New York. En outre, ses moyens d'action lui offrent la possibilité d'innover dans la recherche de solutions protectrices de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce rôle est dominé par l'obligation faite au juge d'appliquer le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

242.Pour l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le juge applique en l'occurrence le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 3-1 de la Convention de New York proclame l'obligation d'y apercevoir une considération primordiale pour tous les juges des Etats parties à la Convention en ces termes : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait (...) des tribunaux (...), l'intérêt

⁴⁵⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} éd, 2011.

⁴⁵⁸ H. Parcheminal, « Le juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux », *JCP éd. G*, 1994, I, n° 3762 ; *ibid.*, « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RTDsanit. soc.* 1994, p. 201 ; V. Larribeau-Terneyre, « le juge aux affaires familiales », *D.* 1994, p. 141 ; C. Maillard, « La réforme sur le juge aux affaires familiales. Loi du 8 janvier 1993 », *LPA* 29 avril 1994, n° 51.

supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». L'article 373-2-6 du Code civil français prévoit également que : « Le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ». Par application de ces textes, il appartient au juge de rendre sa décision en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

243. La diversité des modalités et modes d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le rôle du juge varie selon que celui-ci est juge du fait ou juge du droit. En qualité de juge du droit, la Cour de cassation française fait émerger peu à peu les éléments de droit de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Les juridictions européennes, spécialement la Cour européenne des droits de l'homme, y participent aussi activement, mais de manière différente. En effet, elles n'ont pas compétence pour juger sur le fond du droit, ce qui ne les empêche pas de contrôler la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juges du fond, lesquelles apprécient souverainement les faits qui permettent de caractériser cet intérêt. Les juges, des juridictions internes et européennes, recourent à des modes et à des outils semblables d'appréciation des faits qui permettent de caractériser, au cas par cas, l'intérêt supérieur de l'enfant.

244. Plan. Ces modes et outils d'appréciation se révèlent en l'occurrence déterminants au regard de la portée de la décision relativement à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant (**Chapitre 1**). Les arrêts rendus par les hautes Cours, juges du droit, sont notamment plus significatifs. Les répercussions des décisions prises au fond sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ne sont pas pour autant négligeables. Dans l'appréciation des faits, le juge confère de plus en plus de substance à l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, lorsqu'il apprécie ces faits, le juge doit relever les éléments de caractérisation de la notion et motiver sa décision au regard de ceux-ci. A défaut, la juridiction du droit peut censurer sa décision. A cette fin, il dispose d'un certain nombre d'outils juridiques adaptés aux exigences de l'appréciation concrète des faits (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

Les modalités d'appréciation des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant

245.L'appréciation judiciaire. L'appréciation renvoie à l'action de juger. L'appréciation des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant tel que mis à jour dans le premier titre relève de la compétence des juges. Désormais guidés par le principe, les juridictions européennes et les juges des ordres juridiques internes apprécient les faits à la lumière de celui-ci. Sont mise en œuvre à cette fin des méthodes adaptées à la complexité et à la pluralité des situations familiales actuelles dans le domaine de l'autorité parentale. Le juge n'insiste pas sur les mêmes niveaux de contenu et d'éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant selon que les parents de celui-ci vivent ensemble ou sont séparés, exercent conjointement ou non l'autorité parentale.

246.Modalités d'appréciation. Pour déterminer les circonstances particulières d'appréciation avec suffisamment de précision (modalités), il faut distinguer selon que sont envisagés les différents types de pouvoir judiciaire d'appréciation (**Section 1**) ou les modes d'appréciation (**Section 2**).

Section 1. Les types de pouvoir judiciaire permettant la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant

247. Une appréciation au service de la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être caractérisé par les juges qui font application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les faits de l'espèce font dès lors l'objet d'une appréciation par les juges du fond, soumise au contrôle de droit de la Cour de cassation. L'appréciation des faits repose sur une large marge de manœuvre des juges du fond. Le rôle de la Cour de cassation est spécifique en ce qu'il s'agit d'une appréciation au regard du droit, d'un contrôle du droit.

248. Appréciation et interprétation. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant peut faire l'objet d'une interprétation par les juges au regard des textes visés. L'interprétation se distingue de l'appréciation en ce que la première porte sur la règle de droit et la seconde sur les faits⁴⁵⁹. L'interprétation est le plus souvent utilisée pour comprendre le sens d'un texte obscur. *A priori*, il n'y a pas intérêt à distinguer entre l'interprétation et l'appréciation pour l'application de l'article 3-1 de la Convention de New York. Toutefois, il apparaît que la première est cohérente tandis que la seconde est contrôlée.

249. Plan. L'appréciation des faits relève traditionnellement de la compétence des juges du fond. La caractérisation des éléments de droit relève du contrôle de la Cour de cassation en droit interne (§2). De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a développé une autre méthode afin de tenir compte de la primauté du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (§1).

§1. Les modes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme

250. Plan. La Cour de Strasbourg a mis en évidence, dans un arrêt du 6 décembre 2007, une interprétation dite cohérente de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁶⁰. Cette interprétation repose sur une application stricte des dispositions de la Convention de La Haye et de la

⁴⁵⁹ C. Pomart, *La magistrature familiale, vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille*, thèse dactyl., 2002, p. 164.

⁴⁶⁰ CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau Washington c. France*, req. n° 39388/05, *AJDA* 2008. 978, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 2008. 1854, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *AJ. fam.* 2008. 83, obs. A. Boiché.

Convention européenne des droits de l'homme en matière d'enlèvements d'enfants (A). Cependant, la Cour européenne a récemment tempéré ce mode d'interprétation au profit d'une nouvelle orientation (B).

A- Une interprétation dite cohérente dans la jurisprudence européenne dans le domaine des déplacements illicites d'enfants

251.Définition. Les affaires d'enlèvements d'enfants correspondent aux situations dans lesquelles l'enfant est enlevé à l'un des parents par l'autre. L'article 3 de la Convention de La Haye prévoit, à cet égard, que : « Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite : *a)* lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et *b)* que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus. Le droit de garde visé en *a)* peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat ». Le texte précise très strictement les cas de déplacements illicites d'enfants.

252.Un déplacement illicite. Ces affaires intéressent les couples séparés, particulièrement lorsque les parents de l'enfant sont de nationalité différente. Les enlèvements d'enfants revêtent alors une dimension internationale. Le plus souvent, le déplacement et le non-retour de l'enfant se traduisent par le souhait du parent de retourner dans son pays d'origine avec l'enfant.

Les enlèvements internationaux d'enfants sont en tant que tels contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, abstraitement envisagé. A cet égard, l'article 11-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit que : « Les États parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non- retour illicites d'enfants à l'étranger ». La mesure phare de lutte contre l'enlèvement d'enfants est le retour de l'enfant dont l'organisation relève principalement de la Convention de La Haye. Cette dernière a pour objectif d'assurer une coopération des autorités centrales de chaque Etat (signataire) afin d'organiser le retour de l'enfant déplacé illicitement par l'un de ses parents.

253.Fondement du retour de l'enfant. L'article 13 b) de la Convention de La Haye prévoit une dérogation au principe du retour de l'enfant déplacé illicitement lorsqu' « il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ». Les juges apprécient strictement cette exception. Cette appréciation stricte renvoie à une interprétation cohérente de l'intérêt supérieur de l'enfant.

254.Emergence de l'interprétation cohérente. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas compétence pour juger du fond des affaires. Elle s'assure du respect des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme par les Etats parties. Malgré l'absence de référence à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans le texte, les juges se fondent sur son article 8 §1 pour reconnaître le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁶¹. La Cour éclaire ainsi l'article 8 §1 par une référence, implicite ou explicite selon les cas, à l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York. Dans le cadre de cette mission, les juges vérifient particulièrement que l'interprétation de la notion est cohérente. Dans l'arrêt *Maumousseau Washington contre France*, la Cour « juge souhaitable que cette notion d'intérêt de l'enfant soit constamment interprétée de manière cohérente, quelle que soit la convention internationale invoquée »⁴⁶².

En l'occurrence, l'interprétation cohérente de l'intérêt supérieur de l'enfant s'inscrivait dans le contexte particulier de l'enlèvement international de l'enfant régi par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.

255.L'interprétation cohérente en matière de déplacement illicite d'enfants. La Cour européenne des droits de l'homme précise qu' : « elle ne voit pas en quoi l'interprétation, par les juridictions internes, de l'article 13 b) de la Convention de La Haye serait nécessairement incompatible avec la notion « d'intérêt supérieur de l'enfant » visée par la Convention de New York ». D'ailleurs, elle observe que « la Convention de New York oblige les Etats parties à prendre des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger, et que ces Etats sont invités à conclure des accords

⁴⁶¹ Par exemple : CEDH, 10 mai 2007, *Skugor c. Allemagne*, req. n° 76680/01, spéc. §§51-54, CEDH, 8 juil. 2003, *Sahin c. Allemagne*, req. n° 30943/96, spéc. §§65-66.

⁴⁶² CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau Washington c. France*, req. n° 39388/05, spéc. §71.

bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants - dont la Convention de La Haye fait partie »⁴⁶³.

La lutte contre les déplacements illicites d'enfants répond à l'intérêt supérieur de l'enfant et participe à la protection de celui-ci. L'interprétation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant doit être cohérente au regard des textes visés. En l'occurrence, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant justifiait le retour de l'enfant déplacé auprès de son père.

256. Portée de l'interprétation cohérente. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être caractérisé au regard de l'article 13 b) de la Convention de La Haye même si ce texte ne se réfère pas explicitement à la notion. La Convention constitue tout de même un instrument de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant puisque son préambule énonce que : « Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde ». En l'occurrence, la Cour de Strasbourg constate que le retour de l'enfant, décidé par les juridictions nationales et fondé sur une interprétation stricte de l'article 13 b) de la Convention de La Haye, n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Bien au contraire, la Cour européenne précise que la Convention de New York elle-même contient des dispositions destinées à favoriser le retour de l'enfant déplacé illicitement par l'un de ses parents.

Selon la Cour européenne, l'interprétation stricte de l'exception posée à l'article 13 b) de la Convention de La Haye permet une interprétation cohérente de ce qu'exige l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est-à-dire, en l'occurrence, son retour auprès du parent auquel il a été enlevé.

257. Une application stricte des textes. L'interprétation cohérente de l'intérêt supérieur de l'enfant accroît le champ d'application de la notion. Peu importe que le texte mentionne expressément ou non l'intérêt supérieur de l'enfant ; les textes applicables à l'espèce doivent être interprétés à la lumière de ce principe.

Réciproquement, la notion doit être interprétée de manière cohérente par rapport au texte invoqué. Ainsi, dans l'arrêt du 6 décembre 2007⁴⁶⁴, l'objectif de la Convention de La Haye étant la lutte contre les enlèvements d'enfants dans leur intérêt, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être interprété dans ce sens.

⁴⁶³ CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau Washington c. France*, préc.

⁴⁶⁴ *Ibidem*

En d'autres termes, l'intérêt supérieur de l'enfant est de ne pas être enlevé par l'un de ses parents et, en cas d'enlèvement il est de retourner auprès de son autre parent. L'interprétation cohérente présente un intérêt en ce qu'elle circonscrit l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant évitant une éventuelle instrumentalisation au profit du parent ayant déplacé illicitement l'enfant. Dans cet arrêt il est ainsi relevé que « la Cour est convaincue que « l'intérêt supérieur » de l'enfant, entendu comme sa réintégration immédiate dans son milieu de vie habituel, a été pris en compte par les juridictions internes lors de l'appréciation de la demande de retour en application de la Convention de La Haye ». La Cour constate que l'interprétation cohérente de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant permet une appréciation concrète de la demande de retour par les juges nationaux. Cette jurisprudence demeure toutefois isolée.

258. Refus d'assimiler l'intérêt supérieur de l'enfant au retour de celui-ci. Dans d'autres arrêts, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas purement et simplement assimilé au retour de l'enfant, sur le fondement de l'exception posée à l'article 13 b) de la Convention de La Haye entendu comme la protection et le bien-être de celui-ci. On retrouve le rapport principe-exception porté par la Convention de New York⁴⁶⁵.

Il semblerait en ce cas que la Cour de Strasbourg fasse primer l'interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'envisagée par la Convention de New York sur celle prévue par la Convention de La Haye. Il en résulte une nouvelle interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le domaine des déplacements illicites d'enfants.

B- Une nouvelle interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le domaine des déplacements illicites d'enfants

259. Plan. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a sensiblement évolué en la matière. Au recul de l'interprétation cohérente (1) s'associent des exceptions au principe du retour de l'enfant déplacé illicitement sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant (2).

⁴⁶⁵ Par exemple : CEDH, 6 juil. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07 ; CEDH, 13 déc. 2011, *X c. Lettonie*, req. n° 27853/09.

1-Recul de l'interprétation cohérente

260. Une nouvelle position de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Neulinger et Shuruk contre Suisse* du 6 juillet 2010⁴⁶⁶, la Cour de Strasbourg assouplit son interprétation de l'article 13 b) de la Convention de La Haye. En outre, elle utilise l'intérêt supérieur de l'enfant comme critère de son non-retour en cas d'enlèvement en dépit des critères mentionnés à l'article 13 b). La Cour européenne n'est pas compétente pour déterminer quels sont les risques graves justifiant le non-retour de l'enfant auprès du parent qui le sollicite⁴⁶⁷, ce dont elle rend compte dans l'arrêt *Maumousseau Washington contre France*⁴⁶⁸. En effet, elle ne peut apprécier sur le fond les conditions posées à l'article 13 b) de la Convention de La Haye, cette compétence relevant des juridictions nationales⁴⁶⁹. Aussi, dans l'arrêt *Maumousseau*, interprète-t-elle l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au respect de la vie familiale au regard de la Convention de La Haye en rejetant les arguments de la requérante qui vidaient ce dernier texte de sa substance⁴⁷⁰.

261. Intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention de la Haye et intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention de New York. Dans l'arrêt du 6 juillet 2010⁴⁷¹, la Cour de Strasbourg s'autorise à contrôler l'interprétation faite par les juridictions nationales de la Convention de La Haye. En l'espèce, la requérante avait quitté clandestinement le territoire d'Israël avec son enfant. Le père demandait alors le retour de l'enfant sur le fondement de l'article 13 b) de la Convention de la Haye. Ce retour constituait une procédure d'urgence visant à mettre fin à une voie de fait⁴⁷². Le problème suscité par cet arrêt repose sur l'interprétation de la Convention de La Haye par la Cour de Strasbourg.

Il semblerait que la Cour fasse primer l'interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'envisagée par la Convention de New York sur celle prévue par la Convention de La Haye⁴⁷³. Elle érige ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant en critère de décision du retour de

⁴⁶⁶ CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, préc.

⁴⁶⁷ J.P. Marguénaud, « L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales », *RTDciv.* 2010, p. 735 ; Rép. Internat., v° Mineur, n°275 et s., spéc. n°281.

⁴⁶⁸ CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau Washington c. France*, préc.

⁴⁶⁹ M. Bruggeman, « Déplacement international d'enfant : l'article 8, obstacle au principe du retour immédiat de l'enfant ? », *Dr. fam* 2010, alerte 65.

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

⁴⁷¹ CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, préc., spéc. §141.

⁴⁷² A. Boiché, « Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la Convention de La Haye », *AJ. fam.* 2010, p. 482.

⁴⁷³ J.P. Marguénaud, « L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales », *loc. cit.*, p. 735.

l'enfant, tout en s'écartant de l'interprétation cohérente qu'elle met en avant dans l'arrêt *Maumousseau Washington contre France* du 6 décembre 2007.

262. Intérêt supérieur de l'enfant et non-retour de l'enfant déplacé illicitement. A l'appui de son argumentation, la Cour observe que : « les jurisprudences françaises, anglaises et finlandaises intègrent la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans l'interprétation de l'exception relative à un risque grave visé à l'article 13 de la Convention de La Haye »⁴⁷⁴. En effet, dans une décision du 22 mai 2007 les juges français assimilent le risque grave à l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁷⁵. Ils constatent que : « l'intérêt supérieur de l'enfant qui impose de veiller à ce que celui-ci entretienne des relations personnelles avec chacun de ses parents en application de l'article 9-3 de la Convention de New-York sur les droits de l'enfant, est en l'état, mieux assuré par le maintien actuel de l'enfant en France que par son retour immédiat au Maroc, qui aboutirait au vu des éléments de l'espèce, à une rupture totale et non préparée des liens entre la mère et un enfant de sept ans, rupture constitutive d'un traumatisme psychique majeur contraire à l'intérêt et au bien-être de l'enfant ». Les juges décident alors du non-retour de l'enfant au motif que le risque grave avait été suffisamment caractérisé. L'intérêt supérieur de l'enfant commandait en l'occurrence la décision de non-retour. Cette évolution de la jurisprudence européenne a eu un impact non négligeable sur la conception de l'intérêt supérieur de l'enfant qui prévaut dans les législations européennes.

263. Une interprétation plus stricte du retour de l'enfant enlevé dans les législations européennes. La loi fédérale suisse du 1^{er} juillet 2009 sur l'enlèvement international d'enfants⁴⁷⁶ établit le lien entre le retour de l'enfant déplacé illicitement et son intérêt. L'article 5 de la loi intitulé « Retour et intérêt de l'enfant » prévoit que : « Du fait de son retour, l'enfant est placé dans une situation intolérable au sens de l'art. 13, al. 1, let. b, CLaH 80 notamment lorsque les conditions suivantes sont remplies: a. le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant; b. le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui; c. le placement auprès de tiers n'est manifestement pas

⁴⁷⁴ CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, préc, spéc. §60.

⁴⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2007, *Bull. Civ.*, I, n° 199, pourvoi, n° 06-12687.

⁴⁷⁶ Loi 1^{re} juil. 2009 sur l'enlèvement international d'enfants (LF-EEA).

dans l'intérêt de l'enfant ». L'intérêt supérieur de l'enfant fonde alors la décision de non-retour.

264.Conséquences. Le principe ne semble plus être celui du retour de l'enfant déplacé illicitement mais celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit être une considération primordiale comme l'impose l'article 3-1 de la Convention de New York. La prise en compte de la relation extrapatrimoniale développée entre le parent ravisseur et l'enfant semble davantage protégée que celle entre le parent victime de l'enlèvement de l'enfant et celui-ci. Contrairement à ce que prévoit la Convention de La Haye, c'est la décision de retour de l'enfant qui semble interprétée strictement. Il serait toutefois hâtif de se limiter à une telle conclusion. C'est en effet la conception même de l'intérêt supérieur de l'enfant qui a évolué en l'occurrence.

2- Une évolution de l'interprétation mise en œuvre

265.Analyse de la nouvelle interprétation. Dans ses décisions antérieures, la Cour de Strasbourg s'attachait à ne pas faire de l'intérêt supérieur de l'enfant un critère du non-retour de l'enfant, en soulignant que les motifs invoqués pour empêcher ce retour vidaient la Convention de La Haye de sa substance⁴⁷⁷. Elle maintenait pour cela une interprétation cohérente de l'intérêt supérieur de l'enfant au regard de la Convention de La Haye. Désormais, elle décide du non-retour de l'enfant au regard de son intérêt supérieur. Selon un auteur⁴⁷⁸, la différence entre ces deux décisions s'explique par l'interprétation donnée à la Convention de La Haye.

Dans l'arrêt *Maumousseau Washington contre France*, la Cour retient la conception de l'intérêt supérieur de l'enfant envisagée par la Convention de La Haye, c'est-à-dire un simple objectif de protection. En revanche, dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk contre Suisse*, elle interprète la Convention de La Haye à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en utilisant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Précisément, elle interprète l'article 13 b) de la Convention de La Haye au regard des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, ceux-ci étant d'ailleurs mentionnés

⁴⁷⁷ CEDH, *Maumousseau Washington c. France*, préc.

⁴⁷⁸ J.-P. Marguénaud, « L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales », *loc. cit.*, p. 735.

dans la décision⁴⁷⁹. A cet effet, elle reprend le dispositif de l'arrêt Gnahoré contre France : l'intérêt supérieur de l'enfant est d'évoluer dans un environnement sain et de maintenir des relations personnelles avec ses parents.

La Cour opère un véritable contrôle sur le fond⁴⁸⁰ en constatant qu' : « un tel scénario ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pour lequel la requérante représente sans doute la seule personne de référence ». Cette décision pose la question de l'avenir de l'article 13 b) de la Convention de La Haye.

266.Portée de cette évolution jurisprudentielle ? La mise en exergue d'éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant et le caractère premier du principe sont à l'origine d'une nouvelle interprétation de l'article 13 b) de la Convention de La Haye. Si la Cour de Strasbourg continue d'écarter la règle du retour de l'enfant au profit de son non-retour, cela constituerait une sérieuse remise en question d'un instrument efficace de lutte contre les enlèvements d'enfants. Qu'advierait-il du parent qui se rendrait coupable d'une voie de fait ? Celui-ci ne serait-il plus sanctionné⁴⁸¹ ? Il suffirait que le parent, coupable du déplacement illicite de l'enfant, procure un « rapport d'expertise complaisant »⁴⁸² pour que son retour ne soit pas organisé. Par deux décisions récentes, la Cour européenne a confirmé pourtant cette position⁴⁸³. Cependant, par un récent arrêt du 26 novembre 2013, la Cour européenne vient tempérer les effets de la jurisprudence *Neulinger et Shuruk* contre Suisse⁴⁸⁴. Elle ne se livre plus à un examen sur le fond de l'affaire et précise toute la portée de l'article 13 b) de la Convention de La Haye en n'érigant plus l'intérêt supérieur de l'enfant en critère de non-retour.

L'intérêt supérieur de l'enfant est de vivre dans un cadre de vie stable et harmonieux, tout en maintenant des relations personnelles avec chacun de ses parents. Or, selon le raisonnement de la Cour le retour de l'enfant après son enlèvement opèrerait une véritable rupture avec ces éléments de caractérisation. C'est pourquoi elle érige l'intérêt supérieur de

⁴⁷⁹ CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, préc., spéc. §136.

⁴⁸⁰ CEDH, 13 déc. 2011, *Lettonie c. X*, req. n° 27853/09, A. Boiché, « La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la Convention de La Haye », *AJ. fam.* 2012, p. 97 ; A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *Dr. fam.* 2012, Etude 6 ; M. Bruggeman, « Le retour n'est pas toujours la meilleure solution... », *Dr. fam.* 2012, comm. 31.

⁴⁸¹ A. Boiché, « La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la Convention de La Haye », *loc. cit.*, p. 97

⁴⁸² *Ibidem*.

⁴⁸³ CEDH, 12 juillet 2011, *Sneerson et Kampanella c. Italie*, n° 14737/09 ; CEDH, *X. c. Lettonie*, préc., A. Gouttenoire, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.*, n° 3, mars 2012, A. Boiché, « La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la Convention de La Haye », *loc. cit.*, p. 97.

⁴⁸⁴ CEDH, *X c. Lettonie*, 26 nov. 2013, req. n° 27853/09, *AJ. fam.* 2014, p. 58, note A. Boiché.

l'enfant en fondement des décisions de non-retour. Pourtant, de prime abord, c'est bien l'enlèvement de l'enfant qui rompt les liens entre l'enfant et son parent, perturbant ainsi son évolution dans un environnement sain. Faut-il considérer que la Convention de La Haye, particulièrement son article 13 b), ne peut répondre objectivement à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant au regard des éléments de caractérisation relevés ? Les juridictions sont partagées.

267.Des juridictions partagées. Une rupture pourrait s'opérer entre les Etats membres du Conseil de l'Europe qui appliqueraient la jurisprudence Neulinger et Shuruk contre Suisse et les autres qui continueraient à appliquer strictement la Convention de La Haye⁴⁸⁵. Ces deux interprétations contradictoires pourraient être à l'origine d'un important contentieux en droit international privé et constituer une source d'insécurité juridique.

Deux conceptions du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant s'opposent. D'une part, la Cour européenne utilise le principe pour donner une nouvelle interprétation de l'article 13 b) de la Convention de La Haye, favorable au non-retour de l'enfant déplacé illicitement. D'autre part, les juges nationaux maintiennent le plus souvent une interprétation stricte de ce texte en appréciant les critères mentionnés à cet article à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'analyse d'illustrations jurisprudentielles peut permettre d'affiner ces conclusions.

268.Exemples jurisprudentiels de droit interne. Par une décision du 13 février 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation casse la décision des juges du fond ordonnant le retour de l'enfant déplacé illicitement par la mère⁴⁸⁶ au motif « qu'en se déterminant par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui-ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Par conséquent, la Cour de cassation applique strictement l'article 13 b) de la Convention de La Haye. En l'espèce, le risque grave empêchant le retour de l'enfant n'était pas caractérisé. Par un arrêt du 14 juin 2005⁴⁸⁷ elle constate : « qu'il résulte de l'article 13 b)

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 fév. 2013, pourvoi n° 11-28424, *D.* 2013. 498, note I. Gallmeister ; *AJ. fam.* 2013. 185, A. Boiché.

⁴⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *Bull. Civ. I.*, n° 247, p.207 ; pourvoi n° 04-16942 ; *D.* 2005.2790, note F. Boulanger ; *ibid. chron.* P. Courbe ; *RTDciv.* 2005.556, obs. R. Encinas de Munagorri ; *ibid.* 2005.750, obs. P. Rémy-Corlay ; *JCP éd. G*, 2005, II, n° 10115, concl. C. Petit ; note Chabert ; *Gaz. Pal.* 2005. 3412 ; note G.

de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable ; qu'en vertu de l'article 3-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

269. Absence d'autonomie de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention de New York dans le domaine des déplacements illicites d'enfants. Dans l'arrêt précité du 13 février 2013, la Cour de cassation rappelle que l'exception posée à l'article 13 b) de la Convention de La Haye doit être appréciée au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant ne constitue pas en l'occurrence un critère de décision autonome par rapport à l'article 13 b).

Dans un jugement du 10 juin 2011, les juges anglais se prononcent également dans ce sens⁴⁸⁸, rattachant l'article 13 b) à l'intérêt supérieur de l'enfant, en ces termes: « En résumé, la Convention de La Haye est conçue au profit des enfants non des adultes. L'intérêt supérieur de l'enfant (...) constitue une préoccupation dominante dans la Convention. L'intérêt supérieur, non seulement des enfants en général, mais aussi de tout enfant pris individuellement est une préoccupation primordiale dans le processus de la Convention de La Haye. Nous approuvons la Cour de Strasbourg lorsqu'elle relève que l'intérêt supérieur de l'enfant présente deux aspects : la réunion rapide de l'enfant avec ses parents afin que le passage du temps ne constitue pas un avantage déloyal et son évolution dans un environnement sain, qui exclut tout danger. La Convention de La Haye marque un juste équilibre entre les intérêts en cause ».

Salamé ; *Defrénois* 2005.1418 note J. Massip ; *Dr. et Patr.* Sept. 2005, p. 101 obs. Ph. Bonfils ; *RTDsanit. soc.* 2005. 814, note C. Neirinck.

⁴⁸⁷ J. Hauser, « L'accord » forcé des parents et la démission du juge », *RTDciv.* 2013, p. 591 ; *Rev. crit. DIP*, 2005.679, note D. Bureau.

⁴⁸⁸ Jugement du 10 juin 2011, www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/27.htm, A. Boiché, « La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidée d'annihiler la convention de La Haye », *AJ. fam.* 2012, p. 97 : « *In summary, therefore, the whole of the Hague Convention is designed for the benefit of children, not of adults. The best interests, not only of children generally, but also of any individual child involved are a primary concern in the Hague Convention process. We agree with the Strasbourg court that in this connection their best interests have two aspects: to be reunited with their parents as soon as possible, so that one does not gain an unfair advantage over the other through the passage of time; and to be brought up in a "sound environment", in which they are not at risk of harm. The Hague Convention is designed to strike a fair balance between those two interests* ».

Les juges anglais sont ainsi favorables à une application stricte de l'exception posée à l'article 13 b) de la Convention de La Haye. Selon eux, la décision Neulinger et Shuruk doit demeurer une exception qui trouve sa légitimité dans la longueur de la procédure.

270. Conclusion. L'intérêt supérieur de l'enfant, au sens de la Convention internationale des droits de l'enfant, n'a pas acquis une pleine autonomie dans le domaine du déplacement illicite d'enfants. Cela pourrait toutefois évoluer, à l'échelle notamment des juridictions internes, car l'appréciation des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant est soumise à un contrôle de droit. Or, en dehors du domaine spécifique du déplacement illicite d'enfants soumis à la Convention de la Haye précitée, l'intérêt supérieur de l'enfant est interprété à la lumière de l'article 3-1 de la Convention de New York.

A l'analyse de surcroît, même dans le domaine des déplacements illicites d'enfants et comme il va apparaître dans les développements ci-dessous, l'intérêt supérieur de l'enfant ne doit pas être détaché de l'article 3-1 précité. Il s'agit en effet de combiner à ce sujet les différents modes d'interprétation mis en œuvre pour la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

§2. Une caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant sous contrôle dans les jurisprudences nationales

271. Plan. La caractérisation par les juges de l'intérêt supérieur de l'enfant est placée sous le contrôle des juges du droit (A). Toutefois, la délimitation du domaine du contrôle de droit et de l'appréciation souveraine des faits est délicate en la matière (B).

A- Le contrôle de droit

272. L'appréciation des juges du fond. En droit français, le pouvoir d'appréciation des juges du fond est dit souverain en ce qu'il porte sur les faits et le fond de l'affaire, par opposition à la compétence de la Cour de cassation qui ne peut juger que du droit. La Cour de cassation a pour mission de dire le droit et de maintenir une unité juridique d'interprétation⁴⁸⁹. S'agissant des faits, les juges du fond disposent d'une grande liberté pour les apprécier sans

⁴⁸⁹ X. Bachellier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », *in* Droit et technique de cassation 2009, Bulletin d'information n° 702, 15 mai 2009.

toutefois les dénaturer. Cette souveraineté s'exprime de façon intéressante lorsque les juges apprécient les faits pour l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

273. Appréciation des faits pour la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, dans un arrêt du 25 février 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation constate que « le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant guidant les juges, ceux-ci avaient par une appréciation souveraine des faits et des circonstances décidé du retour immédiat des enfants auprès de leur père, résidant en Afrique du Sud »⁴⁹⁰. En l'espèce, pour l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, les juges du fond apprécient souverainement l'absence de preuve par la mère des risques que pourrait procurer le retour des enfants, les maltraitances dont ils auraient fait l'objet, les effets néfastes de leur retour les plaçant dans une situation intolérable. A partir de cette appréciation des éléments de faits, ils décident que l'intérêt supérieur des enfants est de retourner vivre auprès de leur père. La Cour de cassation exerce de son côté un contrôle de droit.

274. L'intérêt supérieur de l'enfant, notion de droit. Depuis la reconnaissance de l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention de New York par la jurisprudence française⁴⁹¹, la notion constitue une notion de droit, de sorte que la Cour de cassation exerce son contrôle sur la caractérisation qui en est faite par les juges du fond.

La Cour de cassation française se réserve ainsi, dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale, de contrôler que les éléments de droit à prendre en compte au titre de l'intérêt supérieur de l'enfant l'ont bien été. C'est à ce titre qu'elle peut reprocher à des juges du fond de ne pas avoir tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York, par exemple en ne répondant pas à la demande d'audition de l'enfant⁴⁹². En outre, elle veille à ce que les juges apprécient réellement les faits de l'espèce et

⁴⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 25 fév. 2009, inédit, pourvoi n° 08-18126.

⁴⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. Civ. I* n° 211 p. 179, pourvoi n° 02-16336.

⁴⁹² Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. Civ. I* n° 212 p. 180, pourvoi n° 02-20613, *D.* 2005.1909, note V. Egea ; *JCP* éd. G 2005, II, n° 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *ibid.* 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *ibid.* 199, n° 7 ; obs. J. Rubellin-Divichi ; *Gaz. Pal.* 2005. 2664, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *Deffrénois* 2005.1418, note J. Massip ; *AJ. fam.* 2005. 274, obs. T. Fossier ; *Dr. fam.* 2005, n° 156, note A. Gouttenoire ; *RJPF* 2005 9/31, note F. Eudier ; *Dr. et patr.*, sept. 2005, p. 101, obs. Ph. Bonfils, *RTDsanit. soc.* 2005.814, note C. Neirinck ; *Rev. Crit. DIP* 2005.679, note D. Bureau ; *RTDciv.* 2005.585, obs. J. Hauser ; et 627, obs. Ph. Théry.

Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, *Bull. Civ. I.*, n° 247, p.207 ; pourvoi n° 04-16942 , *D.* 2005.2790, note F. Boulanger *chron.* ; P. Courbe *RTDciv.* 2005.556, obs. R. Encinas de Munagorri, *ibid.* 2005.750, obs. P. Rémy-Corlay ; *JCP* éd. G, 2005 II. 10115, concl. C. Petit ; note Chabert ; *Gaz. Pal.* 2005. 3412 ; note G. Salamé ; *Deffrénois* 2005.1418 note J. Massip ; *Dr. et Patr.* Sept. 2005, p. 101 obs. Ph. Bonfils ; *RTDsanit. soc.* 2005. 814, note C. Neirinck.

qu'ils ne s'en remettent pas à la volonté de l'enfant ou encore à celle des parents⁴⁹³. L'intérêt supérieur de l'enfant est également une notion de droit dans les autres Etats européens.

275. Une notion de droit dans la jurisprudence des juridictions internes des différents Etats européens. La même répartition des pouvoirs –juge du droit/juge du fait– peut être observée dans les autres Etats européens. Par exemple, le tribunal fédéral suisse, dans une décision du 5 novembre 2008, s'en remet également à l'appréciation souveraine des juges du fond, en précisant néanmoins qu'il « interviendrait si la décision avait été prise sur la base de circonstances qui ne jouent aucun rôle selon l'esprit de la loi, ou si des aspects essentiels avaient été ignorés »⁴⁹⁴. Peu à peu, l'intérêt supérieur de l'enfant est ainsi également devenu notion de droit dans les jurisprudences internes des différents Etats européens. Les nombreuses décisions judiciaires citées dans le premier titre viennent l'illustrer. En dépit de cette large consécration du contrôle de droit de la caractérisation de l'intérêt supérieur par les juges du fond, la question de savoir si la notion est de droit ou de fait demeure discutée.

276. Notion de droit ou notion de fait ? Certains auteurs⁴⁹⁵ soulignent que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant constituerait « une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond ». Pour d'autres⁴⁹⁶, il s'agit d'une question de droit depuis que la Cour de cassation exerce un contrôle de droit, donc depuis les arrêts précités du 18 mai 2005⁴⁹⁷. Un auteur écrit ainsi : « contrairement à l'intérêt de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion de droit ». En effet, c'est au regard du contenu de la convention de New York qu'est appréciée cette notion. C'est dans son arrêt (n° 02-60613) du 18 mai 2005 que la Cour de cassation a décidé d'opérer un contrôle de conventionnalité, appliquant directement la Convention en droit interne⁴⁹⁸. Il faut pour bien saisir la nuance opérer une stricte délimitation des pouvoirs du juge en la matière.

⁴⁹³ J. Hauser, « L'accord » forcé des parents et la démission du juge », *RTDciv.* 2013, p. 591 ; *Rev. crit. DIP* 2005.679, note D. Bureau.

⁴⁹⁴ Tribunal fédéral suisse, 5 nov. 2008, 5A_480/2008.

⁴⁹⁵ A. Gouttenoire, P. Bonfils, *Droit des mineurs*. Précis Dalloz, 2008, p. 44 ; J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, t.2, Presses universitaires de France, 1991, 14^{ème} éd., p. 271.

⁴⁹⁶ C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? » *loc. cit.* p. 29 et 30, sur les débuts d'un contrôle ; *ibid.*, *L'enfant sujet de droits*, ouvrage collectif, *op. cit.* n° 385 et 386.

⁴⁹⁷ *Supra* n° 22.

⁴⁹⁸ C. Brunetti-Pons, *L'enfant sujet de droits*, ouvrage collectif, *op. cit.* n° 386.

⁴⁹⁸ *Infra* n° 551.

277.Délimitation des pouvoirs du juge. Critiquant la qualification de notion de fait, des auteurs⁴⁹⁹ ont fait observé avec justesse que ce n'est pas l'intérêt supérieur de l'enfant qui fait l'objet de l'appréciation judiciaire, mais les faits analysés au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Un auteur relève ainsi qu'« affirmer que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant doit être appréciée est un sophisme surtout de la part de ceux qui lui reconnaissent valeur de principe (...). Ce n'est pas le principe qui doit faire l'objet d'une quelconque appréciation : ce sont les faits auxquels il s'applique »⁵⁰⁰. Ainsi, pour caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant, les juges du fond apprécient souverainement les faits.

278.Appréciation des faits et non appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. La caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant ne dépend pas de l'appréciation de l'intérêt par les juges, mais des faits appréciés par ces derniers⁵⁰¹. Par exemple, dans une décision du 6 juin 2012⁵⁰², la première chambre civile de la Cour de cassation décide qu'il est de l'intérêt de l'enfant que sa résidence soit fixée chez son père, au motif qu'il existait des incertitudes quant au projet d'expatriation de la mère, alors que le père avait une situation stable et disposait de temps suffisant pour s'occuper de l'enfant. L'appréciation de ces éléments de fait, en l'espèce le cadre de vie stable offert par le père et ses disponibilités, permet à la Cour de considérer que la Cour d'appel a bien rendu sa décision conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant. Les faits relevés suffisent à caractériser la notion, correctement appliquée en l'espèce. Il faut remarquer que la Cour d'appel se réfère en l'occurrence à l'expression « intérêt de l'enfant » et non à celle d'« intérêt supérieur de l'enfant ». Pourtant, c'est bien le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est pris en compte, car sont relevés différents éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, notamment la stabilité⁵⁰³.

Sous l'angle de l'appréciation des faits, les juges du fond conservent toutefois une importante marge de manœuvre.

279.Une importante marge de manœuvre des juges du fond. Le pouvoir souverain des juges du fond se justifie par la possibilité pour ceux-ci de bénéficier d'une approche plus concrète de la réalité familiale. Le tribunal fédéral suisse reconnaît le large pouvoir

⁴⁹⁹ J.-P. Servel, *La notion de l'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, op. cit, p. 68.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

⁵⁰¹ J. Costa-Lascoux, « Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit des mineurs », in « *Intérêt de l'enfant* », et « *droit de l'enfant* », *De quel droit? De l'intérêt... aux droits de l'enfant*, Cahiers du CRIV, n° 4, 1988, p. 161 et s.

⁵⁰² Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2012, inédit, pourvoi n° 11-12989.

⁵⁰³ *Supra* n°199.

d'appréciation des juges du fond justifié par leur expérience en la matière, par leur connaissance des parties et le milieu dans lequel l'enfant est amené à vivre⁵⁰⁴. Les juges du fond disposent donc d'une importante marge de manœuvre dans l'appréciation des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant.

La première chambre de la Cour de cassation française a pu ainsi rejeter plusieurs pourvois au motif de l'appréciation souveraine des juges du fond. Par exemple, concernant le rejet de la demande de la levée d'une interdiction de sortie de territoire au profit de la mère afin d'éviter toute rupture des liens entre l'enfant et son père⁵⁰⁵, la décision d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale au profit de la mère⁵⁰⁶ ou encore le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et la fixation de la résidence habituelle de l'enfant chez sa mère⁵⁰⁷. Les éléments de faits relevés sont très divers.

280. Diversité des éléments de fait. Les exemples jurisprudentiels relevés témoignent de la diversité des éléments de fait pris en compte par les juges du fond dans l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour de cassation n'intervient que si ceux-ci ne tiennent pas compte de l'un des éléments de droit de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour de cassation casse alors les décisions pour manque de base légale⁵⁰⁸. Il faut remarquer que ces cassations demeurent assez rares⁵⁰⁹. On relève surtout en ce domaine des arrêts de rejet⁵¹⁰. Cela souligne qu'il est délicat de délimiter en la matière le contrôle de droit de l'appréciation souveraine des faits en la matière.

⁵⁰⁴ Tribunal fédéral suisse, 1^{re} sept. 2009, 5A_327/2009.

⁵⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, inédit, pourvoi n° 10-30856.

⁵⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, inédit, pourvoi n° 09-71197.

⁵⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, inédit, pourvoi n° 09-67076.

⁵⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20613, *préc.*, Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, *Bull. Civ.*, I, n° 103, pourvoi n° 06-17869 ; *D.* 2007. AJ. 1083; *ibid.* Pan. 2192, obs. Gouttenoire; *Dr. fam.* 2007, n° 125 obs. Murat ; *RTDciv.* 2007. 330, obs. Hauser.

⁵⁰⁹ J. Hauser, « Le statut de l'enfant depuis la Convention relative aux droits de l'enfant : rapport de synthèse », *RLDC* 2011, n°87, p. 66 et s.

⁵¹⁰ D. Sarcelet, « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit interne », *RLDC* n° 87, p. 17 et s.

B- La délicate délimitation du contrôle de droit et de l'appréciation souveraine des faits

281. Prise en compte des droits de l'enfant dans l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les droits de l'enfant sont particulièrement liés à l'intérêt supérieur de l'enfant⁵¹¹. Cela explique que les juridictions les prennent en compte dans la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ceux-ci offrent un socle d'éléments de droit soumis au contrôle de la Cour de cassation. Il est intéressant d'analyser le contrôle de droit sous l'angle des droits de l'enfant. Il apparaît dès lors que le contrôle de droit de l'intérêt supérieur de l'enfant est embryonnaire en dehors du cas spécifique des droits de l'enfant.

282. Droits de l'enfant, éléments de droit. De manière générale, les droits constituent un « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société »⁵¹². Les droits de l'enfant répondent à cette définition⁵¹³. Ce sont des droits qui ne peuvent subir aucune dérogation sauf si la loi elle-même le prévoit. L'intérêt supérieur de l'enfant ne connaît pas encore de définition précise malgré la mise en évidence de différents niveaux de contenu et d'éléments de caractérisation. Les droits de l'enfant se distinguent alors de cette notion en ce qu'ils sont plus concrets puisque définis⁵¹⁴. Cette distinction de nature a été révélée par la jurisprudence.

La caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, ou de manière générale du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, repose pour beaucoup sur une appréciation souveraine des faits par les juges, alors que l'existence des droits de l'enfant s'impose à eux. Les juges ne peuvent que relever l'existence des droits de l'enfant, constater le respect ou le défaut de respect à ces droits. En revanche, pour apprécier les faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant, ils disposent d'une plus large marge de manœuvre et doivent opérer un réel examen de ce à quoi peut correspondre cet intérêt et de quelle manière il doit être mis en œuvre⁵¹⁵.

Les juges du fond disposent ainsi d'une sorte de compétence liée dans le contrôle du respect des droits de l'enfant, alors qu'ils peuvent relever des faits beaucoup plus variés pour

⁵¹¹ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 15.

⁵¹² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., 2011.

⁵¹³ F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, Collection Que sais-je ?, 9^{ème} éd., 2010, p. 4. J. Hauser, « Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale des droits de l'enfant. Rapport de synthèse », *Revue Lamy droit civil*, 2011, n° 87, p. 66 et s.

⁵¹⁴ P. Verdier, « Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant », *in* L'intérêt supérieur de l'enfant en questions leurre ou levier au service de ses droits ?, Journée d'étude, 20 nov. 2010, p. 3.

⁵¹⁵ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *loc.cit.* p. 15.

la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. La jurisprudence française en offre une bonne illustration.

283. Les droits de l'enfant simplement désignés dans la motivation. Les juges français ont eu l'occasion de viser le droit pour l'enfant de connaître son identité sur le fondement de l'article 8 de la Convention de New York⁵¹⁶. L'article 8 de cette Convention internationale prévoit que : « Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale ». Dans un arrêt du 6 janvier 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation décide que ne viole pas l'article 8 de la Convention le refus d'ajouter le nom du père à celui de la mère concernant le choix de l'attribution du nom à l'enfant. Ce refus ne peut s'apparenter à une violation du droit pour l'enfant à connaître son identité puisque, selon la Cour de cassation, « l'enfant dispose d'un état civil conforme à la loi et aux relations qu'elle entretient avec son père ».

L'article 12 de la Convention de New York relatif au « droit pour l'enfant d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant », et au « droit d'être entendu dans tout procédure l'intéressant » fait également l'objet d'une appréciation rigoureuse par les juges du fond. Dans un arrêt du 9 mai 2012, la Cour d'appel de Rennes décide que : « l'audition de l'enfant constitue un droit et non une obligation en application de la Convention internationale des droits de l'enfant du 26 janvier 1990 »⁵¹⁷. Les juges du fond appliquent strictement les dispositions de l'article 12 de la Convention de New York. En dehors du domaine des droits de l'enfant où il suffit de se référer à un texte de la Convention, les juges du fond doivent strictement caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant.

284. La nécessaire caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juges du fond. S'agissant du contrôle de l'intérêt supérieur de l'enfant les juges ont à le caractériser, sous le contrôle de la Cour de cassation. La question de la décision d'attribution d'un droit de visite et d'hébergement au profit d'un parent vient illustrer la délicate délimitation des domaines respectifs du contrôle de droit et de l'appréciation souveraine des faits au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un arrêt du 25 mars 2009, la première chambre civile de

⁵¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2010, *Bull. Civ. I*, n° 3, pourvoi n° 08-18871 ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 35, p. 28, note C. Berlaud ; *Defrénois*, 2010, n° 7, p. 861, note J. Massip ; *Dr. fam.* 2010, comm. 102, P. Murat.

⁵¹⁷ CA Rennes, 9 mai 2012-11-01, n° de RG 11/04466. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, inédit, pourvoi n° 12-12224.

la Cour de cassation exerce un contrôle sur cette caractérisation⁵¹⁸. En l'espèce, elle estime que le refus d'un tel droit est suffisamment justifié car les juges se sont livrés à une véritable caractérisation de ce à quoi relevait l'intérêt supérieur de l'enfant. L'enlèvement de l'enfant est jugé contraire à son intérêt supérieur et justifie un refus du droit de visite au détriment du parent coupable de ce déplacement illicite. Pour rendre cette décision les juges se réfèrent à un faisceau d'indices : ils constatent l'absence de domicile et revenus du père, les manœuvres de celui-ci pour quitter le territoire français (fausse déclaration de perte du passeport de l'enfant), et ils relèvent les conséquences psychologiques sévères que l'enlèvement a procuré à l'enfant. L'articulation de l'appréciation de fait et du contrôle de droit est en l'occurrence très nette.

285. Articulation de l'appréciation de fait et du contrôle de droit. Dans l'arrêt analysé, les juges du fond renvoient bien en l'espèce aux éléments de caractérisation de la notion relevés plus haut : atteinte à la santé mentale de l'enfant, absence d'un cadre de vie serein (...). Les juges apprécient souverainement ces éléments de fait à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour de cassation contrôlant que l'analyse des juges renvoie suffisamment aux éléments de caractérisation relevés.

Une articulation comparable de l'appréciation de fait et du contrôle de droit peut être observée dans les autres Etats européens. Dans une décision du 18 mars 2009⁵¹⁹, le tribunal fédéral suisse décide de la réduction d'un droit de visite accordé au père de l'enfant. Saisi par le demandeur, les juges du fond constatent que « les modalités du droit de visite apparaissent appropriées aux circonstances et, partant, conformes à l'intérêt de l'enfant ». Après avoir rappelé que le droit de visite devait servir avant tout l'intérêt supérieur de l'enfant, le tribunal conclut en l'espèce qu'« eu égard à la marge d'appréciation dont jouit l'autorité cantonale dans ce domaine, la réglementation incriminée ne peut donc être qualifiée d'abusive ». Il appartient aux juges du fond d'apprécier les circonstances de la cause et de les justifier au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

286. Une appréciation de fait des éléments de caractérisation contrôlés. Il faut préciser que les différents niveaux de contenu et éléments de caractérisation sus-mentionnés ne constituent pas une atteinte à la marge de manœuvre des juges dans l'appréciation des faits. Ces éléments de caractérisation indiquent le champ d'investigation des juges, mais il

⁵¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009, inédit, pourvoi n° 08-14917, *Gaz. Pal.* 2009, n° 311, p. 28, note E. Mulon.

⁵¹⁹ Tribunal fédéral suisse, 18 mars, 2009, 5A_8/2009.

appartient à ceux-ci d'en relever l'existence pour ensuite les apprécier. C'est également le cas dans la jurisprudence européenne. Dès lors, si pour l'appréciation des droits de l'enfant, les juges constatent simplement l'existence de la conformité à l'article 8 ou à l'article 12 de la Convention, ils opèrent, pour la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, une véritable recherche de ce à quoi il correspond pour en vérifier le respect.

La constatation des droits de l'enfant laisse moins de marge de manœuvre aux juges que celle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juges sont liés par le simple constat de l'existence des droits de l'enfant, alors que, en dehors de ce domaine, ils doivent véritablement se justifier au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

287. Le lien entre le pouvoir souverain d'appréciation des faits et le mode d'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant. La jurisprudence illustre également le mode d'appréciation des faits choisi par les juges pour caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant. Derrière l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond, l'appréciation *in concreto* des faits est mise en exergue. Ainsi, dans une décision du 12 septembre 2012⁵²⁰, la première chambre civile de la Cour de cassation garantit le pouvoir souverain d'appréciation des faits par les juges du fond, tout en constatant l'examen concret des éléments de l'enquête sociale pour déterminer ce que commandait en l'espèce l'intérêt supérieur de l'enfant. L'appréciation *in concreto* des faits s'oppose au mode dit *in abstracto*.

⁵²⁰ Cass. 1^{re} civ., 12 sept. 2012, inédit, pourvoi n° 11-16975.

Section 2. Les modes d'appréciation des faits qui permettent de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant

288.Les modes d'appréciation. Le mode d'appréciation se définit comme « le mode de décision fondé sur la prise en considération de critères objectifs mais souples dont la pesée laisse à celui qui apprécie une certaine latitude »⁵²¹. Cette latitude se manifeste en l'occurrence par la possibilité de mettre en œuvre deux modes différents d'appréciation : l'appréciation abstraite et l'appréciation concrète. Tous deux participent à la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il en résulte que la prise en compte du mode d'appréciation retenu contribue à préciser la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. De ce point de vue, le choix du mode d'appréciation participe à l'autonomie plus ou moins grande de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La dualité des modes d'appréciation (§1) n'exclut pas toutefois la recherche d'une articulation entre ces deux approches (§2).

§1. La dualité des modes d'appréciation des faits

289.Plan. Traditionnellement l'appréciation *in abstracto* est opposée à l'appréciation *in concreto*. Il est difficile en pratique de dissocier ces deux modes (A). Toutefois, le juge ne doit pas pour autant négliger l'un des modes d'appréciation dès lors que la protection de l'enfant est en jeu (B).

A- La difficile dissociation des modes d'appréciation dans la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant

290.Appréciation abstraite et appréciation concrète : distinction. L'existence de deux types d'appréciation d'une norme de droit trouve son origine en droit romain à propos des obligations de diligence. Il était à l'époque distingué entre la *culpa abstracto* (qui correspondait à la diligence du *bonus paterfamilia*, c'est-à-dire de l'administrateur qui se comportait comme le bon père de famille) et la *culpa in concreto* (c'est-à-dire diligence du

⁵²¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} éd, 2011.

débiteur qui apportait les mêmes soins à l'affaire d'autrui comme s'il s'agissait de sa propre affaire). L'appréciation *in abstracto* suppose de se référer à une personne ou à une situation qui fait figure de modèle parce qu'elle représente l'opinion commune. En revanche, l'appréciation *in concreto* exige une étude individualisée de la situation, tenant compte des circonstances concrètes, par exemple de l'âge de la personne en cause.

291. Les modes d'appréciation dans le Code civil français. La distinction faite entre ces deux modes d'appréciation repose « sur la considération d'un type humain général et sur celle d'un individu singulier »⁵²². Dans le Code civil français, le modèle du bon père de famille⁵²³ est visé à l'article 1137 selon lequel : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille »⁵²⁴.

Un exemple d'appréciation *in concreto* est donné dans le même Code au titre du vice de violence, également dans le cadre du droit civil des obligations. Il résulte ainsi de l'article 1112 al 2 : « On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». Ces deux modes d'appréciation connaissent une application spécifique dans le domaine de l'autorité parentale et s'agissant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant.

292. Appréciation des faits et caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'appréciation des faits, le juge doit tenir compte des éléments de droit de l'intérêt supérieur de l'enfant dégagés ci-dessus⁵²⁵, *a minima* des deux éléments de caractérisation et, dans chaque ordre juridique interne, des éléments de caractérisation mis à jour par les Cours suprêmes, telle la Cour de cassation pour le droit français. Comme il est apparu ci-dessus⁵²⁶, les juges du fond doivent suffisamment caractériser ceux-ci, sous le contrôle de la Cour de cassation. Dans cette mission de caractérisation, le mode d'appréciation des faits mis en œuvre est le plus souvent concret.

⁵²² N. Dejan De La Batie, *L'appréciation in concreto et in abstracto en droit civil*, L.G.D.J., 1965, p. 3 et s.

⁵²³ C. Brunetti-Pons, *L'obligation de conservation dans les conventions*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2003, p. 16 n° 2 ; p. 317 et s., n° 303 et s.

⁵²⁴ La loi n° 282 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes votée par l'Assemblée Nationale le 28 janvier 2014 (en cours de navette parlementaire) supprime le critère du « bon père de famille de tous les codes et notamment à l'article 1137 du Code civil, article 5 *sexies* A. Elle le remplace par « raisonnablement ».

⁵²⁵ *Supra* n° 104.

⁵²⁶ *Supra* n° 286.

293.Relever les éléments concrets de l'espèce. L'appréciation concrète repose sur la capacité des juges à relever les différents éléments de fait de l'espèce. Le Tribunal fédéral suisse a recours à un certain nombre de critères pour se prononcer sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, « principe fondamental en matière d'autorité parentale »⁵²⁷. Par exemple, dans une décision du 1^{er} septembre 2009, il apprécie « les relations entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent ».

Le tribunal fédéral suisse précise en l'occurrence qu' : « il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel ». La décision reposant « sur les données de l'espèce » exprime l'appréciation *in concreto* des faits par les juges du fond. Dans le même temps, l'intérêt supérieur de l'enfant est caractérisé par le souci de son développement harmonieux et le maintien de ses relations personnelles avec ses parents, ce qui renvoie aux différents niveaux de contenu et éléments de caractérisation relevés plus haut. L'appréciation concrète des faits est donc utilisée au service d'une caractérisation des éléments de droit de l'intérêt supérieur de l'enfant. Un faisceau d'indices se dégage.

294.Faisceau d'indices. L'appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant suppose que le juge examine cette notion au regard des données qui lui sont présentées, c'est-à-dire au regard « des seules circonstances de la cause »⁵²⁸. Ainsi guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant, il comparera les situations du père et de la mère « à la lumière d'un ensemble de critères sous la forme d'un faisceau d'indices (...). Ces différents critères tendant à déterminer lequel des deux parents parviendra au mieux à combler les besoins affectifs, intellectuels, matériels et spirituels de l'enfant »⁵²⁹.

Les exemples d'application de ce mode d'appréciation concrète des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant intéressent l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale après la séparation des parents. Un faisceau d'indices permet d'apprécier concrètement la situation dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, dans une décision du 16 mai 2012, le Tribunal fédéral suisse se réfère aux indices concrets en appréciant

⁵²⁷ Tribunal fédéral suisse, 1^{er} sept. 2009, 5A_327/2009.

⁵²⁸ *Ibidem*.

⁵²⁹ Petr Muzny, « Lorsque la Cour européenne succombe aux préjugés », *D.* 2008, p. 2843.

l'ensemble des circonstances du cas particulier pour refuser de suspendre les relations personnelles entre l'enfant et son père, dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁵³⁰. L'appréciation *in concreto* permet de rechercher l'intérêt supérieur de l'enfant eu égard aux éléments de caractérisation de la notion relevés plus haut. L'approche concrète des circonstances de l'espèce permet de déterminer si l'enfant évolue ou non dans un cadre de vie stable et serein ou encore s'il doit maintenir ses relations personnelles avec ses parents. Cette appréciation concrète n'est pas incompatible avec une appréciation *in abstracto* de l'intérêt supérieur de l'enfant.

295. Enchevêtrement de l'appréciation abstraite et de l'appréciation concrète. A cette appréciation concrète se trouve mêlée une appréciation abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon un auteur⁵³¹, la mise en œuvre de l'appréciation *in concreto* nécessite, parfois, que celle-ci soit corrigée par l'intervention de critères abstraits. Par exemple, l'intérêt supérieur de l'enfant, de « tout enfant » est d'envisager en priorité le maintien des relations personnelles de l'enfant avec ses parents, même si des exceptions peuvent être portées à ce principe au vu des circonstances concrètes.

Concernant l'appréciation *in abstracto*, le juge apprécie ce qui relève de l'intérêt supérieur de l'enfant à partir « d'un postulat », ce que Monsieur Lequette exprimait par « le fait que le juge déduise sa solution d'une directive générale et impersonnelle »⁵³². A l'appui de son raisonnement, il cite pour exemple que l'intérêt de l'enfant jusqu'à un certain âge serait d'être confié à sa mère⁵³³. L'appréciation concrète des faits semble prévaloir mais n'exclut pas l'appréciation abstraite.

296. Prévalence d'une appréciation concrète adaptée à la singularité des faits de l'espèce. Les juges européens, comme les juges nationaux, procèdent à une interprétation *in concreto* des circonstances de l'espèce. L'appréciation concrète permet d'analyser les faits un par un, de s'attacher pour chaque espèce à démontrer ce à quoi correspond l'intérêt supérieur de l'enfant, justifiant qu'une décision différente soit prise pour des mêmes faits. Par exemple, dans une décision du 9 février 2011 relative aux modalités d'un droit de visite d'un père, les

⁵³⁰ Tribunal fédéral, 16 mai 2012, 5A_172/2012.

⁵³¹ C. Brunetti-Pons, *L'obligation de conservation dans les conventions*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2003, n° 309, p. 320.

⁵³² Y. Lequette, note sous arrêt Civ. 1^{re} 30 janvier 1979, in *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (dir. Ancel (B.) et Lequette (Y.)), 5^{ème} éd., Dalloz, 2006, p. 630 et s.

⁵³³ *Ibidem*.

juges du fond se réfèrent à des critères distincts⁵³⁴. En l'occurrence, ils apprécient souverainement les motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant pour décider d'un droit de visite restreint du père avec sa fille, alors qu'ils décident d'une privation de ce droit de visite à l'égard de son fils. Ils utilisent les données concrètes de l'espèce pour fonder leur décision. Concernant la restriction du droit de visite, ils constatent que l'hébergement proposé par le père n'était pas adapté à une adolescente et que le père tenait des propos négatifs et méprisants la bouleversant. Concernant la suppression de ce droit à l'égard du fils, ils retiennent le manquement du père à l'exercice de son droit de visite, l'absence d'un hébergement adapté au handicap de son fils. Il est ici jugé que l'intérêt de la fille suppose l'organisation d'un droit de visite restreint et que l'intérêt du fils suppose la suppression de tout droit de visite. L'appréciation concrète des éléments de l'espèce fonde en l'occurrence deux solutions différentes.

Une appréciation abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant y est toutefois associée : le maintien des relations personnelles est bien le principe dans la mise en œuvre du raisonnement. La dualité des modes d'appréciation pour caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant n'empêche pas la poursuite d'un objectif commun, celui de la protection de cet intérêt supérieur. La prise en compte d'autres principes concurrents conduit toutefois à relever les insuffisances du mode d'appréciation abstrait.

B- La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et les insuffisances du mode d'appréciation abstrait

297.Plan. L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme révèle que l'appréciation des faits est une nécessité pour la caractérisation de l'intérêt de l'enfant (1) et, donc, que l'appréciation abstraite ne suffit pas (2).

1- Nécessité d'une analyse concrète

298.Le juge, garant de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'appréciation *in concreto* met en exergue le rôle fondamental du juge. Le juge se livre à une appréciation minutieuse des faits pour faire ressortir ce qui correspond à l'intérêt supérieur de

⁵³⁴ Cass. 1^{re} civ., 9 fév. 2011, inédit, pourvoi n° 09-12119, *D. actu.*, 2011, note P. Guiomard, *AJ. fam.* 2011, p. 207, note C. Siffrein-Blanc.

l'enfant tout en veillant à la protection de celui-ci. La Cour européenne des droits de l'homme constate ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant doit s'apprécier au cas par cas⁵³⁵. Elle relève que : « cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir »⁵³⁶.

299. Prédférence pour le mode *in concreto*. Selon la Cour de Strasbourg, l'apprédiation *in concreto* constitue un mode d'apprédiation appropriéd dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale. La Cour veille à ce que ce mode d'apprédiation soit utilisé par les juridictions internes. Elle n'hésite pas à prononcer des condamnations sur ce motif⁵³⁷, comme par exemple dans une décision du 16 décembre 2003 relative à la garde ou au droit de visite d'un parent appartenant aux Témoins de Jéhovah. Monsieur Hauser explique que « le critère de l'interprédation *in concreto* est celui qui concilie, le mieux, deux principes en présence »⁵³⁸. En l'occurrence il s'agit du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant- consacré par l'article 3-1 de la Convention de New York- et du principe de la liberté de religion du parent- dont l'article 9-1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'hommes et des libertés fondamentales prévoit que : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (...) ». Ces deux principes fondamentaux peuvent être articulés dans l'espèce grâce à une apprédiation *in concreto* des faits au regard des principes visés et en particulier le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

300. Le mode *in concreto* et la protection de l'enfant contre certaines pratiques religieuses. Le plus souvent la difficulté réside dans la recherche de l'équilibre entre la liberté religieuse du parent et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant⁵³⁹. La Cour de Strasbourg est régulièrement saisie par un parent qui souhaite exercer un acte relevant de l'autorité parentale sur les enfants, mais se heurte au refus de l'autre parent pour des motifs religieux. Ces affaires intéressent tout particulièrement les parents appartenant aux Témoins

⁵³⁵ CEDH, 6 juil. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07, spéc. § 138.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ CEDH, 16 déc. 2003, *Palau-Martinez c. France*, req. n° 64927/01, D. 2004. 1261, note F. Boulanger ; *ibid.* 1058, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *AJ. fam.* 2004. 62, obs. S. Plana ; *JCP éd. G*, II, n° 10122, 2004, note A. Gouttenoire ; *RTDciv.* 2004. 78, obs. J. Hauser.

⁵³⁸ J. Hauser, « L'autorité parentale : l'apprédiation *in concreto* s'impose », *RTDciv.* 2004, p. 78.

⁵³⁹ CEDH, *Palau-Martinez c. France*, *préc.*

de Jéhovah, notamment parce que les conditions de cette pratique religieuse laissent apparaître des risques pour l'enfant. Par exemple, le refus de transfusions sanguines propre à ce groupe religieux contrevient à la protection de la santé de l'enfant. L'équilibre entre la liberté religieuse et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant trouve ici une garantie dans l'appréciation *in concreto* des faits. Concrètement, les juges vont apprécier si l'appartenance d'un parent aux Témoins de Jéhovah ne contrevient pas à l'évolution de l'enfant, en l'occurrence à sa santé, dans son intérêt supérieur.

301.La nécessité d'une appréciation concrète. Dans l'affaire Palau-Martinez contre France du 16 décembre 2003, la requérante demandait que la résidence de ses enfants fut fixée chez elle⁵⁴⁰. Les juges français avaient rejeté sa requête et décidé que le père, en soustrayant les enfants à leur mère, avait agi dans leur intérêt en les protégeant de l'influence du groupe des Témoins de Jéhovah, auquel la mère appartenait. L'exercice conjoint de l'autorité parentale fut décidée mais la résidence des enfants fût fixée chez le père. La requérante avait demandé que fût réalisée une enquête sociale afin d'établir si les enfants se trouvaient effectivement dans une situation dangereuse du fait de son appartenance aux Témoins de Jéhovah. Sa demande avait été rejetée par les juridictions nationales. Cependant, la Cour constatait que « cette enquête sociale aurait pu réunir les éléments concrets relativement à la vie des enfants avec l'un et l'autre de leurs parents, et aux incidences éventuelles de la vie religieuse de la mère sur leur éducation »⁵⁴¹.

L'analyse des éléments concrets était ici insuffisante pour permettre de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour estima dès lors qu'en l'espèce, la Cour d'appel s'était prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel⁵⁴². Par cette décision, la Cour européenne met en évidence la nécessité pour les juges de recourir à tout type d'outil, en l'occurrence l'enquête sociale, permettant d'apprécier concrètement les faits afin de caractériser la satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant en l'espèce. La Cour de Strasbourg dispose, à cet égard, d'un outil propre qui est le contrôle de proportionnalité.

⁵⁴⁰ CEDH, *Palau-Martinez c. France*, préc.

⁵⁴¹ *Ibidem*.

⁵⁴² *Ibidem*, spéc. § 42.

302.Un contrôle de proportionnalité. Pour apprécier concrètement les faits au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour européenne opère aussi un contrôle de proportionnalité entre le but visé et les moyens employés. Il s'agit de trouver « l'adéquation entre un objectif, par hypothèse légitime, et les moyens mis en œuvre pour l'atteindre »⁵⁴³. Le but légitime renvoie à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour constate, dans l'arrêt du 16 décembre 2003, que le refus d'ordonner une enquête sociale ne répondait pas à un but légitime. Après avoir rappelé que refuser l'établissement de la résidence de l'enfant chez l'un de ses parents sur le seul fondement de la religion de ce dernier constitue un motif discriminatoire condamné en violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁴⁴, elle juge que le refus de recourir à une enquête sociale a contribué à ne pas permettre la détermination concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant en l'espèce. Il apparaît alors que l'appréciation concrète devait être en l'espèce davantage approfondie au moyen d'une enquête sociale dans le but de satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant. L'appréciation abstraite de cet intérêt rapportée à l'appartenance de la mère aux Témoins de Jéhovah ne suffit pas.

2- Les insuffisances d'une appréciation abstraite

303.Mode d'appréciation *in abstracto* et appartenance aux Témoins de Jéhovah. Le mode *in abstracto* offrirait toutefois dans le cas particulier des « dérives sectaires » une meilleure protection à l'enfant. En effet, il suffirait de poser, d'un point de vue général, que ne satisfait pas l'intérêt supérieur de l'enfant le fait d'être coupé du monde ou de ne pouvoir subir une intervention chirurgicale d'urgence. La Cour européenne se heurte toutefois pour raisonner *in abstracto* en la matière à la liberté religieuse, à laquelle elle accorde une place concurrente à celle du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour cette raison le mode *in concreto* se révèle davantage protecteur, parce qu'il met l'accent sur les problèmes que pose, en fait, l'adhésion aux Témoins de Jéhovah. Toutefois, les décisions de la Cour de Strasbourg refusent une appréciation purement abstraite lorsque la liberté religieuse est en cause.

⁵⁴³ J.P Marguénaud, *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz. Connaissance du droit, 5^{ème} éd. 2011, p. 63.

⁵⁴⁴ CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87, spéc. §33 ; *AJDA* 1994. 16, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 1994. 326, note J. Hauser ; *RFDA* 1994. 1182, *chron.* C. Giakoumopoulos, M. Keller, H. Labayle et F. Sudre ; *RTDciv.* 1993. 817, obs. J. Hauser. Article 14 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales : « La jouissance des droits et des libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

304. Les insuffisances d'une appréciation abstraite relevé par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt analysé, la Cour de Strasbourg remarque que les juridictions françaises avaient justifié leur décision sur le seul fondement de la religion de la mère, rappelant que « l'intérêt des enfants est d'échapper aux contraintes et interdits imposés par une religion structurée comme une secte »⁵⁴⁵. Ce faisant, les juges français avaient procédé à une appréciation *in abstracto* de l'intérêt supérieur de l'enfant, en décidant que son éducation ne devait pas reposer sur les préceptes d'une religion s'apparentant à une secte. La Cour européenne constate que la décision critiquée : « s'est prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel. Cette motivation, bien que pertinente, n'apparaît pas suffisante aux yeux de la Cour ». Il est ainsi reproché aux juges français d'avoir décidé que l'appartenance de la mère aux Témoins de Jéhovah emportait à elle seule la conclusion selon laquelle il était contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant d'être élevé par elle.

Ainsi selon la Cour de Strasbourg, l'appréciation *in abstracto* des faits ne permet pas de déterminer précisément ce qui relève de l'intérêt supérieur de l'enfant en ce domaine. L'appréciation *in abstracto* renvoie à une « directive générale et impersonnelle »⁵⁴⁶, celle du danger pour un enfant d'être éduqué par un ou des parents appartenant aux Témoins de Jéhovah. Or, selon la Cour européenne, s'y réduire porte atteinte à la liberté religieuse.

305. Une jurisprudence bien établie. La solution de l'arrêt Palau-Martinez contre France trouve un précédent dans l'arrêt Hoffman contre Autriche du 23 juin 1993, arrêt par lequel la Cour condamne les autorités autrichiennes qui refusaient d'attribuer l'autorité parentale à la mère appartenant aux Témoins de Jéhovah⁵⁴⁷. Par un raisonnement comparable à celui développé dans l'arrêt Palau-Martinez contre France, la Cour constatait que les autorités nationales avaient fondé leur décision exclusivement sur une loi fédérale relative à l'éducation religieuse des enfants et qu'un tel fondement reposait sur le postulat que l'intérêt supérieur de l'enfant commande que les parents exerçant l'autorité parentale n'appartiennent pas aux Témoins de Jéhovah. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg conclut à une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au motif que : « la Cour suprême introduisait un élément nouveau, la loi fédérale sur l'éducation religieuse des enfants

⁵⁴⁵ CEDH, *Palau-Martinez, préc.*, spéc., §37.

⁵⁴⁶ Y. Lequette, *op. cit.*, p. 630 et s.

⁵⁴⁷ CEDH, 23 juin 1993, *Hoffman c. Autriche*, req. n° 12875/87.

et elle y attachait manifestement une importance déterminante », jugeant qu'elle « ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion »⁵⁴⁸. Ainsi, le refus d'un exercice conjoint de l'autorité parentale ne peut être fondé sur la seule loi relative à l'éducation religieuse de l'enfant sans porter atteinte à la liberté religieuse.

Les juridictions nationales devaient comme dans l'arrêt Palau-Martinez contre France, caractériser en quoi la décision relative à l'autorité parentale heurtait concrètement l'intérêt supérieur de l'enfant. Des avis dissidents s'étaient toutefois exprimés pour soutenir la perspective abstraite.

306. Les avis dissidents. La décision Hoffman contre Autriche du 23 juin 1993 a suscité des opinions dissidentes. Le juge Maischer estima qu'il lui paraissait tout à fait légitime d'apprécier abstraitement les effets de cette pratique religieuse (Témoins de Jéhovah) sur le bien-être de l'enfant. De son côté, le juge Walsh releva, dans le même esprit, une conséquence importante de l'appartenance aux Témoins de Jéhovah : celle du refus des transfusions sanguines. D'une façon générale, refuser à un enfant une transfusion sanguine nécessaire à son rétablissement revient à le placer dans une situation de danger. Or l'intérêt supérieur de l'enfant repose sur le postulat que les parents doivent veiller à la santé et au développement de celui-ci. Il y avait, dès lors, du simple fait de l'adhésion aux Témoins de Jéhovah, une raison objective d'en tenir compte dans les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale. L'argument pourtant pertinent du juge Walsh a cédé face à l'exigence d'une appréciation concrète des faits par la Cour européenne. Celle-ci a relevé la volonté de la mère de ne pas s'opposer à de telles transfusions de sorte que la santé de l'enfant n'est pas d'emblée mise en danger du simple fait de l'adhésion aux Témoins de Jéhovah, satisfaisant ainsi à son intérêt supérieur. Le fait de l'adhésion ne suffisait pas à justifier en tant que tel la décision relative à la fixation de la résidence de l'enfant. Une appréciation concrète s'imposait de surcroît, selon cette jurisprudence. Cette dernière n'exclut pas toutefois, même en ce domaine particulier, la mise en œuvre de l'appréciation abstraite.

307. L'absence d'exclusivité de l'appréciation concrète promue par la Cour européenne des droits de l'homme. Ces décisions ne doivent pas pour autant être interprétées comme rejetant l'appréciation abstraite dans la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juridictions nationales doivent simplement appliquer les

⁵⁴⁸ *Ibidem*, spéc. §36.

considérations abstraites à l'espèce pour se trouver à même de conclure sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'arrêt Palau-Martinez contre France, il est ainsi relevé que : « la Cour estime dès lors qu'en l'espèce la cour d'appel s'est prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel »⁵⁴⁹. L'important est ainsi d'établir un lien entre les circonstances de l'espèce et l'intérêt réel de l'enfant au regard d'éléments plus abstraits tels la prise en compte de phénomènes sectaires.

308. Vers une articulation des deux modes d'appréciation. La Cour européenne souligne l'importance d'une appréciation *in concreto* des situations à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui conduit *in fine* à l'articulation des deux modes d'appréciation. En conséquence, elle consacre aussi une appréciation *in abstracto* des faits, particulièrement lorsqu'il s'agit de déterminer le droit de garde de l'enfant au profit d'un parent appartenant à un groupe religieux⁵⁵⁰. Un arrêt en constitue un bon exemple : l'arrêt Ismailova contre Russie du 29 novembre 2007⁵⁵¹, qui présente des similitudes avec l'arrêt Palau-Martinez contre France. En l'espèce, la mère des enfants appartient aux Témoins de Jéhovah et souhaite en obtenir la garde, requête à laquelle s'oppose le père. Les décisions nationales accueillent favorablement la requête du père et rejettent ainsi les prétentions de la requérante. La Cour de Strasbourg constate l'absence de violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg fait prévaloir les éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant pour décider de confier la garde des enfants au père, ne focalisant pas son analyse sur le refus par les autorités nationales d'ordonner une enquête sociale afin d'apprécier au mieux l'intérêt supérieur de l'enfant, comme dans l'arrêt Palau Martinez contre France. Pourtant, dans la décision du 16 décembre 2003 sus-mentionnée, les juges européens se fondaient sur ce refus pour relever que l'enquête sociale aurait pu révéler les éléments concrets permettant de déterminer, en l'espèce, l'intérêt supérieur de l'enfant à être élevé ou non par son parent appartenant aux Témoins de Jéhovah. Commentant cet arrêt du 29 novembre 2007, un auteur observe que les juges nationaux n'auraient apprécié que les seules qualités éducatives du père⁵⁵², les qualités éducatives de la mère ayant été ignorées,

⁵⁴⁹ CEDH, *Palau-Martinez c. France*, préc. spéc. §42.

⁵⁵⁰ Pour une appréciation abstraite des faits au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, CEDH, 29 nov. 2007, *Ismailova c. Russie*, req. n° 37614/02, D. 2008, p. 2843, note Petr Muzny.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² *Ibidem*.

alors même que sa fonction d'institutrice lui permettait d'assurer l'éducation de ses enfants, qu'elle entretenait de bonnes relations avec eux ou encore que sa religion n'exerçait aucune influence sur leur bien-être.

Ainsi d'une espèce à une autre, l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant oscille entre le mode *in concreto* et le mode *in abstracto*. Ces décisions mettent en évidence la difficile articulation des deux modes d'appréciation des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant.

§2. L'articulation des deux modes d'appréciation

309. Une articulation de plus en plus nette des deux modes d'appréciation. Comme il vient d'apparaître, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme se montrent particulièrement exigeants au regard de la justification de la décision d'un point de vue concret lorsque la liberté religieuse est en cause. Toutefois, habituellement les deux modes d'appréciation abstrait et concret sont articulés. C'est le cas dans le domaine des déplacements illicites d'enfants.

310. Les deux modes d'appréciation ne s'excluent pas. L'appréciation *in concreto* par les juges semble *a priori* mieux à propos en matière d'exercice de l'autorité parentale. La diversité des situations familiales, intéressant trois personnes différentes (l'enfant, la mère et le père), soulignent la nécessité d'une appréciation au cas par cas. Un auteur va même jusqu'à considérer que : « l'appréciation *in abstracto* constitue une méthode d'interprétation dangereuse en matière d'intérêt de l'enfant »⁵⁵³. Pourtant, l'appréciation abstraite permet d'établir des lignes de conduites protégeant l'intérêt supérieur de l'enfant. Un auteur cherche ainsi à souligner que les deux modes d'appréciation ne s'excluent pas, en ces termes : « le système peut donc être très simplement résumé : au législateur la définition de ce qui relève abstraitement de l'intérêt de l'enfant ; aux juges, l'appréciation de la satisfaction *in concreto* de l'intérêt de l'enfant »⁵⁵⁴.

⁵⁵³ J-P Serval, *La notion de l'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, op. cit., p. 65.

⁵⁵⁴ P. Murat, « Intérêt de l'enfant et séparation de la fratrie en cas de déménagement d'un parent pour l'étranger », *Dr. fam.* 2010, comm. 24.

311.L'articulation des deux modes d'appréciation va dans le sens de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'articulation des deux modes d'appréciation participe à la construction d'un véritable ordre public protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁵⁵. L'appréciation judiciaire n'exclut donc pas le mode *in abstracto*.

Un autre auteur⁵⁵⁶ l'exprime ainsi « la notion d'intérêt de l'enfant implique toujours une appréciation, c'est-à-dire la recherche dans les circonstances de la cause, des éléments permettant de caractériser en l'espèce le principe général imposé ». Précisément, le rôle du juge est de rechercher concrètement l'application d'une directive générale dans l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est ce qui permet l'émergence progressive de l'ordre public protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁵⁷. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offre différents exemples d'articulation de ces deux modes d'appréciation dans le domaine des déplacements illicites d'enfants⁵⁵⁸.

312.Modes d'appréciation et retour de l'enfant. Les affaires de déplacements illicites d'enfants rendent compte clairement de l'articulation qui doit être réalisée entre les deux modes d'appréciation. Apprécié abstraitement, l'intérêt supérieur de l'enfant est en général de ne pas être déplacé illicitement par ses parents⁵⁵⁹, mais aussi de retourner auprès du parent auquel il a été enlevé. Depuis l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant, la jurisprudence européenne a interprété ces textes à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de cette Convention.

L'article 13b) de la Convention de La Haye prévoit deux possibilités de refuser le retour de l'enfant déplacé illicitement. La première tient à ce que : « la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour ». La seconde relève de la caractérisation d'un « risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ».

⁵⁵⁵ Rappr. *Infra* n° 635 et s.

⁵⁵⁶ Le Guidec, *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français*, thèse, dactyl., 1973, spéc. p. 460.

⁵⁵⁷ *Infra* n° 635 et s.

⁵⁵⁸ A. Gouttenoire, « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant », *LPA* 9 mars 2012, n° 50, p. 17.

⁵⁵⁹ L. Galichet, « Enlèvement international d'enfants, la Cour de cassation renforce la coopération au sein de l'Union en vertu du retour immédiat de l'enfant », *Dr. fam.* 2010, comm. 158.

313. Appréciation abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant : intérêt général⁵⁶⁰. Il relève donc en principe de l'intérêt supérieur de l'enfant déplacé illicitement de retourner auprès du parent qui ne l'a pas enlevé. Cette conclusion repose sur une appréciation abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant : tous les enfants ont intérêt à retourner vivre près du parent auquel ils ont été enlevés. Toutefois, la prise en compte d'éléments concrets tempère cette conception abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la décision du non-retour de l'enfant enlevé doit être fondée sur des considérations objectives relatives à la personne même de l'enfant ainsi qu'à son environnement⁵⁶¹. Elle rappelle ainsi que le retour de l'enfant ne peut constituer une mesure « automatique ou mécanique » et qu'il incombe aux juridictions nationales d'adopter une approche *in concreto* de l'affaire⁵⁶².

Par conséquent, l'appréciation abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant qui commanderait le retour de l'enfant conformément à la Convention de La Haye doit être combinée à une appréciation concrète des éléments de l'espèce qui justifie la mise en œuvre, dans certains cas, de l'exception au retour de l'enfant, une exception prévue également par le texte.

314. Application dans la jurisprudence française. Dans une décision du 25 février 2009⁵⁶³, la première chambre civile de la Cour de cassation décide que « les dispositions de la Convention de La Haye permettant le refus du retour de l'enfant doivent être interprétées au regard de l'article 3-1 de la Convention de New York ». Elle refuse le retour des enfants sur le fondement de leur intérêt supérieur, associant à l'interprétation abstraite et générale de l'intérêt supérieur de l'enfant une appréciation concrète des faits au regard des éléments de caractérisation de la notion⁵⁶⁴. L'appréciation concrète est tributaire des outils d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁵⁶⁰ *Supra* n° 62.

⁵⁶¹ CEDH, *Maumousseau Washington c. France*, préc., spéc. §68, CEDH, *Uyanik c. Turquie*, 3 mai 2012, req. n° 60328/09, spéc. §50.

⁵⁶² *Ibidem*.

⁵⁶³ Cass. 1^{re} civ., 25 fév. 2009, inédit, pourvoi n° 08-18126.

⁵⁶⁴ *Supra* n° 119 et s.

315. Conclusion. La notion, même d'interprétation cohérente⁵⁶⁵, montre ici ses limites : il n'y a pas incompatibilité entre l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention de la Haye et intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention de New York parce que se trouvent combinées en l'occurrence, une appréciation abstraite de l'intérêt à une appréciation concrète des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁵⁶⁵ *Supra* n° 250 et s.

Chapitre 2

Les outils d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant

316.Des outils au service de l'appréciation concrète du juge. Dans l'appréciation concrète des faits, le juge utilise divers outils. Dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale, cela lui permet de relever les éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a besoin d'outils adaptés à l'importance du but recherché : rendre la meilleure décision pour le bien de l'enfant. Ainsi, il pourra évaluer si l'enfant vit dans un cadre de vie stable et harmonieux ou encore s'il doit continuer à maintenir des relations personnelles avec chacun de ses parents. Les outils d'appréciation participent à l'effectivité du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ils permettent de mettre clairement en évidence la satisfaction ou non des éléments de caractérisation de la notion. Celle-ci gagne alors en précision.

317.Nature des outils. Il faut des outils spécifiques pour déterminer au mieux ce qui correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant. Les législations européennes, encouragées notamment par le Comité des droits de l'enfant, reconnaissent la nécessité de tels outils depuis une période récente. Ces outils doivent permettre de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant tout en respectant une certaine adaptabilité de la notion aux faits présentés. Ils servent, en l'occurrence, à l'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant. Force est de constater qu'émerge un droit commun aux législations européennes quant aux outils d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutes ces législations renvoient aux mêmes outils. Toutefois, il existe des différences dans leur utilisation concrète. Par exemple, si les législations anglo-saxonnes ou encore scandinaves favorisent les outils consensuels comme la médiation, les législations françaises ou encore belges se réfèrent davantage à des outils juridiques, dont l'audition de l'enfant.

318.Plan. Ces outils peuvent être classés en deux catégories. En premier lieu, il est un outil dont l'importance est soulignée par la Convention de New York elle-même : l'audition

de l'enfant (**Section 1**). En second lieu, sont utilisés des outils développés en droit interne mais communs aux diverses législations européennes (**Section 2**).

Section 1. L'audition de l'enfant, outil premier d'appréciation

319.Objectif de l'audition. La spécificité de l'audition tient en ce qu'elle est liée à l'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁶⁶. Il s'agit d'un outil juridique destiné à recueillir la parole de l'enfant qui revêt une double nature. D'une part, l'audition de l'enfant est un droit de l'enfant qui doit s'exercer conformément à son intérêt (§1). D'autre part, l'audition de l'enfant permet aux juges d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant et de rendre leur décision conformément à celui-ci (§2). Le Tribunal fédéral suisse, dans une décision du 6 juillet 2010, résumait ainsi cette double nature : « l'audition de l'enfant constitue à la fois un droit de participation de l'enfant à la procédure qui le concerne et un moyen pour les juges d'établir les faits »⁵⁶⁷.

§1. Le droit de parole de l'enfant

320.Fondement international. L'audition de l'enfant est intégrée à la fois dans les législations nationales, européennes et internationales. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant est le premier texte à consacrer le droit pour l'enfant à être entendu. Son article 12 prévoit que : « Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité (...) ». Il organise l'audition de l'enfant capable de discernement et érige cette audition au rang de droit de parole de l'enfant. L'audition doit être envisagée comme une véritable opportunité, pour lui, de se faire entendre malgré son statut de mineur. L'enfant dispose alors d'un véritable rôle participatif, même s'il s'agit pour lui d'exprimer son sentiment qui ne lie pas les juges.

321.Fondement européen. Le droit européen a intégré ce droit de parole de l'enfant tout en le précisant. Il en est fait mention à l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en ces termes : « les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en

⁵⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *Bull. Civ. I.*, n° 247, p. 207, pourvoi n° 04-16942, *D.* 2005.2790, note F. Boulanger ; *JCP* éd. G, 2005, II, 10115, concl. C. Petit ; note Chabert ; *Gaz. Pal.* 2005. 3412 ; note G. Salamé ; *Deffrénois* 2005.1418 note J. Massip ; *Dr. et Patr.* Sept. 2005, p. 101 obs. Ph. Bonfils ; *RTDsanit. soc.* 2005. 814, note C. Neirinck.

⁵⁶⁷ Tribunal fédéral suisse, 6 juil. 2010, 5A_ 50/2010.

considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité ». L'article 3 de la Convention européenne relative à l'exercice des droits de l'enfant précise davantage ce droit en prévoyant que : « cet article confère aux enfants qui sont considérés par le droit interne comme ayant un discernement suffisant le droit de demander et de recevoir toute information pertinente, d'être consultés, d'exprimer leur opinion et encore d'être informés des conséquences éventuelles de leur opinion si elle était suivie et de toute décision. Ces droits ne sont pas nécessairement énoncés dans l'ordre chronologique où ils peuvent être exercés, ou en fonction de leur importance ». Ce texte reconnaît un droit procédural destiné à promouvoir de manière générale les droits de l'enfant. Il s'agit du droit pour l'enfant d'être informé et d'exprimer son opinion dans les procédures le concernant⁵⁶⁸.

322. Convention internationale des droits de l'enfant, précisions apportées. La Convention européenne précise ce à quoi correspond l'audition de l'enfant, en mentionnant d'abord son droit d'être informé, pour ensuite reconnaître son droit d'exprimer son opinion et enfin porter à la connaissance de l'enfant les conséquences de la mise en pratique de son opinion et de la décision rendue⁵⁶⁹. L'article 3 de cette Convention apporte plus de précisions que l'article 12 de la Convention de New York en ce qu'il n'envisage pas le seul droit pour l'enfant d'être entendu, mais aussi celui d'être informé. Ce n'est qu'en étant le plus informé possible que l'enfant pourra faire part de son opinion de manière éclairée, ce qui permettra également au juge de prendre sa décision en toute connaissance de cause. L'enfant doit être informé de la possibilité d'être entendu.

323. Plan. L'audition de l'enfant doit être exercée à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁷⁰. Cette complémentarité révèle un nouveau statut de l'enfant : l'enfant est un sujet de droits⁵⁷¹ **(A)**, elle offre également un nouveau rôle à l'enfant, lequel devient défenseur de son propre intérêt **(B)**.

⁵⁶⁸ N. Fricero, « Ratification de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant : une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans ! », *RJPF*, 2008, n° 1.

⁵⁶⁹ D. Dupétil, « L'audition de l'enfant dans les procédures familiales : les avancées de la loi du 5 mars 2007 », Lexbase, 2007.

⁵⁷⁰ J. Zermatten, « Le duo : l'article 3 et ses relations avec l'article 12 de la Convention », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions. Leurre ou levier au service de ses droits*, Journée d'étude, 20 nov. 2010.

⁵⁷¹ J. Zermatten, *préc.* ; F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant, Que sais-je ?*, 9^{ème} éd., 2010.

A- L'enfant, sujet de droits

324. Le lien entre les articles 3-1 et 12 de la Convention de New York. Selon le Président de l'Institut international des droits de l'enfant, « le lien entre l'article 12 et l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant est évident (...). Il paraît évident que la procédure pour établir l'intérêt supérieur de l'enfant doit être basée d'abord sur la consultation de l'enfant et que cette consultation, pour autant que l'enfant ait la capacité d'exprimer valablement son opinion, doit être prise en considération de manière particulière »⁵⁷². La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant suppose dans cette optique de prendre connaissance de l'opinion du mineur. Les articles 3-1 et 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant sont liés entre eux. Le premier fixe un objectif à atteindre : la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le second offre un outil pour y parvenir : l'audition de l'enfant⁵⁷³. L'article 1511 du Code civil grec souligne expressément ce lien en prévoyant que : « L'opinion de l'enfant, selon l'état de sa maturité, doit être demandée et prise en considération avant toute décision relative aux soins parentaux, dans la mesure où la décision concerne ses intérêts ». L'audition de l'enfant, dans la législation grecque, constitue bien l'outil d'appréciation de son intérêt. En droit français, l'arrêt n° 02-20613 du 18 mai 2005⁵⁷⁴ relatif à l'application directe d'articles de la Convention de New York vise précisément les articles 3-1 et 12 de celle-ci, établissant le lien entre l'audition et l'intérêt supérieur de l'enfant. Sur le fondement de ces textes l'audition a connu une réception particulièrement large dans les législations européennes (1) et ne peut en principe être refusée (2).

⁵⁷² J. Zermatten, « Le duo : l'article 3 et ses relations avec l'article 12 de la Convention », *loc. cit.*

⁵⁷³ *Ibidem.*

⁵⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. Civ. I* n° 212 p. 180, pourvoi n° 02-20613, *D.* 2005.1909, note V. Egea ; *JCP* 2005, II, 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *ibid.* 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *ibid.* 199, n°7 ; obs. J. Rubellin-Divichi ; *Gaz. Pal.* 2005. 2664, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *Defrénois* 2005.1418, note J. Massip ; *AJ. fam.* 2005. 274, obs. T. Fossier ; *Dr. fam.* 2005, n°156, note A. Gouttenoire ; *RJPF* 2005 9/31, note F. Eudier ; *Dr et patr.*, sept. 2005, p. 101, obs. Ph. Bonfils, *RDSS* 2005.814, note C. Neirinck ; *Rev. Crit. DIP* 2005.679, note D. Bureau ; *RTDciv.* 2005.585, obs. J. Hauser ; et 627, obs. Ph. Théry.

1- La réception large du principe de l'audition de l'enfant dans les législations européennes

325. Points communs et divergences dans les législations européennes. Les législations nationales organisent l'audition de l'enfant, conformément aux traités internationaux et européens⁵⁷⁵. L'article 388-1 du Code civil français prévoit que : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou « lorsque son intérêt le commande, par » la personne désignée par le juge à cet effet (...). Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande (...) ». Une disposition analogue est prévue à l'article 931 alinéa 3 du Code judiciaire belge en ces termes: « Lorsque le mineur en fait la demande soit au juge saisi soit au procureur du Roi, l'audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée fondée sur le manque de discernement du mineur. Cette décision n'est pas susceptible d'appel. Lorsque l'audition est décidée par le juge, le mineur peut refuser d'être entendu. Il est entendu seul sauf le droit pour le juge de prescrire dans l'intérêt du mineur qu'il devra être assisté ».

En droit belge, l'audition de l'enfant est réalisée depuis une loi du 30 juin 1994 hors de la présence des parents⁵⁷⁶, tout comme en droit français. La différence avec le droit français tient toutefois en l'occurrence à ce que la possibilité d'écarter l'audition est prévue par le même texte, même lorsqu'elle l'est à l'initiative du mineur, ce qui est sous entendu en droit français à travers l'expression « lorsque le mineur en fait la demande ». Mais le droit français, à l'alinéa 2 de l'article 388-1 prévoit qu'il est possible de passer outre au refus du mineur, le juge appréciant le bien fondé de son refus. Cette rédaction date de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance⁵⁷⁷. Auparavant, l'article 388-1 introduit par la loi n°93-22 du 8 janvier 1993⁵⁷⁸ prévoyait une règle dont la formulation était très proche de celle du droit belge : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut

⁵⁷⁵ F. Granet-Lambrechts, P. Hilt, « La parole de l'enfant dans les procédures familiales en Europe », *AJ. fam.* 2006, p. 456.

⁵⁷⁶ F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant : histoire, problématique, panorama comparatif et international*, Edilivre, 2008, p. 219.

⁵⁷⁷ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. *JO* n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215.

⁵⁷⁸ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales. *JO* n° 7 du 9 janvier 1993, p. 495.

être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure ».

De son côté, le droit luxembourgeois contient une règle qui reprend l'article 388-1 dans sa version antérieure à la loi du 5 mars 2007. L'article 388-1 du Code civil luxembourgeois prévoit que : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, la personne désignée par le juge à cet effet ». Force est de constater que l'audition de l'enfant, outil juridique d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, est bien intégrée dans les législations nationales. Celles-ci présentent de nombreuses similitudes quant à ses modalités d'exercice.

326. Réception de l'audition dans les législations européennes. Malgré une réception unanime des dispositions de l'article 12 de la Convention de New York dans les ordres juridiques nationaux, les différentes législations européennes ne réceptionnent pas l'audition de l'enfant de la même manière. Il faut remarquer que celle-ci n'est pas toujours intégrée dans les dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, à l'instar du droit français ou du droit grec⁵⁷⁹. Ainsi, l'audition de l'enfant dans la législation belge est insérée dans le code judiciaire au sein d'une partie relative à la procédure civile. D'autres législations n'érigent pas l'audition de l'enfant en droit particulier. Par exemple, la législation allemande prévoit un droit d'expression de manière générale, sans viser particulièrement l'enfant. L'article 103 de la Loi fondamentale allemande dispose que : « devant les tribunaux chacun a droit d'être entendu », cet article devant être lu au regard des articles 1 et 2 du même texte relatifs à la dignité humaine et à la liberté de la personne⁵⁸⁰. Au visa de ces textes, la Cour constitutionnelle allemande a reconnu, dans une décision du 14 août 2001, le droit pour l'enfant à être entendu⁵⁸¹. La législation allemande envisage l'audition de l'enfant comme un droit procédural fondamental de tout individu. L'absence de dispositions spécifiques à l'audition de l'enfant pose la question de la protection de l'enfant, précisément de la protection de ses intérêts. Considérer l'enfant comme un adulte, dans son droit à être entendu, serait-il contraire à son intérêt supérieur ? Cela ne reviendrait-il pas à nier l'existence d'un

⁵⁷⁹ *Supra* n° 324.

⁵⁸⁰ F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant. Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, *op. cit.*, p. 218.

⁵⁸¹ *Ibidem*.

statut de l'enfant et à rendre difficile la protection de son intérêt contre celui des adultes, particulièrement en matière d'exercice de l'autorité parentale ? Cependant, l'audition de l'enfant est tout de même considérée comme un droit fondamental dans la législation allemande. Sans doute, le législateur allemand pourrait insérer une disposition spécifique à ce sujet, ce qui participerait à une harmonisation entre les législations européennes.

2- Une audition qui ne peut en principe être refusée

327. Evolution du droit français. Certaines législations européennes érigent l'audition de l'enfant en véritable obligation. Elle est alors reconnue comme étant de plein droit. De sorte qu'il ne s'agit pas d'une simple faculté soumise à l'appréciation du juge. Le droit français témoigne particulièrement de cette évolution. D'abord, la loi Malhuret du 22 juillet 1987 avait introduit, dans l'ancien article 290-3 du Code civil, l'audition pour des enfants de plus de treize ans dès lors qu'elle apparaissait nécessaire et qu'elle ne comportait aucun inconvénient à leur égard⁵⁸². En revanche, s'agissant des enfants de moins de treize ans, leur audition pouvait être écartée par une décision spécialement motivée du juge. L'enfant de plus de treize ans bénéficiait d'une possibilité réelle d'être entendu, sous réserve de deux conditions, par l'interprétation *a contrario* de l'article 290-3. L'audition de l'enfant ne constituait alors qu'une simple faculté. Ensuite, la loi du 8 janvier 1993 a inséré un article 388-1 prévoyant que : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, ou avec un avocat, ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne ». Cette disposition est davantage conforme à l'article 12 de la Convention de New York⁵⁸³. Ce texte supprimait toute condition d'âge en s'en remettant au seul discernement de l'enfant, comme le prévoit l'article 12 de la Convention de New York. Ainsi, l'audition de l'enfant constituait toujours une faculté, mais le juge ne pouvait l'écartier

⁵⁸² Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale. *JO* du 24 juil. 1987, p. 8253, complétée par le décret n° 87-578 du 22 juil. 1987 pris pour l'application de la loi n° 87-570 du 22-07-1987 sur l'exercice de l'autorité parentale et modifiant le nouveau code de procédure civile. *JO* du 25 juil. 1987, p.8325. Dekeuwer-Défossez, F. Vauvillé, « Droits de l'Homme et droits de l'Enfant », *D.* 1998, *chron.* 137.

⁵⁸³ H. Parcheminal, « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RTDsanit. soc.* 1994, p. 201-220.

que par une décision spécialement motivée. En outre, la procédure de l'audition de l'enfant renvoyait à l'intérêt supérieur de l'enfant ; la Convention de New York ayant inspiré la réforme de 1993.

328.La solution actuelle d'une audition de plein droit. Corrélativement, la loi du 5 mars 2007, consacre l'audition de l'enfant de plein droit. Elle supprime la condition d'une décision spécialement motivée en cas de refus opposé par le juge d'entendre l'enfant. Le juge est tenu de procéder à cette audition lorsque l'enfant mineur doué de discernement en fait la demande. D'ailleurs, la Cour de cassation casse les décisions des juges du fond qui ne tiennent pas compte des lettres transmises par l'enfant demandant à être entendu, en rappelant que « l'audition du mineur capable de discernement est de droit »⁵⁸⁴. L'audition de l'enfant constitue un droit de l'enfant au sens de la Convention de New York. Cependant, elle nécessite que le mineur ait été informé de son droit à être entendu⁵⁸⁵. L'intérêt supérieur de l'enfant fonde ce droit.

329.Audition de plein droit et intérêt supérieur de l'enfant. L'obligation d'auditionner l'enfant garantit le droit de celui-ci à être informé et à être entendu, conformément à l'article 12 de la Convention de New York. Les législations française et grecque se conforment aux dispositions du traité. Cette reconnaissance d'une telle obligation rend compte du lien entre l'audition de l'enfant et son intérêt supérieur. L'enfant doit être entendu car cela assure une protection de son intérêt supérieur. Le Tribunal fédéral suisse, dans une décision du 5 mars 2004⁵⁸⁶, constate que : « l'absence d'audition de l'enfant par les juges constitue une violation de l'article 12 de la Convention de New York ». Il précise que ce manquement n'est pas sans conséquence sur la décision rendue par les juges du fond. En effet, ces derniers avaient maintenu, en l'espèce, la résidence de l'enfant chez la mère au motif « qu'il est de son intérêt de rester dans son environnement actuel ». Selon le tribunal, l'audition de l'enfant aurait permis de mieux évaluer son intérêt supérieur. Le caractère obligatoire de l'audition permet de garantir une prise en compte effective de tous les éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, lesquels entrent parfois en conflit les uns

⁵⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 15 avril 2010, inédit, pourvoi n° 09-14939, *D.* 2010. Pan. 1908, obs. A. Gouttenoire.

⁵⁸⁵ J.-M. Hayat, N. Fricero, « La réforme de l'audition de l'enfant en justice: un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité à la procédure », *RJPF*, n° 10, 2009 ; J. Bigot, C. Shauder, « Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *AJ. fam.* 2009, p. 324.

⁵⁸⁶ Tribunal fédéral suisse, 5 mars 2004, 5P.392/2003/frs.

avec les autres. Dans l'exemple donné, le droit à l'audition et la stabilité de l'environnement devraient être mesurés à l'aune des résultats de l'audition.

330. Contrôle du juge dans la décision relative à l'audition. Dans les Etats européens qui ne consacrent pas une audition de plein droit, se pose la question de savoir si le refus d'auditionner l'enfant est compatible avec l'intérêt supérieur de celui-ci. A l'analyse de la jurisprudence européenne, il apparaît que le refus d'audition de l'enfant ne signifie pas l'absence de prise en compte de son intérêt. Par exemple, dans une décision du 28 février 2002⁵⁸⁷, le Tribunal fédéral suisse refuse d'auditionner l'enfant en raison de son âge et de son état fragile de santé mentale. En l'espèce, les juges relèvent que l'audition de l'enfant aurait été contraire à son intérêt supérieur qui repose sur l'absence de mesures préjudiciables à sa santé. L'audition d'un mineur ne permettrait pas d'apprécier objectivement son intérêt supérieur dans l'hypothèse où elle lui serait préjudiciable. Malgré les efforts pour ériger une audition de l'enfant de plein droit, afin de mieux comprendre son intérêt, les juges doivent d'abord tenir compte des conditions de mise en œuvre de celle-ci.

331. Précautions indispensables. Des précautions doivent être prises dans le recueil de la parole de l'enfant. L'existence de situations familiales complexes ne permet pas toujours à l'enfant de mesurer objectivement quel est son intérêt. En droit français, l'impossibilité de refuser une audition de l'enfant dès lors que les conditions légales de celles-ci sont remplies⁵⁸⁸ ne tient peut-être pas suffisamment compte de ces considérations. Il est toutefois mentionné dans la rédaction actuelle de l'article 388-1 que si le juge l'estime opportune, il peut y procéder alors que l'enfant ne l'a pas demandée. Face à la force du principe à l'heure actuelle, les juges doivent se montrer d'autant plus soucieux de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre de la procédure d'audition.

⁵⁸⁷ Tribunal fédéral suisse 28 février 2002, 5C.264/2001.

⁵⁸⁸ C. civil, art. 388-1 ; Cass. 1^{ère} civ. 18 mai 2005, *Bull. Civ. I* n° 212 p. 180, pourvoi n° 02-20613, *préc.*

B- L'enfant, défenseur de son propre intérêt

332. Les précautions à prendre dans la mise en œuvre de l'audition. L'audition permet à l'enfant de faire connaître ce qui, selon lui, relève de son intérêt et de pouvoir le défendre. Néanmoins, sa qualité d'enfant nécessite de recueillir sa parole avec précaution. A cet effet, son audition ne peut être réalisée que sous certaines conditions et en suivant une procédure encadrée. L'audition de l'enfant est encadrée juridiquement (1) et le droit fixe un seuil à partir duquel elle devient possible (2).

1- L'encadrement juridique de l'audition

333. Une demande de l'enfant. L'enfant peut être entendu sur toute question le concernant. Ce faisant, il pourra exprimer ce qu'il pense correspondre le mieux à son intérêt. La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 septembre 2007, constate que : « la demande d'audition du mineur doit être présentée au juge par l'intéressé; que la cour d'appel n'était pas tenue de répondre, par une décision spécialement motivée, à une attestation rédigée par un tiers faisant indirectement état du souhait de l'enfant d'être entendu »⁵⁸⁹. Par conséquent, l'audition constitue un droit pour l'enfant qui lui est propre et qui ne peut en aucun cas être exercé par une tierce personne.

334. Des juges qui ne sont pas liés par la parole de l'enfant. L'obligation d'entendre l'enfant n'implique pas celle pour les juges de se conformer à sa parole. Le Tribunal fédéral suisse, dans une décision du 10 février 2012⁵⁹⁰, constate que : « l'audition de l'enfant vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires pour établir l'état de fait et prendre sa décision, l'enfant n'étant pas encore en mesure de s'exprimer sans faire abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs, ni de formuler une volonté stable ». L'audition de l'enfant a ainsi une double fonction : d'abord, celle de permettre à l'enfant de faire entendre son opinion ; ensuite, celle de permettre au juge de recueillir des éléments concrets pour prendre sa décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit de parole de l'enfant ne lui permet pas

⁵⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2007, *Bull. Civ. I*, n° 286, pourvoi n° 06-18379; *D. actualité*, 2007, S. Pokora ; *JCP éd. G*, 2008, II, n° 10026, comm. A. Zelcevic-Duhamel ; *Dr. fam.* 2007. 192, obs. P. Murat ; *A.J. fam.* 2007. 432, obs. J.-B. Thierry ; C. Bideau, *JCP éd. G*, 2008, I, 102, chron.; *RTD civ.* 2008, p.100, obs. J. Hauser.

⁵⁹⁰ Tribunal fédéral suisse, 10 février 2012, 5A_593/2011.

d'avoir un rôle décisif dans la répartition des attributions parentales⁵⁹¹. L'enfant émet simplement ses souhaits ; le juge décide. Ainsi, son droit à être entendu guide le juge dans la détermination de son intérêt, mais le juge n'est pas lié par cette opinion. Par exemple, dans une décision du 3 avril 2012⁵⁹², la Cour d'appel de Rennes relève que l'audition des enfants ne justifiait pas de confier l'exercice de l'autorité parentale à la mère seule, contrairement à ce qui était demandé par ceux-ci.

335. Un instrument de décision pour le juge. En s'exprimant, l'enfant peut contribuer à éclairer les juges sur son intérêt supérieur. Certes, les juges ne sont pas liés par les sentiments de l'enfant, mais ceux-ci exercent une influence certaine sur leur décision. Par une décision du 27 février 2012⁵⁹³, la Cour d'appel de Lyon se fonde sur l'audition des enfants pour décider du fractionnement des vacances afin que le père puisse entretenir des liens plus étroits avec chacun de ses enfants, conformément à leurs intérêts. En l'espèce, des enfants avaient exprimé leurs regrets de passer peu de temps avec leur père et manifesté leur besoin d'entretenir davantage de relations avec celui-ci. Si la jurisprudence s'attache à la prise en compte des sentiments exprimés par l'enfant⁵⁹⁴, le juge n'est pas lié par son opinion. La jurisprudence française décide que le juge est libre d'apprécier la crédibilité des déclarations de l'enfant et qu'il n'est jamais lié par les sentiments de celui-ci⁵⁹⁵. Les autres juridictions européennes se prononcent également en ce sens. Par exemple, la Cour provinciale de Gérone, dans un arrêt du 10 janvier 2001, confirme l'attribution de la garde des enfants mineurs à la mère contre la volonté de ceux-ci au motif que « en dépit de l'expression par les mineurs de leur souhait de vivre avec leur père et la nécessité d'écouter ces derniers, dès lors qu'ils ont un jugement suffisant, le principe recteur en matière d'adoption de mesures en faveur des enfants doit toujours être celui de *favor filii*, orienté vers la consécration d'une éducation adaptée et d'une formation du mineur, en conformité avec le respect de sa dignité et le développement favorable de sa personnalité »⁵⁹⁶. L'intérêt supérieur de l'enfant permet ici d'écarter la volonté des mineurs. L'audition permettant à l'enfant de faire connaître son

⁵⁹¹ F. Boulanger, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant. Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, op. cit., p. 218.

⁵⁹² CA Rennes, 3 avril 2012, n° de RG 10/04704.

⁵⁹³ CA Lyon, 27 février 2012, n° de RG 10/06298.

⁵⁹⁴ Cass. 2^{ème} civ., 20 novembre 1996, *Bull. Civ.*, II n° 253 p. 153, pourvoi n°93-19937, *D.* 1997. 192, note Y. Benhamou ; *Def.* 1997.987, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 1997, n°2, comm. P. Murat ; *RTDciv.* 1997. 112, obs. J. Hauser .

⁵⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 22 juil. 1986, n° 85-11645, *Bull. Civ. I*, n° 218, p. 209, *Gaz. Pal.* 1988, J.10, note J. Massip ; *D.* 1986.732, obs. J. Rubellin-Devichi ; *RTDciv.* 1991, p. 49, obs. J. Bonnard.

⁵⁹⁶ F. Cadet, « Chronique de droit espagnol », *Dr. fam.* 2003, *chron.* 21.

sentiment, elle constitue un instrument d'équilibre entre la volonté de l'enfant et la protection de son intérêt. Il existe néanmoins des hypothèses où la volonté de l'enfant est véritablement influente.

336.L'influence de la parole de l'enfant. L'article 1671 du BGB prévoit un véritable droit de *veto* de l'enfant en cas de substitution de l'exercice unilatéral à l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁵⁹⁷. Cependant, cette possibilité est réservée à l'enfant de plus de 14 ans. Le critère de l'âge garantit une maturité suffisante et une aptitude à affirmer et assumer ses choix. En outre, il semble justifié eu égard à la gravité de la décision qui empêche une responsabilité parentale commune. Cette limite d'âge renvoie à une interprétation stricte et exceptionnelle du droit de veto du mineur. Le droit français prévoit également un droit de veto de l'enfant s'agissant, par exemple, du prélèvement de moelle osseuse⁵⁹⁸. L'article L. 1241-3 du Code de santé publique prévoit que « (...) le refus du mineur fait obstacle au prélèvement ». Ces hypothèses, dans lesquelles l'enfant décide, demeurent toutefois rares. Peut-être serait-il opportun d'introduire un tel *veto* en droit français lorsqu'il est question, comme en droit allemand, de substituer un exercice unilatéral à un exercice conjoint de l'autorité parentale, ou encore, lorsqu'il s'agit de résidence alternée.

2- Le discernement de l'enfant

337.Le discernement de l'enfant dans la Convention relative à l'exercice des droits de l'enfant. L'audition de l'enfant permet à celui-ci de faire connaître sa volonté, sans pour autant lui accorder une force décisionnelle. Pour que l'audition constitue un véritable outil pour le juge, la volonté de l'enfant doit être éclairée. Il faut alors se poser la question de savoir quand l'enfant est apte ou non à faire part de ses souhaits de manière éclairée. Deux critères sont mis en avant. Il s'agit d'une part, du discernement de l'enfant, et d'autre part, de son âge. L'article 3.36 de la Convention relative à l'exercice des droits de l'enfant prévoit qu' : « Il appartient aux Etats de définir les critères d'appréciation de la capacité des enfants à forger et exprimer leur propre jugement. Ils sont libres de faire de l'âge des enfants un critère.

⁵⁹⁷ Article 1671 du BGB : « Si le père et la mère qui exercent en commun l'autorité parentale vivent séparés d'une manière qui n'est pas temporaire, chacun peut demander que le tribunal de la famille lui transfère une l'autorité parentale ou une partie de celle-ci seulement. Il y a lieu de satisfaire à la demande 1. Pour autant que l'autre parent donne accord, à moins que l'enfant ait accompli ses 14 ans et qu'il s'oppose au transfert (...) ». F. Boulanger, *préc.*

⁵⁹⁸ A. Gouttenoire, « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *CRDF*, n°5, 2006, p. 59-64.

Lorsque le droit interne n'a pas fixé un âge spécifique à partir duquel les enfants sont considérés comme ayant un discernement suffisant l'autorité judiciaire détermine, en fonction de la nature de l'affaire, le degré de discernement requis pour que les enfants soient considérés comme capables de forger et d'exprimer leur propre jugement». Ainsi, les législations européennes peuvent retenir comme critère de l'audition de l'enfant son âge ou sa capacité de discernement. Cette dernière est difficile à caractériser. Au préalable, il faut remarquer que le droit allemand fait figure d'exception puisqu'il admet cette audition dès lors que l'enfant sait parler, sans s'attacher au critère de l'âge ou du discernement⁵⁹⁹, mais les magistrats sont formés au recueil de la parole d'un mineur, même très jeune. Dans le cadre des autres législations européennes, le critère du discernement de l'enfant doit être approfondi.

338. Le discernement de l'enfant dans les législations européennes. Les législations française et grecque se réfèrent au discernement de l'enfant qui peut être défini comme suit : « Aptitude à distinguer le bien du mal qui, apparaissant chez le mineur, à l'âge de raison (question de fait), le rend capable de s'obliger délictuellement (v. enfant, volonté, responsabilité, imputabilité, connaissance, conscience, raison, esprit) »⁶⁰⁰. Cette définition met en évidence, dans la notion de discernement, la capacité pour l'enfant à distinguer le bien du mal. Le discernement de l'enfant se trouvait, à l'origine, lié à sa responsabilité. Pourtant, le droit de la responsabilité civile reconnaît aujourd'hui la responsabilité des enfants en dehors de cette capacité à discerner le bien du mal⁶⁰¹. Depuis un arrêt d'Assemblée plénière du 9 mai 1984, l'enfant n'a pas à être capable de discernement pour être reconnu responsable civilement. En revanche, il doit l'être pour exprimer son opinion. Dans le cadre de la responsabilité civile, seul le fait dommageable compte⁶⁰². Dans l'audition de l'enfant, ce qui importe, c'est le contenu de celle-ci. Les paroles de l'enfant peuvent influencer la décision du juge. Il faut donc que ce dernier puisse s'y référer de façon quasi certaine.

⁵⁹⁹ J. Bigot, C. Shauder, « Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *AJ. fam.* 2009, p. 324.

⁶⁰⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., 2011.

⁶⁰¹ Cass., AP, 9 mai 1984, GAJC, 11^{ème} éd., n°186, *D.* 1984.525, concl. Cabannes, note Chabas ; *JCP* éd. G 1984, II, n° 20256, note Jourdain ; *RTDciv.* 1984. 508, obs. J. Huet ; R. Legeais, *Deffrénois* 1985. 557 ; H. Mazeaud, *D.* 1985, chron. 13 ; G. Viney, *JCP* éd. G 1985, I, n° 3189.

⁶⁰² D. Fenouillet, P. Malinvaud, *Droit des obligations*, Lexinexis, 12^{ème} éd., 2012, p. 455 et s.

339.Appréciation du discernement. Le juge doit apprécier au cas par cas l'existence du discernement de l'enfant, car celui-ci dépend à la fois de la maturité de l'enfant et du contexte dans lequel il vit. Un auteur⁶⁰³ remarque que « l'aptitude du discernement s'entend d'une maturité minimum pour comprendre la question posée et concevoir les implications de la réponse qu'il apportera. Elle variera en fonction du degré de l'évolution mentale et réflexive atteint par le mineur, mais aussi selon l'objet concerné et selon la portée qu'attache la loi à la prise de position du mineur ». Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation estime, dans un arrêt du 14 février 2006, qu'un enfant âgé de 10 ans et qui présente un grave handicap ne peut être auditionné en raison de son absence de discernement suffisant⁶⁰⁴. Ou encore, la Cour d'appel de Lyon le 11 avril 2011 conclue à l'absence de discernement d'un enfant au regard de son âge, en l'occurrence 4 ans⁶⁰⁵. Enfin, la Cour d'appel de Limoges, dans un arrêt du 2 mai 2011, observe que « l'enfant ne dispose pas du discernement nécessaire compte tenu de son âge, mais aussi de son instrumentalisation le privant de toute liberté d'expression »⁶⁰⁶, celle-ci se trouvant en l'espèce entravée par un conflit de loyauté dans lequel l'enfant se trouvait impliqué⁶⁰⁷. En revanche, lorsque la Cour d'appel de Lyon constate l'existence de ce discernement, elle ne le caractérise pas se contentant seulement de le relever : « Attendu que ces enfants étant capables de discernement, il y a lieu de faire droit à leur demande et d'ordonner leur audition avant que de statuer sur le droit de visite et d'hébergement du père »⁶⁰⁸. Les législations européennes ne se réfèrent pas toutes au discernement de l'enfant pour décider de la mise en œuvre de son audition. Certaines recourent à un autre critère : l'âge de l'enfant.

340.Age de l'enfant. La question du discernement est liée à celle de l'âge de l'enfant. La loi française du 8 janvier 1993 a abandonné la subordination de l'audition de l'enfant à une condition d'âge chiffrée⁶⁰⁹. Cependant, des législations européennes organisent encore l'audition de l'enfant au regard de l'âge de l'enfant. L'ancien article 144 du Code civil suisse s'y référait aussi. La limite d'âge retenue était souvent de 10 ou 12 ans dans le cadre des procédures de divorce. A l'heure actuelle, les limites d'âge ont beaucoup évolué, l'enfant

⁶⁰³ J.-P. Gridel, « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, p. 90.

⁶⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 14 fév. 2006, inédit, pourvoi n°05-13627, *D.* 2006 IR, p. 11; *D.* 2006, p. 2149, note M. Herzog-Evans ; *Dr. fam.* 2006, comm. n°162, obs. P. Murat ; *RTDciv.* 2006, p. 105, obs. J. Hauser.

⁶⁰⁵ CA Lyon, 11 avril 2011, n° de RG 09-04485.

⁶⁰⁶ CA Limoges, 2 mai 2011, n° dde RG 10/00974.

⁶⁰⁷ M. Juston, « La souffrance des enfants dans les situations de séparation de leurs parents : quelle réponse la justice familiale peut-elle apporter ? », *Gaz. Pal.* 19 janv. 2012, n° 19, p. 12-16.

⁶⁰⁸ CA Lyon, 4 avril 2011, n° de RG 10/02101.

⁶⁰⁹ F. Alt- Maes, « Le discernement et la parole du mineur en justice », *JCP éd. G.* 1996, I, n° 3913.

étant auditionné de plus en plus jeune. Le Tribunal fédéral suisse vient, ainsi, de reconnaître qu'un enfant de 6 ans peut être entendu, marquant ainsi un certain assouplissement⁶¹⁰. Le droit hongrois ou le droit belge organisent également l'audition de l'enfant au regard de son âge. Pour le premier le seuil est fixé à 14 ans et pour le second, à 12 ans⁶¹¹. Parfois, les législations alternent entre les deux critères, à l'instar de la loi espagnole du 25 juillet 1996 qui prévoit une audition de plein droit du mineur de plus de 12 ans et qui subordonne l'audition du mineur de moins de 12 ans à sa capacité de discernement⁶¹². Le critère du discernement permet une audition à un âge beaucoup plus jeune que le critère de l'âge qui oscille, en principe, entre 10 et 14 ans.

341.Choix du critère. La Cour européenne des droits de l'homme ne se prononce pas sur le critère à privilégier. Tout au plus s'assure-t-elle que le refus d'auditionner les enfants en raison de leur âge est suffisamment justifié. Dans un arrêt du 21 juin 2007, elle constate que les enfants respectivement âgés de 13 et 11 ans auraient pu être directement entendus par les tribunaux⁶¹³. En l'occurrence, l'audition aurait permis d'apprécier l'opportunité de leur placement. Néanmoins, il faut remarquer que le critère de l'âge de l'enfant démontre les difficultés à déterminer un âge raisonnable, voire un âge commun aux différentes législations européennes afin d'assurer une certaine harmonisation. Le choix du critère du discernement de l'enfant présente l'avantage d'une adaptabilité à différentes situations, malgré son caractère subjectif⁶¹⁴. Ainsi, la législation suisse retient le critère de l'âge de l'enfant, mais les juges n'hésitent pas à le moduler à la baisse lorsque les circonstances l'exigent⁶¹⁵. La malléabilité du critère de l'âge ne se combine pas toujours avec la sécurité juridique. Il apparaît plus opportun de se référer à la capacité de discernement de l'enfant, critère plus souple⁶¹⁶. Le choix du critère est important car il permet au juge de se prononcer dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁶¹⁰ Y. Daoudi-Beuchat, Atelier sur la parole de l'enfant, rapport de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant et partageant l'usage du français (AHJUCAF), Tribunal fédéral suisse, 1^{er} juin 2005, n° 5C.63/2005.

⁶¹¹ Y. Daoudi-Beuchat, Atelier sur la parole de l'enfant, rapport de l'Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant et partageant l'usage du français (AHJUCAF).

⁶¹² *Ibidem*.

⁶¹³ CEDH, 21 juin 2007, *Havelka et autres c. République Tchèque*, req. n° 23499/06, spéc. §62.

⁶¹⁴ A. Gouttenoire, « Le refus d'audition fondé sur le défaut de discernement », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 2012, n° 6, p. 6.

⁶¹⁵ Y. Daoudi-Beuchat, *préc.* Alors même que c'est une jurisprudence du 1^{er} juin 2005 qui fixe cette limite d'âge (ATF 131 III 553).

⁶¹⁶ *Ibidem*.

§2. L'utilisation judiciaire de l'audition de l'enfant

342.Plan. L'audition de l'enfant est utilisée pour apprécier les faits à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant (A). Le juge veille à ce que l'intérêt de l'enfant soit toujours la considération primordiale, conformément à ce que prescrit l'article 3-1 de la Convention de New York. Parfois, les juges utilisent l'audition pour affirmer expressément la primauté du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sur d'autres principes, tel le principe du contradictoire (B).

A- Un instrument d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant

343.L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juges utilisent l'audition de l'enfant pour caractériser l'intérêt supérieur qui doit être une considération primordiale. La Cour européenne des droits de l'homme considère également que l'audition constitue un bon instrument de mesure de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle constate que : « les autorités doivent prendre toutes les mesures nécessaires, dont l'audition de l'enfant, afin de mettre en évidence la coopération des intéressés à la procédure guidés par l'intérêt supérieur de l'enfant »⁶¹⁷. Le juge tient compte de l'audition de l'enfant pour rendre sa décision dans son intérêt supérieur, conformément aux articles 3-1 et 12 de la Convention de New York. Dans une décision du 17 décembre 2008, l'audition des enfants a permis de déterminer qu'il relevait de leur intérêt supérieur de changer de résidence et de la fixer au domicile de la mère⁶¹⁸. Précisément, les juges du fond constatent que « l'évolution des sentiments des enfants apparaissait conforme à leur intérêt ». En l'espèce, il est relevé que l'opinion des enfants se trouvait en corrélation avec leur intérêt, ce que leur audition avait permis de révéler. Souvent associée à l'expertise médico-psychologique, l'audition de l'enfant permet de tenir compte de ses sentiments et de rechercher la mesure la plus adaptée à son intérêt. Par exemple, dans une décision du 26 septembre 2007, les juges du fond constatent, après audition des enfants et expertise médico-psychologique, l'existence de motifs graves relevant de leur intérêt supérieur justifiant la suspension du droit de visite du père⁶¹⁹. Le Tribunal fédéral suisse utilise également l'audition de l'enfant pour déterminer ce que commande son intérêt supérieur. Dans une décision du 9 septembre 2009⁶²⁰, il observe que l'audition de

⁶¹⁷ CEDH, 22 nov. 2005, *Reigado Ramos c. Portugal*, req. n° 73229/01, spéc. §53.

⁶¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, inédit, pourvoi n° 08-13985.

⁶¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2007, inédit, pourvoi n° 06-20836, *JCP* éd. G 2008, I, 102, obs. Y. Favier, *Gaz. Pal.* 2008, n° 330, p. 29, note V. Hazout.

⁶²⁰ Tribunal fédéral suisse, 9 sept. 2009, 5A_242/2009.

l'enfant prouve que le maintien des contacts entre un père et sa fille constitue pour cette dernière une source d'angoisse considérable. L'intérêt supérieur de la mineure commande alors la suspension du droit de visite du père. L'utilité de l'audition ne semble plus à démontrer, alors que la pratique en demeure encore trop limitée.

344.Faible recours à l'audition. En dépit du caractère de plein droit de l'audition de l'enfant en droit français, on a pu relever que celle-ci, dans les procédures relatives à l'autorité parentale, demeure « minoritaire »⁶²¹. Le Comité des droits de l'enfant observe également de son côté le fait que ce droit n'est pas suffisamment mis à la connaissance du mineur, mais aussi de ses parents. Il souligne que des efforts d'information doivent être réalisés afin « d'accroître les possibilités de participation effective de l'enfant »⁶²². L'enfant a le droit d'être entendu. Les efforts doivent être maintenus pour favoriser le recours à l'audition sans pour autant aboutir à une systématisation de celle-ci. L'audition de l'enfant doit se soucier de la protection de l'enfant et de la responsabilisation des parents⁶²³. Toutefois, la faible fréquence des auditions rend peut-être compte d'un souci de protection des enfants contre l'effet des procédures relatives à l'exercice de l'autorité parentale. L'intérêt supérieur de l'enfant fonde également cette protection spécifique. Un auteur souligne l'importance de l'outil tout en craignant que l'audition ne puisse constituer un danger pour l'enfant, notamment celui de l'ériger en véritable décideur⁶²⁴. Si l'audition de l'enfant doit permettre à celui-ci de défendre son opinion (indirectement son intérêt tel qu'il l'envisage), elle ne peut le consacrer comme décideur. Le même auteur précise qu'il est important que le juge et l'avocat rappellent aux parents leurs responsabilités liées à l'autorité parentale. En raison de son statut particulier, il serait opportun de déterminer au mieux les rôles respectifs du juge aux affaires familiales et de l'avocat. Ces derniers doivent pouvoir rendre effectif ce droit.

345.La présence de l'avocat. Un décret du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice permet de préciser le rôle des professionnels, notamment celui des avocats, dans cette procédure⁶²⁵. Pour un auteur, si la présence du professionnel constitue une garantie de

⁶²¹ G. Barbier, « La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant », *AJ. fam.* 2012, p. 498.

⁶²² CRC/C/FRA/CO/4 ; Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Comité des droits de l'enfant, France, 10 sept. 2008.

⁶²³ *Les assises nationales des avocats d'enfants : retour sur l'audition de l'enfant et l'adoption*, in Forum famille Dalloz, 29 et 30 nov. 2013.

⁶²⁴ M. Juston, « La parole de l'enfant devant le JAF : enfant-roi, enfant-proie », *Gaz. Pal.* 16 mars 2013, n° 75, p.11.

⁶²⁵ J. Massip, « Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice (observations sur le décret n°2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application) », *Dr. fam.*, n° 9, sept. 2010.

protection des intérêts de l'enfant, elle réduit également sa place⁶²⁶. Il faut rappeler que dans le cadre de l'audition de l'enfant, l'avocat n'a qu'un rôle d'accompagnement et non de représentation⁶²⁷. La Cour de Luxembourg a précisé ce rôle de l'avocat dans une décision du 7 mai 2003. Elle décide que : « conformément à l'article 388-1 du Code civil, le mineur capable de discernement peut être entendu dans toute procédure le concernant. L'audition du mineur ne lui confère cependant pas la qualité de partie à la procédure. Lorsque le mineur amène un avocat à participer à son audition, il ne s'agit ni d'une représentation, ni d'une assistance au sens procédural du terme, mais il s'agit de l'aider à exprimer ses sentiments, de lui apporter une aide morale et psychologique. Il ne s'agit pas de défendre la cause d'une partie, mais d'accompagner le mineur qui doit être présent. En effet, l'article 388-1 ne prévoit pas qu'un avocat puisse représenter un mineur dans les procédures civiles qui le concernent aux fins de défendre ses intérêts »⁶²⁸.

346.Représentation et protection de l'enfant. Exclure la représentation de l'enfant par un avocat constitue une mesure de protection de son intérêt, car celle-ci l'instituerait en véritable partie à la procédure contre d'autres parties : ses parents, ce qui n'est pas l'objectif⁶²⁹. Comme l'énonce l'article 388-1 du Code civil français, l'article 388-1 (5) du Code civil luxembourgeois précise à cet égard que : « l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure ». La Cour de cassation luxembourgeoise décide que cette disposition n'est contraire ni à la Convention relative aux droits de l'enfant, ni à la Convention européenne des droits de l'homme⁶³⁰. En conséquence, l'enfant ne dispose d'aucune voie de recours. En outre, il n'existe pas d'obligation consistant en l'organisation d'une audition à chaque stade de la procédure⁶³¹. Certains auteurs sont favorables à ce que l'enfant puisse saisir personnellement et directement la justice, ce qui correspondrait mieux à son intérêt⁶³². A la réflexion, cela reviendrait sans doute à faire de l'enfant un véritable décideur dans une situation de laquelle il doit être protégé, ce qui est incompatible. Il

⁶²⁶ D. Attias, « L'avocate d'enfant et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales », *AJ. fam.* 2009, p. 330.

⁶²⁷ *Ibidem.*

⁶²⁸ Cour de Luxembourg, 7 mai 2003, 32. 408.

⁶²⁹ A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, th. dactyl., 1994.

⁶³⁰ Cour de Luxembourg, 8 oct. 1997, 30. 258.

⁶³¹ CA Lyon, 2 avril 2009, n° de RG 07/ 00552. E. Bazin, « Du nouveau en matière d'audition de l'enfant », *JCP éd. G* 2009, I, 184 ; M. Douchy-Oudot, « L'audition de l'enfant en justice », *Procédures*, août 2009, étude 7 ; J. R. Demarchi, « Une justice familiale en mutation », *LPA* 17 mars 2010, n° 54, p. 3.

⁶³² F. Alt- Maes, « Le discernement et la parole du mineur en justice », *loc. cit.* p. 3913.

deviendrait alors l'arbitre des conflits parentaux⁶³³. La promotion du recours à l'audition peut s'effectuer par une autre voie.

347.La multiplication des auditeurs. Si elle est régulièrement requise par les textes européens pour recueillir la parole de l'enfant, la présence du juge ne constitue pas un principe absolu. Recourir à d'autres auditeurs que le juge pourrait contribuer à une organisation plus fréquente de l'audition de l'enfant. Par exemple, les législations anglaises ou polonaises recourent aux travailleurs sociaux pour recueillir la parole de l'enfant⁶³⁴. Le Comité des droits de l'enfant veille à ce que les institutions non judiciaires prennent toutes les mesures nécessaires pour rendre effectif le droit de parole de l'enfant. A cet égard, il recommande aux municipalités danoises de « prendre des mesures pour garantir la prise en compte de l'opinion de l'enfant, ainsi que de créer davantage de possibilités pour les enfants de faire entendre leur voix sur toutes les questions touchant leurs droits »⁶³⁵. En outre, le Comité des droits de l'enfant veille à ce que tous les intervenants non judiciaires chargés de recueillir la parole de l'enfant disposent d'une information et d'une compétence suffisante. Le juge n'est pas le seul à pouvoir entendre l'enfant dans les législations sus-visées. L'extension de la liste à des personnes habilitées à auditionner l'enfant répond au souci de développer l'audition. Il faut particulièrement s'assurer que ces personnes disposent d'une formation adéquate au sensible recueillement de la parole de l'enfant. A ceux qui estimerait que le juge serait plus légitime qu'un autre à entendre l'enfant, il peut être rétorqué que le juge ne dispose pas d'une formation spécifique pour cette tâche. Néanmoins, il ne s'agit pas de professionnaliser cette mission, simplement d'accroître la liste des auditeurs de façon à développer le recours à l'audition de l'enfant.

348.Multiplication des auditions et protection de l'enfant. Un paradoxe peut être relevé en la matière: multiplier les auditions sert-il vraiment l'intérêt supérieur de l'enfant quand on sait combien ce type de procédure se révèle effrayant pour l'enfant, sans compter les risques que présentent certaines d'entre elles ? La sécurité de l'enfant lors des auditions doit être privilégiée. En outre, il faut tenir compte des moyens plus classiques permettant de recueillir la parole de l'enfant, par exemple les témoignages émanant d'un

⁶³³ M. Juston, « La parole de l'enfant devant le JAF : enfant-roi, enfant-proie », *loc. cit.*, p. 11.

⁶³⁴ A. Richez- Pons, « La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe », *Dr. fam.* 2006, étude 32.

⁶³⁵ CRC.C.DKN.4, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Danemark, 4 fév. 2011.

instituteur, d'un membre de la famille..., les personnes les mieux placées pour rendre compte de la parole de l'enfant. La détermination des modalités du recueillement de la parole de l'enfant est importante car cela limite les risques d'instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

349.L'instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces encouragements au développement de l'audition posent la question d'un éventuel risque d'utilisation de l'audition pour instrumentaliser l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans le cadre d'une séparation parentale, l'instrumentalisation se manifesterait par les manipulations exercées par un parent pour que l'enfant le choisisse au détriment de l'autre parent. Un auteur souligne toutefois que l'audition permet de lutter contre une instrumentalisation de l'enfant⁶³⁶. Dans une décision du 20 juin 2012, un enfant avait demandé à être auditionné, ce que le juge ordonna en application de l'article 388-1 du Code civil. Au cours de cette audition, l'enfant manifesta son refus d'entretenir des relations avec son père. Pourtant, après consultation de l'enfant, la juridiction décida du maintien du droit de visite et d'hébergement du père conformément à l'intérêt du mineur. En l'espèce, l'audition de l'enfant révéla ses contradictions. Elle est de plein droit pour assurer à l'enfant son droit à la parole, mais elle n'a pas de force exécutoire pour préserver son intérêt. En l'occurrence, l'enfant se trouve au cœur d'un conflit de loyauté qui ne lui permet pas de dire objectivement ce qu'il pense correspondre à son intérêt, puisque la perception qu'il peut avoir de celui-ci subit la manipulation de la mère. L'audition de l'enfant apparaît ici comme un moyen de protection de son intérêt supérieur contre la manœuvre de l'un de ses parents. Cela peut expliquer que cet instrument prime sur d'autres principes.

B- La primauté de cet instrument sur d'autres principes

350.Principe du contradictoire. L'audition de l'enfant répond au droit de l'enfant à être entendu. Cependant, ce droit peut être contrarié par celui des parents s'exprimant notamment par le respect du principe du contradictoire. Ainsi, s'il peut être de l'intérêt supérieur de l'enfant de procéder à son audition (sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil) il peut *a contrario* ne pas être de son intérêt que ses parents puissent avoir connaissance du contenu de celle-ci⁶³⁷. Le principe du contradictoire impose pourtant une telle communication. Il s'agit alors de trouver un équilibre entre le droit pour l'enfant à être

⁶³⁶ C. Neirinck, « L'audition de l'enfant, son intérêt et le principe du contradictoire », *Dr. fam.* 2012, comm. 133.

⁶³⁷ *Ibidem*.

entendu et le droit pour les parents au respect du principe du contradictoire⁶³⁸. Ce dernier principe garantit à chaque partie le droit de recevoir communication de toutes les pièces du dossier. Il faut remarquer à cet égard que la Cour européenne des droits de l'homme, attachée au respect du principe du contradictoire, l'érige au rang de principe fondamental dans toute procédure⁶³⁹. Toutefois, elle consacre aussi l'existence d'un principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et veille à ce que celui-ci soit toujours la considération primordiale dans toute décision⁶⁴⁰. Un équilibre entre ces deux principes doit ainsi être recherché, ce que ne permet pas toujours l'audition de l'enfant. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant semble alors primer sur le principe du contradictoire.

351.Principe du contradictoire en droit français. Le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice⁶⁴¹ s'inscrit dans cette perspective de favoriser le principe du contradictoire, alors que la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007⁶⁴² s'inscrit particulièrement dans le souci d'affirmer l'existence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant conformément aux articles 3-1 et 12 de la Convention de New York. L'article 338-12 du Code de procédure civile prévoit ainsi que : « dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il est fait un compte rendu de cette audition. Ce compte-rendu est soumis au respect du contradictoire ». Ce texte met en évidence l'obligation et la difficulté d'un équilibre entre les deux principes. Le principe du contradictoire permet de porter à la connaissance des parents, ou de leurs représentants, les propos de l'enfant recueillis par le juge. L'accès à l'audition leur permet d'organiser leur droit de réponse⁶⁴³. Cependant, l'intérêt supérieur de l'enfant ne repose-t-il pas également sur la garantie de la confidentialité de ces propos⁶⁴⁴ ? En effet, si l'enfant sait que ses propos pourront être portés à la connaissance de ses parents ne sera-t-il pas finalement contraint *a minima* dans l'exercice de son droit de parole ?

⁶³⁸ J.-M. Hayat, N. Fricero, « La réforme de l'audition de l'enfant en justice: un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité à la procédure », *RJPF*, n° 10, 2009.

⁶³⁹ CEDH, 18 fév. 1997, *Nideröst- Huber c. Suisse*, req. n° 18990/91, F. Sudre, J-P Marguénaud, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thémis droit, 5^{ème} éd., 2003, p333, n° 30.

⁶⁴⁰ Par exemple, CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau Washington c. France*, req. n° 39388/05, spéc. §§66-68 ; CEDH, 26 nov. 2013, *X c. Lettonie*, req. n° 27853/09, spéc. §§ 95-97.

⁶⁴¹ Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, *JO* n° 0119 du 24 mai 2009, p. 8649.

⁶⁴² Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfant. *JO* n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215.

⁶⁴³ D. Attias, « L'avocate d'enfant et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2009, p. 330.

⁶⁴⁴ M. Douchy-Oudot, « L'effectivité du droit de l'enfant à être entendu en droit positif », *LPA* 7 oct. 2010, n° 200, p. 12.

352.Équilibre entre deux principes fondamentaux. La difficulté consistant à trouver un équilibre entre le principe du contradictoire et le droit de l'enfant à être entendu a été mise en exergue dans une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 20 juin 2012⁶⁴⁵. En l'espèce, la mère soutenait que le compte-rendu oral de l'audition de son enfant méconnaissait le principe du contradictoire. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que : « (...) c'est sans se contredire ni méconnaître le principe de la contradiction que la cour d'appel, prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, a fixé les modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement du père ». Pourtant, les parents n'avaient pas eu accès au compte-rendu de l'audition de l'enfant de manière satisfaisante, puisqu'il avait fait l'objet d'une communication orale. Cet arrêt est intéressant car il met en exergue la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur le principe du contradictoire. Toutefois, les juges ne se sont pas fondés sur les souhaits de l'enfant pour rendre leur décision et ont maintenu le droit de visite et d'hébergement du père alors que l'enfant avait fait part de ses réticences. Selon la Cour de cassation il n'y a pas eu atteinte au principe du contradictoire.

Cette décision récente démontre les difficultés relatives à la mise en œuvre de l'audition de l'enfant tout en soulignant le souci de faire respecter le principe de son intérêt supérieur dans le but d'assurer la protection de celui-ci⁶⁴⁶. De nombreux efforts sont encore à réaliser pour que l'audition constitue un outil fiable d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'audition présente cette particularité de représenter à la fois un outil d'appréciation de l'intérêt de l'enfant et un droit de l'enfant proclamé par la Convention de New York, repris dans les législations européennes internes. Néanmoins, le juge peut toujours recourir à d'autres outils efficaces, désormais également appréhendés à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁶⁴⁵ Cass.1^{re} civ., 20 juin 2012, *Bull. Civ. I*, n° 135, pourvoi n° 11-19377, *D.* 2012. 1675 ; *ibid.* 2050, chron. C. Creton et B. Vassallo ; *ibid.* 2267, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2012. 457, obs. L. Schenique ; *RJPF* 2012/9-10. 39, obs. F. Eudier ; *RTDciv.* 2012. 523, obs. J. Hauser.

⁶⁴⁶ H. Lécuyer, « Audition des enfants : le juge invité à combler les insuffisances de la loi », *Dr. fam.* 2001, comm. 45.

Section 2. Les autres outils d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant

353.Des outils variés. Deux types d'outils sont utilisés par les juges dans l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. On songe en premier lieu à un outil de pacification : la médiation familiale (§1) et en second lieu, à des outils techniques, tels par exemple l'enquête sociale et l'expertise médico-psychologique (§2). Parfois complémentaires, ces instruments de pacification et ces moyens d'investigation offrent au juge la possibilité de mieux cerner l'intérêt supérieur de l'enfant.

§1. Un instrument de pacification

354.Le développement de la médiation familiale. Depuis une période récente, la pacification des relations parentales, notamment dans le cadre des mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale, est un objectif dominant des nouvelles législations⁶⁴⁷ (A). Le rapport Guinchard préconisait de placer la médiation familiale au cœur du dispositif de résolution amiable des conflits familiaux⁶⁴⁸. Ainsi, 13 443 mesures de médiation familiale ont été prononcées en France en 2009⁶⁴⁹. Cette évolution se comprend au regard de l'importance croissante, dans les législations européennes, des accords entre les parents. L'article 373-2-11 du Code civil français vise ces accords : « Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération 1° La pratique que les parents, avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure». Toutefois, pour que ceux-ci servent au mieux l'intérêt supérieur de l'enfant, la médiation familiale a été instaurée en amont de la décision relative à l'exercice de l'autorité parentale. La médiation familiale constitue un instrument de pacification au service de l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

⁶⁴⁷ M. Juston, « La pratique de la médiation dans le contentieux familial du TGI de Tarascon : un changement de culture », *Gaz. Pal.* 31 août 2010, n° 243, p. 9 ; M. Juston, « La médiation dans le contentieux familial : un changement de culture judiciaire », *Gaz. Pal.* 29 déc. 2005, n° 363, p. 2 ; C. Lienhard, B. Weiss-Gout, « Le développement et la diversification des modes alternatifs de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 24 mars 2012, n° 84, p. 24.

⁶⁴⁸ S. Guinchard, (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », rapport de la Commission sur la répartition des contentieux, La documentation française, 2008.

⁶⁴⁹ P. Domingo, C. Barbosa, « La médiation familiale : activités des services, usagers et effets sur la résolution des conflits », Politiques sociales et familiales, CAF, Synthèses et statistiques, n° 103, mars 2011.

A- La présence de la médiation familiale dans les législations européennes

355.Définition. La médiation familiale recouvre le « processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lesquelles une personne, tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir favorise à travers l'organisation d'entretiens individuels leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution »⁶⁵⁰. La médiation n'intervient pas seulement en cas de séparation conjugale, elle intéresse de manière générale la rupture familiale. Elle est guidée par l'intérêt supérieur de l'enfant au sujet des litiges et accords le concernant⁶⁵¹. Encore relativement peu pratiquée en France⁶⁵², elle est obligatoire dans d'autres pays européens, à l'instar de l'Allemagne⁶⁵³. La question se pose alors de l'avenir de la médiation familiale au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit d'une mesure non judiciaire ayant pour objectif de réaliser un accord, de restaurer le dialogue et la communication entre les parents⁶⁵⁴. Dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale c'est un instrument de nature à apaiser les conflits entre les parents afin de rechercher ce que commande l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un contexte où les conflits sont exacerbés, la médiation familiale s'apparente à une mesure « thérapeutique »⁶⁵⁵ bénéfique à l'enfant.

356.Fondement. Aucune référence à la médiation familiale n'est réalisée dans la Convention internationale des droits de l'enfant. Cela explique que la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant organise la médiation familiale ainsi que d'autres mesures « d'ordre procédural pour promouvoir l'exercice des droits de l'enfant ». L'article 13 de la Convention prévoit qu' : « Il peut être nécessaire de promouvoir, dans les cas appropriés qui doivent être déterminés par le droit interne, des solutions amiables aux conflits concernant l'exercice des droits des enfants. La médiation devrait pouvoir être utilisée en dehors de toute intervention de l'autorité judiciaire ou avant et pendant une procédure, voire après, si un conflit survient au cours de l'exécution de la décision prise par l'autorité judiciaire ». A la

⁶⁵⁰ Conseil national consultatif de la médiation familiale.

⁶⁵¹ M.-T. Meulders Klein, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*. L.G.D.J., 1999, p. 529 et s.

⁶⁵² B. Bastard, L. Cardia-Voneche, « La médiation familiale en France: état des pratiques et débats en cours », *RTDciv.* 1994, pp. 135 et s.

⁶⁵³ Rap. Défenseur des enfants, *préc.*

⁶⁵⁴ M. Juston, « Et si les juges aux affaires familiales et les avocats se saisissaient réellement de la médiation familiale dans l'intérêt des enfants et des couples qui se séparent ? », *Gaz. Pal.*, 22 nov. 2012, n° 327, p. 5.

⁶⁵⁵ N. Fricéro, « Vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *AJ. fam.* 2010, p. 66.

lecture de cet article, il apparaît que la médiation familiale constitue un instrument de promotion des droits de l'enfant conformément à son intérêt supérieur. Cette mesure est également organisée dans les législations européennes. Par exemple, l'article 373-2-10 du Code civil français prévoit que : « A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ». Cette disposition lie l'organisation de la médiation familiale à l'autorité parentale, tout comme l'article 387 *bis* du Code civil belge selon lequel « (le tribunal) leur donne toutes informations utiles sur la procédure et en particulier sur l'intérêt de recourir à la médiation telle que prévue à la septième partie du Code judiciaire ». L'objectif de protection de l'enfant est davantage mis en évidence à l'article 314 du Code civil suisse en ces termes : « L'autorité de protection de l'enfant peut, si elle l'estime utile, exhorter les parents de l'enfant à tenter une médiation ».

357.L'accès à la médiation familiale dans les législations européennes. Cette pratique issue des pays du *Common law* se développe dans toutes les législations européennes⁶⁵⁶. En application de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 portant sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, la loi luxembourgeoise du 24 février 2012 a introduit de nouvelles dispositions relatives à la médiation familiale dans le nouveau Code de procédure civile⁶⁵⁷. Désormais les modalités de la médiation familiale sont organisées aux articles 1251-17 et suivants du nouveau Code de procédure civile. L'article 1251-20 conditionne l'homologation par le juge de l'accord résultant de la médiation au respect de l'intérêt de l'enfant. En dépit de l'inscription de la médiation familiale dans un processus de déjudiciarisation⁶⁵⁸, son organisation est encadrée. La législation écossaise de 1995 organise la médiation familiale pour « toute règle relative au bien-être de l'enfant »⁶⁵⁹. Cependant, à la différence du droit français, le droit écossais rend accessible gratuitement la médiation familiale⁶⁶⁰. Les

⁶⁵⁶ C. Pomart-Nomdedeo, « La médiation et l'expertise au service de la vie familiale », *LPA* 3 déc. 2009, n° 241, p. 38 ; D. Ganancia, « Paysage de la médiation familiale en France », *Gaz. Pal.* 24 mai 2001, n° 144, p. 8.

⁶⁵⁷ Loi du 24 février 2012 portant – introduction de la médiation en matière civile et commerciale dans le nouveau code de procédure civile. *Mém. A* – 37 du 05 mars 2012, p. 396.

⁶⁵⁸ S. Amrani-Mekki, « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 5 juin 2008, n° 157, p. 2 ; B. De Belval, « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.* 8 mai 2012, n° 129, p. 11.

⁶⁵⁹ Civil Evidence (Family Mediation) (Scotland) Act 1995, Section 1, (2): “this act applies to family mediation between two or more individuals relating to _ any other matter relating to a child's welfare”.

⁶⁶⁰ D. Versini, Rapport du Défenseur des enfants, *L'enfant au cœur des séparations parentales conflictuelles. Plaidoyer pour mieux préserver l'intérêt de l'enfant*, La documentation française, 2008.

législations européennes adoptent des modalités différentes d'organisation de la médiation familiale. En Allemagne, la médiation familiale est régulièrement pratiquée par les autorités communales, l'objectif étant de parvenir à un accord amiable qui répond aux besoins et intérêts de toutes les parties, particulièrement de l'enfant⁶⁶¹. En France, le décret n° 2005-135 du 7 septembre 2005 introduit la profession de médiateur familial⁶⁶². Celui-ci est chargé d'organiser la médiation familiale. Dans ces hypothèses, l'intérêt supérieur de l'enfant ou son bien-être sont associés à l'organisation d'une médiation. Les ministres européens ont plus largement incité le Comité des ministres du Conseil de l'Europe à organiser des procédures de règlement amiable en vue de protéger les intérêts supérieurs des enfants⁶⁶³. La loi française organise la médiation familiale, tout en précisant ses caractéristiques.

B- Un instrument au service de l'intérêt supérieur de l'enfant

358. Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les accords issus de la médiation. L'article 13 de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant précise en outre que cet accord doit être conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant : « Les accords résultant de la médiation ou d'autres méthodes de résolution des conflits ne doivent pas aller à l'encontre des intérêts supérieurs des enfants. Si ces accords sont contraires aux intérêts supérieurs des enfants, l'autorité judiciaire à laquelle il est fait référence à l'article 2 paragraphe a peut agir et prendre une décision ». La médiation familiale répond alors à un double objectif. D'une part, elle est une mesure assurant une prise de conscience, par les parents, de la nécessité de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant. D'autre part, les accords ainsi obtenus ne doivent pas aller à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant.

359. Caractéristiques de la médiation familiale. En France, c'est la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 qui a introduit cette pratique dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale à l'article 373-2-10 du Code civil qui prévoit qu' « en cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ». Le texte ne mentionne

⁶⁶¹ D. Versini, Rapport du Défenseur des enfants, *L'enfant au cœur des séparations parentales conflictuelles. Plaidoyer pour mieux préserver l'intérêt de l'enfant*, La documentation française, 2008.

⁶⁶² Décret n° 2005-1135 du 7 sept. 2005 portant codification de certaines dispositions relatives à l'action sociale et médico-sociale et modifiant le code de l'action sociale et des familles, *JO* n° 211, 10 sept. 2005, p.14756.

⁶⁶³ La médiation familiale en Europe, actes publiés par le Conseil de l'Europe, 1998.

pas l'intérêt supérieur de l'enfant, contrairement aux législations européennes visées précédemment. Cependant, la médiation familiale représente bien en droit français un instrument au service de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle répond au souci de protection de celui-ci. Les caractéristiques de cette mesure témoignent d'ailleurs de cette préoccupation. La médiation familiale est une mesure pacificatrice, préventive et continue.

360. Recherche paisible de l'intérêt supérieur de l'enfant. D'abord, elle « contribue (par définition) à la responsabilisation des parents en conflit afin de trouver un accord conforme à l'intérêt de leur enfant »⁶⁶⁴. Il s'agit d'un mode pacifique de règlement de conflits qui repose sur le consentement et la participation volontaire des parents dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁶⁵. En effet, dans le cadre des séparations entre parents, cet intérêt peut être mis à mal par de tels conflits. L'extériorisation du conflit permet de démêler les différents intérêts en cause et d'ériger l'intérêt supérieur de l'enfant en considération primordiale. L'objectif poursuivi est que, par la médiation familiale, les parents puissent s'entendre sur ce qui correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant.

361. Recherche préventive de l'intérêt supérieur de l'enfant. La médiation familiale constitue également une mesure préventive. Les juges y recourent dans un but de prévention des conflits⁶⁶⁶. Elle permet de développer une réflexion en dehors de tout contexte judiciaire et la neutralité de son déroulement doit permettre de favoriser le dialogue parental et de redonner à l'intérêt supérieur de l'enfant toute sa priorité. Cet aspect préventif doit être renforcé car il est de l'intérêt supérieur de l'enfant d'évoluer dans un environnement stable et serein. Comme il est difficile de prévenir en pratique tous les conflits, la médiation est ordonnée le plus souvent alors que le conflit est déjà né.

362. Recherche continue de l'intérêt supérieur de l'enfant. Enfin, la médiation familiale est une mesure continue. Son efficacité tient à sa durée dans le temps. Ainsi, la médiation peut être maintenue alors même qu'une décision a été prise relativement à l'exercice de l'autorité parentale. Dans un arrêt du 11 juillet 2012, le Cour d'appel de Bastia ordonne ainsi la poursuite de la médiation familiale pendant une année compte tenu de

⁶⁶⁴ D. Calderon-Bruneau, « La médiation familiale », *Dr. fam.* 2011, prat. 1.

⁶⁶⁵ CA Paris, 27 juin 2002, Jurisdata n° 2002/187960, D. Calderon-Bruneau, « La médiation familiale », *loc. cit.*, prat. 1.

⁶⁶⁶ CA Douai, 26 juil. 2012, n° de RG 12/02747.

l'intérêt de l'enfant⁶⁶⁷. Lorsqu'elle s'inscrit dans le temps, la mesure de médiation familiale n'est pas figée. Par exemple, l'intérêt supérieur de l'enfant peut être, au moment de la décision, de ne pas maintenir le contact avec l'un de ses parents. Mais cet intérêt peut évoluer en sens inverse au fil du temps. La médiation familiale accompagne cette évolution, demeurant ainsi toujours fidèle à l'intérêt supérieur de l'enfant.

363.Fonction. La médiation familiale constitue un outil d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant de plus en plus prise⁶⁶⁸. Dans une décision du 15 décembre 2008, la Cour d'appel de Bruxelles a eu l'occasion de souligner le lien étroit entre la médiation familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant et a constaté que : « la médiation permet aux parents de réfléchir ensemble sur la meilleure façon d'exercer conjointement l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant »⁶⁶⁹. Il s'agit bien d'un outil au service de l'intérêt supérieur de l'enfant permettant de caractériser au mieux celui-ci. La médiation familiale a pour objectif de réinstaurer le dialogue entre les parents et de mettre en exergue leur responsabilité commune qui doit être exercée dans l'intérêt supérieur du mineur⁶⁷⁰, comme le prévoit l'article 18-1 de la Convention de New York : « Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement (...). Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ». Dans une décision du 2 octobre 2012⁶⁷¹, la Cour d'appel de Rennes ordonne une médiation aux motifs que : « le dialogue des parents dans l'intérêt de leur fille est assez stérile ». Dans un cas comme celui-ci, la médiation doit permettre de réinstaurer un dialogue constructif entre les parents, un dialogue guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant. La médiation familiale constitue également un outil important de revalorisation du rôle parental. Elle est un moyen d'information pour les parents sur la signification et les conséquences de la coparentalité. Elle implique les deux parents, à égalité, dans la recherche de ce qui sera l'intérêt supérieur de l'enfant. L'objectif poursuivi est que la décision prise dans le cadre de la médiation résulte d'une véritable volonté et d'une prise de conscience des parents car le médiateur ne décide pas, mais il accompagne les parents dans leur décision.

⁶⁶⁷ CA Bastia, 11 juil. 2012, n° de RG 10/00870.

⁶⁶⁸ V. Larribeau-Terneyre, « La place du médiateur dans les conflits relatifs à l'autorité parentale », in F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (dir), *L'autorité parentale en question*, Septentrion, 2003, p. 139 et s.

⁶⁶⁹ CA Bruxelles, 15 déc. 2008, n° 2008/KR/108.

⁶⁷⁰ M. Juston, « Et si les juges aux affaires familiales et les avocats se saisissaient réellement de la médiation familiale dans l'intérêt des enfants et des couples qui se séparent ? », *loc cit*, p. 5.

⁶⁷¹ CA Rennes, 2 oct. 2012, n° de RG 10/06124.

364. Intérêts de la médiation familiale. Un auteur relevait que « la médiation familiale c'est l'intérêt de l'enfant »⁶⁷². Il faut nuancer ce propos pour remarquer que la médiation familiale constitue, avant tout, une mesure qui permet d'obtenir un accord des parents soucieux de l'intérêt supérieur de l'enfant. La médiation permet plus facilement que l'audition de satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant en ce qu'elle n'implique pas un aspect judiciaire aussi strict. Cependant, à la différence de l'audition elle se fait plus rare, et ne repose que sur l'accord des parents. Il est important de développer davantage le recours à la médiation parce qu'elle aide à une recherche objective de ce à quoi correspond l'intérêt supérieur de l'enfant dans les accords parentaux, beaucoup plus fréquents aujourd'hui dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents. En outre, la médiation familiale permet la révélation des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisque celui-ci repose sur un cadre de vie stable et harmonieux dépourvu de conflits, ce qui est le propre de la fonction de la médiation familiale.

365. Perspectives d'évolution de la médiation familiale. Des efforts ont déjà été réalisés pour promouvoir ce mode alternatif de règlement des conflits. En transposant la directive européenne, le droit français a contribué à l'amélioration de la médiation familiale en général. L'article 1^{er} de la directive européenne prévoit, ainsi, que : « La présente directive a pour objet de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires ». L'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011⁶⁷³ ne modifie aucune disposition relative à la médiation familiale, mais consacre la nécessité de recourir aux moyens alternatifs de résolution de conflits⁶⁷⁴. La transposition de la directive connaît une application semblable en Espagne⁶⁷⁵. Il y a désormais une législation unique qui régit la médiation familiale. En France, à côté de la médiation familiale judiciaire facultative prévue à l'article 373-2-10 du Code civil, a été introduite la médiation familiale extrajudiciaire obligatoire. Une loi du 13

⁶⁷² M. Juston, « L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant », *Dr. fam.* 2008, étude 10.

⁶⁷³ Ord. n° 2011-1540, 16 nov. 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JO n° 0266, 17 Novembre 2011*, p.19286.

⁶⁷⁴ Virginie Larribau-Terneyre, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? - (À propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Dr. fam.* 2012, étude 12.

⁶⁷⁵ M. Tarrazon, « La transposition de la Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 visant certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale dans l'ordre juridique espagnol : une procédure qui demeure inachevée », *Cahiers de l'arbitrage*, 2012, n° 2, p. 335.

décembre 2011⁶⁷⁶ prévoit, à titre expérimental et seulement pour certaines juridictions, que le juge aux affaires familiales peut être saisi par les parents afin de modifier ou de compléter les modalités de l'exercice de l'autorité parentale lorsqu'une médiation familiale aura été préalablement tentée⁶⁷⁷. Le législateur expérimente ainsi le recours à la médiation familiale.

366.Facteurs incitatifs. D'autres efforts pourraient être réalisés, notamment en établissant plus directement le lien entre cette mesure et l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Sans doute faudrait-il renforcer davantage le rôle des avocats et des juges en la matière. Ces derniers doivent inciter les parents à la médiation familiale en préconisant la gestion pacifique du conflit en amont plutôt que son règlement⁶⁷⁸. Des législations européennes impliquent davantage l'avocat dans la procédure de médiation familiale⁶⁷⁹. Ainsi au Royaume-Uni, le Code de déontologie des avocats les incite à sensibiliser leur client aux avantages d'une telle mesure. En Ecosse, des avocats médiateurs offrent des services de médiation familiale. Enfin, l'ordre des avocats allemands propose de recourir à un médiateur en présence de conflits familiaux. Il est important de rappeler aux parents qu'il leur appartient de maintenir une situation non conflictuelle dans l'intérêt supérieur de l'enfant, puisque cette dernière notion recouvre une évolution de l'enfant dans un cadre de vie serein. Enfin, la médiation connaît certaines limites notamment celle de n'obéir à aucun régime uniforme. Ainsi, chaque juridiction organise la médiation selon ses propres règles⁶⁸⁰. Selon un juge aux affaires familiales, l'enfant n'a pas à être associé à la médiation⁶⁸¹. En d'autres termes, il n'a pas à participer à la médiation, mais en réalité la pratique diffère selon la région envisagée. Un régime commun de la médiation familiale devrait être organisé. A défaut, la médiation ne saurait constituer un instrument pleinement efficace d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La médiation familiale ne constitue pas le seul outil d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, des outils plus techniques révèlent toute leur utilité dans le cadre d'une appréciation concrète des faits.

⁶⁷⁶ Loi n° 2011-1862 du 13 déc. 2011 relative à la répartition du contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. *JO n° 0289 du 14 Décembre 2011*, p. 21105.

⁶⁷⁷ L. Mauger- Vielpeau, « Aspects familiaux de la loi du 13 décembre 2011 », *Dr. fam.* 2012, étude 7.

⁶⁷⁸ M. Juston, « Et si les juges aux affaires familiales et les avocats se saisissaient réellement de la médiation familiale dans l'intérêt des enfants et des couples qui se séparent ? », *loc. cit.*, p. 5.

⁶⁷⁹ D. Versini, Rapport du Défenseur des enfants, *L'enfant au cœur des séparations parentales conflictuelles. Plaidoyer pour mieux préserver l'intérêt de l'enfant*, La documentation française, 2008.

⁶⁸⁰ *Ibidem*.

⁶⁸¹ M. Juston, « Et si les juges aux affaires familiales et les avocats se saisissaient réellement de la médiation familiale dans l'intérêt des enfants et des couples qui se séparent ? », *loc. cit.*, p. 5.

§2. Les outils d'investigations

367. Deux outils techniques. Les outils techniques nécessaires à l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant regroupent principalement deux types de mesures : les enquêtes sociales et les expertises médico-psychologiques. L'article 373-2-11 du Code civil français énumère un certain nombre d'outils auxquels le juge peut se référer pour se prononcer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Cette liste non exhaustive vise expressément la pratique antérieure des parents ou les accords conclus entre eux, les sentiments exprimés par l'enfant lors de son audition, l'aptitude de chacun des parents à respecter ses devoirs parentaux, le résultat des expertises et les renseignements obtenus lors des enquêtes sociales. Seules ces deux dernières mesures seront étudiées car elles apparaissent comme les mieux adaptées à l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces outils ne permettent pas de rétablir le dialogue entre les parents, à la différence de la médiation⁶⁸². Ils ont une fonction plus neutre qui est celle de dresser un constat des faits. Toutefois, ils constituent de véritables « instruments de coopération »⁶⁸³ dans la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant. Malgré leur nature plus technique, le juge « demeure la pièce maîtresse du dispositif »⁶⁸⁴. Ces outils techniques permettent d'apprécier concrètement les faits à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant.

368. Deux outils techniques d'investigation. En droit français, l'article 1183 du Code de procédure civile prévoit que : « Le juge peut, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner toute mesure d'information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents, en particulier par le moyen d'une enquête sociale, d'examens médicaux, d'expertises psychiatriques et psychologiques ou d'une mesure d'investigation et d'orientation éducative ». Ce texte souligne bien qu'il s'agit de mesures d'investigation⁶⁸⁵. Il s'agit d'apprécier l'environnement et le développement de l'enfant, mais aussi ceux des parents, afin d'en tirer toutes les conséquences au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'appréciation des ces éléments renvoie expressément aux éléments de

⁶⁸² M. Juston, « Justice et médiation familiale », *Gaz. Pal.* 28 oct. 2008, n° 302, p. 3.

⁶⁸³ M. King et C. Kratz, « La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur de coopération ou d'interférence », in *Droit et Société* 1992, n° 22, p. 607-638, plus précisément p. 609-610.

⁶⁸⁴ C. Pomart-Nomdedeo, « La médiation et l'expertise au service de la vie familiale », *LPA* 3 déc. 2009, n° 241, p. 38.

⁶⁸⁵ M. Juston, « La souffrance des enfants dans les situations de séparation de leurs parents : quelle réponse la justice familiale peut-elle y apporter ? », *Gaz. Pal.* 19 janv. 2012, n° 19, p. 12 ; C. Pomart-Nomdedeo, « La médiation et l'expertise au service de la vie familiale », *loc. cit.* p. 38 ; L. Gebler, « La place des mesures de l'investigation dans le processus de décision en matière familiale : approche comparée des procédures familiales », *AJ. fam.* 2013, p. 468.

caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant qu'il s'agisse de l'enquête sociale (A) ou de l'expertise médico-psychologique (B).

A- L'enquête sociale

369.Définition. L'enquête sociale est une mesure urgente prise dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁸⁶. Elle constitue une « mesure d'instruction spéciale »⁶⁸⁷ qui s'appuie sur des critères précis et objectifs pour déterminer ce qui correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle permet au juge d'apprécier concrètement les faits pour rendre une décision conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un arrêt du 12 septembre 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation décide ainsi que : « la cour d'appel a concrètement examiné ce que commande l'intérêt de l'enfant quant à sa résidence, au vu du rapport d'enquête sociale »⁶⁸⁸.

370.Fondements juridiques. L'article 373-2-12 du Code civil français prévoit que : « Avant toute décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants. Si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée. L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce ». L'article 387ter du Code civil belge consacre une formule comparable en prévoyant que « le juge peut notamment : procéder à de nouvelles mesures d'instruction telles qu'une enquête sociale (ou une expertise) ». Toutefois, le droit belge est beaucoup moins précis sur ce point que le droit français.

371.Apports de l'enquête sociale. L'enquête sociale permet d'apprécier concrètement les conditions de vie de l'enfant. Elle s'intéresse alors au cadre de vie de l'enfant qui doit être stable et harmonieux, ce qui renvoie aux éléments de caractérisation de la notion. Le tribunal fédéral suisse, dans un arrêt du 12 janvier 2004⁶⁸⁹, énumère les différents points développés dans une enquête sociale. Cette dernière mentionne les difficultés de la mère à distinguer les problèmes conjugaux et les problématiques soulevées par la fonction parentale, ainsi que les

⁶⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 juil. 2005, *Bull. Civ. I*, n° 303, p. 252, pourvoi n° 03-13357 ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 68, p. 21.

⁶⁸⁷ T. Garé, « L'enquête sociale dans la désunion des parents », *RTDciv.*, 1987, p. 692 et s.

⁶⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 sept. 2012, inédit, pourvoi n° 11-16975.

⁶⁸⁹ Tribunal fédéral suisse, 12 janv. 2004, 5P.452/2003.

difficultés de communication avec le père concernant les enfants. Le rapport de l'enquête sociale indique également que le père « apparaît entièrement dévoué à ses enfants qu'il considère comme une priorité absolue, s'intéressant à leur suivi scolaire avec une implication particulière et participant activement aux activités extra-scolaires de ceux-ci. Il dispose en outre d'un cadre social très élargi, ce qui est susceptible d'avoir des incidences positives sur le développement et le comportement des enfants. Il semble ainsi mieux préparé pour garantir et préserver un développement psycho-social équilibré des enfants, alors que la mère, qui présente une relative fragilité et une précarité du réseau social, se révèle comme une source d'insécurité pour eux ». Sur la base de ce rapport, la cour cantonale décide que : « les qualités éducatives du père sont meilleures que celles de la mère et attribue la garde des enfants à celui-ci ». En l'occurrence, le rapport d'enquête sociale met en balance les aptitudes et les insuffisances éducatives de chacun des parents. Ces éléments permettent ensuite de décider ce qui correspond le mieux à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le plus souvent, les éléments mentionnés dans le rapport renvoient aux éléments de caractérisation de la notion, à l'instar du développement, du maintien des repères de l'enfant ou encore de son évolution dans un environnement sain. Cela aide à préciser la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

372.Communication du rapport de l'enquête sociale. Les parents doivent pouvoir lire le rapport de l'enquête sociale. C'est pourquoi, dans une décision du 15 octobre 2009⁶⁹⁰, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné le Gouvernement grec pour avoir refusé de transmettre le rapport d'enquête sociale au père. Elle a décidé qu'un tel refus constituait une violation du droit à la vie privée du requérant. En outre, elle a relevé que la communication du rapport de l'enquête sociale contribue à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant car, en consultant ce rapport le père pourra améliorer ses relations avec l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant est amené à évoluer dans ses relations avec ses parents ; il n'y a pas de situation figée. Un auteur remarque qu'*a contrario*, si le contenu du rapport révélait l'absence d'implication du père il serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant que celui-ci puisse le consulter⁶⁹¹. Un père qui ne s'implique pas dans la relation avec son enfant ne peut prétendre avoir accès au rapport d'enquête sociale. La consultation de ce rapport suppose au préalable un investissement des parents dans l'exercice de leur autorité parentale. Comme pour l'audition, l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant repose sur une adaptation des règles de procédures de l'enquête sociale.

⁶⁹⁰ CEDH, 15 oct. 2009, *Tsoularkis c. Grèce*, req. n° 50796/07, M. Bruggeman, *Dr. fam.* 2009, alerte 74.

⁶⁹¹ *Ibidem*.

373. Un outil de promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'enquête sociale constitue un outil d'appréciation précieux. Par exemple dans un arrêt d 26 octobre 2000, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation décide de confier à la mère seule l'exercice de l'autorité parentale au motif que : « l'enquête sociale révélait un père peu attentif à ses enfants (...), que les rapports entre les parents étaient très conflictuels et s'inscrivaient dans un climat de violence sous-jacent permanent »⁶⁹². L'enquête sociale offre une véritable démonstration de ce qui relève ou non de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette démonstration s'inscrit dans le cadre d'appréciation *in concreto* des faits par les juges du fond. La décision d'enquête sociale est instantanée à la différence de la médiation familiale, mais elle ne répond pas aux mêmes objectifs. Les perspectives d'avenir de l'enquête sociale sont encourageantes pour la promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant. Désormais, l'enquêteur peut inviter les parents à concevoir « un projet pour l'enfant ». L'article 1072 du Code de procédure civile français prévoit que : « L'enquête sociale porte sur la situation de la famille ainsi que, le cas échéant, sur les possibilités de réalisation du projet des parents ou de l'un d'eux quant aux modalités d'exercice de l'autorité parentale ». Ce projet parental tend à responsabiliser les parents et à replacer l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur des préoccupations⁶⁹³. Dans cette perspective, l'enquête sociale se rapproche plus de la médiation qu'elle ne s'en éloigne. Souvent, l'enquête sociale est accompagnée d'une autre mesure : l'expertise médico-psychologique.

B- L'expertise médico-psychologique

374. Définition et application de l'expertise médico- psychologique. L'article 373-2-11 du Code civil français énumère un certain nombre d'éléments que le juge peut prendre en compte pour décider des modalités de l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le texte prévoit que : « Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : (...) le résultat des expertises éventuellement effectués ». Il s'agit d'une simple faculté. Les expertises sont réalisées par des experts médicaux comme des psychologues, des pédopsychiatres... Dans une décision du 17 décembre 1997, la première chambre civile de la Cour de cassation a tenu compte d'une expertise médico-psychologique pour fixer la résidence des enfants chez leur

⁶⁹² Cass. 2^{ème} civ., 26 oct. 2000, inédit, pourvoi n° 98-15001.

⁶⁹³ C. Perrin, « L'expertise judiciaire en droit de la famille », *A.J. fam.* janv. 2008, pp. 24-28.

père conformément à leur intérêt et a décidé que : « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'apprécier l'intérêt de l'enfant que la cour d'appel, tenant compte des sentiments exprimés par celui-ci au cours d'une expertise médico-psychologique, a décidé de fixer chez son père sa résidence habituelle »⁶⁹⁴.

375. Points communs entre enquête sociale et expertise médico-psychologique.

L'enquête sociale et l'expertise médico-psychologique sont des mesures d'appréciation immédiate, établissant un constat rapide de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elles s'attachent à relever les éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Elles ne constituent qu'un outil supplémentaire auquel le juge peut se référer pour statuer. Cependant, les nouvelles conditions de tarification de ces mesures ne participent pas à leur promotion⁶⁹⁵. En outre, ces mesures d'investigation devraient être davantage associées à l'intérêt de l'enfant, à l'instar de la mesure judiciaire d'investigation éducative visée dans un arrêt du 2 février 2011⁶⁹⁶. Cette mesure doit permettre de rechercher, dans le cadre de l'assistance éducative, ce qui correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁹⁷.

Ces outils techniques sont tous désormais soumis au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant donc conçus de façon spécifique à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit d'une évolution profonde et remarquable du droit depuis la Convention internationale des droits de l'enfant. La portée de l'autonomie nouvellement acquise de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être analysée sous l'angle de son impact.

⁶⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1997, inédit, pourvoi n° 96-12040.

⁶⁹⁵ L. Gebler, « La place des mesures de l'investigation dans le processus de décision en matière familiale : approche comparée des procédures familiales », *AJ. fam.* 2013, p. 468 ; J.-C. Gayet, « Le coût des enquêtes sociales, des expertises et l'impact sur leur qualité », *AJ. fam.* 2013, p. 471.

⁶⁹⁶ Arrêté du 2 fév. 2011 portant création de la mesure judiciaire d'investigation éducative. *JO* n° 0047, 25 fév. 2011, p. 3409.

⁶⁹⁷ M. Derain, « La mesure judiciaire d'investigation éducative et l'intérêt de l'enfant », *AJ. fam.* 2013, p. 480.

Conclusion du titre 2

376.L'interprétation cohérente. Le juge tient un rôle important dans la consécration du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme interprète de manière cohérente l'intérêt supérieur de l'enfant avec pour objectif de relever strictement la substance de celui-ci.

L'interprétation cohérente permet de relever ce qui correspond précisément à l'intérêt supérieur de l'enfant pour l'espèce donnée. Cette méthode limite les abus de référence, parfois injustifiée, au principe. La position de la Cour de Strasbourg quant à la décision de non-retour de l'enfant enlevé illicitement⁶⁹⁸ ne doit pas conduire à écarter ce mode d'interprétation. L'autonomie de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York s'y oppose.

377.Les différents pouvoirs judiciaires permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juges des différents ordres juridiques nationaux cherchent, de leur côté, à relever les éléments de caractérisation de la notion. En droit français, les juges du fond sont contrôlés par la Cour de cassation dont le rôle marque la nature de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant : il s'agit bien d'une notion de droit. Son contenu juridique est peu à peu précisé à la fois par les juridictions des ordres nationaux et par les juridictions européennes. A côté du contrôle juridictionnel de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, il ne faut pas minimiser l'incidence sur la solution du pouvoir d'appréciation souverain des faits par les juges du fond. La différenciation des pouvoirs judiciaires en la matière conduit à dissocier, dans l'analyse des décisions deux modes d'appréciation des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant : *in abstracto* et *in concreto*.

378.L'articulation de l'appréciation concrète et abstraite. L'appréciation *in concreto* est adaptée à la diversité des situations familiales, particulièrement dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale. L'articulation de cette approche concrète avec un mode d'appréciation abstrait est cependant nécessaire. Il existe des règles générales à prendre en compte, comme par exemple la règle selon laquelle « un bon père de famille » ne priverait pas un enfant d'une transfusion sanguine nécessaire à sa survie pour des considérations

⁶⁹⁸ CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse, Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07 ; D. 2010. 2062, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *AJ. fam.* 2010. 482, obs. A. Boiché ; *RTDciv.* 2010. 735, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD eur.* 2010. 927, *chron.* M. Douchy-Oudot et E. Guinchard.

religieuses. Ces préoccupations relèvent désormais de la substance même de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant commande que ses parents veillent à la protection de sa santé. Dans le cadre de l'appréciation concrète des faits, les juges recherchent précisément dans l'exemple cité si les parents ne portent pas de mesures préjudiciables à la santé de leurs enfants.

Les deux modes d'appréciation renvoient ainsi à la recherche des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le premier sur la base d'une appréciation abstraite, le second sur la base d'une appréciation concrète.

379. Articulation dans la jurisprudence européenne. L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est précieuse en la matière en ce que celle-ci est à l'origine de la mise en évidence des modalités d'appréciation des faits à la lumière du principe et exprime le mieux la nécessité d'une appréciation concrète des faits, sans pour autant laisser de côté l'appréciation abstraite. Cette articulation des modes d'appréciation garantit une meilleure caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les ordres juridiques nationaux.

Le recours à l'appréciation concrète des faits à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est facilité par la mise à disposition d'outils d'appréciation.

380. Une pluralité d'outils pour la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant. Des outils non négligeables sont offerts au juge pour apprécier les faits à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il apparaît opportun de développer l'audition comme les outils de pacification et d'investigation. La pluralité d'entre eux aide à affirmer la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant (aide à l'appréciation concrète des faits). Néanmoins, il ne faut pas généraliser ou encore rendre obligatoire l'un de ces outils au détriment des autres⁶⁹⁹. Il est important de laisser une marge de manœuvre dans le choix des mesures à prendre. Force est de constater que les juges des différents ordres juridiques européens se réfèrent aux mêmes outils. Cette uniformisation favorise la consécration d'un ordre public protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant dont il faudra étudier la teneur dans la seconde partie.

⁶⁹⁹ M. Bruggeman, « Médiation et conflictualité : une efficacité à nuancer ... », *Dr. fam.* 2009, alerte 66.

381.Des procédés propres car spécifiquement adaptés à la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Tous les outils et modes présentés se sont révélés présenter une particularité pour la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces outils de l'appréciation concrète ont révélé leur originalité lorsqu'ils sont utilisés pour satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui représente parfois même leur essence propre, comme c'est le cas de l'audition qui est aussi un droit de l'enfant. Est aussi apparue la nécessité de limiter ces outils dans l'intérêt supérieur de l'enfant, par exemple pour protéger la sécurité de celui-ci dans l'hypothèse de la multiplication d'auditeurs autour de sa personne.

382.Autonomie de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces règles du jeu spécifiques à l'intérêt supérieur de l'enfant ont révélé l'autonomie de la notion : notion de droit n'excluant pas un rôle important des juges du fond dans l'appréciation des faits, articulation de l'interprétation cohérente et de l'intérêt supérieur de l'enfant, notion autonome interprétée sous l'éclairage de la Convention de New York, association des modes *in concreto* et *in abstracto*.

Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant qui puise son fondement dans l'article 3-1 de la Convention de New York est autonome. Son impact se trouve étroitement lié à cette autonomie.

Deuxième Partie

L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne

383.Impact. L'impact se réfère à l'effet produit, à l'action exercée⁷⁰⁰. Ce terme comporte la prise en compte d'un certain degré dans l'effet produit ; il en souligne l'importance. Analyser l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant consiste donc en l'étude des répercussions de ce principe en matière d'exercice de l'autorité parentale. L'impact ne renvoie pas toutefois seulement aux effets produits. Il recouvre aussi notamment la trace qu'un projectile laisse à l'endroit qu'il a heurté⁷⁰¹. Or, l'intérêt supérieur de l'enfant tel que précisé dans la première partie a laissé des traces dans l'évolution législative et le processus décisionnel. L'autonomie même de l'intérêt supérieur de l'enfant, tel que fondé sur l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, a contribué à renforcer cet impact. A l'inverse, il s'agit présentement de déterminer si l'impact n'est pas pour beaucoup la cause de cette autonomie. Dans cette perspective, l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant conduit à rechercher quels contrecoups a eu ce principe sur l'évolution du droit.

384.Impact et fonction. A l'échelle européenne, l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant se mesure d'abord à l'aune de la fonction de guide du principe. Le Comité des droits de l'enfant souligne, dans ses rapports, que l'intérêt supérieur de l'enfant peut servir de guide « tant pour l'interprétation que pour la mise en œuvre de la Convention de New York et d'interprétation de ses dispositions, notamment lorsqu'elles n'apparaissent pas suffisamment claires et précises »⁷⁰². L'analyse de cette fonction du principe présente un intérêt tout particulier dans le cadre d'une étude de droit comparé ; elle renvoie à l'application des éléments de caractérisation de la notion par le législateur et par le juge à l'échelle européenne. Elle permet d'en mesurer l'impact.

385.Enjeux. Désormais, étudier l'intérêt supérieur de l'enfant ne se résume plus à l'étude de la reconnaissance de son applicabilité directe dans les ordres juridiques nationaux. La formulation même de l'article 3-1 de la Convention de New York appelle un impact important, notamment *via* les termes utilisés : « doit », « considération primordiale ». S'y ajoute la dimension internationale du principe posé. Ce principe, en raison à la fois de son rayonnement et de son applicabilité directe, a un impact sur l'évolution des législations et les

⁷⁰⁰ Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v°Impact.

⁷⁰¹ Dictionnaire Larousse, éd. 2013, v°Impact.

⁷⁰² T. Hammarberg, Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes, in *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions : leurre ou levier au service de ses droits ?*, Journée d'étude du 20 novembre 2010.

prises de décision. L'objet de cette seconde partie est d'analyser cet impact. La première partie a permis de mettre en évidence les éléments de caractérisation, les éléments et niveaux de contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant. La substance même de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait en conséquence infléchir les législations et les décisions judiciaires. Se pose dès lors la question de savoir si les législateurs et les juges européens tiennent suffisamment compte de celui-ci au sens où il doit être entendu (notion de droit) et tel qu'il a été dégagé dans la première partie de la thèse.

386. Un guide à double facette. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue un guide à double facette. Monsieur Hauser observe que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est à la fois un guide pour le législateur dans l'élaboration de lois nouvelles (**Titre 1**) et un guide pour le juge dans ses prises de décision⁷⁰³ (**Titre 2**). L'étude de cette double fonction doit permettre de mesurer l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne.

⁷⁰³ J. Hauser, « La Convention internationale des Droits de l'enfant entre au Conseil d'Etat », *RTDciv.* 1998, p. 6.

Titre 1

Un guide législatif

387. Influence du principe sur les législations européennes. Historiquement, le droit de l'exercice de l'autorité parentale ne se préoccupait pas de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais davantage du pouvoir de ses parents, particulièrement du pouvoir du père investi de la puissance paternelle⁷⁰⁴. Il était alors tenu compte de l'enfant, mais l'intérêt de l'enfant se confondait avec l'autorité, cadre de la protection familiale de l'enfant⁷⁰⁵. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant a émergé dans le contexte de l'affaiblissement de cet encadrement familial. Désormais, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant imprègne les différentes législations européennes en matière d'exercice de l'autorité parentale. Toutes reconnaissent que l'autorité parentale doit être exercée dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le législateur veille ainsi à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la considération primordiale dans le dispositif juridique.

388. Un principe, guide législatif. Guider consiste à accompagner dans une certaine direction, selon le dictionnaire Le Robert. Dire que l'intérêt supérieur de l'enfant guide le législateur signifie que celui-ci en tient particulièrement compte dans l'élaboration des lois. Une étude de droit comparé démontre les efforts poursuivis par les législateurs pour se référer à l'intérêt supérieur de l'enfant, du moins à sa substance. Il faut toutefois étudier l'impact réel du principe sur le contenu même des législations. La question se pose dès lors de savoir si les éléments de caractérisation et les niveaux de contenu dégagés dans la première partie impactent réellement les législations européennes.

389. Plan. Force est de constater que l'intérêt supérieur de l'enfant guide les législateurs en Europe (**Chapitre 1**), lesquels se heurtent parfois à des difficultés d'application (**Chapitre 2**).

⁷⁰⁴ *Infra* n° 423.

⁷⁰⁵ S. Bisson, *L'autorité dans la famille*, thèse, dactyl., Reims, 2004.

Chapitre 1

L'évolution du droit dominée par la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant

390. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les réformes législatives. Le droit de la famille a connu d'importantes réformes législatives. Certaines ont été inspirées expressément par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, particulièrement les réformes relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Cette évolution législative rend compte du fait que le législateur est bien guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant. Se construit alors une véritable politique familiale fondée sur ce dernier. Il ne s'agit plus seulement de promouvoir un droit de l'enfance reconnaissant les droits de l'enfant, mais de consacrer l'existence d'un principe supérieur qui a pour objectif d'assurer la prééminence de l'intérêt supérieur de l'enfant sur d'autres intérêts en présence. Cette mise en évidence d'une évolution du droit fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant est commune aux législations européennes.

391. Emergence d'un droit européen fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Il faut constater une certaine harmonisation des législations européennes *via* la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant pour fonder les législations. Cette unité consacre la force obligatoire du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et rend compte de l'impact du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 3 de la Convention de New York représente le fondement d'une telle évolution.

Au vu de ce dernier texte, non seulement les législateurs doivent être guidés par l'intérêt supérieur de l'enfant et, à ce titre, se préoccuper qu'il constitue la considération primordiale sur d'autres intérêts (article 3-1 CIDE), mais aussi, ont-ils pour mission d'assurer la protection de cet intérêt supérieur de l'enfant (article 3-2 CIDE). Peu à peu, ce fondement commun a permis l'adoption de dispositions législatives de plus en plus concordantes à l'échelle européenne.

392. Plan. Un organe international veille particulièrement à ce que ces objectifs soient tenus : le Comité des droits de l'enfant. La finalité même de l'intérêt supérieur de l'enfant est

la protection de l'enfant. Afin d'assurer au mieux cette protection la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par le législateur est encadrée (**Section 1**). Les différentes législations européennes se révèlent ainsi de plus en plus nettement guidées par l'intérêt supérieur de l'enfant en matière d'exercice de l'autorité parentale (**Section 2**).

Section 1. L'encadrement de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par le législateur

393. Un encadrement fixé à l'échelle internationale. La finalité du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est de garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la considération primordiale dans les législations et les décisions judiciaires. Il exprime également le souci de protection de l'enfant et de son intérêt. Un instrument international fixe cet objectif : il s'agit de la Convention internationale des droits de l'enfant qui encadre l'interprétation par le législateur du principe supérieur par les droits de l'enfant (§1). Les interférences entre ces deux notions contribuent à la précision du principe. Des institutions internationales veillent aussi à la prise en compte par les législateurs de l'intérêt supérieur de l'enfant (§2).

§1. L'encadrement de l'utilisation législative de l'intérêt supérieur de l'enfant par les droits de l'enfant

394. Plan. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant trouve son fondement à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Cependant, il s'agit du second apport de ce traité international, le premier étant l'énumération des droits de l'enfant. *A priori* l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant constituent des notions distinctes (A). En réalité il existe entre ces deux notions des interférences qui participent à la délimitation de leurs fonctions respectives (B).

A- Intérêt supérieur de l'enfant et droits de l'enfant

395. Les droits de l'enfant. La Convention de New York énumère des droits de l'enfant, après avoir énoncé le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en son article 3-1. Il ne s'agit pas du premier texte consacré aux droits de l'enfant, puisque d'autres l'avaient précédé, comme la Déclaration de Genève relative aux besoins fondamentaux de l'enfant, la résolution de l'Assemblée générale de 1946 créant l'UNICEF (Organisation des Nations Unies pour répondre aux besoins d'urgence), ou encore la Déclaration des droits de l'enfant

du 20 novembre 1959 se réfèrent à la fois aux droits de l'enfant et à son intérêt⁷⁰⁶. Ces textes ont peu à peu érigé l'enfant en sujet de droits à part entière. L'enfant ne doit plus être considéré comme un simple sujet de droit, mais bien comme un sujet titulaire de droits⁷⁰⁷. Il jouit de plusieurs droits à force obligatoire. Un auteur constate que : « c'est la fierté du XXe siècle d'avoir fait de l'enfant un sujet (de droit) égal et même privilégié »⁷⁰⁸. Le terme « privilégié » revêt une connotation péjorative ; sans doute faudrait-il insister davantage sur la nécessité de considérer l'enfant comme un sujet de droits. Il présente toutefois l'intérêt de renvoyer au mot « supérieur » accolé à l'intérêt de l'enfant à l'article 3-1 de la Convention de New York. Depuis la Convention internationale des droits de l'enfant, en effet, il est question de l'intérêt supérieur de l'enfant, spécialement dans le domaine de l'autorité parentale.

396. Recensement de l'intérêt supérieur de l'enfant et des droits de l'enfant dans la Convention de New York. La Convention de New York a eu d'abord pour objectif la proclamation des différents droits de l'enfant, en conséquence de la nouvelle qualité de sujet de droits qui lui a été reconnue corrélativement⁷⁰⁹. Les droits de l'enfant sont largement envisagés dans la Convention, alors que l'intérêt supérieur de l'enfant ne trouve sa place que dans très peu d'articles : article 3-1⁷¹⁰, article 9-1⁷¹¹, -3⁷¹², article 18-1⁷¹³, article 21⁷¹⁴. Les

⁷⁰⁶ G. Meunier, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties*, L'Harmattan, 2002, pp. 21-26.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, Institut international des Droits de l'enfant, Une convention, plusieurs regards : les droits de l'enfant entre théorie et pratique, Sion, 1997 ; C. Neirinck, *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies*, Delmas, 1992 ; F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, éd. Que sais-je ?, éd. 2010, pp. 4-5.

⁷⁰⁸ M.-T Meulders Klein, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*, L.G.D.J. 1999, p. 345.

⁷⁰⁹ F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant, op. cit.*, pp. 4-5.

⁷¹⁰ Article 3-1 CIDE : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

⁷¹¹ Article 9-1 CIDE : « Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant ».

⁷¹² Article 9-3 CIDE : « Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

⁷¹³ Article 18-1 CIDE : « Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ».

⁷¹⁴ Article 21 CIDE : « Les Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière (...) ».

articles relatifs aux droits de l'enfant sont « *les articles de fond* »⁷¹⁵, qu'il faut répartir en deux catégories. La première regroupe les droits propres de l'enfant, à l'instar de l'article 6 relatif à son droit inhérent à la vie. La seconde regroupe les droits de l'enfant exercés au sein de sa cellule familiale, tel l'article 9-1 relatif au droit pour l'enfant de ne pas être séparé de ses parents⁷¹⁶. D'un point de vue formel, ces articles sont dissociés du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, inscrit à l'article 3-1 de la Convention, cité indépendamment de toute référence aux droits de l'enfant⁷¹⁷.

397. L'intérêt supérieur de l'enfant, principe directeur. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas seulement présent à l'article 3-1, il est aussi cité dans d'autres articles de la Convention de New York. L'intérêt supérieur de l'enfant y constitue alors un réel principe directeur. Il ressort de la Convention que l'intérêt supérieur de l'enfant guide les juges dans les décisions relatives au maintien des relations personnelles de l'enfant avec ses parents (article 9-1 et 9-3), mais aussi les parents dans leur responsabilité parentale (article 18-1) et le législateur en matière d'adoption (article 21). Lorsqu'il est cité, l'intérêt supérieur de l'enfant a une fonction particulière, ce qui en justifie les rares mentions. Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant, dans la Convention de New York, constitue un principe directeur et non un simple critère décisionnel. Toutefois, la Convention a d'abord eu pour objectif de consacrer l'existence des droits de l'enfant. L'intérêt de l'enfant, principe international supérieur, ne connaît qu'un récent attrait. Les droits de l'enfant représentent le cœur du traité justifiant une énumération plus abondante. La consécration du principe a été établie par la reconnaissance de l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention de New York dans les ordres juridiques européens⁷¹⁸, ainsi que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

398. Une différence de nature entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant. La Convention énumère différents droits de l'enfant en ses articles 7, 8, 9, 10... mais seul l'article 3-1 pose le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il y a, d'un côté, un principe directeur et, de l'autre, une pluralité de droits. Cela rend compte d'une différence de nature. En outre, il n'existe aucune confusion possible entre les droits de l'enfant et l'intérêt

⁷¹⁵ F. Monéger, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *RTDsanit. soc.* 1990, p. 275.

⁷¹⁶ *Ibidem*

⁷¹⁷ A. Gouttenoire, C. Gris, M. Martinez, B. Maumont, P. Murat, « La Convention internationale relatives aux droits de l'enfant, vingt ans après. Commentaire article par article ». *Dr. fam.* 2009, dossier 13 ; P. Murat, « Vingtème anniversaire de la CIDE », *Dr. fam.* 2009, repère 1.

⁷¹⁸ *Infra* n° 552.

supérieur de l'enfant. Les droits de l'enfant sont déterminés, ce qui fait défaut à son intérêt supérieur. Ils ont un contenu précis : le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents (article 7-1 CIDE), le droit de l'enfant à préserver ses relations familiales (article 8-1 CIDE), le droit de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents (article 9-1 CIDE). En revanche, l'intérêt supérieur de l'enfant ne répond à aucune définition précise. Son application dépend, souvent, d'éléments extérieurs justifiant, d'ailleurs, son caractère variable relevé précédemment⁷¹⁹. L'intérêt supérieur de l'enfant relève encore largement de l'appréciation concrète des juges du fond⁷²⁰. Pour autant, l'intérêt supérieur de l'enfant ne s'oppose pas aux droits de l'enfant.

399.Absence d'opposition entre les deux notions. La distinction, ainsi réalisée entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant ne signifie pas pour autant que ces notions s'opposent. Notamment, les droits de l'enfant sont nécessairement articulés dans la Convention de New York avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷²¹. L'association entre les deux notions attribue davantage de portée au texte qui les révèle. Cette articulation est visible dans les traités internationaux. Par exemple, l'article 1^{er} de la Convention de La Haye, du 25 octobre 1980, relative à la coopération et protection des enfants en matière d'adoption précise que : « la présente Convention a pour objet d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux reconnus en droit international ». La Convention de La Haye vise expressément les deux notions. Toutefois, si les deux notions ne s'opposent pas, leurs fonctions sont bien différentes.

400.Une différence de fonction. La Convention internationale des droits de l'enfant rend compte elle-même de cette articulation entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant dans différents articles. Par exemple, l'article 9-3 prévoit que : « Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Cet article pose le droit pour l'enfant de maintenir des relations personnelles avec ses parents, tandis que l'intérêt supérieur de l'enfant en module l'exception. Ce texte articule les deux notions car, tout en étant associées, elles ont

⁷¹⁹ *Supra* n° 92.

⁷²⁰ *Supra* n° 296.

⁷²¹ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 15. L'auteur met en exergue cette distinction entre les droits de l'enfant et l'intérêt de l'enfant.

une fonction différente : l'une -les droits de l'enfant- fonde le principe du maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents ; l'autre -l'intérêt supérieur de l'enfant- fonde l'exception donc le refus du maintien des relations personnelles dans certains cas. Les deux règles (principe-exception) sont attachées à la protection de l'enfant, de son bien-être. Cet objectif commun conduit à apprécier l'existence d'interférences entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant.

B- Les interférences entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant

401.L'existence d'un lien entre l'intérêt supérieur de l'enfant et ses droits. Plus qu'une simple articulation entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant, il convient d'évoquer l'existence de véritables interférences entre ces deux notions. La Cour de justice de l'Union européenne les met en évidence. Dans un arrêt du 23 décembre 2009, elle décide qu' « il convient de relever que l'un des droits fondamentaux de l'enfant est celui, énoncé à l'article 24, paragraphe 3, de la charte, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents dont le respect se confond incontestablement avec un intérêt supérieur de tout enfant »⁷²². En l'occurrence, l'adverbe « incontestablement » souligne le lien entre le droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses parents et son intérêt supérieur à entretenir de telles relations. Le droit de l'enfant au maintien de ses relations personnelles doit être mis en œuvre conformément à son intérêt supérieur et, réciproquement l'intérêt supérieur de l'enfant suppose la prise en compte de ce droit. Les deux notions interfèrent en l'occurrence étroitement.

402.Le droit pour l'enfant à la prise en compte de son intérêt supérieur. L'intérêt supérieur de l'enfant doit également être compris comme le droit pour l'enfant à ce que son intérêt soit pris en compte. L'intérêt supérieur de l'enfant fonde, alors, un droit et un principe. Cette double nature de l'intérêt supérieur de l'enfant a été particulièrement mise en évidence dans un arrêt du 19 novembre 2009⁷²³. La première chambre civile de la Cour de cassation décide que la résidence des enfants est fixée chez leur père malgré le déménagement de leur mère à l'étranger, causant un éloignement entre ces enfants et leur demi-sœur. Le père assigne

⁷²² CJUE, 23 déc. 2009, *Deticeck c/ Sgueglia*, (aff. C-403/09), spéc. § 55. J. Hauser, « Les intérêts provisoires (et supérieurs ?) de l'enfant », *RTDciv.* 2010, p. 549. ; *D.* 2010. 1055, note C. Brières ; *D.* 2010. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault- Seseke ; *AJ. fam.* 2010. 131, obs. A. Boiché ; *RTDeur.* 2010. 113, *chron.* L. Coutron.

⁷²³ Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, inédit, pourvoi n° 09-68179. *D.* 2010. Pan. 1904, obs. A. Gouttenoire ; P. Murat, *Dr. fam.* 2010, comm. 24.

en référé le juge afin de voir fixer la résidence des enfants à son domicile, tandis que la mère fonde son pourvoi sur le droit pour les enfants à ne pas être séparés de leur demi-sœur.

Il existe en effet en droit français un principe s'opposant à la séparation des fratries. L'article 371-5 du Code civil français prévoit ainsi que : « L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs ». Le droit français s'efforce de préserver les relations au sein d'une fratrie. A cet égard, la Cour d'appel de Paris reconnaît que : « la séparation entre les frères et sœurs est à déplorer », mais sur cette règle, elle fait prévaloir le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit pris en compte⁷²⁴. Il s'agit de protéger l'intérêt supérieur des enfants qui, dans l'arrêt du 19 novembre 2009, correspond à la fixation de leur résidence chez leur père. Le droit pour l'enfant à la prise en compte de son intérêt supérieur prime alors sur celui à ne pas être séparé de ses frères et sœurs.

403. Les effets de l'interférence entre l'intérêt supérieur de l'enfant et ses droits.

Ces interférences sont encore perceptibles à la lecture de la jurisprudence européenne qui en révèle les effets. La Cour de justice de l'Union européenne décide, dans un arrêt du 5 octobre 2010, que : « l'article 7 de la charte doit être lu en corrélation avec l'obligation de prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, reconnu à l'article 24, paragraphe 2, de ladite charte et en tenant compte de la nécessité pour un enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents, énoncés au paragraphe 3 du même article »⁷²⁵. Par conséquent, le droit à la vie privée et familiale doit être lu à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses parents.

L'interférence entre les deux notions impacte en l'occurrence l'interprétation du droit au respect de la vie privée. En l'espèce, une mère emmène ses enfants en Angleterre sans prévenir le père, resté en Irlande. Ce dernier tente alors une action en vue d'obtenir la garde de ses enfants. Au fondement de sa requête, il invoque l'article 7 de la Charte de Nice afin que lui soit accordé un droit de visite conformément au respect de sa vie privée. La Cour

⁷²⁴ Les juges de la Cour d'appel de Paris ont décidé que cet article s'appliquait également aux demi-frères et sœurs, CA Paris, 7 mai 2003, n° 2002-03326 ; *AJ. fam.* 2003. 267, obs. F.B ; *Dr. fam.* 2003, n°144, note Murat, *RTDciv.* 2003. 494, obs. Hauser.

⁷²⁵ CJUE, 5 oct. 2010, *J. McB c. LE*, (aff. C-400/10), spéc. §60, *D.* 2012. 1228, note H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke ; *AJ. fam.* 2011. 504, obs. M. Rouillard ; *Dr. fam.* 2011, comm. 50, note M. Farge ; *JCP éd. G.* 2010, I, n° 1327, note F. Boulanger ; *RTDeur.* 2011, p. 537, note N. Bareit ; *ibid.*, 2011. 482, obs. M. Douchy-Oudot ; *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 172, note H. Muir Watt.

affirme que le droit au respect de la vie privée doit être apprécié au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit au maintien des relations personnelles avec ses deux parents. Cette décision met en évidence les interférences entre les deux notions quant à l'interprétation du droit au respect de la vie privée. En l'occurrence, celles-ci fondent une interprétation encadrée des principes posés par la Charte. Cette interprétation étend le champ d'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits, contribuant *de facto* à la promotion de la protection de l'enfant face à la revendication de droits propres des parents.

404. Articulation entre les deux notions. Parfois, les interférences entre les deux notions sont moins évidentes. C'est le cas à la lecture de l'article 12 de la Convention de New York relatif au droit pour l'enfant à être entendu dans toute procédure le concernant. Ce texte ne mentionne pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Pourtant, il existe un lien entre ce droit de l'enfant et la notion d'intérêt supérieur de l'enfant⁷²⁶. Le droit de parole de l'enfant est consacré dans les législations européennes⁷²⁷. Les deux notions interfèrent bien car, d'un côté l'audition de l'enfant n'est réalisée que si elle relève de son intérêt⁷²⁸ et, d'un autre côté mais dans le même temps, l'intérêt supérieur de l'enfant peut être déterminé grâce à la réalisation de cette audition⁷²⁹. Ainsi, l'audition de l'enfant peut être décidée dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans ce cas, l'intérêt supérieur de l'enfant circonscrit le recours à l'audition. En outre, l'intérêt supérieur de l'enfant peut commander la mise en œuvre de son audition, notamment afin de mieux déterminer ce à quoi correspond cet intérêt. L'audition de l'enfant permet également de circonscrire la caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

⁷²⁶ J. Zermatten, « L'intérêt supérieur de l'enfant », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions leurre ou levier au service de ses droits ?*, Journée d'étude, 20 nov. 2010.

⁷²⁷ *Supra* n° 320 et s. Par exemple, en droit français, c'est l'article 388-1 du Code civil qui prévoit que : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou lorsque son intérêt le commande par la personne désignée par le juge à cet effet ». L'article 931al3 du Code judiciaire belge prévoit que : « Lorsque le mineur en fait la demande soit au juge saisi soit au procureur du Roi, l'audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée fondée sur le manque de discernement du mineur. Cette décision n'est pas susceptible d'appel. Lorsque l'audition est décidée par le juge, le mineur peut refuser d'être entendu. Il est entendu seul sauf le droit pour le juge de prescrire dans l'intérêt du mineur qu'il devra être assisté ».

⁷²⁸ Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, *Bull. Civ. I*, n° 434 p. 364, pourvoi n° 03-17912; *D.* 2006. 554, note F. Boulanger; *D.* 2006, Pan. 2436, obs. M. Douchy-Oudot; *D.* 2005. IR 3036, obs. I. Gallmeister; *Dr. fam.* 2006, n°28, note A. Gouttenoire; *RJPF* 2006-2144, note F. Eudier; *RTDsanit. soc.* 2006. 349, note M. Bruggeman; *RTDciv.* 2006.101, obs. J. Hauser.

⁷²⁹ Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, inédit, pourvoi n° 08-13985 : « L'audition de l'enfant permet de déterminer qu'il est dans l'intérêt des enfants de transférer leur résidence au domicile de leur mère ».

405. Une fonction complémentaire. Les interférences notionnelles puisent leur origine dans l'influence réciproque entre ces notions. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant participe à la promotion des droits de l'enfant⁷³⁰. Corrélativement, les droits de l'enfant encadrent l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les droits de l'enfant doivent être mis en œuvre à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷³¹. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue un instrument de mesure. Il assure un juste équilibre entre le respect des droits et la protection de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York⁷³². D'ailleurs, il apparaît qu'en cas de conflit de droits, le critère de l'intérêt de l'enfant permet de trouver une solution **(1)**. En outre, les droits de l'enfant confèrent au principe une dimension juridique plus consistante⁷³³ **(2)**.

1- L'influence de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les droits de l'enfant

406. Outil de résolution du conflit de droits. Selon l'un des rédacteurs de la Convention de New York, Monsieur Cantwell, « les droits de l'enfant servent de prescription ainsi que de garde-fous à l'intérêt de l'enfant. L'utilité de la notion est limitée aux seuls cas où il y a une indécision bien-fondée face à deux ou plusieurs solutions qui seraient conformes aux instruments des droits de l'homme »⁷³⁴. Il met en exergue l'une des fonctions de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant : celle de trouver une solution en cas de conflit de droits. Lorsque deux droits s'opposent, il faut déterminer lequel doit prévaloir. L'intérêt supérieur de l'enfant permet de le déterminer et fonde la légitimité d'un choix entre plusieurs droits applicables. Le conflit de droits peut concerner un droit de l'enfant et un droit de son parent ou encore deux droits de l'enfant.

407. Conflit entre un droit des parents et un droit de l'enfant. S'agissant de la première hypothèse, le conflit de droits est fréquent dans le cadre des relations extrapatrimoniales entre l'enfant et ses parents. Par exemple, lorsque le parent a obtenu un droit de visite tandis que l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec chacun

⁷³⁰ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 15.

⁷³¹ *Ibidem.*

⁷³² *Ibidem.*

⁷³³ *Ibidem.*

⁷³⁴ N. Cantwell, « La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *In L'intérêt supérieur de l'enfant en question. Leurre ou levier au service de ses droits ?*, Journée d'étude, 20 nov. 2010.

de ses père et mère, conformément aux articles 9-1 et 9-3 de la Convention de New York. Dans une décision du 12 novembre 2012⁷³⁵, la Cour d'appel de Limoges constate que l'intérêt porté par le père à son enfant est insuffisant et non constant, de sorte qu'il ne peut lui être accordé un droit de visite plus étendu. Pourtant, la Cour remarque également qu'il relève de l'intérêt supérieur de l'enfant d'entretenir un lien affectif avec son père. Elle se fonde sur cet intérêt pour organiser un droit de visite médiatisé. L'intérêt supérieur de l'enfant permet en l'occurrence de trouver un équilibre entre le droit de visite du père et le droit pour l'enfant à entretenir des relations avec chacun de ses parents grâce un droit de visite contrôlé. La question se pose également lorsque les parents ont le droit d'exercer conjointement leur responsabilité parentale conformément à l'article 18-1 de la Convention de New York. Ce droit peut être restreint dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, la Cour d'appel de Douai décide, dans un arrêt du 3 décembre 1998, que l'autorité parentale sera exercée par la mère seule, compte tenu du droit pour l'enfant à évoluer dans un environnement stable⁷³⁶. Le bien-être de l'enfant prévaut sur le principe et le droit parental à exercer conjointement l'autorité parentale.

408. Conflit entre deux droits de l'enfant. S'agissant de la seconde hypothèse, les exemples sont plus rares. L'enfant a le droit de maintenir des relations personnelles avec chacun de ses parents, notamment lorsque ceux-ci sont séparés. Néanmoins, ce droit ne doit pas contrevenir à son droit à évoluer dans un environnement sain. Dans une décision du 13 octobre 2011⁷³⁷, la Cour d'appel de Douai décide de ne pas organiser un droit de visite et d'hébergement au profit du père, au motif que « toute autre solution pourrait contribuer à mettre gravement à mal l'équilibre psychologique de l'enfant ». L'intérêt supérieur de l'enfant permet d'écarter son droit de maintenir des relations personnelles avec chacun de ses parents. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît, dans une décision du 24 mars 1988, que le placement des enfants constitue un but légitime lorsqu'il a pour objectif de protéger leur santé ou leur morale⁷³⁸. Ainsi, le droit de l'enfant à évoluer dans un environnement sain⁷³⁹ prime sur son droit à être éduqué par ses deux parents⁷⁴⁰. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant commande une telle hiérarchie dans cette hypothèse particulière.

⁷³⁵ CA Limoge, 12 nov. 2012, n° de RG 12/00173.

⁷³⁶ CA Douai, 3 déc. 1998, Juris-Data n° 048057.

⁷³⁷ CA Douai, 13 oct. 2011, n° de RG 11/00236.

⁷³⁸ CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c. Suède (n°1)*, req. n° 10465/83, spéc. §64.

⁷³⁹ Article 27 CIDE : « Les Etats parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social ».

⁷⁴⁰ Article 7-1 CIDE : « L'enfant (...) a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

409.Un outil d'équilibrage. La jurisprudence suisse explique bien le rôle déterminant de l'intérêt supérieur de l'enfant en présence d'un conflit de droits. Dans une décision du 2 octobre 2008, le Tribunal fédéral suisse rappelle que « le droit d'entretenir des relations personnelles est conçu comme un droit et un devoir des parents mais aussi comme un droit de la personnalité de l'enfant, il doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci »⁷⁴¹. Il constate ensuite que « si de telles relations compromettent le développement de l'enfant, le droit de visite peut leur être refusé. Ce refus ne peut être demandé que si le bien de l'enfant l'exige impérieusement et qu'il est impossible de trouver une réglementation du droit de visite qui sauvegarde ses intérêts : la disposition a pour objet de protéger l'enfant, et non de punir les parents ». L'intérêt supérieur de l'enfant doit en priorité consacrer ses droits, puis ceux de ses parents. La jurisprudence suisse révèle l'influence de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les droits des parents, tout en consacrant l'importance de ces derniers. Un équilibre doit être trouvé sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant afin de garantir sa protection. Il s'agit bien de la méthode qu'utilise la Convention de New York elle-même, en reconnaissant le droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents, sauf si cela est contraire à son intérêt supérieur (article 9-3).

2- L'influence des droits de l'enfant sur l'intérêt supérieur de l'enfant

410.Interprétation stricte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Des auteurs ont fait part de leur crainte quant au risque que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant puisse nuire à la prise en compte et à l'effectivité de ses droits⁷⁴². Selon Madame Dekeuwer-Défossez, l'absence de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant « permet de lui faire endosser des solutions qui n'ont au fond rien d'endossé », révélant ainsi les limites de la notion⁷⁴³. Pourtant, ce sont les droits de l'enfant eux-mêmes qui constituent une limite « naturelle » à toute éventuelle dérive dans l'application du principe. Le Commissaire aux droits de l'homme Thomas Hammarberg constate que l'article 3-1 de la Convention de New York doit être interprété au regard des droits énoncés par le traité. Il remarque que : « ces clauses normatives donnent des orientations claires et fixent des limites précises concernant la manière dont les

⁷⁴¹ Tribunal fédéral de Suisse, 2 oct. 2008, 5A_448/2008.

⁷⁴² J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* éd. G, 1994, I, n° 3739, p. 87.

⁷⁴³ F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *loc. cit.*, p. 249.

enfants doivent et ne doivent pas être traités »⁷⁴⁴. L'intérêt supérieur doit être interprété au regard de droits précis qui encadrent la portée de la notion.

411.Encadrement de la notion. Les droits de l'enfant offrent une substance à la notion, ce qui doit permettre d'éviter toute dérive dans l'utilisation de la notion. Par exemple, dans une décision du 4 avril 2011, la Cour d'appel de Lyon constate qu'il « est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, et lorsqu'ils sont séparés, d'entretenir des relations personnelles avec chacun d'eux »⁷⁴⁵. L'intérêt supérieur de l'enfant correspond à son droit d'être élevé par ses deux parents, conformément à l'article 7-1 de la Convention de New York qui prévoit que « l'enfant a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». L'intérêt supérieur de l'enfant correspond également à son droit d'entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents séparés, conformément à l'article 9-3 de la Convention qui prévoit que « les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents ». Sur ce fondement, la première chambre civile de la Cour de cassation décide, par exemple dans un arrêt du 5 décembre 2012, de l'exercice en commun de l'autorité parentale assorti d'un droit de visite accordé au père afin de maintenir les relations personnelles de celui-ci avec ses enfants dans leur intérêt⁷⁴⁶. Dans les motivations relevées, il apparaît que l'intérêt supérieur de l'enfant correspond à des droits spécifiques proclamés par la Convention de New York. Les droits de l'enfant sont consacrés dans l'objectif de promouvoir sa protection, ce dont rend compte également l'intérêt supérieur de l'enfant. A cet effet, des organes institutionnels veillent particulièrement à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les ordres juridiques européens.

§2. Les organes de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

412.Mise en œuvre d'un contrôle législatif. Dans l'exercice de sa mission, le législateur est encadré par l'existence de contrôles divers. Il est apparu clairement aux rédacteurs de la Convention internationale des droits de l'enfant que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ne pouvait constituer un guide législatif effectif qu'à la condition d'organiser un suivi et un contrôle des législations à l'aune de la Convention. Il est facile, en

⁷⁴⁴ T. Hammarberg, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions : leurre ou levier au service de ses droits ?*, Journée d'étude du 20 novembre 2010.

⁷⁴⁵ CA Lyon, 4 avril 2011, n° de RG 10/02888.

⁷⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2012, inédit, pourvoi n° 11-25992.

effet, d'introduire une référence à l'intérêt supérieur de l'enfant dans les motifs d'un projet ou d'une proposition de loi qui heurtent, au contraire, le bien-être, l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York. Deux grands types d'organes de contrôle doivent alors être dissociés : ceux qui apparaissent à l'échelle européenne (A), et ceux qui ont été institués à l'échelle internationale (B).

A- Les organes de contrôle à l'échelle européenne.

413. Le rôle de la Commission européenne et les droits nationaux. La vice-présidente de la Commission européenne et commissaire chargée de la justice déclare que : « Les droits de l'enfant sont des droits fondamentaux »⁷⁴⁷. A ce titre, les Etats doivent prendre toutes les mesures nécessaires à la promotion et à la protection de ces droits. Dans un communiqué du 15 février 2011 de la Commission européenne, il est mentionné que : « L'Union et ses 27 Etats membres doivent veiller à la protection de ces droits et faire en sorte que l'intérêt supérieur de l'enfant guide leur action. Il faut notamment qu'une justice mieux adaptée aux enfants garantisse la prise en considération de leurs droits chaque fois qu'ils ont affaire au système judiciaire, en tant que victimes ou suspects, ou lorsque les parents divorcent et ne s'entendent pas sur les modalités de leur garde »⁷⁴⁸. Ainsi, selon la Commission, les droits de l'enfant doivent être concrétisés dans les politiques familiales des Etats membres guidées par l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁴⁹.

Le communiqué cité ci-dessus vise expressément les modalités de garde de l'enfant après séparation des parents, en soulignant les difficultés de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les législations relatives à l'autorité parentale doivent être élaborées conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant, afin que celui-ci puisse jouir effectivement de ses droits. La Commission européenne veille particulièrement à ce que les législations européennes soient guidées par ce principe, dont la promotion est confortée ainsi que l'harmonisation juridique entre les différents Etats européens.

414. Le rôle de la Commission européenne et le droit européen. Les institutions européennes s'engagent à préserver l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures et dans

⁷⁴⁷ Programme de l'Union européenne en matière de droits de l'enfant. Commission européenne- IP/11/156, 15 fév. 2011.

⁷⁴⁸ M. Bruggeman, « Droits de l'enfant : la Commission européenne s'engage », *Dr. fam.* 2011, alerte 33.

⁷⁴⁹ J. Bigot, « Les droits de l'enfant : la vision du Conseil de l'Europe », *LPA* 9 mars 2012, n° 50, p. 21.

ses relations extrapatrimoniales avec ses parents. La Commission européenne veille à la conformité des projets législatifs au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁵⁰. Précisément, le droit communautaire s'intéresse à la rapidité d'exécution des décisions relatives aux responsabilités parentales, sur le fondement du règlement *Bruxelles II bis*, et à la protection de l'enfant dans des situations où il serait considéré comme personne particulièrement vulnérable (accès Internet, demandeurs d'asile ...), ou encore à la promotion des droits de l'enfant en cas de conflits armés. Le règlement *Bruxelles II bis*, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, a pour objectif d'assurer une « coopération judiciaire en matière civile »⁷⁵¹. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a servi de guide pour l'élaboration de ce texte, principalement pour les règles de détermination de compétence des juridictions⁷⁵². Le point 12 du Préambule prévoit, ainsi, que : « Les règles de compétence établies par le présent règlement en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant (...) ». Plusieurs références à l'intérêt supérieur de l'enfant sont ensuite mentionnées. La Cour de justice de l'Union européenne veille à la mise en œuvre utile du Règlement dont les « objectifs de rapidité et l'effectivité des règles » sont guidés par l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁵³. Il s'agit, toutefois, de déclarations de principe. La prise en compte effective de l'intérêt supérieur de l'enfant exige davantage.

415. Le rôle du Commissaire aux droits de l'homme. Le Commissaire aux droits de l'homme Thomas Hammarberg explique que « l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant a vocation à rendre la règle de droit plus claire et plus précise »⁷⁵⁴. La clarté et la précision se traduisent par la volonté d'atteindre un même objectif : garantir la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, l'article 371-1 du Code civil français prévoit que : « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». L'introduction de cet article dans le Code civil répond à l'intérêt supérieur de l'enfant, permettant de clarifier et de préciser la fonction

⁷⁵⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Programme de l'Union européenne en matière de droits de l'enfant. Bruxelles, le 15 fév. 2011.

⁷⁵¹ B. Ancel, H. Muir Watt, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 569.

⁷⁵² Guide pratique sur l'application du règlement (CE) n° 2201/2003 (dit *Bruxelles II bis*).

⁷⁵³ E. Viganotti, « Actualité jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne », *Dr. fam.* 2011, comm. 66.

⁷⁵⁴ T. Hammarberg, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant: ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en question, leurre ou levier au service de ses droits ?*, Journée d'étude, 20 nov. 2010.

de l'autorité parentale⁷⁵⁵ et des dispositions législatives trop vagues, tout en orientant les évolutions du droit de la famille sur le fondement d'un principe international supérieur. D'autres législations européennes associent l'exercice de l'autorité parentale à l'intérêt de l'enfant. Le Code civil grec énonce à l'article 1511 que : « Toute décision des parents relative à l'exercice des soins parentaux doit viser l'intérêt de l'enfant ». Le principe est désormais toujours associé aux réformes législatives. A côté du Commissaire aux droits de l'homme, existe une institution internationale dédiée aux droits de l'enfant. Il s'agit du Comité des droits de l'enfant.

B- Les organes de contrôle à l'échelle internationale

416. Le Comité des droits de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant veille à ce que les politiques étatiques soient guidées par l'intérêt supérieur de l'enfant⁷⁵⁶. L'article 43 de la Convention de New York règlemente sa composition et ses modalités de fonctionnement⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. *JO* 5 mars 2002. Dossier *AJ. fam.* 2002. 124 ; F. Boulanger ; *D.* 2002, *chron.* 1571 ; C. Brière ; *RTD sanit. soc.*, 2002. 567, Th. Fossier ; *Dr. fam.* 2005, Etude 15 ; H. Fulchiron, *Defrénois*, 2002. 959 ; A. Gouttenoire, *AJ. fam.* 2002. 124 ; E. Mulon- Montéran, *RJPF* 2002-4/12 ; M. Rebourg, *JCP* 2002, n°15, J. Rochfeld, *chron. Lég. RTD civ.* 2002.377, P. Vauvillé, *LPA* 18 oct. 2002.

⁷⁵⁶ G. Meunier, *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties*, l'Harmattan, 2002 ; J. Dhommeaux, « Le rôle du Comité des droits de l'enfant dans le contrôle, l'interprétation et l'évolution de la Convention relative aux droits de l'enfant », in *Liber amicorum K. Vasak*, éd. Bruylant, 1998, p. 569.

⁷⁵⁷ Article 43 de la Convention de New York : « **1.** Aux fins d'examiner les progrès accomplis par les Etats parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention, il est institué un Comité des droits de l'enfant qui s'acquitte des fonctions définies ci-après. **2.** Le Comité se compose de dix-huit experts de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine visé par la présente Convention. (voir note 1) Ses membres sont élus par les Etats parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, compte tenu de la nécessité d'assurer une répartition géographique équitable et eu égard aux principaux systèmes juridiques. **3.** Les membres du Comité sont élus au scrutin secret sur une liste de personnes désignées par les Etats parties. Chaque Etat partie peut désigner un candidat parmi ses ressortissants. **4.** La première élection aura lieu dans les six mois suivant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention. Les élections auront lieu ensuite tous les deux ans. Quatre mois au moins avant la date de chaque élection, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies invitera par écrit les Etats parties à proposer leurs candidats dans un délai de deux mois. Le Secrétaire général dressera ensuite la liste alphabétique des candidats ainsi désignés, en indiquant les Etats parties qui les ont désignés, et la communiquera aux Etats parties à la présente Convention. **5.** Les élections ont lieu lors des réunions des Etats parties, convoquées par le Secrétaire général au Siège de l'Organisation des Nations Unies. A ces réunions, pour lesquelles le quorum est constitué par les deux tiers des Etats parties, les candidats élus au Comité sont ceux qui obtiennent le plus grand nombre de voix et la majorité absolue des voix des représentants des Etats parties présents et votants. **6.** Les membres du Comité sont élus pour quatre ans. Ils sont rééligibles si leur candidature est présentée à nouveau. Le mandat de cinq des membres élus lors de la première élection prend fin au bout de deux ans. Les noms de ces cinq membres seront tirés au sort par le président de la réunion immédiatement après la première élection. **7.** En cas de décès ou de démission d'un membre du Comité, ou si, pour toute autre raison, un membre déclare ne plus pouvoir exercer ses fonctions au sein du Comité, l'Etat partie qui avait présenté sa candidature nomme un autre expert parmi ses

L'article 44 en détermine les fonctions⁷⁵⁸. Le Comité des droits de l'enfant a pour mission de surveiller l'application de la Convention internationale des droits de l'enfant par les Etats parties qui sont dès lors tenus de présenter un rapport au Comité tous les cinq ans sur la mise en œuvre des droits de l'enfant sur leur territoire. A l'issue de ce rapport, le Comité suggère certaines recommandations visant à promouvoir l'effectivité de la Convention de New York dans les ordres juridiques internes. D'ailleurs, le Code de l'action sociale et des familles français a intégré cette obligation à l'article L.112-1 qui prévoit que : « Le Gouvernement présente tous les trois ans au Parlement le rapport prévu à l'article 44 (b) de la convention relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990 ». Néanmoins, les recommandations du Comité n'ont pas de portée obligatoire, celui-ci n'exerçant « aucun pouvoir coercitif »⁷⁵⁹.

417. Le Comité des droits de l'enfant et le droit français. Dans un rapport du 10 septembre 2010, le Comité des droits de l'enfant relève les efforts réalisés par les politiques législatives françaises⁷⁶⁰. En effet, le Comité constate que la France a entrepris plusieurs

ressortissants pour pourvoir le poste ainsi vacant jusqu'à l'expiration du mandat correspondant, sous réserve de l'approbation du Comité. **8.** Le Comité adopte son règlement intérieur. **9.** Le Comité élit son bureau pour une période de deux ans. **10.** Les réunions du Comité se tiennent normalement au Siège de l'Organisation des Nations Unies, ou en tout autre lieu approprié déterminé par le Comité. Le Comité se réunit normalement chaque année. La durée de ses sessions est déterminée et modifiée, si nécessaire, par une réunion des Etats parties à la présente Convention, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale. **11.** Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies met à la disposition du Comité le personnel et les installations qui lui sont nécessaires pour s'acquitter efficacement des fonctions qui lui sont confiées en vertu de la présente Convention. **12.** Les membres du Comité institué en vertu de la présente Convention reçoivent, avec l'approbation de l'Assemblée générale, des émoluments prélevés sur les ressources de l'Organisation des Nations Unies dans les conditions et selon les modalités fixées par l'Assemblée générale ».

⁷⁵⁸ Article 44 de la Convention de New York : « **1.** Les Etats parties s'engagent à soumettre au Comité, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la présente Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits : **a)** Dans les deux ans à compter de la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention pour les Etats parties intéressés; **b)** Par la suite, tous les cinq ans. **2.** Les rapports établis en application du présent article doivent, le cas échéant, indiquer les facteurs et les difficultés empêchant les Etats parties de s'acquitter pleinement des obligations prévues dans la présente Convention. Ils doivent également contenir des renseignements suffisants pour donner au Comité une idée précise de l'application de la Convention dans le pays considéré. **3.** Les Etats parties ayant présenté au Comité un rapport initial complet n'ont pas, dans les rapports qu'ils lui présentent ensuite conformément à l'alinéa b du paragraphe 1 du présent article, à répéter les renseignements de base antérieurement communiqués. **4.** Le Comité peut demander aux Etats parties tous renseignements complémentaires relatifs à l'application de la Convention. **5.** Le Comité soumet tous les deux ans à l'Assemblée générale, par l'entremise du Conseil économique et social, un rapport sur ses activités. **6.** Les Etats parties assurent à leurs rapports une large diffusion dans leur propre pays ».

⁷⁵⁹ F. Granet-Lambrechts, « Les droits de l'enfant dans les législations européennes. Etude », *RLDC* 2011, n° 87, p. 41 et s.

⁷⁶⁰ CRC/C/FRA/CO/4 ; Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Comité des droits de l'enfant, France, 10 sept. 2008.

réformes législatives afin de garantir la protection des droits de l'enfant, en étant guidée par le principe de son intérêt supérieur. La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfant⁷⁶¹ en constitue une illustration exemplaire puisqu'elle met en place des observatoires départementaux de protection de l'enfance « chargés de suivre les enfants ainsi identifiés, de la réception d'une information préoccupante et son évaluation jusqu'à la mise en œuvre d'une action d'accompagnement des parents ou de protection de leurs enfants, et d'établir des statistiques harmonisées »⁷⁶². A cet égard, la Défenseure des enfants avait relevé que « la loi s'inscrivait dans l'application effective de la Convention internationale sur les droits de l'enfant et apportait une réponse satisfaisante à plusieurs des recommandations déjà faites à la France en juin 2004 par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies »⁷⁶³. Le droit français poursuit ses efforts en ce sens. Le Comité des droits de l'enfant constate également l'élaboration de plusieurs réformes législatives guidées par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, bien qu'intégrée depuis longtemps dans le droit français de la famille, est au cœur des réformes engagées ces dernières années pour le moderniser, notamment en matière d'autorité parentale, de divorce et de filiation. Le législateur français a été inspiré par la lettre et l'esprit de la Convention. Par ailleurs, sa législation est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point ». Ainsi, l'article L.112-4 du Code de l'action sociale et des familles tient compte explicitement du principe, en prévoyant que : « l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant ». Ce faisant, l'intérêt supérieur de l'enfant guide la législation française. Cette évolution législative, inspirée du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, introduit explicitement la prise en compte de sa protection en droit français. La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance est à l'origine des dispositions relatives à la protection de l'enfant dans son intérêt⁷⁶⁴.

418.L'harmonisation des législations guidées par l'intérêt supérieur de l'enfant. La fonction de guide législatif participe à l'établissement d'une harmonisation des politiques étatiques. Le Comité des droits de l'enfant relève l'absence d'harmonisation dans les réformes guidées par l'intérêt supérieur de l'enfant en droit espagnol. En effet, les dix-sept

⁷⁶¹ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfant. *JO* n° 55 du 6 mars 2007, p. 4215.

⁷⁶² CRC/C/FRA/CO/4, *préc.*

⁷⁶³ *Ibidem.*

⁷⁶⁴ P. Verdier, M. Eymenier, *La réforme de la protection de l'enfant*, Berger Levrault, 2^{ème} éd., 2012, p. 19.

communautés autonomes disposent d'une autonomie législative. Ainsi, le Comité des droits de l'enfant « salue l'inscription du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la législation », tout en se montrant préoccupé par l'absence d'unité entre les communautés autonomes concernant « la compréhension et l'application du principe ». C'est pourquoi il invite l'Etat espagnol à « prendre toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant guide toutes les actions et décisions juridiques du Gouvernement et des communautés autonomes », et à « évaluer l'impact des mesures et décisions gouvernementales sur l'intérêt supérieur de l'enfant, de façon à continuer de promouvoir une compréhension et des orientations améliorées sur ce qui constitue l'« intérêt supérieur » et assurer la formation de tous les décideurs »⁷⁶⁵. Ainsi selon le Comité, les législations adoptées par les communautés autonomes doivent être guidées par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant assurant ainsi une harmonie entre elles.

Le Comité des droits de l'enfant insiste particulièrement sur la promotion de cet objectif et sur la formation des décideurs soulignant la fonction à long terme de ce guide législatif.

419. Les insuffisances relevées par le Comité des droits de l'enfant. Malgré les efforts réalisés par les Etats parties à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, certaines législations comportent encore certains écueils. Le Comité n'hésite pas à souligner l'insuffisance de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, il a eu l'occasion de recommander à l'Irlande de « veiller à ce que le principe général de l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en considération de manière prioritaire, sans aucune distinction, et à ce qu'il soit totalement intégré dans tous les textes de loi concernant les enfants », et de « veiller à ce que ce principe soit également pris en considération dans toutes les décisions politiques, judiciaires et administratives, ainsi que dans les projets, programmes et services qui ont une incidence sur les enfants »⁷⁶⁶.

L'intérêt supérieur de l'enfant doit ainsi constituer une considération primordiale dans les réformes législatives.

⁷⁶⁵ CRC/C/ESP/CO/3-4, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Comité des droits de l'enfant, Espagne, 3 nov. 2010.

⁷⁶⁶ CRC/C/IRL/CO/2, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Comité des droits de l'enfant, Irlande, 1^{re} nov. 2006.

Section 2. La législation guidée par la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant

420.Plan. Les législations européennes veillent désormais à prendre en compte le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'encadrement normatif précisé plus haut, et notamment sous le contrôle du Comité des droits de l'enfant. Cette évolution s'est faite progressivement mais elle connaît déjà quelques dissonances. D'un côté, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ne semble pas toujours guider les législations. L'existence d'une opposition entre les principes se manifeste particulièrement en matière d'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, derrière le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est souvent un autre principe qui est défendu : celui de l'égalité des père et mère, ce qui pose la question de la place du premier dans les législations (§1). De l'autre côté, l'intérêt supérieur de l'enfant en fondant les législations consacre une unité entre les différentes législations nationales. La politique commune en matière de châtiments corporels en constitue une illustration exemplaire (§2).

§1. La place de l'intérêt supérieur de l'enfant comme guide législatif

421.Supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant comme guide législatif. L'intérêt supérieur de l'enfant doit guider le législateur dans les législations concernant l'enfant, conformément à ce que prévoit l'article 3-1 de la Convention de New York. En conséquence et en présence d'autres principes c'est celui-ci qui doit primer. Force est de constater que ce n'est pas toujours le cas. La question de la primauté du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant se pose notamment en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale en présence d'autres principes, à l'instar du principe d'égalité des père et mère (A). Cependant, l'exemple du droit allemand illustre, en la matière, l'influence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce dernier doit s'imposer au législateur (B).

A- Intérêt supérieur de l'enfant et autres fondements.

422. Diversité des fondements dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale.

L'intérêt supérieur de l'enfant cherche à s'imposer comme guide législatif dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale (2), mais il ne doit pas pour autant masquer la diversité réelle des fondements des évolutions législatives (1).

1- Les fondements de l'évolution du droit dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale

423. Le père, guide de l'intérêt de l'enfant. L'étude de l'évolution de la législation française témoigne de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit français. Cependant, à côté du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaissent d'autres principes, à l'instar du principe d'égalité des père et mère, ce qui pose la question du véritable fondement des législations en droit de la famille. La puissance paternelle a d'abord fondé l'exercice de son autorité par le père seul dans les législations européennes⁷⁶⁷. Demolombe trouvait la justification de la puissance paternelle dans l'intérêt de l'enfant, le père était considéré comme le guide de l'enfant dans son intérêt⁷⁶⁸. Progressivement, l'intérêt supérieur de l'enfant ne paraissait plus justifier la puissance paternelle, de sorte que le législateur a pris en compte ces changements. A une société patriarcale où le père exerçait seul la puissance paternelle, certaines législations ont substitué l'exercice de l'autorité parentale par la mère au détriment des pères⁷⁶⁹, tandis que l'exercice conjoint était favorisé dans d'autres.

424. La reconnaissance d'un exercice conjoint de l'autorité parentale pour l'égalité de droits entre les père et mère. La loi française n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale organisait l'exercice de l'autorité parentale par les deux parents⁷⁷⁰. Selon

⁷⁶⁷ M. Craffe, *La puissance paternelle en droit anglais (évolution historique)*, th. Paris, 1971 ; Ch. Demolombe, in D. Gadbin et F. Kernaleguen (dir.), *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2004, Pomarède, *Les tribulations de l'autorité parentale de l'Ancien droit au Code Napoléon*, Ann. Univ. Toulouse, 1994, p. 15 ; F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, n°1004 et s.

⁷⁶⁸ Ch. Demolombe, *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse : De la puissance paternelle, Cours de Code Napoléon*, Hachette, 2^e éd., 1861, t. VI, spéc. n° 266. M. Juston, « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux, les risques en cas de séparation », *Gaz. Pal.* 12 août 2006, n° 224, p. 2.

⁷⁶⁹ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2011, p. 602, n° 1524 ; C. Brière, « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *RTDsanit. soc.* 2002, p. 567.

⁷⁷⁰ Ancien article 372 du Code civil : « Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité ». M. Brazier, « L'autorité parentale (commentaire de la loi n°70-459 du 4 juin 1970) », *JCP éd. G* 1970, I, p. 2362,

un auteur⁷⁷¹, cette loi « ne se préoccupait pas de l'intérêt de l'enfant au regard des modalités d'exercice de l'autorité parentale, sauf à considérer que c'est l'intérêt de l'enfant qui imposait l'égalité des sexes ». L'égalité de droits entre les père et mère supposait alors que l'exercice de l'autorité parentale fût confié aux deux parents mariés, et plus seulement au père. En revanche, la loi du 4 juin 1970 ne prévoyait pas l'exercice conjoint de l'autorité parentale en cas de séparation des parents. Seul le parent chez lequel l'enfant résidait l'exerçait, ce qui était le plus souvent favorable à la mère⁷⁷².

L'exercice conjoint de l'autorité parentale s'inscrivait alors dans le sillage de l'instauration d'une égalité de droits⁷⁷³ entre père et mère qui vivaient ensemble. Il était restreint au cas de mariage parce qu'était visé le cas dans lequel l'enfant cohabite avec ses deux parents. Ceci a évolué avec la substitution de la « coparentalité » à l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

425. De l'exercice conjoint de l'autorité parentale à la coparentalité. S'agissant du droit français, la généralisation de l'exercice conjoint fût amorcée par la loi n°87-570 du 22 janvier 1987⁷⁷⁴, puis consacrée par la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales⁷⁷⁵. Cette loi consacre le principe de coparentalité dans la famille dite naturelle, ainsi que le maintien de ce principe après le divorce des parents mariés⁷⁷⁶. Une loi belge du 31 mai 1987 a reconnu également dans le même temps l'exercice conjoint de l'autorité parentale sans distinguer selon que les parents soient ou non mariés. En revanche, l'exercice conjoint était soumis à la cohabitation des parents. Si les parents ne vivaient plus ensemble, l'un d'eux

n°40 et s. Colombet *D.* 1971, *chron.* 1 ; Gobert *JCP* éd. *G.* 1971, I, n° 2421 ; Hauser et Abitbol, *D.* 1971, *chron.* 59 et 65 ; Legeais, *Def.* 1971. 609 et 1073, R. Legeais, *D.* 1973.

⁷⁷¹ L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, thèse, dactyl, spéc. n° 394, p. 303.

⁷⁷² I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*. La Documentation française, 1998. Ce rapport relevait que 15,7% des enfants mineurs ne vivaient pas avec leur père. Sur l'ensemble des enfants vivant avec leur mère, 20% voyaient leur père toutes les semaines, 20% tous les quinze jours, 5% une fois par mois, 18% moins d'une fois par mois, 24% ne le voyaient plus, 1998.

⁷⁷³ Conformément au principe constitutionnel d'égalité de droits entre l'homme et la femme, alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

⁷⁷⁴ Loi n° 87-570 du 22 janvier 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale. *JO* 24 juil. 1987, p. 8253.

⁷⁷⁵ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales. *JO* n° 7 du 9 janv. 1993, p. 495.

⁷⁷⁶ J. Massip, « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993 », *Rép. Defrénois*, 1993, art. 35569, p. 673, J. Rubellin-Devichi, « Une importante réforme en droit de la famille : la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP* éd. *G.* 1993, I. 3659. V. aussi N. Boullez, *Gaz. Pal.* 1988.1 doctr. 828 ; H. Fulchiron *D.* 1993 *chron.* 117 ; Kross *Gaz. Pal.* 1993, 2, Doctr. 1154 ; V. Larribeau-Terneyre, H. Parcheminal, *JCP* 1994.I.3762 ; J. Rubellin-Devichi, *JCP* 1993, I. 3659 ; F. Boulanger, *D.* 1999 *chron.* 233.

seulement exerçait l'autorité parentale⁷⁷⁷. Il a fallu attendre la loi du 13 avril 1995 pour que le droit belge reconnaisse le principe de coparentalité indépendamment de la situation des père et mère⁷⁷⁸. Cette loi a supprimé le critère de cohabitation et a imposé la coparentalité. Elle n'opère pas toutefois de distinctions ni selon la nature ou la gravité des actes, ni en fonction de l'existence ou de l'absence d'accords ou de désaccords des père et mère⁷⁷⁹. En cela, elle paraît moins nuancée que le droit français qui veille particulièrement à l'entente des parents pour mettre en œuvre l'exercice conjoint de l'autorité parentale. D'ailleurs, pour certains auteurs, le droit belge illustre davantage un « exercice concurrent de l'autorité parentale » qu'un exercice conjoint⁷⁸⁰.

426.Exercice concurrent de l'autorité parentale. En France, c'est la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale⁷⁸¹ qui a introduit la coparentalité, entendu comme l'exercice conjoint de l'autorité parentale sans distinctions selon que les père et mère soient mariés, vivent ensemble, soient séparés ou divorcés⁷⁸², et sans tenir compte des accords ou désaccords ou des types d'actes à accomplir. Comme en droit belge, l'exercice de l'autorité parentale apparaît désormais davantage concurrent que conjoint. puisque l'exercice conjoint suppose, pour être effectif, une certaine proximité, voire la cohabitation. Toutes les législations européennes n'ont pas ainsi dissocié cohabitation et exercice conjoint ou concurrent de l'autorité parentale. Le lien à la résidence de l'enfant subsiste aujourd'hui dans la législation espagnole qui subordonne l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés à la résidence de l'enfant. Ainsi, en droit espagnol le parent qui exerce l'autorité

⁷⁷⁷ F. Granet-Lambrechts, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, La documentation française, oct. 2002 ; L. Ingber, I. de Saeledeer, A. Renard, « Chronique de droit civil belge », *RTDciv.* 1994, p. 739.

⁷⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁷⁹ Pour une étude approfondie sur la distinction de ces actes, L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, thèse *préc.*, p. 107-110, n° 149-151.

⁷⁸⁰ A. Jonckheere et G.-H. Beauthier, « La loi du 12 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Un texte bâclé sur le fil », *Journal du droit des jeunes*, 1995.298-302 ; T. Moreau, « La loi du 12 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale », *Divorce*, 1995.97-112 ; J. Sosson, « La « co-parenté » Une loi votée et bientôt en vigueur », *Journal des tribunaux*, 1995.383 et s.

⁷⁸¹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. *JO* 5 mars 2002, p. 4161. Dossier *AJ. fam.* 2002.124 ; Dossier *AJ. fam.* 2003.288 ; F. Boulanger, *D.* 2002, chron. 1571 ; C. Brière, *RTDsanit. soc.* 2002.567 ; Th. Fossier, *Dr. fam.* 2005, étude 15 ; H. Fulchiron, *Defrénois* 2002. 959 ; A. Gouttenoire, *AJ. fam.* 2002. 124 ; *Dr. fam.* 2002 n°15. *Chron.* 24 ; E. Mulon-Montéran, *RJPF* 2002-4/12, M. Rebourg, *JCP éd. G.* 2002 n°15, J. Rochfeld *chron. lég. RTDciv.* 2002. 377, F. Vauvillée *LPA* 18 oct. 2002.

⁷⁸² F. Boulanger, « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.* 2002, *chron.*, p. 1571 ; J. Rochfeld, « Droits-fonctions versus droits subjectifs ; quel modèle pour la famille ? », *RTDciv.* 2002, p. 377.

parentale est celui chez lequel l'enfant vit, le plus souvent la mère⁷⁸³. La possibilité d'une dissociation entre exercice conjoint et cohabitation repose sur la notion de couple parental.

427. Coparentalité et cohabitation avec l'enfant. Le résultat de cette évolution fut que l'on en vint à consacrer un principe de coparentalité même en l'absence de cohabitation de l'enfant avec le parent qui exerce cette autorité parentale. Fut dès lors évoqué en doctrine « le mythe du couple parental », selon l'expression de Madame Dekeuwer-Défossez⁷⁸⁴. Selon cet auteur : « on ne cherche pas à savoir si cet exercice conjoint de l'autorité parentale correspond à une quelconque réalité, ni à vérifier si elle entraîne un partage effectif des responsabilités parentales ; on ne se demande pas si elle peut être source de blocages ou de nouvelles querelles. La coresponsabilité parentale est pédagogique ; c'est un retour en force de l'emprise de la société, et des modèles qui la fondent, lesquels s'imposent aux comportements individuels »⁷⁸⁵.

En soi, la fiction⁷⁸⁶ ainsi introduite compliquait sensiblement la mise en œuvre du principe d'exercice conjoint de l'autorité parentale. Quoique associée à une égalité de droits difficilement acquise entre l'homme et la femme et ayant mérité d'être érigée en guide législatif pour produire les progrès sociaux actuels⁷⁸⁷ la dissociation de la coparentalité et de la cohabitation avec l'enfant a posé la question, de savoir si l'on peut véritablement prétendre que cette évolution est inspirée par la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant.

428. Intérêt supérieur de l'enfant ou égalité des père et mère ? L'intérêt supérieur de l'enfant a été affecté comme fondement de la coparentalité. Toutefois, d'autres principes semblent justifier cette évolution législative⁷⁸⁸. Un auteur observait qu'au moment de la révision du Code civil français, spécialement sur la question de la puissance paternelle, certains s'étaient insurgés contre les « vellétés égalitaires », alors que commençaient à croître les mouvements féministes, portés notamment par Madame Kaufmann qui revendiquaient une

⁷⁸³ Article 156 du Code civil espagnol : « Si los padres viven separados, la patria potestad se ejerce por aquel con quien el hijo conviva ». « Si les parents vivent séparément, l'autorité parentale sera exercée par celui avec qui l'enfant vivra ».

⁷⁸⁴ F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTDciv.* 1995, p. 249.

⁷⁸⁵ *Ibidem.*

⁷⁸⁶ C. Brunetti-Pons, « Couple et durée », in *La notion juridique de couple, Economica* 1998 : « La fiction de relations parentales pérennes ».

⁷⁸⁷ V. en ce sens C. Brunetti-Pons, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *loc. cit.*

⁷⁸⁸ J. Hauser, « Le couple sexué et le droit de la famille », *Approche de droit comparé franco-luxembourgeois*, in *La complémentarité des père et mère*, Colloque 7 avril 2012, Université Reims Champagne Ardenne publication à venir.

égalité en faveur des femmes⁷⁸⁹. L'auteur soulignait également que pour certains, le Code civil de 1804 reflétait une conception patriarcale du droit de la famille. Aucune mention à l'intérêt de l'enfant n'était faite. Les réformes trouvaient davantage leur fondement dans l'égalité de droits entre homme et femme, entre père et mère. Monsieur Tisserand constatait d'ailleurs qu'en 1970, déjà, « l'exercice de l'autorité parentale dans la famille légitime était fondé sur l'égalité de l'homme et de la femme dans les responsabilités du ménage et de l'éducation des enfant »⁷⁹⁰. Les récentes évolutions législatives inspirent les mêmes constats.

429.Égalité de répartition. La coparentalité traduit avant tout le maintien de l'égalité entre père et mère. Certains parlementaires proposaient d'intégrer le terme « parité » dans la loi du 4 mars 2002, reconnaissant de plein droit le principe de coparentalité⁷⁹¹. La parité peut être définie, par le dictionnaire Le Robert, comme « une égalité de répartition ». L'introduction de ce terme met davantage en évidence le souci d'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale que la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'égalité des père et mère influence les législations relatives à l'exercice de l'autorité parentale particulièrement lorsqu'il s'agit d'édicter un exercice conjoint de plein droit.

La même démarche est observée en droit allemand. La législation allemande a introduit l'exercice conjoint de l'autorité parentale, notamment après divorce des parents, suite aux décisions de la Cour constitutionnelle allemande ayant retenu l'inconstitutionnalité des dispositions interdisant l'exercice conjoint après divorce⁷⁹². L'article 1626 a du BGB prévoit désormais un exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents divorcés⁷⁹³. La réforme se veut essentiellement inspirée des dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Mais, à mieux y regarder, ces lois s'inspirent des principes d'égalité entre enfants et entre parents⁷⁹⁴.

⁷⁸⁹ J-F Niort., « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale », *RTDciv.*, 2005, p. 57. H. Mazeaud, « Une famille sans chef », *D.* 1951, chron. 141 et s.; M.-L. Morançais-Demeester, « Vers l'égalité parentale », *D.* 1988, chr. p. 7, spéc. n° 7, p. 9.

⁷⁹⁰ M. Tisserand, n° 1032, Ass. nat., seconde session ordinaire de 1969-1970, p. 13. F. Vauvillé, « Du principe de coparentalité », *LPA* 18 oct. 2002, n° 209, p. 4.

⁷⁹¹ H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois*, 2002, p. 959.

⁷⁹² BVerfG, 3 nov. 1982, *BVerfGE* 61.358.

⁷⁹³ F. Granet-Lambrechts, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, La documentation française, oct. 2002 ; F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand. Le nouveau droit de l'enfant en République fédérale d'Allemagne », *RTDciv.* 1998, p. 804.

⁷⁹⁴ *Ibidem*.

430.Principe d'égalité des filiations. Un autre principe égalitaire semble avoir guidé les réformes relatives à l'autorité parentale : l'égalité entre tous les enfants⁷⁹⁵. En droit allemand, le principe d'égalité des filiations est à l'origine de trois importantes lois adoptées en 1997 et 1998 : la loi portant réforme du droit de l'enfant, la loi sur l'assistance légale et la loi sur l'égalité des enfants en matière successorale⁷⁹⁶. L'histoire juridique a été profondément marquée par la distinction faite entre les enfants nés en mariage et ceux nés hors mariage⁷⁹⁷. Cette distinction de forme entraînait des distinctions de fond, par exemple sur le plan successoral⁷⁹⁸.

431.Egalité des filiations et égalité des père et mère. L'égalité des filiations conduit inexorablement à une égalité entre père et mère marié ou vivant ensemble, dans les rapports à l'enfant. En effet, ne plus distinguer entre les enfants nés de parents non mariés et les enfants nés de parents mariés, c'est aussi indirectement reconnaître l'égalité entre les parents mariés et les parents non mariés. Cependant, l'égalité des filiations n'est pas absolue. Elle ne peut être que relative en raison du maintien de la présomption de paternité⁷⁹⁹. La Hongrie a été le premier pays européens à supprimer cette distinction en 1947⁸⁰⁰. Aujourd'hui, la majorité des Etats européen ne distinguent plus entre la filiation légitime et la filiation naturelle⁸⁰¹.

Dans son rapport intitulé « rénover le droit de la famille », Madame Dekeuwer-Défossez précisait qu' « abolir les différences entre enfants naturels et légitimes conduit à repenser un

⁷⁹⁵ L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, thèse, dactyl., 2002, n° 442 et s., p. 343 et s.

⁷⁹⁶ F. Granet-Lambrechts, *L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes*, rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, oct. 2002.

⁷⁹⁷ N. Coudoing, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, thèse dactyl. 2007, H. Groutel, *L'intérêt de l'enfant et le rôle du juge en matière de filiation*, thèse dactyl, 1968, C. Higy, *Le temps en droit de la filiation*, Presses universitaires de Strasbourg, 2012.

⁷⁹⁸ H. Borel, *Filiations et dévolution des successions*, Castelneau d'Estretfonds, 31620, 1991.

⁷⁹⁹ J. Poussin- Petit, « Chronique de droit belge : le droit de l'enfant ou le droit à l'enfance ? », *Dr. fam.* 2010, Etude 19 ; L. Barnich, R. Jafferli, « Chronique de jurisprudence belge (1995-2010) », *Journal de droit international Clunet*, oct. 2011, chron 9, « La jurisprudence belge tend à écarter, sur la base de l'exception d'ordre public, les lois étrangères qui prohibent la remise en cause de la présomption de paternité en faveur du mari de la mère de l'enfant » ; F. Granet Lambrechts, « La présomption de paternité », *Dr. fam.* 2006, Etude 3 ; P. Murat, « Quelques précisions au sujet du rétablissement de la présomption de paternité de l'article 313-2 du Code civil », *Dr. fam.* 2001, comm. 93 ; F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand », *RTDciv.* 1998, p. 804, V. Bonnet, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.* 2013, p.107 ; F. Granet- Lambrechts, « Preuve en droit de la famille : la preuve des liens de filiation », *AJ. fam.* 2007, p. 459.

⁸⁰⁰ Rap. Défenseur des enfants, *L'enfant au cœur des séparations parentales conflictuelles*, La documentation française, 2008, p. 29.

⁸⁰¹ F. Granet-Lambrechts, J. Hauser, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17 ; F. Granet-Lambrechts, « Droit de la filiation : panorama 2004 », *D.* 2005, p. 1748 ; *ibid.*, « Droit de la filiation », *D.* 2006, p. 1139, *ibid.*, « Entrée en vigueur du nouveau droit de la filiation le 1^{er} juillet 2006 : les textes complémentaires de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *AJ. fam.* 2006, p. 283.

certain nombre de règles en matière d'autorité parentale »⁸⁰². Il apparaît alors que les réformes relatives à l'autorité parentale ont aussi été fondées sur ce principe d'égalité entre les filiations, s'imposant à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au regard des mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le principe d'égalité des filiations renvoyant toutefois aussi à l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui complique l'analyse.

Pour que l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant soit effectif, il faut le détacher des autres principes abstraitement énoncés et pris en compte par le législateur. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être envisagé en lui-même et pour lui-même, en tenant compte des éléments de caractérisation dégagés dans la première partie de la thèse.

2- Coparentalité et impact de l'intérêt supérieur de l'enfant

432. Les efforts pour consacrer l'intérêt supérieur de l'enfant comme guide législatif, l'exemple du droit anglais. Des législations européennes s'efforcent de consacrer des dispositions législatives érigeant l'intérêt supérieur de l'enfant en « une considération primordiale » dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, le Children Act de 1989 est fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant puisqu'il prévoit que le bien-être de l'enfant doit être la considération primordiale pour les juridictions⁸⁰³.

En ce domaine, le principe d'égalité des père et mère n'apparaît pas en droit anglais de manière aussi explicite qu'en droit français. Depuis une loi du 1^{er} décembre 2003, l'exercice conjoint s'étend au père non marié qui déclare conjointement, avec la mère, la naissance de l'enfant. Les parents divorcés ou séparés continuent d'exercer en commun la responsabilité parentale. La législation anglaise ne s'intéresse pas expressément à la séparation des parents. Elle ne l'envisage que sous l'angle des ordonnances de résidence ou de contact. Ces décisions organisent les relations personnelles de l'enfant avec ses parents et les modalités de sa résidence. Le droit anglais favorise alors une appréciation au cas par cas de l'intérêt supérieur de l'enfant et indépendamment de tout autre principe concurrent, comme celui de l'égalité entre enfants. La démarche est avant tout pragmatique.

⁸⁰² F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, La documentation française, nov. 1999, p. 71.

⁸⁰³ Article 1 b) Children Act 1989: "the child's welfare shall be the court's paramount consideration". "Le bien-être de l'enfant doit être la considération primordiale de la Cour".

433.L'intérêt supérieur de l'enfant en toile de fond. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, qui institue le principe de coparentalité avec pour objectif de « procéder à un rééquilibrage des droits des parents à l'égard des pères », n'opérerait en réalité, d'après un auteur, qu'un « retour vers une conception traditionnelle de l'autorité parentale »⁸⁰⁴. Selon cette analyse, cette loi favoriserait un retour vers un droit patriarcal de l'autorité parentale motivé par des préoccupations égalitaires en faveur cette fois du père. Dans un tel raisonnement, il apparaît clairement que l'intérêt supérieur de l'enfant ne semble constituer que la toile de fond de ces réformes législatives. Cependant, il convient aussi de tenir compte, dans la recherche des fondements de ces évolutions législatives, du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents. L'article 18-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit une responsabilité commune des parents, ceux-ci devant être guidés par l'intérêt supérieur de l'enfant. Sous cet angle peut se mesurer l'impact réel de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre de la coparentalité.

434.L'intérêt supérieur de l'enfant à être élevé par ses deux parents. Il est de l'intérêt de l'enfant de continuer à être élevé par ses père et mère. Cette analyse rejoint les principes de la Convention internationale des droits de l'enfant⁸⁰⁵. En outre, comme il est apparu plus haut, l'exercice unilatéral de l'autorité parentale peut toujours être décidé si l'intérêt supérieur de l'enfant le commande. D'ailleurs, la mise en œuvre d'un exercice unilatéral, prévu à l'article 373-2-1 du Code civil, répond expressément au souci de veiller à l'intérêt de l'enfant : « Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents ». La première chambre civile de la cour de cassation a récemment rappelé cette règle dans un arrêt du 4 décembre 2013⁸⁰⁶. Elle casse la décision des juges du fond pour manque de base légale aux motifs que ces derniers n'ont pas recherché si l'intérêt de l'enfant fondait la décision d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale.

En la lettre, l'intérêt supérieur de l'enfant semble davantage visé pour fonder l'exercice unilatéral de l'autorité parentale que l'exercice conjoint qui, lui, est présumé dans l'intérêt de l'enfant.

⁸⁰⁴ J. Rochfeld, « Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale », *RTDciv.* 2002, p. 377.

⁸⁰⁵ C. Brunetti-Pons, « L'exercice de l'autorité parentale face au pluralisme familial », *Revue Dialogue* 2004, n° 165, p. 7 et s.

⁸⁰⁶ Cass. 1^{re} civ. 4 déc. 2013, pourvoi n° 13-10618, C. Neirinck, *Dr. fam.* 2014, comm. 34.

435. La question de l'implication des parents et la mise en œuvre de la coparentalité. Le principe de coparentalité vise à faire bénéficier tout parent de l'exercice de l'autorité parentale de manière systématique, que les parents soient mariés ou non, séparés ou divorcés. Le problème est que cela revient à octroyer l'exercice de l'autorité parentale sans s'intéresser à l'implication réelle du parent dans la vie de l'enfant⁸⁰⁷. A l'inverse, un parent qui a toujours vécu avec l'enfant se voit accorder un exercice conjoint qui lui permet difficilement une implication réelle s'il ne réside pas avec l'enfant. L'exercice de la responsabilité commune au sens de l'article 18 de la Convention de New York ne semble pas guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant en l'absence d'implication réelle du parent concerné. L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant trouve ici une limite d'ordre factuel. Il convient dès lors de proposer une recherche d'équilibre en la matière.

436. Implication et intérêt supérieur de l'enfant. Le principe de coparentalité devrait, pour satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant, reposer sur un « équilibre » entre le droit pour l'enfant à être élevé par ses deux parents associé à son droit à entretenir des relations personnelles avec chacun d'eux et le droit pour les parents d'exercer une responsabilité commune effective⁸⁰⁸.

La coparentalité ne résout donc pas en elle-même les questions de mise en œuvre de l'exercice conjoint. Il s'agit davantage d'une déclaration de principe. Toutefois, ce principe a des conséquences : sont octroyés des droits et des devoirs parentaux. C'est précisément dans l'exercice de ces droits et devoirs que s'exprime en réalité l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant en la matière.

437. Droits et devoirs des parents à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant. La satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant se retrouve concrètement dans l'exercice effectif de tels droits ou devoirs, comme celui de la protection de la santé de l'enfant : les parents ont le droit de choisir un traitement médical pour l'enfant, mais aussi le devoir de veiller à ce que certains soins soient effectués (par exemple, les vaccins)⁸⁰⁹. Cornu précise que ces droits confèrent aux parents des prérogatives qu'ils peuvent imposer aux tiers (tel le droit de garde et

⁸⁰⁷ *Ibidem*, L. Gareil, L'exercice de l'autorité parentale, *op.cit.*, p. 342 et s.

⁸⁰⁸ CA Lyon, 28 nov. 2011, n° de RG 11/00161 : Refuser toute implication du père revient à nier l'intérêt de l'enfant. CA Lyon, 28 nov. 2011, n° de RG 10/07614 : Les juges, en l'espèce, ont quelques réserves sur l'implication du père pour ses enfants. Ils constatent, alors, que l'intérêt de l'enfant commande l'exercice exclusif de l'autorité parentale par la mère.

⁸⁰⁹ Ph. Malaurie, H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2011, n° 1564 et s., p. 616 et s.

le droit de surveillance) et aux enfants (comme le droit d'éducation)⁸¹⁰. L'autorité parentale fait peser sur les parents des « obligations impératives »⁸¹¹.

438.Exercice des droits et devoirs dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 371-1 du Code civil français dresse une liste des droits et devoirs parentaux : protéger la sécurité, la santé, la moralité de l'enfant, assurer son éducation et son développement. Cette liste n'est pas exhaustive. Elle coïncide pour beaucoup avec les éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant relevés dans la première partie de cette étude. L'intérêt supérieur de l'enfant puise ainsi ses racines dans l'expression concrète de ces droits et devoirs, à l'égard des père et mère. Le principe de coparentalité incite à une implication des deux parents dans l'exercice de l'autorité parentale après divorce ou séparation, ce qui est déjà une bonne chose en soi. Toutefois, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents dans ce contexte conduit en outre à promouvoir une implication réelle de chacun dans l'exercice de l'autorité parentale.

439.Conclusion. L'intérêt supérieur de l'enfant est associé au principe d'égalité entre père et mère, notamment pour fonder l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Cette association ne profite pas toujours à l'intérêt supérieur de l'enfant. Certes, il est de l'intérêt supérieur de l'enfant d'être élevé par ses deux parents et le droit français organise cette possibilité, tout en prévoyant d'ailleurs la mise en œuvre exceptionnelle de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale⁸¹². Cependant, ce qui l'est moins, c'est une coparentalité de plein droit qui fait primer « l'égalité absolue »⁸¹³ entre père et mère sur l'intérêt supérieur de l'enfant. L'implication réelle des parents doit être prise en compte et encouragée. Des abstractions ne suffisent pas à satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela explique d'ailleurs les disparités relevées dans les législations européennes sur ce point. Le droit allemand distinguait encore récemment entre les modalités de l'exercice de l'autorité parentale pour le père divorcé et celles pour le père non marié et séparé de la mère.

⁸¹⁰ G. Cornu, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2006, n° 78-79, p. 168 et s.

⁸¹¹ *Ibidem*.

⁸¹² Article 373-2-1 du Code civil français prévoit que : « Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents (...) ».

⁸¹³ J. Hauser, « Le couple sexué et le droit de la famille », Approche de droit comparé franco-luxembourgeois », in *La complémentarité des père et mère*, Colloque 7 avril 2012, Université Reims Champagne Ardenne publication à venir.

B- L'influence de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les dispositions législatives relatives à l'attribution de l'exercice conjoint de l'autorité parentale

440.L'exemple du droit allemand. La législation allemande subordonnait l'exercice conjoint de l'autorité parentale par le père séparé au consentement de la mère (1). Cependant, depuis un arrêt du 21 juillet 2010 rendu par la Cour constitutionnelle allemande⁸¹⁴, le législateur est appelé à réformer cette modalité de l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant (2).

1- L'exercice conjoint de l'autorité parentale subordonné au consentement de la mère en l'absence de mariage avec le père de l'enfant

441.Lien entre filiation et autorité parentale. L'exercice de l'autorité parentale est lié à l'établissement de la filiation. Il existe deux types de filiation, même si aujourd'hui la distinction a été abandonnée dans la majorité des Etats européens : la filiation en mariage et la filiation hors mariage⁸¹⁵.

Dans le cadre de la filiation hors mariage, dite « naturelle », des difficultés peuvent se présenter pour établir le lien entre la filiation paternelle et l'exercice conjoint de l'autorité parentale par le père. Certaines législations européennes subordonnent l'exercice de l'autorité parentale par le père non marié et séparé au consentement de la mère de l'enfant. L'exemple du droit allemand est sur ce point intéressant.

442.Originalité des règles relatives à l'exercice conjoint de l'autorité parentale en droit allemand. Il existe en droit allemand une solution législative qui se démarque de la plupart des autres législations européennes. L'article 1626 a du BGB prévoit que : « Si les parents ne sont pas mariés ensemble au moment de la naissance de l'enfant, l'autorité parentale leur est dévolue en commun lorsque 1) ils déclarent qu'ils veulent assumer en commun l'autorité parentale (déclaration relative à l'autorité parentale) ou 2) s'ils se marient ensemble. Dans les autres cas, c'est à la mère qu'est dévolue l'autorité parentale »⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Cour constitutionnelle allemande, 21 juil. 2010, n° 1-BvR-420/09 ; *AJ. fam.* 2010, p 434, note M. Felgenträger ; J. Jehl, « Droits des pères », *JCP éd. G*, n° 37, 13 sept. 2010, I, 908.

⁸¹⁵ F. Granet-Lambrechts, « Panorama européen de droit de la filiation », *Dr. fam.* 2007, étude 30.

⁸¹⁶ Article 1626 a du BGB : «Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen), oder einander heiraten. Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge».

La déclaration relative à l'autorité parentale (article 1626 a 1) du BGB) est accomplie devant un notaire ou devant l'Office de la jeunesse⁸¹⁷. En ce qui concerne le père non marié au moment de la naissance de l'enfant, la loi prévoit donc cette alternative : soit le père se marie plus tard avec la mère de l'enfant ou fait avec celle-ci une déclaration d'exercice conjoint de l'autorité parentale ; soit il ne remplit aucune des conditions de l'article 1626 a du BGB et l'autorité parentale ne peut être exercée que par la mère. Le « droit subsidiaire »⁸¹⁸ du père ne s'applique en outre que sous réserve du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Un tempérament aux principes ainsi posés est prévu en cas de décès de la mère. L'article 1680 du BGB prévoit qu'en ce cas les juges doivent transférer l'autorité parentale au père⁸¹⁹.

443. Distinction entre le père séparé et le père divorcé. La législation allemande distingue en la matière selon que le père est séparé ou divorcé de la mère. Cette distinction conduit à ne pas associer d'emblée l'intérêt supérieur de l'enfant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, contrairement à ce qui a été relevé dans les législations européennes précédemment analysées. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant justifierait un exercice conjoint reconnu de plein droit au profit du père divorcé et du père séparé ayant fait avec la mère une déclaration d'exercice conjoint de l'autorité parentale ou qui s'est marié ultérieurement avec celle-ci. En revanche, l'intérêt de l'enfant correspondrait à un exercice conjoint subordonné à certaines conditions dans le cas du père séparé ne satisfaisant pas aux conditions de l'article 1626 a du BGB. Cela renvoie au souci de tenir compte de différentes situations. Le second cas justifiant, selon le législateur allemand, que des conditions supplémentaires soient posées pour un exercice conjoint de l'autorité parentale. Pour cette raison, la règle de principe est en droit allemand différente de celle du droit français.

⁸¹⁷ F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand. Le nouveau droit de l'enfant en République fédérale d'Allemagne », *loc. cit.*, p. 804.

⁸¹⁸ *Ibidem*.

⁸¹⁹ Article 1680 du BGB : « Ist ein Elternteil, dem die elterliche Sorge gemäß § 1671 oder § 1672 Abs. 1 allein zustand, gestorben, so hat das Familiengericht die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Stand die elterliche Sorge der Mutter gemäß § 1626a Abs. 2 allein zu, so hat das Familiengericht die elterliche Sorge dem Vater zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes dient ». = « Si celui des parents qui avait seul l'autorité parentale en vertu du §1671 ou du §1672, al. 1, est décédé, le tribunal de la famille doit transférer l'autorité parentale au parent survivant, si cela ne va pas à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Si c'est à la mère seule qu'avait été dévolu l'autorité parentale en vertu de l'article 1626a, al.2, le tribunal de la famille doit transférer l'autorité parentale au père, si cela sert l'intérêt de l'enfant ».

444.Règle de principe en droit allemand pour le cas de séparation des parents. En droit allemand, la règle de principe est plus nuancée qu'en droit français. L'article 1671 du BGB prévoit que : « Si les parents qui exercent en commun l'autorité parentale vivent séparément d'une manière qui n'est pas temporaire, chacun peut demander au tribunal de la famille de lui transférer l'autorité parentale ou une partie de celle-ci seulement »⁸²⁰. Ce texte reconnaît implicitement le principe de coparentalité⁸²¹.

Ainsi, le droit allemand ne prévoit pas expressément le principe d'un exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents séparés, alors que l'article 373-2 du Code civil français dispose que « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale ». Pourtant, à la lecture des articles 1626 a et 1671 du BGB, il apparaît que les parents, mêmes séparés, peuvent exercer conjointement l'autorité parentale. Des aménagements de la règle générale le permettent.

445.Aménagements de la règle générale. Concernant le père séparé non marié avec la mère de l'enfant ou qui n'a pas fait de déclaration conjointe, la législation allemande n'organise pas un exercice conjoint de l'autorité parentale de plein droit. Toutefois, l'exercice conjoint demeure possible. Le père doit introduire à cette fin auprès de la juridiction compétente une demande ayant pour objet l'exercice conjoint de l'autorité parentale. L'article 1672 du BGB prévoit que : « Si les époux vivent séparés d'une manière qui n'est pas temporaire et si l'autorité parentale est dévolue à la mère conformément à l'article 1626 a alinéa 2, le père peut, avec l'assentiment de la mère demander que le tribunal de la famille lui transfère l'autorité parentale dans son ensemble ou pour partie seulement. Il y a lieu de donner satisfaction à la demande si le transfert sert l'intérêt de l'enfant »⁸²². Selon l'article 1672 du BGB, donc, le père séparé qui n'a pas accompli les formalités de l'article 1626 a du BGB ne peut se prévaloir d'un exercice conjoint de l'autorité parentale qu'avec le consentement de la mère de l'enfant. En outre ce que le droit allemand qualifie de « transfert » de l'autorité parentale, total ou partiel selon les cas, est subordonné à la satisfaction de « l'intérêt

⁸²⁰ Article 1671 BGB : «Leben Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt».

⁸²¹ F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand. Le nouveau droit de l'enfant en République fédérale d'Allemagne », *loc. cit.*, p. 804.

⁸²² Article 1672 du BGB : «Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht die elterliche Sorge nach § 1626a Abs. 2 der Mutter zu, so kann der Vater mit Zustimmung der Mutter beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, wenn die Übertragung dem Wohl des Kindes dient ».

l'enfant ». Le droit français connaît lui aussi des distinctions, mais au regard de l'établissement de la filiation.

446. Distinctions liées aux circonstances de l'établissement de la filiation. En droit français, les nuances sont apportées en amont de la séparation. Les dispositions applicables sont alors assez proches de celles que consacre le droit allemand en son article 1626 a précité du BGB. Les circonstances de l'établissement de la filiation sont prises en compte.

L'article 372 du Code civil français prévoit que : « Lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux (les parents) plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale ». Le parent qui n'a pas reconnu l'enfant dans l'année de sa naissance ne peut prétendre à l'exercice de l'autorité parentale. Néanmoins, l'article 372 du Code civil envisage alors la possibilité d'un exercice conjoint de l'autorité parentale lorsque les père et mère en adressent la déclaration au greffier en chef ou sur décision du juge aux affaires familiales.

447. Lien entre établissement de la filiation et exercice de l'autorité parentale. L'étude comparée de ces articles permet également de relever le lien, établi par le droit français (article 372 précité du Code civil) comme par le droit allemand (article 1626 a précité du BGB), entre l'établissement de la filiation et l'exercice de l'autorité parentale.

Dans le cas d'une filiation en mariage, la question des circonstances de l'établissement de la filiation se pose avec moins d'acuité pour le père marié en raison du jeu de la présomption de paternité⁸²³. La présomption de paternité repose sur le postulat que le père est le mari de la mère. En revanche, s'agissant de la filiation hors mariage, l'exercice de l'autorité parentale ne peut être accordé que sous réserve d'une déclaration commune des parents et donc du consentement de la mère.

Différents arguments ont été avancés pour justifier ces distinctions. Les solutions allemandes ont d'abord été justifiées par la prise en compte d'un climat conflictuel contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁸²³ I. Fournier- Grumbach, *Présomptions et vérité en droit de la filiation*, thèse, dyctal., Montpellier, 2002.

448. Prise en compte du climat conflictuel. La subordination de l'exercice conjoint de l'autorité parentale au consentement de la mère serait justifiée par l'existence même de la séparation des parents. En effet, la séparation des parents se déroule le plus souvent dans un climat conflictuel. Le refus de la mère à accorder l'exercice conjoint de l'autorité parentale traduirait l'existence de ce conflit parental⁸²⁴. Il relèverait dès lors de l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas subir ce conflit en refusant d'organiser un exercice conjoint de l'autorité parentale⁸²⁵. Dans le cadre de la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme le 3 décembre 2009⁸²⁶, la position dissidente du juge Schmitt relève ainsi qu'« une décision ordonnant le partage de l'autorité parentale aurait pu, en l'espèce, donner lieu à des conflits entre les parents et se révéler en conséquence contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant qui n'aurait pas dû être écarté ».

Le droit allemand apporte ainsi des nuances aux solutions applicables selon que le père est divorcé ou séparé d'avec la mère. Le *veto* de la mère, dans ce dernier cas, est parfois justifié par l'absence de mariage.

449. Absence de mariage et veto de la mère. Selon un auteur⁸²⁷, la subordination de l'exercice de l'autorité parentale par le père non marié au consentement de la mère peut sembler conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Il relève que : « Le mariage implique un engagement des parents pour eux et leurs enfants »⁸²⁸. Cette conception de l'exercice de l'autorité parentale repose sur l'implication du parent⁸²⁹.

A contrario, l'absence de mariage dénoncerait l'absence de volonté d'implication des parents, particulièrement du père. D'ailleurs, ce même auteur n'est pas favorable au maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en cas de séparation des parents. Il préconise un exercice exclusif de l'autorité parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est cette approche que privilégie le droit allemand. L'absence d'implication du père se révèle déterminante dans le raisonnement suivi.

⁸²⁴ *Ibidem*, Juge Schmitt in position dissidente, CEDH, 3 déc. 2009, *Zaunegger c. Allemagne*, req. n° 22028/04.

⁸²⁵ *Supra* n° 218 et s.

⁸²⁶ CEDH, 3 déc. 2009, *Zaunegger c. Allemagne*, req. n° 22028/04 ; F. Boulanger, *JCP* éd. *G*, n° 14, 5 avril 2010, I, 399 ; M. Bruggeman, *Dr. fam.* 2010, alerte 3.

⁸²⁷ F. Boulanger, « La condamnation par la CEDH du refus de la mère d'un enfant naturel allemand d'accepter une déclaration d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *JCP* éd. *G*, n° 14, 5 avril 2010, I, 399.

⁸²⁸ *Ibidem*.

⁸²⁹ *Ibidem*.

450. Absence d'implication du père et veto de la mère. La solution d'un exercice conjoint de l'autorité parentale subordonné au consentement de la mère est fondée *in fine* sur le défaut d'implication du père. La législation allemande se fonde sur la présomption qu'un père qui ne se manifeste pas au jour de la naissance de l'enfant ou qui ne sollicite pas un exercice de l'autorité parentale en commun avec la mère de l'enfant n'est pas demandeur d'un exercice conjoint de l'autorité parentale, de sorte qu'il ne peut davantage s'en prévaloir après la séparation d'avec celle-ci. Cette solution constituerait la prolongation d'un état de fait, créé par le père lui-même. Le père qui n'a pas manifesté son intérêt pour l'enfant au moment de sa naissance, ne serait pas plus légitime à revendiquer cet intérêt au moment de sa séparation d'avec la mère. Cette position du droit allemand est différente de celle du droit français, mais n'est pas isolée en Europe.

451. Autres législations européennes. Dans la décision précitée *Zaunegger* contre Allemagne du 3 décembre 2009, la Cour de Strasbourg constate que d'autres législations européennes soumettent l'exercice conjoint de l'autorité parentale par le père séparé au consentement de la mère⁸³⁰. Elle le relève en ces termes: « Certains d'entre eux (autres Etats européens), au nombre desquels figurent l'Autriche, la Norvège et la Serbie, prévoient que l'exercice conjoint de l'autorité parentale par des parents non mariés requiert le consentement des deux parents, offrant ainsi un droit de *veto* à celui qui s'y oppose ». L'originalité du droit allemand tient en l'occurrence à ce que seule la mère de l'enfant a ce droit de *veto*. D'autres législations européennes peuvent toutefois en être rapprochées à l'instar de l'article 4 de la loi danoise⁸³¹ en vertu de laquelle: « Si les parents sont mariés l'un à l'autre au moment de la naissance de l'enfant, ou s'ils contractent mariage plus tard, ils disposeront de l'autorité parentale commune. Cependant, si les parents sont juridiquement séparés au moment de la naissance de l'enfant, la mère aura l'autorité parentale unique de l'enfant, sauf si les parents ont fait une déclaration commune de garde conjointe ». Le droit grec⁸³² s'en rapproche avec mention explicite du *veto* de la mère, en ces termes: « Sur demande du père (non marié), le tribunal peut, dans tout autre cas et notamment si la mère y consent, confier l'exercice des soins parentaux ou d'une partie de ceux-ci également au père, lorsque cela est commandé par l'intérêt de l'enfant ».

⁸³⁰ CEDH, 3 déc. 2009, *Zaunegger c. Allemagne*, req. n° 22028/04; F. Boulanger, *JCP* éd. G, n°14, 5 avril 2010, I. 399 ; M. Bruggeman, *Dr. fam.* 2010, alerte 3.

⁸³¹ Loi relative à la responsabilité parentale, 2004.

⁸³² Article 1515 du Code civil grec.

La position du droit allemand a finalement été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant.

2- L'exercice conjoint de l'autorité parentale sous veto de la mère et l'intérêt supérieur de l'enfant

452. Condamnation de la solution allemande par la Cour européenne. Dans l'arrêt précité du 3 décembre 2009, la Cour européenne a condamné la position allemande. Selon elle, l'article 1672 du BGB témoigne d'une continuité dans la reconnaissance d'un exercice conjoint de l'autorité parentale au profit du père séparé, mais il souligne également la différence dans l'accès à cet exercice entre un père séparé et un père divorcé. L'inégalité est en l'occurrence constituée par la subordination au consentement de la mère de la demande du père séparé à exercer conjointement l'autorité parentale (au regard des articles 8§1 et 14 de la Convention EDH). La Cour relève en outre que ce texte s'articule mal avec l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel commande que celui-ci soit élevé par ses deux parents exerçant conjointement leur responsabilité parentale, conformément aux articles 7-1⁸³³ et 18-1⁸³⁴ de la Convention de New York. Cette décision renvoie ainsi à plusieurs fondements juridiques.

453. Condamnation pour violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg considère, dans l'arrêt précité du 3 décembre 2009, que la procédure prévue à l'article 1672 du BGB constitue une violation des articles 8§1⁸³⁵ et 14⁸³⁶ de la Convention européenne des droits de l'homme.

En l'espèce, les parents n'étaient pas mariés et s'étaient séparés sans faire de déclaration d'exercice conjoint de l'autorité parentale, de sorte que la mère en avait l'exercice exclusif. Malgré un semblant d'entente entre eux, la mère refusait de donner son accord à un exercice

⁸³³ Article 7-1 CIDE : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux ».

⁸³⁴ Article 18-1 CIDE : « Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ».

⁸³⁵ Article 8§1 CEDH : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

⁸³⁶ Article 14 CEDH : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

conjoint de l'autorité parentale. Le père saisît alors les juridictions allemandes aux fins d'obtenir l'exercice commun de l'autorité parentale. Le Tribunal d'instance de Cologne, puis la Cour d'appel de Cologne le déboutèrent de sa demande au motif que l'article 1626 a du BGB était conforme à la Loi fondamentale allemande. Ces juridictions relevaient que les parents disposaient d'un délai d'un mois-et-demi pour faire la déclaration d'exercice conjoint de l'autorité parentale. Dans ce contexte, le requérant saisît la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de son droit à la vie familiale et pour discrimination sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour constate sur ce point qu'une distinction entre deux situations, en l'occurrence entre le père séparé et le père divorcé, ne constitue pas obligatoirement une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne. Selon la juridiction européenne, cette distinction peut être considérée comme légitime dès lors que les moyens utilisés pour y parvenir sont proportionnels, ce qui faisait défaut en l'espèce. Dans un premier temps toutefois, la Cour de Strasbourg se réfère à l'intérêt supérieur de l'enfant.

454.Le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans sa décision, la Cour européenne commence par dénoncer l'absence de dispositions en droit allemand permettant « à la justice de rechercher si le partage de l'autorité parentale entre les deux parents servirait l'intérêt supérieur de l'enfant »⁸³⁷. Elle décide que le refus d'un exercice conjoint de l'autorité parentale, subordonné au consentement de la mère, doit être caractérisé par l'existence d'éléments contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui n'était pas constaté⁸³⁸. Ce faisant, elle bouleverse l'ordre chronologique des critères imposés par l'article 1672 précité du BGB en attribuant à l'intérêt supérieur de l'enfant la primauté, conformément aux dispositions de l'article 3-1 de la Convention de New York. La Cour européenne rappelle au législateur l'obligation qui lui est faite d'ériger l'intérêt supérieur de l'enfant en considération primordiale.

455.L'intérêt supérieur de l'enfant, considération primordiale. Dans l'arrêt précité *Zaunegger contre Allemagne*, la Cour de Strasbourg constate que les mères disposent, par les dispositions légales analysées ci-dessus, d'un véritable « droit de *veto* ». L'utilisation d'une telle expression souligne qu'est en cause la soumission de l'exercice conjoint au consentement de la mère, dans le cas de séparation des parents. En l'absence de consensus

⁸³⁷ CEDH, *Zaunegger c. Allemagne*, préc. spéc. §44.

⁸³⁸ M. Bruggeman, *loc. cit.*, alerte 3.

entre les législations européennes relativement aux conditions d'attribution de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en ce cas, la Cour européenne se fonde en l'espèce sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. La législation allemande est critiquée sur ce fondement. Cela traduit bien l'impact que doit désormais avoir l'intérêt supérieur de l'enfant sur les législations européennes. L'intérêt supérieur de l'enfant contribue en cela à l'unification des législations européennes dans le domaine de la définition des conditions d'attribution de l'exercice de l'autorité parentale, en l'occurrence après séparation des parents. Dans l'arrêt Zaunegger contre Allemagne la Cour décide *in fine* que la loi allemande n'est pas conforme à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et condamne « la présomption selon laquelle le partage de l'autorité parentale contre la volonté de la mère est *a priori* contraire aux intérêts de l'enfant »⁸³⁹. Sous l'influence de la jurisprudence européenne, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a opéré un revirement de jurisprudence.

456. Le revirement de jurisprudence allemand. De son côté, la Cour constitutionnelle fédérale allemande décide le 21 juillet 2010 qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant que le père non marié, mais séparé de la mère, exerce l'autorité parentale⁸⁴⁰. L'intérêt supérieur de l'enfant fonde clairement cette solution. Il est notamment relevé par la Cour que l'enfant doit être élevé par ses deux parents et ne pas être séparé d'eux, conformément aux dispositions des articles 7-1⁸⁴¹ et 9-1⁸⁴² de la Convention internationale des droits de l'enfant. La Cour constitutionnelle fédérale allemande en conclut que l'article 1672 du BGB n'est pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans cet arrêt du 21 juillet 2010, la Cour constitutionnelle allemande procède à un revirement de jurisprudence et place le législateur allemand face à ses responsabilités quant à la définition des conditions d'attribution de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en cas de séparation des parents. Elle décide que : « Le législateur intervient de manière disproportionnée dans le droit parental du père d'un enfant né hors mariage en ce qu'il exclut d'emblée le père de la garde quand la mère de l'enfant refuse de donner son consentement en vue d'une garde commune ou en vue du transfert de la garde exclusive sur le père sans que ce dernier ait la possibilité de faire vérifier en justice s'il peut, dans l'intérêt de l'enfant, participer à la garde ou s'il peut lui être confié la garde exclusive de l'enfant. L'hypothèse, dont a tenu

⁸³⁹ CEDH, *Zaunegger c. Allemagne*, préc., spéc. § 59.

⁸⁴⁰ Cour constitutionnelle allemande, 21 juil. 2010, n°1-BvR-420/09 ; *AJ. fam.* 2010, p 434, note M. Felgenträger ; J. Jehl, « Droits des pères », *JCP éd. G*, n°37, 13 sept. 2010, I, 908.

⁸⁴¹ *Supra* n° 452.

⁸⁴² Article 9-1 CIDE : « Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré (...) ».

compte le législateur allemand dans le droit en vigueur, selon laquelle le refus des mères de donner leur consentement serait fondé sur un conflit parental engendrant des effets négatifs sur l'enfant et serait motivé par des raisons ne poursuivant pas les intérêts propres de la mère, mais servirait à garantir l'intérêt de l'enfant, ne s'est pas confirmée »⁸⁴³.

Outre une référence à l'intérêt et au bien-être de l'enfant, cette décision souligne que les dispositions actuelles du droit allemand ne permettent pas de se référer à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque la mère ne consent pas à l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

457.Des dispositions légales qui ne permettent pas de se référer à l'intérêt supérieur de l'enfant. La décision de la Cour constitutionnelle allemande relève l'existence de difficultés d'application des dispositions légales quant à la condition du consentement de la mère à l'exercice conjoint de l'autorité parentale en cas de séparation. La haute juridiction emploie deux arguments majeurs au soutien de son argumentation : consentement de la mère difficile à obtenir et impossibilité de se référer à l'intérêt supérieur de l'enfant en l'absence de consentement de celle-ci.

En premier lieu, le consentement de la mère est parfois difficile à obtenir compte tenu de la mésentente entre les parents à l'origine le plus souvent de leur séparation.

En second lieu, la condition du consentement de la mère dissimule une condition plus importante, celle de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans le dispositif légal actuel, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est apprécié par les juges qu'après que le père ait obtenu le consentement de la mère pour exercer conjointement l'autorité parentale. L'article 1672 précité souligne bien la finalité de la demande de transfert de l'autorité parentale -l'intérêt supérieur de l'enfant- mais, ce faisant, il consacre aussi une chronologie des critères à prendre en compte pour décider d'un exercice conjoint de l'autorité parentale: consentement de la mère et intérêt supérieur de l'enfant. Au regard de la lettre du texte, il apparaît dès lors que, lorsque la mère ne donne pas son consentement, les juges ne peuvent apprécier les faits au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, l'intérêt supérieur de l'enfant ne doit-il pas constituer une considération primordiale dans la décision judiciaire ?

⁸⁴³ *Ibidem.*

458.Nécessité de pouvoir se référer à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre de la législation. La Cour constitutionnelle allemande relève en l'occurrence un argument fondamental qui rend compte de l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant - autonome donc renvoyant à l'article 3-1 de la Convention de New York- sur les législations européennes. Il est désormais nécessaire de pouvoir se référer à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre de la législation. Une disposition qui ne le permet pas est contraire à l'article 3-1 de la Convention de New York.

La décision rendue par la Cour constitutionnelle allemande intervient moins d'un an après la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme condamnant l'Allemagne relativement au droit d'accès à l'exercice conjoint de l'autorité parentale en cas de séparation des parents⁸⁴⁴.

459.Epilogue. Le droit allemand, antérieur au revirement, présentait le mérite de tenir compte de la situation particulière dans laquelle le père, en l'absence de mariage, n'a pas demandé l'exercice commun de l'autorité parentale pendant sa vie commune avec la mère. Elle mettait en évidence une continuité juridique face à un comportement passif du père quant à l'exercice de son autorité parentale. Toutefois, ces considérations n'ont plus désormais de poids face à l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant. Celui-ci doit pouvoir être pris en compte dans la mise en œuvre des dispositions légales. Autrement dit, des distinctions demeurent possibles mais à condition qu'il puisse être tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mise en œuvre de la législation.

Le législateur allemand est désormais invité à intervenir et à modifier les textes existants. La Cour constitutionnelle allemande précise dans son arrêt du 21 juillet 2010 les modalités juridiques à appliquer jusqu'à l'intervention du législateur pour réformer l'article 1672 du BGB. Elle invite les juridictions à décider un exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents lorsque cela est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁴⁵. Les juges devront recourir au dispositif prévu pour les parents divorcés, en rappelant le principe d'un

⁸⁴⁴ CEDH, *Zaunegger c. Allemagne*, préc., F. Boulanger, « La condamnation par la CEDH du refus de la mère d'un enfant naturel allemand d'accepter une déclaration d'exercice conjoint de l'autorité parentale », *loc. cit.*, n° 14, I, 399. Veille M. Bruggeman, *loc. cit.*, alerte 3.

⁸⁴⁵ Cour constitutionnelle allemande, 21 juil. 2010, n° 1-BvR-420/09 ; *AJ. fam.* 2010, p 434, note M. Felgenträger ; J. Jehl, « Droits des pères », *JCP éd. G.* n°37, 13 sept. 2010, I, 908.

exercice conjoint de l'autorité parentale sous réserve du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁴⁶.

460. Vers une harmonisation des législations européennes. L'étude de l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les évolutions législatives révèle ainsi une autre de ses fonctions, celle d'harmoniser les législations européennes. Cela se vérifie notamment en matière de châtiments corporels.

§2. Des législations concordantes en matière de châtiments corporels

461. Prohibition internationale des violences faites à l'enfant. L'article 19 de la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit que : « les Etats parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié »⁸⁴⁷.

La Convention de New York vise en l'occurrence les violences faites à l'enfant sous toutes leurs formes. La protection de l'enfant contre les violences fait l'objet d'un consensus à l'échelle internationale. Les législations européennes y sont particulièrement réceptives. Les violences recouvrent l'abus d'une force exercée sur autrui⁸⁴⁸, tandis que les châtiments corporels, dans le cadre de l'autorité parentale, visent les actes punitifs administrés par les parents pour obtenir obéissance de leurs enfants. La question des châtiments corporels ne rejoint la prohibition des violences qu'à partir d'un certain degré de violence. Le droit européen prohibe toutefois les châtiments corporels de façon assez générale.

⁸⁴⁶ La Cour européenne avait déjà organisé une réglementation provisoire permettant aux pères de soumettre aux tribunaux « une demande tendant à obtenir contre le gré de la mère l'autorité parentale conjointe ou le transfert de cette autorité sur eux ». Elle rappelait également que les juges devaient apprécier ces demandes au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant ; CEDH, Zaunegger c. Allemagne, *préc.* ; J. Jhel, *loc. cit.*, n° 37, I. 908

⁸⁴⁷ A. Gouttenoire, C. Gris, M. Martinez, B. Maumont, P. Murat, « Commentaire de l'article 19 de la CIDE, *Dr. fam.*, n°11, nov. 2009, dossier 32, A. Gouttenoire, « La protection de l'enfant contre les maltraitances », *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2003, p. 1355

⁸⁴⁸ Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Violence.

462. Prohibition européenne des châtimets corporels. Le droit européen se soucie particulièrement de l'interdiction des châtimets corporels, dans l'intérêt supérieur de l'enfant. A cet égard, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation intitulée « Interdire le châtiment corporel des enfants en Europe »⁸⁴⁹, soulignant que cette pratique viole les droits de l'enfant et que l'interdiction devrait être prévue non seulement en droit pénal, mais aussi en droit civil. Ainsi, les actes punitifs corporels infligés aux enfants sont devenus un sujet de préoccupation dans les politiques familiales. Se pose alors la question de savoir si les violences « légères », à l'instar de la fessée, doivent être prohibées sur le modèle des châtimets corporels. Cette question trouve un intérêt particulier dans le droit de l'autorité parentale. Si certains Etats européens interdisent désormais tout type de châtiment corporel sans considération de leur degré, d'autres ne se prononcent pas encore sur la question⁸⁵⁰. D'un point de vue juridique se pose la question de la définition des châtimets corporels (A) et de leur sanction (B).

A- Définition des châtimets corporels

463. Le droit de correction : droit ou non-droit ? L'exercice de l'autorité parentale suppose que les parents éduquent leur enfant et le surveillent. Dans l'exercice de cette fonction, ils peuvent être amenés à recourir au droit de correction en vue de sanctionner l'enfant pour son comportement. Ce droit de correction était toléré à l'époque où la puissance paternelle fondait le droit de la famille⁸⁵¹. Il était justifié par le droit coutumier⁸⁵².

Carbonnier définissait le droit de correction comme « le droit d'infliger à l'enfant, en cas d'infraction à la discipline familiale, les sanctions qu'approuve la coutume »⁸⁵³. Ainsi, le droit de correction correspondait à une sanction applicable à l'enfant dans le cadre de l'autorité parentale. Néanmoins, selon un auteur⁸⁵⁴, le droit de correction traduisait surtout l'absence d'intervention du législateur à proclamer l'enfant comme sujet de droits, le droit de

⁸⁴⁹ Recommandation n°1666 (2004), Doc. n° 10199, 4 juin 2004, Rapport H. Bargholtz.

⁸⁵⁰ M. Herzog- Evans, « Châtimets corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ. fam.* 2005, p. 212. L'auteur cite différents Etats européens qui prohibent les châtimets corporels dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale : l'Allemagne, l'Italie, la Suède, la Roumanie...

⁸⁵¹ C. Perelmutter, « Eduquer sans frapper », *Gaz. Pal.* 13 mai 2010, n° 133, p. 10.

⁸⁵² R. Legeais, *L'autorité parentale*, Defrénois, 1973, p. 489, J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant et le couple*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 546.

⁸⁵³ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant et le couple*, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 113.

⁸⁵⁴ C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, L.G.D.J., 1984, p. 123.

correction devant être considéré comme un « non-droit ». La Convention internationale des droits de l'homme prohibe, de son côté, les violences.

464.Droit de correction et non-violence. Précisément, la Convention de New York consacre les droits de l'enfant dans son intérêt supérieur, notamment celui de ne pas subir de violences. Pourtant, le droit de correction peut sembler inhérent au droit et au devoir de surveillance des parents. C'est ainsi, par exemple, que la législation grecque tolère expressément le droit de correction à l'article 1518 du Code civil qui prévoit que : « Pendant son éducation, les parents l'encouragent, sans discrimination de sexe, à développer sa personnalité avec responsabilité et un sens civique. Des moyens de correction sont admis seulement s'ils sont nécessaires du point de vue pédagogique et ne touchent pas à la dignité de l'enfant ». Cette formulation appelle l'approbation en ce qu'elle fonde une distinction pertinente entre violence et châtiments corporels, ne heurtant pas les droits de l'enfant, *a fortiori* ne heurtant pas sa dignité. Le droit de correction apparaît, ici, comme un moyen d'exercice de l'autorité parentale, même s'il doit être mesuré. Les distinctions habituellement établies en la matière ont été toutefois remises en cause par la question de la fessée.

465.La question de la fessée en droit français. Le droit français ne connaît pas de dispositions législatives relatives aux châtiments corporels en droit civil, particulièrement en matière d'exercice de l'autorité parentale. La « coutume » française semble admettre la pratique de la « fessée »⁸⁵⁵. En revanche, le droit pénal français prohibe les châtiments corporels et prévoit des sanctions⁸⁵⁶.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation s'efforce d'encadrer ce droit de correction afin d'éviter toute dérive⁸⁵⁷, tout en reconnaissant l'existence dans les limites du raisonnable⁸⁵⁸. Récemment, le tribunal correctionnel de Limoge a condamné la pratique de la fessée⁸⁵⁹. En l'espèce, un père avait fessé son enfant de 9 ans. Les magistrats du tribunal ont

⁸⁵⁵ N. Baillon- Wirtz, Y. Honhon, M.-C. Le Boursicot, A. Meir- Bourdeau, I. Omarjee, C. Pons- Brunetti, *L'enfant, sujet de droit*, Lamy Axe droit, 2010, spéc. p. 195.

⁸⁵⁶ M. Herzog- Evans, « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *loc. cit.*, p. 212. Article 222-13 du Code pénal : « Les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises : 1° Sur un mineur de quinze ans ». Les actes de violences sur mineur sont sanctionnés, la difficulté réside dans la preuve de l'ITT que cet acte a entraîné pour le mineur.

⁸⁵⁷ M. Herzog-Evans, « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ. fam.* 2002, p. 212 ; H. Bargholtz, « La large prohibition européenne des châtiments corporels infligés aux enfants », *AJ. fam.*, 2005, p. 221.

⁸⁵⁸ Cass. Crim. 17 déc. 1819, S. 1819-1821, *chron.* p. 152.

⁸⁵⁹ *L'express*, 14 oct. 2013; *D.* 2013. 2393.

qualifié la fessée d'acte de violence⁸⁶⁰. Désormais, en droit pénal, la fessée constitue un acte de violence et non plus un simple droit de correction.

Le Comité européen des droits sociaux avait relevé auparavant l'absence de conformité de la législation française avec l'article 17 de la Charte sociale révisée prévoyant que : « les enfants et les adolescents ont droit à une protection sociale, juridique, économique appropriée »⁸⁶¹. Il interprète cet article comme prohibant tout châtiment corporel y compris la fessée. Une proposition parlementaire visant à faire interdire cette pratique⁸⁶² et inspirée par quelques voisins européens⁸⁶³ a été déposée, mais le débat relatif à l'opportunité d'une telle réforme demeure⁸⁶⁴. A la réflexion tout dépend de la définition des châtiments corporels.

466. Définition stricte des châtiments corporels par le Comité des droits de l'enfant.

Le Comité des droits de l'enfant définit les châtiments corporels comme « tous châtiments impliquant l'usage de la force physique et visant à infliger un certain degré de douleur ou de désagrément, aussi léger soit-il. La plupart de ces châtiments donnent lieu à l'administration d'un coup porté à l'enfant («tape», «gifle», «fessée»). De l'avis du Comité, tout châtiment corporel ne peut être que dégradant. En outre, certaines formes non physiques sont également cruelles et dégradantes et donc incompatibles avec la Convention⁸⁶⁵. Il interprète l'article 19 de la Convention de New York comme « dépourvue de toute ambiguïté et ne laisse aucune place à un quelconque degrés de violence à caractère légal contre les enfants ».

D'après le Comité des droits de l'enfant, il n'existe donc pas de degré dans l'appréciation des châtiments corporels infligés aux enfants. En conséquence, la fessée constitue un châtiment corporel.

⁸⁶⁰ F. Rome, « Ne les fessons plus, Folleville : », *D.* 2013, p. 2393.

⁸⁶¹ Charte Sociale européenne révisée, Comité européen des droits sociaux, Conclusions 2011 (France).

⁸⁶² Proposition de loi visant à abolir les châtiments corporels infligés aux enfants, 22 janv. 2010, n°2244.

⁸⁶³ La Suède interdit la pratique de la fessée et tout autre châtiment corporel depuis 1979, de même pour l'Allemagne ou encore la Roumanie *in* F. Granet-Lambrechts, « Les droits de l'enfant dans les législations européennes, Etude », *RLDC* 2011, n° 87, p. 41.

⁸⁶⁴ J. Hauser, « Les intérêts provisoires (et supérieurs ?) de l'enfant », *RTDciv* 2012, p. 549.

⁸⁶⁵ Comité des Droits de l'Enfant, Observation générale n°8 (2006), Le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et les autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments, Genève, 15 mai- 2 juin 2006.

467. Définition souple des châtiments corporels par l'Organisation Mondiale de la Santé. L'Organisation Mondiale de la Santé adopte une position plus souple en énumérant les punitions corporelles violentes⁸⁶⁶. Aucune liste n'est établie s'agissant des « punitions corporelles tolérées »⁸⁶⁷. Faut-il pour autant considérer sur un pied d'égalité la pratique du droit de correction et l'exercice de violences répétées sur un enfant ou encore de châtiments corporels ? La chambre criminelle de la Cour de cassation française a semblé procéder à une telle assimilation en décidant, dans un arrêt 17 juin 2003, de condamner une nourrice pour avoir infligé une fessée sur la couche d'un enfant de 23 mois⁸⁶⁸. La question était toutefois spécifique en l'espèce du fait que la fessée n'était pas administrée par les parents mais par une nourrice, soumise de surcroît à des obligations professionnelles.

La distinction entre violences et châtiments corporels s'avérant difficile à établir, un équilibre doit être recherché dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

468. La recherche d'un équilibre. Il est nécessaire de rechercher un équilibre entre les châtiments corporels considérés comme particulièrement violents et ceux considérés comme « acceptables ». Un auteur remarque « qu'il faut rester prudent lorsqu'est invoquée l'idée d'interdire la fessée, comme s'il fallait confondre un acte banal de correction avec de la maltraitance »⁸⁶⁹. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur cette distinction. Elle décide, dans un arrêt du 25 mars 1993, que : « Ne constitue pas un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention européenne, le châtiment corporel consistant pour le directeur d'une école privée britannique à administrer trois coups de chaussure de gymnastique à semelle de caoutchouc sur le derrière, par-dessus le short, d'un élève »⁸⁷⁰, d'autant qu'il avait auparavant rappelé à l'ordre cet élève. La Cour retient le caractère préventif et éducatif de la sanction pour décider que celle-ci ne constitue ni une peine ni un traitement inhumain ou dégradant⁸⁷¹ au sens de l'article 3 de la Convention européenne, selon lequel : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». L'acte commis par le directeur ne constitue pas un traitement inhumain ou

⁸⁶⁶ Rapport mondial sur les violences et la santé, Organisation Mondiale de la santé, Genève, 3 oct. 2002.

⁸⁶⁷ O. Maurel, « Les conséquences des châtiments corporels : la pratique d'un juge pour enfant », *AJ. fam.* 2005, p. 224.

⁸⁶⁸ Cass. Crim. 17 juin 2003, inédit, pourvoi n° 02-84986.

⁸⁶⁹ N. Baillon- Wirtz, Y. Honhon, M.-C. Le Boursicot, A. Meir- Bourdeau, I. Omarjee, C. Pons-Brunetti, *L'enfant sujet de droits*, Lamy Axe Droit, 2010, p. 198.

⁸⁷⁰ CEDH, 25 mars 1994, *Costello Robert c. Royaume- Uni*, Série 1 n° 247-C ; *JCP éd. G*, 1994, II, 22262, comm. P. Mazière.

⁸⁷¹ *Ibidem*.

dégradant au sens de ces dispositions. La juridiction européenne condamne en revanche les châtiments corporels qui dépassent un certain seuil.

469. Seuil inacceptable. La Cour européenne n'admet pas, toutefois, les châtiments corporels qui dépassent un seuil inacceptable. Elle décide, dans un arrêt du 23 septembre 1998, que sont contraires à la Convention les coups de bâtons donnés à l'enfant par son beau-père⁸⁷². En outre, elle souligne l'insuffisance de la protection accordée à l'enfant par le droit britannique qui qualifie ce comportement de « châtiment raisonnable »⁸⁷³. Par cet arrêt, elle interprète plus précisément la notion de châtiments corporels. Cependant, il existe encore au Royaume-Uni un droit de défense permettant aux parents d'invoquer une punition raisonnable qui justifierait le recours occasionnel au droit de correction. Cette solution est néanmoins condamnée par le Comité européen des droits sociaux qui remarque que des efforts doivent être réalisés, car la simple condamnation pénale des violences faites à l'enfant ne suffit pas, les châtiments corporels et la fessée impliquant des conséquences néfastes sur la santé physique et psychologiques de l'enfant⁸⁷⁴.

470. Troubles psychologiques causés par les châtiments corporels. Au soutien d'une absence de distinction entre les différents types de châtiments, il faut se référer aux études médicales consacrées aux conséquences des « châtiments corporels tolérés »⁸⁷⁵. La fessée causerait des lésions physiques importantes (fracture du coccyx, traumatisme oculaire...) ⁸⁷⁶. En outre, certaines formes non physiques de violences doivent être considérées comme dégradantes pour l'enfant. Ce sont par exemple les violences tendant à rabaisser, à humilier l'enfant⁸⁷⁷. Il s'agit bien de mesures préjudiciables à sa santé et à son développement, donc heurtant l'intérêt supérieur de l'enfant et renvoyant notamment à ses éléments de caractérisation⁸⁷⁸. Il résulte, d'ailleurs, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'intérêt supérieur de l'enfant se caractérise par le fait que les parents ne

⁸⁷² CEDH, 23 sept. 1998, *A. c. Royaume-Uni*, req. n° 25599/94.

⁸⁷³ *Ibidem*, spéc. §§23-24.

⁸⁷⁴ Charte sociale européenne. Comité européen des Droits sociaux. Conclusions XIX-4 (2011) Royaume-Uni.

⁸⁷⁵ O. Maurel, « Les conséquences des châtiments corporels : la pratique d'un juge pour enfant », *loc. cit.*, p. 224.

⁸⁷⁶ J. Cornet, « La nocivité des punitions corporelles : point de vue des scientifiques », *AJ. fam.* 2005, p. 226, M. Herzog- Evans, « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *loc. cit.*, p. 212.

⁸⁷⁷ Comité des Droits de l'Enfant, Observation générale n°8 (2006), Le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et les autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments, Genève, 15 mai- 2 juin 2006

⁸⁷⁸ C. Pettiti, « La place de l'enfant en Europe », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 20.

puissent prendre de mesures préjudiciables à sa santé et à son développement⁸⁷⁹, conformément à la Convention de New York. Selon la Cour, tel serait le cas des violences⁸⁸⁰.

471. Bien-être, environnement sain et intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, les parents doivent assurer le bien-être de l'enfant, ce qui exige l'exclusion de toute atteinte physique et morale. Dès lors qu'il est établi que la correction infligée à un enfant heurte la personne de celui-ci au point de le soustraire à un environnement sain, l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut que fonder une législation prohibant le droit de correction. C'est ainsi qu'apparaît aujourd'hui le principe d'une « éducation positive non violente ».

472. Une « éducation positive non violente ». Le Comité des droits de l'enfant recommande aux Etats parties à la Convention de New York de promouvoir une « éducation positive non violente ». Les Etats doivent élaborer des législations prohibant tout châtiment corporel. Il s'agit « d'une obligation immédiate et inconditionnelle »⁸⁸¹. Il les incite à prendre toutes mesures nécessaires, à développer des mesures éducatives plutôt que de permettre les châtiments corporels. A cet égard, il préconise la mise en œuvre de mesure « d'accompagnement et de soutien » aux parents. Il s'agit de sensibiliser ceux-ci aux conséquences des violences exercées sur l'enfant.

Selon le Comité, l'autorité parentale doit être exercée de manière non violente. Ses recommandations puisent leur fondement dans la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les Etats parties à la Convention de New York doivent promouvoir une éducation non violente dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui implique d'adapter les législations dans ce sens⁸⁸². Le droit allemand est sur ce point exemplaire.

473. Exemplarité du droit allemand. L'article 1631 du BGB prévoit que : « Les enfants ont un droit à une éducation non violente. Les peines corporelles, les humiliations et

⁸⁷⁹ CEDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré c. France*, req. n° 40031/98.

⁸⁸⁰ CEDH, 23 sept. 1998, *A c. Royaume-Uni*, req n° 25-59994, A. Gouttenoire, *préc.* ; *JCP* éd. G 1999, I, n° 105, obs. F. Sudre.

⁸⁸¹ Comité des Droits de l'Enfant, *préc.*

⁸⁸² M. Herzog-Evans, « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *AJ. fam.* 2005, p. 212 ; H. Bargholtz, « La large prohibition européenne des châtiments corporels infligés aux enfants », *AJ. fam.* 2005, p. 221 ; J. Cornet, « La nocivité des punitions corporelles : point de vue des scientifiques », *AJ. fam.* 2005, p. 226 ; O. Maurel, « Les conséquences des châtiments corporels infligés dans le cadre de l'éducation », *AJ. fam.* 2005.224 ; J-P Rosenczveig « Les châtiments corporels : la pratique d'un juge pour enfants », *AJ. fam.* 2005.223.

autres mesures avilissantes ne sont pas permises⁸⁸³ ». Cet article doit être lu à l'aune de l'article 1697 a du BGG qui pose le principe de la prévalence du bien-être de l'enfant et dans lequel il est précisé que les affaires régies par le présent titre, consacré à l'autorité parentale, doivent être conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant⁸⁸⁴. Le droit de l'enfant à une éducation non violente trouve alors sa justification dans la protection de son intérêt supérieur. Il convient toutefois de l'articuler avec l'autorité parentale et le droit de correction, certes limité, qui en découle en droit français.

474.Proposition de définition des châtiments corporels. L'expression « châtiment corporel » englobe en principe toutes les peines d'ordre corporel. La généralité de la formule laisse place à l'interprétation, si bien qu'il pourrait être utile de définir les châtiments corporels. Il faudrait aussi proposer une définition des châtiments corporels incluant notamment la prise en compte du caractère répété ou isolé de l'acte. Il y aurait châtiment corporel prohibé et ne relevant plus du droit de correction en présence de peines d'ordre corporel sévères, ou répétées, ou vexatoires pour l'enfant, *a fortiori* contraires à sa dignité ou à sa santé ou de nature à entraver le bon développement de celui-ci.

Une telle proposition maintient un équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant à bénéficier d'une éducation non violente et une prérogative de l'autorité parentale, le droit de correction, qui doit être exercée dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La protection de l'enfant contre les violences est avant tout assurée par les sanctions que prévoient les législations européennes.

B- Sanction des châtiments corporels

475.Droit français et sanction des violences sur mineur. De manière générale, les violences sont sanctionnées par le droit pénal et par le droit civil. Par exemple, l'article 222-14 du Code pénal français réprime les « violences habituelles sur un mineur de quinze ans »

⁸⁸³ Article 1631 BGB : « Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig ». G. Lardeux, R. Legeais, M. Pedamon, C. Witz, Code civil allemand : Bürgerliches Gesetzbuch, Traduction commentée. Dalloz, 1^{re} éd., 2010 ; F. Furkel, « Chronique de droit civil allemand. Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne », *RTDciv.* 1998, p. 804.

⁸⁸⁴ Article 1697a BGB : "Soweit nichts anderes bestimmt ist, trifft das Gericht in Verfahren über die in diesem Titel geregelten Angelegenheiten diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht". "Dans la mesure où il n'est pas disposé autrement, le tribunal dans les procédures relatives aux affaires régies par le présent titre prend la décision qui, compte tenu des données de fait et des possibilités comme des intérêts légitimes des personnes concernées, correspond le mieux à l'intérêt de l'enfant ».

par une peine de trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elles ont entraîné la mort. En droit civil, l'article 378 du Code civil prévoit des mesures de retrait d'autorité parentale⁸⁸⁵ en cas de violences sur l'enfant⁸⁸⁶. Un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 23 septembre 2008⁸⁸⁷ rappelle la possibilité pour la partie civile de demander à la juridiction pénale, au titre de l'action civile, le retrait de l'autorité parentale lorsque l'enfant est victime de violences infligées par l'un de ses parents.

Le droit français ne consacre pas toutefois de sanction des châtiments corporels proprement dits. D'autres législations européennes les sanctionnent expressément. La Suède fut en la matière le pays précurseur.

476.Sanction des châtiments corporels. En 1979, la Suède fut le premier Etat européen à interdire les châtiments corporels sur les enfants dans le Code des enfants et des parents. La législation suédoise retient comme châtiment corporel ce qui relève classiquement du droit de correction, tel que définit ci-dessus.

Dans un premier temps, la législation suédoise n'a édicté aucune sanction pénale des châtiments corporels⁸⁸⁸. Désormais, les châtiments corporels relèvent en Suède de la seule qualification pénale. La prohibition des châtiments corporels a été retirée du Code des enfants et des parents dans l'objectif de promouvoir une politique d'éducation sans violence dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit français pourrait s'inscrire dans la même direction en introduisant dans le Code civil la nécessité d'une éducation positive commandée par l'intérêt supérieur de l'enfant.

477.Perspectives en droit français. Un auteur propose d'insérer dans le Code civil français des dispositions prévoyant que « les parents doivent assurer à l'enfant sécurité, santé et moralité. Ils s'abstiennent à son égard de tout traitement inhumain, cruel ou dégradant et de tout châtiment corporel »⁸⁸⁹. Le texte est dépourvu de sanctions, l'auteur soulignant la nécessité de développer des campagnes d'information relatives à l'éducation sans violence. En outre, il n'y est pas fait expressément référence au droit de correction mais au seul châtiment corporel.

⁸⁸⁵ V. *supra* n° 170.

⁸⁸⁶ C. civil, article 378 : « Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une décision expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant (...) ».

⁸⁸⁷ Cass. Crim., 23 sept. 2008, *Bull. Crim.* 2008, n° 195, pourvoi n° 08-80489.

⁸⁸⁸ H. Bargholtz, « La large prohibition européenne des châtiments corporels infligés aux enfants », *loc. cit.*, p. 221.

⁸⁸⁹ M. Herzog- Evans, « Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ? », *loc. cit.*, p. 212.

Cette proposition présente le mérite d'établir le lien entre le bien-être de l'enfant et la prohibition des châtiments corporels dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale, sans pour autant condamner explicitement la fessée, encore que le tribunal correctionnel de Limoge ait récemment condamné cette pratique⁸⁹⁰.

478. Vers un consensus. Il apparaît que l'intérêt supérieur de l'enfant guide bien les dispositions interdisant les châtiments corporels infligés aux enfants à la fois à l'échelle européenne et nationale. Le droit français pourrait s'en inspirer pour intégrer le droit à une éducation non violente dans le Code civil. Ceci serait d'autant plus souhaitable que le Comité des droits de l'enfant recommande à la France de prendre toutes les mesures utiles afin d'interdire tout châtiment corporel dans les familles, dans les écoles et les établissements accueillant des enfants⁸⁹¹. La France est invitée à remédier à l'absence de protection de l'enfant sur ce point en prohibant les châtiments corporels sur l'enfant en matière d'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

S'agissant du droit de correction, la question demeure délicate. A l'échelle internationale et européenne, celui-ci est assimilé aux châtiments corporels, donc prohibé. Cependant, aucun consensus n'est aujourd'hui établi entre les législations européennes sur ce point précis. La définition des châtiments corporels prohibés, proposées ci-dessus, permettrait d'y voir plus clair en la matière.

La convergence des législations européennes sur ce sujet doit être toutefois soulignée, car, sur d'autres points, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par les législations se révèle délicate.

⁸⁹⁰ *Supra* n° 465.

⁸⁹¹ Rapport du Comité des droits de l'enfant du 27 nov. 1995 ; M. Bruggeman, « Rapport du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies : bilan en demi-teinte des avancées du droit français... », *Dr. fam.* 2009, alerte 27, *ibid.*, « Lutte contre la violence : vers une Europe pour et avec les enfants ! », *Dr. fam.* 2007, alerte 69.

Chapitre 2

La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant freinée par l'interférence des droits d'autrui

479.Finalité du principe. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a pour finalité la protection de l'enfant. Il doit constituer la considération primordiale de toute législation par application des textes internationaux relevés dans les développements qui précèdent. Il apparaît, toutefois, que le principe est parfois utilisé pour satisfaire d'autres intérêts que celui de l'enfant.

La question se pose dès lors de savoir si l'intérêt de l'enfant peut, en ce cas encore, toujours être considéré comme supérieur, premier ? L'analyse d'une telle problématique renvoie aux éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, dégagés dans la première partie, ainsi qu'aux textes qui en constituent le support. Le contenu juridique de la notion et l'encadrement du principe posé à l'article 3-1 de la Convention de New York contribuent à éviter qu'une instrumentalisation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant fasse passer celui-ci au second plan.

480.Concurrence de droits. Les matières, relevant de l'exercice de l'autorité parentale, pour lesquelles la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant posent problème sont celles dans lesquels différents droits entrent en concurrence. Cette confrontation s'observe tout particulièrement en notre domaine, d'une part lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant se heurte au droit des père et mère à entretenir des relations personnelles avec lui (**Section 1**), d'autre part lorsqu'un tiers revendique des droits sur l'enfant (**Section 2**).

Section 1. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'épreuve des droits des père et mère

481. La question de la résidence alternée. Sur la question de la résidence alternée, il s'avère très délicat de mesurer l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant. Des considérations abstraites s'entremêlent en ce domaine à l'interférence du droit des père et mère au maintien de relations personnelles avec l'enfant. La dimension concrète du sujet ne doit pas pour autant s'en trouver occultée.

482. Un sujet d'actualité. Le sujet est d'actualité. Le projet de loi sur l'égalité entre les femmes et les hommes prévoyait une systématisation de la résidence alternée⁸⁹². Cette innovation ne figure plus dans le texte en navette parlementaire⁸⁹³. En outre, la question a fait l'objet d'un rapport de la Direction des Affaires civiles et du Sceau concluant à l'inopportunité d'une telle systématisation⁸⁹⁴. Une telle modalité de la coparentalité satisfait-elle ou non l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York ?

Des auteurs aperçoivent dans la résidence alternée une instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. La question est délicate. Des analyses peuvent être développées (§1) pour apprécier le bien-fondé ou non des perspectives d'évolution (§2).

§1. Analyses des textes et des pratiques

483. Prolégomènes. En droit français la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002⁸⁹⁵ a introduit la résidence alternée à l'article 373-2-9 du Code civil, prévoyant que : « la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux ». Selon un auteur⁸⁹⁶, l'intégration de la résidence alternée dans le Code civil a une « vertu pédagogique », car les parents ont pris conscience de l'importance pour l'enfant à « conserver un lien fort avec chacun d'eux ». La résidence alternée pourrait être

⁸⁹² Projet de loi n° 1380 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

⁸⁹³ Loi n° 282 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes adoptée par l'Assemblée Nationale le 28 janvier 2014.

⁸⁹⁴ « Rapport sur les réflexions du groupe de travail sur la coparentalité ; comment assurer le respect de la coparentalité entre parents séparés », DACS, DGCS, janv. 2014, spéc. conclusions p. 21.

⁸⁹⁵ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. *JO* du 5 mars 2002, p. 4161.

⁸⁹⁶ M. Juston, « Le challenge de la résidence alternée », *Gaz. Pal.* 21 janv. 2010, n° 21, p. 11.

corrélativement reliée aux droits de l'enfant et spécialement à deux articles de la Convention de New York : les articles 7-1⁸⁹⁷ et 9-3⁸⁹⁸. En cela, cette modalité de la coparentalité pourrait être reliée au droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses deux parents après séparation de ceux-ci, et même directement à l'intérêt supérieur de l'enfant en ce que celui-ci recouvre le maintien des relations personnelles avec les deux parents de l'enfant⁸⁹⁹. Elle participe en outre à l'établissement de l'implication des deux parents dans l'éducation de l'enfant, ce qui relève aussi de l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁰⁰. La résidence alternée soulève toutefois des problèmes de fond plus délicats qu'il n'y paraît de prime abord au vu de telles considérations abstraites. Une analyse des textes et pratiques représente un préalable à l'approfondissement de la réflexion sur ce point.

484. Les législations européennes ayant consacré la résidence alternée. La résidence alternée représente une application concrète de la coparentalité en ce qu'elle permet à l'enfant de continuer à être élevé par ses deux parents en dépit de leur séparation⁹⁰¹. Elle prend la forme d'ordonnances de résidence partagée en droit anglais⁹⁰². Les parents décident en ce cas avec lequel d'entre eux l'enfant doit vivre. En Espagne, c'est la loi du 8 juillet 2005 qui introduit cette possibilité, suivie moins d'un an après par la loi italienne du 8 février 2006. Le droit suisse organise également la résidence alternée, mais celle-ci ne bénéficie qu'aux parents divorcés. Consacrant une terminologie un peu différente, le droit belge a introduit l'hébergement égalitaire dont l'objectif est de préserver des rapports équilibrés entre l'enfant et chacun de ses parents. Faisant application de ce principe, le tribunal de la jeunesse de Charleroi décide, le 12 novembre 2003, que : « l'intérêt pour l'enfant d'entretenir une relation équitablement équilibrée avec chacun de ses parents justifie l'hébergement égalitaire »⁹⁰³. Cet hébergement égalitaire est fondé sur le droit pour l'enfant de maintenir des relations personnelles avec chacun de ses parents.

485. Les législations européennes ne consacrant pas la résidence alternée. D'autres législations européennes ne prévoient pas cette modalité d'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents. Par exemple, le Code civil luxembourgeois n'en fait pas

⁸⁹⁷ *Infra* n° 508.

⁸⁹⁸ *Infra* n° 585.

⁸⁹⁹ *Supra* n° 124 et s.

⁹⁰⁰ *Supra* n° 150 et s.

⁹⁰¹ E. Mulon, « La résidence alternée », *Gaz. Pal.* 17 mars 2012, n° 77, p.7.

⁹⁰² S. Perrin, « La résidence alternée. Panorama de droit comparé », *AJ. fam.* 2011, p. 592.

⁹⁰³ *Ibidem*.

mention⁹⁰⁴. Un auteur⁹⁰⁵ relève qu' « il est de jurisprudence constante que les dispositions actuelles du Code civil luxembourgeois s'opposent à ce que la garde des enfants communs soit alternativement confiée à leurs père et mère, et en conséquence, que la résidence des enfants soit fixée alternativement au domicile de leur père et mère ». Cependant, cette position devrait s'infléchir si le projet de loi relatif à la responsabilité parentale n° 5867 est adopté⁹⁰⁶. L'article 378-2 du Code civil luxembourgeois intégrerait alors la résidence alternée⁹⁰⁷. Seul l'intérêt de l'enfant pourrait en empêcher la mise en œuvre, comme en droit français.

486. La pratique de la résidence alternée en droit français. Force est de constater que malgré une reconnaissance de la possibilité d'organiser une résidence alternée de l'enfant après séparation de ses parents, celle-ci demeure peu pratiquée. Ainsi, plus de 70% des enfants concernés par le divorce résidaient chez leur mère en 2007⁹⁰⁸. Ils n'étaient que 21,5% à résider en alternance chez leur père et mère et 6,5% à ne résider que chez leur père. En 2013, la proportion de résidences alternées homologuées ou prononcées par le juge est de 14,9%⁹⁰⁹. Ce constat pose alors la question du devenir de la résidence alternée, notamment si celle-ci doit constituer le mode principal d'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

487. Conséquences concrètes de la résidence alternée. La mise en œuvre de la résidence alternée implique des conséquences⁹¹⁰ sur le plan fiscal ou encore social⁹¹⁰. Par exemple, la loi de finance rectificative pour 2002⁹¹¹ a prévu qu'en cas de résidence alternée les enfants sont réputés être à la charge égale de chacun des parents et la majoration du quotient familial était partagée entre eux⁹¹². En matière d'assurance maladie, l'article L. 161-15-3 du Code de la sécurité sociale, prévoit que « par dérogation à toute disposition contraire, les enfants de parents tous deux assurés d'un régime d'assurance-maladie et maternité peuvent être rattachés en qualité d'ayant droit à chacun des deux parents ». Chaque parent peut donc

⁹⁰⁴ J. Segura, « La stabilité de la relation parentale après séparation ou divorce : la question de la résidence alternée. Approche de droit comparé franco-luxembourgeois », *in* La complémentarité des père et mère, Colloque 7 avril 2012, Université Reims Champagne Ardenne, publication à venir.

⁹⁰⁵ *Ibidem*.

⁹⁰⁶ *Ibidem*.

⁹⁰⁷ *Ibidem*.

⁹⁰⁸ J. Hauser, « Statistiques générales et statistiques de jurisprudence », *RTDciv.* 2009, p. 299.

⁹⁰⁹ « La résidence des enfants de parents séparés », DACS, PEJC, nov. 2013.

⁹¹⁰ A. Gabriel, C. Strugala, « La résidence alternée », *Gaz. Pal* 3 sept. 2005, n° 246, p.4.

⁹¹¹ Loi fin. rect. n° 2002-1576 du 30 décembre 2002. JO du 31 décembre 2002, p. 22070.

⁹¹² A. Gabriel, C. Strugala, « La résidence alternée », *loc. cit.*, n° 246, p.4.

inscrire l'enfant sur sa carte vitale⁹¹³. Cependant, certaines problématiques liées à la mise en œuvre de la résidence alternée n'ont pas été suffisamment creusées.

488.Le domicile de l'enfant. D'abord, la résidence alternée renvoie à l'absence de logement fixe de l'enfant. Or, l'article 108-2 du Code civil français prévoit que : « Le mineur non émancipé est domicilié chez ses père et mère. Si le père et la mère ont des domiciles distincts, il est domicilié chez celui des parents avec lequel il réside ». La difficulté soulevée tient à ce que la résidence alternée ne permet pas à l'enfant d'avoir un domicile unique, puisque par définition il vit alors en alternance chez ses deux parents⁹¹⁴, encore que la résidence ne soit pas une notion impliquant l'unicité. Par exemple, qu'advient-il lorsque l'enfant devra indiquer son adresse dans un document scolaire? L'enfant devra indiquer ses deux adresses (celle de son père et celle de sa mère), une pratique non conforme au principe d'unicité du domicile⁹¹⁵.

Des difficultés relatives à la mise en œuvre de la résidence alternée ont été soulevées à propos de la prise en charge des frais de scolarité par la commune dans laquelle vit l'enfant⁹¹⁶. L'article L. 212-8 du Code de l'éducation prévoit une prise en charge des frais de scolarisation répartie entre la commune de résidence et la commune d'accueil lorsque celle où l'enfant est scolarisé diffère de celle dans laquelle il vit. En cas de résidence alternée, la commune choisie sera celle où l'enfant réside majoritairement. A défaut, les deux communes de résidence devront s'accorder quant à leur participation financière et si tel n'est pas le cas, le préfet décidera du montant de leurs contributions respectives⁹¹⁷. Ces difficultés illustrent le fait que le droit se réfère dans son organisation même au principe d'unicité du domicile auquel s'adapte mal la mise en œuvre de la résidence alternée. Néanmoins, cette difficulté demeure marginale, les parents s'accordant le plus souvent à élire le domicile de leur enfant en un lieu fixe chez l'un ou chez l'autre.

⁹¹³ *Ibidem*.

⁹¹⁴ Domicile de l'enfant en cas de résidence alternée. Rep. Min., min. Justice : *JO Sénat*, 25 juin 2009, p. 1617, *JCP éd. G*, n°28, 6 juil. 2009, I, 93 ; A. Gouttenoire, « Le logement de l'enfant », *AJ. fam.* 2008, p. 371.

⁹¹⁵ Req. 1^{re} fév. 1911, DP 1913. 1. 400. A. Gouttenoire, *loc. cit.*, p. 371.

⁹¹⁶ M. Bruggeman, « Des incidences imprévues de la résidence alternée ... », Rép. min. n° 02136, min. de l'Intérieur : *JO Sénat Q*, 28 févr. 2008, p. 397 *in Dr fam.* 2008, alerte 33 ; Rép. Min. min. justice : *JO Sénat* 25 juin 2009, p. 1613, *in JCP éd. G*, n°28, 6 juil. 2009, I, 93.

⁹¹⁷ *JCP éd. G*, n°28, 6 juil. 2009, I, 93.

489. Difficultés quant au fond. La résidence alternée pose, d'un point de vue humain, la question de l'interchangeabilité des fonctions parentales⁹¹⁸. Un auteur⁹¹⁹ remarque non seulement que le partage égalitaire du temps intéresse la question « du déplacement de l'enfant dans l'espace et le temps (...), mais encore qu'il conduit à se demander si l'homme et la femme sont à ce point interchangeables sans danger pour l'enfant : sont-ils un ou deux ? ». Dans cette optique, la résidence alternée pose problème à la fois au regard de la domiciliation de l'enfant et sous l'angle de l'interchangeabilité de l'homme et de la femme.

L'hypothèse de la résidence alternée supposerait⁹²⁰ que le père soit à la fois mère et père lorsque l'enfant vit avec lui, et réciproquement. Selon Madame Herzog-Evans⁹²¹ la résidence alternée s'inscrit ainsi dans « le mythe de l'interchangeabilité des sexes ». La résidence alternée renvoie en outre au jugement de Salomon coupant l'enfant en deux, la véritable mère s'opposant toutefois au sacrifice de l'enfant et obtenant *in fine* gain de cause⁹²².

Selon un auteur, la résidence alternée constituerait cependant une mesure préventive à l'aliénation parentale⁹²³. Elle empêcherait les manipulations de l'un des parents sur l'enfant. Cependant, le même auteur remarque qu'une telle décision peut constituer la cause de l'aliénation parentale. Le parent qui ne souhaite pas ce mode d'exercice de l'autorité parentale pourrait exercer des pressions psychologiques sur l'enfant à l'encontre de l'autre parent. Il pourrait aussi arriver que l'un des parents demande la résidence alternée pour punir l'autre.

La résidence alternée ne peut, eu égard à ces interrogations sur le fond, être considérée en elle-même et abstraitement comme satisfaisant l'intérêt supérieur de l'enfant. L'opportunité de décider ou non une résidence alternée est difficile à apprécier. C'est pourquoi il est important que les juges continuent de se prononcer au cas par cas.

⁹¹⁸ F. Granet-Lambrechts, « Partenariat ou mariage : identité de genre dans les législations européennes », *AJ. fam.* 2012, p. 540 ; C. Neirinck, « Faut-il tenir compte du sexe des êtres humains », *Dr. fam.* n°12, déc. 2012, Repère 10 ; A. Cheynet de Beaupré, « Homme et femme il les créa », *D.* 2008, 1216 ; H. Fulchiron, « Mariage couple et différence des sexes : une question de discrimination ? », in *Des concubinages - Droit interne, droit international, et droit comparé*, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002 ; S. de Benalcazar, *PACS, mariage et filiation. Etude de la politique familiale*, Defrénois, 2007 ; La complémentarité des père et mère, Colloque 7 avril 2012, Université Reims Champagne Ardenne, Publication à venir.

⁹¹⁹ C. Brunetti-Pons, « L'exercice de l'autorité parentale face au pluralisme familial », *Revue Dialogue* 2004, p.7.

⁹²⁰ C. Brunetti-Pons, Rapport introductif, in Cycle de conférences à l'Université de Reims sur la distinction de l'homme et de la femme, approche pluridisciplinaire, de janvier 2002 à mai 2003.

⁹²¹ M. Herzog-Evans, « L'allaitement placé au cœur de séparations parentales », in La complémentarité des père et mère, Colloque 7 avril 2012, Université Reims Champagne Ardenne publication à venir.

⁹²² V. obs. M. Herzog Evans, C. Brunetti-Pons, « Résidence alternée, syndrome d'aliénation parentale et violences domestiques : entre inversion du jugement de Salomon et mise en danger », à paraître.

⁹²³ M. Juston, « De la coparentalité à la déparentalité. De la résidence alternée à l'aliénation parentale », *AJ. fam.* 2011. p. 579.

490.L'appréciation concrète des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour décider de la résidence alternée, le juge se fonde sur des éléments objectifs renvoyant aux éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, dans une décision du 3 juillet 2002, la Cour d'appel de Nîmes constate que la conception rigide de l'éducation du père, allant jusqu'à l'exercice de violences contre l'enfant, ne permettait pas la mise en œuvre d'une résidence alternée⁹²⁴. Parfois, les magistrats ont recours à des éléments plus subjectifs pour prononcer une résidence alternée. Par exemple, ils se réfèrent à l'audition de l'enfant, particulièrement lorsque celui-ci est suffisamment âgé pour faire valoir une opinion éclairée⁹²⁵.

L'appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant ne fait pas obstacle à la nécessité pour les juges de motiver leur décision sur ce point⁹²⁶, et ce d'autant plus que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une notion de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation⁹²⁷. En outre, le juge rend sa décision en se fondant sur plusieurs critères⁹²⁸.

491.Mise en œuvre de la résidence alternée. Il existe différents critères déterminants pour la mise en œuvre de la résidence alternée⁹²⁹. Par exemple, le juge qui se prononce sur cette modalité peut se référer au principe du respect que les parents se doivent l'un envers l'autre, à leur entente ou à leur mésentente, à la question du maintien des repères de l'enfant, à la proximité géographique des domiciles des parents, à leur disponibilité, à leurs capacités éducatives ou encore à l'âge de l'enfant. Ces critères sont importants. Ils ont été dégagés par les juges au fil des décisions rendues en l'absence de critères légaux. La loi française ne renvoie, par exemple, ni à l'âge ni à l'entente des parents.

Un seul critère ne peut fonder le refus ou la mise en œuvre de la résidence alternée. Le juge doit apprécier l'ensemble des critères révélés par les faits à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'appréciation concrète constitue un garde-fou face à l'instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le risque réel de la résidence alternée porte davantage sur une généralisation de sa mise en œuvre⁹³⁰.

⁹²⁴ CA Nîmes, 3 juil. 2002, n° 02/1053, *AJ. fam.* 2002, p. 339, note F.B.

⁹²⁵ CA Reims, 19 sept. 2002, Juris-data n° 2002-202438, *AJ. fam.* 2003, IV, 2495.

⁹²⁶ J. Segura, « La stabilité de la relation parentale après séparation ou divorce : la question de la résidence alternée. Approche de droit comparé franco-luxembourgeois », in *La complémentarité des père et mère*, Colloque 7 avril 2012, Université Reims Champagne Ardenne publication à venir.

⁹²⁷ *Supra* n° 554 et s.

⁹²⁸ J. Segura, « La stabilité de la relation parentale après séparation ou divorce : la question de la résidence alternée. Approche de droit comparé franco-luxembourgeois », *loc. cit.*

⁹²⁹ E. Mulon, « La résidence alternée », *loc. cit.*, n° 77, p. 7.

⁹³⁰ M. Bruggeman, « Appel à la généralisation de la résidence alternée : une proposition dangereuse ? », *Dr. fam.* 2011, alerte 99.

§2. Perspectives d'évolution

492. Une mesure d'égalité entre père et mère. Les parlementaires français proposaient de mentionner dans le Code civil le terme « parité » défini comme « l'égalité en nombre entre deux catégories de personnes »⁹³¹, ce qui rend compte dans le cadre de la résidence alternée de l'aspect quantitatif de la relation entre l'enfant et chacun de ses parents. Toutefois, cette proposition n'a pas été retenue. La ministre déléguée à la famille⁹³² soulignait le souci de promotion d'égalité entre père et mère (au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant). Selon elle, « faire entrer le principe de la résidence alternée dans le Code civil, c'est favoriser un partage moins inégalitaire des temps et des rôles, loin des formules « standard » qui ne réservent aux pères que le fameux week-end sur deux et laisse aux mères la charge d'éduquer les enfants tout au long de la semaine (...). Avant d'être un droit du père, la continuité du lien de l'enfant avec lui est d'abord un droit de l'enfant, mais c'est aussi un droit de la mère à un partage enfin égalitaire ». Elle ajoutait que « la réforme visait clairement à inciter les parents à s'accorder sur le principe d'une résidence alternée, qui a l'avantage de maintenir entre eux la parité ».

Ainsi présentée, la résidence alternée de l'enfant apparaît surtout comme un droit pour les parents à un partage égal du temps passé avec l'enfant⁹³³ et non comme l'expression d'un droit pour l'enfant à être élevé par ses deux parents et à maintenir des relations personnelles avec chacun d'eux, conformément aux articles 7-1 et 9-3 de la Convention de New York⁹³⁴. L'objectif consisterait en une répartition égalitaire du temps au profit des parents afin d'éviter que l'un n'ait plus de contact que l'autre avec l'enfant.

493. La résidence partagée de l'enfant. Un auteur relève qu'il doit s'agir d'un partage égalitaire mais pas paritaire⁹³⁵. Selon lui, la terminologie même de « résidence alternée » ne rend pas bien compte de la réalité. Il lui préfère celle de « résidence partagée » qui met davantage l'accent sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et non de celui des

⁹³¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., 2011.

⁹³² Ass. nat., séance du 14 juin 2001, eod. loc., p. 4277

⁹³³ B. Golse, « Résidence alternée. Point de vue d'un pédopsychiatre », *AJ. fam.* 2012, p. 44. L'auteur constate que « sous couvert de l'intérêt premier de l'enfant, il s'agit en réalité de la préservation de l'intérêt et du narcissisme des adultes ».

⁹³⁴ Article 7-1 CIDE : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquiescer une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux ». Article 9-3 CIDE : « Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

⁹³⁵ M. Juston, « Le challenge de la résidence alternée », *Gaz. Pal.* 21 janv. 2010, n° 21, p.11.

parents. Il rappelle alors que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être le seul « fil conducteur » dans la séparation, celle-ci n'impliquant pas une dissolution de la famille mais une nouvelle organisation. Cette expression « résidence partagée » permet de rendre compte de solutions moins contraignantes pour l'enfant et opère la synthèse entre l'exercice en commun de l'autorité parentale et le besoin de stabilité de l'enfant, ce que préconise un auteur⁹³⁶. Cependant, les juges veillent à ce que la résidence alternée ne coïncide pas avec un partage égalitaire du temps passé avec l'enfant. Par exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation décide dans un arrêt du 25 avril 2007, que : « l'article 373-2-9 n'impose pas, pour que la résidence d'une enfant soit fixée en alternance au domicile de chacun de ses parents, que le temps passé par l'enfant auprès de son père et de sa mère soit de même durée ; que les juges du fond peuvent, si l'intérêt de l'enfant le commande, compte tenu des circonstances de la cause, décider d'une alternance aboutissant à un partage inégal du temps de présence de l'enfant auprès de chacun de ses parents »⁹³⁷. La résidence alternée ne peut reposer sur une égalité absolue du temps de l'enfant passé avec ses parents. L'appréciation concrète des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant dans telle ou telle espèce s'oppose à un partage mathématique du temps de l'enfant. En outre, celle-ci s'oppose à toute systématisation de la résidence alternée.

494. Vers une résidence alternée systématique ? La question de la résidence alternée généralisée, c'est à dire systématique après divorce ou séparation des parents, se pose⁹³⁸. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 en consacre la simple faculté pour le juge⁹³⁹. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est peut-être pas d'aller plus loin. Le rapport de force est en l'occurrence tendu. Les hésitations dans les évolutions législatives en la matière en rendent compte.

⁹³⁶ C. Brunetti-Pons, « Le droit du divorce », *DEF*, n° 40, 1994/3, p. 141 et s., spéc. p. 146. L'auteur propose qu'en cas de divorce la résidence de l'enfant soit fixée chez l'un des parents. L'enfant se rendrait chez l'autre parent un week-end sur deux, ainsi que les mercredis et ou vendredis, une semaine sur deux ou chaque semaine selon les cas.

⁹³⁷ Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2007, *Bull. Civ.* 2007. I, n°156, pourvoi n° 06-16886, *D.* 2007. AJ 1428 ; *ibid*, 2008, Pan. 1376, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ. fam.* 2007. 276, obs. F-C ; *Dr. fam.* 2007, n°143, note P. Murat ; *RJPF* 2007-9/27, note E. Mulon ; *RTDciv.* 2007, p. 560, obs. J. Hauser.

⁹³⁸ Proposition de loi n°1611 visant à protéger l'intérêt de l'enfant dont les parents sont séparés, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 2009. Proposition de loi n°1531 visant à privilégier la résidence alternée pour l'enfant dont les parents sont séparés, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 mars 2009. Proposition de loi n°1710 visant à préserver l'autorité parentale partagée en cas de séparation des parents, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juin 2009.

⁹³⁹ J.-P. Guedon, « La résidence alternée de l'enfant après la séparation de ses parents », *LPA* 3 sept. 2004, n° 177, p. 3

495. Différentes propositions de loi. Une première proposition de loi du 14 décembre 2011 visait à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant en fixant sa résidence chez l'un des parents et en ne recourant à la résidence alternée que facultativement. L'article 373-2-1 du Code civil aurait été modifié comme suit : « La résidence de l'enfant est fixée prioritairement au domicile de l'un des parents. À défaut, elle peut l'être en alternance, au domicile de chacun d'eux, selon des durées et des modalités à déterminer, avec la nécessité, pour les deux parents, non seulement de remplir leur obligation parentale d'entretien, d'obligation d'aliments ou de pension alimentaire mais aussi d'un accord sur les choix éducatifs ».

Une seconde proposition du 18 octobre 2011 privilégiait, à l'inverse, la résidence alternée, visant le renforcement du principe de coparentalité sous toutes ses dimensions. L'article 373-2-1 proposé prévoyait que : « À défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le juge examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents. En cas de désaccord entre les parents, le juge entend le parent qui n'est pas favorable au mode de résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun de ses parents, exposant les motifs de son désaccord au regard de l'intérêt de l'enfant. La préférence est donnée à la résidence en alternance paritaire. La décision de rejet de ce mode de résidence doit être dûment exposée et motivée »⁹⁴⁰. Deux autres propositions de lois avaient auparavant été déposées en 2009 sans aboutir non plus : l'une visant à limiter le recours à la résidence alternée de l'enfant de parents séparés⁹⁴¹, l'autre l'érigant en principe⁹⁴². Cette seconde voie était empruntée par le projet de loi n° 1380 pour l'égalité entre les femmes et les hommes.

496.« Dispositions visant à préserver l'autorité partagée et à privilégier la résidence alternée pour l'enfant en cas de séparation des parents ». Le projet de loi n° 1380 pour l'égalité entre les femmes et les hommes prévoyait un article 17 *bis* modifiant en son quatrième paragraphe l'article 373-2-9 du Code civil. Celui-ci reprendrait le contenu de la proposition du 18 octobre 2011. Ce texte s'inscrivait nettement dans la perspective d'une égalité entre le père et la mère (« égalitaire », « résidence en alternance paritaire ». En outre,

⁹⁴⁰ F. Moureau, « La résidence alternée doit-elle devenir le mode principal d'exercice de l'autorité parentale ? », *AJ. fam.* 2011, p. 576 ; M. Bruggeman, « Appel à la généralisation de la résidence alternée : une proposition dangereuse ? », *Dr. fam.* n° 12, déc. 2011, alerte 99.

⁹⁴¹ Proposition de loi n°1611 visant à protéger l'intérêt de l'enfant dont les parents sont séparés, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 2009.

⁹⁴² Proposition de loi n° 1531 visant à privilégier la résidence alternée pour l'enfant dont les parents sont séparés, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 mars 2009. Proposition de loi n° 1710 visant à préserver l'autorité parentale partagée en cas de séparation des parents, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juin 2009.

la mention de « l'intérêt de l'enfant » conduisait à gommer le mot « supérieur » et donc à ne pas viser explicitement l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York.

497. Le refus d'une résidence alternée automatique. Ces propositions expriment deux tendances opposées : l'une, mettant en avant l'intérêt supérieur de l'enfant et tentant de démontrer que la résidence alternée, surtout pour les plus jeunes enfants, peut avoir de graves conséquences psychologiques sur leur développement ; l'autre, favorable aux droits des parents, se traduisant par une implication égale des deux parents dans le temps passé auprès de l'enfant⁹⁴³. Même si le juge intervient, le danger réside dans la généralisation de cette mesure au niveau législatif. Un auteur remarquait justement à cet égard que : « La résidence alternée c'est comme les antibiotiques ce n'est pas automatique »⁹⁴⁴. Par exemple, dans un arrêt du 23 novembre 2011⁹⁴⁵, une résidence alternée de plein droit se heurte à l'importante distance géographique des parents, l'un résidant à la Réunion, l'autre en Guyane⁹⁴⁶. Il ne peut ainsi être reconnu que l'intérêt supérieur de l'enfant soit toujours de bénéficier d'une résidence alternée. Eriger la résidence alternée de plein droit constitue bien une instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant au profit de l'intérêt des parents. D'ailleurs, un auteur s'interroge sur la nécessité à ajouter à la loi actuelle alors que celle-ci propose une appréciation au cas par cas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁴⁷.

498. Confrontation de deux principes. En définitive, la résidence alternée pose la question de la confrontation de deux principes : l'intérêt supérieur de l'enfant et l'égalité des père et mère. Le premier doit primer sur le second, conformément à l'article 3-1 de la Convention de New York, ce qui n'est pas toujours le cas. Un auteur fait remarquer que « le forcing permanent en faveur de l'égalité parentale en cas de séparation des parents, avec un zèle souvent excessif en faveur de la résidence alternée qui deviendrait obligatoire, a des relents d'égoïsme individuel plutôt que des références à l'intérêt du mineur. On serait plutôt dans la dérive des « droits à... ». Il est intéressant à ce moment clé de constater que l'on

⁹⁴³ B. Beignier, « « De l'enfant roi » au « parent roi » ? », *Dr. fam.* 2012, repère 1.

⁹⁴⁴ F. Moureau, « La résidence alternée doit-elle devenir le mode principal d'exercice de l'autorité parentale ? », *loc. cit.*, p. 576.

⁹⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2011, Bull. Civ. I, n° 202, pourvoi n° 10-23391, *D.* 2011. 2934; *ibid.* 2012. 635, chron. B. Vassallo et C. Creton ; *AJ. fam.* 2012. 46, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RLDC* 2012. 47 ; *LEDf* 20 déc. 2011, p. 4, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2012. Comm. 9, obs. E. Bazin ; *Gaz. Pal.* 6-7 janv. 2012, p. 41, note A.-L. Casado

⁹⁴⁶ J. Hauser, « Exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des couples : l'accord, le juge et les circonstances particulières », *RTDciv.* 2012, p.111.

⁹⁴⁷ E. Mulon, « La résidence alternée », *loc. cit.*, p. 7.

touche aux limites de la « caporalisation » égalitaire, négatrice de la différenciation sexuelle »⁹⁴⁸, selon l'expression de Monsieur Hauser. Malgré l'existence de conséquences positives de la résidence alternée dans certains cas, relevées plus haut, le risque demeure celui d'une mesure imposée de plein droit et relayant au second plan l'intérêt supérieur de l'enfant.

499.Primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Un auteur⁹⁴⁹ observe que « l'intérêt de l'enfant doit primer lors du règlement des situations parentales instables dont les cristallisations peuvent entacher les relations du mineur avec ses parents ou avec l'un d'eux (...). La résidence alternée est subordonnée à l'intérêt de l'enfant, elle ne saurait devenir un droit des parents ». Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant doit demeurer une considération primordiale pour le législateur. Il est guide législatif par application du principe énoncé à l'article 3-1 de la Convention de New York. Toutefois, l'impact de ce principe dans les législations est difficile à mesurer car d'autres droits entrent en concurrence avec lui. Or, le rôle du juge ne suffit pas à éviter une instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, le législateur a un rôle beaucoup plus général. Si la résidence alternée est généralisée, le juge devra appliquer la loi. Il serait donc grave que le législateur ne se réfère pas au principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, du moins pour l'enfant et ses droits.

L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les évolutions législatives ne se heurte pas seulement aux droits des parents de l'enfant mais aussi à ceux des tiers.

⁹⁴⁸ J. Hauser, « Le couple sexué et le droit de la famille », in *La complémentarité des père et mère*, Colloque 7 avril 2012, Université Reims Champagne Ardenne publication à venir.

⁹⁴⁹ M. Juston, « De la coparentalité à la déparentalité. De la résidence alternée à l'aliénation parentale », *AJ. fam.* 2011. p. 579.

Section 2. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'épreuve des revendications des tiers.

500.Des dissensions dans la compréhension du principe. Des personnes, autres que les père et mère, demandent à exercer l'autorité parentale et invoquent l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces tiers peuvent être notamment un beau-parent (§1), ou le conjoint ou le concubin de même sexe que le parent de l'enfant (§2). Monsieur Hauser parle alors de « chosalisation » de l'intérêt supérieur de l'enfant »⁹⁵⁰, détourné au profit de l'intérêt d'un tiers. Sur ce point, on peut relever les conséquences de l'absence d'harmonisation des législations européennes ainsi que l'impact de cette instrumentalisation sur l'effectivité du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

§1. Le tiers, parent ajouté.

501.Plan. Il existe d'ores et déjà en la matière des règles de droit en la matière (A). Faut-il aller plus loin et consacrer un statut du beau-parent (B)?

A- Les règles générales applicables

502.Primauté des père et mère, principe de subsidiarité. La Convention de New York, en visant la responsabilité commune des parents à l'article 18-1, envisage l'exercice de l'autorité parentale par les seuls père et mère de l'enfant. Le texte prévoit que : « Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement ». Le dictionnaire Le Robert définit le parent comme le père et la mère. Plus largement ce mot désigne « la personne avec laquelle on a un lien de parenté ». La parenté est le rapport entre personnes descendant les unes des autres. Elle concerne les personnes unies entre elles par des liens du sang⁹⁵¹. Dès lors, l'intérêt supérieur de l'enfant commande en principe que seuls les parents exercent l'autorité parentale, conformément au

⁹⁵⁰ J. Hauser, « La transmissibilité de l'enfant par endossement adoptif ? », *RTDciv.* 2011, p. 338.

⁹⁵¹ C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français : étude critique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

principe d'ordre public d'indisponibilité de l'autorité parentale⁹⁵². A cet égard l'article 376 du Code civil français prévoit qu' : « aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale ne peut avoir d'effet ».

503.Défaillance parentale. Il arrive qu'un enfant soit confié à un tiers parce que ses parents décèdent ou dans les cas spécifiques de retrait ou d'assistance éducative. Par exemple, l'article 373-3 alinéa 2 prévoit que : « le juge peut à titre exceptionnel et seulement si son intérêt l'exige, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté »⁹⁵³. Il se peut encore que l'enfant soit adopté. La question n'est pas alors l'ajout d'un tiers à la cellule parentale, constituée par ses père et mère, mais le remplacement des parents, décédés ou défailants, aux conditions légales posées. Le cas de la beau-parenté est différent.

504.L'intérêt supérieur de l'enfant et les droits des beaux-parents. Pour l'enfant, le beau-parent désigne le parâtre et la marâtre⁹⁵⁴. Le beau-parent est alors plus qu'un simple tiers ; il vise la personne qui vit avec le parent (conjoint, concubin ou partenaire). Il est question d'étendre le cercle des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale au profit de celui-ci. La doctrine est sur ce point divisée. Pour les uns, l'intérêt supérieur de l'enfant ne permettrait pas de fonder une législation relative au statut du beau-parent⁹⁵⁵. Pour les autres, l'intérêt supérieur de l'enfant justifierait la prise en compte de celui-ci par la loi⁹⁵⁶.

En raison du nombre accru des divorces et des séparations, suivi d'une recomposition familiale⁹⁵⁷, se pose ainsi la question de savoir si le beau-parent doit être investi de l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Si une loi est adoptée sur ce point, elle doit être guidée par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'article 3-1 de la Convention de New York.

⁹⁵² C. Duard-Berton, *L'ordre public dans le droit de la famille*, thèse, dactyl, 2004, spéc. p. 291.

⁹⁵³ H. Fulchiron, « L'exercice de l'autorité parentale en cas de décès d'un des parents », *JCP éd. G*, 1990, I, n° 3452.

⁹⁵⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, 9^{ème} éd., PUF, coll. Quadrige, 2011.

⁹⁵⁵ A. Mirkovic, « Statut du beau parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *Dr. fam.* 2009, étude n°28.

⁹⁵⁶ A. Gouttenoire, « Un statut pour les tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant. Proposition de la défenseure des enfants », *Dr. fam.*, n°1, janv. 2007, alerte 1 ; A-M Leroyer, « De l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTDciv.* 1997, p. 587.

⁹⁵⁷ Dossier spécial, *AJ fam.* 2007 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.* 1992, *chron.* 133, p.134 ; I. Théry, « Introduction générale: Le temps des recompositions familiales », in I. Théry (dir.) *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Essais et Recherches, Nathan, 1993, p. 12 ; M.-C. Rivier, « Les secondes familles et le droit des obligations alimentaires », *LPA* 8 oct. 1997, n° 121, p. 8 ; J.-C. Halloin, « Familles recomposées : un enfant ne peut être l'objet d'une adoption simple que d'un seul de ses beaux-parents », *JCP éd. G*, n° 6, 4 fév. 2013, I, 156 ; L. Leveneur, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille dans les familles recomposées ? », *LPA* 24 fév. 2010, n° 39, p. 11.

505.Organisation de droits au profit du tiers. Le droit français aménage aujourd'hui certains droits au profit des tiers, sans viser particulièrement le beau-parent. Un tiers peut intervenir dans la vie de l'enfant. L'article 371-4 prévoit que : « 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 »⁹⁵⁸. Un tiers peut également être associé à l'organisation de la vie de l'enfant par la délégation de l'autorité parentale, selon l'article 377 du Code civil. L'article 377-1 alinéa 2 organise la délégation partage qui permet ainsi à un tiers qui peut-être le beau-parent, d'effectuer certains actes, dits usuels. Par exemple, le délégataire peut signer une autorisation de sortie scolaire. Dans une certaine mesure le beau-parent se trouve intégré à la vie quotidienne de l'enfant.

Des dispositions existent ainsi en faveur du tiers, dont un beau-parent. Est-il nécessaire d'aller plus loin en lui reconnaissant un statut ?

B- Réflexions autour d'un statut du beau-parent

506.Intérêts entremêlés. Le sujet est délicat. Différents intérêts s'entremêlent : intérêts des tiers, en l'occurrence du beau-père ou de la belle-mère ; intérêt des parents, spécialement de celui qui ne vit pas avec l'enfant après divorce ou séparation ; intérêt de l'enfant. Abordé en dernier parce qu'il est ici question de consentir des droits sur lui, l'enfant doit être replacé au premier plan. Les analyses (1) développées sur le sujet révèlent la fragilité des prospectives en droit français (2).

⁹⁵⁸ Pour une application de l'article 371-4, alinéa 2 du Code civil, voir Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1986, *D.* 1986, 496, note J. Massip : « Un droit d'hébergement, qui ne constitue qu'une des modalités du droit de visite, peut, en considération de situations exceptionnelles, être accordé par le juge à des personnes autres que les grands-parents de l'enfant sur le fondement de l'article 371-4, alinéa 2 ». Voir aussi CA Grenoble, 20 février 1996, *Dr. fam.* 1997, n° 96, note P. Murat : le droit de visite est maintenu au profit de l'ancien concubin de la mère qui s'est cru le père de l'enfant jusqu'à la contestation de sa reconnaissance.

1- Analyses

507. Arguments en faveur d'un statut du beau-parent en droit français. La question du statut du beau-parent et par conséquent celle de l'autorité parentale dans les familles recomposées fait débat⁹⁵⁹. Face à des procédés juridiques de détournement de la loi (par exemple le recours à l'établissement d'un lien de filiation mensonger), le statut du beau-parent pourrait paraître préférable à de tels artifices dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁶⁰. En outre, l'argument avancé est que seul le droit civil ne tient pas compte du beau-parent, celui-ci étant reconnu en droit fiscal, pénal ou social⁹⁶¹. Par exemple, l'article 222-8 du Code pénal relatif aux violences portées sur un mineur prévoit que toute personne ayant autorité sur ce dernier encourt une peine de trente ans de réclusion criminelle. L'expression « toute personne ayant autorité sur un mineur » englobe le beau-parent. L'article 196 du Code général des impôts prévoit de son côté que : « sont considérés comme étant à la charge du contribuable (...) les enfants qu'il a recueilli à son propre foyer ». La question du statut du beau-parent a fait l'objet d'un rapport.

508. Le statut du beau-parent et l'intérêt supérieur de l'enfant. Monsieur Léonetti, chargé du rapport intitulé « L'intérêt de l'enfant, l'autorité parentale et le droit des tiers », estime que la question du beau-parent doit être étudiée sous l'angle « d'une réflexion générale sur une meilleure prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui subit encore trop souvent les conflits entre adultes »⁹⁶². Le rapport a surtout pour objectif « d'encadrer l'intervention du tiers dans l'exercice de l'autorité parentale plus que de conférer un statut au beau-parent »⁹⁶³ en se souciant particulièrement de l'intérêt supérieur de l'enfant. Trois propositions ont été développées : d'abord, délimiter le domaine des actes usuels afin de prévoir l'intervention du tiers à cet égard ; ensuite, réformer la délégation-partage ; enfin, permettre l'intervention d'un tiers dans l'exercice de l'autorité parentale en maintenant le lien établi entre ce dernier et l'enfant. Ces mesures permettraient de renforcer les dispositions

⁹⁵⁹ S. Troisvalets, « L'autorité parentale dans les familles recomposées », *LPA* 11 mai 2000, n° 94, p. 12.

⁹⁶⁰ *Ibidem*.

⁹⁶¹ *Ibidem*.

⁹⁶² Rapport Léonetti, Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers, oct. 2009, La documentation française.

⁹⁶³ *Ibidem*.

législatives existantes⁹⁶⁴. Toutefois, ce rapport n'a pas donné lieu à l'adoption d'un statut du beau-parent⁹⁶⁵.

Il a, néanmoins, permis de creuser la question de savoir si l'intérêt supérieur de l'enfant exige ou non une telle reconnaissance. L'établissement d'un statut du beau-parent repose sur l'existence d'un lien entre ce tiers et le parent de l'enfant. L'établissement d'un tel statut se heurte au principe de coparentalité en faisant abstraction du lien qui existe entre les parents séparés pour maintenir un exercice conjoint de l'autorité parentale. Sur ce point, il faut tenir compte de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant est d'être élevé par ses deux parents, conformément à l'article 7-1 de la Convention de New York prévoyant que : « L'enfant (...) a le droit d'être élevé par ses parents ». Un auteur⁹⁶⁶ fait justement remarquer le paradoxe qu'il y a à « fonder la reconnaissance d'une mission parentale des beaux-parents sur le lien conjugal alors que l'on cherche à dissocier la mission parentale dévolue aux parents du même lien conjugal ». En outre, il existe de nombreuses dispositions dans le Code civil qui organisent et protègent la coparentalité, la perpétuation du couple parental. Pour cette raison, les associations familiales se sont opposées à un tel statut. Une analyse de droit comparé peut-être réalisée sur ce sujet. Les législations européennes qui accordent des droits aux tiers le font le plus souvent avec mesure mais il arrive aussi qu'un véritable statut de tiers soit consacré.

509. Tiers et responsabilité parentale. Le droit anglais octroie aux tiers la possibilité d'exercer la responsabilité parentale : « plus d'une personne peut exercer la responsabilité parentale sur le même enfant pendant une même période »⁹⁶⁷. La responsabilité parentale en droit anglais peut n'être pas attribuée exclusivement aux parents, mais confiée aussi à d'autres personnes, y compris au beau-parent⁹⁶⁸. Toutefois, le droit anglais ne consacre pas un statut du beau-parent. Les dispositions citées se rapprochent davantage de la délégation-partage du Code civil français que d'un statut proprement dit.

L'exemple de la loi néerlandaise offre en revanche celui d'un véritable statut du beau-parent.

⁹⁶⁴ S. Moracchini- Zeidenberg, « L'autorité parentale et les tiers », *Dr. fam.* 2010, étude 7.

⁹⁶⁵ V. Avena-Robardet, « Les beaux-parents aux oubliettes ? », *AJ. fam.* 2009, p. 415.

⁹⁶⁶ M-L Delfosse, *Le lien parental, op. cit.*, p. 226-227.

⁹⁶⁷ Section 2 (5) Children Act 1989 : « More than one person may have parental responsibility for the same child at the same time ».

⁹⁶⁸ S.-M. Cretney, « Les familles recomposées en droit anglais », in *Quels repères pour les familles recomposées ?*, Collection droit et société, n° 10, L.G.D.J., 1995, p. 147.

510.Exemples de statut du beau-parent dans les législations européennes. Une loi néerlandaise du 4 octobre 2011 organise une autorité commune au profit du beau-parent. L'autorité commune peut être: de plein droit ou résulter d'une décision judiciaire. Il s'agit d'une disposition automatique dont bénéficie directement le conjoint du parent. La reconnaissance du statut du beau-parent est de droit lorsque l'enfant est né pendant le mariage ou le partenariat enregistré et que sa filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent. Il faut remarquer le choix par la législation néerlandaise du terme « autorité commune ». Celle-ci marque « l'indifférence quant « au statut juridique ou à l'orientation sexuelle du couple »⁹⁶⁹, mais est volontairement distincte de l'expression « autorité parentale ». Le conjoint du parent peut être du même sexe puisque la législation néerlandaise autorise le mariage et le partenariat entre deux personnes de même sexe⁹⁷⁰. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pris en compte que par exception au principe ainsi posé.

511.La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre d'exception. En droit néerlandais, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pris en compte qu'en cas de demande judiciaire d'autorité commune. La reconnaissance du statut du beau-parent est judiciaire lorsque l'autorité parentale est exercée par un seul des parents, que le beau-parent entretient des relations étroites avec l'enfant, que l'intérêt supérieur de l'enfant est préservé par la continuité des relations avec son parent qui n'exerce pas l'autorité parentale, que les demandeurs s'occupent de l'enfant depuis moins d'un an, enfin, que le parent ait exercé, seul, l'autorité parentale depuis les trois dernières années.

Dans le cadre d'une reconnaissance judiciaire du beau-parent, le juge doit vérifier que l'intérêt supérieur de l'enfant est préservé, notamment dans ses relations avec son autre parent⁹⁷¹, élément de caractérisation de la notion. Le juge prend soin d'apprécier que l'intervention du tiers ne nuit pas à l'intérêt supérieur de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec son parent biologique. Si le soin accordé par le juge au maintien des relations personnelles entre l'enfant et son parent obéit bien à l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'en est-il toutefois de la pluralité des liens établis avec l'enfant ? Certes, l'intérêt supérieur de l'enfant est pris en compte dans cette continuité des relations personnelles, mais il faudrait s'assurer aussi que l'enfant bénéficie d'une continuité dans ses repères. Or, la multiplication de pouvoirs ajoutés sur l'enfant offre-t-elle cette stabilité ? L'impact de l'intérêt supérieur de

⁹⁶⁹ *Ibidem.*

⁹⁷⁰ *Le statut du beau- parent*, Les documentations de travail du Sénat, Etude de législation comparée n° 196, 30 avril 2009.

⁹⁷¹ *Ibidem.*

l'enfant sur la législation s'avère ici insuffisant au regard des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant relevés dans la première partie. D'autres solutions plus nuancées existent en droit comparé⁹⁷².

512.Le beau-parent auxiliaire dans les législations européennes. Le droit suisse adopte une position plus nuancée en accordant la fonction d'auxiliaire au beau-parent, marié avec le parent. L'article 299 du Code civil suisse prévoit que : « Chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants de l'autre et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent ». Le beau-parent assiste le parent⁹⁷³, sans pour autant comporter une délégation de l'autorité parentale. La législation suisse précise que l'intervention du beau-parent dans l'exercice de l'autorité parentale doit s'effectuer de « façon appropriée », la représentation n'ayant lieu que de manière exceptionnelle⁹⁷⁴. En outre, cette disposition ne concerne que le beau-parent marié au parent de l'enfant.

Certaines législations européennes limitent les droits des tiers au cas où l'autorité parentale n'est pas exercée conjointement par les deux parents de l'enfant.

513.Droits des tiers en l'absence d'exercice conjoint de l'autorité parentale. La loi danoise organise la délégation de l'autorité parentale au profit d'un tiers lorsque l'autorité parentale ne peut être exercée conjointement par les deux parents⁹⁷⁵. Le beau-parent intervient en l'occurrence pour pallier l'effacement de l'un des parents. Ce type de législation européenne s'attache à l'idée selon laquelle une famille doit être composée de deux adultes auprès des enfants. L'absence d'un parent justifierait alors la reconnaissance d'une fonction au profit du beau-parent. Toutefois, cela peut conduire à aggraver les difficultés, pour celui des parents qui n'exerce pas l'autorité parentale, à maintenir des relations personnelles avec l'enfant, ce qui heurte l'intérêt supérieur de ce dernier. Dans ce contexte, quelles perspectives en droit français ?

⁹⁷² *Le statut du beau-parent*, Les documentations de travail du Sénat, Etude de législation comparée n°196, 30 avril 2009; M. Bruggeman, « Le statut du beau-parent par delà les frontières », *Dr. fam.*, n°6, juin 2009, alerte 50; F. Granet-Lambrechts, « Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe, Panorama européen », *AJ. fam.*, 2006. 409 ; J. Sosson, « Réflexions de droit comparé sur les secondes familles », *LPA* 8 oct.1997, n° 121.

⁹⁷³ *Le statut du beau-parent*, Les documentations de travail du Sénat, Etude de législation comparée n° 196, 30 avril 2009.

⁹⁷⁴ M. Stettler, La condition réservée par le droit suisse à l'enfant membre d'une famille recomposée, in *Quels repères pour les familles recomposées ?*, *op. cit.*, p. 180.

⁹⁷⁵ *Le statut du beau-parent*, Les documentations de travail du Sénat, Etude de législation comparée n° 196, 30 avril 2009.

2- Les perspectives en droit français

514. Prospectives en droit français. L'avant-projet de loi relative aux dispositions relatives au droit de la famille prévoit de consacrer un statut du beau-parent dans l'exercice de l'autorité parentale⁹⁷⁶. Par exemple, l'article 377 pourrait être ainsi rédigé : « Le parent qui exerce seul l'autorité parentale peut saisir le juge aux affaires familiales, afin de faire homologuer la convention par laquelle il organise les modalités du partage de tout ou partie de l'exercice de cette autorité parentale avec un tiers ». Le droit français en viendrait à octroyer certaines prérogatives au beau-parent, sous réserve d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale et de l'obtention de l'avis du parent qui ne l'exerce pas. La prévalence des père et mère dans l'exercice de l'autorité parentale serait *a priori* maintenue. En outre, l'avant-projet de loi fait expressément mention du maintien des relations personnelles entre l'enfant et le beau-parent⁹⁷⁷ pourtant déjà visé à l'article 371-4 du Code civil. Mais il va plus loin. L'article 353-2 alinéa 2 du Code civil projeté prévoit que : « Constitue un dol au sens du premier alinéa la dissimulation au tribunal du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers, décidé par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 371-4 ». Par cette disposition, il s'agirait d'éviter l'éviction de l'ex-beau-parent notamment par le nouveau conjoint du parent. Ce lien pourrait-il faire échec à l'adoption de l'enfant par le nouveau conjoint ? L'avant-projet de loi ne le prévoit pas, mais le statut de l'ex-beau-parent s'en trouve renforcé.

515. Multiparentalité et intérêt supérieur de l'enfant. Ce type de disposition contribue au développement de la reconnaissance de liens multiples à l'enfant. Est-ce dans l'intérêt supérieur de celui-ci ? Les juridictions européennes exercent en la matière une certaine influence. Il en résulte l'émergence d'une « famille sociologique », selon l'expression de Jean Hauser⁹⁷⁸, qui fonde de plus en plus largement les droits des tiers. L'intérêt de l'enfant en vient par exemple à fonder un titre séjour au profit du beau-parent.

⁹⁷⁶ B. de Boysson, « La famille dans l'avant projet : une tierce préoccupation », *AJ. fam.* 2013, p. 173 ; M. Doucet, « Vers un nouveau statut parental ? », *AJ. fam.* 2012, p. 542.

⁹⁷⁷ F. Berdeaux- Gacogne, « La discrète reconnaissance du « parent social » », *AJ. fam.* 2013, p. 346.

⁹⁷⁸ J. Hauser, « La Cour EDH invente les paternités « probables » pour décider d'un droit de visite », *RTDciv.* 2012, p. 108. Selon Monsieur Hauser, il faut s'efforcer de garder à l'esprit que l'enfant n'est pas un objet de droit mais un sujet de droits. L'auteur rappelle ce principe concernant la décision de la Cour européenne des droits de l'homme d'octroyer un droit de visite au tiers, fondé sur sa paternité probable (CEDH, 15 sept. 2011, *Schneider c. Allemagne*, req. n°17080/07, D. 2011. 2908 et les obs. de F. Boulanger, *AJ. fam.*, 2011. 496, obs. C. Siffrein-Blanc). Monsieur Hauser s'interroge alors sur la question de savoir si « la famille sociologique » répond à l'intérêt supérieur de l'enfant ou s'il s'agit d'une simple construction intellectuelle en faveur des tiers.

516. Intérêt de l'enfant et titre de séjour du beau-père. La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie d'une demande de titre de séjour, dans le cadre d'un regroupement familial, par le beau-père d'une enfant ressortissante de l'Union européenne⁹⁷⁹. Celui-ci entendait faire jouer sa qualité de beau-parent pour bénéficier d'un titre de séjour au motif qu'il était de l'intérêt supérieur de l'enfant de maintenir des relations personnelles avec lui. Dans une décision rendue le 6 décembre 2012, la Cour de justice de l'Union européenne invoque, à l'appui de l'octroi du titre de séjour, l'intérêt de l'enfant en ces termes : « l'article 24, paragraphes 2 et 3, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, impose aux États membres d'examiner les demandes de regroupement familial dans l'intérêt des enfants concernés et dans le souci également de favoriser la vie familiale ». Des auteurs ont relevé que, dans cette affaire, « l'intérêt de l'enfant paraît à géométrie variable : il ne suffit pas à faire découler des droits du statut de citoyen européen, mais, dans le cadre plus balisé du regroupement familial, il permettrait de conférer un droit au séjour »⁹⁸⁰. La juridiction européenne, toutefois, ne se réfère pas à l'intérêt supérieur de l'enfant mais à l'intérêt de l'enfant tel que cité dans les textes visés. Cette décision limite donc sa portée à l'appréciation des faits de l'espèce. Elle révèle combien il est difficile d'étudier l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les législations eu égard à la diversité des terminologies consacrées. Toutefois, la question de savoir s'il faut ou non octroyer des droits aux tiers doit être en législation placée sous l'éclairage de l'intérêt supérieur de l'enfant.

517. Droit des beaux-parents, coparentalité et intérêt supérieur de l'enfant. La reconnaissance d'un statut du beau-parent se heurte à l'application effective du principe de coparentalité. Un auteur relevait que « le rejet de toute proposition tendant à confier l'autorité parentale aux tiers s'explique par la confiance faite aux pères et mères »⁹⁸¹. Conférer un statut aux beaux-parents revient à « porter atteinte à la mission parentale des parents qui doivent demeurer seuls investis de l'autorité parentale »⁹⁸², hors les cas exceptionnels dans lesquels l'Etat est fondé à intervenir. En outre, la « pluriparentalité » ne répond pas aux éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, lesquels exigent stabilité, maintien des repères, cadre de vie sain ... Il est nécessaire de maintenir le rôle du couple parental en luttant contre « l'intrusion des tiers ». La loi a un rôle important à jouer dans la protection du couple

⁹⁷⁹ CJUE, 6 déc. 2012, *O. and S.*, (aff. C-356/11); *AJDA* 2013. 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *RTDciv.* 2013. 101, obs. J. Hauser.

⁹⁸⁰ O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.* 2013, p. 324.

⁹⁸¹ M.-L. Delfosse, *Le lien parental*, op. cit., spéc. p. 233.

⁹⁸² *Ibidem*, spéc. p. 265.

parental et du maintien des liens de l'enfant à ses père et mère, dans l'intérêt supérieur de ce dernier au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York.

518.Rôle de la loi. La loi a en ce domaine un rôle important à jouer. Cependant, le législateur français pourrait être influencé par les décisions récentes des juridictions européennes et consacrer ainsi un statut du beau-parent. La loi française du 17 mai 2013 a reconnu la possibilité d'une adoption de l'enfant par le conjoint de même sexe que le parent. Sous certaines conditions, le beau-parent de même sexe peut donc créer un lien de filiation à l'égard de l'enfant. Il ne s'agit pas de la reconnaissance d'un statut du beau-parent, mais peut-être des prémices d'une nouvelle évolution. Selon un auteur cette possibilité consacre l'existence d'un « parent social »⁹⁸³. D'ailleurs, la Belgique réfléchit à la création d'un tel statut de parenté sociale⁹⁸⁴. Toutefois, le beau-parent n'apparaît plus alors comme un « parent d'addition »⁹⁸⁵, mais comme un « parent de substitution »⁹⁸⁶. Or, les procédures de substitution au parent défaillant existent en droit français, mais celles-ci sont traditionnellement soumises à de strictes conditions finalisées par la satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

§ 2. Le tiers substitut du parent

519.Définition. Le tiers, substitut du parent est le tiers qui remplace un parent. Le cas visé est celui dans lequel l'un des parents est défaillant. En ce cas, les législations préconisent des procédures de délégation à un tiers, d'assistance éducative ou d'adoption, toutes finalisées par l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces solutions sont mises en œuvre dans le cadre de la protection de l'enfance.

Cependant, ce remplacement d'un parent peut aussi aujourd'hui et depuis la loi précitée du 17 mai 2013, résulter de la volonté pour un couple de ne pas rattacher juridiquement l'enfant à ses deux parents biologiques. L'adoption permet depuis cette loi de rattacher un enfant à un couple de personnes de même sexe. L'évolution sur ce point est récente. Elle est passée par des étapes.

520.De l'égalité des droits patrimoniaux à la suppression de la condition de différence de sexe dans le mariage. Il existait déjà des mécanismes juridiques visant à reconnaître des droits aux couples de personnes de même sexe. Certaines législations

⁹⁸³ *Ibidem.*

⁹⁸⁴ M. Doucet, « Vers un nouveau statut parental ? », *AJ. fam.* 2012, p. 542.

⁹⁸⁵ A. Gouttenoire, « Un beau-parent peut en cacher un autre ... », *Dr. fam.* 2006, alerte 10.

⁹⁸⁶ *Ibidem.*

européennes organisent un partenariat⁹⁸⁷, mais celui-ci s'inscrit davantage dans la reconnaissance d'une égalité des droits patrimoniaux entre les couples de personnes de même sexe et les couples de personnes de sexes opposés⁹⁸⁸. Madame Granet-Lambrechts fait observer que « les législations européennes ont reconnu les unions homosexuelles en deux temps, d'abord par la reconnaissance du couple dans le cadre d'un partenariat enregistré, puis, dans le cadre du mariage sans considération du genre par suppression de la condition de sexe »⁹⁸⁹. L'auteur remarque qu'en 2012 le mariage entre deux personnes de même sexe était limité à certains Etats européens : Pays-Bas⁹⁹⁰, Belgique⁹⁹¹, Espagne⁹⁹², Norvège⁹⁹³, Suède⁹⁹⁴, Portugal⁹⁹⁵ et Islande⁹⁹⁶. Progressivement a émergé la question du droit de contracter mariage au profit des couples de personnes de même sexe⁹⁹⁷, puis celle de l'adoption d'un enfant, et au-delà celle de la parentalité⁹⁹⁸.

⁹⁸⁷ *Le Pacte civil de solidarité*. Les documentations de travail du Sénat. Etude de législation comparée. LC 48. (déc. 2008) ; Dossier spécial « Partenariats enregistrés », *AJ. fam.* n° 11-2012 ; B. Beignier, Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers, *Deffrénois* 2000, art. 37175, p. 620 ; J. Rubellin-Devichi, *JCP éd. G.* 1999, n° 43 Actualité ; J.J Lemouland, *D.* 1999, chron. 483 ; T. Revet, chron. lég., *RTDciv.* 2000. 173 ; *Dr. fam.* déc. 1999 numéro hors série 12 *ter*.

⁹⁸⁸ Y. Delecraz, « Le régime patrimonial du PACS », *AJ. fam.* Juil.août 2004, p. 269, Dossier spécial *Dr. fam.* janv. 2007 ; P. Delmas Saint-Hilaire, « Reconstruire le couple autour de la trilogie mariage, pacs, concubinage », *JCP éd. G.* n° 24, 4 juin 2010, I, 653.

⁹⁸⁹ F. Granet-Lambrechts, « Partenariat ou mariage : identité de genre dans les législations européennes », *AJ. fam.* 2012, p. 540.

⁹⁹⁰ Loi du 21 déc. 2000, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001.

⁹⁹¹ Loi du 13 fév. 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du code civil, n° 2003009163.

⁹⁹² Loi n° 13/2005 du 1^{er} juil. 2005.

⁹⁹³ Loi n° 53 du 27 juin 2008, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2009, octroyant aux couples homosexuels le mariage et l'adoption conjointe d'un enfant.

⁹⁹⁴ Depuis le 1^{er} mai 2008.

⁹⁹⁵ Loi du 17 mai 2010.

⁹⁹⁶ Loi entrée en vigueur le 27 juin 2010.

⁹⁹⁷ *Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité*, Les documentations de travail du Sénat, Etude de législations comparée, LC 229, 14 nov. 2012 ; H. Fulchiron, « La reconnaissance de la famille « homosexuelle » : étude d'impact », *D.* 2013. 100 ; Dossier spécial, *Dr. fam.* janv. 2013 ; L. Aynès, « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *D.* 2012. 2750 ; X. Labbé, « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP éd. G.* n°37, 10 sept. 2012, doctr. 977 ; Y-H. Leleu, « Le mariage homosexuel en Belgique », *D.* 2010, p. 2896 ; J. Flauss-Diem, « Couple de même sexe et famille. Version anglaise », *Dr. fam.* 2000, chron. 24 ; F. Brulé-Gadioux, E. Lamothe, « Le mariage homosexuel en Europe », *Deffrénois*, 2005. 647 ; TGI Bordeaux, 2 juil. 2004, *D.* 2004. 2395, note E. Agostini ; *JCP* 2004, II, 10169, note G. Kessler ; *Gaz. Pal.* 2004, 3250, note G. Geouffre de la Pradelle, *AJ. fam.* 2004. 407, obs. L. Attuel-Mendès ; *Dr. fam.* 2004, n°166, note V. Larribau-Terneyre ; *RTDciv.* 2004. 719, obs. J. Hauser.

⁹⁹⁸ H. Fulchiron, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *Statut des tiers et/ou statut des familles homosexuelles*, *LPA* 24 fév. 2012, n° 39, p.17 ; D. Fenouillet, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *La parentalité en question : la parenté éprouvée*, *LPA* 24 fév. 2010, n° 54, p.7 ; F. Rouvière, « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », *Gaz. Pal.* 7 mars 2013, n° 66, p. 5 ; M. Bruggeman, « Présentation du nouveau plan de soutien à la parentalité », *Dr. fam.* 2012, alerte 2 ; F. Millet, « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Deffrénois*, 2005, n° 9, p. 743 ; I. De Benalcazar, « Une nouvelle filiation : L' « homoparentalité » ? », *Gaz. Pal.* 12 déc. 2000, n° 347, p.18.

521.Parentalité. La question du parent de substitution prend une nouvelle dimension car elle intéresse la « parentalité des personnes de même sexe ». La parentalité n'est pas définie contrairement à l'autorité parentale, mais elle est comprise comme une fonction éducative qui peut être exercée par toute personne. Un auteur remarque que : « le terme parentalité apparaît là où l'autorité parentale disparaît »⁹⁹⁹, ce qui signifie qu'elle remplace l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère.

La parentalité renvoie à « la fonction de certains adultes qui par leur présence et leur aide privilégiée apportent à l'enfant les moyens matériels, éducatifs et affectifs de devenir adultes »¹⁰⁰⁰. La parentalité, à la différence de la parenté, est construite indépendamment de tout lien de filiation. Son développement rejoint la reconnaissance d'une parenté sociale.

522.Parenté sociale et statut parental. Des législations européennes organisent le statut du beau-parent pour offrir au conjoint de même sexe la qualité de parent social. Une telle solution est aussi retenue par la législation suédoise qui ne reconnaît le statut de beau-parent qu'au profit du partenaire homosexuel d'un parent dans le souci de reconnaître à ces personnes un statut juridique¹⁰⁰¹. D'autres législations abordent la question sous l'angle de l'autorité parentale en lien avec un statut de partenariat ou, parfois, d'époux. Elles organisent ainsi la possibilité pour un couple de personnes de même sexe d'exercer « conjointement » l'autorité parentale. Lorsque cette possibilité est prévue, les modalités d'application renvoient soit à une autorité parentale réduite, soit une autorité parentale pleinement commune.

523.L'autorité parentale réduite. La loi allemande relative au partenariat de vie du 16 février 2001 accorde à la personne liée au parent une autorité parentale dite « réduite ». Le partenariat allemand est réservé aux personnes de même sexe¹⁰⁰². L'autorité parentale réduite ne s'applique que si l'un des parents est titulaire de l'autorité parentale. Toutefois, la législation allemande prévoit que l'exercice de l'autorité parentale par les deux partenaires de même sexe s'achèvera en cas de séparation. En cela, la législation allemande écarte la multiplication des liens extrapatrimoniaux de l'enfant avec les adultes. En Allemagne, l'autorité parentale réduite permet au partenaire d'exercer un droit de codécision pour les actes usuels, relevant du quotidien de l'enfant, sous réserve de l'accord du partenaire investi

⁹⁹⁹ A-M. Leroyer, « Comité nationale de soutien à la parentalité. Mission. Composition », *RTDciv.* 2011, p. 182.

¹⁰⁰⁰ C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français : étude critique, op. cit.*, n°69.

¹⁰⁰¹ La loi suédoise du 1^{er} février 2003 reconnaît le statut de beau-parent qu'au profit des couples de même sexe.

¹⁰⁰² *Le mariage homosexuel.* Les documentations de travail du Sénat, Étude de législation comparée LC 134, 2004.

de l'autorité parentale. Conçédée au partenaire de même sexe, elle est ainsi limitée quant au champ d'intervention et dans sa durée, puisque ce droit devra disparaître en cas de séparation entre les partenaires. Cette souplesse permet de reconnaître une certaine « *parentalité* » au profit des couples de personnes de même sexe. Cette mesure se rapproche de la délégation de l'autorité parentale en droit français. D'autres législations vont plus loin, en organisant un exercice commun de l'autorité parentale.

524.L'autorité parentale commune. Les législations néerlandaise et anglaise accordent un exercice commun de l'autorité parentale au partenaire de même sexe qui a les mêmes effets que celui accordés aux parents. La loi néerlandaise organise une autorité parentale commune au profit de personnes de même sexe mariées ou partenaires. La loi anglaise ne réserve cette possibilité qu'aux partenaires civils de même sexe¹⁰⁰³. Cette extension de l'autorité parentale serait fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant à bénéficier de la garantie juridique d'être élevé par l'un ou l'autre, particulièrement en cas de décès de son parent légal. Pourtant, derrière le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît une autre préoccupation, celle pour ces couples de personnes de même sexe d'exercer une prérogative parentale, plus généralement d'avoir un enfant en commun¹⁰⁰⁴. Le droit français s'inscrit dans cette orientation depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 relative au mariage entre deux personnes de même sexe¹⁰⁰⁵ qui leur reconnaît la possibilité d'exercer conjointement l'autorité parentale sur un enfant commun adopté. Il faut alors distinguer selon qu'il s'agit de l'adoption de l'enfant du conjoint ou de celle d'un enfant abandonné¹⁰⁰⁶.

Avant la loi du 17 mai 2013, seule la délégation de l'autorité parentale permettait d'obtenir des prérogatives parentales sur un enfant et à des conditions strictes.

525.Le recours à la délégation d'autorité parentale en droit français. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 a introduit la délégation-partage de l'autorité parentale pour permettre à un tiers d'exercer certaines prérogatives à côté de l'autorité parentale. Le mécanisme de la délégation-partage permet un exercice conjoint de l'autorité parentale par

¹⁰⁰³ Cette possibilité pourrait être étendue au Royaume-Uni au couple de même sexe marié, puisque le Parlement a récemment adopté la proposition de loi de mariage pour les personnes de même sexe, *Le Monde*, 6 février 2013.

¹⁰⁰⁴ H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP éd. G* n°23, 3 juin 2013, doct. 658.

¹⁰⁰⁵ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. *JO* n° 0114 du 18 mai 2013, p. 8253.

¹⁰⁰⁶ I. Corpart, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *AJ. fam.* 2013, p. 340 ; P. Salvage- Gerest, « Adoption de l'enfant adoptif du conjoint : que faut-il comprendre ? », *AJ. fam.* 2013, p. 345.

deux personnes de même sexe. Cette possibilité est une atténuation apportée au principe de l'article 376 du Code civil. Le droit belge se montre encore plus ferme que le droit français sur ce point, puisqu'il ne prévoit aucune possibilité de délégation de l'autorité parentale. En cela, la Cour d'arbitrage décide qu'il ne peut y avoir une délégation-partage de l'autorité parentale car cette dernière est attachée au lien de filiation¹⁰⁰⁷. L'autorité parentale est donc indisponible. Cette règle d'ordre public connaît un tempérament en droit français, comme l'article 377 du Code civil français qui prévoit que : « Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers (...) ». La délégation d'autorité parentale est « l'acte par lequel le juge aux affaires familiales transfère l'autorité parentale, totalement ou partiellement selon les cas à une personne autre que les père et mère »¹⁰⁰⁸. Seul l'exercice de l'autorité parentale est transféré au tiers. Les parents demeurent titulaires de l'autorité parentale.

A côté de la délégation de l'autorité parentale, mesure de protection de l'enfance, la loi du 4 mars 2002 a introduit la délégation partage de l'autorité parentale. Il s'agit d'un mode de délégation qui permet au parent délégant de conserver l'exercice de l'autorité parentale. La délégation-partage permet ainsi un exercice de l'autorité parentale conjoint entre le délégant et le délégataire. Ce partage explique que les couples de personnes de même sexe aient revendiqué ce mode de délégation, palliant ainsi l'absence de reconnaissance de leur statut juridique parental¹⁰⁰⁹.

526.Délégation-partage et couples de personnes de même sexe. C'est par un arrêt du 24 février 2006 que la première chambre civile de la Cour de cassation a, pour la première fois, reconnu la possibilité pour la partenaire de la mère de l'enfant de bénéficier d'une délégation-partage de l'autorité parentale¹⁰¹⁰. En l'espèce, elle décide qu'il est de l'intérêt des enfants de déléguer partiellement à la partenaire l'exercice de l'autorité parentale dont la mère est seule titulaire et de partager celle-ci entre elles. Certains auteurs perçoivent dans cette

¹⁰⁰⁷ Cour d'arbitrage, 8 oct. 2003, n° 134/2003, J. Pousson- Petit, « Chronique de droit belge », *Dr. fam.* 2007, étude 12.

¹⁰⁰⁸ N. Baillon-Wirtz, Y. Honhon, M.-C. Le Boursicot, A. Meier-Bourdeau, I. Omarjee, C. Pons-Brunetti, *L'enfant sujet de droit*, Lamy, Axe Droit, 2010, p. 260.

¹⁰⁰⁹ H. Fulchiron, « Parenté, parentalité, homoparentalité. A propos de l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 2006 », *D.* 2006, p. 876.

¹⁰¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 2006, *Bull. Civ. I*, n° 101 p. 95, pourvoi n°04-17090, *D.* 2006. 897, note D. Vigneau ; *ibid.* IR 670, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* Point de vue 876, H. Fulchiron ; *JCP éd. G* 2006 I, 199, n°16, obs. M. Rebourg ; *Defrénois* 2006. 1067, obs. J. Massip ; *AJ. fam.* 2006. 159, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2006, n°89, note P. Murat ; *RJPF* 2006-4I32, obs. E. Mulon ; *RLDC* 2006/27, n° 2056, note D. Bourgault- Coudevyille ; *RTDsanit. soc.* 2006. 578, note C. Neirinck.

décision un début de reconnaissance d'un statut parental au profit des couples de personnes de même sexe. Un auteur fait même remarquer que, dans cette décision, les juges ont détourné la délégation-partage de sa fonction première : suppléer le parent défaillant pour réaliser une véritable substitution¹⁰¹¹. Force est de constater que les décisions en ce sens sont plutôt rares car les juges veillent particulièrement à l'intérêt supérieur de l'enfant en ce domaine¹⁰¹². Ils relèvent les éléments de caractérisation de la notion à savoir le maintien des relations personnelles de l'enfant avec ses parents et son évolution au sein d'un environnement sain.

Ce contrôle de droit permet d'apprécier concrètement l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, dans une décision du 8 juillet 2010¹⁰¹³, les juges refusent la délégation-partage de l'autorité parentale par la mère au profit de sa partenaire, au motif que les requérantes « ne démontreraient pas en quoi l'intérêt supérieur des enfants exigeait que l'exercice de l'autorité parentale soit partagé entre elles et permettrait aux enfants d'avoir de meilleures conditions de vie ou une meilleure protection quand les attestations établissaient que les enfants étaient épanouis ». La décision du 8 juillet 2010 se démarque de celle du 24 février 2006 en ce que l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » est utilisée et non le simple « intérêt de l'enfant ». La terminologie a ici toute son importance car elle témoigne du souci de la prise en considération première de l'intérêt de l'enfant.

527. Avenir de la délégation de l'autorité parentale en droit français. Depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 la délégation de l'autorité parentale sera sans doute moins sollicitée puisque les couples de personnes de même sexe mariés exerceront automatiquement l'autorité parentale conjointement sur l'enfant adopté. Encore faut-il toutefois que l'adoption soit prononcée au vu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Même si la loi a été validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 mai 2013¹⁰¹⁴, elle n'éclipse pas totalement la mise en œuvre de la délégation de l'autorité parentale. Cette dernière pourra être décidée lorsque le parent biologique refusera l'adoption de son enfant par le conjoint de même sexe de

¹⁰¹¹ C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français : étude critique, op. cit.*, p. 84.

¹⁰¹² Pour une position contraire : C. Mécar, « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ. fam.* 2011, p. 604. Néanmoins, il faut remarquer qu'il s'agit de jugements rendus par des tribunaux de grande instance. Ceux-ci n'ont pas la même portée que les décisions de la Cour de cassation.

¹⁰¹³ Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, *Bull. Civ. I*, n° 158, pourvoi n° 09-12623, *Dalloz Actualité*, 27 juil. 2010, Pan. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *JCP* 2010, n°994, obs. A. Gouttenoire ; *AJ. fam.* 2010, 394, obs. F. Chénéde ; *Defrénois* 2010. 2028, obs. J. Massip ; M. Farge, *Dr. fam.*, 2010, comm. 156 ; *RLDC* 2010/75, n°3975, obs. Serr ; *RJPF* 2010-11/29, obs. F. Eudier ; *RTDciv.* 2010, 547, obs. J. Hauser.

¹⁰¹⁴ Décision n° 2013-669, 17 mai 2013, C.-A. Chassin, *LPA* 4 juil. 2013, n° 133, p. 13 ; J.-M. Larralde, *LPA* 4 juil. 2013, n° 133, p. 5 ; *D.* 2013. 1643, chron. F. Dieu ; *AJ. fam.* 2013. 332, étude F. Chénéde ; J.-R. Binet, *Dr. fam.* 2013, comm. 98, *Constitutions* 2013. 166, obs. A.-M. Le Pourhiet ; L. Brunet, *RDSS*, 2013, p.908 ; *RTD civ.* 2013. 579, obs. J. Hauser.

l'autre parent¹⁰¹⁵. Un auteur remarque que la délégation de l'autorité parentale devrait rester marginale face aux avantages de l'adoption de l'enfant qui crée notamment un véritable lien filial¹⁰¹⁶. En ce sens, Monsieur Fulchiron invite à réfléchir sur cette nouvelle parenté et à élaborer un statut de la parentalité¹⁰¹⁷. L'intérêt supérieur de l'enfant sera-t-il suffisamment pris en compte dans les législations à venir ? Son impact sera-t-il effectif ?

¹⁰¹⁵ I. Corpart, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *loc. cit.*, p. 340.

¹⁰¹⁶ *Ibidem*.

¹⁰¹⁷ H. Fulchiron, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 », *JCP éd.G*, n°23, 2013, doct. 658.

Conclusion du titre 1

528.L'intérêt supérieur de l'enfant, guide législatif. Les législations européennes sont de plus en plus nettement guidées par l'intérêt supérieur de l'enfant. Les évolutions législatives dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale en constituent un bon exemple. Des organes internationaux veillent à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte en premier. Le Comité des droits de l'enfant s'assure en particulier que l'ensemble de ces législations intègre la notion d'intérêt supérieur de l'enfant comme fondement des évolutions législatives. Cependant, certaines réformes prennent en compte aussi d'autres principes et intérêts, à l'instar du principe d'égalité entre père et mère.

529.L'articulation des intérêts à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant. Au fond, rien ne s'oppose à ce que plusieurs principes constituent le fondement des dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Il suffit que l'intérêt supérieur de l'enfant demeure une considération primordiale, conformément à la lettre de l'article 3-1 de la Convention de New York. En-deçà, celui-ci peut être articulé avec d'autres principes. Le risque réside toutefois dans l'éviction progressive de l'intérêt supérieur de l'enfant au profit d'autres intérêts mieux défendus. Par exemple, il apparaît que la généralisation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne suffit pas en tant que telle et abstraitement définie à satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant. Le principe de coparentalité vise à instaurer une « égalité absolue »¹⁰¹⁸ entre père et mère incompatible avec une appréciation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne peut se réduire à des déclarations de principe. Un équilibre doit être recherché entre un exercice conjoint de l'autorité parentale permettant à chacun des parents de maintenir des liens avec l'enfant et la satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas.

Ce même constat s'applique à la question des châtiments corporels. Cependant, les enjeux ne sont pas alors les mêmes, puisqu'entre plus visiblement en jeu la santé physique et psychologique de l'enfant. Des ajustements doivent être apportés à l'articulation des intérêts en présence, de façon à ce que l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les législations européennes puisse être effectif. Cette articulation est parfois délicate, au regard de la pluralité des intérêts en présence.

¹⁰¹⁸ J. Hauser, « Le couple sexué et le droit de la famille », in *La complémentarité des père et mère*, Colloque 7 avril 2012, Université Reims Champagne Ardenne publication à venir.

530. Les difficultés d'application de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans le cadre de la résidence alternée ces difficultés apparaissent, surtout en cas de résidence alternée de plein droit. Recourir à une telle systématisation d'une modalité contestée de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ferait obstacle à une appréciation au cas par cas, concrète, des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant. Le législateur ne peut emprunter cette voie sans entrer en contradiction avec les éléments de caractérisation relevés dans la première partie. Dans le cadre de la revendication des droits des tiers, ces difficultés tiennent à l'appréciation de la compatibilité de l'intérêt supérieur de l'enfant avec l'effacement de l'un de ses parents biologiques et le développement d'une multi-parentalité, voir multi-parenté par le canal de l'adoption. Il appartient au législateur de s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue toujours une considération primordiale face aux revendications des droits des parents ou des tiers. L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les législations européennes s'avère de ce point de vue contrasté.

531. Impact du guide législatif. Les législateurs européens doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans leurs réformes (« considération primordiale »), conformément à l'article 3-1 de la Convention de New York. Quel est toutefois l'impact réel de ce principe dans les législations européennes récentes ? Il apparaît à l'analyse que si cet impact n'est pas nul, notamment dans la progression de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, il n'en reste pas moins encore insuffisant, en raison notamment de l'interférence d'autres principes ou intérêts et d'une conception souvent trop abstraite de l'intérêt défendu.

La diminution de l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale dans l'élaboration des lois trouve son origine dans un phénomène de systématisation des concepts incompatible avec la satisfaction concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant. S'inscrivent dans cette perspective un exercice conjoint de plein droit ; l'idée d'une résidence alternée de plein droit, d'un statut du beau-parent, d'une filiation *sociale* (...). L'intérêt supérieur de l'enfant ne peut fonder des dispositions aussi catégoriques. Cependant, la perspective législative favorise une telle évolution.

532. Rôle de la loi en la matière. Le développement de législations trop intrusives n'est peut-être pas en conséquence souhaitable dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale. La loi doit se contenter de fixer des principes d'intérêt général, dans la lignée de ceux du Code civil, et notamment de rappeler ceux que pose la Convention internationale des

droits de l'enfant. Il doit poser aussi des garde-fous et préserver un système de protection de l'enfance qui a fait ses preuves. En allant plus loin, le législateur s'émancipe de l'intérêt supérieur de l'enfant et l'instrumentalise. Or, un ordre public protecteur de l'enfant émerge.

533.L'émergence d'un ordre public protecteur. L'approche de droit comparé met en évidence les risques liés à une «européanisation» du droit de la famille *via* des lois européennes trop intrusives et directives dans un domaine où l'approche concrète s'avère essentielle. Seules quelques règles d'ordre public, car satisfaisant l'intérêt général, doivent compter en la matière. C'est pourquoi il est important de relever en quoi apparaît peu à peu un ordre public protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne.

Cet ordre public européen de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant est actuellement en phase de construction. L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant est en effet très développé à l'échelle des décisions judiciaires. L'intérêt supérieur de l'enfant est un guide législatif. Permet-il pour autant une protection effective de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle des décisions prises par les juridictions ?

Titre 2

Un guide décisionnel

534.D'un critère décisionnel à un guide décisionnel. Le juge s'est longtemps référé à l'intérêt de l'enfant comme critère de décision. Un auteur¹⁰¹⁹ remarquait qu'en matière « d'exercice de l'autorité parentale, plus que dans tout autre, il s'est imposé depuis longtemps comme critère de détermination des modalités de l'exercice de cette autorité et de fixation de la résidence de l'enfant en cas de divorce ». L'intérêt de l'enfant constituait alors le critère pour décider de l'exercice conjoint ou unilatéral de l'autorité parentale, du droit de visite du parent ou encore de la résidence de l'enfant. Désormais, dans les décisions judiciaires les juges se réfèrent à l'intérêt supérieur de l'enfant ou du moins à sa substance en relevant très précisément les éléments de caractérisation de la notion relevés dans la première partie de la thèse. Les juges se prononcent ainsi en étant guidés par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant ne constitue plus seulement un critère de décision ; il incarne l'essence et l'objectif même des décisions rendues.

535.Enjeux. La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les ordres juridiques judiciaires résulte de la reconnaissance de l'application de l'article 3-1 de la Convention de New York dans la jurisprudence interne. L'autonomie même de la notion s'y trouve étroitement liés : ces liens entre l'autonomie et l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant doivent être analysés de façon à déterminer si ceux-ci sont dissociables ou non et de façon à mesurer l'impact effectif de la notion autonome d'intérêt supérieur de l'enfant dans les ordres juridiques européens par le canal des décisions judiciaires.

D'ores et déjà, différentes étapes dans l'établissement d'un lien entre l'impact et l'autonomie de l'intérêt supérieur de l'enfant peuvent être relevées. En premier lieu *via* la reconnaissance par les juges d'un principe supérieur international sur le fondement de la réception de l'article 3-1 de la Convention de New York. En second lieu, par le développement du rôle de guide décisionnel de l'intérêt supérieur de l'enfant, les juges

¹⁰¹⁹ La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux. Questions d'actualité. Sous la direction de J-J Lemouland, Carré Droit, Litec, 2004, p. 17.

s'efforçant de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant fonde toutes les décisions concernant l'enfant.

536.L'impact de la supériorité du principe. L'intégration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les jurisprudences européennes ne met pas seulement en avant la fonction de guide décisionnel du principe. Elle consacre aussi la supériorité de l'intérêt de l'enfant.

Dans la terminologie de la Convention internationale des droits de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant est « une considération primordiale » et l'intérêt de l'enfant est « supérieur ». Quel est l'impact de cette nouvelle terminologie ? Institue-t-elle une hiérarchie entre les intérêts en présence ? La réflexion à développer sur ce point est importante eu égard à l'unification des législations européennes relevée dans le premier titre de la seconde partie de la thèse en matière d'exercice de l'autorité parentale à l'échelle européenne. La nouvelle terminologie consacrée dans les textes internationaux et les différentes législations a-t-elle un impact à peu près égal ou non dans les décisions judiciaires relevant des ordres juridiques internes ? A l'échelle européenne, la mesure de l'impact de la supériorité de l'intérêt de l'enfant, impact également lié à l'autonomie de la notion fondée sur l'article 3-1 de la Convention, découle d'une telle analyse.

537.Plan. L'intérêt de l'enfant représente toujours un critère décisionnel à l'heure actuelle. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant est devenue plus prégnante dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale depuis que l'article 3-1 de la Convention de New York se trouve directement appliqué en droit interne par les juridictions. Ce passage de simple critère décisionnel à un véritable guide décisionnel repose sur une intégration progressive en jurisprudence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les jurisprudences européennes (**Chapitre 1**). L'impact de l'« intérêt supérieur de l'enfant » se mesure également par la réception de sa supériorité. Il ne s'agit plus seulement de l'intérêt de l'enfant, mais bien de son intérêt supérieur, ce qui emporte de nouvelles conséquences (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les jurisprudences européennes

538. Une réception à deux vitesses. L'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant prévoit que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale: « dans toutes les décisions qui concernent l'enfant, qu'elles soient le fait (...) des tribunaux, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Cependant, l'analyse des décisions met en exergue certaines hésitations sur ce point. Il faut distinguer ici selon qu'il s'agit des juges de chaque ordre juridique interne ou des juges des juridictions supranationales.

S'agissant des premiers l'intégration de l'intérêt supérieur de l'enfant a suscité des hésitations jurisprudentielles et certains débats doctrinaux. On relève encore des réticences à reconnaître pleinement le principe pour certains d'entre eux. En revanche, les Cours européennes ont reconnu assez rapidement l'intégration d'un tel principe, du moins dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale.

Comment s'expliquent ces différences dans la rapidité de réception de l'intérêt supérieur de l'enfant selon les juridictions concernées ? Cela nuit-il à l'unité européenne en la matière et à l'application effective du principe ?

539. Plan. La réception de l'intérêt supérieur dans les ordres juridiques se traduit par la reconnaissance de l'application de l'article 3-1 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant dans les décisions judiciaires. L'étude de droit comparé met en évidence les différentes étapes de la réception de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour les juridictions internes, cette reconnaissance s'est réalisée progressivement, souvent après de longues hésitations, à l'instar du droit français (**Section 1**).

La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence des juridictions européennes s'est réalisée plus rapidement. La facilité d'une telle reconnaissance s'explique sans doute par le fait que les juridictions européennes n'ont pas eu besoin de se référer à l'article 3-1 de la Convention porteur du principe, mais au principe lui-même (**Section 2**).

Section 1. La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juridictions internes

540.L'engagement des Etats parties à la Convention de New York. L'article 4 de la Convention de New York prévoit que : « Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale ». Cette disposition oblige les Etats à prendre les mesures nécessaires pour reconnaître et appliquer de manière effective les droits prévus par la Convention de New York. Les Etats européens ont tous ratifié la Convention de New York¹⁰²⁰. Pourtant, la question se pose encore¹⁰²¹ de la réception de la Convention dans les ordres juridiques internes.

541.Réception de la Convention de New York. Les Etats, comme les y invite l'article 4 de la Convention, ont-ils pris les mesures nécessaires à la mise en œuvre des droits de l'enfant, et particulièrement du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ? Selon Monsieur Pichard : « en droit français il n'y a qu'une réception partielle de la Convention, ce qui nuirait, par ailleurs, à son effectivité »¹⁰²¹.

Le rapport du Comité des droits de l'enfant présenté en 2009¹⁰²² a indiqué, concernant la Suède, « s'inquiéter de ce que l'Etat partie refuse de reconnaître officiellement la Convention comme faisant partie du droit suédois, ce qui peut avoir une influence sur les droits qui y sont énoncés et sur leur application »¹⁰²³. Il invite la Suède « à prendre toutes les mesures voulues pour s'assurer que le droit interne concorde pleinement avec la Convention et recommande à l'État partie de poursuivre et de renforcer ses efforts en vue de reconnaître formellement la Convention comme faisant partie intégrante de la législation suédoise ». Il recommande, en outre, que « la Convention prime toujours sur le droit interne lorsque les dispositions législatives nationales sont en conflit avec celles de la Convention »¹⁰²⁴. Le respect de l'article 3-1 de la Convention de New York par les Etats suppose ainsi son

¹⁰²⁰ L'Allemagne a ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant le 6 mars 1992 ; l'Espagne l'a ratifié le 6 décembre 1990 ; la France l'a ratifié le 7 août 1990 ; le Royaume- Uni l'a ratifié le 16 décembre 1991.

¹⁰²¹ M. Pichard, « L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant : question(s) de méthode(s) », *LPA* 7 oct. 2010, n° 200, p. 7 ; D. Sarcellet, « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit interne », *RLCD* 2011, n° 87, p. 17 et s.

¹⁰²² CRC/C/SWE/CO/4, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention. Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Suède, 26 juin 2009.

¹⁰²³ *Ibidem*.

¹⁰²⁴ *Ibidem*.

intégration dans les ordres juridiques internes. La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant soulève des questions d'un autre ordre.

542.Intégration de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les législations et réception du principe. Le premier titre de la seconde partie de la thèse a mis en évidence les degrés d'intégration et d'impact de l'article 3-1 de la Convention de New York dans l'élaboration et l'évolution des législations des différents ordres nationaux. Le présent titre soulève une question différente : celle de savoir si les juridictions en viennent ou non à appliquer directement l'article 3-1. Précisément c'est la question de l'applicabilité directe de ce texte qui est posée (§1). Toutefois, l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions judiciaires ne se mesurent pas toujours à la réception de ce texte (§2).

§1. Les premières manifestations de l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention de New York dans la jurisprudence française

543.Plan. En droit français, la question de l'application directe de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant a fait l'objet d'hésitations jurisprudentielles (A). Cependant, une fois ces hésitations dépassées, il apparaît qu'un véritable contrôle de conventionnalité est organisé (B). Par ce contrôle, se mesure l'impact du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale.

A- Les hésitations jurisprudentielles

544.Difficultés de réception de l'article 3-1 en droit français. La réception de la Convention internationale sur les droits de l'enfant en droit français a fait naître de nombreuses questions spécialement relatives à l'article 3-1 de cette Convention¹⁰²⁵. La question de l'applicabilité directe de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant au sein de l'ordre juridique français a soulevé des débats tant sur le fond que sur son

¹⁰²⁵ C. Chabert, « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *JCP éd. G*, n°18, 30 avril 2003, I, 129.

étendue. Les difficultés en la matière apparaissent nettement dans un rapport du 25 janvier 2006 recensant les dispositions d'applicabilité directe¹⁰²⁶.

Ce n'est pas la Convention de New York, en tant que traité international ni sa place dans la hiérarchie des normes qui ont pu être remises en cause, mais davantage son utilisation comme fondement des décisions jurisprudentielles et particulièrement la possibilité d'invoquer directement ou non en droit interne son article 3-1, ou d'autres articles de la Convention tel l'article 7. Ces différentes questions sont toutefois sur le fond étroitement entremêlées. Certains auteurs¹⁰²⁷ ont interprété les décisions rendues par les juridictions françaises refusant l'applicabilité directe de la Convention comme un « déni » de l'existence de l'article 55 de la Constitution¹⁰²⁸. D'autres se sont interrogés sur la portée *self executing* de la Convention et ont refusé d'y voir une méconnaissance de la règle posée par l'article 55¹⁰²⁹.

545.Primauté du traité sur la loi. La question des divergences entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, au sujet de la primauté du traité international sur la loi nationale conformément à l'article 55 de la Constitution, a déjà été tranchée. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer la supériorité des traités internationaux sur la loi interne, même postérieure, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution¹⁰³⁰. Il n'est donc pas contesté que la Convention, dont l'article 3-1 posant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, prévaut sur la loi française. En revanche, ont été discutés les différents degrés de la réception.

546.Les degrés de réception. Il ne s'agit pas d'étudier la primauté de la Convention internationale des droits de l'enfant au regard d'une disposition législative conformément à ce qu'impose la hiérarchie des normes, mais plutôt d'analyser quel est le degré de réception de l'article 3-1 de la Convention de New York dans la jurisprudence française. La divergence des positions juridictionnelles concernant l'application de ce dernier texte s'explique par des

¹⁰²⁶ Rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, sous la direction du Président P. Bloche, Assemblée nationale, n° 2832, 25 janvier 2006 ; D. Sarcelet, « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit interne », *loc. cit.*, p. 17.

¹⁰²⁷ La question de l'applicabilité directe de la Convention en droit français a fait naître certaines divergences entre auteurs sur l'interprétation à donner à l'arrêt Lejeune. Certains y voient un déni de l'article 55 de la Constitution : C. Neirinck et P.M Martin, « Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt Le Jeune », *JCP éd. G*, n° 20, 19 mai 1993, I, 3677.

¹⁰²⁸ Article 55 de la Constitution française: « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celles des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

¹⁰²⁹ M.C Rondeau-Rivier, « Un traité mis hors jeu », *D.* 1993, p. 203.

¹⁰³⁰ Cass. Chb Mixte, Soc.des cafés J. Vabres, 24 mai 1975, Bull Chb Mixte n° 4, p. 6, pourvoi n° 73-13556. Le Conseil d'Etat a adopté par la suite la même position, CE, Nicolo, 20 oct. 1989, n° 108243. Ainsi dans les deux ordres juridiques la solution est la même.

différences dans le raisonnement mis en œuvre. La Cour de cassation s'intéressait davantage à l'objet de cette Convention, c'est-à-dire à la protection de l'enfant par la reconnaissance de ses droits et refusait d'exercer un contrôle de conventionalité. Le Conseil d'Etat, lui, s'intéressait à la nature de la Convention, texte international produisant en tant que tel un effet direct en droit interne et supérieur à la loi (conformément à l'article 55 de la Constitution)¹⁰³¹. La question est celle de l'effet direct ou non de tel ou tel article du traité, en l'occurrence de l'article 3-1.

547.La distinction opérée par le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat distingue entre les dispositions qui créent des obligations à la charge des Etats, donc dépourvues d'effet direct, de celles qui ont un effet direct. L'effet direct d'un traité international implique la possibilité pour le justiciable d'invoquer ce texte à l'appui de ses prétentions¹⁰³². Cette possibilité caractérise l'applicabilité d'une norme internationale dans un ordre juridique interne. Cette distinction résulte des observations de plusieurs auteurs qui constatent que les dispositions commençant par l'expression « les Etats parties...», suivie des verbes « veillent », « s'engagent à assurer », « s'engagent à garantir » traduisent l'absence d'effet direct¹⁰³³. Par exemple, l'article 3-2 de la Convention de New York prévoit que : « les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien être (...) ». Seuls les Etats parties y sont obligés, l'article 3-2 n'ayant pas vocation à être invoqué par le justiciable¹⁰³⁴. En revanche, lorsque les articles de la Convention ne se réfèrent pas à de telles expressions, ils sont directement invocables devant les juridictions nationales. L'article 3-1 entre dans cette seconde catégorie. Cette distinction reposant sur des considérations d'ordre terminologique issue du droit public¹⁰³⁵ sera reprise par la Cour de cassation.

¹⁰³¹ B. Bonnet, « Le Conseil d'Etat et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan. De l'art du pragmatisme », *D.* 2010, p. 1031.

¹⁰³² N. Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pelle, *Droit international public*, L.G.D.J., 2002 ; A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, th. dactyl. p. 39, n°50-51.

¹⁰³³ P. Courbe, « L'application directe de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *D.* 2006, p. 1487, P. Lagarde, « La Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant n'est pas directement applicable en droit interne », *Revue critique de droit international*, 1993, p. 449, J. Massip, « La Convention relative aux droits de l'enfant, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'est pas directement applicable en droit interne », *D.* 1993, p. 361.

¹⁰³⁴ Pour d'autres exemples : article 3-3, article 4, ou encore article 9-1 CIDE.

¹⁰³⁵ J. Combacau, *Le droit des traités*, Que sais-je ?, éd. 1991 ; F. Dekeuwer-Defossez, « La Convention relative aux droits de l'enfant, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'est pas directement applicable en droit interne », *D.* 1994, p. 34 ; R. Abraham, « L'effet direct de certaines stipulations de la Convention internationale sur les droits de l'enfant », *RFDA* 1998, p. 562.

548.La position du Conseil d'Etat. C'est dans ce contexte de distinctions terminologiques que le Conseil d'Etat a, le premier, reconnu l'application de l'article 3-1 de la Convention de New York relatif au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, dans un arrêt du 22 septembre 1997¹⁰³⁶. Pour rejeter la décision d'expulsion en cause, il se fonde sur l'article 3-1 de la Convention de New York en précisant que les dispositions de cet article peuvent être « directement invoquées à l'appui d'un recours en excès de pouvoir ». Il décide que « dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'autorité administrative doit accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants ». Il reconnaît l'application de l'article 3-1 de la Convention de New York et soumet l'autorité administrative au respect de cet article (en témoignent le visa de la décision et le chapeau qui énonce le contenu de l'article 3-1 de la Convention, puis la décision elle-même qui reprend le principe).

549.Mise en exergue de l'article 3-1 de la Convention. En l'occurrence, le Conseil d'Etat partait du problème de fond : le souci de ne pas séparer l'enfant de sa mère, ce dont il résulterait de l'application de la mesure d'expulsion. La Convention de New York contient une disposition destinée à éviter cette séparation : l'article 9-1, lequel prévoit que « les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré (...) ». Cependant, l'article 9-1 ne suffisait pas à l'obtention du résultat recherché. Cet article énonce une obligation à la charge des Etats parties, ce qui explique que le Conseil d'Etat ne s'y réfère pas puisque les dispositions de nature à obliger les Etats ne s'appliquent pas directement. En cela, le raisonnement du Conseil d'Etat correspond à la position de certains auteurs selon laquelle des dispositions édictant des obligations à la charge des Etats ne pourraient pas être d'applicabilité directe¹⁰³⁷.

Par cette décision, le Conseil d'Etat reconnaît l'application de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et l'introduction dans la jurisprudence française du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour de cassation va progressivement suivre la même voie.

¹⁰³⁶ CE, Mlle Cinar, 22 septembre 1997, n° 161364 ; *JCP éd. G* 1998, II, 10051, comm. A. Gouttenoire-Cornut. ; Th. Fossier, chron. dr. fam., *JCP éd. G* 1998, I, 101 ; M. Reydellet, « La Convention des droits de l'enfant n'est pas un traité « hors jeu » », *LPA* 26 janv. 1998, n° 11, p. 17 et s. ; *RTDciv.* 1998. 908, obs. J. Hauser.

¹⁰³⁷ P. Courbe, « L'application directe de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *loc. cit.*, p. 1487.

550. La position de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 10 mars 1993, la Cour de cassation a d'abord refusé l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant¹⁰³⁸, en décidant alors que « les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant (...) ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette convention qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'étant pas directement applicable en droit interne ». En conséquence, le requérant ne pouvait soutenir ses prétentions sur ce fondement. Elle décide ainsi que les obligations émises par la Convention ne valent que pour les Etats parties. Elle distingue entre les dispositions qui ne s'appliquent qu'aux Etats parties et celles qui s'appliquent aussi au justiciable. Certains ont dénoncé une décision inspirée par « un motif lacunaire se fondant sur un critère rédactionnel peu probant »¹⁰³⁹. D'ailleurs, certains arrêts d'appel avaient déjà eu l'occasion de reconnaître que « la Convention s'imposait au juge français »¹⁰⁴⁰. Dans l'arrêt du 10 mars 1993, le pourvoi se fondait sur les articles 1, 3, 9 et 12 de la Convention de New York. Or, certains de ces articles confèrent des obligations à la seule charge des Etats parties, à l'instar de l'article 3-2 et 3-3 qui prévoient que les Etats parties « s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins (...) » ou « veillent à ce que le fonctionnement des institutions (...) ». Le pourvoi, comme la Cour, ne distinguaient pas les différents éléments de ces articles. Cette distinction aurait peut-être permis de suivre la même démarche que le Conseil d'Etat et ainsi de reconnaître l'existence du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'article 3-1 n'imposant aucune obligation aux Etats¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁸ Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *Bull. Civ. I.*, n° 103, pourvoi n° 91-11310, *D.* 1993, p. 361, note J. Massip ; *D.*, 1994, p. 14, note F. Dekeuwer-Defossez ; *Revue critique de droit international privé*, 1993, p. 449, note P. Lagarde ; *RTDsanit. soc.* 1993, p. 533, note F. Monéger ; *RTDciv.* 1993.341, obs. J. Hauser.

¹⁰³⁹ P. Lagarde, « La Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant n'est pas directement applicable en droit interne », *loc.cit.*, p. 449.

¹⁰⁴⁰ CA Montpellier, 3 février 1992, note Gouron-Mazel *JCP* éd. G, 1992, II, n° 21904. En l'espèce, les juges d'appel ont rappelé dans leur premier attendu l'obligation pour les juges français de tenir compte de la CIDE, mais ont tempéré cette obligation en l'associant au respect des dispositions nationales ; CA Pau, 19 févr. 1991, *D.* 1991.380, note V. Larribau-Terneyre.

¹⁰⁴¹ F. Monéger, « Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la convention des droits de l'enfant », *RTDsanit. soc.* 1993, p. 533.

551.Le revirement de jurisprudence. A la suite de longues hésitations, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence par un arrêt du 18 mai 2005¹⁰⁴², s'alignant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. La Cour revient « sur sa position quant à l'applicabilité directe du traité »¹⁰⁴³. En l'espèce, une enfant demande à être entendue dans la procédure engagée par son père afin de modifier les règles de résidence. Les juges du fond n'accueillent pas cette requête. La Cour de cassation casse l'arrêt critiqué sur le fondement de la Convention internationale des droits de l'enfant en précisant que : « la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant correspond au droit pour lui de se faire entendre lorsqu'il en fait la demande ». Elle reconnaît en cela l'application de l'article 3-1 de la Convention et s'attache à déterminer ce que suppose la considération primordiale de l'intérêt de l'enfant. En l'occurrence, il est de l'intérêt supérieur de l'enfant d'être entendu par les juges. Le même jour, la Cour de cassation rend un arrêt de rejet sur le même fondement¹⁰⁴⁴. Cependant, l'arrêt de cassation témoigne davantage de la reconnaissance de l'application de l'article 3-1 de la Convention.

Selon Monsieur Sarcelet, par l'arrêt de rejet du 18 mai 2005, les juges reconnaissent l'applicabilité de l'article 3-1 et, avec l'arrêt de cassation du même jour, l'application de cet article et celle de l'article 12-2¹⁰⁴⁵. La censure met en exergue la prise en compte de ce fondement en le visant, ce qui est moins explicite pour l'arrêt de rejet dans lequel la Cour de cassation ne fait que remarquer que les juges du fond ont tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention¹⁰⁴⁶.

552.La reconnaissance de l'article 3-1 de la Convention de New York par les jurisprudences nationales en Europe. La reconnaissance du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant intéresse d'autres ordres juridiques européens. Ainsi, par un arrêt du 16 janvier 2009, la Cour de cassation belge refuse d'octroyer un droit de visite au beau-père de l'enfant sur le fondement de l'article 3-1 de la Convention de New York, reconnaissant

¹⁰⁴² Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Bull. Civ. I* n° 212 p. 180, pourvoi n° 02-20613, *D.* 2005.1909, note V. Egea ; *JCP* 2005.II.10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *ibid.* 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *ibid.* 199, n°7s. ; obs. J. Rubellin-Divichi ; *Gaz. Pal.* 2005. 2664, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *Defrénois* 2005.1418, note J. Massip ; *AJ. fam.* 2005. 274, obs. T. Fossier ; *Dr. fam.* 2005, n°156, note A. Gouttenoire ; *RJPF* 2005 9/31, note F. Eudier ; *Dr et patr.*, sept. 2005, p. 101, obs. Ph. Bonfils, *RDSS* 2005.814, note C. Neirinck ; *RTDciv.* 2005.585, obs. J. Hauser ; et 627, obs. Ph. Théry ; *Rev. Crit. DIP* 2005.679, note D. Bureau.

¹⁰⁴³ A. Gouttenoire., « La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de Cassation ! », *Dr. fam.* 2005, comm. 156.

¹⁰⁴⁴ Cass. 1^{re}civ., 18 mai 2005, *Bull. Civ. I* n° 212 p. 180, pourvoi n° 02-16336, *préc.*

¹⁰⁴⁵ D. Sarcelet, « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit interne », *loc. cit.*, p. 17.

¹⁰⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *préc.*

corrélativement son application directe¹⁰⁴⁷. La Cour de cassation belge refusait auparavant l'applicabilité directe de la Convention en constatant que : « les dispositions de celle-ci étaient incomplètes, imprécises, et qu'en tant que sources subjectives elle ne pouvait servir de fondement pour les particuliers »¹⁰⁴⁸. Ce revirement témoigne de l'influence croissante de la Convention de New York au sein des ordres juridiques européens. Le Conseil d'Etat et les juridictions administratives luxembourgeoises décident, quant à eux, de l'application directe de l'article 9 de la Convention¹⁰⁴⁹. En revanche, ils ne se sont pas encore prononcés sur l'article 3-1, de même pour les juridictions judiciaires¹⁰⁵⁰.

553. Applicabilité directe et consécration législative Selon un auteur¹⁰⁵¹, la plus ou moins grande ampleur de l'applicabilité de cette Convention par les juridictions internes n'est pas la question déterminante. Bien plus que l'application de la Convention, l'important réside dans la prise en compte par le droit national des principes de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, notamment celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui renvoie à l'intérêt supérieur de l'enfant comme guide législatif. Il apparaît ainsi que les deux sont liés : applicabilité directe et prise en compte du principe par le législateur. L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant se mesure à l'aune des deux facettes de la réception de l'article 3-1 de la Convention de New York dans les ordres juridiques internes. Les recommandations du Comité des droits de l'enfant rendent compte de l'étroitesse de ce lien.

554. Les recommandations du Comité des droits de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant souligne les efforts à réaliser concernant la réception de l'article 3-1 de la Convention de New York : « Le Comité note que, en 2005, la Cour de cassation a aligné sa jurisprudence sur celle du Conseil d'État en reconnaissant l'applicabilité directe du paragraphe 1 de l'article

¹⁰⁴⁷ Cour de Cassation Belgique, n°C.07.0563.N, 16 janv. 2009.

¹⁰⁴⁸ Cour de Cassation Belgique, n°C990048. N, 4 nov.1999 : «Attendu que, bien qu'elles soient utiles à l'interprétation des textes, ces dispositions ne sont pas, en soi, suffisamment précises et complètes que pour avoir un effet direct, dès lors qu'elles laissent à l'Etat plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant; qu'elles ne peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers; Qu'elles permettent notamment aux Etats et aux autorités contractantes de déterminer comment protéger au mieux les intérêts de l'enfant dans le cadre des modalités d'établissement de la filiation biologique; Que, dans ce cas, il n'appartient pas au juge d'écarter la protection des intérêts de l'enfant imposée par le législateur au bénéfice d'une appréciation personnelle qu'il considère plus appropriée».

¹⁰⁴⁹ Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention. Deuxième rapport périodique des Etats parties devant être soumis en 2001. Luxembourg. 14 nov. 2002, p. 22.

¹⁰⁵⁰ J. Segura, « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit luxembourgeois », *RLDC*, 2011, n° 87, p. 52 et s.

¹⁰⁵¹ D. Sarcelet, « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit interne », *loc cit.*, p. 17.

3 de la Convention ». Le Comité recommande alors « de prendre toutes les mesures appropriées, et en particulier d'adopter des règles de procédure concrètes, pour veiller à ce que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'article 3-1 de la Convention, guide de manière adéquate toutes les actions et décisions du Gouvernement en ce qui concerne toutes les dispositions légales ainsi que les décisions judiciaires et administratives et les projets, programmes et services qui ont un impact sur les enfants »¹⁰⁵². Ainsi, les efforts pour reconnaître que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant guide le législateur doivent être maintenus. Le Comité adopte la même position au sujet de l'Espagne¹⁰⁵³, tout en soulignant que la question de la reconnaissance de l'applicabilité directe d'un traité international relève de la souveraineté de chaque Etat¹⁰⁵⁴. La reconnaissance de l'application de l'article 3-1 dans les ordres juridiques internes s'exprime désormais par l'exercice d'un contrôle de conventionnalité.

B- Les débuts d'un contrôle de conventionnalité.

555.Plan. En motivant leur décision au regard de la substance même de l'intérêt supérieur de l'enfant (1), les juges se justifient vis-à-vis de celui-ci. L'intérêt supérieur de l'enfant devient notion de droit (2).

¹⁰⁵² Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention. Observations finales du Comité des droits de l'enfant : France. CRC/C/FRA/CO/4, 10 sept. 2008.

¹⁰⁵³ Le Comité des droits de l'enfant recommande : « à l'Etat partie de poursuivre ses efforts pour faire en sorte que toutes les dispositions de la Convention soient largement connues et comprises tant par les adultes que par les enfants. Dans ce contexte, il l'encourage à élaborer des programmes d'éducation sur les principes et dispositions contenus dans la Convention destinés au public en général, aux enfants, aux familles et aux professionnels de l'enfance, y compris les juges, les avocats, les policiers, les enseignants, les professionnels de santé et les travailleurs sociaux ». Le Comité des Droits de l'enfant s'attache à l'effectivité de l'application de la Convention de New York dans les ordres juridiques internes. Concernant l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant il recommande à l'Etat partie de « prendre toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant guide toutes les actions et décisions juridiques du Gouvernement et des communautés autonomes, ainsi que les décisions judiciaires et administratives qui ont une incidence sur les enfants ». Le Comité des droits de l'enfant veille à ce que la Convention de New York, particulièrement le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, irrigue les décisions judiciaires.

¹⁰⁵⁴ En ce sens le Conseil d'Etat luxembourgeois dans un avis du 12 janvier 1993 précisait que : « dans le cadre du système juridique luxembourgeois, il appartient aux juridictions et à elles seules de décider si une convention internationale est suffisamment précise pour être directement applicable ou non » ; in A. Gouttenoire, *L'enfant et les procédures judiciaires*, th. dactyl. préc., spéc. p. 40, n° 52.

1- L'exercice d'un contrôle de conventionnalité.

556. Contrôle de conventionnalité. Le contrôle de conventionnalité correspond au « contrôle de la conformité d'une loi nationale à une Convention internationale »¹⁰⁵⁵. En droit français, il s'agit pour les juges de vérifier la conformité de la loi française à la Convention internationale des droits de l'enfant, notamment à son article 3-1.

557. L'introduction d'un contrôle de conventionnalité en droit français. Dans le domaine de l'autorité parentale, le juge « vérifie ainsi, à la demande des parties, si telle décision, relative par exemple à l'autorité parentale, est conforme à l'exigence de primauté d'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁰⁵⁶. Lorsque la Cour de cassation française reconnaît, dans l'arrêt du 18 mai 2005¹⁰⁵⁷, l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention elle exerce son premier contrôle de conventionnalité. Elle décide qu' : « en se déterminant ainsi, alors que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Les textes visés dans la décision sont les articles 3-1 et 12-2 de la Convention de New York ainsi que les articles 388-1 du Code civil et 338-1, 338-2 du Code de procédure civile. En l'occurrence, la Cour de cassation considère que les juges du fond auraient dû se prononcer sur la demande d'audition de l'enfant dans le respect de son intérêt supérieur et de son droit à être entendu.

558. Portée du contrôle de conventionnalité. En visant à la fois la Convention de New York et les dispositions de droit interne, la Cour de cassation entend apprécier la conformité de ces derniers au traité international. L'association des deux types de textes met en évidence une lecture des articles 388-1 du Code civil et 338-1, 338-2 du Code de procédure civile à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son droit à être entendu, comme le prévoit la Convention de New York. Madame Gouttenoire relève que ce contrôle permet « un examen de la conformité des textes aux dispositions supra-législatives assurant la protection des droits fondamentaux »¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁵ G. Cornu, Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 9^{ème} éd., 2011.

¹⁰⁵⁶ A. Gouttenoire, « L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant », *LPA* 9 mars 2012, n° 50, p. 17.

¹⁰⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *préc.*

¹⁰⁵⁸ A. Gouttenoire, « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 1^{er} avril 2013, n° 39, p. 63.

Le contrôle de conventionnalité peut dès lors prendre deux traductions. En premier lieu, il peut fonder une cassation pour violation de la loi pour avoir méconnu une disposition du traité d'application directe¹⁰⁵⁹, ou bien fonder un rejet lorsqu'il n'y a pas eu de violation¹⁰⁶⁰. En second lieu, il peut fonder l'éviction d'une disposition légale, par voie d'exception, qui contreviendrait à la disposition du traité d'applicabilité directe¹⁰⁶¹.

559. De l'exercice d'un contrôle de conventionnalité à l'émergence d'une notion de droit. Le contrôle de conventionnalité laisse s'affirmer la nouvelle nature de l'intérêt supérieur de l'enfant, dégagée dans la première partie, celle d'une notion de droit¹⁰⁶². Depuis que des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant ont été relevés¹⁰⁶³, celle-ci n'apparaît plus seulement comme une notion de fait. La mise en avant de ces éléments de caractérisation permet aux juges de ne pas toujours se référer, dans leurs décisions, à la Convention de New York ou encore à l'expression « intérêt supérieur de l'enfant ».

2- L'émergence d'une notion de droit

560. Contrôle de conventionnalité et notion de droit. L'exercice d'un contrôle de conventionnalité démontre que l'intérêt supérieur de l'enfant, d'abord notion de fait, soit devenu une notion de droit¹⁰⁶⁴. Un auteur¹⁰⁶⁵ fait justement remarquer que « l'introduction de l'expression d'intérêt supérieur de l'enfant rend compte d'une évolution du contenu de la notion de l'intérêt de l'enfant ».

Au début, l'existence d'un contrôle de conventionnalité se manifestait surtout par la référence à l'article 3-1 de la Convention de New York. Désormais, les juges relèvent la substance même de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'ils opèrent un tel contrôle. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant est apprécié au regard de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, autrement dit au regard du contenu de cette dernière¹⁰⁶⁶. D'ailleurs, Madame Rubellin-Devichi a observé qu'il est de l'intérêt de l'enfant de bénéficier

¹⁰⁵⁹ Par exemple Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20613, *préc.*

¹⁰⁶⁰ Par exemple, Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 04-16942, *préc.*

¹⁰⁶¹ CE, 7 juin 2006, Association Aides et autres ; CE, 31 oct. 2008, Section française de l'Observatoire international des prisons.

¹⁰⁶² *Supra* n° 104.

¹⁰⁶³ *Supra* n° 83 et s.

¹⁰⁶⁴ C. Brunetti-Pons, « Vers une définition de l'intérêt de l'enfant », *loc. cit.*, p. 27.

¹⁰⁶⁵ C. Brunetti-Pons in *L'enfant sujet de droit*, Lamy Axe droit, 2010, p. 221.

¹⁰⁶⁶ *Ibidem*, spéc. p. 222.

d'une règle de droit¹⁰⁶⁷. Par exemple, dans un arrêt du 4 juillet 2006¹⁰⁶⁸, les juges du fond décident qu'il relève de l'intérêt des enfants de continuer à demeurer chez leur mère eu égard à leur intégration sociale et scolaire. La Cour de cassation casse cet arrêt pour manque de base légale en relevant la carence de la motivation des juges du fond, au motif qu'« en se déterminant ainsi, sans rechercher si le comportement de la mère ne traduisait pas son refus de respecter le droit des enfants à entretenir des relations régulières avec leur père, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ».

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas démontré quel était l'intérêt des enfants, particulièrement leur intérêt supérieur à entretenir des relations personnelles avec chacun de leurs parents¹⁰⁶⁹. La reconnaissance d'une notion de droit oblige désormais les juges du fond à relever la substance de l'intérêt supérieur de l'enfant, précisément ses éléments de caractérisation. Pour autant, l'existence de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que notion de fait n'est pas définitivement révoquée.

561. Une double nature ? L'intérêt supérieur de l'enfant serait-il notion de droit et de fait à la fois ? Pour certains de ses éléments, dégagés dans la première partie (éléments de caractérisation), l'intérêt supérieur de l'enfant est de façon certaine une notion de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation. En revanche, pour tout le reste, elle semble demeurer une notion de fait, soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond.

L'analyse de l'impact du contrôle de conventionnalité sur les décisions judiciaires permet de révéler la véritable nature de « notion droit » de l'intérêt supérieur de l'enfant.

§2. La réception du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant indépendamment de l'applicabilité de l'article 3-1 de la Convention de New York

562. Un impact à deux niveaux. L'intérêt de l'enfant ne constitue plus seulement un critère décisionnel. Le juge contrôle désormais l'application du droit français au regard du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce faisant, le juge veille particulièrement à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit considéré au premier chef et n'hésite pas à se référer à la

¹⁰⁶⁷ J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP* éd. G, n°7, 16 fév. 1994, I, n° 3739, p. 87.

¹⁰⁶⁸ Cass. 1^{re} civ. 4 juil. 2006, n°05-17883 ; P. Murat, « La Cour de cassation et les motivations des juges du fond en cas de changement de résidence d'un des parents : vers un durcissement du contrôle ? », *Dr. fam.* 2006, comm. 125 ; F. Boulanger, « Le droit de visite et d'hébergement au regard de l'intérêt de l'enfant », *JCP* éd. G, n° 45, 8 nov. 2006, II, n° 10177.

¹⁰⁶⁹ P. Murat, « La Cour de cassation et les motivations des juges du fond en cas de changement de résidence d'un des parents : vers un durcissement du contrôle ? », *loc. cit.*, comm. 125.

substance même de la notion en en relevant les éléments de caractérisation sans pour autant se référer à l'article 3-1 de la Convention de New York. L'intérêt supérieur de l'enfant, en tant que notion de droit, dispose en cela d'un véritable impact dans la jurisprudence nationale indépendamment de l'applicabilité de ce texte.

Cet impact se mesure en premier lieu par la recherche des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant par les juges (A), en second lieu par une appréciation des faits à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

A- La recherche des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant

563. La recherche des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il faut distinguer deux types de décisions : celles pour lesquelles les juges continuent de se référer à l'intérêt de l'enfant comme critère de décision et celles pour lesquelles les juges démontrent, à l'appui des éléments de caractérisation, ce à quoi correspond l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans cette seconde hypothèse, les juges exercent de façon visible un « contrôle de conventionnalité ». Certes, ils n'apprécient pas toujours explicitement la conformité du droit français à la Convention internationale des droits de l'enfant, mais ils en apprécient la conformité au regard de la substance même du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, visé à l'article 3-1 de la Convention.

Le nombre limité de décisions¹⁰⁷⁰ relatives à l'impact du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant peut laisser penser à un contentieux réduit en la matière. En réalité, il révèle le faible impact du principe dans les décisions jurisprudentielles françaises. Cependant, depuis que des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ont été relevés, les juges devraient plus facilement prendre ce principe pour guide. L'analyse de décisions récentes en rend compte.

564. Notion de droit ou notion de fait en jurisprudence ? Notion de droit, l'intérêt supérieur de l'enfant gagne en précision, ce qui permet de mieux guider le juge. On remarque qu'en matière d'exercice de l'autorité parentale, l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît de plus en plus nettement comme une notion de droit. Apparemment plus proche de la notion de fait pour les aspects de la notion qui ne relèvent pas de la catégorie des éléments de caractérisation relevés dans la première partie de la thèse, l'intérêt de l'enfant, alors le plus

¹⁰⁷⁰ Voir les exemples analysés ci-dessus.

souvent non qualifié de supérieur dans les motivations judiciaires, ne fait pas l'objet d'un contrôle de droit explicite.

A l'analyse cependant, il est difficile de reconnaître une double nature à l'intérêt supérieur de l'enfant.

565. Distinction entre notion de fait et notion de droit ? 1- Notion de droit. L'intérêt supérieur de l'enfant est notion de droit lorsque la Cour de cassation relève les éléments de caractérisation de la notion pour apprécier la motivation de l'arrêt d'appel sur ce point. Par exemple, dans un arrêt du 6 mars 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel ayant décidé de maintenir la résidence de l'enfant chez sa mère au motif que « la prise en charge de l'éducation et de la santé de l'enfant par la mère ne suscitait pas de critique particulière (...) et qu'un transfert actuel de la résidence constituerait (pour l'enfant) un élément perturbateur »¹⁰⁷¹. La Cour de cassation relève en l'occurrence que cet « élément perturbateur » serait contraire à l'intérêt de l'enfant (« contraire à cet intérêt »). Il est en outre remarquable que la juridiction suprême reprenne le raisonnement de la cour d'appel au regard de deux éléments de caractérisation de l'intérêt de l'enfant, sans viser pour autant l'article 3-1 de la Convention de New York, ni même l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'occurrence, il s'agit de l'éducation et de la santé psychologique de l'enfant. Cela traduit l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant au-delà même de l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention de New York.

566. Distinction entre notion de fait et notion de droit ? 2. Notion de fait. L'intérêt de l'enfant apparaîtrait comme une notion de fait lorsqu'il est utilisé comme critère décisionnel. Cela se manifeste particulièrement dans les décisions relatives au droit de visite d'un parent. Par exemple, dans une décision du 10 juillet 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel décidant qu' : « il n'existait aucun élément probant susceptible de remettre en cause les capacités éducatives du père qui avait toujours su s'organiser pour être disponible pour son fils, (...). Tout en relevant cette partie de l'argumentation de la décision d'appel, la Cour de cassation en conclut que : « la cour d'appel, qui a pris en considération l'intérêt de l'enfant, a légalement justifié sa décision »¹⁰⁷².

¹⁰⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, inédit, pourvoi n° 12-13794.

¹⁰⁷² Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2013, inédit, pourvoi n° 12-22479.

Dans cette dernière décision, l'intérêt de l'enfant apparaît bien comme un critère décisionnel s'agissant de l'organisation du droit de visite du père.

567. Contrôle de droit et notion de droit. Dans l'arrêt précité du 10 juillet 2013, la juridiction vise en l'occurrence l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, la Cour de cassation réalise bien toutefois cependant un contrôle de droit. Il ne faut pas confondre la question de la nature de la notion (de droit ou de fait) et celle de l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond dans la caractérisation des éléments de droit mis à jour.

L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant notion de droit dépasse de beaucoup celui de l'intérêt de l'enfant simple critère décisionnel.

568. Notion de droit et impact de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant ne constitue plus aujourd'hui un simple critère décisionnel. Il représente beaucoup plus grâce à la substance qui lui est reconnue. Le véritable impact du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions judiciaires se mesure à sa dimension de notion de droit qui se manifeste notamment par une référence à la substance même de l'intérêt supérieur de l'enfant et par le contrôle de conventionnalité qui est exercé sur ce fondement. Certains exemples jurisprudentiels viennent encore l'illustrer.

569. Illustrations jurisprudentielles. Un élément de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant est mis en valeur dans une décision du 25 juin 2013 : le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents. La Cour d'appel de Rennes constate expressément que « l'intérêt de l'enfant est par principe de maintenir des relations aussi régulières que possible avec son père dont les capacités d'accueil et éducatives ne sont pas mises en cause »¹⁰⁷³. D'ailleurs, elle précise que « le danger pour l'enfant se situe dans l'absence de liens père-fille (...), des mesures doivent être prises pour rétablir progressivement ces relations conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

On retrouve dans cette décision la référence au maintien des relations personnelles parents-enfants, élément de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant mis en évidence par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence *Gnahoré contre France*¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷³ CA Rennes, 25 juin 2013, n° de RG 11/08751.

¹⁰⁷⁴ *Supra* n° 120.

A cette mise en évidence des éléments de caractérisation de l'intérêt de l'enfant pour la motivation des décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, s'ajoute en de domaine, de façon plus générale, une appréciation des faits à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant.

B- Une appréciation des faits à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant

570.L'intérêt supérieur omniprésent. En matière d'exercice de l'autorité parentale, il s'avère de plus en plus nettement que l'intérêt supérieur de l'enfant est omniprésent, toujours à l'arrière-plan des motivations judiciaires, conformément à la lettre de l'article 3-1 de la Convention de New York. Ce phénomène peut être mis en lumière à propos de la caractérisation de la notion de « motifs graves » en ce domaine.

Dans de nombreuses décisions relatives aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale, apparaît la notion « motifs graves ». Se pose alors la question de la référence à cette notion plutôt qu'à celle d' « intérêt supérieur de l'enfant ». Il semblerait que les motifs graves constituent le critère décisionnel, pour être ensuite appréciés à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Là encore, l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît comme une notion de droit.

571.Le refus du droit de visite pour motifs graves en droit français. Le droit français lie l'exercice du droit de visite à l'absence de motifs graves. L'article 373-2-1 du Code civil français prévoit que : « L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves ».

Les motifs graves justifiant le refus du droit de visite et d'hébergement du parent ne répondent à aucune définition. Pourtant, la jurisprudence a eu l'occasion d'en relever plusieurs types. La Cour de cassation a pu approuver le refus d'octroyer un droit de visite au père en caractérisant comme motifs graves tirés des troubles de sa personnalité¹⁰⁷⁵ ou encore des pressions morales infligées par un père à ses enfants¹⁰⁷⁶. De même le droit de visite d'un père peut être limité sur le fondement de motifs graves, son comportement visant à dévaloriser la mère auprès des enfants et à faire obstruction aux relations entre ces derniers et leur mère¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 11 décembre 2001, inédit, pourvoi n° 00-14301.

¹⁰⁷⁶ Cass. 2^{ème} civ., 23 mai 2002, inédit, pourvoi n° 00-10030.

¹⁰⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 2003, inédit, pourvoi n° 01-14070.

572.Droit comparé européen. Les législations européennes se réfèrent aussi à l'expression de « motifs graves » dans le domaine de l'octroi d'un droit de visite. La législation belge exige l'existence de motifs *très* graves pour refuser à un parent un droit de visite. L'article 374 du Code civil belge prévoit que : « le juge fixe les modalités selon lesquelles celui qui n'exerce pas l'autorité parentale maintient des relations personnelles avec l'enfant. Ces relations ne peuvent être refusées que pour des motifs très graves ».

L'utilisation de l'adverbe « très » souligne le caractère exceptionnel de la décision de refus du maintien des relations personnelles entre l'enfant et son parent. L'expression utilisée est plus restrictive que dans le droit français. Toutefois, en droit français comme dans les autres législations européennes qui s'y réfèrent, la notion de motifs graves doit être entendue à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant.

573.Le lien entre les motifs graves et l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit de visite du parent n'est pas subordonné à la seule existence de motifs graves, mais également à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un arrêt rendu le 9 février 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation vient préciser : aux « motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁰⁷⁸.

Un auteur¹⁰⁷⁹ relève que, « derrière certaines notions cadres, se trouve l'intérêt de l'enfant comme véritable critère de décision; il en est ainsi des motifs graves (explicitement prévu par la loi) dissimulant le véritable critère utilisé par les juges dans leur décision, l'intérêt de l'enfant ». Il faut alors s'interroger sur l'opportunité du maintien des motifs graves pour fonder certaines des décisions judiciaires dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale.

574.La disparition des motifs graves ? La question du maintien des motifs graves présente un intérêt nouveau depuis la suppression de ce critère comme condition du droit au maintien des relations personnelles entre les grands-parents et leurs petits-enfants. L'article 371-4 du Code civil français dispose que : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de

¹⁰⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 9 fév. 2011, inédit, pourvoi n° 09-12119, *D. actu.*, 2011, note P. Guiomard, *AJ. fam.* 2011, p. 207, note C. Siffrein-Blanc.

¹⁰⁷⁹ C. Pomart, *La magistrature familiale, op.cit.*, n° 402-410, p. 331 et s.

ce droit ». Avant la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007¹⁰⁸⁰ la mise en œuvre d'une exception au droit aux relations personnelles entre l'enfant et ses ascendants reposait sur l'existence de motifs graves : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit ».

Certaines législations européennes ont évolué dans le même sens. L'article 1685 (1) du BGB prévoit le maintien des relations entre les grands-parents et les petits-enfants dès lors que cela est dans leur intérêt¹⁰⁸¹. Cependant, d'autres législations exigent toujours la preuve de l'existence de motifs graves. L'article 160 du Code civil espagnol organise le maintien des relations entre les grands-parents et leurs petits-enfants et condamne une décision de refus lorsqu'il n'est pas justifié par de « justes causes », ou encore l'article 1520 du Code civil grec organisant les rapports personnels de l'enfant avec ses ascendants sauf s'il existe une « raison grave ». Les termes « justes causes », « raisons graves » ou « motifs graves » répondent au même esprit. En réalité, il faut observer que les expressions d'« intérêt supérieur de l'enfant » et de « motifs graves » présentent des points de convergence.

575. Points de convergence entre les notions de motifs graves et l'intérêt supérieur de l'enfant. Force est de constater que les motifs graves correspondent le plus souvent à l'examen concret de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰⁸². L'intérêt supérieur de l'enfant exige la prise d'une décision qui ne contrevient pas de manière grave à ses droits, à sa santé, à son développement, conformément aux dispositions de la Convention de New York. La jurisprudence relative à la caractérisation des motifs graves rend compte des mêmes préoccupations.

Monsieur Hauser remarque que l'absence de référence aux motifs graves n'empêche pas sa caractérisation et explique que les éléments de caractérisation des motifs graves sont identiques à ceux de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰⁸³. Par exemple, les juges constatent que l'attitude interventionniste et invasive d'un grand-parent est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et justifie le refus du maintien de leurs relations personnelles¹⁰⁸⁴. Or, ce même

¹⁰⁸⁰ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JO* n° 55 du 6 mars 2007 p. 4215.

¹⁰⁸¹ Article 1685 (1): "Großeltern und Geschwister haben ein Recht auf Umgang mit dem Kind, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient". « Les grands parents, les frères et sœurs ont un droit aux relations avec l'enfant, si cela sert l'intérêt de l'enfant ».

¹⁰⁸² L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, Th. dactyl., 2004, spéc. p. 312 pour une « conception stricte des motifs graves ».

¹⁰⁸³ J. Hauser, « Refus du droit de visite des grands parents : du motif grave de refus à l'intérêt supérieur de l'enfant », *RTD Civ.* 2010, p. 548. L'auteur met en exergue une référence à l'intérêt supérieur de l'enfant parfois inopportune, voire injustifiée. Il dénonce les écueils de la loi du 5 mars 2007 modifiant l'article 371-4 du Code civil.

¹⁰⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2010, *Bull. Civ. I*, n° 120, pourvoi n° 09-65208; *D.* 2010. Actu. 1485, *obs.* V. Egéa.

comportement constituait sous l'empire de l'ancien article 371-4 du Code civil un motif grave. Il fondait le refus d'un droit de visite au profit d'un grand-parent ayant un comportement intrusif à l'égard de ses petits-enfants¹⁰⁸⁵.

In fine, la distinction entre les deux notions est subtile car les motifs graves sont appréciés à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, renvoyant ainsi au même contenu.

576.Motifs graves et jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour de cassation française contrôle strictement l'appréciation des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant par les juges du fond. Elle demeure encore très attachée à cette caractérisation. Dans un arrêt du 14 mars 2006¹⁰⁸⁶, elle casse la décision des juges du fond qui réservait le droit de visite du père au motif qu'il n'était pas envisageable d'instaurer un tel droit eu égard aux risques de perturber gravement l'équilibre psychologique de l'enfant. Elle se fonde sur le principe suivant : « Attendu que le parent qui exerce conjointement l'autorité parentale ne peut se voir refuser un droit de visite et d'hébergement que pour des motifs graves tenant à l'intérêt de l'enfant ». Sans doute les juges du fond n'ont pas volontairement omis de relever l'existence de tels motifs puisqu'ils constatent tout de même l'existence d'un déséquilibre psychologique chez l'enfant. Cependant, ils auraient dû justifier qu'il s'agissait d'un motif grave nuisant à l'intérêt supérieur de l'enfant. Par cet arrêt, la Cour souligne l'importance de caractériser l'existence de motifs graves pour apprécier par la suite leurs conséquences au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

577.Appréciation des motifs graves à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant. De ces exemples jurisprudentiels, il faut retenir l'importance des deux notions. Il existerait un ordre chronologique à respecter, les juges doivent d'abord caractériser les motifs graves, puis les apprécier au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette chronologie apporte deux précisions. La première est qu'il s'agit de critères indépendants, mais *a priori* cumulatifs. La seconde est que l'intérêt supérieur de l'enfant s'impose de plus en plus nettement en sa qualité de principe ; il ne peut désormais être réduit au rang de simple critère décisionnel. En effet, la

¹⁰⁸⁵ Les juges ont caractérisé l'existence de motifs graves le comportement intrusif du grand parent qui souhaitait participer à l'éducation des enfants justifiant le refus d'un droit de visite, Cass., 1^{re} civ., 28 fév. 2006, n° 05-14484.

¹⁰⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006, *Bull. Civ. I* n° 147 p. 134, pourvoi n° 04-19527, *Dr. fam.* 2006, comm. 157, P. Murat; *AJ. fam.* 2006, 202, note F. Chénéde; *D.* 2006. 881, note I. Gallmeister.

jurisprudence précitée souligne l'existence d'un principe de l'intérêt supérieur de l'enfant puisque les motifs graves sont appréciés à son égard.

578. Autres illustrations jurisprudentielles. D'autres arrêts viennent l'illustrer. Par exemple, dans une décision du 9 février 2011, la Cour de cassation rejette le pourvoi contre une décision d'appel ayant relevé que les conditions de logement du père étaient inadaptées à l'état de handicap de l'enfant puis estimé qu'il « existait des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant justifiant la suppression du droit de visite du père à l'égard de son fils »¹⁰⁸⁷. Il faut rappeler à cet égard que l'intérêt supérieur du mineur est de se développer dans un environnement sain¹⁰⁸⁸, de surcroît en l'espèce adapté au handicap de l'enfant, ce qui ne pouvait être établi en l'espèce. Sous cet angle l'arrêt du 9 février 2011 vient préciser les éléments de contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En outre, cet arrêt montre que les juges nationaux veillent bien à ce que le refus du droit de visite de l'un des parents de l'enfant soit fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

579. Conclusion. Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant est réceptionné par les juridictions nationales, les juges du droit opérant de surcroît un contrôle de conventionnalité érigeant l'intérêt supérieur de l'enfant en notion de droit. L'impact du contrôle de conventionnalité se traduit à la fois dans la recherche des éléments de caractérisation de la notion et, plus largement, dans l'appréciation des différents concepts à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les éléments de caractérisation relevés dans la première partie sont de plus en plus souvent cités dans les décisions judiciaires. L'analyse de la jurisprudence permet peu à peu d'y ajouter de nouveaux éléments de contenu, par exemple la prise en compte d'un environnement adapté à l'enfant.

Les juges européens vont plus loin dans la réception du principe.

¹⁰⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 9 fév. 2011, pourvoi n° 09-12119, *préc.*

¹⁰⁸⁸ V. *supra* n° 313 et 257 et s.

Section 2. La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juridictions européennes

580.Plan. Les juridictions européennes ne se fondent pas sur les mêmes textes pour réceptionner l'intérêt supérieur de l'enfant. En conséquence, leurs solutions sont souvent divergentes d'une juridiction européenne à l'autre. En outre, ces juridictions n'interviennent pas dans les mêmes domaines. Toutefois, depuis le traité de Lisbonne, les traités de l'Union européenne sont entrés dans le champ des fondements décisionnels de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme (§1) et la Cour de justice de l'Union européenne (§2) ont donc vocation, désormais, à réceptionner le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

§1. L'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

581.Interprétation de la Convention européenne à la lumière de nouveaux principes. La Cour fonde ses décisions sur la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels qui favorisent au sein du Conseil de l'Europe la reconnaissance de droits fondamentaux, civils et politiques au profit des ressortissants des Etats membres et de toutes personnes relevant de leur juridiction. Les Etats membres du Conseil de l'Europe font, pour certains d'entre eux, partie de l'Union européenne et tous ont ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant.

L'influence de la Convention de New York dans les ordres juridiques internes est indéniable¹⁰⁸⁹. Elle touche particulièrement les rapports extrapatrimoniaux entre l'enfant et ses parents¹⁰⁹⁰. La Cour de Strasbourg participe à cette influence par son travail d'interprétation de la Convention à la lumière de nouveaux principes tel que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Un auteur¹⁰⁹¹ observe que « l'une des originalités de la Cour européenne des droits de l'homme réside dans son interprétation de la Convention européenne pour essayer de définir les droits qu'elle reconnaît en les appréciant notamment à la lumière

¹⁰⁸⁹ J-P. Marguénaud, *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*. La documentation française, 2001, p. 103 et s.

¹⁰⁹⁰ A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur le droit civil*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2002.

¹⁰⁹¹ F. Vasseur- Lambry, *La famille et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, L'Harmattan, 2000, spéc. p. 11.

des conditions sociales du moment ». Elle ne peut être saisie que sur la violation des dispositions de la Convention européenne, pour autant elle essaie d'en avoir une interprétation dynamique. Un autre auteur relève, à cet égard, qu'il s'agit d'une interprétation « téléologique » et « dynamique » ou « évolutive » de la Convention¹⁰⁹². Cette interprétation s'effectue au regard du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

582. Absence de mention de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention européenne des droits de l'homme. Aucune mention n'est faite à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention européenne des droits de l'homme. Seul l'article 5 du Protocole n°7 en fait mention en ces termes : « Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants »¹⁰⁹³.

Selon un auteur¹⁰⁹⁴, « la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme contient de multiples interprétations des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme afin de permettre la sauvegarde des intérêts spécifiques de l'enfant et la reconnaissance de ses droits fondamentaux ». La Cour reconnaît elle-même cette carence. Par l'arrêt *Burghartz contre Suisse* du 22 février 1994, elle précise pour la première fois que : « Contrairement à certains instruments internationaux, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, ou la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'article 8 de la Convention ne contient pas de disposition explicite en matière de nom »¹⁰⁹⁵, spécialement au droit de l'enfant à un nom. En l'occurrence, pour pallier le silence de la Convention, elle se réfère aux articles 7 et 8 de la Convention de New York relatifs au droit pour l'enfant à avoir un nom. L'absence de mention de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention européenne des droits de l'homme n'empêche pas la Cour de fonder ses décisions sur ce principe.

¹⁰⁹² M.A. Eissen, « La Cour européenne des droits de l'homme », *Rev.dr.pub.*, 1986, p. 1586.

¹⁰⁹³ Il faut souligner que les protocoles disposent de la même portée que la Convention européenne des Droits de l'Homme. A cet égard, la Cour de Strasbourg rappelle que « les clauses de sa convention et de ses protocoles doivent se lire comme un tout¹⁰⁹³ » ; CEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, série A n° 23, pp. 26 et 27, §§ 52- 54.

¹⁰⁹⁴ C. Pettiti, « La place de l'enfant en Europe », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 20.

¹⁰⁹⁵ CEDH, 22 fév. 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n° 16213/90, spéc. §24 ; F. Sudre, *JCP éd. G* 1995, I, 3823 ; *RTDciv.* 1997. 551, J-P Marguénaud ; F. Granet-Lambrechts, *RTD eur.* 1997.653.

583. Vers une reconnaissance du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence européenne. La Cour a eu l'occasion assez rapidement après l'adoption de la Convention de New York de se référer à celle-ci. Ce fut le cas pour la première fois dans l'arrêt *Costello Roberts contre Royaume-Uni*¹⁰⁹⁶ où elle énonce que « la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990 et ratifiée par le Royaume-Uni le 16 décembre 1991, a elle aussi reconnu plus récemment que le système disciplinaire d'une école se situe dans la sphère du droit de l'instruction : d'après son article 28, qui a trait au « droit de l'enfant à l'éducation ».

La Cour souligne en l'espèce l'obligation pour le Royaume-Uni de respecter ses engagements au regard de l'article 28-2 de la Convention de New York, en vertu duquel « les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que la discipline scolaire soit appliquée d'une manière compatible avec la dignité de l'enfant en tant qu'être humain et conformément à la présente Convention ». Elle offre ainsi une première réception européenne à la Convention internationale des droits de l'enfant, en incitant le Royaume-Uni à respecter ses engagements internationaux. Elle se réfèrera expressément à l'article 3-1 de la Convention plus tardivement dans un arrêt du 28 juin 2007¹⁰⁹⁷.

584. Absence de référence explicite à l'article 3-1 de la Convention de New York. Force est de constater que la référence à l'article 3-1 demeure marginale et concerne, le plus souvent, des affaires particulières comportant un élément d'extranéité, par exemple, une demande d'*exequatur* d'un jugement étranger ou encore une affaire relative à un enlèvement d'enfant. Cela ne signifie pas pour autant que la Cour européenne fonde ses décisions sur ce texte puisqu'elle ne peut se prononcer que sur la violation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, cette pratique démontre son souci d'intégrer l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa jurisprudence et d'assurer toute l'effectivité du principe.

585. L'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour franchit un pas supplémentaire dans la reconnaissance de la réception du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'elle décide d'interpréter directement l'article 8 de la Convention européenne

¹⁰⁹⁶ CEDH, 25 mars 1993, *Costello Roberts c. Royaume Uni*, req. n° 13134/87, spéc. §27 ; *JCP éd. G* 1994, I, 742, obs. F. Sudre, A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, p. 495.

¹⁰⁹⁷ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg*, req. n° 76240/01, spéc. §41.

des droits de l'homme au regard de la Convention de New York, particulièrement de son article 3-1.

Dans un arrêt du 26 septembre 2003 relatif aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale elle énonce qu' : « en ce qui concerne plus précisément les obligations positives que l'article 8 fait peser sur les Etats contractants en matière de réunion d'un parent et de ses enfants, celles-ci doivent s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 »¹⁰⁹⁸. Cette motivation lui permet de tenir compte de la réunion de l'enfant avec ses parents qui répond aux exigences de l'article 3-1 de la Convention de New York relatif à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, et à l'article 9-3 relatif au maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents. Par cet arrêt, la Cour décide qu'il relève de l'intérêt supérieur de l'enfant d'entretenir des liens avec ses parents. Elle ajoute que « c'est l'intérêt de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires »¹⁰⁹⁹, corroborant ainsi l'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière de la Convention de New York.

586. Portée de l'arrêt du 26 septembre 2003 au regard de l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant. La décision de la Cour européenne présente un intérêt à deux égards : d'abord, l'intérêt supérieur de l'enfant doit faire l'objet d'une considération primordiale dans les affaires relatives à l'autorité parentale. Ensuite, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est rattaché à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est l'interprétation de l'article 8 à la lumière de la Convention de New York qui permet d'ériger le premier texte en véritable fondement du principe, alors même qu'aucune disposition de la Convention européenne n'envisage ni l'autorité parentale, ni l'intérêt supérieur de l'enfant. Peu à peu s'est affirmée la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

587. La reconnaissance de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant prend la forme de différentes expressions telles : « l'examen de ce qui

¹⁰⁹⁸ CEDH, 26 septembre 2003, *Maire c. Portugal*, req. n° 48206/99, *Dr. fam.* 2003, chron. 26, A. Gouttenoire, spéc. §72. En ce sens aussi CEDH, 28 juin 2007, *X c. Luxembourg*, req. n°76240/01, spéc. §120. Rapport de Mmes Coutou et Vassallo, conseillers référendaires, à propos de l'avis du 8 oct. 2007. Rapport de la Cour de cassation, 2007.

¹⁰⁹⁹ CEDH, 26 septembre 2003, *Maire c. Portugal*, req. n° 48206/99, spéc. §77.

sert au mieux l'intérêt de l'enfant est toujours d'une importance cruciale »¹¹⁰⁰, ou « de telles mesures ne doivent être appliquées que dans des circonstances exceptionnelles et ne peuvent se justifier que si elles s'inspirent d'une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant »¹¹⁰¹, ou encore « l'intérêt supérieur doit constituer la considération déterminante »¹¹⁰².

Ces expressions attestent de la réception du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que du souci de l'ériger en considération primordiale dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale. La Cour de justice de l'Union européenne a connu une évolution comparable.

§2. L'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

588.L'intérêt supérieur de l'enfant et la Charte des droits fondamentaux. La Cour de justice de l'Union européenne interprète la législation européenne afin d'harmoniser le droit des Etats membres de l'Union européenne. Elle est aussi compétente pour statuer sur les différends opposant les Etats membres et les institutions européennes. Elle statue principalement sur les demandes de renvoi préjudiciel¹¹⁰³. Il s'agit de la procédure par laquelle elle éclaircit un point du droit relevant d'un Etat membre à la demande d'un autre Etat membre. Pour rendre ses décisions, elle se fonde notamment sur les dispositions de la Charte des droits fondamentaux qui comprend un ensemble de droits civils, politiques, économiques et sociaux. La Charte bénéficie d'une force obligatoire depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009.

A la différence de la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte de Nice mentionne explicitement le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Son article 24-2 prévoit que : « Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération

¹¹⁰⁰ CEDH, 9 juin 1998, *Bronda c. Italie*, req. n° 22430/93, spéc. §§59-62 : « la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant » ; J-P Marguénaud, *RTDciv.* 1998. 999.

¹¹⁰¹ CEDH, 28 oct. 1998, *Söderback c. Suède*, n° 24484/94, *JCP* 1998, I, 105, obs. F. Sudre, A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », in *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, p. 495.

¹¹⁰² CEDH, 3 mai 2010, *Uyanik c. Turquie*, req. n° 60328/09, spéc. §52.

¹¹⁰³ A. Barav, *Etude sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2011.

primordiale ». Il s'agit d'une exacte retranscription de l'article 3-1 de la Convention de New York prouvant clairement la réception du principe dans le droit de l'Union européenne.

589. Article 24 de la Charte de Nice et Convention de New York. L'article 24 de la Charte de Nice reprend trois dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant : l'audition de l'enfant, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le maintien des relations personnelles entre celui-ci et ses parents¹¹⁰⁴. Cela renvoie aux articles 12-1¹¹⁰⁵, 3-1¹¹⁰⁶ et 9-3¹¹⁰⁷ de la Convention de New York. Cette remarque appelle deux observations.

D'une part, en ne se référant qu'à trois dispositions de la Convention de New York, l'article 24 de la Charte de Nice souligne l'importance de la prise en compte de celles-ci en droit communautaire. On retrouve naturellement le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais aussi l'un de ses éléments de caractérisation : le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents ainsi que l'un des outils d'appréciation du principe : l'audition de l'enfant. D'autre part, il faut constater que l'article 24 de la charte ne mentionne le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'après son droit de parole, alors que celui-ci figure en premier à l'article 3-1 de la Convention de New York. Cet ordre de proclamation peut surprendre dans la mesure où le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dispose d'une véritable réception dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

590. La Convention de New York, fondement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. La reconnaissance d'un traité relatif aux droits de l'enfant peut susciter l'étonnement de la part d'une juridiction qui s'inscrit dans une préoccupation à l'origine essentiellement économique. Pourtant, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas hésité à se prononcer sur le fondement de la Convention internationale des droits de l'enfant. Dans une décision du 27 juin 2006, elle consacre l'application des principes

¹¹⁰⁴ Article 24 de la Charte de Nice : « 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. 2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. 3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ».

¹¹⁰⁵ Article 12-1 CIDE : « Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

¹¹⁰⁶ Article 3-1 CIDE : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

¹¹⁰⁷ Article 9-3 CIDE : « Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

généraux du droit communautaire à la lumière de la Convention de New York en décidant que : « cet instrument international figure au nombre de ceux concernant la protection des droits de l'homme dont elle tient compte pour l'application des principes généraux du droit communautaire »¹¹⁰⁸. Malgré l'absence de référence explicite à l'article 3-1 dans la jurisprudence de la Cour, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant s'y trouve intégré. La Cour veille à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant prime sur tout autre intérêt, notamment dans les décisions relatives à la garde de l'enfant. Dans un arrêt du 11 juillet 2008, elle constate que « l'intérêt supérieur de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à la garde de ce dernier »¹¹⁰⁹.

591.Primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce faisant la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière d'exercice de l'autorité parentale. Par conséquent, l'intérêt supérieur de l'enfant est largement réceptionné par les jurisprudences internes et européennes dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale. La supériorité même de l'intérêt fait l'objet d'un impact spécifique qui a permis en doctrine¹¹¹⁰ d'évoquer cette primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹¹⁰⁸ CJUE, 27 juin 2006, *Parlement européen /Conseil de l'Union européenne*, (aff. C-540/03), spéc. §37 ; *D.* 2006.1988 ; *AJDA* 2006. 2285, note L. Burgorgue-Larsen ; *RTDeur.* 2006.673, note B. Masson.

¹¹⁰⁹ CJUE, 11 juil. 2008, *Rinau*, (aff. C-195/08 PPU), spéc. §48.

¹¹¹⁰ A. Gouttenoire, L. Brunet, « Droits de l'enfant », *D.* 2007, p. 2192.

Chapitre 2

La réception de la supériorité de l'intérêt de l'enfant

592. Supériorité et prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant. Madame Gouttenoire utilise l'expression de « primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant »¹¹¹¹. Cette primauté rend compte de la prévalence de l'intérêt *supérieur* de l'enfant, de sa supériorité, l'utilisation du mot « primauté » devant être approuvée car permettant d'éviter une répétition des termes utilisés. En effet, pour rendre compte de cette supériorité tout en renvoyant à la notion d'intérêt *supérieur* de l'enfant, il faut mentionner non seulement la supériorité mais aussi le caractère supérieur de l'intérêt. Seul l'ajout du terme supérieur dans l'expression d'intérêt *supérieur* de l'enfant permet de renvoyer à la notion de droit autonome telle que dégagée dans la première partie de la thèse.

Un autre auteur¹¹¹² met en évidence les conséquences de cette primauté en ce que le terme « supérieur » suppose la prévalence de l'intérêt de l'enfant sur les volontés individuelles, dont celles des parents, garantissant ainsi la protection de celui-ci. Il permettrait également d'imposer l'intérêt supérieur de l'enfant en présence d'autres intérêts¹¹¹³. Cette supériorité ne revêt pas toutefois la même portée selon qu'elle est conçue comme relative ou absolue.

593. Supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 3-1 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant ne fonde pas seulement l'existence d'une notion autonome d'intérêt supérieur de l'enfant largement réceptionnée par les législations européennes, les décisions judiciaires dans les ordres judiciaires européens et les décisions des Cours européennes. Il fonde encore la supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi mis à jour : cet intérêt supérieur doit être une considération primordiale.

L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant repose pour beaucoup sur la réception de cette supériorité.

¹¹¹¹ *Ibidem.*

¹¹¹² C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant, une définition possible ? », *loc cit*, p. 27 et s.

¹¹¹³ C. Neirinck, P-M. Martin, « Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt Le Jeune », *JCP éd. G*, n°20, 19 mai 1993, I. 3677; P. Verdier, « Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions leurre ou levier au service de ses droits ?*, Journée d'étude, 20 nov. 2010.

594.Plan. Lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est évoqué le terme « supérieur » retient l'attention. Pourquoi évoquer l'intérêt supérieur de l'enfant ? Que recouvre cette supériorité ? La supériorité rend compte de la primauté d'un principe qui s'impose dans toutes décisions judiciaires.

L'intérêt de l'enfant doit être envisagé en premier et primer sur tout autre intérêt en présence (**Section 1**). Ce rang premier n'est pas sans conséquences (**Section 2**). L'étude de droit comparé permet d'en mesurer un impact inattendu : l'émergence d'un ordre public protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant (**Section 3**).

Section 1. Le caractère supérieur de l'intérêt de l'enfant.

595. De l'intérêt de l'enfant à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le terme « supérieur » n'illustre pas à lui seul la supériorité du principe et la prise en considération première dont il doit faire l'objet. Ainsi, l'absence de consécration de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » dans les législations ou les jurisprudences européennes ne signifie pas le refus de reconnaître cette supériorité par application de l'article 3-1 de la Convention de New York. Un auteur¹¹¹⁴ remarque que : « l'intérêt de l'enfant tel qu'envisagé dans le Code civil français correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Il n'est pas nécessaire de distinguer entre les deux ». Cette évolution terminologique repose sur l'impact même de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que proclamé à l'article 3-1 de la Convention.

596. Supériorité, manifestations. La supériorité de l'intérêt de l'enfant ne se traduit donc pas par la seule référence à sa supériorité en la lettre, mais également *via* la référence au principe qui se trouve consacré à l'article 3-1 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant représente une considération primordiale.

Par application de cet article, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a été bien souvent substitué à l'intérêt de l'enfant dans les législations, les textes et les décisions existantes. Encore faut-il préciser le sens du terme « supérieur » (§1), les précisions apportées permettant d'en apprécier les fonctions (§2) et de mettre en balance les intérêts en présence (§3).

§1. Précisions quant au sens du terme « supérieur ».

597. Fondement. L'adjectif « supérieur » est associé à l'intérêt de l'enfant. Cet adjectif signifie « qui dans une classification a un rang considéré comme très élevé »¹¹¹⁵, justifiant en l'occurrence que l'intérêt de l'enfant soit pris en compte en premier pour fonder les décisions jurisprudentielles ou législatives relatives à l'enfant. Parfois, un autre adjectif qualificatif est accolé à l'expression « intérêt de l'enfant » : le mot « meilleur ».

¹¹¹⁴ P. Murat, « Intérêt de l'enfant et séparation de la fratrie en cas de déménagement d'un parent pour l'étranger », *Dr. fam.* 2010, comm. 24.

¹¹¹⁵ Dictionnaire Le Robert, éd. 2013, v° Supérieur.

598. Distinction entre meilleur et supérieur. Certaines législations européennes optent pour le terme « meilleur » plutôt que celui de « supérieur ». Dans sa version anglaise, l'article 3-1 de la Convention de New York mentionne « les meilleurs intérêts de l'enfant »¹¹¹⁶. La loi suédoise prévoit également que « les meilleurs intérêts de l'enfant doivent être la première considération dans la détermination des règles relatives à la garde, la résidence et le contact »¹¹¹⁷. Un auteur¹¹¹⁸ remarquait que « la distinction opérée n'avait aucun sens ». Selon lui, le terme « *best* » constitue un terme creux, « une hyperbole creuse » qui vaut également pour le terme « supérieur »¹¹¹⁹. L'ajout du terme « meilleur » ou « supérieur » n'aurait donc, selon cette analyse, aucune incidence sur la portée de la notion d'intérêt de l'enfant. Pourtant, il faut remarquer que le terme « meilleur » souligne l'attention qui doit être accordée à l'enfant, alors que le terme « supérieur » met en exergue l'existence d'un rapport de force entre deux types d'intérêts, voire entre deux principes.

Certains auteurs observent que le terme « meilleur » permet une appréciation plus concrète de la situation¹¹²⁰. L'intérêt supérieur de l'enfant traduit, lui, davantage l'essence du principe qui réside précisément dans sa supériorité par rapport à d'autres intérêts ou principes éventuels. L'effectivité même du principe de l'article 3-1 de la Convention de New York tient à ce caractère supérieur. Le terme « meilleur » renvoie au contenu de l'intérêt de l'enfant alors que le terme « supérieur » renvoie à son rang hiérarchique. La jurisprudence luxembourgeoise réussit à associer les deux termes en constatant qu'« il faut envisager l'intérêt supérieur de l'enfant comme la recherche de la meilleure solution pour l'enfant »¹¹²¹. L'intérêt supérieur de l'enfant permet de trouver la meilleure solution applicable à sa situation par rapport à d'autres intérêts en présence.

599. Portée du terme « supériorité » et compréhension de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Une étude plus ancienne met en évidence les incidences de la substitution de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » à celle d'« intérêt de l'enfant » :

¹¹¹⁶ Version anglaise de l'article 3-1 de la Convention de New York : « In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration ».

¹¹¹⁷ Section 2a, Act on the children and parents code.

¹¹¹⁸ A. Cornec, « Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en question, leurre ou levier au service de ses droits ?*, Journée d'étude, 20 nov. 2010.

¹¹¹⁹ *Ibidem*.

¹¹²⁰ A. Gouttenoire, note sous arrêt CE du 22 sept. 1997, *JCP* éd. G, 1997, II, n° 10052, p. 606.

¹¹²¹ Cour Constitutionnelle du Luxembourg, 11 juil. 2001, 32, 96.

l'ajout du terme supérieur permettrait de « circonscrire la compréhension » de la notion d'intérêt de l'enfant¹¹²². La première partie de la thèse permet de souligner la pertinence d'une telle analyse. L'autonomie même de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant tient à l'ajout du terme « supérieur » dans l'expression visée. Désormais, l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion de droit que viennent préciser les éléments de caractérisation relevés¹¹²³.

D'autres auteurs¹¹²⁴ adoptent une position plus nuancée. Selon eux, le terme supérieur introduirait davantage de subjectivité dans la compréhension de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, voire du principe consacré à l'article 3-1 de la Convention de New York. Il n'aiderait pas à déterminer ce à quoi correspond la notion. Carbonnier remarquait déjà que « la subtilité congénitale de la notion d'intérêt est accentuée par la supériorité qui lui est attribuée et accrue par la fluidité d'une situation de l'enfant qui évolue sans cesse »¹¹²⁵. Ainsi l'intérêt de l'enfant perdrait en précision par l'ajout du terme supérieur qui n'éclairerait en rien la notion¹¹²⁶. Cependant, il ne s'agit pas en l'occurrence de rendre compte de l'utilisation de la supériorité par les juridictions, mais de regretter l'absence de consistance de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Or, comme le démontre la première partie de la thèse, la notion d'intérêt de l'enfant a récemment acquis en substance et fait l'objet d'un contrôle de droit. L'ajout du terme « supérieur » a donc précisé la compréhension de la notion. En outre, il fonde une prévalence.

600. Une supériorité relative ou absolue ? Cette évolution conduit à se poser la question de savoir si cette supériorité doit être considérée comme relative ou absolue. Une supériorité absolue implique de considérer l'intérêt de l'enfant de manière exclusive. L'intérêt de l'enfant serait obligatoirement supérieur aux autres intérêts. En revanche, une supériorité relative repose sur la recherche d'un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et d'autres intérêts en présence. Répondre à la question si la supériorité est plutôt relative ou absolue conduit à étudier les fonctions de l'expression d' « intérêt *supérieur* de l'enfant ».

¹¹²² M. Donnier, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, *chron.* XXVI.

¹¹²³ *Supra* n° 104.

¹¹²⁴ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la meure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 15 ; I. Lemaire, *La notion d'intérêt de l'enfant dans le droit du divorce*, th. dactyl., 2000, p. 40.

¹¹²⁵ J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in, Perelman (C.) et Vander Elst (R.) (dir), *Les notions à contenu variable en droit*, éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, p. 99 et s.

p. 99.

¹¹²⁶ *Ibidem*.

§2. Perspectives quant aux fonctions du terme « supérieur ».

601.Fonction du terme supérieur. Si le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, principe conventionnel d'ordre international¹¹²⁷, est aujourd'hui reconnu juridiquement, il n'en demeure pas moins que le terme « supérieur » n'est pas toujours employé. Le droit français rend compte de cette utilisation encore limitée du terme « supérieur » dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale. La jurisprudence française ne se réfère à l'intérêt supérieur de l'enfant que depuis une période récente. Soit l'utilisation du terme supérieur marque un renvoi aux droits de l'enfant, essence même de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, soit cette utilisation souligne l'importance du principe et sa prévalence sur les autres intérêts en présence. Ces deux angles d'approche appellent un approfondissement, le terme « supérieur » ne jouent pas le même rôle dans l'un ou l'autre cas : tantôt il renvoie au contenu du principe, tantôt à l'impact de celui-ci.

602.Le terme « supérieur » renvoie au contenu du principe. En premier lieu, la substance même du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est mise en avant. Lorsqu'il se trouve lié aux droits de l'enfant, le terme « supérieur » renvoie au contenu même de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Par exemple, dans un arrêt du 11 mai 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation énonce : « il convenait de permettre à l'enfant de renouer progressivement avec son père, la cour d'appel, prenant ainsi en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, a, (...), légalement justifié sa décision de fixer l'exercice du droit de visite du père en France, au sein de l'association considérée »¹¹²⁸. Un lien est ici établi entre la référence à l'« intérêt *supérieur* de l'enfant » et le droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec son père. Ou encore, il relève de l'intérêt *supérieur* de l'enfant que celui-ci ait le droit de garder une relation normale avec ses deux parents en dépit de la séparation de ces derniers¹¹²⁹.

Les droits de l'enfant sont alors visés *via* l'ajout du terme « supérieur ». En l'occurrence, l'intérêt supérieur de l'enfant correspond à son droit à entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, conformément à l'article 9-3 de la Convention de New York¹¹³⁰. L'utilisation de l'expression « intérêt

¹¹²⁷ C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant, une définition possible ? », *loc cit.*, p. 27 et s.

¹¹²⁸ Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2012, inédit, pourvoi n° 11-12333.

¹¹²⁹ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, inédit, pourvoi n° 10-30856.

¹¹³⁰ Article 9-3 CIDE : « Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

supérieur de l'enfant » fonde alors les conclusions dégagées dans la première partie (éléments de caractérisation et niveaux de contenu). En outre, l'ajout du terme « supérieur » renvoie à l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant.

603.L'ajout du terme « supérieur » renvoie à l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les ordres juridiques européens : 1- Une considération primordiale. Cet ajout traduit parfois la référence au principe énoncé à l'article 3-1 de la Convention de New York. Cela renvoie aux hypothèses dans lesquelles il est nécessaire de rappeler que l'intérêt supérieur de l'enfant doit faire l'objet d'une considération primordiale et être apprécié au premier chef. On utilise alors dans le raisonnement le mot « primordial » qui enjoint de commencer par prendre en compte cet intérêt. L'expression d' « intérêt supérieur de l'enfant » traduit dès lors l'impact que doit avoir l'intérêt *supérieur* de l'enfant dans les ordres juridiques des Etats parties à la Convention de New York. L'ajout du terme « supérieur » souligne et exprime en ce cas l'impact même de l'intérêt supérieur de l'enfant : celui-ci porte en l'occurrence le principe proclamé à l'article 3-1 de la Convention, selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant *doit* être une considération *primordiale*. La portée de cet impact va parfois plus loin.

604.L'ajout du terme « supérieur » renvoie à l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les ordres juridiques européens : 2- L'intérêt *supérieur* de l'enfant doit l'emporter. L'expression « une considération primordiale » est le plus souvent entendue avec une portée plus forte. « Primordial » sous-entend dans ce dernier cas que l'intérêt *supérieur* de l'enfant doit l'emporter. On en vient à cette conclusion en associant l'expression « une considération primordiale » à la supériorité. C'est la supériorité dans son sens littéral qui est ici visée. Quelques exemples jurisprudentiels peuvent l'illustrer.

Dans une décision du 20 juin 2012¹¹³¹, la première chambre civile de la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir fixé les modalités du droit de visite et d'hébergement en prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, ce fondement permet en l'occurrence d'écarter le pourvoi de la requérante s'appuyant sur le défaut de respect du principe du contradictoire dans la procédure d'audition de l'enfant.

¹¹³¹ Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2012, *Bull. Civ. I*, n° 135, pourvoi n° 11-19377, *D.* 2012. 1675 ; *ibid.* 2050, chron. C. Creton et B. Vassallo ; *ibid.* 2267, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ. fam.* 2012. 457, obs. L. Schenique ; C. Neirinck, *Dr. fam.* 2012, comm. 133 ; *adde RJPf* 2012/9-10. 39, obs. F. Eudier ; *RTDciv.* 2012. 523, obs. J. Hauser.

Ou encore, concernant la question d'une délégation de l'autorité parentale au sein d'un couple de personnes de même sexe, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur la volonté du tiers d'exercer l'autorité parentale conjointement avec la mère de l'enfant¹¹³². La Cour de cassation décide sur ce point que : « si l'article 377, alinéa 1er, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Dans ces décisions judiciaires, le terme « supérieur » marque la primauté de l'intérêt de l'enfant sur d'autres principes ou intérêts tout en garantissant sa protection.

605.Conclusion. L'ajout du terme « supérieur » renvoie à l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les ordres juridiques européens, non seulement en ce qu'il érige celui-ci en une considération primordiale, mais aussi en ce que, *in fine*, l'intérêt supérieur de l'enfant finit par devoir l'emporter, ce qui rend compte d'une primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant selon l'expression de Madame Gouttenoire¹¹³³. En outre, la consécration de l'expression d'« intérêt supérieur de l'enfant » est venue corrélativement préciser la compréhension de la notion, désormais notion de droit autonome.

Ces conclusions relatives à la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant doivent être précisées et nuancées par l'étude de la jurisprudence européenne qui fait plutôt prévaloir une balance des principes et (ou) intérêts en présence, soulignant qu'il s'agit de rechercher un équilibre entre ceux-ci dans l'application d'un principe hiérarchique.

§3. La balance des intérêts en présence

606.Recherche d'équilibre. La Cour européenne des droits de l'homme a mis en exergue la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence, dont celui de l'enfant. Cette recherche résulte d'une longue évolution jurisprudentielle, précisant progressivement quels sont les intérêts en présence. La balance des intérêts permet d'apprécier spécialement l'intérêt supérieur de l'enfant au regard d'autres intérêts, tout en rappelant que celui-ci doit constituer

¹¹³² Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, *Bull. Civ. I*, n° 158, pourvoi n°09-12623, *Dalloz Actualité*, 27 juil. 2010, Pan. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *JCP éd. G* 2010, n° 994, obs. A. Gouttenoire ; *AJ. fam.* 2010, 394, obs. F. Chénéde ; *Defrénois* 2010. 2028, obs. J. Massip ; *RLDC* 2010/75, n°3975, obs. Serr ; *RJPF* 2010-11/29, obs. F. Eudier ; *RTDciv.* 2010, 547, obs. J. Hauser.

¹¹³³ A. Gouttenoire, L. Brunet, « Droit de l'enfant », *loc. cit.*, p. 2192.

une considération primordiale dans les décisions le concernant, donc celles relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

Il faut au préalable déterminer quels sont les intérêts qui se confrontent en matière d'exercice de l'autorité parentale (A), pour en apprécier ensuite l'articulation (B).

A- Les intérêts en présence dans les litiges relatifs à l'exercice de l'autorité parentale

607. Intérêts en présence. L'analyse des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme permet de mettre à jour les intérêts en présence en matière d'exercice de l'autorité parentale. Par un arrêt du 26 mai 1994, *Keegan contre Irlande*, la Cour de Strasbourg constate qu' : « il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »¹¹³⁴. La formulation est encore générale. Ainsi, l'individu s'entend aussi bien de l'enfant, des parents ou encore des grands-parents.

En l'espèce, le père revendiquait son droit d'exercer l'autorité parentale sur l'enfant alors que la mère de celui-ci souhaitait le faire adopter. La loi irlandaise autorisait la mère à faire adopter son enfant sans recueillir le consentement du père. La seule possibilité pour le père de faire échec à cette procédure d'adoption était de déposer pour lui-même une demande d'adoption. Cette dernière devait lui permettre de continuer à exercer l'autorité parentale. La Cour de Strasbourg constate que la juridiction irlandaise a « pesé équitablement les intérêts du père »¹¹³⁵. Trois intérêts se trouvaient en concurrence : l'intérêt du père à maintenir le contact avec l'enfant, l'intérêt de l'enfant à bénéficier du maintien de ses relations personnelles avec son père, l'intérêt de la société à faire respecter la loi irlandaise.

La Cour européenne observe, dans l'arrêt du 26 mai 1994 analysé, que l'application stricte de la loi irlandaise nuit au bon développement des relations entre l'enfant et son père et qu'elle place également le père dans une situation concurrentielle avec les autres adoptants. Elle décide, alors, que le bien-être de l'enfant n'est pas respecté, concluant à une violation de l'article 8§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La balance des intérêts en présence permet, en l'espèce, aux juges européens de faire prévaloir les intérêts du père et de l'enfant sur celui de la société. Cet outil justifie la primauté de tel intérêt sur tel autre, tout en les articulant.

¹¹³⁴ CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, req. n° 16969/90.

¹¹³⁵ *Ibidem*, spéc. §55.

608. Précision des intérêts en présence. Il faut attendre l'arrêt *Maumousseau Washington* contre France du 6 décembre 2007 pour que la formulation de l'arrêt *Keegan* soit précisée¹¹³⁶. La Cour constate que : « le point décisif consistant à savoir si le juste équilibre devant exister entre les intérêts concurrents présents- ceux de l'enfant, des deux parents entre eux et ceux de l'ordre public- a été ménagé dans les limites de la marge d'appréciation dont les Etats jouissent en la matière ». L'intérêt de l'individu est ici celui de l'enfant et de ses deux parents. L'intérêt de la société dans son ensemble renvoie à celui de l'ordre public.

Dans cet arrêt du 6 décembre 2007, la Cour recherche un équilibre entre les intérêts en présence tout en constatant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit, le premier, fonder la décision. La balance des intérêts en présence permet en l'occurrence de mettre en avant ce qui correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant. Si la mention en l'espèce de l'intérêt supérieur de l'enfant n'étonne pas compte tenu de l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que consacré à l'article 3-1 de la Convention de New York, il faut pourtant s'interroger sur l'opportunité de la mention corrélatrice de l'intérêt des parents et de l'ordre public. Pourquoi rechercher un équilibre entre l'intérêt de l'enfant et ces deux derniers si l'intérêt de l'enfant est considéré comme supérieur ? Ce dernier devrait s'imposer naturellement.

Toutefois, l'arrêt *Maumousseau Washington* contre France montre que c'est par la balance des intérêts que l'intérêt supérieur de l'enfant se dégage.

B- La balance des intérêts mise à jour

609. Articulation des intérêts en présence. La recherche d'un équilibre entre ces trois intérêts fonde une solution qui satisfait au mieux l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant est parfois interdépendant d'autres intérêts, notamment en matière d'enlèvement d'enfants¹¹³⁷. Il est alors nécessaire d'articuler les intérêts en présence. L'intérêt de l'ordre public est de faire respecter la loi donc de lutter contre les déplacements illicites de l'enfant, l'intérêt des parents correspond de son côté en l'occurrence au maintien des relations personnelles avec l'enfant, tout comme celui de l'enfant. La comparaison des intérêts en présence révèle en ce domaine une convergence des intérêts des parents et de l'enfant. La pesée de ces trois intérêts est justifiée dans les affaires relatives aux enlèvements internationaux d'enfants. Ils sont tous les trois d'une importance égale, même si l'intérêt

¹¹³⁶ CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau Washington c. France*, req. n° 39388/05.

¹¹³⁷ *Ibidem*, CEDH, 10 juil. 2012, *B. c. Belgique*, req. n° 4320/11, spéc. §61, CEDH, 30 sept. 2008, *Koons c. Italie*, req. n° 68183/01, spéc. §50.

supérieur de l'enfant doit faire l'objet d'une considération primordiale. D'ailleurs, la Cour de Strasbourg a par la suite relevé que l'intérêt des parents constituait un facteur important dans cette balance des intérêts.

610. La recherche d'un équilibre et la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans un arrêt du 6 juillet 2010, la Cour de Strasbourg précise qu'il faut particulièrement « tenir compte de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante (...) L'intérêt supérieur de l'enfant peut, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents »¹¹³⁸. L'intérêt supérieur de l'enfant doit demeurer la considération primordiale.

Dans l'arrêt analysé du 6 juillet 2010, la Cour précise ensuite que : « l'intérêt des parents, notamment à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant, reste néanmoins un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu ». Il faut qu'un équilibre entre les intérêts en présence soit trouvé, d'abord en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents et à maintenir des relations avec chacun d'eux, puis en considération de l'intérêt des parents à conserver des contacts avec l'enfant. La corrélation entre l'intérêt des parents à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant et l'intérêt supérieur de l'enfant à maintenir des relations avec chacun d'eux révèle les difficultés d'appréciation. C'est parce que l'intérêt supérieur de l'enfant et l'intérêt des parents portent sur le même droit que les juges européens rappellent d'abord que l'intérêt supérieur de l'enfant peut l'emporter sur celui des parents, tout en soulignant que l'intérêt des parents est un « facteur » à prendre en compte dans la balance. Dans cet arrêt, toutefois, la Cour établit cependant une hiérarchie des intérêts en présence.

611. Hiérarchie des intérêts en présence. Dans l'arrêt du 6 juillet 2010, il faut remarquer « l'effacement » de l'intérêt de l'ordre public au profit de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'intérêt de la mère, alors que dans l'arrêt du 6 décembre 2007, l'intérêt de la mère s'efface au profit de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'ordre public. Il semblerait qu'une hiérarchie se dessine entre les intérêts en présence, ce qui permet de mieux déterminer ce à quoi correspond l'intérêt supérieur de l'enfant pour l'espèce visée.

Par exemple, dans un arrêt du 3 mai 2012¹¹³⁹, la Cour européenne constate que : « Dans ce domaine, le point décisif consiste à savoir si le juste équilibre devant exister entre les

¹¹³⁸ CEDH, 6 juil. 2010, *Neulinger Shuruk c. Suisse*, req. n° 41615/07, spéc. §134.

¹¹³⁹ CEDH, 3 mai 2012, *Uyanik c. Turquie*, req. n° 60328/09, spéc. § 52.

intérêts concurrents en jeu – ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public – a été ménagé, dans les limites de la marge d'appréciation dont jouissent les Etats en la matière, l'intérêt supérieur de l'enfant devant toutefois constituer la considération déterminante. Cela étant, l'intérêt des parents, notamment à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant, reste un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu». Cet arrêt du 3 mai 2012 commence par énoncer les trois types d'intérêts en soulignant l'importance de la recherche d'un équilibre entre ces derniers. Puis il consacre la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Enfin, il affirme l'importance de l'intérêt des parents à maintenir des contacts réguliers avec leur enfant, intérêt qui entre en corrélation avec celui de l'enfant. L'intérêt de l'ordre public, qui en l'occurrence correspondait à la prohibition des déplacements illicites d'enfants, n'est en revanche pas développé.

Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant pèse davantage dans la balance. Ensuite, les juges l'articuleront : soit avec l'intérêt des parents, notamment en cas de maintien des relations personnelles ; soit avec l'intérêt d'ordre public lorsque l'intérêt de l'enfant correspondra davantage aux objectifs du traité international, en l'occurrence le retour de l'enfant.

612.L'intérêt supérieur de l'enfant et l'intérêt des parents. Les juges de la Cour de Strasbourg se réfèrent à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ils en consacrent la primauté tout en pesant les différents intérêts en présence. En revanche, lorsque ces juges se réfèrent particulièrement à l'intérêt des parents, seul leur intérêt à maintenir des relations personnelles avec leur enfant est retenu. En d'autres termes, ce n'est que cet intérêt singulier des parents qui constitue «un facteur dans la balance des intérêts en jeu ». Cela souligne encore la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le raisonnement mis en œuvre. Cet intérêt singulier renvoie au contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, fondement du principe international. L'intérêt des parents est particulièrement pris en compte car il renvoie à l'un des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant : le maintien de relations personnelles avec l'enfant¹¹⁴⁰. Cela tient à ce que la satisfaction du bien-être de l'enfant (article 3 CIDE) représente l'objectif de la mise en œuvre d'une balance des intérêts en présence.

¹¹⁴⁰ V. *supra* n° 124 et s.

613.Objectif de la balance des intérêts en présence. Dans l'arrêt Uyanik contre Turquie du 3 mai 2012, la Cour de Strasbourg précise l'objectif de la recherche d'un équilibre entre les intérêts en cause. Il s'agit de déterminer « quelle est la meilleure solution pour l'enfant enlevé dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine »¹¹⁴¹. La balance des intérêts en présence permet d'apprécier ce qui relève réellement de l'intérêt supérieur de l'enfant, plus largement en l'occurrence de son « bien-être » au sens de l'article 3-2 de la Convention de New York.

Pour le moment, cette méthode de la balance des intérêts en présence n'est utilisée que dans les affaires relatives aux déplacements internationaux d'enfants, mais la Cour européenne pourrait l'étendre à d'autres champs d'application.

614.Applications dans les ordres juridiques internes. Cette méthode de recherche d'équilibre entre les intérêts en présence connaît quelques applications dans la jurisprudence française. La Cour de cassation, dans un avis du 13 septembre 2010, se prononce en « considération de l'ensemble des intérêts en présence et plus particulièrement de celui supérieur de l'enfant »¹¹⁴². En l'occurrence, il s'agissait de s'interroger sur l'intérêt de l'enfant à un changement de nom dans le cadre d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation. L'ensemble des intérêts est pris en compte par le juge, mais l'intérêt de l'enfant doit toujours être analysé comme supérieur aux autres.

La portée de cet arrêt pourrait s'étendre à la matière de l'exercice de l'autorité parentale en droit français. D'autant que le droit français rend compte, comme la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, d'un intérêt commun à l'enfant et ses parents à maintenir des relations personnelles.

Opposer une conception relative à une conception absolue de la supériorité ne rend pas compte du droit positif qui consacre plutôt une recherche d'équilibre entre les intérêts dans l'application d'un principe hiérarchique.

615.Une recherche d'équilibre dans l'application d'un principe hiérarchique. A la réflexion, il apparaît que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être envisagé en premier mais à la lumière d'autres intérêts. L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rend ainsi compte d'un équilibre à trouver entre les différents types d'intérêts en

¹¹⁴¹ *Ibidem*.

¹¹⁴² Avis Cour de cassation, 13 sept. 2010, Bull. 2010, avis n° 4, pourvoi n° 10-00004.

présence. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant ne signifie pas que l'intérêt de l'enfant l'emporte sur d'autres intérêts de manière systématique, mais qu'il doit être considéré hiérarchiquement en premier et que les autres intérêts sont interprétés sous son éclairage. Un équilibre devra ensuite être recherché entre les différents intérêts en cause.

Les juges nationaux devraient s'inspirer davantage des pratiques suivies par la Cour européenne des droits de l'homme en recherchant un équilibre entre les intérêts en présence. Un avis de la Cour de cassation française, précité, y invite. Cette recherche permet d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant tout en limitant les abus d'utilisation dont la notion pourrait faire l'objet. La méthode est intéressante, mais encore insuffisamment aboutie. En effet, pour satisfaire les principes de la Convention internationale des droits de l'enfant, il faut affirmer la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant tout en évitant de l'ériger en principe absolu.

La balance des intérêts en présence rend cependant compte de la supériorité de l'intérêt de l'enfant.

Section 2. Les manifestations de la supériorité de l'intérêt de l'enfant

616.Plan. La supériorité de l'intérêt de l'enfant n'est pas sans conséquences. Celui-ci est de plus en plus nettement considéré hiérarchiquement comme le premier par rapport à d'autres principes et (ou) intérêts. L'article 3-1 de la Convention de New York fonde en l'occurrence une hiérarchie entre les intérêts en présence lors de toute prise de décision concernant l'enfant. Cette hiérarchie repose à la fois sur une supériorité de forme (§1) et sur une supériorité de fond (§2).

§1. La supériorité en la forme

617. Plan. L'intérêt supérieur de l'enfant bénéficie d'une place particulière dans la Convention de New York lui assurant un rang premier au regard d'autres principes et intérêts (1). En outre, des termes spécifiques caractérisent cette primauté (2).

1- La place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention de New York

618.Importance de la situation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le texte de la Convention. L'article 3-1 de la Convention de New York éclipse les deux alinéas suivants. Son emplacement n'est pas anodin : il est celui du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant que pose ce texte. Les articles 3-2 et 3-3 lui sont alors subordonnés.

619.Article 3-2 Convention de New York. L'article 3-2 organise l'équilibre à réaliser entre la protection due à l'enfant et les droits et devoirs des parents : « Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées ». La recherche de cet équilibre doit s'effectuer au regard de l'article 3-1, c'est-à-dire au regard du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'articulation de ces deux alinéas exprime la hiérarchie à respecter entre le bien-être de l'enfant et les droits et devoirs de ses parents, tout en soulignant le rôle premier de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la recherche de cet équilibre.

620. Article 3-3 Convention de New York. L'article 3-3 se révèle plus éloigné de l'article 3-1 en ce qu'il vient surtout compléter l'alinéa précédent. Il précise que : « Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié ». Les Etats doivent prendre les mesures nécessaires pour régler les structures en charge des enfants, particulièrement quant aux règles d'hygiène et de sécurité. Les Etats doivent ainsi veiller à ce que les « suppléants » des parents offrent des garanties d'environnement équivalentes aux enfants.

621. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant de par son emplacement. Il est surtout intéressant de constater que ces deux alinéas sont éclipsés par l'alinéa premier, porteur du principe. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale dans toutes les décisions l'intéressant (quelles soient législatives, jurisprudentielles...), dans ses relations avec ses parents, mais aussi dans des structures ayant pour mission de s'occuper de lui. Le choix des mots vient renforcer cette supériorité.

2- Démonstration de l'existence d'une hiérarchie par le choix des mots

622. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant de par le choix des mots. Concernant le terme « supérieur », Monsieur Zermatten¹¹⁴³ rejette l'idée selon laquelle l'emploi de ce terme érigerait « l'enfant en être d'exception ». Selon lui, l'association des termes « intérêt » et « supérieur » renvoie à l'objectif même de la Convention de New York : assurer le bien-être de l'enfant, tel que visé à l'article 3-2 de la Convention. Cependant, l'article 3-1 de la Convention de New York pose un principe. A l'alinéa 1 de l'article 3 de cette Convention, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant est soulignée par deux fois : par le mot « supérieur », analysé plus haut, et par le mot « primordial ». L'intérêt de l'enfant

¹¹⁴³ J. Zermatten, « L'intérêt supérieur de l'enfant », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions. Leurre ou levier au service de ses droits ?*, Documents de référence et contributions à la journée d'étude, 20 nov. 2010,

doit être considéré comme supérieur aux autres intérêts. A cet égard, Madame Gouttenoire y perçoit l'existence d'un principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁴⁴.

La primauté signifie la « situation qu'on met au premier rang ». Ce terme est un dérivé du verbe « primer ». La primauté fait alors qu'en cas de confrontation avec d'autres principes et (ou) intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer. Selon Madame Gouttenoire, « les décisions relatives à un enfant sont en effet de plus en plus confrontées au principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant »¹¹⁴⁵.

623.Primauté et supériorité. La supériorité et la primauté répondent à une définition proche l'une de l'autre. Cependant, la supériorité semble attachée à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention : l'intérêt de l'enfant doit être considéré comme supérieur aux autres intérêts. La primauté, quant à elle, rend compte de la supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant présentant la nature d'un principe proclamé par l'article 3-1 de la Convention (« considération primordiale »). Par exemple, l'intérêt *supérieur* de l'enfant prime sur le principe de la liberté d'entreprendre¹¹⁴⁶.

Le rapport de force est moins nettement mis en évidence par l'emploi du terme « primordial » que par celui de « primauté », mais les deux termes doivent être considérés comme équivalents, à l'analyse de la jurisprudence. Le terme « primauté » permet de mieux souligner l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant pour une considération primordiale: *primauté* de l'intérêt *supérieur* de l'enfant.

624.Une considération primordiale. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant ne fait toutefois pas l'unanimité. Concernant l'expression « considération primordiale », le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, souligne que l'adjectif indéfini « une » est préféré à l'adjectif défini « la ». Autrement dit, il faudrait

¹¹⁴⁴A. Gouttenoire, L. Brunet, « Droit de l'enfant », *D.* 2007, p. 2192 ; P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008 ; A. Gouttenoire, « Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant », *LPA* 7 oct. 2010, n° 200, p. 24-27.

¹¹⁴⁵P. Bonfils, A. Gouttenoire, *Droits de l'enfant*, Dalloz 2010, p. 1904. A rapprocher, CEDH, 1^{er} juil. 2004, *Couillard Maugery c. France*, n° 64796/01, §229 : le gouvernement estime que l'ingérence de l'Etat est justifiée par la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹¹⁴⁶*Supra* n° 632 et s. ; Cass., Crim. 22 janv. 2013, *Bull. Crim.* 2013, n° 23, pourvoi n° 12-90065 : « la disposition légale qui a été adoptée (...) dans un but de protection renforcée de l'enfance dont l'intérêt (...) constitue un motif d'intérêt général (...) n'a pas pour effet de porter à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ».

parler exclusivement d'« une considération primordiale » et non de « la considération primordiale »¹¹⁴⁷.

L'intérêt supérieur de l'enfant ne serait donc pas considéré comme « l'unique considération mais comme l'un des éléments premiers à prendre en compte et peser son poids dans toutes les décisions concernant les enfants »¹¹⁴⁸.

Seule une disposition de la Convention de New York énonce que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue « la considération primordiale ». Il s'agit de l'article 21 relatif à l'adoption : « Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière ». Ce choix terminologique s'explique par la spécificité même de la procédure en adoption¹¹⁴⁹. Cependant, comme le relève Madame Gouttenoire, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant s'affirme de plus en plus nettement en jurisprudence. D'autres éléments doivent donc encore être pris en compte pour déterminer la place de ce principe en droit positif.

625.L'utilisation du terme « doit ». Dans l'article 3-1 de la Convention de New York, l'utilisation du terme « doit » vient également ajouter à la force de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Monsieur Zermatten, membre du Comité des droits de l'enfant, propose une analyse littérale de l'article 3-1 de la Convention de New York¹¹⁵⁰. Il souligne l'obligation faite aux autorités de faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale. Cette obligation, caractérisée par l'emploi du terme « doit », justifie le caractère premier de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, les juges doivent d'abord veiller à tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant pour fonder leurs décisions.

La jurisprudence européenne ne consacre pas toutefois seulement une simple obligation de tenir compte en priorité de l'intérêt supérieur de l'enfant ; elle utilise les termes *primauté* de l'intérêt *supérieur* de l'enfant.

¹¹⁴⁷ T. Hammarberg, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions : leurre ou levier au service de ses droits ?*, Journée d'étude du 20 novembre 2010.

¹¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹¹⁴⁹ J. Halifax, *L'adoption plénière en France : de l'établissement d'une filiation légale à la constitution d'une filiation sociale*, th. dactyl. 2007 ; V. Voisin, *L'adoption en droit français et en droit anglais comparé*, thèse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004 ; C. Gore, *L'adoption*, éd. Colin, 2007 ; R. Crône, M. Revillard, B. Gelot, *L'adoption : aspects internes et internationaux*, Defrénois, 2006 ; Filiation et adoption : les réformes opérées par l'ordonnance n 2005-759 et la loi n 2005-744 du 4 juillet 2005 : actes du colloque d'Aix-en-Provence, 16 décembre 2005 / organisé par le Centre Pierre Kayser en collaboration avec le Centre de formation des barreaux du Sud-Est ; [sous la direction d'Anne Leborgne,...], Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006 ; F. Boulanger, *Enjeux et défis de l'adoption*, Economica, 2001.

¹¹⁵⁰ J. Zermatten, « L'intérêt supérieur de l'enfant », *loc. cit.*

626. Une primauté consacrée. La Cour européenne des droits de l'homme adopte une position très claire et plus nette en décidant que, dans les affaires relatives à l'autorité parentale, « c'est l'intérêt de l'enfant qui doit primer »¹¹⁵¹. Cependant, soucieuse de ne pas ériger ce principe en principe exclusif, elle rappelle souvent que : « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale -donc envisagé en premier- mais peut seulement primer sur d'autres intérêts en présence ». En d'autres termes, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas absolu. Il existe seulement une « obligation de satisfaire au mieux l'intérêt supérieur de l'enfant »¹¹⁵².

Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être envisagé en premier et bénéficie d'une primauté permettant de le satisfaire au mieux au vu des autres intérêts.

627. Caractère supérieur des textes applicables en la matière. L'article 3-1 a été suivi par de nouveaux textes qui en ont encore accru la portée. Par exemple, l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise que : « Dans tous les actes relatifs aux enfants (...), l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». L'insertion de la formule de l'article 3-1 dans un texte européen, s'imposant aux Etats membres et directement applicable dans les ordres juridiques internes depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, démontre l'attachement à la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette répétition confirme l'existence d'un consensus autour du principe et de ses perspectives d'évolution, particulièrement quant à la considération primordiale dont il doit faire l'objet. Déjà la Convention de New York, Convention internationale, l'érigait en principe obligatoire, notamment en utilisant le terme « doit » : « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Les normes européennes récentes sur le sujet renforce l'impact du principe dans l'ordre juridique de l'Union européenne et le souci de le rendre obligatoire dans les Etats membres. En outre, la reprise de la formule inscrite à l'article 3-1 de la Convention de New York dans la Charte de Nice participe à une uniformisation juridique entre les différents ordres juridiques européens.

La supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant ne se manifeste pas seulement en la forme; cette primauté a une véritable portée au fond.

¹¹⁵¹ CEDH, 26 juin 2003, *Maire c. Portugal*, req. n° 48206/99, spéc. §77, A. Gouttenoire, *Dr. fam.* 2003, *chron.* 26.

¹¹⁵² C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant, une définition possible ? », *loc.cit.*, n° 87, p. 27.

§2. La supériorité au fond

628. Un principe supérieur à d'autres principes. La *primauté* de l'intérêt *supérieur* de l'enfant est un principe hiérarchiquement supérieur à d'autres principes en présence. Les juges ont eu l'occasion récemment de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant sur des principes d'ordre économique. L'affirmation d'une telle supériorité marque la volonté de protéger l'intérêt de l'enfant face à des intérêts antinomiques. Elle révèle également l'impact réel du principe dans les ordres juridiques.

1- La supériorité du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur la liberté de circulation des marchandises.

629. L'intérêt *supérieur* de l'enfant face à la liberté de circulation des marchandises. La réception de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'ordre juridique de l'Union européenne fait progresser l'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant en ce domaine.

Dans un arrêt du 14 février 2008, la Cour de justice de l'Union européenne trouve l'occasion de protéger l'enfant contre les médias¹¹⁵³. En l'espèce, le litige opposait deux sociétés de droit allemand à propos de la mise en vente par correspondance sur Internet de vidéos sans qu'aucun contrôle n'ait été réalisé quant au public concerné. Aucune instance n'avait délimité l'âge d'accès à ces vidéos, ce qui ne manqua pas de soulever des problèmes à l'égard du public mineur. La Cour décide qu': « il y a lieu de rappeler que la protection des droits de l'enfant est reconnue par différents instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, tels que le pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 19 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976, et la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par ladite Assemblée le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990 ».

630. Consécration de la *primauté* de l'intérêt *supérieur* de l'enfant. La Convention dans son ensemble est visée, et non une disposition spécifique, ce qui inclut l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour de Luxembourg reconnaît en l'occurrence la primauté de l'intérêt

¹¹⁵³ CJUE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c/ Avides Media AG*, (aff. C-244/06), A. Rigaux, *Revue Europe* 2008, comm. 118.

supérieur de l'enfant sur un principe de liberté économique pourtant fondamental : la libre circulation des marchandises. Certes, cette jurisprudence ne concerne pas directement l'exercice de l'autorité parentale. Cependant, elle rend compte plus largement de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur le fondement des textes à valeur supérieure précités.

Il s'agit d'une jurisprudence qui privilégie un droit extrapatrimonial, le droit pour l'enfant mineur à être protégé contre certaines images véhiculées par des vidéos, sur une liberté patrimoniale. A l'heure où les intérêts pécuniaires constituent une préoccupation omniprésente, cette décision consacre la préservation d'intérêts de nature extrapatrimoniale, ce qui mérite d'être approuvé.

La portée d'une telle décision n'est pas négligeable.

631.Portée. Cette décision participe à la fois à la reconnaissance générale de la supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant d'essence extrapatrimoniale sur des intérêts patrimoniaux et à celle de la supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant sur d'autres intérêts en présence, de façon plus générale. Elle reconnaît la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur la libre circulation des marchandises et s'inscrit dans le sillage de la proclamation par la Convention de New York du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁵⁴.

Cette primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant a également été reconnue lors d'une confrontation avec la liberté d'entreprendre.

2- La supériorité du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur la liberté d'entreprendre

632.La supériorité du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur la liberté d'entreprendre en droit français. La Cour de cassation française a consacré la supériorité de l'intérêt de l'enfant dans une décision du 22 janvier 2013¹¹⁵⁵.

L'article 6 de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007¹¹⁵⁶ prévoit qu' : « est interdite l'installation, à moins de deux cents mètres d'un établissement d'enseignement, d'un établissement dont l'activité est la vente ou la mise à disposition du public d'objets à caractère

¹¹⁵⁴ CJUE, 14 fév. 2008, préc. : « La protection de l'enfant constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité CE, telle que la libre circulation des marchandises».

¹¹⁵⁵ Cass. Crim. 22 janv. 2013, *Bull. crim.* 2013, n° 23, pourvoi n°12-90065, *Dr. fam.* 2013, comm. 43, M.-A. Alexi.

¹¹⁵⁶ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance ; *JO* du 6 mars 2007 p. 4215.

pornographique. L'infraction au présent article est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Sont passibles des mêmes peines les personnes qui favorisent ou tolèrent l'accès d'un mineur à un établissement où s'exerce l'une des activités visées au premier alinéa. Pour cette infraction, les associations de parents d'élèves, de jeunesse et de défense de l'enfance en danger, régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile». Le texte visé protège l'enfant contre les entreprises dont l'activité est la vente et la mise à disposition d'objets à caractère pornographique. En l'espèce, la question était de savoir si l'article 6 de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, n'était pas contraire à la liberté d'entreprendre posé à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen relatif à la liberté individuelle¹¹⁵⁷.

La chambre criminelle de la Cour de cassation décide que : « la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que la disposition légale critiquée, qui a été adoptée par le législateur dans un but de protection renforcée de l'enfance dont l'intérêt, la prise en compte des besoins et le respect des droits constituent des motifs d'intérêt général répondant à des exigences constitutionnelles reconnues et garanties par les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946 et à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, n'a pas pour effet de porter à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». La portée de cette décision n'est pas non plus négligeable. La Cour de cassation ancre l'intérêt de l'enfant dans la Constitution¹¹⁵⁸.

633.L'émergence d'un principe constitutionnel. Cette décision consacre la primauté de l'intérêt de l'enfant sur la liberté d'entreprendre. La Chambre criminelle précise que cet intérêt constitue « un motif d'intérêt général répondant à des exigences constitutionnelles », participant de fait à un objectif constitutionnel, celui de la sauvegarde de l'ordre public.

Par cette formule, la haute juridiction souligne la portée toute particulière de l'arrêt rendu. Elle se réfère aux articles 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre

¹¹⁵⁷ Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

¹¹⁵⁸ V. DC, 17 mai 2013, n° 2013-669, C.-A. Chassin, *LPA* 4 juil. 2013, n° 133, p.13 ; J.-M. Larralde, *LPA* 4 juil. 2013, n° 133, p.5 ; *D.* 2013. 1643, chron. F. Dieu ; *AJ. fam.* 2013. 332, étude F. Chénéde ; J.-R. Binet, *Dr. fam.*, juil. 2013, comm. 98, *Constitutions 2013.* 166, obs. A.-M. Le Pourhiet ; L. Brunet, *RTD sanit. soc.* 2013, p.908 ; *RTD civ.* 2013. 579, obs. J. Hauser.

1946¹¹⁵⁹ qui précisent le rôle de l'Etat dans la garantie du développement de la famille et de l'individu et celle de la santé. Selon l'article 10 de ce Préambule : « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », l'article 11 prévoit, lui, qu' : « elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs (...) ». Or, ce sont là deux éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant : le développement et la santé de l'enfant¹¹⁶⁰.

Ainsi, c'est bien sur l'intérêt supérieur de l'enfant, notion autonome fondée sur l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, que se fonde en l'occurrence la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Désormais en droit français, la protection de l'enfant et de ses droits ont un rang constitutionnel dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013¹¹⁶¹ ne reprend pas la formule de la Cour de cassation, mais elle accorde toute de même un rang constitutionnel à l'intérêt de l'enfant¹¹⁶².

634. Vers la protection effective de l'intérêt *supérieur* de l'enfant ? La reconnaissance de la *primauté* de l'intérêt *supérieur* de l'enfant sur d'autres principes (en l'occurrence, d'ordre patrimonial) rend compte de l'émergence d'un véritable ordre public protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il existe sur ce point un début d'harmonisation entre les ordres juridiques européens.

¹¹⁵⁹ In préambule de la Constitution de 1958.

¹¹⁶⁰ *Supra* n° 162 et s. et 184 et s.

¹¹⁶¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-669 du 17 mai 2013, C.-A. Chassin, *LPA* 4 juil. 2013, n° 133, p.13 ; J.-M. Larralde, *LPA* 4 juil. 2013, n° 133, p.5 ; *D.* 2013. 1643, chron. F. Dieu ; *AJ. fam.* 2013. 332, étude F. Chénéde ; J.-R. Binet, *Dr. fam.*, juil. 2013, comm. 98, *Constitutions 2013*. 166, obs. A.-M. Le Pourhiet ; L. Brunet, *RTDsanit. soc.*, 2013, p.908 ; *RTDciv.* 2013. 579, obs. J. Hauser.

¹¹⁶² Sur la circonstance que cet intérêt n'est pas « supérieur » en la lettre, V. C. Brunetti-Pons, « Le couple parental ne renvoie-t-il plus aux père et mère de l'enfant ? », *RLDC* fév. 2014, p. 84 à 90, spéc. p. 89.

Section 3. L'émergence d'un ordre public européen protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant

635. Plan. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans les ordres juridiques internes quant à la réception et à la détermination de la supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant a été démontrée dans les développements précédents. Par ailleurs, il ne peut plus aujourd'hui être fait abstraction du phénomène d'eupéanisation du droit de la famille, notamment en matière d'autorité parentale.

L'ordre public européen protecteur reposant sur la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être au préalable défini afin de mieux en apprécier l'apport (§1). Toutefois, par une récente décision la Cour de Strasbourg semble déjà opérer un retour en arrière quant à la reconnaissance d'un tel ordre public (§2).

§1. Définition et fondements de l'ordre public protecteur européen de l'intérêt supérieur de l'enfant

636.L'existence de différents types d'ordre public. L'ordre public intéresse toutes les disciplines juridiques¹¹⁶³. Il s'agit d'une notion variable¹¹⁶⁴. D'ailleurs, pour certains auteurs l'ordre public ne se définit pas¹¹⁶⁵. Pourtant, une définition a été proposée en doctrine dans le domaine du droit de la famille : l'ordre public constituerait « un ensemble de principes et de valeurs qui sont, à un moment donné, considérés comme essentiels pour l'organisation sociale et qui, pour cette raison, sont revêtus d'une force obligatoire »¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ R.J Dupuy, « L'ordre public en droit international », in *L'ordre public* [actes du colloque] / [organisé par l'Académie des sciences morales et politiques, la Fondation Singer-Polignac, Paris, 22 et 23 mars 1995] ; sous la direction de R. Polin ; M. Allais, H. Amouroux, J. Cluzel, PUF, 1996, p. 103, F. Sudre, « L'ordre public européen », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux : acte du colloque de Caen du 11 et 12 mai 2000*, Bruylant, 2001 ; S. Poillot- Perrizzetto, « Ordre public et droit communautaire », *D.* 1993, chron., 177 ; Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public. Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse, Paris, 1951, éd. Matot- Braine Reims, 1953, J. Hauser, « L'ordre public dans les relations de famille », in *Trav. De l'asso. Capitant, L'ordre public : aspects nouveaux*, Journées libanaises, 1998.

¹¹⁶⁴ J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77 et s.

¹¹⁶⁵ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, tome 4, 22^{ème} éd. refondue, Thémis, PUF, 2000, spéc. n°69, p. 145 ; Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public. Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse Paris 1951, éd. Matot- Braine, p. 3.

¹¹⁶⁶ C. Duard- Berton, *L'ordre public dans le droit de la famille*, th. dactyl., 2004, spéc. p. 3.

L'intérêt supérieur de l'enfant constitue-t-il un principe essentiel pour l'organisation sociale ? L'ordre public revêt aujourd'hui une double nature : il est soit de direction, soit de protection. L'ordre public de direction renvoie à un ensemble de règles établies par l'Etat qui indiquent une orientation commune. L'ordre public de protection se veut moins intrusif. Il garantit la protection d'un élément particulier. L'ordre public de protection est par exemple très développé en droit de la consommation¹¹⁶⁷. Au XXème siècle, l'ordre public de direction a tendance à reculer face au développement des libertés individuelles ; l'intrusion de l'Etat est ainsi moins tolérée. D'ailleurs, le droit de la famille, habituellement soumis à l'ordre public de direction, est aujourd'hui gagné par un phénomène de contractualisation¹¹⁶⁸, ce qui revient à le faire sortir progressivement de la sphère d'ordre public. Pourtant, l'ordre public demeure un concept fondamental, particulièrement dans le domaine des relations familiales¹¹⁶⁹.

637. Les sources de l'ordre public protecteur de l'enfant. Les sources du caractère d'ordre public du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant sont de nature législative ou judiciaire. Un auteur en rend compte avec justesse en relevant l'existence d'un ordre public textuel et d'un ordre public virtuel¹¹⁷⁰. L'article 6 du Code civil français consacre l'existence de l'ordre public textuel en prévoyant que : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »¹¹⁷¹. Ce texte consacre l'existence d'un ordre public impératif auquel la volonté individuelle ne peut déroger. A côté de ce fondement législatif, il existe un fondement jurisprudentiel de l'ordre public. Il appartient au juge de se prononcer sur d'éventuelles contrariétés à l'ordre public, particulièrement en présence d'un silence de la loi. Selon un auteur¹¹⁷², « la conformité de toute décision ou disposition générale à l'intérêt supérieur de l'enfant est devenu un impératif devant la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme imposant aux Etats de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision qui concerne les

¹¹⁶⁷ A. Bénabent, *préc.*

¹¹⁶⁸ D. Fenouillet et P. De Vareilles- Sommières (dir.), *La contractualisation du droit de la famille*, Economica, 2001.

¹¹⁶⁹ C. Duart- Berton, *L'ordre public dans le droit de la famille*, *op. cit.* p.3.

¹¹⁷⁰ J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *op. cit.*, page 77 et s.

¹¹⁷¹ C. Brunetti-Pons, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », in *Etudes Malinvaud*, Litec, 2007, p. 103 ; Couturier, « L'ordre public de protection », in *Etude Flour*, Defrénois, 1979, p. 95 ; D. Fenouillet, « La fin des bonnes mœurs et l'ordre public philanthropique », in *Etudes P. Catala*, Litec, 2001, p. 487 ; X. Lagarde, « L'office du juge et l'ordre public de protection », *JCP éd. G*, n°15, 11 avril 2001, I, 312 ; Meulders-Klein, *Etat des personnes et ordre public de protection*, in *Mélanges Cornu*, PUF, 1994, p. 317 ; J. Revel, « Domaine matrimonial », *JCP éd. G*, 1982, I, 3055.

¹¹⁷² A. Tunc, « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 22, n°2, avril/ juin 1970, pp. 247-261.

enfants». Le caractère d'ordre public de l'intérêt supérieur de l'enfant a d'abord un fondement international.

638. Fondement international du caractère d'ordre public de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'ordre public européen protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant correspond à un ensemble de règles destiné à garantir la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il se manifeste à plusieurs égards. En particulier, la Convention internationale des droits de l'enfant, particulièrement l'article 3-1, pose un principe international de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les traités européens participent à l'institution d'un ordre public de direction dans le domaine de l'autorité parentale. Il s'agit, pour les instances internationales, de diriger les politiques et les décisions en la matière. Ces conventions indiquent bien la marche à suivre : il faut tenir pour primordial l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions le concernant. Par exemple, l'article 24-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que « les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité ». Ce texte a pour objectif la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, à l'instar de la Convention de La Haye, du Règlement Bruxelles II *bis* ou encore de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant.

639. Caractère impératif du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juridictions européennes s'attachent à reconnaître l'existence de ce principe et à interpréter toutes les conventions à sa lumière. La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 6 juillet 2010, rappelle que « la convention de La Haye est un instrument d'ordre public européen pour la protection des êtres humains »¹¹⁷³. Il s'agit d'un texte impératif ayant pour objectif la protection des êtres humains, particulièrement de l'enfant. Cela signifie que la volonté individuelle et les contrats ne peuvent l'écarter. Interprété à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant c'est-à-dire, sous l'angle de la supériorité, de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, ce texte rend compte d'un ordre public émergent en la matière. Force est de constater qu'il existe peu de textes faisant expressément état de la

¹¹⁷³ CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse, préc.*, spéc. §133.

protection de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne. Ceci est encore plus net dans les législations internes.

640.Fondement jurisprudentiel du caractère d'ordre public du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le juge participe également à la consécration du caractère d'ordre public de l'intérêt supérieur de l'enfant. D'une façon plus générale, la jurisprudence permet de maintenir, voire de rétablir, un certain ordre public. Monsieur Lemouland évoque, à cet égard, un « ordre public judiciaire »¹¹⁷⁴. Selon lui « l'expression est sans doute discutable dans la mesure où l'ordre public concerné trouve bien sa source dans la loi. Mais c'est le juge qui est en est devenu le pivot, et il faut dire que, par son interprétation, c'est lui qui finalement en détermine souvent les contours ». Un autre auteur¹¹⁷⁵ remarque que l'homologation des conventions des parents, par exemple pour régler les modalités de l'exercice de l'autorité parentale en droit français, constitue un outil précieux d'intervention du juge. Par l'homologation, ou le refus d'homologation, le juge participe à la construction d'un ordre public familial¹¹⁷⁶.

Dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale et à l'aune du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge construit un nouvel ordre public protecteur de l'enfant¹¹⁷⁷. Il faut toutefois rester prudent car, comme le remarque l'auteur précité, le juge peut également contourner l'ordre public, ce qui desservirait l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁷⁸.

641.Vers l'émergence d'un ordre public européen ? L'élaboration d'un tel ordre public européen englobant dans le domaine de l'autorité parentale l'intérêt supérieur de l'enfant pose la question du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Concrètement, il s'agit d'une occasion unique pour elle d'unifier les différentes législations européennes en la matière.

A l'analyse de sa jurisprudence, il est d'ores et déjà apparu qu'est consacrée la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, la Cour européenne se fonde sur l'intérêt supérieur de l'enfant à propos d'un maintien du placement de l'enfant¹¹⁷⁹. En matière de relations extrapatrimoniales entre l'enfant et ses parents, la Cour européenne veille

¹¹⁷⁴ J-J. Lemouland, « Le couple en droit civil », *Dr. fam.* 2003, *chron.* 22.

¹¹⁷⁵ V. Egéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, t.43, 2010.

¹¹⁷⁶ G. Champenois, *RTDciv.* 2011, 826.

¹¹⁷⁷ Cass. 2^{ème} civ., 27 mai 1998, Bull. civ. 1998, n° 165, n° 96-18620 : « Attendu que le juge ne peut homologuer la convention des époux et prononcer le divorce que s'il constate que cette convention préserve suffisamment l'intérêt de l'enfant (...) ».

¹¹⁷⁸ V. Egéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, *op. cit.*

¹¹⁷⁹ CEDH, 31 janv. 2012, *Assunção c. Portugal*, req. n° 61226/08.

notamment particulièrement à ce que les Etats tiennent pour considération primordiale l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁸⁰.

Cependant, la consécration d'une telle supériorité de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est clairement consacrée qu'en matière d'autorité parentale. S'agissant d'autres questions relevant du droit de la famille, la Cour européenne ne fait pas jouer la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le plus souvent, elle fait prévaloir le couple sur l'enfant¹¹⁸¹, faisant ainsi primer d'autres intérêts et d'autres principes.

§2. Les limites apportées à l'ordre public européen de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

642. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant subordonné au principe de non discrimination entre les couples. Un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 19 février 2013 représente une illustration de cette subordination. En l'espèce, la concubine de la mère souhaite adopter l'enfant de cette dernière. Les autorités autrichiennes ne font pas droit à cette demande, le Gouvernement se référant à de nombreuses reprises à l'intérêt supérieur de l'enfant pour fonder ce refus¹¹⁸². Les requérantes fondent leur requête sur les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au respect de la vie privée et familiale et sur l'article 14 du même texte relatif à la non-discrimination. Les deux femmes estiment que le refus d'autoriser la concubine à adopter l'enfant est discriminatoire eu égard à la possibilité offerte par le droit autrichien aux couples hétérosexuels non mariés d'adopter l'enfant du conjoint.

La Cour européenne décide de faire primer le principe de non-discrimination des couples sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁸³. D'ailleurs, l'absence de référence à l'intérêt supérieur de l'enfant pose en soi question. Cette décision se démarque des décisions antérieures de la Cour, relatives à l'autorité parentale. Pourtant, l'adoption est liée à l'autorité parentale. En l'espèce, l'adoption par la compagne de la mère est prononcée, alors que le père s'y était opposé en vertu de ses prérogatives d'autorité parentale. Le droit du père de protéger

¹¹⁸⁰ CEDH, 29 janv. 2013, *Lombardo c. Italie*, req. n° 25704/11 ; spéc. §91.

¹¹⁸¹ C. Brunetti-Pons, « Rapport introductif », Approche de droit comparé franco-luxembourgeois », in La complémentarité des père et mère, Colloque 7 avril 2012, Université Reims Champagne Ardenne publication à venir.

¹¹⁸² CEDH, 29 janv. 2013, *Lombardo c. Italie*, préc., spéc. §117 : « Le Gouvernement précise d'abord que les tribunaux (...) se sont opposés à l'adoption envisagée parce qu'elle ne servait pas l'intérêt de l'enfant.

¹¹⁸³ CEDH, 19 fév. 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07.

ses relations personnelles est bafoué et son droit de refuser l'adoption de son enfant n'est pas respecté.

Cette décision paraît d'autant plus surprenante que la Cour européenne n'a eu de cesse de rappeler que le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents constitue un droit fondamental en se référant à l'article 9-3 de la Convention de New York¹¹⁸⁴. L'analyse de cette décision doit être pour cette raison approfondie.

643. La question de l'existence d'une discrimination. Dans un premier temps, la Cour européenne des droits de l'homme commence par distinguer cette affaire d'une affaire semblable rendue antérieurement¹¹⁸⁵. Dans la décision du 15 mars 2012, elle n'a pas relevé l'existence d'une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne dans le cas où l'un des deux partenaires de même sexe souhaite adopter l'enfant de l'autre. La motivation comporte toutefois une analyse minutieuse du droit français.

Le droit français n'autorise que l'adoption de l'enfant du conjoint¹¹⁸⁶. Or le mariage en droit français n'était, à cette époque, autorisé qu'entre un homme et une femme¹¹⁸⁷, excluant les personnes de même sexe de l'application des anciens articles 345-1¹¹⁸⁸ et 365¹¹⁸⁹ du Code civil français relatifs aux conditions de l'adoption¹¹⁹⁰. Les juges constatent, alors qu'il n'y a pas de discrimination puisque les deux partenaires n'étaient pas mariées et donc ne pouvaient prétendre à l'adoption de l'enfant. La Cour rappelle d'ailleurs que les Etats sont libres d'autoriser ou pas le mariage entre deux personnes de même sexe, cette question relevant de leur marge d'appréciation.

¹¹⁸⁴ Comm. EDH, 14 mars 1985, *Florentino Garcia c/ Pays-Bas* ; P. Hilt, L'intérêt supérieur de l'enfant, clef de voûte de la protection européenne des relations parents- enfants, *AJ. fam.* 2004, p. 384 ; S. Grataloup, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, L.G.D.J., 1998.

¹¹⁸⁵ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07.

¹¹⁸⁶ Article 345- 1 du Code civil : « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise : 1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ; 2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ; 3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ».

¹¹⁸⁷ Article 144 du Code civil français : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit révolus ».

¹¹⁸⁸ Article 345-1 du Code civil français : « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise : 1° lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ; 2° lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ; 3° lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants du premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ».

¹¹⁸⁹ Article 365 du Code civil français : « L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale (...) ».

¹¹⁹⁰ CEDH, *Gas et Dubois c. France*, préc., spéc. §62.

644. La reconnaissance d'une discrimination au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans un second temps, la Cour s'intéresse à la discrimination existant du fait que l'adoption est ouverte au profit d'un couple hétérosexuel non marié et non aux couples de personnes du même sexe en droit autrichien. Ce qui attire particulièrement l'attention dans cet arrêt, c'est la référence, à l'intérêt de la seconde requérante (entendue comme la partenaire de la mère biologique), sans tenir compte ni du père ni de l'intérêt de l'enfant¹¹⁹¹. Cet argumentaire aboutit à la décision suivante : « Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour conclut que les requérants n'ont pas été traités comme l'aurait été un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. Dès lors que le traitement différent qui leur fut réservé était indissociablement lié au fait que les requérantes formaient un couple homosexuel, il était fondé sur l'orientation sexuelle des intéressées. Il convient donc de distinguer la présente espèce de l'affaire *Gas et Dubois*, dans laquelle la Cour avait conclu à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif qu'en droit français l'interdiction de l'adoption coparentale frappait tant les premiers que les seconds ».

L'arrêt du 19 février 2013 ne constitue pas un revirement de jurisprudence, mais il franchit un pas supplémentaire en faveur de la reconnaissance des « familles homoparentales »¹¹⁹².

645. Droit de l'enfance relevant d'un ordre public européen ou droit à l'enfant ? La Cour européenne précise qu'elle n'entend pas, par cet arrêt du 19 février 2013, consacrer l'existence d'une « famille homoparentale », mais simplement appliquer strictement le principe de non-discrimination¹¹⁹³. Pourtant, en omettant toute référence à l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa décision (contrairement au pourvoi du Gouvernement autrichien), elle fait prévaloir le principe de non-discrimination entre les couples de personnes du même sexe et les couples hétérosexuels non mariés sur l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, elle s'écarte de sa position initiale au sujet de l'importance du respect de l'autre parent par le père ou la

¹¹⁹¹ CEDH, *X et autres c. Autriche, préc.*, spéc. §125.

¹¹⁹² A. Péliissier, « La réception de l'homoparentalité en droit européen », *AJ. fam.* 2006, p. 406 ; M. Doucet, « Vers un nouveau statut parental », *AJ. fam.* 2012, p. 542 ; C. Mercary, « Homoparentalité : protection de l'enfant », *AJ. fam.* 2006, p. 398 ; J. Sainte Rose, « Vers une reconnaissance de l'homoparentalité », *AJ. fam.* 2005, p. 395 ; G. Pitti, « Les dissonances juridiques sur l'homoparentalité », *Gaz. Pal.* 2 sept. 2010, n° 245, p. 16 ; V. Depadt-Sebag, « La situation juridique de l'enfant au sein des nouvelles configurations familiales », *LPA* 2006 n° 50, p. 26 ; F. Millet, « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Defrénois*, 2005, n°9, p. 743 ; I. De Benalcazar, « Une nouvelle filiation : l'homoparentalité ? », *Gaz. Pal.* 12 déc. 2000, n° 347, p.18.

¹¹⁹³ CEDH, *X et autres c. Autriche, préc.*, spéc. §134.

mère de l'enfant. Cette décision conduit à s'interroger sur l'avenir de la Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne, précisément des articles 3-1, 9-3 et 18-1. Des opinions dissidentes ont été émises par certains juges en l'espèce. Ils posent très justement la question suivante : « au nom de quel intérêt supérieur la substitution de son père par la compagne de sa mère aurait-elle été justifiée ? », tout en soulignant que l'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille ». L'arrêt illustre une preuve supplémentaire de l'existence d'une confusion entre le droit de l'enfance (dont l'intérêt supérieur de l'enfant fait partie) et le droit à l'enfant¹¹⁹⁴. Il s'agit d'une occasion manquée pour la Cour de Strasbourg de consacrer le caractère d'ordre public de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit de la famille. Cela n'enlève rien toutefois à l'existence même du principe et à son rayonnement.

¹¹⁹⁴ J. Pousson-Petit, « Chronique de droit belge : le droit de l'enfance ou le droit à l'enfant ? », *Dr. fam.* 2010, étude n°19 ; N. Haoulia, « Un enfant nommé désir : réflexion sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », *LPA* 11 oct. 2013, n° 204, p. 7.

Conclusion du titre 2

646.Réception de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les jurisprudences européennes. En Europe, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne et des ordres juridiques internes reconnaissent désormais l'application directe du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette reconnaissance démontre bien l'impact du principe sur les décisions jurisprudentielles à l'échelle européenne : le juge doit ériger l'intérêt supérieur de l'enfant en considération primordiale.

En droit français, cet impact est particulièrement net depuis qu'un contrôle de conventionalité est exercé. L'exercice d'un tel contrôle est étroitement lié à l'autonomie de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant en ayant permis le passage de l'intérêt de l'enfant, notion de fait, à l'intérêt supérieur de l'enfant, véritable notion de droit.

647.L'intérêt supérieur de l'enfant : une notion autonome dont le fondement est autonome. Force est de constater que l'intérêt supérieur de l'enfant est bien intégré dans les ordres juridiques européens. Les diverses jurisprudences témoignent de cette intégration, d'abord sur le fondement de l'article 3-1 de la Convention de New York puis progressivement indépendamment de ce texte. Toutefois, même lorsque l'article 3-1 n'est pas visé, l'intérêt supérieur de l'enfant est la notion qu'il fonde et pas une autre. La spécificité du fondement explique l'autonomie de la notion. Que d'autres textes à valeur supérieure aient repris l'intérêt supérieur de l'enfant ou que les législations et décisions judiciaires l'introduisent dans leurs dispositions ou motivations selon les cas, n'y change rien. Il s'agit toujours de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention, notion autonome. En outre, même lorsque la juridiction concernée ou le législateur manquent à viser la supériorité et se contentent de l'intérêt de l'enfant, il apparaît à l'analyse, sous de rares exceptions telle la décision précitée du Conseil constitutionnel rendue le 17 mai 2013, que l'expression d' « intérêt de l'enfant » renvoie désormais à l'intérêt supérieur de l'enfant.

648.L'impact spécifique de l'intérêt supérieur de l'enfant. Désormais l'intérêt supérieur de l'enfant renvoie à deux réalités distinctes : tout d'abord à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant telle que dégagée dans la première partie ; en second lieu à la supériorité de cet intérêt. Dans ce dernier cas, l'intérêt supérieur de l'enfant rend compte de surcroît d'un principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et celle de la Cour de cassation française sont exemplaires en la matière. Elles ont affirmé la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant du principe sur d'autres principes, notamment sur des principes d'ordre patrimonial¹¹⁹⁵. Ce caractère impératif permet de réfléchir à la constitution d'un ordre public de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

649.L'émergence d'un ordre public européen de protection de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant est à l'origine de l'émergence d'un nouvel ordre public : un ordre public protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant. Face au déclin de l'ordre public matrimonial, l'intérêt supérieur de l'enfant semble constituer une réponse aux risques d'atteinte aux droits de l'enfant ainsi qu'à la confusion croissante entre ces droits et le droit à l'enfant¹¹⁹⁶. Satisfaire à l'ordre public européen protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant conduit à rechercher si l'enfant évolue ou non dans un environnement sain, entretient des relations personnelles avec ses parents....

Il faut saluer l'émergence d'un tel ordre public, conséquence de l'impact actuel de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les ordres juridiques nationaux. Pourtant, la récente position de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt précité du 19 février 2013 tend à fragiliser une telle consécration. Cependant, il s'agit encore d'une position isolée, laissant en suspens la possibilité d'ériger un véritable ordre public européen de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les décisions jurisprudentielles à venir devrait confirmer ou infirmer une telle possibilité.

¹¹⁹⁵ *Supra* n° 628 et s.

¹¹⁹⁶ B. Beigner, « De l'enfant roi » au « parent roi » ?, *Dr. fam.* 2012, repère 1 ; J. Poussin-Petit, « Chronique de droit belge : le droit de l'enfant ou le droit à l'enfant ? », *Dr. fam.* 2010, étude 19 ; J. Martin-Lassez, « L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille. Etats généraux du droit de la famille », *Dr. fam.* 2007, étude 4 ; J. Hauser, « Le droit à l'enfant, un droit de la personnalité ? », *RTDciv.* 2008, p. 272 ; C. Brunetti-Pons, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Dr. fam.* 2003, *chron.* 15-17.

Conclusion générale

650. Portée d'une étude de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Il convient de tirer les enseignements de cette étude. Une telle analyse présente un apport particulier au vu de la portée récemment acquise par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne ; une portée tirée de la reconnaissance et réception de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant dans les législations et décisions judiciaires des Etats européens. L'enfant et son intérêt, désormais considéré comme supérieur, constituent les nouveaux socles du droit de la famille. Cependant, s'intéresser à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, fondement du principe international, ne pouvait se limiter à l'étude des différentes expressions de celui-ci dans les ordres juridiques. Des recherches ont déjà été menées sur la notion « d'intérêt de l'enfant » proposant une définition fonctionnelle¹¹⁹⁷ de celui-ci ou consacrant l'existence d'un critère décisionnel¹¹⁹⁸. Une étude approfondie de la notion et de son impact permet d'insérer l'intérêt supérieur de l'enfant, notion de droit, dans une véritable hiérarchie.

651. L'intérêt supérieur de l'enfant, notion autonome. L'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant énonce bien un principe supérieur international. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est plus seulement un critère décisionnel, il est un principe de droit¹¹⁹⁹. Ce principe repose désormais sur une notion de droit dont le contenu a pu être mis à jour avec une certaine précision. Cette évolution permet de pallier les risques d'arbitraire attenants à la nature de standard juridique de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant et qui pourraient à terme nuire à une unification européenne de celle-ci. Mais l'intérêt, standard juridique, n'est pas dépourvu de toute force fédératrice, puisque des organes juridictionnels veillent particulièrement à sa mise en œuvre. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne interprètent l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » au sens de l'article 3-1 de la Convention de New York. Ces hautes Cours confèrent ainsi peu à peu de la substance à la notion et influencent l'interprétation qui en est donnée dans les différents ordres juridiques européens. En outre, la

¹¹⁹⁷ J.-P. Servel, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, thèse, dactyl., 1978.

¹¹⁹⁸ C. Savary-Combe, *L'intérêt de l'enfant au sein de l'autorité parentale*, thèse, dactyl., 1973 ; R. Le Guidec, *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français*, thèse, dactyl., 1973.

¹¹⁹⁹ M. Donnier, « L'intérêt de l'enfant », *D.* 1959, chron. XXVI, A. Gouttenoire, L. Brunet, « Droit de l'enfant », *D.* 2007, p. 2192.

notion d'intérêt supérieur de l'enfant a enrichi les législations européennes sur de nombreux points¹²⁰⁰. En droit interne le contrôle de conventionnalité, réalisé par la Cour de cassation depuis un arrêt du 18 mai 2005¹²⁰¹, contribue à donner de la substance à cette notion.

652.La détermination de la notion. Initialement seule la notion d'intérêt de l'enfant était prise en compte. En matière d'exercice de l'autorité parentale les législations européennes se rejoignent depuis longtemps sur la considération que cet intérêt en constitue la finalité. Il s'agit d'un objectif, mais d'un objectif indéfini. Si l'imprécision de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant présente certains avantages quant à son adaptabilité aux différentes configurations parentales, s'agissant d'un principe supérieur international, cette imprécision ne pouvait perdurer. Ce principe sert la protection de l'enfant indépendamment du fait que les parents soient mariés ou divorcés, vivent ensemble ou séparément. Toutefois, les singularités de la situation de fait considérée ne doivent pas être pour autant totalement écartées de l'analyse : la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est adaptée par les juridictions à chaque situation individuelle. C'est la force de la notion standard : la capacité d'adaptation d'une notion pour une situation donnée¹²⁰². Dans tous les cas cependant, l'intérêt supérieur de l'enfant a un contenu propre et des caractéristiques particulières sur lesquelles repose son autonomie.

653.La recherche d'un équilibre. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant doit conservée une certaine autonomie de façon à ne pas en venir à perdre de sa substance au gré des situations familiales dont la diversité ne cesse de s'accroître. D'où l'importance d'une mise à jour de son contenu et de ses caractéristiques propres.

Différents niveaux de contenu de la notion ont été dégagés, permettant de distinguer l'existence de différents types d'intérêts (intérêts d'ordre situationnel, temporel ...). Cependant, ces éléments et niveaux de contenu ainsi que la grille de lecture offerte en conséquence demeuraient encore insuffisants pour rendre compte de la portée de l'intérêt

¹²⁰⁰ F. Granet-Lambrechts, « Les droits de l'enfant dans les législations européennes », *RLDC* 2011, supplément n°87, p. 43.

¹²⁰¹ Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, Bull. Civ. I, n° 212, p. 180, pourvoi n° 02-16336, *D.* 2005.1909, note V. Egea ; *JCP* 2005, II, 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *ibid.* 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *ibid.* 199, n°7s. ; obs. J. Rubellin-Divichi ; *Gaz. Pal.* 2005. 2664, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *Deffrénois* 2005.1418, note J. Massip ; *AJ. fam.* 2005. 274, obs. T. Fossier ; *Dr. fam.* 2005, n°156, note A. Gouttenoire ; *RJPF* 2005 9/31, note F. Eudier ; *Dr et patr.*, sept. 2005, p. 101, obs. Ph. Bonfils, *RTDsanit. soc.* 2005.814, note C. Neirinck ; *Rev. Crit. DIP* 2005.679, note D. Bureau ; *RTDciv.* 2005.585, obs. J. Hauser ; et 627, obs. Ph. Théry.

¹²⁰² *Supra* n° 48.

supérieur de l'enfant en matière d'exercice de l'autorité parentale. Un équilibre a alors été recherché dans la présente étude entre une définition stricte de celle-ci et une imprécision absolue.

Des décisions et des législations européennes visent aujourd'hui l'intérêt supérieur de l'enfant, mais cette simple mention ne suffit pas toujours à rendre compte de la teneur du principe. Il a donc fallu déterminer la substance de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

654. La mise en évidence d'éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour européenne des droits de l'homme a été la première à se référer à deux éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant en matière d'exercice de l'autorité parentale. Dans l'arrêt *Gnahoré contre France* du 19 septembre 2000¹²⁰³, la Cour relève que l'intérêt supérieur de l'enfant suppose son évolution dans un environnement sain et le maintien de ses relations personnelles avec ses parents. L'étude s'appuie sur ces deux éléments pour déterminer le contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le premier élément est commun à toutes les situations parentales ; le second ne s'applique qu'en cas de séparation des parents de l'enfant.

La mise à jour de tels éléments de caractérisation participent à la recherche d'un équilibre entre la conservation d'une certaine souplesse de la notion et le renvoi à des éléments de droit précis. En l'occurrence, ces éléments de caractérisation renvoient bien aux droits de l'enfant énumérés aux articles 24, 6-2 ou encore article 9-3 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

655. Un élément de caractérisation commun à toutes les situations parentales. Le premier élément est un élément commun à toutes les configurations parentales. Que les parents vivent ensemble ou soient séparés, que l'autorité parentale s'exerce conjointement ou unilatéralement, ils doivent veiller à ce que l'enfant évolue dans un environnement sain. Précisément, l'exercice de l'autorité parentale repose sur cette bienveillance des parents. Des similitudes apparaissent alors entre la substance de l'autorité parentale et celle d'intérêt supérieur de l'enfant. Selon la formule d'un auteur¹²⁰⁴, « ces intérêt primordiaux donnent sa teneur concrète à la notion générique d'intérêt de l'enfant ». La santé et le développement de l'enfant en constituent les éléments communs dans la mesure où l'intérêt de l'enfant est la

¹²⁰³ CEDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré c. France*, req. n°40031/98, F. Sudre, *JCP éd. G* 2001. I. 291, P. Hilt, *AJ. fam.* 2004, p. 384 ; C. Pettiti, *AJ. fam.* 2006, p. 185 ; J.P. Marguénaud, *RTDciv.* 2010, p.735 ; *ibid*, *RTDciv.* 2001, p.451.

¹²⁰⁴ G. Cornu, *Droit civil. La famille*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 2006, p. 155, n°71.

finalité même de l'autorité parentale. Parfois, les parents prétendent ou croient agir dans cet intérêt, ce qui n'est pas toujours le cas. Cependant, depuis que la protection de la santé et du développement constituent des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, le contrôle est plus rigoureux.

656. Un élément de caractérisation propre aux cas de séparations des parents, mais communs aux législations européennes. Le second élément de caractérisation mis en évidence ne s'applique qu'en cas de séparation des parents, impliquant parfois une séparation de l'un d'eux avec l'enfant. Toutefois, le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents représente en ce domaine plus limité une règle commune aux législations européennes. Par cet élément de caractérisation, c'est la double fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant qui se trouve prise en compte. En effet, celle-ci fonde à la fois la règle du maintien des relations personnelles, mais aussi son exception dans la mesure d'éloignement de l'enfant avec ses parents.

657. L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant. 1. L'intérêt supérieur de l'enfant guide législatif. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue un guide législatif : le législateur doit ériger l'intérêt supérieur de l'enfant en considération primordiale. L'intérêt supérieur de l'enfant doit ainsi constituer le fondement des législations relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Les législations européennes ont, sur ce fondement, adopté le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, même après séparation des parents. La coparentalité correspond à l'intérêt pour l'enfant de maintenir des relations personnelles avec chacun de ses parents, élément de caractérisation dégagé dans la première partie de l'étude. Il faut tenir compte, toutefois, dans la mise en œuvre de ces concepts nouveaux des autres éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment de son évolution dans un environnement stable et serein. Un équilibre doit ainsi être recherché entre ces différents éléments. Néanmoins, celui-ci pourra être rompu dans l'intérêt supérieur de l'enfant, souvent en faveur du second. Le législateur doit veiller à ce que d'autres intérêts que celui de l'enfant, par définition supérieur, ne constituent la véritable finalité de la loi.

658. L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant. 2. L'intérêt supérieur de l'enfant guide judiciaire. Le juge, de son côté, doit ériger l'intérêt supérieur de l'enfant en considération primordiale dans les décisions relatives à l'enfant, ce qui implique que celui-ci prime sur d'autres intérêts. Dans les décisions judiciaires apparaît de plus en plus clairement

la supériorité de l'intérêt de l'enfant sur d'autres intérêts en présence, qu'il s'agisse de décisions rendues par les juridictions européennes ou par les juridictions internes¹²⁰⁵. Pourtant, la Cour de Strasbourg sème parfois le doute. Tantôt, il arrive qu'elle fasse primer un autre intérêt sur celui, pourtant supérieur, de l'enfant¹²⁰⁶. Tantôt elle érige ce dernier en véritable critère de décision dans les affaires de retour d'enfants déplacés illicitement¹²⁰⁷. Force est de constater que la Cour de justice de l'Union européenne, comme la Cour de Strasbourg, s'efforce de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant sur d'autres intérêts, et même le principe sur d'autres principes fondamentaux à l'instar de la libre circulation des marchandises¹²⁰⁸ ou encore de la liberté d'entreprendre¹²⁰⁹. Une véritable hiérarchie entre les principes s'instaure : un principe extrapatrimonial- le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant- prime sur des principes de nature économique.

659.L'émergence d'un droit commun européen. L'étude relative à la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale permet de relever des points communs aux ordres juridiques européens.

En premier lieu, les différents ordres juridiques européens adoptent les mêmes éléments de caractérisation, ce qui assoie la légitimité de la substance du principe. Cette unité se manifeste particulièrement lorsque les législations européennes précisent la notion d'évolution de l'enfant dans un environnement sain. Ces éléments de caractérisation recouvrent des précisions communes aux différentes législations européennes : l'environnement de l'enfant doit être stable, familial, exempt de toutes violences, ou encore permettre le maintien de ses repères.

En second lieu, les juges européens adoptent un même mode d'appréciation *in concreto* des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que les mêmes outils d'appréciation, tels que l'audition de l'enfant ou la médiation familiale. L'appréciation concrète permet de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque espère donnée. Cependant, ce mode d'appréciation est parfois articulé avec une appréciation

¹²⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2012 *Bull. Civ. I*, n° 135, pourvoi n° 11-19377, *D.* 2012. 1675 ; *ibid.* 2050, chron. C. Creton et B. Vassallo ; *ibid.* 2267, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ. fam.* 2012. 457, obs. L. Schenique ; *RTD civ.* 2012. 523, obs. J. Hauser ; *adde RJPF* 2012/9-10. 39, obs. F. Eudier ou encore CA Douai, 3 déc. 1998, *Juris-Data* n° 048057.

¹²⁰⁶ CEDH, 19 fév. 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07.

¹²⁰⁷ CEDH, 6juil. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n° 07-11449 ; CEDH, 13 déc. 2011, *Lettonie c. X*, req. n° 27853/09 ; CEDH, 12 juil. 2011, *Sneersone et Kampanella c. Italie*, req. n° 14737/09.

¹²⁰⁸ CJUE, 14 fév. 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, (aff. C-244/06), A. Rigaux, *Revue Europe* 2008, comm. 118.

¹²⁰⁹ Cass. Crim. 22 janv. 2013, *Bull. crim.* 2013, n°23, pourvoi n°12-90065, *Dr. fam.* 2013, comm. 43, M.-A. Alexi.

abstraite, ce qui rend mieux compte de toute la portée de la notion. L'intérêt supérieur de l'enfant est une notion autonome qui présente une certaine unité dès lors qu'elle se trouve abstraitement définie. Dans le cadre d'une approche plus concrète, l'unité de la notion n'est pas pour autant infléchie car l'intérêt supérieur de l'enfant doit être concrètement caractérisé au regard des éléments de droit dégagés.

Cette unité participe à l'émergence d'un véritable droit commun européen en matière d'exercice de l'autorité parentale.

660. Unité de la notion à l'échelle européenne. Certes, des différences entre les législations européennes peuvent également être dégagées, mais celles-ci demeurent marginales. En effet, le plus souvent ces différences n'exercent pas beaucoup d'influence sur la compréhension de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, pour désigner l'autorité parentale la législation grecque utilise l'expression « soins parentaux » et la législation anglaise celle de « responsabilité parentale ». Derrière ces choix terminologiques, l'autorité parentale répond néanmoins à une même définition : celle d'un droit-fonction exercé par les parents dans l'intérêt de l'enfant. Il en est de même s'agissant de l'expression « intérêt de l'enfant » désigné soit par l'expression « meilleur intérêt de l'enfant » en droit anglais ou celle de « bien-être de l'enfant » en droit allemand. Le sens de la notion demeure celui auquel renvoie l'article 3-1 de la Convention de New York.

Même d'un point de vue terminologique, il existe à l'analyse peu de différences entre les législations européennes, ce qui contribue au phénomène d'eupéanisation du droit de la famille¹²¹⁰. Cependant, cette eupéanisation ne doit pas s'effectuer au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant. La récente mise en évidence d'un ordre public protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait limiter une trop forte instrumentalisation de la notion.

661. L'ordre public européen protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant. Corrélativement, se construit un ordre public de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne. La protection de la notion implique la préservation de ses éléments de caractérisation. Toutefois, l'arrêt du 19 février 2013¹²¹¹ rendu par la Cour européenne des droits de l'homme semble mettre à mal cet ordre public européen. La décision demeure cependant isolée. Face à l'émergence d'un phénomène de revendication d'un droit à l'enfant,

¹²¹⁰ C. Nourissat, « Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ? », *Defrénois*, 15 août 2005, n°15, p. 1193 ; P. Ancel, « Dénationaliser l'enseignement du droit civil ? », *RTDciv.* 2011, p. 701 ; J. Damon, « L'Europe des politiques familiales : la convergence dans l'hétérogénéité », *RTDsant. soc.* 2008, p. 601.

¹²¹¹ CEDH, 19 fév. 2013, *X et autres c. Autriche*, req. n° 19010/07.

l'ordre public protecteur constitue un outil de protection de l'enfant non négligeable. Certes, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue désormais le socle du droit de l'autorité parentale, mais cet intérêt ne doit pas être détourné au profit des intérêts des tiers ou encore ériger l'enfant en objet du droit de la famille.

662. Impact de l'étude au-delà du domaine de l'exercice de l'autorité parentale.

L'étude s'est en l'occurrence limitée au domaine de l'exercice de l'autorité parentale, mais la notion d'intérêt supérieur de l'enfant intéresse tout le droit de la famille. Par exemple s'est récemment posée la question de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de convention de gestation pour le compte d'autrui¹²¹². Aussi serait-il intéressant de démontrer si la détermination et l'impact de la notion mis ici en exergue trouvent une même application en matière de filiation, d'adoption ou encore de droit patrimonial de la famille.

¹²¹² Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30138 ; n° 12-18315. Note A. Mirkovic, *D.* 2012, p. 878 ; F. Granet-Lambrechts, *D.* 2012, p.1432, J. Hauser *RTDciv.* 2012, p. 304, C. Siffrein-Blanc, *AJ. fam.* 2012, p. 226 ; M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui : fictions et réalité*, Fayard, 2013. N. Mathey, « Circulaire Taubira. Entre illusions et contradictions », *JCP* 2013. 162 ; *Dr. fam.* 2013. Comm. 42, obs. C. Neirinck ; *RJPF* 2013-3/34, obs. I Corpart. V. aussi pour une étude approfondie en droit français et en droit comparé : C. Brunetti-Pons, « Les effets en France des conventions de gestation pour le compte d'autrui conclues à l'étranger : derniers rebondissements », *RLDC* 2013, n°109, p. 41 ; F. Granet-Lambrechts, « Droit de la filiation », *D.* 2013, p. 1436.

INDEX

A

Aliénation parentale
221 et s., 489.

Applicabilité
22, 274, 385, 397, 542 et s.

Appréciation *in abstracto*
290 et s.,

Appréciation *in concreto*
148, 287, 290 et s., 659.

Assistance éducative
115, 166 et s., 179, 237, 375, 503, 519.

Audition de l'enfant
155, 274, 284, 319 et s., 490, 557, 589, 604, 659.

B

Beau-parent
500 et s.

Besoin de l'enfant
21, 48, 49, 68, 109, 111, 113, 186, 189, 206, 294, 357, 395, 417, 493, 632.

Bien-être de l'enfant
21, 29, 50 et s., 107, 109, 110, 139, 161, 188, 228, 232, 235, 236, 258, 262, 306, 308, 321, 357, 400, 412, 432, 456, 471, 473, 477, 607, 612, 613, 619, 622, 638, 660.

C

Châtiments corporels
461 et s., 529

Comité des droits de l'enfant
8, 344, 347, 384, 416 et s., 466, 472, 478, 528, 541, 553, 554.

Conflit de loyauté
215 et s., 339, 349.

Contrôle de conventionnalité
276, 556 et s., 651.

Coparentalité
6, 363, 424 et s., 433, 435 et s., 444, 483, 495, 508, 517, 529.

Couple de personnes de même sexe
9, 519, 522, 604.

D

Délégation de l'autorité parentale
505 et s., 604

Développement de l'enfant
13, 15, 53, 157 et s., 168, 184 et s., 209, 211, 225, 229, 230, 239, 293, 371, 409, 438, 470, 474, 497, 575, 607, 633, 655.

Droits de l'enfant
321, 356, 394 et s., 415, 462, 464, 541, 601, 602, 649.

E

Egalité

- des père et mère : 8, 11, 423, 428 et s., 432, 439, 492, 498, 528, .
- entre les femmes et les hommes : 482, 495, 496.
- filiation : 8, 11, 430 et s.

Enlèvements d'enfants
178, 251, et s., 260 et s., 284, 584, 609.

Enquête sociale
174, 287, 301-302, 367 et s.

Exercice conjoint
26, 301, 305, 336, 423 et s., 441 et s., 513, 525, 529 et s., 657.

Environnement

- familial : 75 et s., 123, 193 et s., 201 et s., 232, 240.
- parental : 193 et s., 199.
- sain : 120, 157 et s., 165, 168, 175, 188, 199, 210, 211, 230, 233, 238, 239, 265 et s., 371, 408, 471, 526, 578, 649, 654, 655, 659.

Exercice unilatéral
189, 279, 336, 434, 435, 439, 514.

Expertise médico-psychologique
155, 343, 367 et s.

G

Grands-parents
196 et s., 209, 574, 575, 607.

I

Intérêt général : 56, 62 et s., 81, 82, 236, 313.

Interprétation
102, 103, 248 et s., 272, 299, 310, 314, 315, 327, 377, 382, 410, 474, 581, 586, 651.

M

Médiation familiale
6, 55, 227, 354 et s., 659.

N

Notion-cadre
23, 37, 45 et s.

Notion de droit
104, 274 et s., 377, 382, 385, 490, 559 et s., 599, 605, 646, 650, 651.

Notion de fait
97, 104, 276 et s., 559 et s., 646.

O

Ordre public protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant
311, 380, 532, 533, 635 et s.

P

Primauté
34, 98, 139, 198, 352, 421, 454, 499, 502, 545, 546, 557, 586 et s., 604, 605, 610 et s., 621 et s..

Protection :

- des droits de l'enfant : 62, 417, 629.

- de l'enfant : 13, 20, 26, 53, 54, 63, 68, 71, 97, 154, 155, 165 et s., 177, 236, 300, 326, 344, 346, 348, 356, 400, 403, 405, 414, 417, 461, 474, 478, 479, 546, 633, 649, 652, 661.

- de l'intérêt supérieur de l'enfant : 22, 68, 103, 113, 150, 159, 168, 229, 256, 298, 300, 302, 324, 408, 411, 415, 533, 638, 639, 648, 649, 661.

R

Relations personnelles

26, 109, 116, 120, 124 et s., 160, 167 et s., 191, 192, 210, 238, 262, 266, 293 et s., 316, 396, 400 et s., 432, 436, 482, 511 et s., 560, 569, 572, 574, 585, 589, 602, 607 et s., 642, 649, 654, 656.

Repères de l'enfant

204, 206 et s., 371, 491, 511, 517.

Résidence alternée

9, 55, 68, 72 et s., 181, 209, 337, 481 et s., 530, 531.

Responsabilité parentale

13 et s., 111, 185, 397, 407, 414, 427, 432, 445, 487, 509, 660.

Retrait autorité parentale

115, 163, 168 et s., 475, 503.

S

Santé de l'enfant

12, 74, 79, 106, 111, 150, 154, 157 et s., 162 et s., 188, 204, 223, 239, 285, 300, 306, 330, 336, 378, 408, 437, 438, 469, 470, 474, 529, 565, 575, 620, 633, 655

Stable

161, 192 et s., 207 et s., 232 et s., 266, 278, 294, 316, 334, 361, 364, 371, 407, 505, 657, 659.

Standard juridique

48 et s., 651.

Supériorité

14, 160, 421, 536, 545, 592 et s.

V

Violence

111, 113, 165, 170, 230 et s., 373, 461 et s., 490, 507, 659.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I. Traités et ouvrages généraux

Ancel (B.) et Lequette (Y.) (dir.)

Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5^{ème} éd., Dalloz, 2006.

Bénabent (A.)

- *Droit de la famille*, Montchrestien, Précis Domat, 2^{ème} éd., 2012.

- *Droit des obligations*, Montchrestien, Précis Domat, 13^{ème} éd., 2012.

Berger (V.)

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 12^{ème} éd., 2011.

Bonfils (G.), Gouttenoire (A.)

Droit des mineurs, Précis Dalloz, 2008.

Bonnet (V.)

Droit de la famille, Larcier, Paradigme, 4^{ème} éd., 2014.

Boulangier (F)

- *Droit civil de la famille, tome II, aspects comparatifs et internationaux*, Economica, 1994.

- *Droit civil de la famille, tome I, aspects comparatifs et internationaux*, Economica, 3^{ème} éd., 1997.

- *Les rapports juridiques entre parents et enfants : perspectives comparatistes et internationales*, Economica, 1998.

- *Enjeux et défis de l'adoption*, Economica, 2001.

- *Autorité parentale et intérêt de l'enfant : histoire, problématique, panorama comparatif et international*, Edilivre, 2008.

Carbonnier (J.)

- *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2001.

- *Droit civil 2, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Thémis, droit privé, 21^{ème} éd. refondue, 2002.

- *Droit civil 4, Les obligations*, PUF, Thémis, droit privé, 22^{ème} éd. refondue, 2000.

Colombet (C.)

La famille, PUF, Droit fondamental, 6^{ème} éd., 1999.

Cornu (G.)

- *Droit civil. La famille*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2006.

- *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Quadriga/ PUF, 9^{ème} éd., 2011.

Cornu (G.), Foyer (J.)

Procédure civile, Themis, Paris, PUF, 3^{ème} éd. 1996.

Courbe (P.), Gouttenoire (A.)

Droit de la famille, Sirey, 6^{ème} éd., 2013.

Demogue (R.)

Traité des obligations en général, t. V, Rousseau. Source des obligations, 1994.

Demolombe (Ch.)

Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse : De la puissance paternelle, Cours de Code Napoléon, Hachette, 2^e éd., 1861, t. VI.

Fenouillet (D.)

Droit de la famille, Dalloz, Cours de droit privé, 3^{ème} éd., 2013.

Fenouillet (D.), Malinvaud (Ph.)

Droit des obligations, Lexisnexis, 12^{ème} éd., 2012.

Ferrand (F.)

Droit privé allemand, Précis Dalloz, 1997.

Ghestin (J.), Goubeaux (G.)

Traité de droit civil. Introduction générale au droit, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1994.

Granet-Lambrechts (F.), Hilt (P.)

Droit de la famille, Presses universitaires de Grenoble, 4^{ème} éd., 2014.

Hauser (J.), Huet-Weiller (D.)

Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, L.G.D.J., 1993.

Lefebvre-Teillard (A.)

Introduction historique au droit des personnes et de la famille, PUF, Droit fondamental, 1996.

Lemouland (J.-J.)

Droit de la famille, Ellipses, Cours magistral, 2014.

Malaurie (Ph.), Fulchiron (H.)

La famille, Defrénois, 4^{ème} éd., 2011.

Marguénaud (J.-P.)

La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, Connaissance du droit, 6^{ème} éd., 2012.

Mazeaud (H.), Mazeaud (L.), Mazeaud (J.), Chabas (F.), Leveneur (L.)

Leçons de droit civil. La famille : mariage, filiation autorité parentale, divorce, séparation de corps, tome I, 3^o vol., Montchrestien, 7^{ème} éd., 1995.

Meulders-Klein (M.-T.)

La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident, Bruylant, L.G.D.J., 1999.

Murat (P.) (dir.)

Droit de la famille, Dalloz action 2014-2015, 6^{ème} éd.

Sudre (F.)

- *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 11^{ème} éd., 2012.

- *La Convention européenne des droits de l'homme*, coll., Que sais-je ?, 8^{ème} éd., PUF, 2010.

Sudre (F.), Marguénaud (J.-P.), Andriantsimbazovina (J.), Gouttenoire (A.), Levinet (M.), Gonzalez (G.)

Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF, 6^{ème} éd., 2011.

Terré (F.), Fenouillet (D.)

Droit civil : la famille, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2011.

Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.)

Droit des obligations, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013.

II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

Alland (D.), Rials (S.) (dir.)

Dictionnaire de la culture juridique, Quadriga, PUF, 2003.

Baillon-Wirtz (N.), Honhon (Y.), Le Boursicot (M.-C.), Meier-Bourdeau (A.), Omarjee (I.), Pons-Brunetti (C.)

L'enfant sujet de droit, Lamy, Axe Droit, 2010.

Barav (A.)

Etude sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2011, Préface F. Picod.

Bellissent (J.)

Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, L.G.D.J., 2001, Préface R. Cabrillac.

Bigot (A.)

L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, Préface H. Fulchiron.

Bisson (S.)

L'autorité dans la famille, Thèse dactylographiée, Reims, 2004.

Brunetti-Pons (C.)

L'obligation de conservation dans les conventions, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, Préface Ph. Malinvaud.

Catheline (N.)

Harcèlement à l'école, Paris, A. Michel, 1998.

Carbonnier (J.)

Droit et passion du droit sous la Vème République, Flammarion, Forum, 1996.

Craffe (M.)

La puissance paternelle en droit anglais, L.G.D.J., 1971, Préface R. David.

Crône (R.), Revillard (M.), Gelot (B.),

L'adoption : aspects internes et internationaux, Defrénois, 2006.

Coudoing (N.)

Les distinctions dans le droit de la filiation, Thèse dactylographiée, Toulon, 2007.

Debet (A.)

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Dalloz 2002, Préface L. Leveneur.

Dejan De La Bâtie (N.)

L'appréciation in concreto et in abstracto en droit civil, L.G.D.J., 1965, Préface H. Mazeaud.

Dekeuwer- Défossez (F.)

- *Les droits de l'enfant*, Que sais-je ?, n° 852, 9^{ème} éd., 2010.

- *La séparation dans tous ses états*, Lamy Axe droit, 2010.

Delfosse (M.-L.)

Le lien parental, L.G.D.J., 2003, Préface F. Terré.

Duard-Berton (C.)

L'ordre public dans le droit de la famille, Thèse dactylographiée, Paris II, 2004.

Egéa (V.)

La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille, Defrénois, 2010, Préface A. Leborgne.

Fabre-Magnan (M.)

La gestation pour autrui, Fictions et réalité, Fayard 2013.

Fournier-Grumbach (I.)

Présomptions et vérité en droit de la filiation, Thèse dactylographiée, Montpellier, 2002.

Frossard (J.)

La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, L.G.D.J., 1965, Préface R. Nerson.

Gareil (L.)

L'exercice de l'autorité parentale, L.G.D.J., 2004, Préface L. Leveneur.

Givord (F.)

La réparation du préjudice moral, Thèse dactylographiée, Grenoble, 1939.

Gouttenoire (A.)

L'enfant et les procédures judiciaires, Thèse dactylographiée, Lyon, 1994.

Gore (C.)

L'adoption, Colin, 2007.

Grataloup (S.)

L'enfant et sa famille dans les normes européennes, L.G.D.J., 1998, Préface H. Fulchiron.

Groutel (H.)

L'intérêt de l'enfant et le rôle du juge en matière de filiation, Thèse dactylographiée, Poitiers, 1968.

Halifax (J.)

L'adoption plénière en France : de l'établissement d'une filiation légale à la constitution d'une filiation sociale, Thèse dactylographiée, Paris, 2007.

Hauser (J.)

Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, L.G.D.J., 1969, Préface P. Raynaud.

Higy (C.)

Le temps en droit de la filiation, Presses universitaires de Strasbourg, 2012, coll. Centre de Droit Privé Fondamental, Préface F. Granet-Lambrechts.

Hilt (P.)

Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme : analyse du droit français, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, Préface F. Granet-Lambrechts.

Hirigoyen (M.-F.)

Le harcèlement moral : la violence perverse au quotidien, Syros, 1998.

Labrusse-Riou (C.)

L'égalité des époux en droit allemand, L.G.D.J., 1965, Préface R. David.

Lardeux (G.), Legeais (R.), Pedamon (M.), Witz (C.),

Code civil allemand : Bürgerliches Gesetzbuch, Traduction commentée. Dalloz, 1^{re} éd., 2010.

Legeais (R.)

L'autorité parentale. Etude de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée, Defrénois, 1973.

Le Guidec (R.)

La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français, Thèse dactylographiée, Nantes, 1973.

Leguy (Y.)

L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales, Thèse dactylographiée, Rennes, 1973.

Lemaire (I.)

La notion d'intérêt de l'enfant dans le droit du divorce, Thèse dactylographiée, Rouen, 2000.

Lemouland (J.-J.)

La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux. Questions d'actualité, Carré Droit, Litec, 2004.

Lesnard (S.),

Le néonaticide, Thèse dactylographiée, 2013, Nantes.

Malaurie (Ph.)

Les contrats contraires à l'ordre public. Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S., thèse Paris 1951, éd. Matot- Braine.

Meunier (G.)

L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties, L'Harmattan, 2002.

Moore (J.-G), Toulemon (A.)

Le préjudice corporel et moral en droit commun, Sirey, 3^{ème} éd., 1968.

Morvan (P.)

Le principe de droit privé, L.G.D.J., 1999.

Neirinck (C.)

- *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, L.G.D.J., 1984, Préface B. Teyssié.

- *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations unies*, Delmas, Coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 1993.

Perrin (S.)

Parenté et parentalité : le rôle du tiers dans la vie de l'enfant. Etude de droit comparé européen, Thèse dactylographiée, Strasbourg, 2009.

Pomart- Nomdedeo (C.)

La magistrature familiale : vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille, L'Harmattan, 2003, Préface F. Dekeuwer-Défossez.

Rials (S.)

Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, L.G.D.J., 1980, Préface P. Weil.

Ripert (G.)

Les forces créatrices du droit, Paris, L.G.D.J., 1955.

Sandras (C.)

L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille, Thèse dactylographiée, Paris II, 2000.

Savary-Combe (C.)

L'intérêt de l'enfant au sein de l'autorité parentale, Thèse dactylographiée, Aix-Marseille III, 1973.

Servel (J.-P.)

La notion de l'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales. Thèse dactylographiée, Aix-Marseille, 1978.

Siffrein-Blanc (C.)

La parenté en droit civil français : étude critique, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, Préface E. Putman.

Toulemon (A.) J.G Moore (J.-G.)

Le préjudice corporel et moral en droit commun, Sirey, 1957.

Tribes (A.)

Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile, Thèse dactylographiée, Paris II, 1975.

Vasseur-Lambry (F.)

La famille et la Convention européenne des droits de l'homme, L'Harmattan, 2000, Préface F. Deukeuwer-Défossez.

Verdier (P.), Eymenier (M.)

La réforme de la protection de l'enfant, Berger Levrault, 2^{ème} éd., 2012.

Voisin (V.)

L'adoption en droit français et anglais comparé, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2004, Préface E. Loquin.

III. Articles, études, chroniques

Abraham (R.), L'effet direct de certaines stipulations de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, *RFDA* 1998, p. 562.

Al Sanhoury (A.), Le standard juridique, *in Les sources générales des systèmes juridiques actuels,* Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny, t. II, Topos, E. Duchemin, 1977, p. 144.

Alt- Maes (F.), Le discernement et la parole du mineur en justice, *JCP,* éd. G. 1996, I, n° 3913.

Amrani-Mekki (S.), La déjudiciarisation, *Gaz. Pal.* 5 juin 2008, n° 157, p. 2.

Ancel (B.), Muir-Watt (H.), L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 569.

Ancel (B), L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autorité, *LPA* 27 mars 2014, n° 62, p. 6.

Ancel (P.), Dénationaliser l'enseignement du droit civil ?, *RTDciv.* 2011, p. 701.

Attias (D.), L'avocate d'enfant et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales, *AJ. fam.* 2009, p. 330.

- Avena-Robardet (V.),** Les beaux-parents aux oubliettes ?, *AJ. fam.* 2009, p. 415.
- Aynès (L.),** Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu, *D.* 2012, p. 2750.
- Bachelier (X.),** Le pouvoir souverain des juges du fond, Colloque de la Cour de cassation, Cycle droit et technique de cassation 2009, Bulletin d'information n° 702, 15 mai 2009.
- Baillon-Wirtz (N.),** L'enfant simplement conçu, *RLDC* 2011, supplément n° 87, p. 22.
- Barbier (G.),** La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant, *AJ. fam.* 2012, p. 498.
- Bareit (N.),** La Cour de justice de l'Union européenne artisanne de la lutte contre les enlèvements d'enfant, *RTD européen* 2011, p. 537.
- Bargholtz (H.),** La large prohibition européenne des châtimets corporels infligés aux enfants, *AJ. fam.* 2005, p. 221.
- Barnich (L.), Jafferli (R.),** Chronique de jurisprudence belge (1995-2010), *Journal de droit international Clunet*, 2011, *chron.* 9.
- Bastard (B.), Cardia-Voneche (L.),** La médiation familiale en France: état des pratiques et débats en cours, *RTDciv.* 1994, p. 135.
- Bazin (E.),** Du nouveau en matière d'audition de l'enfant, *JCP éd. G.* 2009, I. n° 184.
- Beignier (B.),** « De l'enfant roi » au « parent roi » ?, *Dr. fam.* 2012, repère 1.
- Belval (De) (B.),** Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit, *Gaz. Pal.* 8 mai 2012, n° 129, p. 11.
- Benalcazar (De) (I.),** Une nouvelle filiation : L' « homoparentalité » ?, *Gaz. Pal.* 12 déc. 2000, n° 347, p.18.
- Berdeaux- Gacogne (F.),** La discrète reconnaissance du « parent social », *AJ. fam.* 2013, p. 346.
- Bigot (J.),** Les droits de l'enfant : la vision du Conseil de l'Europe, *LPA* 9 mars 2012, n° 50, p. 21.
- Bigot (J.), Shauder (C),** Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales, *AJ. fam.* 2009, p. 324.
- Bodard-Hermant (A.),** La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, *Gaz. Pal.* 25 janv. 2000, n° 25, p. 2.
- Boiché (A)**
- Les dispositions du Règlement Bruxelles II bis relatives aux enlèvements internationaux d'enfants, *RJPF* 2005, p. 6.
 - Une double illustration des dispositions de la Convention franco-marocaine en matière de protection des mineurs, *AJ. fam.* 2007, p. 356.

- Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la Convention de La Haye, *AJ. fam.* 2010, p. 482.
- La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la convention de La Haye ?, *AJ. fam.* 2012, p. 97.
- Les déplacements illicites d'enfants, *LPA* 9 mars 2012, n° 50, p. 65.

Bonnard (J.), La garde du mineur et son sentiment personnel, *RTDciv.* 1991, p. 49.

Bonnet (B.), Le Conseil d'Etat et la Convention internationale des droits de l'enfant à l'heure du bilan. De l'art du pragmatisme, *D.* 2010, p. 1031.

Bonnet (V.), Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage, *D.* 2013, p.107.

Boskovic (O.), Corneloup (S.), Jault-Seseke (F.), Joubert (N.) et Parrot (K.), Droit des étrangers et de la nationalité, *D.* 2013, p. 324.

Boulangier (F.)

- La licéité de la révision de la convention de divorce en matière d'autorité parentale, *D.* 1997, p. 328.
- Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002, *D.* 2002, chron. p. 1571.
- La Cour de cassation et les enlèvements internationaux d'enfants : retour à une interprétation orthodoxe de la Convention de La Haye de 1980, *D.* 2005, p. 2790.
- Le droit de visite et d'hébergement au regard de l'intérêt de l'enfant, *JCP éd. G.* 2006, II, n° 1077.
- Applicabilité directe de la Convention de New York et intérêt supérieur de l'enfant, *D.* 2006, p. 554.
- L'exception au retour d'un enfant mineur dans son pays d'origine justifiée au regard des textes internationaux de protection de l'enfance, *JCP éd. G.* 2008, II, n° 10001.
- Les limites de l'égalité dans le déplacement international d'enfants nés hors mariage, *JCP éd. G.* 2010, I, n° 1327.
- La condamnation par la CEDH du refus de la mère d'un enfant naturel allemand d'accepter une déclaration d'exercice conjoint de l'autorité parentale, *JCP éd. G.* 2010, I, n° 399.
- La question de la conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le refus de partage égal de responsabilité entre deux personnes de même sexe », *JCP. éd. G.* 2011, I, n° 615.

Bourrat-Guéguen (A), Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre les violences au sein du couple ? A propos de la loi du 9 juillet 2010, *JCP éd. G.* 2010, I, n° 805.

Bouvier (F.), A la recherche de la paternité, *RTDciv.* 1990, p. 394.

Boysson (De) (B.), La famille dans l'avant projet : une tierce préoccupation, *AJ. fam.* 2013, p. 173.

Briand (L.), Résidence alternée et conflit parental, *AJ. fam.* 2011, p. 570.

Brière (C.), La coparentalité : mythe ou réalité ?, *RTD sanit. soc.* 2002, p. 567.

Bruggeman (M.),

- La parole portée en justice, un nouveau droit de l'enfant ?, *RTD sanit. soc.* 2006, p. 349.
- Lutte contre la violence : vers une Europe pour et avec les enfants !, *Dr. fam.* 2007, alerte 69.
- Rapport du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies : bilan en demi-teinte des avancées du droit français..., *Dr. fam.* 2009, alerte 27.
- Le statut du beau-parent par delà les frontières, *Dr. fam.* 2009, alerte 50.
- Médiation et conflictualité : une efficacité à nuancer ... , *Dr. fam.* 2009, alerte 66.
- Déplacement international d'enfant : l'article 8, obstacle au principe du retour immédiat de l'enfant ?, *Dr. fam.* 2010, alerte 65.
- Droits de l'enfant : la Commission européenne s'engage, *Dr. fam.* 2011, alerte 33.
- Appel à la généralisation de la résidence alternée : une proposition dangereuse ?, *Dr. fam.* 2011, alerte 99.
- Présentation du nouveau plan de soutien à la parentalité, *Dr. fam.* 2012, alerte 2
- Le retour n'est pas toujours la meilleure solution..., *Dr. fam.* 2012, comm. 31.
- Visites familiales en prison : du nécessaire équilibre entre la défense de l'ordre et le droit au respect de la vie familiale, *Dr. fam.* 2012, comm. 61.
- Le droit au respect de la vie privée au soutien de la Convention de La Haye, *Dr. fam.* 2012, comm. 66.

Brunetti-Pons (C.)

- Le droit du divorce, *DEF*, n°40, 1994/3, p. 141.
- La notion juridique de couple, *colloque Reims*, Economica 1998.
- L'émergence d'une notion de couple en droit civil, *RTDciv.* 1999, p. 27.
- Réflexions autour du droit de la famille, *Dr. fam. chron.* 15 et 17(1^{re} partie et 2^{ème} partie).
- Rapport introductif, Cycle de conférences à l'Université de Reims sur la distinction de l'homme et de la femme, approche pluridisciplinaire, de janvier 2002 à mai 2003.
- L'exercice de l'autorité parentale face au pluralisme familial, *Revue Dialogue*, 2004, n°165, p. 7.
- La conformité des actes juridiques à l'ordre public, *in Etudes offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, Baudoin (J.-L.), Bénabent (A.), Bergel (J.-L.) (dir.), 2007, p.103.
- L'intérêt supérieur de l'enfant, une définition possible ?, *RLDC* 2011, supplément n° 87, p. 27.
- Les effets en France des conventions de gestation pour le compte d'autrui conclues à l'étranger : derniers rebondissements, *RLDC* 2013, n° 109, p. 41.
- Le couple parental ne renvoie-t-il plus aux père et mère de l'enfant ?, *RLDC* 2014, n° 112.

Bugada (A.), L'intérêt de l'enfant et le tabagisme parental, *JCP éd. G.* 2001, II, n° 10590.

Cadet (F.)

- Chronique de droit espagnol, *Dr. fam.* 2003, *chron.* 21.
- La réforme du droit de la famille espagnol par les lois du 1^{er} et du 8 juillet 2005 : entre évolution et révolution, *Dr. fam.* 2005, étude 25.

Calderon-Bruneau (D.), La médiation familiale, *Dr. fam.* 2011, prat. 1.

Cantwell (N.), La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant, *in L'intérêt supérieur de l'enfant en questions. Leurre ou levier au service de ses droits ?*, Documents de référence et contributions à la journée d'étude, 20 nov. 2010.

Carbonnier (J.), Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, *in Les notions à contenu variable en droit*, Perelman (C.) et Vander Elst (R.) (dir.), éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, p. 99.

Castaignède (J.), L'avis de l'enfant mineur dans le divorce de ses parents, *D.* 1992, p. 121.

Chabert (C.), Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, *JCP* éd. G. 2003, I, n° 129.

Chardon (O.), Daguet (F.), Vivas (E.), Les familles monoparentales, Division Etudes sociales, Insee, Insee Première n° 1195, juin 2008.

Chazal (J.), La notion de danger couru par l'enfant dans l'institution française de l'assistance éducative, *in Aspects nouveaux de la pensée juridique : Recueil d'Etudes en hommage à Marc Ancel*, Préface : R. Cassin et M. Rolland, tome 1, éd. Pédone, 1975 p. 327.

Cheyne de Beaupré (A.), Homme et femme il les créa, *D.* 2008, p. 1216.

Comité des Droits de l'Enfant

- Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Deuxième rapport périodique des Etats parties devant être soumis en 2001, Luxembourg, 14 nov. 2002, p. 22.

- Le droit de l'enfant à une protection contre les châtiments corporels et les autres formes cruelles ou dégradantes de châtiments, Observation générale n° 8 (2006), Genève, 15 mai- 2 juin 2006.

Commaille (J.), Analyse introductive : l'avenir de la famille et la place de l'enfant, *in Enfance et violences*, Rubellin-Devichi (J.) et Andrieux (P.) (dir.), PUL Lyon, 1992, p. 15.

Conseil de l'Europe

- Rapport explicatif relatif à la convention sur les relations personnelles concernant les enfants, STE n° 192, 2009.

- Charte sociale européenne. Comité européen des Droits sociaux. Conclusions XIX-4 (2011) Royaume-Uni.

Cornet (J.), La nocivité des punitions corporelles : point de vue des scientifiques, *AJ. fam.* 2005, p. 226.

Corpart (L.)

- Famille recomposée : les familles recomposées décomposées, *AJ. fam.* 2007, p. 299.

- Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants, *AJ. fam.* 2013, p. 340.

Cornec (A.), Il faut nommer l'intérêt supérieur de l'enfant : La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant, *L'intérêt supérieur de l'enfant en questions. Leurre ou levier au service de ses droits ?*, Documents de référence et contributions à la journée d'étude, 20 nov. 2010.

Costa-Lascoux (J.), Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit des mineurs, in « Intérêt de l'enfant », et « droit de l'enfant », De quel droit? De l'intérêt... aux droits de l'enfant, *Cahiers du CRIV*, n°4, 1988, p. 161.

Courbe (P.), L'application directe de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, *D.* 2006, p. 1487.

Coussirat- Coustère (V.), Commentaire de l'article 8§2, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Pettiti (L.-E.), Decaux (E.), et Imbert (P.-H) (dir.), Economica, 1999, p. 323.

Couturier (V.), L'ordre public de protection, *Etudes offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 95.

Cretney (S.-M.), Les familles recomposées en droit anglais, *Quels repères pour les familles recomposées? : une approche pluridisciplinaire internationale*, Meulders-Klein (M.-T.) et Théry (I.) (dir.), actes du colloque international, Paris, ministère de la recherche, 2-3 décembre 1993, Collection droit et société, n°10, LGDJ, 1995, p. 147.

Damon (J.), L'Europe des politiques familiales : la convergence dans l'hétérogénéité, *RTD sanit. soc.* 2008, p. 601.

Debarbieux (E.), Refuser l'oppression quotidienne : la prévention du harcèlement à l'école, Rapport au ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative, Observatoire international de la violence à l'école, Université Bordeaux Ségalen, 12 avril 2011.

Dekeuwer- Défossez (F.)

- Familles éclatées, familles reconstituées, *D.* 1992, *chron.* 133, p. 134.
- La Convention relative aux droits de l'enfant, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'est pas directement applicable en droit interne, *D.* 1994, p. 34.
- Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, *RTDciv.* 1995, p. 249.
- Modèles et normes en droit contemporain de la famille, in *Mélanges en l'honneur de C. Mouly*, Livre 1, Litec, 1998, p. 281.
- Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aspirations de notre temps, coll. « Rapports officiels », Paris, La documentation française, 1999.

Dekeuwer-Défossez (F.), **Vauvillé (F.)**, Droits de l'Homme et droits de l'Enfant, *D.* 1998, *chron.* 137.

Delaporte-Carré (C.), Convention franco-marocaine du 10 août 1981 et déplacement illicite de l'enfant, *Daloz Actualité* 6 juin 2007.

Delecraz (Y.), Le régime patrimonial du PACS, *AJ. fam.* 2004, p. 269.

Delmas Saint-Hilaire (P.), Reconstruire le couple autour de la trilogie mariage, pacs, concubinage, *JCP éd. G.* 2010. I. n° 653.

Depadt- Sebag (V.), La situation juridique de l'enfant au sein des nouvelles configurations familiales, *LPA* 9 mars 2012, n° 50, p. 26.

Derain (M.), La mesure judiciaire d'investigation éducative et l'intérêt de l'enfant, *AJ. fam.* 2013, p. 480.

Domingo (M.), Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille, *Gaz. Pal.* 12 mai 2011, n° 132, p. 13.

Domingo (P.), Barbosa (C.), La médiation familiale : activités des services, usagers et effets sur la résolution des conflits, Politiques sociales et familiales, CAF, Synthèses et statistiques, n°103, mars 2011.

Donnier (M.), L'intérêt de l'enfant, *D.* 1959, chron. XXVI.

Doucet (M.), Vers un nouveau statut parental ?, *AJ. fam.* 2012, p. 542.

Douchy-Oudot (M.)

- L'audition de l'enfant en justice, *Procédures* 2009, étude 7.

- L'effectivité du droit de l'enfant à être entendu en droit positif, *LPA* 7 oct. 2010, n° 200, p. 12.

Dupétit (D.), L'audition de l'enfant dans les procédures familiales : les avancées de la loi du 5 mars 2007, *Lexbase*, 2007.

Dupont-Bouchat (M.-S.), L'intérêt de l'enfant. Approche historique, in *Droit positif, droit comparé, histoire du droit*, Gérard (Ph.), Ost, M. Van de Kerchove (F.) (dir), Publication des facultés universitaires, Bruxelles, 1990, p. 52.

Dupuy (R.J.), L'ordre public en droit international, *L'ordre public* [actes du colloque] / [organisé par l'Académie des sciences morales et politiques, la Fondation Singer-Polignac, Paris, 22 et 23 mars 1995] ; Polin R. ; Allais M., Amouroux H., Cluzel J. (dir.), PUF, 1996, p. 103.

Durand (E.), Autorité parentale entre parents désunis : des propositions pour améliorer les prérogatives du père, *Dr. fam.* 2012, alerte 64.

Eissen (M.-A.), La Cour européenne des droits de l'homme, *Rev.dr.pub.* 1986, p. 1586.

Fabre-Magnan (M.), Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit, *D.* 2013, p. 2384.

Farge (M.), Retour perplexe sur l'application directe de la Convention de New York: la référence à l'intérêt supérieur de l'enfant est-elle opportune ?, *Dr. fam.* 2006, comm. 42.

Fenuillet (D.)

-La fin des bonnes mœurs et l'ordre public philanthropique, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487 et s.

- Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, La parentalité en question : la parenté éprouvée, *LPA* 24 fév. 2010, n° 54, p. 7.

Flauss-Diem (J.), Couple de même sexe et famille. Version anglaise, *Dr. fam.* 2000, *chron.* 24.

Fraissinier (V.), L'intérêt de la famille : une notion « standard » à contenu variable, *LPA* 28 déc. 2007, n° 260, p. 4.

Fricero (N.)

- Ratification de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant : une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans !, *RJPF*, 2008, n°1.

- Vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat, *AJ. fam.* 2010, p. 66.

Fulchiron (H.)

- L'exercice de l'autorité parentale en cas de décès d'un des parents, *JCP éd. G.* 1990, I, n° 3452.

- Autorité parentale et familles recomposées, in *Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum* en l'honneur de D. Huet- Weiller, PU Strasbourg/L.G.D.J, 1994, p. 99.

- L'autorité parentale rénovée, *Deffrénois* 2002, p. 959.

- Mariage couple et différence des sexes : une question de discrimination ?, *Des concubinages - Droit interne, droit international, et droit comparé*, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 29.

- Existe-t-il un modèle familial européen ?, *Deffrénois* 2005, p. 1461.

- « Bruxelles II bis » : le nouveau droit judiciaire européen du divorce et de la responsabilité parentale, *Droit et Patrimoine*, 2005, p. 34.

- Parenté, parentalité, homoparentalité. A propos de l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 2006, *D.* 2006, p. 876.

- Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant, *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 15.

- Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, Statut des tiers et/ou statut des familles homosexuelles, *LPA* 24 fév. 2010, n° 39, p. 17.

- La reconnaissance de la famille « homosexuelle » : étude d'impact, *D.* 2013, p. 100.

- Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n°2013-404 du 17 mai 2013, *JCP éd. G.* 2013, doct. 658.

Furkel (F.), Chronique de droit civil allemand. Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne, *RTDciv.* 1998, p. 804.

Gabriel (A.), Strugala (C.), La résidence alternée, *Gaz. Pal.* 3 sept. 2005, n° 246, p. 4.

Gallant (E.), L'intérêt supérieur de l'enfant et la fixation de sa résidence, *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 603.

Galichet (L.), Enlèvement international d'enfants, la Cour de cassation renforce la coopération au sein de l'Union en vertu du retour immédiat de l'enfant, *Dr. fam.* 2010, comm. 158.

Gallmeister (I.)

- Le principe de coparentalité, *AJ. fam.* 2009, p. 148.

- Enlèvement international d'enfant : exécution de l'ordre de retour, *D.* 2010, p. 2062.

- Gestation pour autrui : transcription de l'état civil et conséquences sur la filiation, *Dalloz actualité*, 17 sept. 2013.

Ganancia (D.)

- Le rôle du juge aux affaires familiales, *AJ. fam.* 2001, p. 51.
- Paysage de la médiation familiale en France, *Gaz Pal.* 24 mai 2001, n° 144, p. 8.

Garé (T.), L'enquête sociale dans la désunion des parents, *RTDciv.* 1987, p. 692.

Gaudemet-Tallon (H.), La famille face au droit communautaire, in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Dekeuwer-Défossez (F.) (dir.), Actes des Journées d'Etudes des 15 et 16 décembre 1994 organisée par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, L.G.D.J., 1996, p. 89.

Gayet (J.-C.), Le coût des enquêtes sociales, des expertises et l'impact sur leur qualité, *AJ. fam.* 2013, p. 471.

Gebler (L.), La place des mesures de l'investigation dans le processus de décision en matière familiale : approche comparée des procédures familiales, *AJ. fam.* 2013, p. 468.

Gobert (M.), Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Colloque de la Cour de cassation, Cycle droit et techniques de cassation 2005-2006, Neuvième conférence, 11 déc. 2006.

Golse (B.), Résidence alternée. Point de vue d'un pédopsychiatre, *AJ. fam.* 2012, p. 44.

Gouttenoire (A.), Brunet (L.), Droit de l'enfant, *D.* 2007, p. 2192.

Gouttenoire (A.)

- Applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, *JCP éd. G.* 1998, II, 10052.
- L'enfant dans les procédures un statut en devenir, *AJ. fam.* 2003, p. 368.
- L'obligation de statuer *in concreto* en matière religieuse ou de la nécessité pour le juge aux affaires familiales d'utiliser son pouvoir d'appréciation à bon escient ? », *JCP éd. G.* 2004, II, n° 10122.
- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ. fam.* 2004, p. 380.
- La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants n'est applicable que si l'enlèvement est illicite, *Dr. fam.* 2004, comm. 98.
- La France respecte presque les droits de l'enfant, *Dr. fam.* 2004, alerte 27.
- Vie familiale et exécution forcée d'un droit de visite, *Dr. fam.* 2004, alerte 40.
- Application du Règlement Bruxelles II, *Dr. fam.* 2005, comm. 112.
- La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de Cassation !, *Dr. fam.* 2005, comm. 156.
- L'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, *Dr. fam.* 2005, comm. 157.
- Respect du droit de visite et des droits parentaux, *Dr. fam.* 2005, alerte 78.
- L'intérêt supérieur de l'enfant : point trop n'en faut !, *Dr. fam.* 2006, comm. 28.
- Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires, Colloque Enfance et justice, *Dr. fam.* 2006, étude 29.

- Un beau- parent peut en cacher un autre ..., *Dr. fam.* 2006, alerte 10.
- A chacun sa famille, à chacun son droit ?, *Dr. fam.* 2006, alerte 41.
- Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, A la recherche de nouveaux équilibres, *D.* 2007, p. 1090.
- Un statut pour les tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant. Proposition de la défenseure des enfants, *Dr. fam.* 2007, alerte 1
- L'approbation par la France de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, *Dr. fam.* 2007, alerte 62.
- Le logement de l'enfant, *AJ. fam.* 2008, p. 371.
- Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2008, étude 14.
- Les décisions des parents séparés relatives à l'enfant, *AJ. fam.* 2010, p. 12.
- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2010, étude 1.
- Coup d'arrêt à la délégation-partage de l'autorité parentale, *JCP éd. G.* 2010, I, n° 994.
- Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, *LPA* 7 oct. 2010, n° 200, p. 24
- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2011, étude 10.
- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2012, étude 6.
- La prise en compte des violences dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale, *AJ. fam.* déc. 2012.
- L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant, *LPA* 9 mars 2012, n° 50, p. 17.
- Le refus d'audition fondé sur le défaut de discernement, *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 2012, n° 6, p. 6.
- La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Dr. fam.* 2013, étude 3.
- Cohérence des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1^{re} avril 2013, n° 39, p. 63.

Gouttenoire (A.), Bonfils (P.)

- Droit de l'enfant, *D.* 2008, p. 1854.
- Droit de l'enfant, *D.* 2009, p. 1918.
- Droit de l'enfant, *D.* 2010, p. 1904.
- Droit des mineurs, *D.* 2011, p. 1995.
- Droit des mineurs, *D.* 2012, p. 2277.
- Droit des mineurs, *D.* 2013, p. 2073.

Gouttenoire (A.), Gris (C.), Martínez (M.), Maumont (B.), Murat (P.), La Convention internationale des droits de l'enfant vingt après, commentaire article par article, *Dr. fam.* 2011, dossier 13.

Gouttenoire (A.), Fulchiron (H.), Réformes législatives et permanence des pratiques : à propose de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janv. 1993, *D.* 1997, p. 363.

Gouttenoire (A.), Sudre (F.), La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, *in Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, p. 495 et s.

Gouttenoire (A.), Völker (M.), La parole de l'enfant dans le règlement de Bruxelles II bis, *AJ. fam.* 2005, p. 266.

Granet-Lambrechts (F.)

- Invitation au droit comparé de la famille, *in Droit comparé des personnes et de la famille, Liber amicorum* en l'honneur de M.-T. Meulders-Klein, Bruylant, 1998, p. 297.

- Séparations des couples et autorité parentale dans les législations européennes aujourd'hui, *AJ. fam.* 2002, p. 138.

- L'exercice de l'autorité parentale dans les législations européennes, Rapport pour le Haut Conseil de la population et des familles, Paris, La documentation française, sept. 2003.

- Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale, *in L'autorité parentale en question*, Dekeuwer-Défossez (F.) et Choain (C.) (dir), Septentrion Presses universitaires, 2003, p. 189.

- L'assistance éducative en France, *AJ. fam.* 2004, p. 135.

- Droit de la filiation : panorama 2004, *D.* 2005, p. 1748.

- La présomption de paternité, *Dr. fam.* 2006, étude 3.

- Droit de la filiation, *D.* 2006, p. 1139.

- Entrée en vigueur du nouveau droit de la filiation le 1^{re} juillet 2006 : les textes complémentaires de l'ordonnance du 4 juillet 2005, *AJ. fam.* 2006, p. 283.

- Parenté commune ou parentalité partagée dans les couples de même sexe, Panorama européen, *AJ. fam.* 2006, p. 409.

- Panorama européen du droit de la filiation, *Dr. fam.* 2007, étude 30.

- Preuve en droit de la famille : la preuve des liens de filiation, *AJ. fam.* 2007, p. 459.

- Les droits de l'enfant dans les législations européennes, *RLDC* 2011, supplément n° 87, p. 45.

- Partenariat ou mariage : identité de genre dans les législations européennes, *AJ. fam.* 2012, p. 540.

- Droit de la filiation, *D.* 2013, p. 1436.

Granet-Lambrechts (F.), Hauser (J), Le nouveau droit de la filiation, *D.* 2006, p. 17.

Granet-Lambrechts (F.), Hilt (P.), La parole de l'enfant dans les procédures familiales en Europe, *AJ. fam.* 2006, p. 456.

Granet-Lambrechts (F.), Strickler (Y.), Droit pour le mineur capable de discernement à être entendu en justice, *JCP* éd. G. 2005, II, n° 10081.

Gridel (J.-P.), L'âge et la capacité civile, *D.* 1998, p. 90.

Guedon (J.-P.), La résidence alternée de l'enfant après la séparation de ses parents, *LPA* 3 sept. 2004, n° 177, p. 3.

Guez (Ph), Bergé (J.-S.), Omarjee (I), L'avenir du droit européen : le droit de la famille, *LPA* 6 nov. 2006, n° 221.

Guinchard (S.)

L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux, Paris, La documentation française, 2008.

Halloin (J.-C.), Familles recomposées : un enfant ne peut être l'objet d'une adoption simple que d'un seul de ses beaux-parents, *JCP éd. G.* 2013, I, n° 156.

Hammarberg (T.), « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », L'intérêt supérieur de l'enfant en questions. Leurre ou levier au service de ses droits ?, Documents de référence et contributions à la journée d'étude, 20 nov. 2010.

Haoulia (N.), Un enfant nommé désir : réflexion sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant, *LPA* 11 oct. 2013, n° 204, p. 7.

Hauser (J.)

- Décadence et grandeur du droit civil français à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant », in *Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum* en l'honneur de D. Huet- Weiller, PU Strasbourg/L.G.D.J., 1994, p. 181.

- Grandeur et décadences en droit civil de la famille, in *Mélanges Huet-Weiller*, PU Strasbourg/L.G.D.J., 1994, p. 235.

- Le coup de grâce à la Convention internationale des droits de l'enfant ?, *RTDciv.* 1995, p. 347.

- La Convention internationale des droits de l'enfant entre au Conseil d'Etat, *RTDciv.* 1998, p. 76.

- Du discernement ou une famille réduite à la procédure, *LPA* 28 avril 1999, n°84.

- Glossaire des mariages de l'an 2000, *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 190.

- La place de l'enfant dans les procès relatifs à l'autorité parentale, in *L'autorité parentale en question*, Dekeuwer-Défossez (F.) et Choain (C.) (dir), Septentrion Presses universitaires, 2003, p. 67.

-L'autorité parentale : l'appréciation *in concreto* s'impose, *RTDciv.* 2004, p. 78.

- La référence à la CIDE fait recette à la Cour de cassation mais est-elle nécessaire ?, *RTDciv.* 2006, p. 101.

- La finalité de l'autorité parentale, *RTDciv.* 2007, p. 327.

- Retrait de l'autorité parentale, *RTDciv.* 2007, p. 328.

- L'intérêt supérieur de l'enfant et la fixation de sa résidence, *RTDciv.* 2007, p. 330.

- Le droit à l'enfant, un droit de la personnalité ?, *RTDciv.* 2008, p. 272.

- Nouveaux liens personnels quasi familiaux : le retour de la mesnie, *RTDciv.* 2009, p. 92.

- Statistiques générales et statistiques de jurisprudence, *RTDciv.* 2009, p. 299.

- Gestation pour autrui : suite, *RTDciv.* 2010, p. 317.

- Refus du droit de visite des grands parents : du motif grave de refus à l'intérêt supérieur de l'enfant, *RTDciv.* 2010, p. 548.

- Les intérêts provisoires (et supérieurs ?) de l'enfant, *RTDciv.* 2010, p. 549.

- Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : rapport de synthèse, *RLDC*, 2011, supplément n° 87, p. 66.

- La transmissibilité de l'enfant par endossement adoptif ?, *RTDciv.* 2011, p. 338.

- Exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des couples : l'accord, le juge et les circonstances particulières, *RTDciv.* 2012, p.111.

- La Cour EDH invente les paternités « probables » pour décider d'un droit de visite, *RTDciv.* 2012, p. 108.
- L'accord forcé des parents et la démission du juge, *RTDciv.* 2013, p. 591.

Hauser (J.) et Lemouland (J.-J.)

Ordre public et bonnes mœurs, Répertoire civil Dalloz, 1993.

Hayat (J.-M.), Fricero (N.), La réforme de l'audition de l'enfant en justice: un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité à la procédure, *RJPF*, n°10, 2009.

Hénaff (P.), L'unité des notions-cadres, *JCP éd. G.* 2005, I, n° 189.

Herzog-Evans (M.)

- Châtiments corporels : Vers la fin d'une exception culturelle ?, *AJ. fam.* 2005, p. 212.
- Du droit de visite au permis de visite : les obligations du JAF, *D.* 2006, p. 2149.
- Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées, *AJ. fam.* 2009, p. 484.
- Libération conditionnelles parentale et intérêt de l'enfant, *AJ. pénal* 2010, p. 334.

Hilt (P.), L'intérêt supérieur de l'enfant, clef de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants, *AJ. fam.* 2004, p. 384.

Ingber (L.), Saedeleer (I. de), Renard (A.),

- Chronique de droit belge. La réforme du droit de la filiation (loi du 31 mars 1987), *RTDciv.* 1991, p. 829.
- Chronique de droit civil belge, *RTDciv.* 1996, p. 739.

Jehl (J.)

- Droits des pères, *JCP éd. G.* 2010, I, 908.
- Suisse : l'autorité parentale conjointe comme principe, *JCP éd. G.* 2011, I, n° 1368.

Juston (M.)

- La médiation dans le contentieux familial : un changement de culture judiciaire, *Gaz. Pal.* 29 déc. 2005, n° 363, p. 2.
- De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux, les risques en cas de séparation, *Gaz. Pal.* 12 août 2006, n° 224, p. 2.
- L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant, *Dr. fam.* 2008, étude 10.
- Justice et médiation familiale, *Gaz. Pal.* 28 oct. 2008, n° 302, p. 3.
- Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leurs besoins ?, *AJ. fam.* 2009, p. 320.
- Le challenge de la résidence alternée, *Gaz. Pal.* 21 janv. 2010, n° 21, p.11.
- La pratique de la médiation dans le contentieux familial du TGI de Tarascon : un changement de culture, *Gaz. Pal.* 31 août 2010, n° 243, p. 9.
- De la coparentalité à la déparentalité, *AJ. fam.* 2011, p. 579.
- La souffrance des enfants dans les situations de séparation de leurs parents : quelle réponse la justice familiale peut-elle apporter ?, *Gaz. Pal.* 19 janv. 2012, n°19, p. 12.
- Et si les juges aux affaires familiales et les avocats se saisissaient réellement de la médiation familiale dans l'intérêt des enfants et des couples qui se séparent ?, *Gaz. Pal.* 22 nov. 2012, n° 327, p. 5.
- La parole de l'enfant devant le JAF : enfant-roi, enfant-proie, *Gaz. Pal.* 16 mars 2013, n° 75, p.11.

Labbé (X.), Le mariage homosexuel et l'union civile, *JCP éd. G.* 2012, doct. 977.

Lagarde (P.), La Convention de New York du 26 janvier 2006 sur les droits de l'enfant n'est pas directement applicable en droit interne, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 449.

Lagarde (X.), L'office du juge et l'ordre public de protection, *JCP éd. G.* 2001, I, n° 312.

Lamarche (M.), La résidence alternée : une formule magique pour la coparentalité ?, *Dr. fam.* 2012, alerte 7.

Larribau-Terneyre (V.)

- Le juge aux affaires familiales, *D.* 1994, p. 141.

- La place du médiateur dans les conflits relatifs à l'autorité parentale, in *L'autorité parentale en question*, Dekeuwer-Défossez (F.) et Choain (C.) (dir), Septentrion Presses universitaires, 2003, p. 139.

- Déroulement et caractéristiques de la procédure devant le juge aux affaires familiales, *Répertoire de procédure civile*, 2005.

- Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? - (À propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative), *Dr. fam.* 2012, étude 12.

Lasbats (M.), Etude du syndrome d'aliénation parentale à partir d'une expertise civile, *AJ. fam.* 2004, p. 397.

Lavric (S.), Rapport Léonetti sur le statut du beau-parent, *Dalloz actualités*, 27 oct. 2009.

Leborgne (A.) (dir.)

Filiation et adoption : les réformes opérées par l'ordonnance n 2005-759 et la loi n 2005-744 du 4 juillet 2005 : actes du colloque d'Aix-en-Provence, 16 décembre 2005 / organisé par le Centre Pierre Kayser en collaboration avec le Centre de formation des barreaux du Sud-Est ; Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 2006.

Lécuyer (H.), Audition des enfants : le juge invité à combler les insuffisances de la loi, *Dr. fam.* 2001, comm. 45.

Leleu (Y.-H.), Le mariage homosexuel en Belgique, *D.* 2010, p. 2896.

Lemouland (J.-J.), Le couple en droit civil, *Dr. fam.* 2003, *chron.* 22.

Léonetti (J.), Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers, Paris, La documentation française, 2009.

Leroy (A.), Une nouvelle référence : l'hébergement égalitaire, *Moniteur belge*, 2006.

Leroyer (A.-M.)

- De l'autorité parentale à l'autorité familiale, *RTDciv.* 1997, p. 587.

- Comité national de soutien à la parentalité. Mission. Composition, *RTDciv.* 2011, p. 182.

- Absentéisme scolaire. Suppression du contrat de responsabilité parentale, *RTDciv.* 2013, p. 443.

Les documents de travail du Sénat, Série législation comparée :

- L'autorité parentale, n° LC 46, novembre 1998.
- Le pacte civil de solidarité, n° LC 48, décembre 1998.
- L'homoparentalité, n° LC 100, janv. 2002.
- Le mariage homosexuel, n° LC 134, 2004.
- La gestation pour autrui, n° LC 182, janvier 2008.
- Le statut du beau-parent, n° LC 196, avril 2009.
- Mariage des personnes de même sexe et homoparentalité, n° LC 229, novembre 2012.
- L'interdiction de fumer en voiture en présence d'enfants, n° LC 240, décembre 2013.

Leveneur (L.), Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, *LPA* 24 fév. 2010, n° 39, p. 11.

Lienhard (C.), Weiss-Gout (B), Le développement et la diversification des modes alternatifs de règlement des litiges, *Gaz. Pal.* 24 mars 2012, n° 84, p. 24.

Lopez (G.), Analyse éthique du syndrome d'aliénation parentale (SAP) ou aliénation parentale (AP), *AJ. fam.* 2013, p. 283.

Maillard (C.), La réforme sur le juge aux affaires familiales. Loi du 8 janvier 1993, *LPA* 29 avril 1994, n° 51.

Maizy (M.-B.), Vie de l'enfant après la séparation des parents, quelques illustrations concrètes par un JAF, *AJ. fam.* 2010, p. 15.

Malabat (V.), De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, *in Etudes à la mémoire de C. Lapoyade- Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 183 et s.

Malaurie (Ph.), Autorité parentale et droits des tiers : un avant-projet patchwork, *JCP éd. G.* 2009, act. 167.

Mathey (N.), Circulaire *Taubira*. Entre illusions et contradictions, *JCP éd. G.* 2013, I, n° 162.

Marguénaud (J.-P.)

- CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, Paris, La documentation française, 2001.
- L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales, *RTDciv.* 2010, p. 735.

Martin-Lassez (J.), L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille. Etats généraux du droit de la famille, *Dr. fam.*, 2007, étude 4.

Massip (J.)

- La Convention relative aux droits de l'enfant, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'est pas directement applicable en droit interne, *D.* 1993, p. 361.
- Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993, *Defrénois* 1993, art. 35569, p. 673.
- La notion de danger au regard de l'article 13 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les déplacements illicites d'enfants, *LPA* 15 mars 1995, n° 32, p. 27.

- Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice (observations sur le décret n°2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application), *Dr. fam.* 2010, étude 22.

Mauger- Vielpeau (L.), Aspects familiaux de la loi du 13 décembre 2011, *Dr. fam.* 2012, étude 7.

Mazeaud (H.)

- Essai de classification des obligations, *RTDciv.* 1936, 1.
- Une famille sans chef, *D.* 1951, *chron.* 141.

Mécary (C.)

- Homoparentalité : protection de l'enfant, *AJ. fam.* 2006, p. 398.
- Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle, *AJ. fam.* 2011, p. 604.

Meulders-Klein (M.-T.), Etat des personnes et ordre public de protection, *in Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 317.

Millet (F.), L'homoparentalité : essai d'une approche juridique, *Deffrénois*, 2005, p. 743.

Mirkovic (A.)

- Un statut pour le beau-parent ?, *D.* 2008, p. 1709.
- Statut du beau parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible, *Dr. fam.* 2009, étude n° 28.
- Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers. A propos du rapport Léonetti, *JCP éd. G.* 2009, I, n° 345.
- Non transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une mère porteuse sur les registres français d'état civil, *JCP éd. G.* 2010, I, n° 498.
- L'intérêt de l'enfant au service des revendications des personnes de même sexe, *AJ. fam.* 2011, p. 605.
- Précisions de la Cour de cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger, *JCP éd. G.* 2013, I, n° 985.

Moine-Dupuis (I.), Le droit de visite du parent incarcéré, *D.* 1999, p. 251.

Monéger (F.)

- La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, *RTDsanit. soc.* 1990, p. 275.
- Les enlèvements internationaux d'enfants (ou comment permettre à un enfant de conserver des relations avec ses deux parents), *JCP éd. G.* 1992, I, n° 3605.
- Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la convention des droits de l'enfant, *RTDsanit. soc.* 1993, p. 533.

Moracchini- Zeidenberg (S.), L'autorité parentale et les tiers, *Dr. fam.* 2010, étude 7.

Morançais-Demeester (M.-L.), Vers l'égalité parentale, *D.* 1988, *chron.* p. 7.

Maurel (O.), Les conséquences des châtiments corporels : la pratique d'un juge pour enfant, *AJ. fam.* 2005, p. 224.

Moureau (F.)

« La résidence alternée doit-elle devenir le mode principal d'exercice de l'autorité parentale ? », *AJ. fam.* 2011, p. 576.

Mulon (E.), La résidence alternée, *Gaz. Pal.* 17 mars 2012, n° 77, p. 7.

Murat (P.)

- Le caractère d'ordre public de l'autorité parentale, *Dr. fam.* 2004, comm. 199.
- Des excuses au manquement de l'obligation d'un parent de respecter les liens de l'enfant avec chacun de ses parents, *Dr. fam.* 2005, comm. 132.
- Les limites de la résidence en alternance, *Dr. fam.* 2005, comm. 267.
- Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation, *Dr. fam.* 2006, comm. 89.
- La motivation du refus d'un droit de visite et d'hébergement encas d'exercice conjoint, fiat lux !, *Dr. fam.* 2006, comm. 157.
- La reprise du droit de visite et le souhait des droits de l'enfant, *Dr. fam.* 2006, comm. 159.
- La limitation du droit de visite et d'hébergement au territoire français face au droit au respect de la vie familiale du parent résidant à l'étranger, *Dr. fam.* 2006, comm. 161.
- Résidence alternée et partage égalitaire de l'enfant auprès de chacun de ses parents : la Cour de cassation entre mythe et réalité, *Dr. fam.* 2007, comm. 143.
- Droit de visite du parent en milieu carcéral : le juge doit en fixer la périodicité, *Dr. fam.* 2007, comm. 105.
- La Cour de cassation, les dires de l'expert et le contrôle de l'intérêt de l'enfant, *Dr. fam.* 2007, comm. 122.
- La Cour de cassation et les motivations des juges du fond en cas de changement de résidence d'un des parents : vers un durcissement du contrôle ?, *Dr. fam.* 2007, comm. 125.
- Les enfants iront voir leur père quand ils le souhaiteront, une formule à bannir absolument des décisions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, *Dr. fam.* 2007, comm. 145.
- La résidence en alternance préférée à un droit de visite élargi, en raison de la plus grande stabilité quotidienne pour l'enfant, *Dr. fam.* 2007, comm. 203.
- L'audition de l'enfant et la décision de non retour en matière d'enlèvement international d'enfant, *Dr. fam.* 2007, comm. 204.
- Le prononcé des décisions relatives à l'autorité parentale après séparation de parents non mariés : chambre du conseil et non audience publique, *Dr. fam.* 2008, comm. 73.
- 2009 : vingtième anniversaire de la CIDE, *Dr. fam.* 2009, repère 1.
- Les formules soumettant l'exercice des droits parentaux à l'accord des enfants sont à bannir, *Dr. fam.* 2009, comm. 17.
- Le recours au juge de l'exécution pour faire respecter le droit de visite, *Dr. fam.* 2009, comm. 76.
- CIDE ou n'aime ou on n'aime pas, mais on ne peut ignorer..., *Dr. fam.* 2009, repère 10.
- De la distinction entre une procédure en référé devant le JAF et une procédure devant le JAF en la forme du référé, *Dr. fam.* 2010, comm. 23.
- Intérêt de l'enfant et séparation de la fratrie en cas de déménagement d'un parent pour l'étranger, *Dr. fam.* 2010, comm. 24.

Muir-Watt (H.), Enlèvement international d'enfant et ordre de retour : compétence et vie privée, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 172.

Muzny (P.), Lorsque la Cour européenne succombe aux préjugés, *D.* 2008, p. 2843.

Neirinck (C.)

- Délégation partage totale de l'autorité parentale entre deux partenaires, *Dr. fam.* 2011, comm. 179.
- L'audition de l'enfant, son intérêt et le principe du contradictoire, *Dr. fam.* 2012, comm. 133.
- Faut-il tenir compte du sexe des êtres humains, *Dr. fam.* 2012. Repère 10.

Neirinck (C.), Martin (P.-M.), Un traité bien maltraité, à propos de l'arrêt Le Jeune, *JCP éd. G.* 1993, I, n° 3677.

Néron (S.), Le standard, un instrument juridique complexe, *JCP éd. G.* 2011, I, n° 1003.

Niort (J.-F.), Le Code civil dans la mêlée politique et sociale, *RTDciv.* 2005, p. 57.

Nourissat (C.), Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ?, *Defrénois* 2005, p. 1193.

Parcheminal (H.)

- Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant, *RTDsanit. soc.* 1994, p. 201.
- Le juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux, *JCP éd. G.* 1994, I, n° 3762.

Paricard (S.), Le syndrome d'aliénation parentale reconnu par la Cour de cassation : les premiers pas d'une révolution dans le contentieux familial ?, *Dr. fam.* 2013, comm. 152.

Pédamon (M.), La loi allemande du 19 août 1969 sur la condition juridique de l'enfant illégitime : modèle pour une réforme du droit français ?, *D.* 1970, *chron.* 153.

Pélissier (A.), La réception de l'homoparentalité en droit européen, *AJ. fam.* 2006, p. 406.

Perelmutter (C.), Eduquer sans frapper, *Gaz. Pal.* 13 mai 2010, n° 133, p. 10.

Perrin (S.)

- L'expertise judiciaire en droit de la famille, *AJ. fam.* janv. 2008, p. 24.
- La résidence alternée : panorama de droit comparé, *AJ. fam.* 2011, p. 592.

Pettiti (C.), La place de l'enfant en Europe, *Gaz. Pal.* 8 déc. 2009, n° 342, p. 20.

Pichard (M.), L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant : question(s) de méthode(s), *LPA* 7 oct. 2010, n° 200, p. 7.

Pitti (G.), Les dissonances juridiques sur l'homoparentalité, *Gaz. Pal.* 2 sept. 2010, n° 245, p. 16.

Poillot- Perrizzetto, (S.), Ordre public et droit communautaire, *D.* 1993, *chron.* 177.

Pomart-Nomdedeo (C.), La médiation et l'expertise au service de la vie familiale, *LPA* 3 déc. 2009, n° 241, p. 38.

Pousson-Petit (J.)

- Chronique de droit des personnes et de la famille en droits néerlandais et luxembourgeois, *Dr. fam.* 2004, *chron.* 2.
- Chronique de droit belge, *Dr. fam.* 2007, étude 12.
- Chronique de droit belge : le droit de l'enfance ou le droit à l'enfant ?, *Dr. fam.* 2010, étude 19.

Rebourg (M.), Familles recomposées : la prise en charge de l'enfant par son beau parent pendant la vie commune. Etat du droit positif, *AJ. fam.* 2007, p. 290.

Reydellet (M.), La Convention des droits de l'enfant n'est pas un traité « hors jeu », *LPA* 26 janv. 1998, n° 11, p. 17 et s.

Revel (J.), Domaine matrimonial, *JCP éd. G.* 1982, I, n° 3055.

Rials (S.), Les standards, notion critique du droit, *Les notions à contenu variable en droit*, Perelman (C.) et Vander Elst (R.) (dir.), éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, p. 39.

Richard (C.), Berdeaux- Gacogne (F.), Sanction de la gestation pour autrui, *AJ. fam.* 2013 p. 600.

Richez-Pons (A.)

- Les règles de compétences énoncées par le règlement Bruxelles II bis, *AJ. fam.* 2005, p. 256.
- La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe, *Dr. fam.* 2006, étude 32.

Ripert (G.), Le prix de la douleur, *D.* 1948, *chron.* 1.

Rivier (M.-C.), Les secondes familles et le droit des obligations alimentaires, *LPA* 8 oct. 1997, n° 121, p. 8.

Rochfeld (J.)

- Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *RTDciv.* 2002, p. 377.
- Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du contrat pédagogique, *RTDciv.* 2006, p. 665.

Rondeau-Rivier (M.-C.), Un traité mis hors jeu, *D.* 1993, p. 203.

Rosenczweig (J.-P.), Les châtiments corporels : la pratique d'un juge pour enfants, *AJ. fam.* 2005, p. 223.

Rouvière (F.), Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique, *Gaz. Pal.* 7 mars 2013, n° 66, p. 5.

Rubellin-Devichi (J.), Carbonnier (J.), Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP éd. G.* 1994, I, n° 3739, p. 87.

Rubellin-Devichi (J.)

- Une importante réforme en droit de la famille : la loi n°93-22 du 8 janvier 1993, *JCP éd. G.* 1993, I, n°3659.
- Regards sur quelques incohérences en matière de droit de l'enfance, *D.* 2001, Point de vue, p. 1323.

Russo (C.), Commentaire de l'article 8§1, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Pettiti (L.-E.), Decaux (E.), et Imbert (P.-H.) (dir.), Economica, 1999, p. 305.

Sainte-Rose (J.), Vers une reconnaissance de l'homoparentalité, *AJ. fam.* 2005, p. 395.

Salvage- Gerest (P.), Adoption de l'enfant adoptif du conjoint : que faut-il comprendre ?, *AJ. fam.* 2013, p. 345.

Sarcellet (D.), L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit interne, *RLDC* 2011, supplément n° 87, p. 17.

Savatier (R.), Le dommage et la personne, *D.* 1955, *chron.* 1.

Segura (J.), L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit luxembourgeois, *RLCD* 2011, supplément n° 87, p. 52.

Sosson (J.), Réflexions de droit comparé sur les secondes familles, *LPA* 8 oct.1997, n° 121.

Stettler (M.), La condition réservée par le droit suisse à l'enfant membre d'une famille recomposée, in *Quels repères pour les familles recomposées?: une approche pluridisciplinaire internationale*, Meulders-Klein (M.-T.) et Théry (I.) (dir.), actes du colloque international, Paris, ministère de la recherche, 2-3 décembre 1993, Collection droit et société, n°10, L.G.D.J., 1995, p. 180.

Théry (I.)

- Introduction générale: Le temps des recompositions familiales, in *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Meulders-Klein (M.-T.) Théry (I.) (dir.), Essais et Recherches, Nathan, 1993, p. 5.
- Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la justice, Paris, La documentation française, 1998.

Tunc (A.)

- Distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, *JCP éd. G. I*, n° 449.
- « Standards juridiques et unification du droit », *Revue international de droit comparé*, 1970, p. 247.

Troisvalets (S.), L'autorité parentale dans les familles recomposées, *LPA* 11 mai 2000, n° 94, p. 12.

Vauvillé (F.)

- Du principe de coparentalité, *LPA* 18 oct. 2002, n° 209, p. 4.
- Du principe de coparentalité et de sa mise en œuvre, in *L'autorité parentale en question*, Dekeuwer-Défossez (F.) et Choain (C.) (dir), Septentrion Presses universitaires, 2003, p. 119.

Verdier (P.), Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, *in L'intérêt supérieur de l'enfant en questions. Leurre ou levier au service de ses droits ?*, Documents de référence et contributions à la journée d'étude, 20 nov. 2010.

Versini (D.)

L'enfant au cœur des séparations parentales conflictuelles. Plaidoyer pour mieux préserver l'intérêt de l'enfant, Rapport thématique du Défenseur des enfants, Paris, La documentation française, 2008.

Viganotti (E.), Actualité jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne, *Dr. fam.* 2011, comm. 66.

Vigneau (D.), Aujourd'hui le rôle, demain le titre ?, *D.* 2006, p. 897.

Voidey (N.), **Devillairs (L.-A.)**, Enlèvements internationaux d'enfants : exercice de droit comparé, *AJ. fam.* 2002, p. 333.

Watté (N.), **Barnich (L.)**, **Jafferli (R.)**, Chronique de jurisprudence belge, *Journal du droit international Clunet*, 2011, *chron.* n° 9.

Zermatten (J.)

- Le duo : l'article 3 et ses relations avec l'article 12 de la Convention, *in L'intérêt supérieur de l'enfant en questions. Leurre ou levier au service de ses droits ?*, Documents de référence et contributions à la journée d'étude, 20 nov. 2010.

- L'intérêt supérieur de l'enfant, *in L'intérêt supérieur de l'enfant en questions. Leurre ou levier au service de ses droits ?*, Documents de référence et contributions à la journée d'étude, 20 nov. 2010.

IV. Jurisprudence

1) Commission et Cour européenne des droits de l'homme

- Comm. EDH, 12 déc. 1977, *X c. Suède*, req. n°7911/77, Commission plénière, D. R 12, p. 195.
- CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, Cour plénière, Série A, n°31, JT, 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *AFDI* 1980, 317, obs. Pelloux ; *JDI* 1982, 183, obs. P. Rolland, Grands arrêts de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 519 et s.
- Comm. EDH, 14 mars 1985, *Florentino Garcia c. Suisse*, req. n°10148/82, Commission plénière, D. R 42, p. 98.
- CEDH, 8 juil. 1987, *W. c. Royaume-Uni*, req. n°9749/82, Cour plénière, Série A, n°136-C.
- CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c. Suède*, req. n°10465/83, Cour plénière, Série A, n°130 ; A. Gouttenoire, *Dr. fam.* 2003, comm. 118 ; F. Sudre *JCP* éd. G 1993. I. n° 3654 ; P. Hilt, *AJ. fam.* 2004. 384 ; C. Pettiti, *AJ. fam.* 2006. 185 ; J-P Marguénaud, *RTDciv.* 2001.451 ; Rev. Sc. Crim. 1988, 573, obs. L.-E. Pettiti, Grands arrêts de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 533 et s.
- Comm. EDH, 13 mars 1990, *Ouinas c. France*, req. n°13756/88, Commission plénière, D. R n°65, p. 265.

- CEDH, 25 fév. 1992, *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, req. n° 12963/87, Cour plénière, Série A, n°226-A.
- CEDH, 27 nov. 1992, *Olsson c. Suède* (n°2), req. n°13441/87, Chambre, Série A, n°265.
- CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n°12875/87, Chambre, Série A, n°255-C ; *AJDA* 1994. 16, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 1994. 326, note J. Hauser ; *RFDA* 1994. 1182, chron. C. Giakoumopoulos, M. Keller, H. Labayle et F. Sudre ; *RTDciv.* 1993. 817, obs. J. Hauser.
- CEDH, 22 fév. 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n°16213/90, spéc. §24 ; Chambre, Série A, n°280-B, F. Sudre, *JCP éd. G.* 1995, I, 3823 ; *D.*1995.5 ; J-P Marguénaud ; *RTDciv.* 1997. 551 ; F. Granet-Lambrechts, *RTDeur.* 1997.653.
- CEDH, 25 mars 1994, *Costello Robert c. Royaume- Uni*, Série 1 n°247-C ; *JCP éd. G.* 1994, II, 22262, comm. P. Mazière.
- CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c. Irlande*, req. n°16969/90, Chambre, Série A, n°290.
- CEDH, 23 sept. 1994, *Hokkanen c. Finlande*, req. n°19823/92, Chambre, Série A, n°299-A. *RTDciv.* 1995. 347, obs. J. Hauser.
- CEDH, 7 août 1996, *Johansen c. Norvège*, req. n°17383/90, Chambre, Recueil 1996. III, n°13 ; F. Sudre, *JCP G.* 1997, I, 4000 ; J-P Marguénaud, *RTDciv.* 1999. 501 ; *ibid RTDciv.* 1998. 999 ; *ibid RTDciv.* 1997. 541.
- CEDH, 18 fév. 1997, *Nideröst- Huber c/ Suisse*, req. n°18990/91, Chambre, Recueil, 1997. I.
- CEDH, 22 avril 1997, *X, Y, Z c. Royaume-Uni*, req. n° 21830/93, Grande Chambre, Recueil 1997. II.
- CEDH, 9 juin 1998, *Bronda c/ Italie*, req. n°22430/93, Chambre, Recueil 1998-IV.
- CEDH, 23 sept. 1998, *A. c. Royaume-Uni*, req. n°25599/94, Chambre, Recueil 1998, VI.
- CEDH, 28 oct. 1998, *Söderback c/ Suède*, n° 24484/94, Chambre, Recueil 1998-VII.
- CEDH, 25 janv. 2000, *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, req. n° 31679/96, Première section, Recueil des arrêts et décisions 2000-I ; S. Grataloup, *Dr. fam.* 2002, chron. 2 ; *RTDciv.* 2001. 451, obs. J.-P. Marguénaud.
- CEDH, 6 avril 2000, *C. S c. Allemagne*, req. n°33681/96, Quatrième section.
- CEDH, 13 juillet 2000, *Elsholz c. Allemagne*, req. n°25735/94, Grande Chambre, Recueil des arrêts et décisions 2000-VIII, *JCP G* 2001, I, 291, n° 3, obs. F. Sudre.
- CEDH, 19 sept. 2000, *Gnahoré c. France*, req. n° 40031/98, Troisième section, Recueil des arrêts et décisions 2000-IX. ; F. Sudre, *JCP éd.G.* 2001, I, 291. ; P. Hilt, *AJ. fam.* 2004.384 ; C. Pettiti, *AJ. fam.* 2006.185 ; J-P Marguénaud, *RTDciv.* 2010. 735 ; *ibid, RTDciv.* 2001.451.
- CEDH, 28 sept. 2000, *Messina c. Italie* (n°2), req. n°25498/94, Deuxième section, Recueil des arrêts et décisions 2000-X.
- CEDH, 26 fév. 2002, *Kutzner c. Allemagne*, req. n°46544/99, Quatrième section, Recueil des arrêts et décisions 2002-I.
- CEDH, 8 juil. 2003, *Sahin c. Allemagne*, req. n°30943/96, Grande Chambre, Recueil des arrêts et décisions 2003-VIII.
- CEDH, 26 septembre 2003, *Maire c/ Portugal*, req. n°48206/99, Troisième section, Recueil des arrêts et décisions 2003-VIIp. 297, *Dr. fam.* 2003, chron. 26, A. Gouttenoire.
- CEDH, 16 déc. 2003, *Palau-Martinez c. France*, req. n°64927/01, Deuxième section, Recueil des arrêts et décisions 2003-XII ; *D.* 2004. 108 ; *D.* 2004. 1261, note F. Boulanger ; *ibid.* 1058, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *AJ. fam.* 2004. 62, obs. S. Plana ; *JCP éd. G.* 2004, II, 10122, note A. Gouttenoire ; *RTDciv.* 2004. 78, obs. J. Hauser.
- CEDH, 26 février 2004, *Gorgülü c/ Allemagne*, n°74969/01, Troisième section.
- CEDH, 1^{re} juin 2004, *Lebbink c. Pays-Bas*, req. n°45582/99, Cour deuxième section, Recueil des arrêts et décisions 2004-IV.

- CEDH, 22 juin 2004, *Pini et autres c. Roumanie*, req. n° 78028/01 et 78030/01, Deuxième section, Recueil des arrêts et décisions 2004-IV; *AJDA* 2004. 1809, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 2004. 3026, note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre ; *ibid.* 2005. 1748, obs. F. Granet-Lambrechts.
- CEDH, 22 nov. 2005, *Reigado Ramos c. Portugal*, req. n°73229/01, Deuxième section.
- CEDH, 20 juil. 2006, *Koudelka c. République Tchèque*, req. n°1633/05, Cinquième section.
- CEDH, 26 avril 2007, *Patera c. République Tchèque*, req. n°25326/03, Deuxième section.
- CEDH, 21 juin 2007, *Havelka et autres c. République Tchèque*, req. n° 23499/06, Cinquième section.
- CEDH, 26 juil. 2007, *Schmidt c. France*, req. n°35109/02, Troisième section ; A. Gouttenoire, *JCP éd. G.* 2008, I. 102 ; F. Sudre, *JCP éd. G.* 2008, I, 110 ; M. Bruggeman, *Dr. fam.* 2007, alerte 72 ; *RTDciv.* 2007.265, obs. J. Hauser.
- CEDH, 29 nov. 2007, *Ismailova c. Russie*, req. n°37614/02, Première section ; *D.*, 2008, p. 2843, note P. Muzny.
- CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, req. n°39388/05, Troisième section ; *AJDA* 2008. 978, chron. J.-F. Flauss ; *D.* 2008. 1854, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *AJ. fam.* 2008. 83, obs. A. Boiché.
- CEDH, 30 sept. 2008, *Koons c. Italie*, req. n°68183/01, Deuxième section.
- CEDH, 26 mai 2009, *Amanalachioai c. Roumanie*, req. n° 4023/04, Troisième section.
- CEDH, 13 oct. 2009, *Costreie c. Roumanie*, req. n°31703/05, Troisième section ; *AJ. fam.*, 2009.451, obs. F. Chénéde.
- CEDH, 15 oct. 2009, *Tsoularkis c. Grèce*, req. n° 50796/07, Première section ; *Dr. fam.*, nov. 2011, alerte 74.
- CEDH, 10 nov. 2009, *R.R c. Roumanie*, req. n°1188/05, Troisième section.
- CEDH, 3 déc. 2009, *Zaunegger c. Allemagne*, req. n° 22028/04, Cinquième section ; F. Boulanger, *JCP éd. G.* n°14, 5 avril 2010, I. 399 ; M. Bruggeman, *Dr. fam.*, n°1, janv. 2010, alerte 3.
- CEDH, 3 mai 2010, *Uyanik c. Turquie*, req. n° 60328/09, Deuxième section.
- CEDH, 6 juil. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n°41615/07, Grande Chambre, Recueil des arrêts et décisions 2010 ; *D.* 2010. 2062, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *AJ. fam.* 2010. 482, obs. A. Boiché ; *RTDciv.* 2010. 735, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD eur.* 2010. 927, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard.
- CEDH, 11 janv. 2011, *Bordeianu c. Moldavie*, req. n°49868/08, Quatrième section.
- CEDH, 1^{er} fév. 2011, *Karoussiotis c. Portugal*, req. n°23205/08, Deuxième section, Recueil des arrêts et décisions 2011.
- CEDH, 10 fév. 2011, *Tsikakis c. Allemagne*, req. n°1521/06, Cinquième section.
- CEDH, 12 avril 2011, *Gluhakovic c. Croatie*, req. n°21188/09, Première section.
- CEDH, 12 juillet 2011, *Sneersone et Kampanella c/ Italie*, n° 14737/09, Deuxième section.
- CEDH, 15 sept. 2011, *Schneider c. Allemagne*, req. n°17080/07, Cinquième section.
- CEDH, 18 octobre 2011, *Lyubenova c. Bulgarie*, req. n°13786/04, Quatrième section, *AJ. fam.* 2011. 547, M. Rouillard.
- CEDH, 13 déc. 2011, *X c. Lettonie*, req. n° 27853/09, Troisième section.
- CEDH, 31 janv. 2012, *Assuncao Chaves c. Portugal*, req. n°61226/08, Deuxième section.
- CEDH, 10 avril 2012, *Pontes c. Portugal*, req. n°19554/09, Deuxième section.
- CEDH, 3 mai 2012, *Uyanik c. Turquie*, req. n° 60328/09, Deuxième section.
- CEDH, 17 juil. 2012, *M.D et a. c. Malte*, req. n°64791/10, Quatrième section.
- CEDH, 10 juil. 2012, *B. c. Belgique*, req. n°4320/11, Deuxième section.

- CEDH, 19 fév. 2013, *X et autres c. Autriche*, n° req. 19010/07, Grande Chambre, Recueil des arrêts et décisions 2013 ; *D.* 2013. 502, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ. fam.* 2013. 227, obs. F. Chénéde ; *RTDciv.* 2003. 363, obs. J. Hauser, *ibid.* 329, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2013. comm. 53, note Neirinck.
- CEDH, *X c. Lettonie*, 26 nov. 2013, req. n° 27853/09, Cour, Recueil des arrêts et décisions 2013, *AJ. fam.* 2014, p. 58, note A. Boiché.

2) Cour de justice de l'Union européenne

- CJUE, 27 juin 2006, *Parlement européen /Conseil de l'Union européenne*, (aff. C-540/03), Recueil 2006 I-05769 ; *D.* 2006.1988 ; *AJDA* 2006. 2285 ; B. Masson, *RTDeur.* 2006. 673.
- CJUE, 11 juil. 2008, *Rinau*, (aff. C-195/08 PPU), Recueil 2008 I-05271.
- CJUE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c/ Avides Media AG*, (aff. C-244/06), Recueil 2008 I -00505, A. Rigaux, *Revue Europe*, n°4, avril 2008, comm. 118.
- CJUE, 2 avril 2009, *Affaire A.*, (aff. C-523/07), Recueil 2009 I-02805 ; *Europe* 2009, comm. 265, note L. Idot. ; *AJ. fam.* 2009, p. 298, note A. Boiché ; *JCP éd. G.* 2009, n° 41-316, note F. Boulanger ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 791, note E. Gallant ; *RTDciv.* 2009, p. 714, obs. J. Hauser.
- CJUE, 23 déc. 2009, *Deticeck c/ Sgueglia*, (aff. C-403/09), Recueil 2009 I-12193 ; *D.* 2010. 1055, note C. Brières ; *D.* 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *AJ. fam.*, 2010. 131, obs. A. Boiché ; *RTDciv.*, 2010, p. 549, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2010. 113, *chron.* L. Coutron.
- CJUE, 1^{re} juil. 2010, *Povse c. Alpago*, (aff. C-211/10 PPU), Recueil 2010, I-06673 ; *D.* 2010. 1798, *AJ. fam.* 2010. 482, A. Boiché ; *JCP éd. G.* 2010, II, n° 956, note A. Devers.
- CJUE, 5 oct. 2010, *J. McB c. L.E*, (aff. C-400/10), Recueil 2010 I-08965 ; *D.* 2010. 2516, obs. I. Gallmeister ; *AJ. fam.* 2010. 482, Pratique A. Boiché.
- CJUE, 22 déc. 2010, *Barbara Mercredi c/ Richard Chaffes*, (aff. C-497/10), Recueil 2010 I-14309, *Dr. fam.* 2011, comm. 66, note E. Viganotti.
- CJUE, 6 déc. 2012, *O. and S.*, (aff. C-356/11); *decision.recueil1, AJDA* 2013. 335, *chron.* M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *RTDciv.* 2013. 101, obs. Hauser.

3) Jurisprudence française

a) Cour de cassation

- Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1964, Bull. Civ. I, n° 351.
- Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1976, Bull. Civ. I, n° 318, p. 255, pourvoi n° 75-10166.
- Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1981, inédit, pourvoi n° 80-80028, *JCP éd. G.* 1983, II, 19952, note F. Boulanger.
- Cass. 1^{re} civ., 14 avril 1982, Bull. Civ. I, n° 125, pourvoi n° 80-80014 et 80-80015, *D.* 1983. 294, note J.M.
- Cass., Ass. Plén., 9 mai 1984, GAJC, 11^{ème} éd., n° 186, *D.* 1984.525, concl. Cabannes, note Chabas ; H. Mazeaud, *D.* 1985, *chron.* 13; R. Legeais, *Defrénois* 1985. 557 ; *JCP* 1985, I, 3189. p. 148, note G. Viney ; *JCP* 1984, II, 20256, note P. Jourdain ; *RTDciv.* 1984. 508, obs. J. Huet.

- Cass. 1^{re} civ., 22 juil. 1986, n° 85-11645, Bull. Civ. I, n° 218, p. 209, *D.* 1986.732, obs. J. Rubellin-Devichi ; *Gaz. Pal.*, 1988. J.10, note J. Massip ; *RTDciv.* 1991, p. 49, obs. J. Bonnard.
- Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 1988, inédit, pourvoi n° 86-11349.
- Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, Bull. Civ. I., n° 103, pourvoi n° 91-11310, *D.* 1993, p. 361, note J. Massip ; *D.* 1994, p. 14, note F. Dekeuwer-Defosse ; *RTD sanit. soc.* 1993, p. 533, note F. Monéger ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 449, note P. Lagarde ; *RTDciv.* 1993.341, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 28 mars 1995, Bull. Civ., I, n° 141, p. 101, pourvoi n° 94-05024, *D.* 1996 Somm. 239 obs. S. Vitse, *Def.* 1995.1390, obs. J. Massip.
- Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 1995, inédit, pourvoi n° 94-05096.
- Cass. 2^{ème} civ., 20 novembre 1996, Bull. Civ., II N° 253 p. 153, pourvoi n° 93-19937, *D.* 1997. 192, note Y. Benhamou ; *Def.* 1997.987, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 1997, n° 2, comm. P. Murat ; *RTDciv.* 1997. 112, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1997, inédit, pourvoi n° 96-12040.
- Cass. 1^{re} civ., 18 avril 2000, Bull. Civ. I n° 112 p. 76, pourvoi n° 97-20809, *Gaz. Pal.* 2000, n° 216, obs. F. Ghilain ; *Rev. Crit. DIP*, 2001. 341, note E. Gallant.
- Cass. 2^{ème} civ., 26 oct. 2000, inédit, pourvoi n° 98-15001.
- Cass. 1^{re} civ., 11 décembre 2001, inédit, pourvoi n° 00-14301.
- Cass. Crim. 17 juin 2003, inédit, pourvoi n° 02-84986.
- Cass. 2^{ème} civ., 23 mai 2002, inédit, pourvoi n° 00-10030.
- Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 2003, inédit, pourvoi n° 01-14070.
- Cass. 1^{re} civ., 27 avril 2004, inédit, pourvoi n° 02-16172.
- Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, Bull. Civ. I n° 211 p. 179, pourvoi n° 02-16336.
- Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, Bull. Civ. I n° 212 p. 180, pourvoi n° 02-20613 ; *D.* 2005.1909, note V. Egea ; *AJ. fam.* 2005. 274, obs. T. Fossier ; *Defrénois* 2005.1418, note J. Massip ; *Dr. fam.* 2005, n°156, note A. Gouttenoire ; *Dr. et patr.*, sept. 2005, p. 101, obs. Ph. Bonfils ; *Gaz. Pal.* 2005. 2664, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *JCP* 2005, II, 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *ibid.* 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *ibid* 199, n°7 ; obs. J. Rubellin-Divichi ; *RJPF* 2005 9/31, note F. Eudier ; *RTD sanit. soc.* 2005.814, note C. Neirinck ; et 627, obs. Ph. Théry ; *Rev. Crit. DIP* 2005.679, note D. Bureau ; *RTDciv.* 2005.585, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, Bull. Civ. I., n° 247, p.207 ; pourvoi n° 04-16942 ; *D.* 2005.2790, note F. Boulanger *chron.* ; P. Courbe ; *Defrénois* 2005.1418 note J. Massip ; *Gaz. Pal.* 2005. 3412 ; note G. Salamé ; *JCP* éd. G, 2005, II, 10115, concl. C. Petit ; note Chabert ; *Dr. et Patr.* Sept. 2005, p. 101 obs. Ph. Bonfils ; *RDSS* 2005. 814, note C. Neirinck ; *Rev. crit. DIP*, 2005.679, note D. Bureau. *RTDciv.* 2005.556, obs. R. Encinas de Munagorri, *ibid.* 2005.750, obs. P. Remy-Corlay ; *ibid.* 2013, p. 591, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 6 juil. 2005, Bull. Civ. I, n° 303, p. 252, pourvoi n° 03-13357 ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 68, p. 21.
- Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, Bull. Civ. I, n° 434 p. 364, pourvoi n° 03-17912 ; *D.* 2006. 554, note F. Boulanger ; *D.* 2006, Pan. 2436, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2005. IR 3036, obs. I. Gallmeister ; *Dr. fam.* 2006, n°28, note A. Gouttenoire ; *RJPF* 2006-2144, note F. Eudier ; *RDSS* 2006. 349, note M. Bruggeman ; *RTDciv.* 2006.101, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005, Bull. Civ. I, n° 464 p. 391, pourvoi n° 04-19.180, *Dr. fam.* 2006, comm. n°27, obs., P. Murat.
- Cass. 1^{re} civ. 17 janv. 2006, Bull. Civ., I, n° 10 p. 9, pourvoi n° 03-14421, *JCP* éd. G, 2006, II, 10177, note F. Boulanger.

- Cass. 1^{re} civ., 14 fév. 2006, inédit, pourvoi n° 05-13627, *D.* 2006 IR, p. 11.; *D.* 2006, p. 2149, note M. Herzog-Evans ; *Dr. fam.* 2006, comm. n°162, obs. P. Murat; *RTDciv.* 2006, p. 105, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 2006, Bull. Civ. I, n° 101 p. 95, pourvoi n° 04-17090, *AJ. fam.* 2006. 159, obs. F. Chénéde ; *D.* 2006. 897, note D. Vigneau ; *ibid.* IR 670, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* Point de vue 876, H. Fulchiron ; *Deffrénois* 2006. 1067, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 2006, n°89, note P. Murat ; *JCP* 2006, I, 199, n°16, obs. M. Rebourg ; *RJPF* 2006-4132, obs. E. Mulon ; *RLDC* 2006/27, n°2056, note D. Bourgault- Coudevyille ; *RTDsanit. soc.* 2006. 578, note C. Neirinck.
- Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006, Bull. Civ. I n° 147 p. 134, pourvoi n° 04-19527, P. Murat, *Dr. fam.*, 2006, comm. 157.
- Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, inédit, pourvoi n° 06-12655 ; *Dr. fam.*, 2007, 146, comm. P. Murat ; *RTDciv.* 2007. 330, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re}civ., 13 mars 2007, Bull. Civ., I, n° 103, pourvoi n° 06-17869 ; *D.* 2007. AJ. 1083; *ibid.* Pan. 2192, obs. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2007, n° 125 obs Murat; *RTDciv.* 2007. 330, obs. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 25 avril 2007, Bull. Civ. 2007. I, n° 156, pourvoi n° 06-16886; *D.* 2007. AJ 1428 ; *ibid.*, 2008, Pan. 1376, obs. F. Granet-Lambrechts; *AJ. fam.* 2007. 276, obs. F-C ; *Dr. fam.* 2007, n°143, note P. Murat ; *RJPF* 2007-9/27, note E. Mulon ; *RTDciv.* 2007, p. 560, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2007, Bull. Civ., I, n° 199, pourvoi n° 06-12687.
- Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2007, Bull. Civ. I, n° 286, pourvoi n° 06-18379; *AJ. fam.* 2007. 432, obs. J.-B. Thierry ; *D.* actualité, 2007, S. Pokora ; *Dr. fam.* 2007. 192, obs. P. Murat ; C. Bideau, *JCP* 2008. I. 102, chron. ; *JCP*, éd. G, 2008, II, 10026, comm. A. Zelcevic-Duhamel ; *RTDciv.* 2008, p.100, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2007, inédit, pourvoi n° 06-20836, *Gaz. Pal.* 2008, n°330, p. 29, note V. Hazout, *JCP* 2008. I. 102, obs. Y. Favier.
- Cass. 1^{re} civ., 16 avril 2008, Bull. Civ. I, n° 106, pourvoi n° 07-11273, *AJ. fam.* 2008. 261, obs. Chénéde ; *D.* 2008. AJ 1410, obs. Luxembourg ; *ibid.* 2009 Pan. 773, obs. Granet-Lambrechts ; *JCP* 2009, I, 102, n°9, obs. Gouttenoire ; *RJPF* 2008-6/39, note Corpart ; *Deffrénois* 2008. 1846, obs. Massip ; *RTDciv.* 2008. 470, obs. Hauser.
- Cass. Crim. 23 sept. 2008, Bull. Crim. 2008, n° 195, n° 08-80489.
- Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, inédit, pourvoi n° 08-13985.
- Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2009, inédit, pourvoi n° 07-20174.
- Cass. 1^{re} civ., 25 fév. 2009, inédit, pourvoi n° 08-18126.
- Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009, inédit, pourvoi n° 08-14917, *Gaz. Pal.* 2009, n° 311, p. 28, note E. Mulon.
- Cass. 1^{re} civ., 1^{re} juil. 2009, inédit, pourvoi n° 08-15365.
- Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, inédit, pourvoi n° 09-68179; *D.* 2010. Pan. 1904, obs. Gouttenoire ; P. Murat, *Dr. fam.*, n°2, fév. 2010, comm. 24.
- Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2010, Bull. Civ. I, n° 3, pourvoi n° 08-18871 ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 35, p. 28, note C. Berlaud ; *Deffrénois*, 2010, n° 7, p. 861, note Massip ; P. Murat, *Dr. fam.* 2010, comm. 102.
- Cass. 1^{re} civ., 15 avril 2010, inédit, pourvoi n° 09-14939, *D.* 2010. Pan. 1908, obs. Gouttenoire.
- Cass.1^{re} civ., 27 mai 2010, Bull. Civ. I, n° 120, pourvoi n° 09-65208, obs. Egéa ; *D.* 2010. Actu. 1485.

Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, Bull. Civ. I, n° 160, pourvoi n° 09-66406, *AJ. fam.* 2010, p. 482, note A. Boiché ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 238, p. 22, note C. Berlaud ; *Defrénois* 2010, n° 18, p. 2029, note Massip.

- Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, inédit, pourvoi n° 09-67076.
- Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, Bull. Civ. I, n° 158, pourvoi n° 09-12623, *Dalloz Actualité*, 27 juil. 2010, Pan. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; M. Farge, *Dr. fam.*, 2010, comm. 156 ; *JCP* 2010, n°994, obs. A. Gouttenoire ; *AJ. fam.* 2010, 394, obs. F. Chénéde ; *Defrénois* 2010. 2028, obs. J. Massip ; *RLDC* 2010/75, n°3975, obs. Serr ; *RJPF* 2010-11/29, obs. F. Eudier ; *RTDciv.* 2010, 547, obs. J. Hauser.
- Avis Cour de cassation, 13 sept. 2010, Bull. 2010, avis n° 4, pourvoi n° 10-00004.
- Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, inédit, pourvoi n° 09-71197.
- Cass. 1^{re} civ., 9 fév. 2011, inédit, pourvoi n° 09-12119, *D. actu.*, 2011, note P. Guiomard, *AJ. fam.* 2011, p. 207, note C. Siffrein-Blanc. 2011. 722, note P. Hammje ; *RTDciv.* 2011. 340, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2011, Bull. Civ. I, n° 135, pourvoi n° 11-19377.
- Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, inédit, pourvoi n° 10-30856.
- Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2011, Bull. Civ. I, n° 202, pourvoi n° 10-23391, *D.* 2011. 2934; *ibid.* 2012. 635, chron. B. Vassallo et C. Creton ; *AJ. fam.* 2012. 46, obs. C. Siffrein-Blanc ; *Gaz. Pal.* 6-7 janv. 2012, p. 41, note A.-L. Casado ; *LEDF* 20 déc. 2011, p. 4, obs. A. Gouttenoire; *Dr. fam.* 2012. comm. 9, obs. E. Bazin.
- Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2012, inédit, pourvoi n° 11-12333.
- Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2012, inédit, pourvoi n° 11-12989.
- Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2012, Bull. Civ. I, n° 135, pourvoi n° 11-19377, *D.* 2012. 1675 ; *ibid.* 2050, chron. C. Creton et B. Vassallo ; *ibid.* 2267, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ. fam.* 2012. 457, obs. L. Schenique ; C. Neirinck, *Dr. fam.*, 2012, comm.. 133; *adde RJPF* 2012/9-10. 39, obs. F. Eudier ; *RTD civ.* 2012. 523, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 12 sept. 2012, inédit, pourvoi n° 11-16975.
- Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 2012, inédit, pourvoi n° 11-25992.
- Cass. Crim. 22 janv. 2013, Bull. Crim. 2013, n°23, pourvoi n° 12-90065, *Dr. fam.*, n°3, mars 2013, comm. 43, M.-A. Alexi.
- Cass. 1^{re} civ., 13 fév. 2013, n° 11-28424, *D.* 2013. 498, note I. Gallmeister ; *AJ. fam.* 2013. 185, A. Boiché.
- Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, inédit, pourvoi n° 12-13794.
- Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, inédit, pourvoi n° 12-12224, *L'essentiel droit de la famille et des personnes*, 15 sept. 2013, n° 8, p.1, note L. Mauger-Vielpeau.
- Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-14392, *D. Actu*, 2013, note T. Douville ; *JCP* 2013, 831, note C. Petit ; S. Paricard, *Dr. fam.*, 2013, comm. 152.
- Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2013, inédit, pourvoi n°12-22479.
- Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, pourvoi n° 12-30138, n° 12-18315, *D.* 2013. 2382, note I. Gallmeister ; *ibid.* 2384, M. Fabre-Magnan ; A. Mirkovic, *JCP* 2013. 985 ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, *Dans les limbes du droit*, *D.* 2013. Chron. 2349, *LPA* 2013, n° 196, p. 7, note V. Legrand.

b) Conseil Constitutionnel

DC, 17 mai 2013, n° 2013-669, C.-A. Chassin, *LPA*, 4 juil. 2013, n°133, p.13 ; J.-M. Larralde, *LPA*, 4 juil. 2013, n°133, p.5 ; *D.* 2013. 1643, chron. F. Dieu ; *AJ. fam.* 2013. 332, étude F. Chénéde ; J.-R. Binet, *Dr. fam.*, juil. 2013, comm. 98, *Constitutions 2013.* 166, obs. A.-M. Le Pourhiet ; L. Brunet, *RTDsanit. soc.*, 2013, p.908 ; *RTD civ.* 2013. 579, obs. J. Hauser.

c) Cours d'appel

- CA Pau, 19 févr. 1991, *D.* 1991.380, note V. Larribau-Terneyre.
- CA Nancy, 27 sept. 1991, *Juris-Data* n° 05423.
- CA Montpellier, 3 fév. 1992, note Gouron-Mazel *JCP* éd. G, 1992, II ; 21904.
- CA Toulouse, 18 mai 1994, *Juris-Data* n° 046418.
- CA Grenoble, 20 févr.1996, *Dr. fam.* 1997, n° 96, note Murat.
- CA Douai, 3 déc. 1998, *Juris-Data* n° 048057.
- CA Nîmes, 31 mars 1999, *Juris-Data* n° 030160.
- CA Besançon, 9 fév. 2001, *Juris-Data* n° 154457.
- CA Reims, 5 avril 2001, *Juris-Data* n° 2001-157161.
- CA Paris, 27 juin 2002, *Juris-Data* n° 2002/187960.
- CA Nîmes, 3 juil. 2002, n° de RG 02/1053, *AJ. fam.* 2002, p. 339, note F.B.
- CA Reims, 19 sept. 2002, *Juris-Data* n° 2002-202438, *AJ. fam.* 2003, IV, 2495.
- CA Paris, 7 mai 2003, n° de RG 2002-03326 ; *AJ. fam.* 2003. 267, obs. F.B ; *Dr. fam.* 2003, n°144, note Murat, *RTDciv.*, 2003. 494, obs. Hauser.
- CA Paris, 10 janvier 2008, n° de RG 06-11349.
- CA Lyon, 2 avril 2009, n° de RG 07/ 00552.
- CA Lyon, 4 avril 2011, n° de RG 10/02101.
- CA Lyon, 4 avril 2011, n° de RG 10/02888.
- CA Lyon, 11 avril 2011, n° de RG 09-04485.
- CA Lyon, 18 avril 2011, n° de RG 10/04283.
- CA Limoges, 2 mai 2011, n° de RG 10/00974.
- CA Lyon, 30 mai 2011, n° de RG 10/01644.
- CA Lyon, 4 juil. 2011, n° de RG 10/01505.
- CA Lyon, 11 juil. 2011, n° de RG 09/05624.
- CA Lyon, 11 juil. 2011, n° de RG 10-07717.
- CA Douai, 29 sept. 2011, n° de RG 10/08490.
- CA Douai, 6 oct. 2011, n° de RG 11/05837.
- CA Douai, 13 oct. 2011, n° de RG 11/00236.
- CA Lyon, 17 oct. 2011, n° de RG 10/08820.
- CA Lyon, 28 nov. 2011, n° de RG 11/00161.
- CA Lyon, 28 nov. 2011, n° de RG 10/07614.
- CA Bastia, 7 déc. 2011, n° de RG 10/ 00643.
- CA Lyon, 12 déc. 2011, n° de RG 10/06208.
- CA Lyon, 9 janv. 2012, n° de RG11/00653.
- CA Rennes, 10 janv. 2012, n° de RG 10/03888.
- CA Lyon, 27 fév. 2012, n° de RG 10/06298.
- CA Lyon, 12 mars 2012, n° de RG 11/01093.
- CA Rennes, 3 avril 2012, n° de RG 10/04704.
- CA Rennes, 9 mai 2012-11-01, n° de RG 11/04466.
- CA Dijon, 21 juin 2012, n° de RG 11/01181.
- CA Bastia, 11 juil. 2012, n° de RG 10/00870.
- CA Douai, 26 juil. 2012, n° de RG 12/02747.
- CA Douai, 13 sept. 2012, n° de RG 11-07380.
- CA Douai, 20 sept. 2012, n° de RG 11/07884.
- CA Nouméa, 27 sept. 2012, n° de RG 11/00554.

- CA Rennes, 2 oct. 2012, n° de RG 10/06124.
- CA Limoges, 29 oct. 2012, n° de RG 11/01642.
- CA Limoges, 12 nov. 2012, n° de RG 12/00173.
- CA Toulouse, 21 déc. 2012, n° de RG 12/00070.
- CA Rennes, 15 janv. 2013, n° de RG 11/01909.
- CA Bastia, 30 janv. 2013, n° de RG 11/00851.
- CA Rennes, 19 fév. 2013, n° de RG 10/06376.

d) Tribunal de grande instance

TGI Bordeaux, 2è juil. 2004, *D.* 2004. 2395, note E. Agostini ; *JCP* 2004, II, 10169, note G. Kessler ; *Gaz. Pal.* 2004, 3250, note G. Geouffre de la Pradelle, *AJ. fam.* 2004. 407, obs. L. Attuel-Mendès ; *Dr. fam.* 2004, n°166, note V. Larribau- Terneyre ; *RTDciv.* 2004. 719, obs. J. Hauser.

4) Jurisprudence étrangère

a) Allemagne

- BVerfG, 3 nov. 1982, *BVerfGE* 61.358.
- Cour constitutionnelle allemande, 21 juil. 2010 *AJ. fam.* 2010, p 434, note, J. Jehl, « Droits des pères », *JCP éd. G*, n°37, 13 sept. 2010, I, 908.

b) Belgique

- Jurisprudence belge. Ite Cour civile, 15 avril 2002, 5C.67/2002.
- CA Bruxelles, 15 déc. 2008, n°2008/KR/108.
- CA Bruxelles, 2 fév. 2009, 2008/JR/152.

c) Espagne

Tribunal supremo sala I de la civil, Sentencia n°565/2009, 31 juil. 2009.

d) Grèce

Jugement 2075/2002 du Tribunal correctionnel du Pirée.

e) Luxembourg

- Cour de Luxembourg, 8 oct. 1997, 30. 258.
- Cour de Luxembourg, 11 juil. 2001, 32, 96.
- Cour de Luxembourg, 7 mai 2003, 32. 408.

f) Portugal

- Tribunal d'Evora, 15 sept. 2010, 43/07.
- Tribunal d'Evora, 13 oct. 2011, 2364/09.1TBSTR.E1.

g) Royaume-Uni

McD v. L & anor, Suprem Court of Ireland, 10 déc. 2009, n°200726M.

h) Suisse

- Tribunal fédéral suisse 28 février 2002, 5C.264/2001.
- Tribunal fédéral suisse, 23 sept. 2003, 5C.146/2003.
- Tribunal fédéral suisse, 12 janv. 2004, 5P.452/2003.
- Tribunal fédéral suisse, 5 mars 2004, 5P.392/2003.
- Tribunal fédéral suisse, 2 oct. 2008, 5A_448/2008.
- Tribunal fédéral suisse, 5 nov. 2008, 5A_480/2008.
- Tribunal fédéral suisse, 18 mars, 2009, 5A_8/2009.
- Tribunal fédéral suisse, 15 avril 2009, 5A_858/2008.
- Tribunal fédéral suisse, 27 août 2009, 5A8 –645/2008.
- Tribunal fédéral suisse, 1^{re} sept. 2009, 5A_327/2009.
- Tribunal fédéral suisse, 9 sept. 2009, 5A_242/2009.
- Tribunal fédéral suisse, 4 mars 2010, 5A_798/2009.
- Tribunal fédéral suisse, 6 juil. 2010, 5A_50/2010.
- Tribunal fédéral suisse, 17 déc. 2010, 5A_834/2010.
- Tribunal fédéral suisse, 14 nov. 2011, 5A_831/2010.
- Tribunal fédéral suisse, 5 déc. 2011, 5A_615/2011.
- Tribunal fédéral suisse, 10 février 2012, 5A_593/2011.
- Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2012 ; 5A_337/2012.
- Tribunal fédéral suisse, 16 mai 2012, 5A_172/2012.
- Tribunal fédéral suisse, 19 juin 2012, 5A_213/2012.

INTRODUCTION.....	6
Première Partie	
L'autonomie de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne.....	28
Titre 1	
L'unité de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.....	31
Chapitre 1	
Les différents niveaux de contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant	32
Section 1. Intérêt et notions voisines.....	34
§1. Intérêt supérieur de l'enfant, intérêt et besoins de l'enfant	34
§2. Intérêt supérieur et bien-être de l'enfant	38
Section 2. Intérêt général et angles d'étude.....	45
§1. La conception générale de l'intérêt supérieur de l'enfant	45
§2. La grille de lecture des différents types d'intérêts	47
1- Niveaux de contenu d'ordre temporel.....	49
2- Niveaux de contenu d'ordre situationnel	50
3- Niveaux de contenu d'ordre substantiel.....	51
Chapitre 2	
Les éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant	54
Section 1. Des éléments de caractérisation insuffisants à l'établissement d'une définition	56
§1. Avantages et inconvénients d'une définition de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	56
A- Obstacles aux tentatives de définition.....	56
B- La nécessité d'une précision des éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.....	58
§2. Les essais de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant	61
A- Les définitions doctrinales	62
B- Les précisions législatives de la notion	64
C- Les précisions offertes à l'échelle internationale	66
Section 2. La recherche d'éléments de caractérisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant	69
§1. La mise en évidence de deux éléments de caractérisation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	70
A- Le maintien des relations personnelles entre l'enfant et ses parents.....	71
1- La règle : l'intérêt supérieur de l'enfant commande le maintien des relations personnelles	71
a- Consécration de la règle	71
b- La question du maintien des relations personnelles dans des situations familiales spécifiques	78
2- L'exception : l'éloignement de l'enfant de ses parents dans l'intérêt supérieur de celui-ci	84
a- Le comportement indigne du parent.....	85
b- Le désintérêt du parent.....	86
c- Le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme.....	87
B- L'évolution de l'enfant dans un environnement sain	90
1- La santé de l'enfant	93
a- La protection de l'intégrité physique de l'enfant	94
b- La protection de la santé mentale de l'enfant	101
2- Le développement de l'enfant.....	105
§2. La mise en évidence d'autres éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant	108
A- Un cadre de vie stable	109

1- L'environnement familial	109
2- Les différentes qualités de l'environnement de l'enfant	113
3- Les repères de l'enfant	115
B- Un cadre de vie serein	119
1- Les notions nouvelles émergentes :	120
a- Le conflit de loyauté.....	120
b- L'aliénation parentale	121
2- La fiabilité des concepts plus classiques.....	123
a- L'aide à la prise de conscience parentale	123
b- L'exclusion des violences	125
Conclusion du titre 1	128
Titre 2	
Les procédés permettant la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant	132
Chapitre 1	
Les modalités d'appréciation des faits permettant de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant	134
Section 1. Les types de pouvoir judiciaire permettant la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	135
§1. Les modes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme.....	135
A- Une interprétation dite cohérente dans la jurisprudence européenne dans le domaine des déplacements illicites d'enfants	136
B- Une nouvelle interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le domaine des déplacements illicites d'enfants.....	139
1-Recul de l'interprétation cohérente	140
2- Une évolution de l'interprétation mise en œuvre.....	142
§2. Une caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant sous contrôle dans les jurisprudences nationales	146
A- Le contrôle de droit	146
B- La délicate délimitation du contrôle de droit et de l'appréciation souveraine des faits	151
Section 2. Les modes d'appréciation des faits qui permettent de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant.....	155
§1. La dualité des modes d'appréciation des faits qui permettent de caractériser l'intérêt supérieur de l'enfant.....	155
A- La difficile dissociation des modes d'appréciation dans la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant	155
B- La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et les insuffisances du mode d'appréciation abstrait	159
1- Nécessité d'une analyse concrète.....	159
2- Les insuffisances d'une appréciation abstraite.....	162
§2. L'articulation des deux modes d'appréciation dans la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	166
Chapitre 2	
Les outils d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	170
Section 1. L'audition de l'enfant, outil premier d'appréciation	172
§1. Le droit de parole de l'enfant	172
A- L'enfant, sujet de droits	174
1- La réception large du principe de l'audition de l'enfant dans les législations européennes	175
2- Une audition qui ne peut en principe être refusée.....	177

B- L'enfant, défenseur de son propre intérêt.....	180
1- L'encadrement juridique de l'audition.....	180
2- Le discernement de l'enfant.....	182
§2. L'utilisation judiciaire de l'audition de l'enfant	186
A- Un instrument d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant	186
B- La primauté de cet instrument sur d'autres principes.....	190
Section 2. Les autres outils d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant	193
§1. Un instrument de pacification	193
A- La présence de la médiation familiale dans les législations européennes.....	194
B- Un instrument au service de l'intérêt supérieur de l'enfant	196
§2. Les outils d'investigations.....	201
A- L'enquête sociale	202
B- L'expertise médico-psychologique	204
Conclusion du titre 2	206
Deuxième Partie	
L'impact de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'échelle européenne.....	209
Titre 1	
Un guide législatif	212
Chapitre 1	213
L'évolution du droit dominée par la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	213
Section 1. L'encadrement de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par le législateur	215
§1. L'encadrement de l'utilisation législative de l'intérêt supérieur de l'enfant par les droits de l'enfant.....	215
A- Intérêt supérieur de l'enfant et droits de l'enfant.....	215
B- Les interférences entre l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant	219
1- L'influence de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les droits de l'enfant.....	222
2- L'influence des droits de l'enfant sur l'intérêt supérieur de l'enfant.....	224
§2. Les organes de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant	225
A- Les organes de contrôle à l'échelle européenne.....	226
B- Les organes de contrôle à l'échelle internationale	228
Section 2. La législation guidée par la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant	232
§1. La place de l'intérêt supérieur de l'enfant comme guide législatif	232
A- Intérêt supérieur de l'enfant et autres fondements.....	233
1- Les fondements de l'évolution du droit dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale.....	233
2- Coparentalité et impact de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	239
B- L'influence de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les dispositions législatives relatives à l'attribution de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.....	243
1- L'exercice conjoint de l'autorité parentale subordonné au consentement de la mère en l'absence de mariage avec le père de l'enfant	243
2- L'exercice conjoint de l'autorité parentale sous veto de la mère et l'intérêt supérieur de l'enfant.....	249
§2. Des législations concordantes en matière de châtiments corporels.....	254
A- Définition des châtiments corporels.....	255
B- Sanction des châtiments corporels	261
Chapitre 2	
La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant freinée par l'interférence des droits d'autrui	264

Section 1. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'épreuve des droits des père et mère	265
§1. Analyses des textes et des pratiques	265
§2. Perspectives d'évolution	271
Section 2. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'épreuve des revendications des tiers.	276
§1. Le tiers, parent ajouté.	276
A- Les règles générales applicables	276
B- Réflexions autour d'un statut du beau-parent	278
1- Analyses	279
2- Les perspectives en droit français	283
§ 2. Le tiers substitut du parent	285
Conclusion du titre 1	292
Titre 2	
Un guide décisionnel	295
Chapitre 1	
La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les jurisprudences européennes	297
Section 1. La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juridictions internes	298
§1. Les premières manifestations de l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention de New York dans la jurisprudence française	299
A- Les hésitations jurisprudentielles	299
B- Les débuts d'un contrôle de conventionnalité.	306
1- L'exercice d'un contrôle de conventionnalité.....	307
2- L'émergence d'une notion de droit.....	308
§2. La réception du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant indépendamment de l'applicabilité de l'article 3-1 de la Convention de New York	309
A- La recherche des éléments de caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant... ..	310
B- Une appréciation des faits à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant	313
Section 2. La réception de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juridictions européennes	318
§1. L'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	318
§2. L'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.	322
Chapitre 2	
La réception de la supériorité de l'intérêt de l'enfant	325
Section 1. Le caractère supérieur de l'intérêt de l'enfant.....	327
§1. Précisions quant au sens du terme « supérieur ».	327
§2. Perspectives quant aux fonctions du terme « supérieur ».	330
§3. La balance des intérêts en présence.....	332
A- Les intérêts en présence dans les litiges relatifs à l'exercice de l'autorité parentale	333
B- La balance des intérêts mise à jour.....	334
Section 2. Les manifestations de la supériorité de l'intérêt de l'enfant	339
§1. La supériorité en la forme	339
1- La place de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention de New York... ..	339
2- Démonstration de l'existence d'une hiérarchie par le choix des mots.....	340
§2. La supériorité au fond	344

1- La supériorité du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur la liberté de circulation des marchandises.....	344
2- La supériorité du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur la liberté d'entreprendre	345
Section 3. L'émergence d'un ordre public européen protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant	348
§1. Définition et fondements de l'ordre public protecteur européen de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	348
§2. Les limites apportées à l'ordre public européen de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant	352
Conclusion du titre 2	356
Conclusion générale	358
INDEX	365
BIBLIOGRAPHIE GENERALE	369

L'intérêt supérieur de l'enfant est un principe international proclamé à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. L'exercice de l'autorité parentale est dominé par la prise en compte de ce principe.

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant présente une unité à l'échelle européenne. Contribuent à la préciser des éléments de contenu éclairés par la mise en évidence d'une grille de lecture dégagée à partir de l'analyse de la jurisprudence interne et européenne. En outre, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme fondent l'émergence d'éléments de caractérisation permanents mais non cumulatifs et parfois s'excluant : le maintien de relations personnelles entre l'enfant et ses père et mère d'une part ; un environnement sain autour de l'enfant, d'autre part. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant révèle son autonomie par l'existence de moyens d'appréciation, modalités et modes propres. Cette autonomie se trouve étroitement liée à l'impact qu'offre à la notion sa réception dans les différentes législations européennes. Cette large consécration se trouve confortée par le développement d'un contrôle de conventionnalité révélateur de la véritable nature de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue désormais une notion clef dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale. Il fonde un nouvel ordre public protecteur de l'enfant à l'échelle européenne. Sa primauté s'impose corrélativement de plus en plus nettement. Surgissent toutefois des conflits entre cet intérêt supérieur et d'autres intérêts ou principes concurrents. *In fine*, l'unité et l'autonomie de l'intérêt *supérieur* de l'enfant, désormais notion de droit, devraient asseoir une effective protection de l'enfant en Europe.

The child's highest interest in the exercise of parental authority. Study of European comparative law

The child's highest interest is an international principle that has been announced in the 3-1 article of the International Bureau for Children's Rights. This principle dominates the exercise of the parental authority.

The notion of the child's highest interest is seen as a unit at the European scale. It can be clarified thanks to a key to read that has been highlighted from the French and European jurisprudence and which contains some content elements. Besides the appearance of characterization's elements is based on the Human Rights European Court's judgements. Those elements are permanent, non-cumulative and sometimes they can become mutually exclusive such as the maintenance of individual relations between the child and his parents or a healthy environment around the child. The notion of the child's highest interest is autonomous by judgment resources, modes and own methods. This autonomy is slightly linked to the notion's impact in the different European legislations. This large recognition is strengthened by the increase of a conventionality review that reveals the real nature of the child's highest interest. The child's highest interest is from now on part of a key notion in the area of the parental authority's exercise. It creates a new public order that protects the child at the European scale. Its primacy establishes itself more and more clearly. However, some conflicts between the highest interest and other concerted interests and principles suddenly appear. Ultimately, the unit and autonomy of the child's highest interest, which is from now on a law notion, should base an effective protection of the child in Europe.

Droit privé

Mots clefs : Intérêt de l'enfant-Autorité parentale-Droit comparé. Child's highest interest Parental authority-Comparative law

CEJESCO - EA 4693

Université de Reims Champagne-Ardenne – 57 rue Pierre Taittinger – 51100 REIMS