Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur ». Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français

Gilles Lebreton

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/7717>

DOI : 10.4000/crdf.7717

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 janvier 2003

Pagination : 77-86

ISBN : 2-84133-205-5

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Gilles Lebreton, « Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur ». Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 2 | 2003, mis en ligne le 18 décembre 2020, consulté le 14 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/7717> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.7717>

Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur ». Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français

Gilles LEBRETON

Professeur de droit public
Faculté des Affaires internationales du Havre

I. Le flou conceptuel de la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant »

- A. De l'« intérêt » à l'« intérêt supérieur » de l'enfant
- B. Fonction libératrice contre fonction protectrice

II. L'incohérence des manifestations juridiques de l'« intérêt supérieur de l'enfant »

- A. De l'intérêt supérieur à l'intérêt égal de l'enfant
- B. De l'intérêt supérieur à l'intérêt inférieur de l'enfant

La famille est officiellement présentée comme l'« un des piliers » des sociétés occidentales¹. Il s'agit pourtant d'un pilier bien fragile, dont les assises ont été profondément ébranlées par l'évolution des mœurs. Face à ce constat, difficilement niable, la France a réagi en adaptant son droit aux nouvelles aspirations des citoyens. Elle a donc entrepris de « rénover le droit de la famille »². Mais elle semble peiner dans la tâche qu'elle s'est fixée de reconstruire celui-ci sur des « repères stables », paraissant plutôt, bien qu'elle s'en défende, céder à la tentation d'« une épuisante fuite en avant des normes tachant de coller aux pratiques »³. La loi du 15 novembre 1999, relative au PACS,

en est l'illustration la plus évidente. Le spectaculaire développement, depuis une dizaine d'années, des « droits de l'enfant » en est un autre symptôme.

Comme le suggère fort justement M. Hauser, leur promotion est la conséquence de la conception ultra-individualiste qui inspire la théorie de l'État de droit et la doctrine dite des « droits fondamentaux de la personne humaine »⁴ : « les droits de l'enfant se construisent sur la ruine des collectivités : de la famille au couple et du couple à l'enfant, seule unité sauvée du naufrage »⁵. Dans le prolongement de cette analyse, nous voudrions montrer que la consécration juridique de la notion d'« intérêt

1. Lettre de mission du 15 juillet 1998 de M^{me} É. Guigou, ministre de la Justice, dans le rapport de F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille*, Paris, La documentation française, 1999, p. 3.

2. Titre du rapport précité.

3. F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille*, p. 12.

4. Sur cette analyse, cf. J. Bouveresse, « Droits fondamentaux, État de droit : l'héritage dilapidé de 1789 », in *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000*, G. Lebreton (dir.), Paris, L'Harmattan, 2002, p. 7.

5. J. Hauser, cité par S. Grataloup, *L'Enfant et sa Famille dans les normes européennes*, Paris, LGDJ, 1998, p. 542.

supérieur » de l'enfant est l'ultime avatar de cette dérive individualiste du droit civil français, encouragée il est vrai par le droit international et européen⁶.

Pour s'en convaincre, il est nécessaire de retracer brièvement les grandes étapes de l'histoire du droit français de la famille depuis 1804, sous l'angle particulier du droit de l'enfance. Ces étapes sont à notre avis au nombre de trois : elles marquent respectivement le règne de l'État libéral, de l'État républicain, et de l'État de droit.

La première étape s'étend approximativement de 1804 à 1882, du Code civil napoléonien à l'instauration de l'instruction obligatoire. C'est l'époque de l'État libéral qui entend s'appuyer sur une société d'hommes responsables. On s'en remet donc à la sagesse du « bon père de famille », jugé apte sinon à protéger son épouse (le divorce est interdit), du moins à élever ses enfants comme il l'entend. Le « laisser-faire », prégnant dans la sphère économique, tient lieu de politique de l'enfance. Paradoxalement, ce parti pris libéral s'exprime par la restauration de la « puissance paternelle » de l'Ancien Régime, que la Révolution avait abolie. Benjamin Constant légitime malgré tout l'opération, estimant que « la société doit respecter les droits... des pères sur leurs enfants »⁷. Il est évidemment inutile de dire que dans une telle conception, la notion d'« intérêt de l'enfant » n'a aucun sens : elle n'existe pas.

Elle apparaît en revanche lors de la deuxième étape, qui s'étend approximativement de 1882 à 1989, de l'instauration de l'instruction obligatoire à l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant. C'est l'époque de l'État républicain, c'est-à-dire d'un État qui cherche à mettre en œuvre les trois grands principes de l'idéal républicain, dont l'origine remonte à la Convention : l'égalité devant la loi, qui permet à chaque citoyen de s'arracher à ses particularismes et d'être traité sans autre distinction que celle de ses vertus et de ses talents ; le triomphe de la volonté générale, qui résulte de la capacité de chaque citoyen à dépasser ses propres intérêts particuliers pour contribuer à découvrir un intérêt général transcendant ; et la souveraineté de l'État, sans laquelle la nation perdrait la liberté d'assurer le respect des deux premiers principes⁸. Parce qu'il veut réaliser cet idéal, l'État intervient progressivement dans la sphère familiale. Le « laisser-faire » n'est plus de mise, quand il s'agit de faire accéder les enfants de toutes conditions à la conscience de leur citoyenneté. Les grandes étapes de cette intervention sont bien connues : après l'instaura-

tion de l'instruction obligatoire en 1882, une loi de 1889 permet de prononcer la déchéance de la puissance paternelle des « père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse, par de mauvais traitements, compromettent soit la sécurité, soit la santé, soit la moralité de leurs enfants » ; puis l'ordonnance du 2 février 1945 modernise le droit pénal de l'enfance, dans une perspective de rééducation plus que de répression des mineurs délinquants, en créant en particulier le juge des enfants ; enfin l'ordonnance du 23 décembre 1958 réalise la mise sous tutelle étatique des enfants en danger en transformant le juge des enfants en un « substitut parental »⁹ chargé, avec l'aide de travailleurs sociaux, de suppléer les parents défaillants. Cette évolution est révélatrice de la prise en compte progressive, par le droit français, d'un « intérêt de l'enfant » distinct de l'intérêt de ses parents. La Cour de Paris n'hésite d'ailleurs pas à affirmer, dans un arrêt du 30 avril 1959, que « l'ensemble des droits reconnus aux parents... leur sont conférés par la loi non dans leur intérêt personnel, mais dans l'intérêt de l'enfant »¹⁰. À l'époque, toutefois, la dérive ultra-individualiste que nous dénonçons n'a pas encore triomphé. Dans la perspective républicaine qui refuse de dissocier les droits de l'homme de l'exercice de la citoyenneté, « l'intérêt de l'enfant » n'a donc pas pour seul but de protéger les droits de l'enfant : il vise aussi et surtout à servir l'intérêt de la société en permettant à l'État d'intervenir dans la sphère familiale pour favoriser l'accession des enfants à la prise de conscience de leur citoyenneté. Ce qui sous-tend cette notion d'« intérêt de l'enfant » est donc une logique de droit public et non de droit privé. C'est ce que ne comprend pas le philosophe Dominique Youf qui, dans son remarquable ouvrage intitulé *Penser les droits de l'enfant*, reproche à l'État français de s'être montré « paternaliste »¹¹.

La troisième et dernière étape de l'histoire du droit français de la famille comble les souhaits de cet auteur. Symboliquement née le 20 novembre 1989, date d'adoption par l'assemblée des Nations Unies de la Convention internationale des droits de l'enfant (signée ensuite à New York le 26 janvier 1990), elle marque l'avènement de l'ère de l'État de droit. Officiellement, l'État de droit se présente sous les habits séduisants d'un État respectueux des droits de l'homme, ou pour mieux dire d'un État soumis au droit. Mais de quel « droit », de quels « droits de l'homme » s'agit-il ? Non pas du droit républicain, expression de la volonté générale, mais du droit revendiqué par l'individu de vivre dans le seul « souci de soi »¹² ; non pas des « droits

6. S. Grataloup, *L'Enfant et sa Famille dans les normes européennes*, p. 543-545, remarque à cet égard l'apparition d'un « ordre familial européen », dans la construction duquel l'enfant joue le rôle d'un cheval de Troie : « c'est autour de l'enfant que se construit cet ordre familial », car « les relations familiales constituent le domaine le plus violemment ancré dans les traditions des États ».

7. B. Constant, *De la liberté chez les modernes*, Paris, Hachette, 1980, p. 571.

8. Sur l'idéal républicain, et sur sa prise en compte par le droit administratif français, cf. G. Lebreton, « L'idéal républicain contre l'État de droit ? », in *Regards critiques...*, p. 115.

9. D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, p. 37.

10. CA Paris, 30 avril 1959, *Dalloz*, 1960, p. 673, note J. Carbone. Cité par D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, p. 130.

11. D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, p. 33. Bien qu'il se réclame de la théorie de l'État de droit (ou peut-être à cause de cela), cet auteur se méfie de l'État et préfère s'en remettre à l'ONU et au Conseil de l'Europe. Il affirme par exemple, à propos de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 et de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, que « ces textes internationaux contiennent le plus souvent des principes fondamentaux sans lesquels il est... impossible de légiférer et de penser le droit » (p. 7).

12. Titre d'un ouvrage de Michel Foucault, publié en 1984, troisième tome de *l'Histoire de la sexualité*.

de l'homme » de 1789, indissociables des droits du citoyen, mais des « droits fondamentaux de la personne humaine », qui exacerbent ce qui sépare les individus au détriment de ce qui les unit¹³, au point de menacer l'existence même de l'État¹⁴, dans une dérive ultra-individualiste qui semble puiser ses racines dans la pensée anarchiste et antihumaniste de mai 1968¹⁵. Rapportée au droit de la famille, cette pensée ultra-individualiste a donné naissance au concept d'« intérêt supérieur de l'enfant », consacré avec éclat par la Convention précitée de 1989. Contrairement à l'« intérêt de l'enfant », qui cherchait comme on l'a vu l'intérêt de la société au-delà de l'intérêt du mineur, l'« intérêt supérieur de l'enfant » rejette l'intérêt général au second rang de ses préoccupations, loin derrière l'intérêt du mineur qui « doit être une considération primordiale », comme l'affirme sans ambiguïté l'article 3 de cette Convention. Le passage de l'« intérêt » à l'« intérêt supérieur » de l'enfant n'est donc pas innocent : il traduit la volonté de substituer à une logique de droit public, centrée sur l'intérêt général, une logique de droit privé, au service d'intérêts particuliers.

Bien évidemment, cette évolution ne s'est pas dessinée sans résistance, dans la mesure où l'idéal républicain est encore vivace. C'est ce qui explique que l'« intérêt supérieur de l'enfant » rencontre des difficultés persistantes tant à se clarifier conceptuellement (I), qu'à inspirer un ensemble cohérent de règles juridiques (II).

I. Le flou conceptuel de la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant »

Le flou conceptuel de la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant » s'exprime d'une part par l'hésitation du droit français à la consacrer expressément (A), d'autre part par la dualité de fonctions qui lui est assignée de façon contradictoire (B).

A. De l'« intérêt » à l'« intérêt supérieur » de l'enfant

En droit international, 1989 constitue une date charnière non seulement dans l'histoire du droit de l'enfance, mais aussi dans l'histoire du vocabulaire de celui-ci. La Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 consacre en effet expressément, dans six de ses articles, le rôle primordial joué par la notion d'« intérêt

supérieur » de l'enfant¹⁶. Or les Conventions antérieures ignoraient cette expression, à laquelle elles préféraient systématiquement la notion d'« intérêt » de l'enfant. C'est par exemple le cas : de la Convention internationale du 5 octobre 1961, concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs ; de la Convention européenne du 24 avril 1967, relative à l'adoption ; de la Convention européenne du 20 mai 1980, sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants ; et de la Convention internationale du 25 octobre 1980, relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Après 1989, au contraire, les Conventions utilisent la notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant à la place de celle d'« intérêt », à l'image de la Convention internationale du 29 mai 1993 sur la coopération en matière d'adoption, de la Convention européenne du 25 janvier 1996 sur l'exercice des droits des enfants, et de l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000. Le changement de vocabulaire est donc net et brutal. Il reflète la fascination sans partage qu'exerce désormais le modèle de l'État de droit, au détriment d'une pensée centrée sur l'intérêt général. La recommandation 1286 du 24 janvier 1996, dans laquelle l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe définit sa « stratégie européenne pour les enfants », le montre bien. Sans doute s'efforce-t-elle, dans son paragraphe 5, de rendre hommage à la conception républicaine française qui subordonne « l'intérêt de l'enfant » à l'intérêt général : « L'enfant est un citoyen de la société... de demain. La société... doit reconnaître les droits de la famille dans l'intérêt de l'enfant [...]. Le respect des droits de l'enfant et une plus grande égalité entre enfants et adultes... serviront la démocratie. » Mais c'est après avoir fermement rappelé, dès son paragraphe 1, l'attachement du Conseil de l'Europe au principe « les enfants d'abord ». Dès lors l'hommage est de pure forme et ne peut faire obstacle à l'invitation pressante, qui survient au paragraphe 7, à faire « de l'intérêt supérieur de l'enfant un principe directeur de toute action »¹⁷.

En droit français aussi, 1989 constitue une date charnière dans l'histoire du vocabulaire du droit de l'enfance. Antérieurement, les lois et décrets se référaient en effet quasiment toujours à la notion d'« intérêt de l'enfant » pour habilitier le juge à protéger les mineurs. La loi du 11 juillet 1975, relative au divorce, permettait par exemple au juge, dans l'article 232 du Code civil (demeuré inchangé depuis lors), de « refuser l'homologation (de la

13. Cf. A. Troianiello, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », in *Regards critiques...*, p. 25, particulièrement p. 37.

14. Comme l'avoue É. Picard, « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, n° spécial, 1999, p. 11, particulièrement p. 18 : « ce n'est pas l'État qui fonde les droits fondamentaux : ce sont les droits fondamentaux qui fondent l'État pour leur conservation, et qui lui confèrent tous ses pouvoirs en les mesurant à ce but. »

15. Pour une discussion sur cette filiation, cf. L. Ferry et A. Renaut, *La Pensée* 68, Paris, Gallimard (Folio), 1988, particulièrement p. 26-29, 58-59, et 96-100.

16. L'intérêt supérieur de l'enfant fonde « toutes les décisions qui concernent les enfants » (art. 3), la responsabilité des parents d'élever l'enfant (art. 18) et l'adoption (art. 21) ; et il justifie la séparation de l'enfant d'avec ses parents (art. 9), la dérogation au principe selon lequel tout enfant incarcéré doit être séparé des adultes (art. 37), et la dérogation au principe selon lequel les parents sont présents lors du procès pénal de l'enfant (art. 40). Par comparaison, la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par la Société des nations le 26 septembre 1924 ne contenait pas l'expression ; et la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'ONU le 20 novembre 1959 ne l'utilisait que deux fois.

17. Recommandation reproduite dans *Les Droits de l'enfant. Une perspective européenne*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1996, p. 9-12.

convention réglant les conséquences du divorce) et de ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux». On remarque au passage que l'intérêt des enfants est ici placé à égalité avec l'intérêt de chacun des deux époux, au-dessous de l'intérêt général, confié pour la circonstance au juge, et consistant en l'occurrence à rendre une justice distributive de type aristotélicien. De même, le décret du 22 juillet 1987, pris pour l'application de la loi du même jour relative à l'exercice de l'autorité parentale¹⁸, permettait au juge, dans l'article 1186 du nouveau Code de procédure civile, d'aviser un enfant de son droit d'être assisté d'un conseil «chaque fois que l'intérêt de celui-ci le requiert». La jurisprudence, en revanche, utilisait parfois l'expression «intérêt supérieur de l'enfant», mais cela était extrêmement rare. La Cour de cassation semble par exemple ne l'avoir employée que deux fois avant 1989. Dans son arrêt du 18 juin 1975, elle estime qu'en énonçant que «dans l'intérêt supérieur de l'enfant» il convenait de maintenir la garde d'un mineur à sa mère en laissant au père un droit de visite, la Cour d'appel «n'a pas porté atteinte au principe qui veut que toute décision relative à la garde soit, pour le plus grand avantage de l'enfant, toujours susceptible d'être modifiée»¹⁹. Et dans son arrêt du 10 mai 1977, elle considère que la Cour d'appel «n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation» en refusant un droit de visite aux oncle et tante d'une mineure, au motif «que l'intérêt supérieur de l'enfant est de continuer à s'épanouir dans son milieu actuel, sans être mêlée au conflit familial»²⁰. Le Conseil d'État, pour sa part, n'utilisait jamais l'expression.

Après 1989, au contraire, la jurisprudence française prend l'habitude de recourir à l'expression, mise à l'honneur par la Convention sur les droits de l'enfant. C'est particulièrement net en ce qui concerne la jurisprudence administrative, dans la mesure où contrairement à la Cour de cassation²¹, le Conseil d'État admet l'applicabilité directe de certaines stipulations de la Convention de 1989²². Or parmi ces stipulations directement applicables figure l'article 3-1, selon lequel «dans toutes les décisions qui concernent les enfants..., l'intérêt supérieur de

l'enfant doit être une considération primordiale»²³. Comme on pouvait s'y attendre, cette jurisprudence généreuse a engendré un contentieux abondant, les étrangers «victimes» d'arrêtés de reconduite à la frontière ayant pris l'habitude de les attaquer en invoquant (généralement en vain) l'intérêt supérieur de leurs enfants, sur le fondement de cet article 3-1²⁴. Même si elle est moins réceptive au charme de la Convention, la Cour de cassation mentionne elle aussi plus fréquemment que par le passé «l'intérêt supérieur de l'enfant», parfois d'ailleurs pour l'opposer (malheureusement de façon confuse) à «l'intérêt de l'enfant». Dans un arrêt du 7 février 1996, elle affirme par exemple que «pour rejeter une demande tendant à l'exercice en commun de l'autorité parentale..., les juges du fond doivent non seulement tenir compte de l'intérêt de l'enfant, mais également, pour une approche conforme aux exigences du droit positif au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, des intérêts de chacun des parents eu égard à ce que le principe de non-discrimination entre les sexes postule»²⁵.

Pourtant, la jurisprudence française manifeste une certaine réticence à substituer totalement «l'intérêt supérieur» à «l'intérêt» de l'enfant. Il est par exemple significatif de noter que pour justifier le refus de délivrer l'agrément nécessaire à l'adoption d'un enfant, opposé à un demandeur en raison de sa «relation homosexuelle stable», le Conseil d'État se réfère à «l'intérêt» de l'enfant²⁶ alors que la Cour européenne des droits de l'homme invoque son «intérêt supérieur»²⁷. La Cour de cassation change quant à elle très souvent l'«intérêt supérieur» de l'enfant, invoqué par les parties, en simple «intérêt»²⁸. Quant au Conseil constitutionnel, il a refusé de saisir l'occasion qui s'offrait à lui de mentionner «l'intérêt supérieur» de l'enfant. Il a en effet estimé que «l'attribution d'allocations familiales à toutes les familles... ne peut être regardée comme figurant au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République», car si «la législation républicaine... a réaffirmé, à partir des années 1930, le devoir de la collectivité... d'apporter, dans l'intérêt de l'enfant, un soutien matériel aux familles..., [elle] n'a jamais conféré un

18. Loi qui elle-même mentionne «l'intérêt des enfants» à trois reprises, respectivement dans les articles 287, 287-1 et 287-2 du Code civil (abrogés par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale).

19. Cass. civ. 2^e, 18 juin 1975, Yamani, arrêt n° 462.

20. Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1977, Ballesteros, arrêt n° 386.

21. Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1993, Le Jeune, *Dalloz*, 1993, p. 361, note J. Massip. La haute juridiction estime en effet que «cette convention... ne crée des obligations qu'à la charge des États parties».

22. CE 10 mars 1995, Demirpence, *Dalloz*, 1995, p. 617, note Y. Benhamou (art. 16 : protection de la vie familiale) ; *contra* : CE 6 octobre 2000, Assoc. Promouvoir, *Recueil Lebon*, p. 391 (art. 3-2 : droits à la protection et aux soins nécessaires à son bien-être ; et art. 5 : rôle des représentants légaux).

23. CE 22 septembre 1997, M^{lle} Cinar, *RFDA*, 1998, p. 562, concl. R. Abraham, *JCP*, 1998, n° 10 051, note A. Gouttenoire-Cornut, *RTDCiv.*, 1998, p. 76, obs. J. Hauser.

24. Cf. par exemple CE 14 mars 2001, M^{lle} Balde ; CE 21 juin 2002, M^{me} Begum.

25. Cass. civ. 2^e, 7 février 1996, M. T..., arrêt n° 99 ; cf. aussi Cass. civ. 1^{re}, 15 juillet 1993, M. Mohamed D., arrêt n° 1119.

26. CE 5 juin 2002, M^{lle} B., *AJDA*, 2002, p. 615, concl. P. Fombeur.

27. CEDH, 26 février 2002, Fretté c. France, *AJDA*, 2002, p. 401, commentaire I. Poirot-Mazères.

28. Cf. par exemple Cass. civ. 2^e, 10 mai 1995, M^{me} T., arrêt n° 674, à propos d'une décision d'exercice conjoint de l'autorité parentale, ainsi que sur les modalités du droit d'accueil reconnu au père : la demanderesse reprochait à la Cour d'appel de ne pas s'être exprimée «au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant» ; la Cour de cassation répond qu'elle refuse de «remettre en discussion... l'appréciation souveraine de la Cour d'appel... en ce qui concerne... l'intérêt de l'enfant».

caractère absolu au principe selon lequel cette aide devrait être universelle »²⁹.

Les textes sont encore plus accablants, et refusent quasi systématiquement d'abandonner « l'intérêt » de l'enfant au profit de son « intérêt supérieur ». La loi du 8 janvier 1993, relative aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, est particulièrement significative de ce refus. Bien qu'elle ait été forgée pour appliquer la Convention de 1989, elle mentionne en effet cinq fois « l'intérêt de l'enfant », et deux fois son synonyme « l'intérêt du mineur », mais pas une seule fois « l'intérêt supérieur de l'enfant ». De même, la loi du 30 décembre 1996, relative au maintien des liens entre frères et sœurs, fonde la possibilité de les séparer, dans l'article 371-5 du Code civil, sur leur « intérêt », alors que la Cour européenne des droits de l'homme exige pour sa part que ce soit dans leur « intérêt supérieur »³⁰. Enfin, la loi du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, mentionne à de nombreuses reprises « l'intérêt de l'enfant »³¹, mais pas une seule fois son « intérêt supérieur ». Quant aux décrets, ils procèdent de manière identique. C'est d'ailleurs en s'appuyant sur la lettre d'un décret du 1^{er} septembre 1998 que le Conseil d'État fonde sa jurisprudence précitée, relative à l'adoption par des homosexuels, sur « l'intérêt » de l'enfant plutôt que sur son « intérêt supérieur ».

Le constat est donc irrécusable : le droit français résiste à la pénétration du concept d'« intérêt supérieur » de l'enfant. Cette résistance n'est évidemment pas le fruit du hasard, car les affrontements sémantiques ne sont jamais dénués de signification. Elle s'explique par l'inquiétude suscitée par ce concept, qu'une philosophe a qualifié de « douteuse catégorie juridique » révélatrice d'une « crise de la filiation »³². La promotion de la notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant serait en effet révélatrice de l'existence de ce qu'une sociologue appelle « l'idéologie des droits de l'enfant », laquelle, « en valorisant l'enfant contre l'adulte..., traduit à sa manière une profonde culpabilité parentale, et plus généralement adulte »³³. Plus profondément, nous pensons que la sacralisation de l'enfant n'est qu'une manifestation parmi d'autres de la sacralisation de l'individu, qui forme le cœur de l'ultra-individualisme dont s'inspire l'État de droit. D'inspiration jusnaturaliste – le mot « supérieur » renvoie à la transcendance du droit natu-

rel –, cette idéologie peine à prendre en compte l'intérêt général et plus généralement les exigences de la vie sociale, dont le positivisme, particulièrement dans sa version sociologique³⁴, s'accommode mieux. C'est pourquoi elle ne pouvait que susciter la résistance de la France, dont la tradition républicaine ne reconnaît de « supériorité », par-delà le jusnaturalisme de façade de la Déclaration de 1789, qu'à la volonté générale.

Cette résistance trouve d'ailleurs une raison supplémentaire de se perpétuer dans la dualité de fonctions qui est assignée, de façon contradictoire, à la notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant.

B. Fonction libératrice contre fonction protectrice

Comme le remarque M^{me} Éléonore Lacroix, les rédacteurs de la Convention de 1989 n'ont pas « su choisir entre une volonté de protection qui tienne compte de la fragilité effective de l'enfant et un désir de le respecter »³⁵. Ils ont en effet tenté de faire de l'enfant à la fois un objet de protection et un sujet de droit³⁶. Du coup, le concept d'« intérêt supérieur » de l'enfant, qui préside à cette entreprise, en sort singulièrement brouillé.

Fondamentalement, ce concept a été forgé pour donner aux enfants des « droits », et pour contraindre les familles et les États à les « respecter », comme l'affirme clairement l'article 2 de la Convention de 1989. Sa fonction libératrice est donc prééminente. C'est ce qui explique que les articles les plus novateurs, et par conséquent les plus célèbres, de la Convention soient les articles 12 à 15 ; ce sont ceux qui expriment le mieux cette fonction libératrice en donnant à l'enfant de véritables droits subjectifs : « droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant » (art. 12-1) ; « droit à la liberté d'expression » (art. 13) ; « droit... à la liberté de pensée, de conscience et de religion » (art. 14) ; et « droit... à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique » (art. 15). Les enfants sont ici traités comme des adultes, puisqu'ils se voient reconnaître les mêmes droits qu'eux. Pour reprendre la spirituelle expression de M. Hauser, ils sont traités en « petits hommes » plus qu'en « petits d'hommes »³⁷. Comme le remarque M^{me} Meulders-Klein, c'est en vertu d'un « postulat idéaliste et individualiste... [que] l'enfant est ici présumé

29. CC 97-393 DC, 18 décembre 1997, « Allocations familiales », *AJDA*, 1998, p. 127, note J.-E. Schoettl. Cf. aussi J. Meunier, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *L'Évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1997 et 1998*, G. Lebreton (dir.), Paris, L'Harmattan, 2000, p. 13, qui estime qu'on est ici « en présence d'une sorte de PFRLR virtuel », après avoir souligné l'importance de la référence à « l'intérêt de l'enfant ».

30. CEDH, 26 février 2002, Kutzner c. Allemagne, § 76 et 77.

31. Dans les articles 371-1, 371-4, 373-2, 373-2-1, 373-2-6, 373-2-7, et 373-3 du Code civil.

32. É. Lacroix, *Les Droits de l'enfant*, Paris, Ellipses, 2001, p. 32.

33. I. Théry, « Les droits de l'enfant », in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, M. Canto-Sperber (dir.), Paris, PUF, 1996.

34. Sur le positivisme sociologique, cf. notre manuel *Libertés publiques et Droits de l'Homme*, 5^e éd., Paris, Armand Colin, 2001, p. 26-28, et notre leçon d'agrégation « Y a-t-il un progrès du droit ? », *Dalloz*, 1991, C, p. 99.

35. É. Lacroix, *Les Droits de l'enfant*, p. 32. Cet auteur rappelle à cet égard, p. 25-29, la controverse qui avait opposé en 1990 A. Finkelkraut à O. Mongin, le premier reprochant à la Convention d'être infantilisante, le second lui reprochant au contraire de traiter les enfants en adultes responsables.

36. Opposition qu'I. Théry juge « stérile », et qu'elle propose de dépasser grâce à l'idée selon laquelle la Convention aurait érigé l'enfant en « sujet de protection » : cf. son rapport *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 162.

37. J. Hauser, « Des petits hommes ou des petits d'hommes ? », in *L'Enfant et les Conventions internationales*, J. Rubellin-Devichi et R. Franck (dir.), Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1996, p. 471.

identique à l'adulte dont le libre arbitre serait déjà formé » ; or ce postulat oublie « que ce libre arbitre ne peut s'acquérir que par l'apprentissage long et patient de l'équilibre à trouver entre ses propres pulsions... et les contraintes extérieures de son groupe social, afin d'en extraire sa propre liberté »³⁸. La fonction libératrice de la notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant est en somme, quelles que soient les critiques qu'elle puisse encourir, la conséquence logique de la pensée ultra-individualiste qui l'inspire. Conséquence tellement logique, tellement évidente, que la notion n'a pas besoin d'apparaître explicitement dans les articles 12 à 15 pour la justifier³⁹.

La logique a toutefois des limites, car la réalité est têtue. Même les auteurs les plus attachés à la théorie de l'État de droit, comme M. Dominique Youf, conviennent que « l'homme ne naît pas responsable et autonome, il le devient par l'éducation »⁴⁰. « L'homme » dans ses dix-huit premières années, autrement dit l'enfant au sens de la Convention, a donc besoin, à côté de ses droits subjectifs, d'une protection spécifique. Aussi la Convention s'est-elle employée à garantir celle-ci. Mais ses rédacteurs n'ont pu s'y résoudre qu'avec précaution, car l'individualisme qui les inspire les pousse à se méfier des autorités chargées d'exercer cette protection, c'est-à-dire des parents et surtout de l'État, si promptement soupçonné par M. Youf de verser dans le « paternalisme ». C'est là qu'intervient, dans un étrange renversement de perspectives, la seconde fonction de « l'intérêt supérieur » de l'enfant : sa fonction protectrice. Fonction dérogatoire par rapport à sa fonction principale (qui s'analyse, on l'a vu, comme une fonction libératrice), elle permet d'invoquer « l'intérêt supérieur » de l'enfant pour encadrer, donc pour légitimer, les atteintes portées par les parents ou par l'État à l'autonomie de l'enfant. Dans cette mission délicate, et en quelque sorte contre nature compte tenu de l'individualisme qui inspire la notion, « l'intérêt supérieur » de l'enfant est cette fois utilisé expressément. Il n'apparaît d'ailleurs explicitement, dans la Convention, que dans le cadre de cette fonction dérogatoire, et jamais dans le cadre de sa fonction principale. C'est en effet dans un souci de protection que « l'intérêt supérieur » de l'enfant fonde « toutes les décisions qui concernent les enfants » (art. 3), la responsabilité des parents d'élever l'enfant (art. 18), et l'adoption (art. 21), et qu'il justifie la séparation de l'enfant d'avec ses parents (art. 9), la dérogation au principe selon lequel tout enfant incarcéré doit être séparé des adultes (art. 37), et la dérogation au principe selon lequel les parents sont présents lors du procès pénal de l'enfant (art. 40).

On comprend donc mieux, à la lecture de ce constat, pourquoi un pays de tradition républicaine comme la France résiste à la pénétration de la notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant : c'est parce que cette notion, prise dans sa spirale ultra-individualiste, prétend ériger l'enfant en sujet de droit tout en légitimant sa transformation en objet de protection, et finit par justifier tout et son contraire.

Mais en dehors de son flou conceptuel, « l'intérêt supérieur » de l'enfant présente une autre faiblesse, qui justifie elle aussi cette résistance : il ne parvient pas à inspirer un ensemble cohérent de règles juridiques...

II. L'incohérence des manifestations juridiques de l'« intérêt supérieur de l'enfant »

L'étude du droit positif révèle que l'« intérêt supérieur de l'enfant » n'est qu'un slogan sans consistance juridique. Il s'avère en effet incapable d'assurer une quelconque « supériorité » de l'intérêt de l'enfant. Il est au contraire obligé de composer avec d'autres intérêts (A), quand il n'est pas purement et simplement obligé de s'incliner devant eux (B).

A. De l'intérêt supérieur à l'intérêt égal de l'enfant

Comme l'avoue M^{me} Dekeuwer-Défossez, pourtant favorable à la promotion des droits de l'enfant, la portée de « l'intérêt supérieur » de l'enfant a été surévaluée : « On s'est demandé, dans un premier temps, si le terme « supérieur » impliquait que cet intérêt soit jugé toujours préférable à ceux des adultes, mais une telle position n'était guère tenable, les intérêts des adultes devant également être reconnus et protégés »⁴¹. Contrairement à ce que suggérerait son effet d'annonce, la Convention de 1989 n'a donc pas bouleversé le droit français de l'enfance. Il est faux de prétendre, comme le faisait un député en 1996, que parce qu'il est « supérieur », « l'intérêt de l'enfant est au-dessus de tout et guide toutes les démarches »⁴². Ce type d'affirmation participe d'une trompeuse « pédodémagogie »⁴³. En réalité, l'intérêt de l'enfant n'est pas placé par le droit français en position de supériorité par rapport aux autres intérêts légitimes, dont notamment ceux des parents, mais se voit contraint de trouver un « juste équilibre »⁴⁴ avec eux.

38. M.-T. Meulders-Klein, « Les droits de l'enfant. À la recherche d'un équilibre entre parents et enfants », *ibid.*, p. 133.

39. De même que l'existence d'un « droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur », qui inspire le titre du présent travail, est tellement évidente qu'elle n'est pas consacrée expressément.

40. D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, p. 95.

41. F. Dekeuwer-Défossez, *Les Droits de l'enfant*, 5^e éd., Paris, PUF (Que sais-je ?), 2001, p. 6 ; cf. aussi, du même auteur, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTDCiv.*, 1995, p. 249.

42. M. Jacquaint, *JOAN CR*, séance du 30 mai 1996, p. 3639.

43. Selon l'expression de C. Chabert, *L'Intérêt de l'enfant et les Conflits de lois*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 78.

44. Là encore selon l'expression de C. Chabert, *ibid.*

« Équilibre ». Ce mot définit mieux l'esprit du droit français de la famille que la référence à une prétendue « supériorité » des droits de l'enfant⁴⁵. Et il le définit depuis longtemps, puisque le Conseil d'État estime que la dualité du système français de protection de l'enfance, faisant coexister des services sociaux départementaux spécialisés avec les juges des enfants créés par les ordonnances de 1945 et 1958, est « adaptée à la recherche d'un équilibre entre la liberté des familles... et le souci de la protection des mineurs »⁴⁶. Sans doute les défenseurs de la Convention de 1989 seront-ils tentés de se rassurer en prétendant qu'à défaut d'avoir rompu l'équilibre, « l'intérêt supérieur » de l'enfant l'a influencé en le forçant à prendre en compte l'existence de droits subjectifs de l'enfant⁴⁷. Mais cette assertion n'est même pas vraie, car la reconnaissance de tels droits subjectifs est antérieure à la Convention. M^{me} Dekeuwer-Défossez, qui est l'une des meilleures spécialistes du droit français de la famille, la fait en effet remonter à 1987 : « En droit positif français, l'adoption de la nouvelle perspective des droits de l'enfant date de la loi du 22 juillet 1987 relative à l'autorité parentale qui, pour la première fois, a réparti cette autorité entre les parents séparés en se fondant sur deux droits de l'enfant : le droit de l'enfant à conserver des liens avec ses deux parents, et le droit de l'enfant à s'exprimer »⁴⁸. Or cette loi du 22 juillet 1987 n'invoque à aucun moment, on l'a vu, « l'intérêt supérieur » de l'enfant. C'est donc bien la preuve que la reconnaissance des droits subjectifs de l'enfant ne doit rien à cette notion.

Du coup, rien n'a changé, à cet égard, après la Convention de 1989. Si l'équilibre a continué d'évoluer (comme tout équilibre), il l'a fait indépendamment de la notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant. L'exemple de l'émergence de ce qu'il est convenu d'appeler le droit de l'enfant « à la parole » le montre bien⁴⁹. À l'invitation de l'article 12 de la Convention et dans le prolongement du « droit de l'enfant à s'exprimer » déjà dégagé par la loi du 22 juillet 1987, la loi du 8 janvier 1993 donne à tout « mineur capable de discernement », dans l'article 388-1 du Code civil, le droit d'« être entendu par le juge [...] dans toute procédure le concernant », sa demande d'audition ne pouvant être refusée « que par une décision spé-

cialement motivée » de celui-ci. Mais c'est sur « l'intérêt du mineur » qu'elle fonde expressément ce nouveau droit, et non sur son intérêt supérieur. L'idée d'équilibre entre intérêts opposés et égaux l'emporte donc sur l'idée de supériorité, comme le prouve d'ailleurs l'article 388-2, issu de la même loi, qui précise que « lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge... lui désigne un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter ». Il est significatif, à cet égard, qu'on ait finalement renoncé à admettre, comme on y avait songé un moment, que l'enfant puisse exercer un droit de veto contre certaines décisions le concernant⁵⁰, ce qui aurait rompu la logique de l'équilibre au profit de la logique de la supériorité de l'intérêt de l'enfant.

C'est également parce qu'elle est inspirée par une logique d'équilibre entre les intérêts de l'enfant et de sa mère (sans oublier la paix des familles) que la loi du 22 janvier 2002 se borne, au vif mécontentement des partisans de « l'intérêt supérieur » de l'enfant⁵¹, à encourager les femmes qui accouchent sous X à lever ultérieurement leur anonymat, sans les y contraindre. Quant à la loi du 4 mars 2002, elle définit l'autorité parentale, dans l'article 371-1 du Code civil, comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant », pour en déduire aussitôt que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité » ; ce que le rapport Dekeuwer-Défossez, qui est à l'origine de cette « association », justifie par le souci « de rechercher une meilleure harmonie entre les droits de l'enfant et les règles consacrées à sa protection »⁵².

La jurisprudence aussi se rallie à cette logique d'équilibre, même lorsqu'elle se réfère expressément à « l'intérêt supérieur » de l'enfant, lequel est alors invoqué comme une pure formule rituelle. Dans son arrêt précité du 7 février 1996, relatif à une demande d'exercice en commun de l'autorité parentale, la Cour de cassation semble par exemple curieusement estimer que « l'intérêt supérieur de l'enfant » est le résultat d'une mise en balance entre « l'intérêt de l'enfant » et les « intérêts de chacun des parents ». Chose encore plus étonnante, la Cour européenne des droits de l'homme n'agit pas autrement. Dans une décision du 12 juillet 2001, elle affirme

45. Selon D. Youf, il en va autrement en Allemagne où « les droits parentaux se déduisent des droits de l'enfant » (*Penser les droits de l'enfant*, p. 51).

46. Conseil d'État, *Statut et Protection de l'enfant*, Paris, La documentation française, 1991, p. 37. On notera au passage que le « Défenseur des enfants », nouvelle autorité administrative indépendante créée par la loi du 6 mars 2000, collabore avec ces deux autorités sans se substituer à elles.

47. Comme le fait É. Lacroix, *Les Droits de l'enfant*, p. 78. Non sans contradiction d'ailleurs, car cet auteur a critiqué auparavant tant la Convention que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant (p. 32).

48. F. Dekeuwer-Défossez, *Les Droits de l'enfant*, p. 7.

49. Cf. E. Mattei, « La parole et les nouveaux droits de l'enfant en justice », in *L'Enfant et les Conventions internationales*, p. 447 ; et, contenant d'intéressantes propositions pour améliorer ce droit à la parole, F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille*, p. 100-105.

50. Notamment contre la décision accordant un droit de visite à l'un des parents divorcés ou séparés, comme le rapporte S. Grataloup, *L'Enfant et sa Famille dans les normes européennes*, p. 401. Dans le même ordre d'idées, cf. aussi la tentative d'interprétation « supérioriste » de l'article 388-2, tendant à permettre à l'enfant, lorsqu'il est représenté par un administrateur *ad hoc*, d'agir dans des procédures qui lui sont normalement fermées ; tentative repoussée par Cass., ch. mixte, 9 février 2001, cité dans le rapport 2001 de la Cour de cassation, *Les Libertés*, Paris, La documentation française, 2002, p. 344-345.

51. Notamment de D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, p. 67 et 80.

52. F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille*, p. 99. Les auteurs du rapport jugent cette « association » préférable à l'instauration d'une « pré-majorité » qui permettrait au jeune de plus de 16 ans de décider lui-même de tout ce qui le concerne, les parents ne conservant qu'un simple droit d'opposition sous le contrôle du juge aux affaires familiales. On reconnaît dans ce projet de pré-majorité une nouvelle tentative avortée de substituer la logique de la supériorité de l'intérêt de l'enfant à la logique de l'équilibre.

par exemple, à propos d'une décision de placer un enfant en danger dans un foyer et de restreindre le droit de visite des parents, que « l'intérêt supérieur de l'enfant » doit être pris en compte ; il en résulte selon elle que « lorsque des contacts avec les parents semblent menacer cet intérêt, il appartient aux autorités nationales de ménager un juste équilibre entre les intérêts des enfants et ceux des parents »⁵³.

La notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant n'est donc pas opérationnelle. Elle n'accouche en droit positif, conformément à la tradition républicaine française, que d'un intérêt de l'enfant de valeur égale à celle d'autres intérêts légitimes, quand ce n'est pas inférieure...

B. De l'intérêt supérieur à l'intérêt inférieur de l'enfant

Bien que la Convention de 1989 fasse de « l'intérêt supérieur » de l'enfant, dans son article 3, une « considération primordiale », elle est obligée d'admettre que les droits qui en découlent peuvent faire l'objet de « restrictions », exigées par les États. Ces restrictions portent expressément sur le droit de l'enfant « de quitter tout pays » (art. 10), ainsi que sur ses droits à la liberté d'expression (art. 13), à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 14), à la liberté d'association et à la liberté de réunion (art. 15). Sur le modèle des « ingérences » prévues par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950, ces restrictions doivent être « prescrites par la loi » et doivent être « nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui »⁵⁴. Deux types de considérations l'emportent donc, en cas de « nécessité », sur l'intérêt supérieur de l'enfant : des considérations d'intérêt général d'une part, le respect des droits et libertés d'autrui d'autre part. L'intérêt de l'enfant, bien loin de leur être « supérieur », leur est par conséquent potentiellement inférieur.

L'infériorité de l'intérêt de l'enfant par rapport à l'intérêt général paraît normale d'un point de vue républicain. Or beaucoup d'États se réclament d'une philosophie proche de la pensée républicaine française. Comme ils sont seuls juges de la « nécessité » de mettre en œuvre les « restrictions » dictées par l'intérêt général, dans la mesure où la Convention de 1989 n'a créé pour contrôler sa propre application qu'un simple « Comité des droits

de l'enfant » sans pouvoir juridictionnel, ils ne se privent donc pas de l'invoquer⁵⁵.

L'infériorité de l'intérêt de l'enfant par rapport à l'intérêt général est d'ailleurs une constante imposée par les États, dont on peut vérifier la réalité dans bien d'autres domaines que celui des « restrictions » prévues par la Convention de 1989. Même lorsqu'il est appliqué par les juges nationaux, l'« intérêt supérieur » de l'enfant doit fréquemment passer sous les fourches caudines de l'intérêt général. Malgré sa déférence apparente envers l'article 3 de la Convention de 1989, le Conseil d'État n'hésite pas, par exemple, à valider l'arrêté de reconduite à la frontière d'une femme et de son enfant, alors même que celui-ci se trouve privé de ce fait du droit de voir son père resté régulièrement en France⁵⁶. Quant à la Cour de cassation, elle rétrograde, en matière d'adoption internationale, l'« intérêt supérieur » de l'enfant au rang d'un simple « intérêt conflictuel »⁵⁷ en faisant prévaloir sur lui la volonté des autorités de son État d'origine⁵⁸. Il est vrai que l'article 24 de la Convention du 29 mai 1993, relative à la coopération en matière d'adoption internationale, lui avait largement tendu la perche en stipulant que l'adoption peut être refusée par un État si elle « est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant » ; la relégation de cette dernière notion au rang d'élément à prendre en compte dans l'appréciation de l'ordre public était en effet révélatrice de la volonté des États signataires de continuer à privilégier les considérations d'intérêt général.

Ce parti pris de l'intérêt général n'est condamnable, répétons-le, que si on adhère à la conception ultra-individualiste qui inspire la théorie de l'État de droit. Il est au contraire respectable si on se réfère à l'idéal républicain qui s'efforce de situer les droits de l'homme dans la perspective de la citoyenneté. Mais bien entendu des dérives sont toujours possibles. Un certain nationalisme contentieux conduit ainsi parfois des juges à refuser d'appliquer des Conventions internationales, au nom d'un intérêt général si contestable qu'ils le camouflent derrière l'invocation de l'« intérêt supérieur » de l'enfant. Ainsi a-t-on pu fustiger à juste titre l'attitude de juges espagnols qui se sont opposés au rapatriement de mineurs étrangers, pourtant commandé par la Convention européenne du 20 mai 1980, au motif que leur « intérêt supérieur », au sens de l'article 3 de la Convention de 1989, était de rester en Espagne⁵⁹. Plus récemment, on peut se demander si la tendance au durcissement du droit

53. CEDH, 12 juillet 2001, K. et T. c. Finlande, § 194.

54. Formulation de l'article 10. Les articles 13 à 15 adoptent une formulation équivalente, mais seul l'article 15 fait référence au caractère nécessaire des restrictions « dans une société démocratique », ce qui n'est pas rassurant.

55. En ce sens, cf. H. Fulchiron, « Les conventions internationales. Présentation sommaire », in *L'Enfant et les Conventions internationales*, p. 19.

56. Cf. par exemple CE 14 mars 2001, M^{lle} Balde : « si... M^{lle} Balde fait valoir que le retour au Sénégal de son enfant porterait une atteinte intolérable au droit de celui-ci de voir son père..., ces circonstances n'affectent pas la légalité de l'arrêté attaqué. »

57. Cf. C. Chabert, *L'Intérêt de l'enfant et les Conflits de lois*, p. 120 : « l'intérêt conflictuel de l'enfant », notion ignorée du droit interne, désigne « l'intérêt de l'enfant à ne pas endurer un statut juridique boiteux », c'est-à-dire un statut d'adopté qui serait contesté par l'État d'origine de l'enfant.

58. Cf. par exemple Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, Proc. gén. près CA Versailles c. époux L, JCP, 1997, n° 22916, note T. Garé : casse l'arrêt qui a admis une adoption dans l'intérêt de l'enfant concerné, alors que la loi personnelle (marocaine) de celui-ci interdisait à son représentant légal de consentir à cette adoption. Cf. aussi art. 370-3 du Code civil (issu de la loi du 6 février 2001), qui n'admet l'adoption d'un enfant étranger contre sa loi personnelle que « si ce mineur est né et réside habituellement en France ».

59. H. Fulchiron, « Les conventions internationales... », p. 33.

pénal des mineurs, perceptible en France, n'est pas contraire tant à l'idéal républicain qu'à l'intérêt des enfants concernés⁶⁰.

Encore plus problématique est l'infériorité de l'intérêt de l'enfant par rapport aux « droits et libertés d'autrui ». Indépendamment des « restrictions » prévues en leur faveur par la Convention de 1989, le droit français a en effet pris l'habitude, depuis 1984, de sacrifier l'intérêt de l'enfant tantôt à l'intérêt de ses parents, tantôt à l'intérêt de ses victimes. Il a sacrifié l'intérêt de l'enfant à l'intérêt de ses parents en donnant l'impression d'accepter l'émergence d'un « droit à l'enfant » réduisant l'embryon au rang d'un objet, faute d'avoir su combattre efficacement « l'acharnement procréatif » de certains couples⁶¹. Cette hésitation à intervenir a finalement conduit la loi du 29 juillet 1994 à officialiser le fait accompli en prescrivant la destruction des embryons fécondés *in vitro*, au bout de cinq ans de congélation⁶². En effaçant les repères collectifs forgés par la philosophie des droits de l'homme et par l'État républicain, l'ultra-individualisme qui inspire la théorie de l'État de droit et son cortège démesuré de droits fondamentaux de la personne humaine, dont le droit à l'enfant a vocation à faire partie⁶³, a ainsi favorisé le sacrifice du faible au fort, le triomphe de l'intérêt des parents sur l'intérêt de leur enfant à naître.

Pour des raisons probablement identiques, le droit français de la responsabilité civile a suivi un parcours comparable en sacrifiant progressivement l'intérêt de l'enfant auteur d'un dommage à l'intérêt de ses victimes, même lorsqu'elles sont adultes. Cette dérive, d'autant plus remarquable qu'elle ne tient aucun compte de la Convention de 1989, s'est réalisée en deux étapes. En 1984, première étape, la Cour de cassation estime, dans son célèbre arrêt Fullenwarth, que la responsabilité des parents n'est plus seulement engagée, comme jusque-là, par une faute ou tout au moins par un acte objectivement illicite de leur enfant, mais par tout « acte cause directe du dommage » commis par celui-ci⁶⁴; cet arrêt est toutefois resté sans portée véritable⁶⁵ jusqu'en 2001, date à laquelle la haute juridiction se décide à en tirer les

conséquences logiques en admettant que n'importe quel acte de l'enfant, licite ou illicite, engage la responsabilité de ses parents dès lors qu'il est à l'origine directe du dommage⁶⁶. Dans l'intervalle, deuxième étape, la Cour de cassation a décidé, dans l'arrêt Bertrand de 1997, que les parents ne peuvent plus se dégager de la responsabilité qu'ils encourent en raison des actes de leurs enfants, qu'en prouvant la force majeure ou la faute de la victime; elle les assujettit ainsi à une responsabilité de plein droit alors qu'ils bénéficiaient jusque-là d'un système de présomption de faute⁶⁷. Cette évolution aboutit donc, de façon extrêmement sévère, à rendre les parents responsables de tout dommage dans la survenance duquel leur enfant est impliqué, même si ni eux ni lui n'ont commis la moindre faute ni le moindre acte objectivement illicite. Une telle objectivation de la responsabilité civile ne montre pas seulement « la vision singulièrement négative qu'a aujourd'hui de la famille la haute juridiction »⁶⁸. Elle encourt surtout le reproche de considérer l'enfant comme un objet dont toute implication purement physique entraîne, comme le véhicule de la loi du 4 juillet 1985, la responsabilité automatique de son gardien. Or l'intérêt de l'enfant n'était sûrement pas d'être ainsi réifié, ni d'exposer ses parents non assurés à la ruine. La conclusion s'impose : la jurisprudence *Fullenwarth-Bertrand* a délibérément sacrifié l'« intérêt supérieur » de l'enfant au souci d'indemniser ses victimes⁶⁹.

*
* *

L'« intérêt supérieur » de l'enfant est donc un mythe, aux attraits duquel le droit positif français, et particulièrement le Code civil, s'efforce de résister. Cette résistance s'explique fondamentalement par l'attachement des Français à l'idéal républicain, qui les incite à se méfier d'une notion dont ils perçoivent les soubassements idéologiques ultra-individualistes.

60. La loi du 1^{er} juillet 1996 institue des procédures rapides de répression, notamment la comparution du mineur devant le tribunal pour enfants dans un délai inférieur à trois mois, alors que la mise en place de mesures d'assistance éducative demande plus de temps (art. 8-2, ordonnance du 2 février 1945). La loi Perben du 9 septembre 2002 réduit à un mois le délai de comparution devant le tribunal pour enfants, instaure la possibilité de sanctions éducatives prononcées par celui-ci à l'encontre des mineurs de 10 à 13 ans, prévoit la création de centres éducatifs fermés, et aggrave les sanctions encourues par les mineurs en cas d'outrage à l'égard d'une personne travaillant dans un établissement scolaire.

61. Sur ces deux notions, cf. S. Gandreau, *Les Droits de l'être humain face aux enjeux de la biomédecine*, thèse de doctorat en droit public, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, 2002, 2 vol., p. 288 sq. et p. 310 sq.

62. Sauf si, hypothèse bien improbable mais qui donne bonne conscience, un couple accepte d'« accueillir » l'embryon.

63. Si on en croit Robert Badinter (cité par D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, p. 84-86), qui est justement l'un des théoriciens de l'État de droit les plus célèbres.

64. Cass. ass. plén., 8 mai 1984, *Fullenwarth*, *RTDCiv.*, 1984, p. 508, obs. J. Huet.

65. En ce sens, cf. M.-C. Lebreton, *L'Enfant et la Responsabilité civile*, Mont-Saint-Aignan, Publications des Universités de Rouen et du Havre, 1999 (thèse remaniée). Cet auteur parle de « fausse révolution » de l'arrêt Fullenwarth.

66. Cass. civ. 2^e, 10 mai 2001, *Dalloz*, 2001, p. 2856, note O. Tournafond. Cf. aussi M.-C. Lebreton, « La responsabilité parentale : l'abandon d'un système de responsabilité classique pour un système d'indemnisation », *RRJ*, 2002, p. 1269.

67. Cass. civ. 2^e, 19 février 1997, *Bertrand*, *JCP*, 1997, n° 22848, concl. R. Kessous.

68. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2000, t. II, p. 315.

69. M.-C. Lebreton, dans sa thèse et son article cités dans les notes 65 et 66, propose de remplacer cette jurisprudence par l'instauration d'un fonds de garantie qui indemniserait les victimes commises par des enfants, puis disposerait d'un recours contre les parents sur la base d'une présomption simple de faute de surveillance et d'éducation. Nous nous rallions à cette proposition, qui a le mérite de prendre en compte l'intérêt de l'enfant et de ses parents tout en respectant l'intérêt des victimes.

Mais parce qu'il est consacré par d'importantes Conventions internationales, le concept d'« intérêt supérieur » de l'enfant n'en reste pas moins menaçant. La tentation est forte de le laisser envahir le droit civil et le droit administratif français, comme le prouve la jurisprudence récente.

Il était donc important de révéler les vrais enjeux de cette lutte d'influence, afin que chacun puisse prendre conscience que pour qui se réclame de valeurs républicaines, aucun intérêt particulier ne saurait être « supérieur » par essence à d'autres intérêts particuliers, et encore moins à l'intérêt général.