

**Vingt ans d'application de la Convention des Nations unies relative  
aux droits de l'enfant**  
**Colloque de l'association Louis Chatin - 20 novembre 2009**

# L'application des dispositions de la Convention, tant au plan national qu'international

par Bertrand Louvel\*

*La Convention, élaborée pendant dix ans par un groupe de travail issu de la Commission des droits de l'homme des Nations unies, a été adoptée le 20 novembre 1989, par l'Assemblée générale des Nations unies et ratifiée, depuis lors, par 193 États, à l'exception des États-Unis et de la Somalie. Pour ce qui concerne la France, elle y est entrée en vigueur le 2 septembre 1990.*

Pendant longtemps, l'*infans*, étymologiquement celui qui ne parle pas, bénéficiait certes des droits subjectifs attachés à la protection de toute personne humaine, protection de sa vie et de ses biens contre les atteintes des tiers, mais non de droits lui permettant d'exprimer et d'épanouir positivement sa propre personnalité.

Depuis, sous l'influence de la philosophie des droits de l'homme, le concept même d'enfant, et sa place dans la société, ont profondément évolué.

Le mouvement de «*constitutionnalisation*» des droits de l'enfant, qui a déjà fait l'objet de développements particulièrement riches lors de notre colloque du 12 juin dernier<sup>(1)</sup>, a encouragé l'élaboration d'un droit substantiel et processuel des mineurs, notamment à travers la décision du Conseil constitutionnel du 29 août 2002<sup>(2)</sup> qui a consacré le principe de la spécialisation des procédures relatives aux mineurs délinquants.

Mais, les normes internationales jouent également un rôle fondamental dans la construction et le développement des droits de l'enfant. Parmi elles, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) constitue l'une des œuvres majeures des Nations unies, en matière de droits de l'homme.

La Convention reconnaît à chaque enfant des droits civils, économiques, sociaux et culturels et introduit des notions fondamentales, telles que : le droit à la vie<sup>(3)</sup>, le droit à l'identité<sup>(4)</sup>, le droit à la santé<sup>(5)</sup>, à la sécurité sociale<sup>(6)</sup>, aux loisirs<sup>(7)</sup> à l'édu-

cation<sup>(8)</sup>, la liberté d'expression<sup>(9)</sup>, la liberté d'association<sup>(10)</sup>, ou encore «*le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant*»<sup>(11)</sup>.

L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, sur l'affirmation des droits de l'enfant, est également incontestable. Elle a statué à de nombreuses reprises, sur le respect des droits procéduraux de l'enfant dans la procédure d'assistance éducative et en procédure pénale, ainsi qu'à propos de la lutte contre l'enlèvement international d'enfants.

Comme le soulignent très justement plusieurs auteurs, «*la Convention internationale des droits de l'enfant a trouvé l'appui de européenne des droits de l'homme, (...) les deux instruments développent entre eux une synergie qui va croissante, la Cour européenne intégrant désormais*

*dans sa jurisprudence les dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant*»<sup>(12)</sup>. Il ne fait aucun doute que «*ce croisement audacieux des normes [est] constitutif d'un enrichissement bienvenu des droits de l'enfant*»<sup>(13)</sup>, notamment à travers le rôle directeur du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les droits, affirmés dans la Convention, irriguent désormais notre droit positif tant en ce qui concerne les textes que la jurisprudence.

Ainsi, une loi du 8 janvier 1993<sup>(14)</sup> a aménagé les règles relatives à la participation de l'enfant aux procédures judiciaires, en introduisant son audition dans le Code civil, et en permettant sa représentation par un administrateur ad hoc, dans les procédures qui le concernent.

Président de chambre à la cour de cassation.

(1) Colloque «L'enfant dans la Constitution», Association française de droit constitutionnel, en collaboration avec la cour de cassation, l'Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant et le barreau de Paris, 12 juin 2009.

(2) CC. 2002-461, D.C.29 août 2002, JO, 10 sept. 2002, p.14953.

(3) Art. 6 CIDE.

(4) Art. 7 et 8.

(5) Art. 24.

(6) Art. 26.

(7) Art. 31.

(8) Art. 28.

(9) Art. 13.

(10) Art. 15.

(11) Art. 12-1.

(12) P. Murat, «2009, vingtième anniversaire de la CIDE», in *Droit de la famille*, n° 1, p. 8.

(13) Ph. Bonfils, A. Gouttenoire, «Droit des mineurs», *Précis Dalloz*, 2008, n°69.

(14) 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; articles 388-1 du Code civil et articles 338-1 à 338-9 du Code de procédure civile.

Les décrets du 15 mars 2002<sup>(15)</sup> et du 20 mai 2009<sup>(16)</sup> ont, quant à eux, apporté d'importantes modifications à la procédure d'assistance éducative, et à l'audition de l'enfant dans ces circonstances.

En outre, la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance<sup>(17)</sup> a vocation à assurer une meilleure prise en compte de ses intérêts.

La cour de cassation, qui avait d'abord jugé que la Convention ne créait obligations qu'à la charge des États, a ensuite infléchi sa position et a admis l'applicabilité directe de la Convention, dans un arrêt du 18 mai 2005<sup>(18)</sup>, rendu par la première chambre civile, placée sous la présidence de **Monsieur Ancel**.

Elle juge que, dans toutes les décisions qui le concernent, «*l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*»<sup>(19)</sup>, devant primer sur toute autre.

À titre d'exemple, l'intérêt supérieur de l'enfant peut prévaloir sur les intérêts des parents<sup>(20)</sup> ou encore sur l'ordre public en matière de droit des étrangers<sup>(21)</sup>.

L'arrêt du 18 mai 2005 permet désormais à la Convention internationale des droits de l'enfant de s'appliquer, dans toute sa plénitude, devant toutes juridictions françaises.

Et les juges du fond, dans le sillage de cet arrêt, ne se sont pas privés de faire application de la Convention.

**Le service de documentation et d'études** a procédé à une étude de la base *Jurica* qui rassemble l'ensemble des arrêts des cours d'appel depuis 2006. Il y a relevé 59 arrêts de cours d'appel qui, en trois ans, ont fait application de la convention, soit de manière directe, soit de manière indirecte comme référence pour l'appréciation du droit interne.

Néanmoins, et de façon incontestable, certaines difficultés pratiques, nées de l'intégration de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit interne, perdurent.

Ainsi, le 11 juin 2009 la France a fait l'objet d'une évaluation critique de la part du Comité des droits de l'enfant, chargé de contrôler l'application des engagements pris par les États parties à la Convention<sup>(22)</sup>, Comité qui regrette, notamment, la politique législative française en ma-

tière de justice pénale et de traitement des mineurs isolés étrangers.

À l'heure où la Convention fête son vingtième anniversaire, il est temps de tirer toutes les conséquences de son application, et de réfléchir à ce que pourrait être son influence pour les années à venir, au moment même où se développe par exemple, un débat sur le droit de correction physique de l'enfant qui s'oppose à l'article 19 de la Convention protégeant l'enfant contre toute forme de violence ou de brutalités physiques.

Cependant, on ne doit pas oublier non plus que cette convention n'est pas un point de départ mais une étape dans la longue marche des droits de l'enfant. À telle enseigne que si nous fêtons son vingtième anniversaire en ce 20 novembre 2009, nous fêtons aussi avec le sien deux autres anniversaires dans le même cheminement :

- le cinquantième anniversaire de la déclaration des droits de l'enfant des Nations unies du 20 novembre 1959;
- le 86<sup>ième</sup> anniversaire de la déclaration des droits de l'enfant de Genève initiée par l'Union internationale de secours aux enfants et qui fut lue pour la première fois, à quelques centaines de mètres d'ici, au poste de radiotéléphonie de la Tour Eiffel, le 21 novembre 1923, avant d'être adoptée par l'assemblée de la Société des Nations.

Cette déclaration très brève contient déjà en germe toute la Convention de New York de 1989 et elle est écrite dans une si belle langue que je ne résiste pas au désir de la faire revivre en vous en donnant la lecture.

## DÉCLARATION DES DROITS DE L'ENFANT – GENÈVE, 1923

### Préambule

Par la présente Déclaration des droits de l'enfant, dite déclaration de Genève, les hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur, affirmant leurs devoirs, en dehors de toute considération de race, de nationalité, de croyance.

**Article 1** : L'enfant doit être mis en mesure de se développer d'une façon

normale, matériellement et spirituellement.

**Article 2** : L'enfant qui a faim doit être nourri; l'enfant malade doit être soigné; l'enfant arriéré doit être encouragé; l'enfant dévoyé doit être ramené; l'enfant orphelin et l'enfant abandonné doivent être recueillis et secourus.

**Article 3** : L'enfant doit être le premier à recevoir des secours en cas de détresse.

**Article 4** : L'enfant doit être mis en mesure de gagner sa vie et doit être protégé contre toutes exploitations.

**Article 5** : L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères.

L'article 5 illustre le devoir de chaque État d'inculquer à l'enfant le sens de ses propres devoirs. Il légitime à lui seul toute la construction des droits.

Le principe 10 de la déclaration de 1959 développe la même idée en posant que l'enfant «*doit être élevé dans un esprit de compréhension, de tolérance, d'amitié entre les peuples, de paix et de fraternité universelle, et dans le sentiment qu'il lui appartient de consacrer son énergie et ses talents au service de ses semblables*».

L'article 29 de la Convention de 1989 développe les mêmes principes en énonçant que l'éducation doit viser à inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations unies, à inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue, de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne, à préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux et, avec les personnes d'origine autochtone, à inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

*Cela ne concerne pas uniquement les pays  
«en voie de développement»*

## La défense des droits de l'enfant, un combat inachevé

par Lucette Khaïat\*

**Un paradis, l'enfance ? Ce serait plutôt un drame.**

*Cette réflexion de Janusz Korczak, écrite en 1919, est hélas toujours d'actualité. En 2009, dans le monde, 260 000 enfants meurent chaque jour, de faim ou des suites de la guerre, 100 millions d'enfants vivent dans la rue, 400 millions d'enfants travaillent dans des conditions indignes, 300 000 enfants-soldats n'apprennent que les lois sanglantes de la guerre, 90 millions d'enfants, dont 60 millions de filles n'ont pas accès à l'éducation, des millions et des millions d'enfants, quelquefois âgés de quelques mois – on ne dispose pas de statistiques qui seraient insoutenables – sont livrés à la prostitution, et des mineurs sont encore condamnés à mort.*

*Et cela ne concerne pas uniquement les pays «en voie de développement». En Europe, on compte 18 millions d'enfants pauvres (et un ou deux millions en France), et la prostitution infantile est loin de diminuer.*

Le drame de l'enfance remonte à la nuit des temps. Les dieux eux-mêmes ne furent pas épargnés : Cronos, enfermé par son père Ouranos, le mutila à l'aide d'une faucille et le détrôna. Mais une fois devenu père, il agit avec encore plus de cruauté puisqu'il dévorait ses enfants nouveau-nés ... jusqu'à ce que Zeus, qui avait échappé à ce sort pitoyable grâce à sa mère qui l'avait remplacé par une pierre enveloppée de langes, s'empare du pouvoir divin.

Les fils et les filles souffrirent de leurs pères. Isaac l'avait échappé belle car, sans l'intervention in extremis de l'ange du Seigneur, il aurait été immolé par son père Abraham. De même Iphigénie aurait été sacrifiée par son père Agamemnon à la déesse Artémis si celle-ci, prise de pitié, ne lui avait substitué une biche afin de l'enlever dans une nuée pour la transporter en Tauride.

Et tous les juristes ont appris qu'en droit romain, le pater familias avait, sur ses nouveau-nés, le *jus vitae necisque*, le droit de vie et de mort.

Car l'enfant, l'*infans*, privé de parole est privé de droits. Le nourrisson ne sait pas articuler les mots pour exprimer son mal-être, l'enfant ne parle pas assez bien pour décrire sa douleur, l'adolescent ne parle pas assez juste pour définir sa souffrance. Et de toute façon, lorsqu'ils sont la proie

de la cruauté, de la perversité et de la cupidité des adultes, ils n'ont pas les moyens de se faire entendre car trop jeunes, ils n'ont pas la voix assez forte pour dénoncer leur sort cruel et pour briser le mur de l'indifférence et, pas encore «majeurs», ils ne disposent pas de la force politique que constitue le bulletin de vote.

Mais, depuis la nuit des temps, des cœurs aimants et sensibles prennent la défense des enfants. De Rhéa, la «Grande Mère», à Victor Hugo, de Henri II à Louis-Philippe, de Jules Ferry à Janusz Korczak, de la Société des Nations aux ONG, de l'Assemblée des Nations unies à ...l'Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant (ALC) - qui s'enorgueillit de compter parmi ses membres Dominique Versini, l'actuelle Défenseuse des enfants, présidente du réseau européen des 35 défenseurs des enfants, et Claire Brisset, la première Défenseuse des enfants, qui est parmi nous aujourd'hui -, des hommes, des groupes, des institutions luttent toujours pour que, au niveau national et au niveau international, les droits des enfants soient reconnus et protégés.

Si l'ALC a organisé ce colloque sur «Vingt ans d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant : un combat inachevé», ce n'est pas pour vous convier à une cérémonie commémorative mais c'est au contraire pour que nous dressions un bilan sincère de l'application de cette Convention bien vivante et que nous réfléchissions aux moyens de l'améliorer et d'accroître son influence dans le monde.

**Pour envisager l'avenir, il est bon de jeter un rapide regard sur le passé**

Les premières lois protectrices de l'enfance en Europe et en Amérique du Nord<sup>(1)</sup> furent adoptées au XIX<sup>ème</sup> siècle. Les discussions se focalisèrent d'abord sur l'enfance délinquante et la récidive (les peurs sont tenaces !) puis, grâce à la diffusion des idées de la défense sociale nouvelle dont Marc Ancel fut l'auteur<sup>(2)</sup>, «l'enfant à corriger» devint «l'enfant à protéger». La protection de «l'enfance malheureuse», de «l'enfance en danger» sortit du cadre pénal pour s'étendre au domaine du social et de l'assistance et

\* Avocat honoraire, secrétaire générale de l'association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant

(1) Marie-Sylvie Dupont-Bouchat, «Le mouvement international en faveur de la protection de l'enfant (1880-1914)», *Revue d'histoire de l'enfance irrégulière*, N° 5/2003

(2) Marc Ancel, «La défense sociale nouvelle. Un mouvement de Politique criminelle humaniste», Paris, Cujas, 1954, 3<sup>ème</sup> éd. 1981.

franchit le cadre étroit des frontières pour prendre un caractère international.

C'est ainsi que le premier **Congrès international sur la protection de l'enfance** se réunit à Anvers en 1890. Puis, en 1913, la première **Association internationale pour la protection de l'enfance** est créée. En 1919, au sortir de la Grande Guerre, la Société des Nations crée le **Comité de protection de l'enfance**. Les États s'impliquent, aux côtés des institutions privées. La **Charte de l'Union Internationale de Secours de l'Enfant** rédigée en 1923 par l'anglaise **Eglantyne Jebb** est adoptée le 26 septembre 1924 par la SDN sous le nom de **Déclaration des droits de l'enfant**, dite Déclaration de Genève. Ce texte très court reconnaît «*que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur*» et affirme les devoirs «*des hommes et femmes de toutes les nations*».

En 1946, pour se donner les moyens d'agir, les Nations unies créent l'**Unicef** (le Fonds des Nations unies pour l'Enfance).

En 1948, elles adoptent la **Déclaration universelle des droits de l'homme** qui (art. 25) affirme que «*la maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciale*».

Le 20 novembre 1959, les Nations unies adoptent à l'unanimité la **Déclaration des Droits de l'Enfant** (déclaration de principe, non contraignante).

En 1978, la Pologne propose aux Nations unies un projet de Convention relative aux droits de l'enfant, face à la situation dramatique des enfants au lendemain de la deuxième guerre mondiale et en hommage au Dr Janusz Korczak<sup>(3)</sup> qui, dans les années 1920, réclamait une Charte pour défendre les droits des enfants à la SDN et qui, ayant refusé d'émigrer en Palestine au moment de l'occupation nazie, avait accompagné les orphelins qu'il avait recueillis dans le ghetto de Varsovie et fut déporté avec eux dans le camp de Tréblinka où il périt dans une chambre à gaz.

En 1989, le 20 novembre, les Nations unies adoptent à l'unanimité la **Convention internationale relative aux droits de l'enfant**. À ce jour, tous les États, sauf la Somalie et les États-Unis ont ratifié la Convention.

La Convention de New York a inspiré de nombreuses conventions, chartes ou dé-

clarations dans le monde. Ainsi, par exemple, en juillet 1990, la **Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant**<sup>(4)</sup> est adoptée par les États de l'Organisation de l'Unité Africaine.

Le 15 septembre 1994, le Conseil de la Ligue des États arabes adopte la **Charte arabe des droits de l'Homme**, révisée en mai 2004.

Le 15 décembre 1994, l'Organisation de la Conférence Islamique adopte à Casablanca, la **Déclaration sur les droits et la protection de l'enfant dans le monde islamique**.

Le 22 février 1997, le Séminaire interparlementaire sur la «*Mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant en Asie Centrale et au Kazakhstan*» adopte la **Déclaration d'Achgabat**.

En juin 2005, la Conférence des ministres des Affaires étrangères des États islamiques réunie au Yémen, adopte le **Pacte des droits de l'enfant en Islam**.

Des organismes internationaux, des groupements économiques s'attachent, chacun dans leur domaine, à mettre en œuvre la protection de droits de l'enfant.

La **Conférence internationale du travail** a adopté en 1996 la Résolution concernant l'élimination du travail des enfants. L'Organisation Internationale du Travail a élaboré le 17 juin 1999 la **Convention sur les pires formes du travail des enfants**.

Et l'exemple est contagieux : des industriels, voguant sur le courant généreux... et rémunérateur de la protection des enfants, adoptent des chartes «*éthiques*» comme la «*Charte Attias du respect des droits de l'Homme et de la protection des droits de l'enfant*» dont la devise est «*La place des enfants est à l'école et non au travail*» et qui réunit des marques aussi célèbres que *Naf Naf*, *Chevignon*, *Kookaï* et *Ed Hardy* (qui a lancé la mode des casquettes mises à l'envers).

En 1988, l'**ECPAT**<sup>(5)</sup> crée un réseau international d'organisations travaillant en-

semble afin d'éradiquer la prostitution infantile, la pornographie infantile et le trafic d'enfants à des fins sexuelles.

En novembre 1997, la Fédération Universelle des Associations d'Agents de Voyage élabore la **Charte de l'Agent de voyage et de l'Enfant** qui affirme dans son article 7 que «*Conformément à l'article 34 de la Convention internationale de l'enfant, les membres affiliés de la FUAAV s'engagent à protéger les enfants contre toute forme d'exploitation et de violence sexuelles du fait des touristes*».

Alors, une Convention universelle qui, à part quelques interrogations sur des points précis : adoption ou *kafala*, âge de la participation aux conflits armés, nationalité, traitement des étrangers, autonomie des enfants par rapport aux parents, semble recueillir l'assentiment des États, une Convention sur laquelle s'appuie une multitude de déclarations, de chartes et de conventions protégeant les enfants dans leurs domaines spécifiques, des manifestations innombrables pour fêter ses 20 ans d'application, cela ressemble à un triomphe.

La CIDE a réveillé les consciences, elle a souligné l'importance «*de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société et de l'élever... dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité*».

Elle a permis aux hommes de bonne volonté de défendre plus efficacement les mineurs et **Cécile Marchal**, avocate honoraire à la cour, va nous parler du rôle de l'avocat d'enfant et des avancées dues à la CIDE.

Elle a permis aux juridictions européenne et communautaire de prendre en compte, comme nous l'expliqueront **Christophe Pettiti**, avocat à la cour, secrétaire général de l'Institut des droits de l'homme et **Alexandre Boiché**, avocat à la cour, les principes fondamentaux qu'elle consacre. Elle a permis aux organisations internationales de mieux défendre les droits des enfants. Celles-ci s'appuient sur la Con-

(3) Janusz Korczak, «Le Droit des enfants au respect, suivi de Comment aimer un enfant?», Paris, Robert Laffont, 1998.

(4) Lucette Khaïat, Cécile Marchal (sous la direction de) «L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)», Paris, Société de législation comparée, 2008.

(5) End Child Prostitution in Asian Tourism, née en Asie en 1990 sous la forme d'une campagne internationale de lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants dans le tourisme asiatique, elle s'est élargie à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants dans le monde et, en 1996, elle s'est constituée en ONG internationale, son acronyme signifiant «End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes».

## La Convention porte en elle-même les germes de sa non-application

vention pour définir leur politique et les stratégies d'action et pour évaluer leurs perspectives d'avenir. **Philippe Lortie**, premier secrétaire de la Conférence de La Haye de droit international privé, nous expliquera comment la Conférence de La Haye lutte contre les enlèvements d'enfant au niveau international. **Claire Brisset**, médiatrice de la Ville de Paris, ancienne haute fonctionnaire de l'UNICEF, nous décrira l'évolution des missions de l'UNICEF, qui, ayant été créée pour assurer la survie des enfants au lendemain de la guerre, est devenue en 1950, une institution permanente, chargée de venir en aide à l'enfance, puis, lorsque la Convention a été adoptée, a consacré l'ensemble de ses programmes à son application dans le monde entier.

**Ghislaine Doucet**, conseiller juridique de la délégation du Comité International de la Croix-Rouge en France, nous dira comment le CICR assure «*la protection des enfants en période de conflit armé*» grâce à la CIDE et aux autres instruments internationaux pertinents, et spécialement le droit international humanitaire (DIH). **Véronique Robert**, administrateur principal chargé de la protection internationale, nous exposera les programmes d'action de l'UNHCR, le Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés, pour essayer d'améliorer le sort tragique des enfants «*déplacés*».

La Convention a permis aux forces politiques, aux parlementaires, de s'appuyer sur elle et sur les recommandations du Comité des droits de l'enfant des Nations unies, dont nous parlera **Kamel Filali**, vice-président du Comité, pour faire évoluer les législations nationales. La France (audition du mineur, autonomie du mineur dans le domaine médical, suppression de toute discrimination à l'égard de l'enfant adultérin) ou l'Algérie (placement du délinquant, droit à l'éducation et aux loisirs), le Kazakhstan ou le Royaume-Uni (détention séparée des enfants et des adultes) ont mis certaines de leurs dispositions légales en conformité avec la Convention. **Pascale Fombeur**, directrice des Affaires civiles et du Sceau, analysera la politique et les initiatives du législateur français.

### Les mentalités et le droit ont évolué

On ne peut que saluer l'apport indiscutable de la Convention. Et pourtant! La Convention porte en elle-même les germes de sa non-application.

Il y a tout d'abord **le problème de l'applicabilité directe** de la CIDE qui fait toujours l'objet de controverses. L'Allemagne ou les Îles Cook ont expressément déclaré que «*la Convention ne s'applique pas directement sur le plan interne*». En France, l'applicabilité directe de la Convention a fait l'objet de décisions judiciaires parfois contradictoires. **Rémy Schwartz**, conseiller d'État, professeur associé à l'université Paris I, **Monique Chadeville**, présidente de la chambre des mineurs de la Cour d'appel de Paris et **Bénédicte Vassallo**, conseiller référendaire à la cour de cassation, vont nous expliquer comment et dans quel cas, leurs juridictions respectives considèrent que la Convention s'applique directement.

Par ailleurs, des dispositions très sensibles comme celles qui concernent la survie et le développement de l'enfant (art.6), le droit pour l'enfant de connaître ses parents (art. 7), les conflits armés (art. 38), la responsabilité pénale (art.40), sont assorties d'une petite phrase qui leur enlève toute force («*dans la mesure du possible*»).

On peut regretter que dans des domaines importants, comme l'âge de la majorité (art. 1) – en Iran, l'âge du mariage est de 13 ans pour la fille et de 15 ans pour le garçon –, l'âge minimum d'admission à l'emploi (art 32) - il est de 14 ans au Mali –, les horaires de travail et les conditions d'emploi (art.32), l'âge de la responsabilité pénale (art.40) - il est de 7 ans en Suisse <sup>(6)</sup> ou en Égypte –, les règles ne soient pas fixées par la Convention mais relèvent des législateurs nationaux.

Mais ce qui est beaucoup plus grave, c'est que les États parties ont signé avec une belle unanimité... mais, pour certains, en émettant **des réserves qui parfois anéantissent la protection de l'enfant**. De nom-

breux pays arabes ont émis des réserves à l'égard de toute disposition qui serait incompatible avec la *charia* islamique, ce qui implique la non application du principe de non discrimination – inégalité entre enfants légitimes et naturels, inégalité résultant du sexe, inégalité résultant de la religion –, du principe de la liberté de religion – et notamment la condamnation de l'apostasie –, la prohibition de l'adoption, la non reconnaissance de la coparentalité, du maintien du lien de l'enfant avec ses deux parents et du droit d'expression en ce qui concerne la garde, la non application de l'interdiction de la condamnation à la peine capitale.

Singapour précise que «*L'accession de la République de Singapour à la Convention n'emporte pas acceptation d'obligations allant au-delà des limites fixées par la Constitution... ni obligation d'instituer un droit autre que ceux consacrés dans la Constitution*».

La Malaisie émet des réserves sur un si grand nombre d'articles (art; 1, 2, 7, 13, 14, 15, 28, 37) qu'elle la vide de tout son sens

D'autres pays, moins radicaux, n'en affaiblissent pas moins la portée. La Pologne déclare que le droit d'expression et le droit à la vie privée de l'enfant doivent «*s'inscrire dans le respect de la puissance parentale conformément aux coutumes et aux traditions polonaises portant sur la place de l'enfant au sein et en dehors de la famille*». On retrouve les mêmes réserves pour le Kiribati : «*les conseils aux parents ainsi que l'éducation en matière de planification familiale doivent rester conformes aux principes de la morale*».

Enfin, elle consacre un principe magnifique... qui signe la mort du droit (ou tout au moins impose un formidable aggiornamento) : **la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant** <sup>(7)</sup>. L'application des principes de la Convention par le législateur l'oblige à repenser des pans entiers du droit. Livrer au public le nom d'un père ou d'une mère de famille poursuivi(e) devant les tribunaux, condamner un père ou une mère à quitter sa

(6) *Adeline Gouttenoire* et alias, «La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article», Droit de la famille-Revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur, nov. 2009.

(7) *Michelle Gobert*, «L'enfant et les adultes (À propos de la loi du 4 juin 1970)», *JCP*, 1971, I, 2421., Le droit de la famille dans la jurisprudence de la cour de cassation, *courdecassation.fr/colloques et activités de formation/colloques passés/2006*.

maison, à être éloigné(e) de sa famille pour purger une peine de prison, cela n'est-il pas contraire à l'intérêt de ses enfants ? Il conviendrait donc de repenser le droit pénal.

Licencier un père ou une mère de famille, cela n'est-il pas contraire à l'intérêt de ses enfants ? Il conviendrait donc de repenser le droit du travail.

Expulser une famille de son logement, cela n'est-il pas contraire à l'intérêt des enfants ? Il conviendrait donc de repenser le droit du contrat de louage.

La même question se pose en matière de droit des étrangers, de droit militaire, de droit de la famille (le désaveu ou la contestation de paternité satisfont-ils l'intérêt de l'enfant ou l'intérêt du père ou de la mère, le divorce répond-il à l'intérêt de l'enfant ou à l'intérêt des parents ? La garde alternée ne devrait-elle pas, dans l'intérêt de l'enfant, se traduire par une présence alternée du père et de la mère au domicile familial ?).

Si les États doivent protéger non pas l'intérêt de l'Enfant (avec une majuscule), mais l'intérêt de chaque enfant, il n'y a plus de droit, clair, précis et applicable à tous<sup>(8)</sup>. Les lois ne peuvent plus fixer les règles de la filiation et notamment en matière de procréation assistée, ni les règles concernant l'autorité parentale ou la garde, ni les règles de succession, ni les règles concernant l'enlèvement international d'enfant, ni les règles de droit pénal – et notamment les fameuses peines-plancher –, etc.

Car chaque enfant est unique, son intérêt varie en fonction de son âge, de sa maturité, des circonstances de sa vie, de ses besoins affectifs ... Et qui va apprécier l'intérêt de l'enfant ? Le juge ne peut, sous peine de porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs<sup>(9)</sup>, rendre un jugement qui ne serait pas fondé sur une disposition législative. En outre, le juge a-t-il plus de compétence que le médecin, le psychiatre, le psychologue ou l'assistante sociale pour apprécier l'intérêt d'un enfant ? Le **doyen Carbonnier**<sup>(10)</sup> ne disait-il pas que l'intérêt de l'enfant, «*C'est une notion clé... la clé ouvre sur un terrain vague. La notion est insaisissable*».

Et pourtant, la recherche de l'intérêt de l'enfant doit être la préoccupation cons-

tante des adultes, hommes d'État, législateurs, magistrats, avocats, enseignants, parents. L'honneur d'une civilisation se mesure à la façon dont elle traite ses enfants, à son engagement pour leur apporter une aide et une assistance spéciales, pour protéger chacun d'entre eux, pour offrir à chacun les conditions d'un «*épanouissement harmonieux de sa personnalité*», pour lui permettre de grandir «*dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension*».

### Et, en premier lieu, pour assurer sa survie

J'aurais aimé que les gouvernants des pays nantis aient pu distraire quelques minutes de leur temps précieux pour participer au **sommet de la FAO**, pour essayer d'éradiquer la faim dans le monde dont les enfants sont les premières victimes; j'aurais aimé qu'ils tiennent leurs promesses en débloquent les quelques milliards nécessaires au soutien d'une agriculture mise au service de l'homme et non des machines. Je voudrais leur conseiller de lire – ou de relire – le discours (ou tout au moins la conclusion de ce discours) que **Victor Hugo** ne prononça pas à l'Assemblée : «*Les caves de Lille*».

J'aimerais que **les chefs d'État du G8, du G20**, des pays les plus riches du monde (qui néanmoins, comptent de plus en plus de pauvres) ne se soucient pas autant d'immortaliser devant les photographes leurs complets hauts de gamme, leurs tailleurs haute couture et leurs coiffures sophistiquées, en riant, en se donnant des tapes amicales, en échangeant de bonnes blagues, à l'issue de sommets éprouvants tant par le poids des milliards en jeu que par les repas pantagruéliques auxquels ils donnent lieu.

Je souhaiterais que, quittant un instant le monde des banquiers, des dirigeants de multinationales, des marchands d'armes et des vedettes du show-biz, ils posent leur regard sur les yeux insoutenables de ces

enfants des camps de «*déplacés*», inertes dans les bras de leur mère désemparée, et qui meurent d'inanition sans avoir la force de verser une larme ou de pousser un cri. J'aimerais que tous les soirs, des images d'enfants viennent les hanter : l'image de cette petite fille de neuf mois mourant devant les caméras après avoir été violée pour le plus grand plaisir d'internautes pédophiles et de pornographes cupides, l'image de ces enfants des rues de trois ans dormant sur les trottoirs après avoir inhalé de la colle, l'image de ces enfants affamés des bidonvilles disputant aux rats les détritiques dans les décharges, l'image des enfants-esclaves de huit ans travaillant 12 heures par jour dans les propriétés agricoles, à peine nourris, battus, violés, l'image des enfants-soldats contraints de boire du sang humain, drogués, illettrés, ne connaissant que la loi des armes, l'image des enfants maltraités, enfermés, roués de coups par leurs parents dans l'indifférence générale et qui viennent mourir à l'hôpital. Oui, j'aimerais que ces images viennent hanter leurs nuits.

J'aimerais qu'ils rencontrent ces collégiens, ces lycéens, ces apprentis qui travaillent dur, malgré leur angoisse de devenir plus tard des chômeurs ou des travailleurs pauvres. J'aimerais qu'ils écoutent ces jeunes qui réfléchissent aux problèmes de notre planète et notamment ces **Jeunes Ambassadeurs de l'UNICEF** dont **Pauline Bossavie**, lycéenne, qui participe à ce colloque, est un bel exemple. Alors, revenus dans la vraie vie, ils verront le vrai visage des jeunes, non pas ces «*mineurs délinquants*» qu'on désigne à la vindicte des braves gens, surtout en période électorale, mais ces «*enfants*» qui sont l'espoir et l'avenir du monde.

Alors, pour que l'enfance ne soit plus un drame, ils seront à nos côtés pour continuer le combat afin que soit pleinement appliquée la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. ■

(8) *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, article 6* : «*La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse*».

(9) *Montesquieu, De l'esprit des lois, c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser [...] Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.* » *livre XI, chap.4*, «*Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative... Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et sur la liberté des citoyens serait arbitraire.* » *livre XI, chap. 6*.

(10) *Jean Carbonnier, Droit civil, t. 2, 18<sup>ème</sup> éd., n° 192, p. 258.*

## *Qu'en est-il de l'application effective de la Convention en droit français ?*

# Propos introductif

par Jean-Pierre Ancel\*

«On ne connaît point l'enfance. (...) Les plus sages s'attachent à ce qu'il importe aux hommes de savoir, sans considérer ce que les enfants sont en état d'apprendre. Ils cherchent toujours l'homme dans l'enfant, sans penser à ce qu'il est avant que d'être homme».

Jean-Jacques Rousseau, préface à «L'Émile», ou «de l'éducation»

*La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant se préoccupe essentiellement de ce qu'est l'enfant «avant que d'être homme», comme l'écrit le citoyen de Genève; elle lui donne même un statut particulier, en en faisant un véritable sujet de droits. Mais elle voit, en même temps, «l'homme dans l'enfant», en le faisant bénéficier, en tant qu'être humain, des droits fondamentaux reconnus à tous les êtres humains.*

Après le vibrant appel de **Lucette Khaiat**, qui nous a rappelé que l'enfance pouvait aussi être vécue comme un drame, il est important, vingt ans après l'adoption de la Convention - et sa ratification par la quasi-totalité des États du monde -, de porter un regard sur son application, d'abord au niveau national - c'est le sujet de nos travaux ce matin -, ensuite au niveau international - ce sera le sujet de notre après-midi.

Le texte, en effet, se présente sous une forme complexe; d'une part, il affirme un certain nombre d'engagements des États signataires envers les enfants, et, d'autre part, il consacre l'attribution à l'enfant de certains droits spécifiques. D'où les deux questions, de son applicabilité directe, d'abord, de son application effective, ensuite.

La double nature du traité posait, en effet, la question de son application directe en droit interne. Pour être directement applicable en droit interne - et donc susceptible d'être invoqué devant les juridictions françaises - un traité doit satisfaire à deux conditions : être intégré dans l'ordre juridique national, c'est-à-dire ratifié et publié (ce qui le cas de la Convention des droits de l'enfant), mais aussi énoncer des droits précis expressément reconnus aux personnes, et non seulement des engagements des États parties.

C'est sur ce point précisément que le débat s'est développé en France, la cour de cassation affirmant, dans un premier temps (1993)<sup>(1)</sup> que la Convention se bornait à énoncer les engagements pris par les États parties en faveur de l'enfant, avant de reconnaître, dans un second temps (2005)<sup>(2)</sup> que le traité consacrait aussi des droits au profit des enfants, susceptibles, donc, d'être revendiqués devant la juridiction française.

D'un autre côté, la Convention, en énonçant à la fois des droits au profit de l'enfant, et des engagements des États pour les réaliser, entendait veiller à ce que les droits ainsi reconnus soient **effectivement exercés**. D'où l'intérêt de la question aujourd'hui posée : **qu'en est-il de l'application effective de la Convention en droit français ?**

Cette question est posée à nos différents intervenants, mais, au moment de commencer nos travaux, l'association Louis Chatin - du nom de notre collègue, qui s'est beaucoup engagé dans ce combat pour les droits de l'enfant, et dont la mémoire sera présente parmi nous - se doit d'exprimer ses vives inquiétudes face à deux projets actuellement en préparation :

- la suppression du Défenseur des enfants, pour être englobé dans une structure plus vaste de Défenseur des droits, ce qui risque de lui faire perdre ce qui faisait son efficacité, au sein d'un ensemble de quelques trente cinq défenseurs des enfants européens;
- et le projet d'un «Code de la justice pénale des mineurs», dont les orientations répressives, si elles se confirmaient, seraient de nature à perturber gravement la politique judiciaire à l'égard des plus jeunes, qui doit garder sa spécificité.

La question de l'application effective de la Convention dans notre droit concerne, au premier chef, le législateur, chargé à la fois de réaliser les engagements pris par l'État aux termes du traité, et de traduire dans les textes les exigences de la Convention. Nous écouterons sur ce point **Madame Pascale Fombeur**.

Les juridictions sont, elles aussi, au premier rang. Nous verrons ce qu'il en est du Conseil d'État - nous entendrons sur ce point Monsieur **Rémy Schwartz**. Puis **Madame Monique Chadeville**, pour la cour d'appel de Paris, et **Madame Bénédicte Vassallo**, pour la cour de cassation.

Enfin - car il n'est pas de procès équitable sans avocat - **Madame Cécile Marchal** nous parlera du conseil de l'enfant.

\* Président de chambre honoraire à la cour de cassation.

(1) Cass. civ. I, 10 mars 1993; n° 91-11310; Bull. 1993; I; n° 103; p. 69.

(2) Cass. civ. I, 18 mai 2005, n° 02-16336, Bull., 2005, I, n° 211, p. 179; cass. civ. I, 18 mai 2005, n° 02-20613, Bull. 2005, I, n° 212 p. 180; arrêts reproduits dans JDJ n° 247, septembre 2005, p. 56.

## Une application différenciée qui suscite encore des interrogations

# La Convention des droits de l'enfant à la cour de cassation

Intervention de Mme Bénédicte Vassallo\*

*Ignorée durant de nombreuses années, enfin reconnue en 2005 comme pouvant être d'application immédiate pour certaines de ses dispositions, la Convention de New York des droits de l'enfant a connu en France une application différenciée qui suscite encore des interrogations.*

## I. L'histoire d'une application tardive par les juridictions judiciaires de la Convention

Sans revenir sur un historique bien connu, l'application de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) par les juridictions judiciaires françaises n'a pas été immédiate et l'on peut se demander aujourd'hui si elle n'est pas incomplète.

### A. Une résistance initiale trouvant son fondement dans la Convention elle-même

Dans un premier temps, le juge de cassation a considéré que les termes mêmes du traité se bornaient à consacrer des engagements des États signataires, sans instituer de droits subjectifs précis de nature à être directement invoqués avant les juridictions nationales. Le texte dispose en effet : les États parties «s'engagent» (art. 2-1, 3-4)... «prennent toutes les mesures appropriées» (art. 2-2, 19-1, 27-4, 28-2, 33, 35, 39)... «respectent» (art. 5)... «reconnaissent»... «assurent» (art. 6, 15, 17)... «veillent à ce que l'enfant» (art. 9)... «garantissent à l'enfant» (art. 12)... «s'emploient de leur mieux» (art. 18).

Ces formulations, exprimant les engagements des États signataires, ont été

perçues comme ne créant pas de droits précis au bénéfice des enfants.

Toutefois, la France a pourtant mis en œuvre ses engagements, en prenant rapidement des mesures législatives dont chacun s'accorde à dire qu'elles constituent l'exécution même de la convention<sup>(1)</sup>.

### B. Une reconnaissance tardive des effets de la Convention

#### Les arrêts de principe du 18 mai 2005

Par deux arrêts du 18 mai 2005, la première chambre civile de la cour de cassation a affirmé l'applicabilité directe, devant les juridictions françaises, des articles 3-1 et 12-2 de la convention de New York.

Dans le premier arrêt<sup>(2)</sup>, la première chambre, au visa des articles 3-1 et 12-2 de la convention de New York relative aux droits de l'enfant<sup>(3)</sup>, ensemble les articles 388-1 du Code civil<sup>(4)</sup> et 338-1, 338-2 du Code de procédure civile<sup>(5)</sup>, a considéré que «dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge en tout état de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel, que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée».

Il s'agissait en l'espèce d'une enfant née en 1990 résidant chez sa mère aux États Unis qui avait formé le souhait, en

\* Conseiller référendaire à la 1<sup>re</sup> chambre civile de la cour de cassation.

(1) Par exemple, 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 familiales.

(2) N° de pourvoi : 02-20613, Bull. 2005, I, n° 212 p. 180; reproduit dans JDJ n° 247, septembre 2005, p. 56.

(3) Art. 3.1 : «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».

Art. 12-2 : «À cette fin [le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant], on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale».

(4) Art. 388-1 CC (dans sa rédaction en vigueur jusqu'au 6 mars 2007) : «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, 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».

(5) L'art. 388-2 CPC (dans sa rédaction en vigueur jusqu'au 25 mai 2009) prévoyait : «La demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même ou par les parties. Elle peut l'être en tout état de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel».



## La deuxième chambre s'est expressément référée à l'intérêt supérieur de l'enfant après les arrêts du 18 mai 2005

cours de délibéré, d'être entendue en cause d'appel par le juge dans la procédure engagée par son père pour voir modifier sa résidence. L'arrêt attaqué ne s'était pas prononcé sur sa demande écrite, transmise en cours de délibéré. La cour a estimé que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant imposait à la Cour d'appel, soit d'entendre l'enfant, soit de justifier son refus de ne pas le faire, la cour d'appel n'ayant fait ni l'un ni l'autre, son arrêt a été cassé.

Dans cette espèce, la cour aurait pu se contenter de viser les seuls articles du Code civil et du Code de procédure civile concernés; marquant sa volonté de rompre avec sa jurisprudence antérieure, elle a pris l'initiative, en avisant les parties (article 1015 nouveau Code de procédure civile), d'introduire dans le débat les articles 3-1 et 12-2 de la Convention des droits de l'enfant, opérant par la même un revirement remarqué.

Dans un autre arrêt rendu le même jour <sup>(6)</sup> la première chambre a relevé, concernant l'organisation d'un droit de visite : «*la cour d'appel qui a tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant...*», utilisant la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

Cette évolution significative a été relevée par la doctrine qui a noté «*la CIDE a enfin trouvé grâce aux yeux de la cour de cassation*» <sup>(7)</sup>.

### II. L'histoire d'une application inachevée de la Convention

#### A. Une applicabilité directe limitée à certains articles

L'article 3-1 sur la prise en compte, dans toute décision concernant l'enfant, de son intérêt supérieur est le plus souvent utilisé; viennent ensuite les articles 12 sur l'audition de l'enfant, l'article 7-1 sur le droit de l'enfant de connaître ses parents et enfin l'article 9 sur

le droit de l'enfant de maintenir des relations avec ses deux parents <sup>(8)</sup>.

#### B. Regard sur la cinquantaine de décisions intervenues depuis le revirement de mai 2005

La cour de cassation a rendu une cinquantaine de décisions faisant référence à la convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) ou plus exactement a été saisie d'une cinquantaine de pourvois invoquant la Convention.

##### 1. Les formations de jugement qui se sont prononcées sur la CIDE

C'est principalement la **première chambre de la Cour** qui s'est prononcée sur la Convention.

Toutefois, il convient de relever que d'autres formations ont aussi statué.

**La deuxième chambre civile dans un arrêt du 7 juillet 2005** <sup>(9)</sup>, s'agissant d'une demande de récusation formée par la mère contre un juge des enfants ayant placé un mineur et renouvelé son placement, le moyen était rédigé, dans sa deuxième branche, comme suit: «*l'intérêt supérieur de l'enfant doit prévaloir aux décisions concernant sa si-*

*tuation et le traitement de celle-ci, que l'obstination du magistrat qui ne prend pas en considération les souhaits de l'enfant et dont les rapports avec l'enfant sont éminemment conflictuels ne peut (...)* qu'être récusé» pour conclure qu'en «*se contentant d'analyser la partialité du juge envers la mère sans prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant*» la Cour d'appel aurait violé notamment l'article 3-1 de la CIDE.

La deuxième chambre y a répondu comme suit: «*Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel qui, recherchant l'existence d'une éventuelle cause de récusation et prenant ainsi en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, a retenu qu'il ne résultait ni de la requête ni des pièces produites l'inimitié notoire alléguée du magistrat désigné dans la demande de récusation à l'égard de la requérante ou des éléments de nature à faire peser sur ce magistrat un soupçon légitime de partialité*».

Ainsi, la deuxième chambre s'est expressément référée à l'intérêt supérieur de l'enfant quelques semaines après les arrêts du 18 mai 2005.

(6) Cass. civ. I, 18 mai 2005, n° de pourvoi : 02-16336, Bull., 2005, I, n° 211, p. 179; reproduit dans JDJ n° 247, septembre 2005, p. 56.

(7) Droit de la famille, juillet-août 2005, note Gouttenoire.

(8) Art. 7.1 : «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».

Art. 9 : «1. Les États 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.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. 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

4. 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 trouve 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. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées».

(9) Pourvois n° 04-17663 et 04-18403.

# La cour se refuse à ériger les mots «intérêt de l'enfant» ou «intérêt supérieur de l'enfant» en formule magique

L'intérêt supérieur de l'enfant a aussi été invoqué devant la deuxième chambre en matière de prestations sociales, notamment dans un arrêt du 11 juin 2009<sup>(10)</sup>. Il s'agissait en l'espèce de l'octroi, à un enfant recueilli en *kafala*, de la prestation d'accueil jeune enfant (PAJE). En théorie, l'intérêt supérieur de l'enfant commanderait de lui verser, indépendamment de toute condition légale, une prestation; la réalité est bien sur différente, et la deuxième chambre n'a pas retenu la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour faire échec aux dispositions nationales.

Dans une autre affaire ayant donné lieu à un arrêt du même jour<sup>(11)</sup>, la deuxième chambre de la cour s'est prononcée sur le versement de prestations familiales en validant l'octroi des prestations, mais sur le fondement des articles de notre Code de la sécurité sociale<sup>(12)</sup>, alors que les articles 24 -1 et 26 de la CIDE reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale y compris les assurances sociales étaient visées dans le moyen.

La chambre criminelle a été saisie de moyens fondés sur les articles 3-1, 19-1<sup>(13)</sup> et 12 de la CIDE à l'occasion de procédures de non représentation d'enfants<sup>(14)</sup> et de relèvement de la peine d'interdiction définitive du territoire français<sup>(15)</sup>.

Les motivations retenues ne font pas mention de la Convention.

## 2. Les matières concernées

L'article 3-1 de la CIDE est utilisé comme moyen ou comme branche d'un moyen en matière d'autorité parentale, en règle générale, le moyen est rédigé comme suit: «qu'en se déterminant sans qu'aucun motif propre ou adopté ne se réfère à l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles» 377 al.1<sup>(16)</sup> du Code civil et 3-1 de la CIDE.

C'est dans cette matière que les décisions sont les plus nombreuses. Pour ne citer que les principales:

Dans un arrêt du 16 avril 2008<sup>(17)</sup>, la première chambre a rejeté un pourvoi

formé par la sœur d'une mère décédée dont la compagne avait formé une requête commune avec le père des enfants et avait sollicité et obtenu, une délégation partielle de l'autorité parentale. Dans sa motivation la cour a seulement visé le seul intérêt de l'enfant, alors que l'article 3-1 de la Convention était visé dans le moyen<sup>(18)</sup>.

Dans un autre arrêt du 16 avril 2008<sup>(19)</sup>, il s'agissait de la modification d'un droit de visite et d'hébergement, la mère s'expatriant avec ses enfants aux Émirats Arabes Unis et le père disposant d'un droit de visite limité, l'article 3-1 de la Convention étant visé dans le moyen. La première chambre a considéré que «la Cour d'appel, par ces constatations souveraines, a fait ressortir sans avoir à effectuer d'autres recherches, que l'intérêt des enfants était de maintenir leur résidence auprès de leur mère qui présentait les aptitudes nécessaires à assumer ses responsabilités à leur égard».

La cour s'est contentée d'une motivation où la référence explicite à l'intérêt de l'enfant faisait défaut, c'est le sens de la formule «a fait ressortir» qui témoigne d'une motivation suffisante

mais qui ne vise pas expressément la notion d'intérêt de l'enfant.

En quelque sorte, la cour de cassation se refuse à ériger les mots «intérêt de l'enfant» ou «intérêt supérieur de l'enfant» en formule magique et s'attache à contrôler l'existence d'une motivation suffisante. Si cette motivation fait ressortir la prise en considération de l'intérêt de l'enfant, elle validera la décision, quand bien même la décision attaquée ne contiendrait pas ces termes mêmes.

S'agissant toujours des droits de visite et d'hébergement, la première chambre civile, dans un arrêt du 24 mai 2007<sup>(20)</sup> s'est référée au seul intérêt de l'enfant alors que l'article 3-1 de la CIDE était visé dans le moyen: «Mais attendu que la cour d'appel a relevé que M. S... reconnaît ne plus exercer son droit de visite depuis septembre 2004 sans justifier d'un quelconque empêchement, ce dont elle a souverainement déduit que l'intérêt de l'enfant, justifiait que l'autorité parentale soit exercée par la mère, et que les droits de visite restent en l'état».

(10) N° de pourvoi : 08-15571; Bull. 2009, II, n° 158, reproduit p. 54.

(11) Cass. civ. 2, 11 juin 2009, n° de pourvoi : 08-12667; reproduit p. 54.

(12) Art. L.512-1 et L.512-2 du Code de la sécurité sociale.

(13) CIDE, art. 19.1 : «Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toutes formes 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».

(14) Cass. crim., 22 juin 2005, n° 04-85511.

(15) Cass. crim., 5 septembre 2001 n° 00-84429; 30 mai 2001, n° 99-84 867.

(16) Cette disposition concerne la délégation de l'autorité parentale.

(17) Cass. civ. I, n° 07-11273.

(18) «Mais attendu, d'abord, qu'aucune disposition légale n'impose au juge de choisir par priorité parmi les membres de la famille, le tiers à qui il délègue tout ou partie de l'autorité parentale; qu'il lui appartient seulement de rechercher si les circonstances exigent une telle délégation et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant; qu'ayant relevé que les enfants résidaient depuis le décès de leur mère au domicile de la personne qui avait été désignée par cette dernière pour les prendre en charge en cas de décès, qu'ils entretenaient des liens de proximité et d'affection avec cette personne qui faisait partie de leur vie depuis leur plus jeune âge, que selon l'enquête de gendarmerie, les enfants étaient bien intégrés dans la vie associative de la commune et qu'ils jouissaient d'une bonne estime au sein de la population et de leur propre voisinage, que leur situation auprès de Mme R...dotée de capacités éducatives et affectives, constituait un repère stable puisque les enfants avaient toujours vécu dans la région de Montpellier, la Cour d'appel, sans prendre uniquement en considération le souhait exprimé par les enfants, a pu décider qu'il était de l'intérêt de ceux-ci de fixer leur résidence chez Mme R... et de déléguer partiellement à celle-ci l'exercice de l'autorité parentale dont M. B...était seul titulaire et de le partager entre eux; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision».

(19) Cass. civ. I, 16 avril 2008, n° 07-13232.

(20) N° 06-17002.

En matière d'autorité parentale et en dépit de moyens visant l'article 3-1 de la CIDE, force est de constater que les derniers arrêts de la cour ne se fondent que sur le seul intérêt de l'enfant, encore convient-il de nuancer ces propos, une dernière décision rendue ces derniers jours en matière de fixation de résidence reprend la formulation «d'intérêt supérieur de l'enfant»<sup>(21)</sup>.

Pourtant, dans des arrêts plus anciens, notamment un arrêt du 8 novembre 2005<sup>(22)</sup>, la première chambre civile avait cassé au visa des articles 3-1 et 371-1 du Code civil<sup>(23)</sup> une décision de Cour d'appel s'agissant de la scolarisation des enfants au motif que la juridiction s'était déterminée en considération de l'intérêt du père, sans rechercher l'intérêt supérieur des enfants qui avaient la double nationalité française et luxembourgeoise. Dans son chapeau l'arrêt énonçait : «Vu l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble l'article 371-1 du Code civil,

Attendu que selon le premier de ces textes, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale; que, selon le second, l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant;».

Après ce visa conjoint des deux articles, et le rappel de la situation d'espèce, la cour d'appel avait décidé que les enfants suivraient leur scolarité dans une école francophone au motif que leur père, d'origine libanaise, ne parlait pas l'allemand, langue véhiculaire de l'enseignement au Luxembourg, la première chambre avait cassé cette décision en jugeant «Qu'en se déterminant ainsi, en considération de l'intérêt du père et sans rechercher quel était l'intérêt supérieur des enfants qui ont la double nationalité française et luxembourgeoise, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés».

Dans deux décisions du 13 mars 2007<sup>(24)</sup> la première chambre a cassé deux arrêts de Cour d'appel en des ter-



mes presque identiques. Dans la première décision : «qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher quel était l'intérêt de l'enfant, considéré comme primordial, dans un contexte où l'expert avait relevé que la confrontation de D... aux transgressions du père l'obligeait pour s'en protéger, à un clivage et à un rejet et que les visites à ce dernier n'étaient donc pas souhaitables car elles risquaient de le déstabiliser, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision».

Dans la seconde décision, la première chambre a cassé au visa de l'article 3-1 et 373-2 du Code civil<sup>(25)</sup> un arrêt de Cour d'appel dans les termes suivants : «Vu l'article 3 § 1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble l'article 373-2 du Code civil;

Attendu que selon le premier de ces textes, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale; que selon le second, en

(21) Cass. civ. I, 19 novembre 2009, n° 09-68179 : «Mais attendu qu'après avoir énoncé que l'intérêt des enfants exige d'examiner leur éloignement en veillant notamment à la sauvegarde de leur équilibre, l'arrêt relève d'abord, que les enfants âgés de 6 et 9 ans ont tous leurs repères matériels et affectifs en France où ils sont entourés de leur famille, grands parents paternels, maternels et oncles; ensuite, que M. Y..., qui s'implique particulièrement dans l'éducation de ses fils, administre la preuve de sa disponibilité à les assumer pleinement; enfin, que si la perspective de séparer la fratrie est effectivement à déplorer, le besoin des deux enfants, Hugo et Thibault, à leur stade de développement de se construire sur des bases stables et sécurisantes constituées par leur repères familiaux, psychologiques, affectifs, sociaux et culturels actuels, justifie que leur résidence habituelle soit fixée chez leur père; que la Cour d'appel a ainsi souverainement estimé qu'il était de l'intérêt supérieur des enfants de rester en France avec celui-ci».

(22) N° 02-18360.

(23) Art. 371-1 CC : «L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité».

(24) Cass. civ. I, 13 mars 2007, arrêts n° 06-12655, et n° 06-17869.

(25) «Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves.

Lorsque la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec ce parent l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet.

Ce parent conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier. Il doit respecter l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 371-2».

*cas de désaccord des parents lorsque le changement de résidence de l'un d'eux modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant;*

*Attendu que pour fixer la résidence de l'enfant, L..., chez sa mère et autoriser cette dernière à quitter, avec sa fille, le territoire français pour résider au Canada, l'arrêt énonce que M. A... qui s'est investi tardivement dans sa paternité, après avoir consenti au départ de sa fille, s'y est opposé pour des raisons peu claires, semblant vouloir punir la mère qui, ayant favorisé les liens affectifs du père avec sa fille, ne pouvait être soupçonnée de vouloir faire obstacle à leurs relations;*

*Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs sans rapport avec l'intérêt de l'enfant considéré comme primordial, ce qu'elle n'a pas recherché, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés».*

S'agissant du visa de **l'intérêt (ordinaire) ou supérieur de l'enfant, le professeur Hauser** dans un article notait, non sans ironie «*que l'on sache les juges français se souciaient de l'intérêt de l'enfant bien avant 1990 et si ceux-ci ont été imprudents dans leur rédaction, il leur suffira d'affirmer que l'intérêt (hypersupérieur) de l'enfant est d'entretenir des relations avec ses deux parents, ce que la cour de cassation ne pourra contrôler sauf à se transformer en troisième degré de juridiction*»<sup>(26)</sup>.

Le recours inflationniste à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant a été dénoncé notamment par **Adeline Goutenoire** dans un article «*Intérêt supérieur de l'enfant: point trop n'en faut*»<sup>(27)</sup>, elle soulignait «*on peut s'interroger sur l'opportunité de ce référer à ce texte supra législatif lorsqu'une autre disposition de droit interne ou de droit international permettait jusqu'alors de résoudre le problème soulevé*». La CIDE interviendrait alors seulement pour faire échec ou contourner des dispositions nationales ?

### L'article 3-1 et l'audition de l'enfant

L'arrêt de principe qui fonde l'application directe des articles 3-1 et 12-2 de la CIDE est l'arrêt du 18 mai 2005<sup>(28)</sup>. Les parties n'avaient relevé aucun moyen tiré de la CIDE, c'est la cour de cassation qui les a relevés d'office<sup>(29)</sup> et a invité les parties à s'expliquer (cf infra).

*«Sur le moyen unique, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile;*

*Vu les articles 3.1 et 12.2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 388-1 du Code civil et 338-1, 338-2 du nouveau Code de procédure civile;*

*Attendu que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale; que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge en tout état de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel; que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée;*

*Attendu que l'enfant Chloé B..., née le 31 août 1990, dont la résidence a été fixée chez sa mère aux États-Unis, a demandé, en cours de délibéré, par lettre transmise à la Cour d'appel, à être entendue dans la procédure engagée par son père pour voir modifier sa résidence; que l'arrêt attaqué ne s'est pas prononcé sur cette demande d'audition de l'enfant;*

*Attendu 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 im-*

*posaient de prendre en compte la demande de l'enfant, la cour d'appel a violé les textes susvisés».*

Dans un **arrêt du 22 novembre 2005**<sup>(30)</sup>, la première chambre de la cour reprend sous la forme d'un chapeau intérieur dans un arrêt de rejet, cette même formulation, insistant par la même dans sa volonté de marquer sa jurisprudence: «*Mais attendu que c'est à bon droit et en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3.1 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990, et de son droit à être entendu dans toute procédure le concernant consacré par l'article 12-2 du même traité, que la Cour d'appel...*».

Dans un arrêt, peut être mal interprété, du **19 septembre 2007**<sup>(31)</sup>, la première chambre de la cour a écarté une **demande d'audition** formée, non pas par le mineur lui-même mais résultant d'une mention faite dans une attestation produite dans une procédure de divorce.

En l'espèce, une Cour d'appel n'avait pas fait droit à une demande de garde alternée, le moyen visait une attestation produite par l'une des parties rédigée par une connaissance de celle-ci et faisant état du souhait de l'enfant d'être entendu. La première chambre a jugé que la demande d'audition de l'enfant devait être présentée au juge par l'intéressé, c'est-à-dire par le mineur lui-même, la demande indirecte résultant de l'attestation d'un tiers n'imposant pas au juge une réponse. (cet arrêt est intervenu avant les dernières modifications législatives de l'article 388-1 du Code civil qui dispose «*cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande*»).

(26) RTDC, 2006, p. 101.

(27) Droit de la famille, février 2006, p. 22.

(28) N° 02-20613, op. cit. en note 2.

(29) Art. 1015 CPC : «Le président de la formation doit aviser les parties des moyens susceptibles d'être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe. Il en est de même lorsqu'il envisage de rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné».

(30) N° 03-17912; Bull., 2005, I, n° 434, p. 364; reproduit dans JDJ n° 251, janvier 2006, p. 58.

(31) N° 06-18379; Bull., 2007, I, n° 286; reproduit dans JDJ n° 268, p. 57.

(32) Décret n° 2009-572 relatif à l'audition de l'enfant en justice, art. 1<sup>er</sup> introduisant l'art. 388-2 dans le Code de procédure civile (décret reproduit dans JDJ n° 287, septembre 2009, p. 51-52).

## *La Convention prend en considération le respect de la loi nationale de l'enfant et distingue la protection de l'enfant de son adoption*

La question posée était celle des formes selon lesquelles le mineur peut demander à être entendu, la cour a donc répondu qu'une demande indirecte figurant dans une attestation et formée par un tiers à la procédure n'imposait pas de réponse. Le décret du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice valide la position de la cour, il précise : «*la demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même ou par les parties*»<sup>(32)</sup>.

### **L'article 3-1 et la filiation**

L'article 3-1 a été invoqué pour faire échec, **en matière d'adoption**, à des dispositions nationales contraires.

Après avoir énoncé que l'article 370 -3 du Code civil<sup>(33)</sup> ne permettait pas de prononcer une décision d'adoption fût elle simple sur une décision de *kafala*, la cour de cassation a été saisie par une personne ayant recueillie en *kafala* un enfant algérien. La première chambre de la cour, par un **arrêt du 25 février 2009**<sup>(34)</sup> a jugé que :

«*Mais attendu qu'après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du Code civil, renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était conforme à la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, celle-ci n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux seuls enfants adoptables, excluant ceux dont le pays d'origine interdit l'adoption, c'est sans établir de différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant et sans méconnaître le droit au respect de celle-ci, que la cour d'appel, constatant que l'article 46 du Code de la famille algérien prohibe l'adoption mais autorise la kafala, a rejeté la requête en adoption, dès lors que la kafala est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de celui-ci; que le moyen ne peut être accueilli.*»

Le moyen dans sa première branche visait le seul article 3-1 de la CIDE et le pourvoi posait directement la question de la compatibilité d'une disposition de

droit national, en l'espèce l'article 370-3, al. 2 du Code civil («*l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France*») avec la CIDE.

Il convient à ce titre de rappeler que :

- l'article 20 de la Convention envisage de façon spécifique le cas des enfants séparés de leurs parents et pour lesquels une protection de remplacement doit intervenir. Dans son alinéa 3, il dispose: «*cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafala de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique*»;
- l'article 21 qui concerne l'adoption distingue bien les pays dans lesquels elle est admise, puisqu'il commence par ces termes: «*les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale...*».

En conséquence, la Convention prend clairement en considération le respect de la loi nationale de l'enfant et distingue la protection de l'enfant de son adoption qui ne peut intervenir que si les États l'admettent ou l'autorisent, ce qui n'est pas le cas de la quasi majorité des pays de droit musulman.

La position retenue par la première chambre, conforme à sa jurisprudence antérieure est cohérente dans la mesure où :

- la règle de conflit énoncée dans la loi qui consiste à retenir la loi personnelle de l'enfant adopté ne saurait être contraire, en soi, aux articles susvisés;
- tous les textes internationaux (CIDE et conventions de la Haye) distinguent sans aucune ambiguïté l'adoption, du statut de protection que constitue la *kafala*; ne pas prononcer d'adoption ne signifie pas exclure l'enfant de toute protection;
- comme le souligne **M. Fulchiron**<sup>(35)</sup>, l'intérêt de l'enfant ne passe pas forcément par la création d'un lien de filiation, la prise en charge pérenne d'un enfant peut être assurée, à droit constant, par la tutelle ou la délégation d'autorité parentale.

La doctrine a pour partie reconnu la cohérence de cette décision :

- **A. Boiche**<sup>(36)</sup> après avoir rappelé la prise en considération du statut spécifique de la *kafala* dans les conventions de la Haye de 1993 sur l'adoption et de 1996 sur les mesures de protection des enfants, relève : «*le deux conventions de la Haye citées ont été établies en tenant le plus grand compte des principes énoncés par la Convention de New York, dès lors il aurait été difficile à la cour de cassation de considérer que les rédacteurs de ces conventions dont l'une est ratifiée par la France et l'autre en voie de ratification se seraient trompés en*

(33) «Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe.

L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.

Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant».

(34) N° 08-11033; Bull. 2009, I, n° 41.

(35) Hugues Fulchiron, professeur de droit et président de l'Université Jean Moulin, Lyon III.

(36) AJ FAMILLE, avril 2009.

se méprenant sur la portée de la kafala en droit musulman»;

- le professeur Hauser<sup>(37)</sup> relevait : «aux fanatiques de l'intérêt supérieur on pourra faire remarquer qu'en faisant référence aux notions de fait comme critère de construction du droit... on se prive ensuite de pouvoir se replier sur le droit».

Le fait de prendre en considération la réalité du sort de l'enfant recueilli en France demeure cependant. Adeline Goutenoire dans un titre sans ambiguïté «les enfants interdits d'adoption: la cour de cassation refuse le recours aux droits fondamentaux»<sup>(38)</sup> dénonce le refus de la cour de «contourner la lettre de l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil»;

En fait, et comme indiqué précédemment, ce n'est pas seulement un contournement du droit national qui est demandé mais aussi et surtout un contournement des Conventions de la Haye de 1993 et 1996 et un contournement de la CIDE elle-même. En tout cas, l'utilisation de l'article 3-1 de la Convention dans un usage d'exclusion d'une disposition nationale apparaît très clairement. Mais l'article 8 de la CEDH pourrait, comme le suggèrent certains commentateurs servir aussi de support à une question qui persiste, sur laquelle le médiateur de la République s'est récemment penché et à laquelle l'université de Bordeaux paraît attachée comme en témoigne sa participation au numéro spécial sur le sujet publié à la revue droit de la famille de janvier 2009.

Toujours en matière de filiation, plus précisément de **filiation naturelle**, la CIDE a aussi été invoquée dans une action en contestation de reconnaissance<sup>(39)</sup>. La question qui se pose est celle de savoir si au nom de l'intérêt de l'enfant, les dispositions applicables en matière de filiation ou le recours à l'expertise biologique peuvent être mises en échec.

À titre de simple exemple, dans un **arrêt du 4 juillet 2006**<sup>(40)</sup> et s'agissant d'une affaire où la possession d'état était conforme au titre, l'article 7 de la CIDE<sup>(41)</sup> a été évoqué dans une bran-

che d'un moyen au motif que le droit de connaître ses parents rend légitime le recours à l'expertise biologique. La possession d'état devait elle à ce titre être remise en cause ? Ne pourrait-on pas opposer les articles 7-1 sur la connaissance de ses origines à l'article 3-1 si l'enfant a une possession d'état établie ?

Les juridictions du fond ont d'ailleurs fait alternativement application de ces deux textes<sup>(42)</sup>, étant précisé que le recours à l'intérêt supérieur de l'enfant fait dépendre cette notion de fait de critères subjectifs pouvant confiner à l'arbitraire et qu'une définition abstraite et générale de cette notion confine à l'impossible.

### L'article 7-1 de la CIDE et le droit de l'enfant à connaître ses parents

Dans l'affaire dite «Benjamin», la première chambre de la Cour<sup>(43)</sup> a reconnu un effet direct à l'article 7§1 de la CIDE. Dans cette espèce, très médiatisée, un père avant fait une reconnaissance *ante natale*, l'enfant était né sous X et admis à titre provisoire puis définitif comme pupille de l'État avant d'être confié en adoption. S'agissant de l'article 7 de la CIDE, la cour a jugé: «Vu l'article 7 § 1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 335, 336, 341-1, 348-1 et 352 du Code civil;

*Attendu que, selon le premier de ces textes, applicable directement devant les tribunaux français, l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents;*

*qu'il résulte des autres dispositions visées que la reconnaissance d'un enfant naturel prend effet à la date de naissance de l'enfant dès lors qu'il a été identifié, que la filiation est divisible et que le consentement à l'adoption est donné par le parent à l'égard duquel la filiation est établie;*

(...)

*Qu'en statuant ainsi, alors que, l'enfant ayant été identifié par M. X... à une date antérieure au consentement à l'adoption, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance, de sorte que le conseil de famille des pupilles de l'État, qui était informé de cette reconnaissance, ne pouvait plus, le 26 avril 2001, consentir valablement à l'adoption de l'enfant, ce qui relevait du seul pouvoir de son père naturel, la Cour d'appel, qui a méconnu le droit de l'enfant de connaître son père déclaré, a violé les textes susvisés».*

Dans un **arrêt récent du 8 juillet 2009**<sup>(44)</sup>, la cour n'a pas retenu l'article 7-1 de la CIDE. Comme souvent dans cette matière, les circonstances de fait étaient exceptionnelles. Un enfant né sous le secret est placé en vue d'adoption. Les supposés grands-parents maternels qui ont découvert dans les affaires de leur fille décédée des éléments leur permettant de supposer que l'enfant est leur petit fils sont intervenus volontairement à l'instance en adoption. La première chambre a jugé que : «L'intervention volontaire dans une

(37) RTDC, avril-juin 2009.

(38) JCP n° 18, avril, 2009, II, 10072.

(39) Cass. civ. I, 25 avril 2007, n° 06-13872, Bull. 2007, I, n° 163.

(40) Cass. civ. I, n° 05-14442.

(41) «1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquiescer à sa nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux.

2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride».

(42) TGI Lyon 5 juillet 2007 (D. 2007, jur. p. 3052, note A. Goutenoire), CA Paris 25 octobre 2007 (Bulletin d'information, cour de cassation, n° 674, 15 janvier 2008).

(43) Cass. civ. I, 7 avril 2006, n° 05-11285 et 05-11286, Bull., 2006, I, n° 195 p. 171; reproduit dans JDJ n° 256, juin 2006, p. 48.

(44) Cass. civ. I, 8 juillet 2009, n° 08-20153; Bull. 2009, I, n° 158; reproduit dans JDJ n° 287, septembre 2009, p. 53.

*procédure d'adoption plénière de tiers se disant les grands-parents maternels d'un enfant immatriculé définitivement comme pupille de l'État et placé en vue de son adoption est irrecevable, faute de qualité à agir, dès lors que le lien de filiation entre leur fille et cet enfant dont la mère a décidé d'accoucher anonymement n'est pas établi».*

L'article 3-1 de la CIDE avait aussi été invoqué, sans succès, dans une affaire de **maternité pour autrui** <sup>(45)</sup>.

### L'article 3-1 et les déplacements illicites d'enfants

Souvent, dans les affaires de déplacement illicites d'enfants, il est fait grief aux arrêts attaqués de n'avoir pas pris en considération l'intérêt supérieur des enfants.

Dans un **arrêt du 10 juillet 2007** <sup>(46)</sup>, la première chambre s'agissant d'un déplacement effectué unilatéralement par un des parents, alors que les deux étaient titulaires de l'autorité parentale, a répondu au moyen tiré d'un manque de base légale au regard de l'article 3-1 de la CIDE de la façon suivante: «*la Cour d'appel a décidé à bon droit que le déplacement de l'enfant était illicite que dès lors, l'intérêt de l'enfant étant de regagner sa résidence habituelle dans l'attente de la décision au fond sur l'autorité parentale, la Cour d'appel a ordonné à juste titre son retour au Canada...*».

En quelque sorte, l'intérêt de l'enfant ne saurait faire échec au mécanisme de retour sur lequel se fonde la Convention de La Haye.

Dans des arrêts antérieurs, la première chambre avait fait application de l'article 13b <sup>(47)</sup> de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants en y ajoutant la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Plusieurs arrêts témoignent de ce rapprochement entre 13 b et 3-1:

- **l'arrêt du 14 juin 2005** <sup>(48)</sup> avait préalablement suggéré ce rapprochement, liant 13b et 3-1 de la CIDE: «*Attendu que, sans avoir à répondre à un simple argument, la*

*Cour d'appel a souverainement relevé, après l'évocation des conditions de vie de l'enfant auprès de sa mère, qu'aucune attestation ne mettait en évidence une attitude dangereuse du père à l'égard de sa fille, que la preuve était établie qu'il n'était ni alcoolique, ni drogué, que l'état psychologique de l'enfant était satisfaisant, et que son père lui offrait, aux États-Unis, des conditions de vie favorables, avec l'assistance d'une personne diplômée d'une école d'infirmière; qu'il résulte de ces énonciations que l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en considération par la Cour d'appel, qui en a déduit, sans encourir les griefs du moyen, qu'il convenait d'ordonner le retour immédiat de l'enfant, en application de la Convention de La Haye».*

- un **arrêt subséquent du 13 juillet 2005** <sup>(49)</sup> a confirmé ce lien, dans un arrêt de rejet, en incluant le chapeau interne suivant: «*attendu qu'il résulte de l'article 13 b 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'applica-*

*tion directe devant les juridictions françaises, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant».*

**Dans un dernier arrêt du 25 février 2009** <sup>(50)</sup>, la première chambre reprend à l'identique cette formulation dans un arrêt de rejet.

Cette intrusion de l'article 3-1 de la CIDE dans le mécanisme de l'article 13 b de la Convention de La Haye a inquiété la conférence de droit international privé qui s'en est fait l'écho dans son site de jurisprudence INCADAT <sup>(51)</sup>. Toutefois, en matière de déplacements, l'article 3-1 n'est pas utilisé pour faire échec ou contourner la disposition conventionnelle, mais pour venir à son soutien.

### L'article 3-1 de la CIDE et l'état civil, plus précisément le nom

**Deux arrêts du 8 octobre 2008** <sup>(52)</sup> n'ont pas retenu l'application sollicitée par le moyen de **l'article 8 de la CIDE** prévoyant le respect du droit de l'enfant de préserver son nom <sup>(53)</sup>. L'adoption simple du père des enfants avait amené ce dernier à accoler son nom à celui de l'adoptant. Mais le père, adopté majeur, ne souhaitait pas que ses trois enfants voient leur nom être modifié et voulait qu'ils conservent leur nom d'origine.

(45) Cass. civ. I, 9 décembre 2003, n° 01-03927; Bull. 2003 I N° 252 p. 201; reproduit dans JDJ n° 239, novembre 2004, p. 52.

(46) Cass. civ. I, 10 juillet 2007, n° 07-10190, Bull. 2007, I, n° 261.

(47) «Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

(...)

b) qu'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».

(48) Cass. civ. I, n° 04-16942; Bull. 2005, I, n° 245, p. 207; reproduit dans JDJ n°247, septembre 2005, p. 58.

(49) Cass. civ. I, n° 05-10519; Bull. 2005, I, n° 334, p. 276; reproduit dans JDJ n° 249, décembre 2005, page 48

(50) Cass. civ. I, n° 08-18126.

(51) <http://www.incadat.com>

(52) Cass. civ. I, n° 07-16067 (Bull. 2008, I, n° 220) et 07-16070.

(53) «1. 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.

2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible».

La cour a jugé que les dispositions de l'article 366 du Code civil<sup>(54)</sup>, disposant que le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants, devaient s'appliquer, le respect du droit de l'enfant de préserver son identité et sa vie privée et familiale ne s'opposant pas à tout changement de nom.

### L'article 9 de la CIDE<sup>(55)</sup> et le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses deux parents

Dans un **arrêt de rejet du 27 mars 2008**<sup>(56)</sup> et dans une procédure relative à l'application de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, la première chambre a simplement repris, sans la critiquer, la motivation d'une cour d'appel qui avait fait référence à l'intérêt supérieur de l'enfant qui impose de veiller à ce qu'il entretienne des relations avec chacun de ses parents et à l'article 9 de la CIDE. Elle a aussi dans un **arrêt de rejet du 22 mai 2007**<sup>(57)</sup> et selon le même procédé validé un arrêt en reprenant sa motivation relative à l'intérêt de l'enfant qui impose de veiller à ce qu'il entretienne des relations avec ses deux parents en application de l'article 9-3 de la CIDE.

### 3. Les techniques utilisées

La CIDE peut être invoquée seule, venir au soutien de textes nationaux, à l'encontre de textes nationaux ou être soulevée d'office par la cour.

Dans certaines décisions, la cour, ayant l'intention de faire application de la Convention, a invité les parties à s'expliquer<sup>(58)</sup> :

Dans ces arrêts il est fait mention de l'avis donné aux parties en application de l'article 1015 du CPC, Il convient de relever que la cour a pris l'initiative d'invoquer d'office la CIDE notamment dans les arrêts majeurs que sont :

- l'arrêt «Benjamin» du 7 avril 2006<sup>(59)</sup> (article 7-1 de la CIDE);
- l'arrêt du 18 mai 2005<sup>(60)</sup> (article 12-2 de la CIDE).

### 4. Les arrêts de rejet et de cassation

Les arrêts de rejet sont plus nombreux que les arrêts de cassation.

### Les visas dans les arrêts de cassation

Les **article 3-1 et 12-2 de la CIDE ont été visés ensemble avec les textes nationaux relatifs à l'audition de l'enfant**: «Vu les articles 3.1 et 12.2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 388-1 du Code civil et 338-1, 338-2 du nouveau Code de procédure civile;

*Attendu que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale; que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge en tout état de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel; que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée»* (arrêt du 18 mai 2005).

Le chapeau reprend le contenu de chacun de ces textes.

**L'article 7-1 de la CIDE a été visé avec les articles du Code civil relatifs à la filiation**: «Vu l'article 7 § 1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 335, 336, 341-1, 348-1 et 352 du Code civil;

*Attendu que, selon le premier de ces textes, applicable directement devant les tribunaux français, l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents; qu'il résulte des autres dispositions visées que la reconnaissance d'un enfant naturel prend effet à la date de naissance de l'enfant dès lors qu'il a été identifié, que la filiation est divisible et que le consentement à l'adoption est*

*donné par le parent à l'égard duquel la filiation est établie;»* (arrêt benjamin du 7 avril 2006).

**L'article 3-1 de la CIDE est visé avec l'article 373-2 du Code civil**<sup>(61)</sup>: «Vu l'article 3 § 1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble l'article 373-2 du Code civil;

*Attendu que selon le premier de ces textes, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale; que selon le second, en cas de désaccord des parents lorsque le changement de résidence de l'un d'eux modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant»*<sup>(62)</sup>.

**L'article 3-1 de la CIDE est visé avec l'article 371-1 du Code civil**<sup>(63)</sup>: «Vu l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble l'article 371-1 du Code civil;

*Attendu que selon le premier de ces textes, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale; que, selon le second, l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant»*<sup>(64)</sup>.

**L'article 3-1 n'a pour l'instant pas été utilisé seul et pour faire échec ou contourner un texte national** mais son usage, ainsi que celui des autres articles de la CIDE reste encore à parfaire.

(54) «Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté.(...)».

(55) Voy. note 8.

(56) Cass. civ. I, n° 07-14301.

(57) Cass. civ. I, n° 06-12687, Bull. 2007, I, n° 199, reproduit dans JDJ n° 268, octobre 2007, p. 58.

(58) Art. 1015 CPC, voy. note 29.

(59) Voy. note 43.

(60) Voy. note 2.

(61) Voy. note 25.

(62) Cass. civ. I, 13 mars 2007 n° 06-17869, cass. civ. I, 13 mars 2007 n° 06-12655.

(63) Voy. note 23.

(64) Cass. civ. I, 8 novembre 2005, n° 02-18360.



## L'application des dispositions de la Convention au niveau national

par Monique Chadeville\*

*En juillet 2009, Monsieur Hintzy, Président de l'UNICEF écrivait un article dans Le Monde intitulé «Droit de l'enfant, la France peut mieux faire»<sup>(1)</sup>, reprenant les conclusions du 4<sup>ème</sup> rapport du Comité des droits de l'enfant de l'organisation des Nations unies qui relevaient d'importantes carences dans notre application de la Convention internationale des droits de l'enfant. J'ai eu envie de réagir, mais ce colloque est donc l'occasion de faire le point.*

S'il est vrai que nous avons du mal à changer, il semble que nous avons commencé à changer (I) mais il est vrai que nous avons encore du travail (II).

### I. Nous avons commencé à changer

Dans l'orientation de notre réflexion et la motivation de nos décisions d'abord (1), dans les techniques ensuite (2).

#### 1. La motivation

Si le comité nous critique sur le faible nombre d'articles qui sont considérés comme d'application directe dans notre droit, il nous est également reproché de ne pas adopter de mesures concrètes pour que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant guide nos décisions.

Or, dans notre réalité quotidienne, cette notion est de plus en plus présente. Elle pourrait même donner à penser que le juge national est en train tout doucement de devenir un juge international. Certes, un sondage fait dans notre «Pôle famille» m'a permis de vérifier que la Convention internationale des droits de l'enfant est rarement invoquée devant nous dans les écritures.

Néanmoins, cette notion fait partie de notre vocabulaire, sous-tend et motive expressément nos décisions comme la cour de cassation nous y a vivement incités; elle a permis de mieux définir par exemple toutes les modalités de l'exer-

cice de l'autorité parentale et les relations de l'enfant avec les tiers.

#### 2. Les techniques sur lesquelles les magistrats se fondent

Je m'attacherai principalement au problème de l'**audition de l'enfant**. D'importants progrès ont été réalisés dans ce domaine par les **lois du 5 mars 2007**<sup>(2)</sup> et le **décret du 20 mai 2009**<sup>(3)</sup>. Cette audition était auparavant conçue comme un élément participant à l'information de la juridiction.

Selon ce dernier texte, le mineur n'est pas partie à l'instance mais, capable de discernement, il est informé de son droit à être entendu dans toutes les procédures le concernant. Ce sont les personnes qui l'ont en charge qui doivent le faire :

- les titulaires de l'autorité parentale;
- le tuteur;
- le service à qui l'enfant a été confié.

Le juge n'est donc plus le seul maître d'œuvre mais doit vérifier que cela a été fait.

Nous avons donc modifié en conséquence les convocations que nous envoyons aux parents et aux services éducatifs pour rappeler ces dispositions du Code civil et du Code de procédure civile. Le droit à être entendu est par conséquent maintenant clairement posé.

La question du discernement est incertaine et, dans le «Pôle Famille», il y a un accord pour considérer qu'à partir de 8-10 ans, les enfants peuvent être entendus.

Reste à savoir si le fait que l'enfant puisse être entendu dans le cadre de la procédure signifie qu'il peut demander à être ré-entendu à chaque stade de la procédure? La cour de cassation dans des arrêts de 1987 et 1991<sup>(4)</sup>, en assistance éducative, précise qu'en appel, le juge n'est pas tenu de procéder à nouveau à l'instruction de l'affaire mais doit faire les actes auxquels le premier juge n'a pas procédé. Mais qu'en sera-t-il des autres procédures ?

Il faut observer que dans les procédures de séparations conflictuelles, l'enfant est encore trop souvent objet et cette audi-

\* Présidente de la chambre des mineurs à la cour d'appel de Paris.

(1) *Le Monde*, 9 juillet 2009.

(2) *Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance; loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale dans ses dispositions renforçant la protection des mineurs.*

(3) *Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice; reproduit dans JDJ n° 287, septembre 2009, p. 51.*

(4) *Cass. civ. I, 12 mai 1987, n° 85-80059; Bull. 1987 I N° 145 p. 114; cass. civ. I, 25 juin 1991, n° 90-05006 et 90-05015; Bull. 1991 I N° 210 p. 138.*

tion sera un des éléments de procédure avec toutes les manipulations et changements que cela peut représenter avant et après, l'enfant devenant un moyen.

Trop d'enfants sont encore pris dans un conflit de loyauté insupportable.

Il me semble qu'il faut rester vigilant sur ce plan et ne pas multiplier les auditions notamment au stade de l'appel quand il y a déjà eu différentes mesures d'investigation, enquête sociale, expertise, etc. On pourrait ainsi créer un nouveau syndrome et, si certains enfants arrivent à dire qu'ils en ont assez de toutes ces procédures, assez de devoir rencontrer les services sociaux, d'autres sont dans une emprise totale. Il est évident que ce mineur a aussi le droit de ne rien dire.

Les motifs de refus d'audition du juge sont en tout cas limités, encadrés et doivent être repris dans la décision du fond.

Le mineur va être convoqué par lettre simple et par lettre recommandée avec accusé de réception.

Si le mineur demande à être entendu avec un avocat et ne le choisit pas lui-même, c'est le juge qui le fera désigner par le bâtonnier.

Le principe du contradictoire sera respecté puisque le greffe préviendra les parents. C'est le juge ou la formation collégiale qui procédera à cette audition et un compte-rendu sera dressé. Il doit être ainsi mis fin à certaines pratiques dans certaines chambres, et c'est heureux, qui entendaient par exemple les mineurs pendant le délibéré et ne faisaient aucun retour aux parents.

Force est de constater que ces modifications législatives ont pour effet indirect très positif d'ouvrir ou ré-ouvrir le dialogue :

- entre les magistrats d'une part puisque dans notre «Pôle», il y a un échange sur les compte-rendus établis et que cette question est à l'ordre du jour de la prochaine réunion des juges aux affaires familiales de la cour d'appel en janvier prochain;
- avec les avocats, d'autre part, puisqu'une journée de formation commune magistrats-avocats va avoir lieu sur ce thème.

**M<sup>e</sup> Marchal** vous parlera également des conventions que le barreau veut nous soumettre. Une grande démarche d'harmonisation des pratiques et des bonnes pratiques est donc en cours.

Mais la question que nous devons avoir présente à l'esprit, c'est le temps que ces auditions demandent et nous sommes inquiets de devoir multiplier les audiences, avec toutes les difficultés et sujétions pour le greffe notamment que cela entraîne.

## II. Mais beaucoup de chemin reste à faire

Le juge français se heurte encore trop souvent aux difficultés de mise en oeuvre de ces droits. Je vous en citerai 3 exemples :

### 1. Au titre de l'assistance éducative

#### a) Droit à la santé et à l'éducation, droit à son identité

Dans notre chambre des mineurs arrivent des procédures qui posent entre autres la question de l'admission des enfants handicapés dans des établissements;

- un certain nombre d'enfants sont ainsi maintenus dans leur famille en attente d'orientation pendant plusieurs mois;
- certains enfants sont orientés en Belgique mais, pour certaines familles, cet éloignement est insupportable;
- d'autres ne trouvent pas de structures adaptées alors que la situation familiale est catastrophique, ce qui oblige certaines mères à abandonner leur travail ou à trouver des solutions de «bricolage» ou le juge des enfants quelquefois à recourir à des lieux de vie,
- mais quelquefois, c'est aussi **l'Aide sociale à l'enfance** qui voudrait que le juge des enfants fasse un placement direct et fait appel de sa décision, peut-être pour ne pas supporter un certain nombre de coûts ou devoir mettre en oeuvre des mesures complexes.

**b)** Nous avons le même problème toujours, en assistance éducative, pour les **mesures éducatives de placement ou de milieu ouvert**. Il n'y a pratiquement plus d'internats scolaires.

Les listes d'attente de prise en charge s'allongent vertigineusement et lors de la réunion des magistrats coordonnateurs de début novembre 2009, nous avons pu évaluer ce chiffre aux alentours de 1 500 mesures pour le ressort de la cour d'appel de Paris, ce qui pose de multiples questions sur la place de la justice.

Je poserai aussi la question, à ce propos, de l'adéquation des types de prise en charge, et notamment des mineurs étrangers isolés. Que fait-on en France pour ces mineurs qui changent régulièrement d'identité, d'âge et maintenant refusent toute radiographie ? Est-ce un mal nécessaire de notre société ? En 2008, on comptait 361 procédures en assistance éducative, 208 en pénal, soit 569 mineurs isolés rien que pour Paris. En 2008, 1 780 mineurs ont été placés en zone d'attente, 1068 étaient des mineurs isolés.

Les retours dans les familles sont quasiment impossibles. Ils viennent de différents pays. Certains pays les accueillent mieux que d'autres. Sommes-nous le pays où les droits de l'enfant sont les mieux respectés ?

L'arrêt de la cour de cassation du 25 mars 2009 <sup>(5)</sup> a précisé que la **zone d'attente** n'était pas une zone de non droit. Mais quid de la prise en charge effective sur le territoire français. On ne s'occupe pas d'un mineur maltraité comme d'un mineur étranger isolé et il y a vraisemblablement des techniques, des codes à trouver.

#### c) Le problème des mineurs éloignés de leur famille

La loi du 5 mars 2007 <sup>(6)</sup> a :

- redéfini les missions de protection de l'enfance, en précisant que l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que

(5) Cass. civ. I, 25 mars 2009, n° 08-14.125; Bull. 2009, I, n° 66; reproduit dans JDJ n° 285, mai 2009, p. 65.

(6) Loi réformant la protection de l'enfance, voy. note 2.

## Tous les juges des enfants sont confrontés actuellement à l'automatisme des peines planchers



le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant;

- et prévu que les services départementaux et les titulaires de l'autorité parentale établissent un document intitulé «*projet pour l'enfant*» qui expose les actions qui seront menées par l'enfant, les parents, les objectifs visés et délais de mise en œuvre, avec la désignation des organismes chargés de mettre en œuvre ces interventions. Ce document est porté à la connaissance du mineur et transmis au juge<sup>(7)</sup>.

Or, ces projets ne figurent dans aucun dossier arrivant actuellement à la cour alors même qu'il est prévu une évaluation du dispositif mis en place par la loi au bout de deux ans.

Par contre, ce que nous constatons, ce sont des droits de visite médiatisée extrêmement réduits dès qu'un enfant est placé : une heure par semaine, par quinzaine, voire par mois et souvent les parents se plaignent à l'audience qu'en cas de retard de l'accompagnateur par exemple, le droit de visite est écourté en conséquence, comme si nous étions dans une position hygiéniste ou rivale de l'Aide sociale à l'enfance.

Chaque fois qu'un enfant est placé, nous devons penser, sinon à son retour ou du moins à un réaménagement de ses liens avec ses parents et au type de travail

psychologique, social qui les améliorerait.

Peut-on parler, à ce moment-là, comme la CIDE le dit, d'une politique de maintien des liens familiaux ?

### 2. Au titre de la délinquance des mineurs

Je ne reviendrai pas sur les conclusions de la **Commission Varinard** qui a tenté de fixer le seuil d'âge au dessus duquel le mineur pouvait être poursuivi pénalement.

Ce qui me préoccupe plus, c'est la perte progressive de spécificité de la justice des mineurs. Il faut maintenant juger vite.

Le durcissement de la loi pénale conduit dans deux orientations :

- multiplier les jugements à délai rapproché, les présentations immédiates;
- permettre le placement dans un centre éducatif fermé.

On parle de moins en moins de mesures éducatives mais plutôt de mesures à visée éducative.

Or, on sait tous que l'adolescence est une période difficile de remise en cause et que la qualité de la prise en charge édu-

cative est essentielle. Il faut du temps pour établir une relation éducative; il faut du temps pour «*remailler*» une histoire familiale difficile. Quelquefois le nouveau délit survient à un moment où le jeune se stabilisait, où des actions se mettaient en place, où un placement était recherché, ou encore après un long moment sans réitération.

Dans ces situations, tous les juges des enfants sont confrontés actuellement à l'automatisme des peines planchers.

Or, il faut savoir qu'un placement au pénal est toujours difficile à trouver; c'est la raison pour laquelle nous avons évoqué pendant les travaux de la commission Varinard la possibilité d'un mandat de placement. La direction régionale de la PJJ de Paris a été choisie comme zone pilote pour expérimenter ce mandat de placement.

Il faut donc être vigilant car si le nouveau Code pénal des mineurs opte pour une progressivité des sanctions, cela ne peut correspondre à un automatisme croissant des sanctions pénales.

J'en terminerai ainsi avec ce tableau pratique des difficultés que nous rencontrons et qui vous montre que l'objectif de la CIDE est difficile à atteindre 20 ans après. Mais je pense que la difficulté est peut être ailleurs;

Quel enfant sommes-nous en train de construire ? Est ce un enfant roi ? Ne sommes-nous pas en train d'en faire un être autonome et en quelque sorte de le priver de son droit à l'enfance ?

Quel est l'intérêt de l'enfant ? Quel est l'intérêt de l'adulte ? Ne faut-il pas protéger l'enfant dans certains cas de l'imagination débordante des adultes ?

La CIDE a créé une dynamique intéressante sur le plan judiciaire et nous devons poursuivre nos réflexions.

N'est-ce pas dommage qu'au moment où tant de questions se posent est discutée la pérennité du poste de Défenseur des enfants.

(7) Art. L.223-1 CASF.

## La jurisprudence du Conseil d'État et les droits de l'enfant

par Rémy Schwartz\*

*Il m'est difficile d'intervenir en étant voisin de Madame Khaïat après son intervention très émouvante, car on voit le décalage qu'il y a entre la jurisprudence dont je vais parler et qui s'applique dans un pays riche où, par chance les situations que vous avez évoquées n'ont pas cours, et ces situations tragiques, ce qui montre que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, tout comme d'autres conventions internationales, ne s'applique malheureusement pas dans les pays où son besoin d'application est le plus grand.*

*Donc il y a un décalage entre la jurisprudence dont je vais parler et les situations que ma voisine vient d'évoquer.*

*En outre, parler de la jurisprudence peut être difficile lorsqu'elle est relativement récente car la jurisprudence se construit dossier par dossier, litige par litige, un peu comme un tableau impressionniste, c'est-à-dire touche par touche et c'est à la fin qu'apparaît l'œuvre, bien évidemment superbe, avec sa cohérence, sa logique.*

*Nous sommes en phase de construction d'une jurisprudence, le tableau n'est pas achevé... et je vais donc essayer de vous parler des décisions qui sont intervenues depuis 1995 et du paysage jurisprudentiel qui commence à se dessiner.*

J'ordonnerai mon exposé autour de deux idées. C'est un exposé d'une construction assez simpliste peut-être, mais qui a l'utilité d'être, je pense, le plus clair possible.

**D'une part** le travail fait par le juge administratif pour distinguer au sein de la Convention les stipulations qui sont **directement invocables** de celles **qui n'ont d'effets qu'entre les États membres** et qui n'imposent des obligations qu'aux États, et **d'autre part** - c'est la seconde partie de mon exposé que je considère plus intéressante intellectuellement -, **la mise en œuvre concrète de ces stipulations** et donc l'applicabilité au quotidien d'un certain nombre de stipulations de la Convention internationale des droits de l'enfant.

### Premier temps

Juge administratif, le Conseil d'État a fait un travail classique lorsqu'il est confronté à une convention internationale, conformément aux règles du droit international public : distinguer au sein de cette convention, les stipulations qui ne créent d'obligations qu'en ce qui concerne les États parties, des stipulations qui ont des effets directs. C'est un peu un inventaire à la Prévert je m'en excuse mais je crois utile de le faire.

Il y a beaucoup de **stipulations de la Convention qui n'ont d'effets qu'à l'encontre des États**, ou plus précisément qui ne créent d'obligations qu'en ce qui concerne les États et que les par-

ticuliers ne peuvent directement invoquer devant le Juge.

Il s'agit bien évidemment de **l'article 2** de la Convention qui «*impose aux États de prendre toutes les mesures appropriées pour protéger l'enfant contre toutes formes de discrimination*»<sup>(1)</sup>

C'est également le cas des stipulations de **l'article 4** par lequel les États s'engagent à prendre les mesures appropriées pour mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels reconnus par la Convention<sup>(2)</sup>.

Également de **l'article 6** : les États reconnaissent que tout enfant à un droit inhérent à la vie et assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant<sup>(3)</sup>.

\* Conseiller d'État

(1) C.E. 10 juillet 1996, n°162098; C.E., 29 janvier 1997, n°173470, affirmant l'inapplicabilité de ces dispositions.

(2) Op. cit. C.E., 29 janvier 1997, n°173470.

(3) C.E., 29 décembre 1997, N° 170098, 173011, 173012.

De l'**article 7** : l'enfant a, dès sa naissance, le droit à un nom, le droit d'acquiescer une nationalité, le droit de connaître ses parents<sup>(4)</sup> et d'être élevé par eux<sup>(5)</sup>.

De l'**article 8** : les États s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales<sup>(6)</sup>.

De l'**article 9** : les États 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 décision judiciaire et conformément aux lois applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>(7)</sup>.

De l'**article 14**, qui affirme que les États doivent respecter le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion<sup>(8)</sup>.

De l'**article 18** qui impose aux États de s'employer de leur mieux pour 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<sup>(9)</sup>.

Je citerai également les **articles 24.1, 26.1 et 27.1** qui imposent aux États de reconnaître le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, les États parties reconnaissent le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant<sup>(10)</sup>.

Je citerai également les **articles 3, § 2<sup>(11)</sup> et 3, § 3<sup>(12)</sup>, les articles 5<sup>(13)</sup>, 20<sup>(14)</sup> et 29<sup>(15) (16)</sup>**.

Mais le juge a constaté, au moins dans cinq cas, que des stipulations ont des **effets directs en droit interne** et peuvent être invoquées par tout requérant devant les juridictions administratives. Il s'agit tout d'abord des stipulations qui sont aujourd'hui quotidiennement invoquées, de l'**article 3.1** qui reconnaît, qui affirme que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur doit être une considération primordiale. On voit que là est posé un principe et

non pas une obligation à la charge de l'État. Donc ce principe est d'application directe<sup>(17)</sup>.

Vient ensuite l'**article 10** qui affirme le droit de l'enfant de quitter son pays. Stipulation d'effet direct puisque affirmant là aussi un droit dont bénéficie directement l'enfant<sup>(18)</sup>.

(4) C.E. 9 juillet 2003, n° 238724

(5) C.E. 11 octobre 1996, n° 168545, Assoc. la Défense libre.

(6) C.E. 1<sup>er</sup> avril 1998, n° 155096.

(7) C.E. 29 juillet 1994, n° 143866, Préfet de la Seine Maritime, très souvent confirmé depuis.

(8) CE, 3 juill. 1996, n° 140872.

(9) C.E., 29 mai 2002, n° 240001.

(10) C.E. 23 avril 1997, n° 163043, GISTI.

(11) CE, 6 octobre 2000, n° 216901, 217800, 217801, 218213 Association «Promouvoir»

(12) **Art. 3** : « **2.** 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.

**3.** 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 ».

(13) CE, 6 octobre 2000, op. cit. note 11.

(14) C.E., 6 juin 2001, n° 213745.

(15) **Article 4** : « 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 ».

**Article 5** : « Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention ».

**Article 20** :

« **1.** Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'État.

**2.** Les États parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.

**3.** Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la «Kafala» de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique».

**Article 29**

« **1.** Les États parties conviennent que l'éducation de l'enfant doit viser à :

**a)** Favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités;

**b)** Inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies;

**c)** Inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne;

**d)** Préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone;

**e)** Inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel.

**2.** Aucune disposition du présent article ou de l'article 28 ne sera interprétée d'une manière qui porte atteinte à la liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement, à condition que les principes énoncés au paragraphe 1 du présent article soient respectés et que l'éducation dispensée dans ces établissements soit conforme aux normes minimales que l'État aura prescrites».

(16) C.E., 6 juin 2001, n° 213745.

(17) C.E. 22 septembre 1997, n° 161364 ou C.E. 31 octobre 2008 N° 293785, Section française de l'Observatoire international des prisons.

(18) C.E. 1<sup>er</sup> avril 1998, n° 155096.

L'article 12.2, le droit d'enfant d'être entendu dans toute procédure le concernant (administrative ou judiciaire)<sup>(19)</sup>. Cette décision du 27 juin 2008 revient sur une jurisprudence de 1996<sup>(20)</sup> qui n'avait pas reconnu d'effet direct à cette stipulation. Le Conseil d'État a changé cette jurisprudence pour lire différemment cette stipulation et considérer qu'elle avait un effet direct en droit interne.

L'article 16, qui comme il a été rappelé tout à l'heure, est le premier article qui a donné l'occasion au Conseil d'État d'affirmer l'application directe par un arrêt du 10 mars 1995<sup>(21)</sup> : nul enfant ne fera l'objet d'immixtion arbitraire ou illégale dans sa vie privée, son domicile, sa famille et sa correspondance.

Et enfin l'article 37 b et c<sup>(22)</sup> :

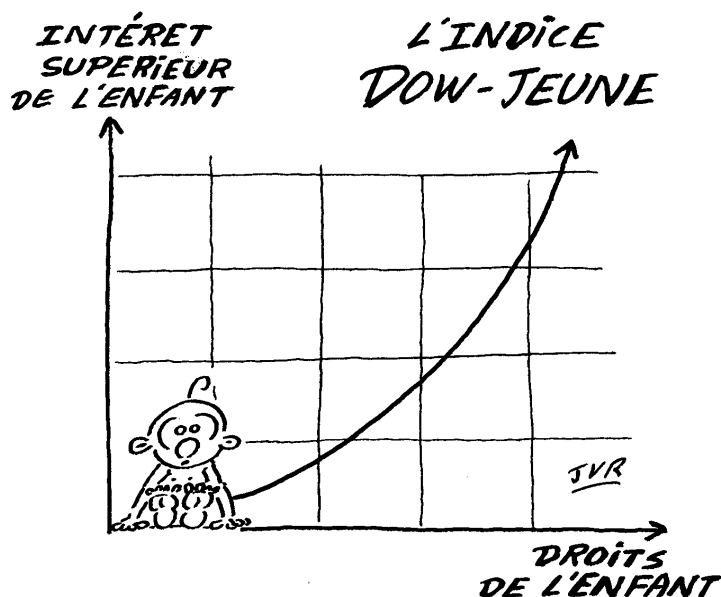
- b) nul enfant (encore un droit qui est affirmé en faveur de l'enfant) ne doit être privé de liberté de façon illégale ou arbitraire;
- c) tout enfant privé de liberté doit être traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge.

On vient de parcourir la distinction faite par le juge administratif entre les stipulations qui peuvent être directement invoquées et les stipulations qui ne créent d'obligations qu'entre les États parties.

## Deuxième temps

Qu'en est-il de cette application au quotidien de la CIDE en ce qui concerne ces stipulations directement invocables ?

La Convention est en effet invoquée, pour l'essentiel, en ce qui concerne le **droit public, en matière de police administrative**. Bien évidemment la Convention a des effets très larges en ce qui concerne l'état civil, le droit civil; mais en droit public c'est pour l'essentiel en matière de police administrative que sont invoquées les stipulations de la CIDE, parfois avec succès. Et également dans un cas que je citerai en matière d'aide médicale.



J'ai essayé d'ordonner les jurisprudences qui sont intervenues depuis 1995 autour de trois idées :

**Premièrement**, c'est qu'à ce jour, une applicabilité est restée sans portée, c'est celle de l'article 10, qui reconnaît à tout enfant le droit de quitter son pays. Il a été également entendu comme le droit de quitter son pays et le droit d'y revenir. Bien évidemment dans les **contentieux de police des étrangers**, ce n'est pas le droit de quitter le pays qui est en cause mais le droit d'entrer en France.

Donc nous avons reconnu l'applicabilité directe de l'article 10, mais pour constater qu'il **ne peut pas être utilement invoqué** dans les hypothèses auxquelles est confronté le juge administratif, c'est-à-dire **refus de séjour, refus de visa**<sup>(23)</sup>.

Un autre cas dans lequel l'applicabilité reste à ce jour **d'une portée très limitée, c'est l'article 12** qui dit que tout enfant a le droit d'être entendu. Mais il peut être entendu par l'intermédiaire de ses parents ou de ses représentants. Donc concrètement, et dans le cas no-

tamment de l'arrêt de 2008 dont je vous ai parlé il y a un instant<sup>(24)</sup>, le juge a reconnu l'applicabilité directe de l'article 12 mais pour constater ensuite que l'enfant avait été entendu (dans un contentieux d'étranger, refus de visa) par le biais de ses représentants.

Deuxième hypothèse c'est celle dans laquelle la CIDE joue un **rôle supplétif**, intervient à un titre second, parce qu'existent en réalité d'autres instruments juridiques qui ont un effet plus radical et, si ce n'est plus radical, du moins plus aisé à manier. C'est notamment le cas de **l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales** qui reconnaît le **droit au respect d'une vie privée et familiale**. Ces stipulations sont invoquées quotidiennement devant le juge administratif et très classiquement donnent lieu à des annulations en matière de police administrative, police des étrangers, refus de séjour, mesure de reconduite à la frontière ou refus de visa.

(19) CE 27 juin 2008, n° 291561, Fatima A.,

(20) Op. cit. note 8.

(21) CE, 10 mars 1995, n° 141083.

(22) CE, 14 févr. 2001, n° 220271; C.E. 12 juin 2006, n° 282275, GISTI.

(23) C.E., 1<sup>er</sup> avril 1998, n° 155096.

(24) C.E. 27/06/2008, voy. note 19.

## Lorsque la CIDE permet de combler des vides normatifs

L'invocation de l'article 3.1 est un peu une invocation supplétive parce que l'article 8 est plus aisé à manier et a en quelque sorte un effet absorbant.

Je donnerai deux exemples

Premièrement, une ordonnance du Conseil d'État<sup>(25)</sup>, par laquelle le juge des référés, pour **suspendre un refus de visa** opposé à un enfant, s'est fondé sur l'autorité parentale dont bénéficiait un ressortissant français par décision d'une juridiction française revêtue de l'autorité de la chose jugée. Ce Français avait l'autorité parentale sur l'enfant. Le juge s'est fondé tout à la fois sur l'article 8 et à titre subsidiaire sur l'article 3.1 affirmant l'intérêt supérieur de l'enfant. Il est évident que l'article 8 (le droit au respect d'une vie privée et familiale) suffisait.

Autre cas, par une décision du 24 mars 2004 rendue contre le ministre des affaires sociales, le Conseil d'État confirmait **l'annulation du refus d'un regroupement familial**<sup>(26)</sup>.

Il s'agissait d'un enfant qui avait été abandonné dès sa naissance par sa mère, enfant orphelin de père, qui avait été confié à une femme qui résidait régulièrement en France par le biais de la *kafala*. Cette femme s'en occupait de façon assidue.

Le juge administratif a évoqué, pour confirmer l'annulation du refus de regroupement familial au bénéfice de cet enfant, l'article 3.1, mais pour in fine annuler le refus sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

On voit bien que dans ces cas-là **l'article 3.1. joue un rôle supplétif**, mais il est vrai que lorsque des avocats oublient d'invoquer l'article 8 et n'invoquent que l'article 3.1, cet article peut permettre à lui seul d'annuler des décisions de police administrative, par exemple le refus d'autoriser le séjour d'un enfant entré irrégulièrement en France alors qu'il était auprès de ses parents qui avaient des titres de séjour<sup>(27)</sup>. Le juge administratif a annulé ce refus qui aurait obligé l'enfant à revenir dans son pays avant de rentrer à nouveau en France, cette fois régulièrement sur le seul pied de l'article 3.1, mais parce que l'article 8 n'avait pas été invoqué.

Cependant, et c'est le dernier point, sans doute le plus intéressant, sur lequel je vais insister il est des cas dans lesquels **la CIDE a un effet pleinement utile en droit interne**.

C'est lorsqu'elle permet de combler des vides normatifs, c'est-à-dire dans les cas où il n'y a pas d'autres instruments juridiques, d'autres supports invocables, permettant d'obtenir le même résultat.

J'ai relevé six décisions qui sont à cet égard, et peut être d'ailleurs d'un intérêt croissant, illustratives.

**La première** est une décision du 6 novembre 2000<sup>(28)</sup>. Le GISTI contestait la décision du 22 décembre 1998 relatif aux titres et documents attestant de la régularité du séjour des étrangers.

La méconnaissance des stipulations de **l'article 3.1**, l'intérêt supérieur de l'enfant, était invoquée mais le juge a estimé que ces stipulations n'étaient pas méconnues compte tenu de l'ensemble du régime de protection des mineurs applicable en France.

C'est-à-dire qu'il a pris en compte l'ensemble du régime de protection des mineurs existant par ailleurs pour estimer que dans ces conditions le décret n'avait pas méconnu les stipulations de l'article 3.1.

**Second exemple**, il s'agissait d'une décision individuelle. C'est un décret accordant l'extradition d'un mineur aux autorités lettonnes<sup>(29)</sup>. Le décret d'extradition a été contesté au regard cette fois de **l'article 37** de la CIDE qui affirme que nul enfant ne peut être privé de liberté de façon illégale ou arbitraire mais surtout, que tout enfant privé de liberté doit être traité avec humanité, avec le respect dû à la dignité de la personne humaine et en tenant compte des besoins de son âge.

Le Conseil d'État a pris en considération la législation lettonne qui, elle-

même, prenait en considération la situation particulière des mineurs pour leur réserver un sort différent. Dans ces conditions, le Conseil d'État a jugé que le décret n'avait pas méconnu les stipulations de l'article 37.

Ce qui veut dire qu'a contrario **un décret d'extradition d'un mineur** ne pourrait être légalement accordé si l'État qui a présenté cette demande n'avait pas une législation spécifique pour les mineurs leur assurant une protection.

**Troisième décision** juridiquement très intéressante, qui révèle une interprétation constructive d'un décret pour le mettre en conformité avec l'article 3.1 de la CIDE.

Il s'agissait d'un décret du 2 avril 1996 concernant le régime de l'administration pénitentiaire, décret qui était relatif au régime disciplinaire des détenus.

Le Conseil d'État a interprété le décret pour le mettre en conformité avec **l'article 3.1** et je cite «*il incombe à l'administration pénitentiaire, chaque fois qu'un détenu mineur non émancipé fait l'objet d'une procédure disciplinaire, de prendre, dans la mesure du possible et en temps utiles, les dispositions nécessaires pour informer les représentants légaux de l'intéressé de l'ouverture de cette procédure ainsi que des motifs de celle-ci, pour leur permettre de présenter éventuellement les observations qui leur paraîtraient utiles ou de recourir, pour ce faire, à un avocat ou à un mandataire agréés*»<sup>(30)</sup>.

C'est donc une interprétation constructive pour faire rentrer le droit français - la disposition réglementaire - dans le cadre de l'intérêt supérieur de l'enfant.

**Quatrième exemple**, là on retrouve une décision individuelle : mesure de reconduite à la frontière. Une femme avait donné naissance à un enfant mais cette naissance était intervenue après qu'ait

(25) C.E., 27 mai 2005, référé, n° 280612.

(26) C.E. 24 mars 2004, n° 249369, reproduite p. 57.

(27) C.E. 22 septembre 1997, n° 161364, précité en note 17.

(28) C.E. 6 novembre 2000, n° 204784, GISTI

(29) CE, 14 févr. 2001, n° 220271.

(30) C.E. 30 juillet 2003, n° 253973, Section française de l'Observatoire international des prisons.

été pris l'arrêté de reconduite à la frontière, et donc cette circonstance ne pouvait être prise en considération dès lors que la légalité de la décision administrative s'apprécie à la date où elle a été prise.

Cependant le juge a distingué la mesure et la décision de mettre à exécution, la mesure de reconduite, et a annulé la décision de mettre à exécution la mesure de reconduite aux motifs qu'elle méconnaissait l'article 3.1 de la CIDE, dès lors que cette femme et surtout cet enfant «dont le père, résidant régulièrement en France, était également père de deux autres enfants qui résidaient régulièrement avec lui-, les frères de l'enfant, qui normalement auraient du suivre leur mère dans le cadre de la reconduite à la frontière»<sup>(31)</sup>. Cette séparation du père et de la fratrie a été regardée comme constitutive d'une méconnaissance des stipulations de l'article 3.1.

À titre personnel, je pense qu'on aurait pu obtenir le même résultat si l'article 8 avait été invoqué.

D'ailleurs je préside une sous-section et donc une formation de jugement du Conseil d'État et dans le contentieux des étrangers et des refus de visa, je manie beaucoup plus régulièrement et aisément l'article 8 que l'article 3.1 lorsqu'il s'agit d'annuler des refus de visa.

## Enfin, deux dernières décisions sont importantes

Celle du 7 juin 2006 : Par cette décision, le Conseil d'État a annulé des dispositions réglementaires faisant application de l'article 97 d'une loi de finances rectificative de 2003<sup>(32)</sup>.

C'est-à-dire que le juge a écarté la loi pour incompatibilité avec les stipulations de l'article 3.1 et a donc annulé les décrets, les mesures réglementaires, mettant en application la loi mais méconnaissant la norme supérieure, c'est-à-dire l'article 3.1 de la CIDE.

Pourquoi ? Parce que ces dispositions législatives apportaient des restrictions en ce qui concerne l'accès à l'aide médicale.

Je cite le Conseil d'État : «ces stipulations [de l'article 3.1] interdisent que les enfants ainsi définis connaissent des restrictions dans l'accès aux soins nécessaires à leur santé (...) par suite, en tant qu'il subordonne l'accès à l'aide médicale de l'État à une condition de résidence ininterrompue d'au moins trois mois en France, sans prévoir de dispositions spécifiques en vue de garantir les droits des mineurs étrangers, et qu'il renvoie ceux-ci, lorsque cette condition de durée de résidence n'est pas remplie, à la seule prise en charge par l'État des soins énoncés à l'article L.254-1 du Code de l'action sociale et des familles, c'est-à-dire (...) des seuls soins urgents dont l'absence peut mettre en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître», l'article 97 de la loi de finances (...) est incompatible avec les stipulations de [l'article 3.1]; qu'il suit de là que les décrets attaqués sont illégaux en tant qu'ils mettent en œuvre cette disposition législative à l'égard des mineurs étrangers ».

C'est-à-dire qu'au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant il n'est pas possible de restreindre l'accès à l'aide médicale des enfants pour des motifs tenant à des conditions de résidence et donc de nationalité.

Et enfin, dernière décision qui est tout à fait importante, c'est un arrêt de section du 31 octobre 2008<sup>(33)</sup>. Là on revient à la police administrative, la police dans les prisons, où le Conseil d'État a procédé à l'annulation partielle de dispositions réglementaires concernant le régime carcéral.

Je cite le Conseil d'État : «Les stipulations des articles 3.1 [intérêt supérieur de l'enfant] et 37 de la CIDE [prise en compte de la situation des mineurs dans le cadre d'un régime carcéral] font obligation d'adapter le régime carcéral des mineurs dans tous ses aspects pour tenir compte de leur âge et imposent à

l'autorité administrative d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants pour toutes les décisions qui les concernent».

Il en résulte, compte tenu des fortes contraintes qu'il comporte, qu'un régime d'isolement ne peut être rendu applicable aux mineurs sans que des modalités spécifiques soient édictées pour adapter, en fonction de l'âge, le régime de détention, sa durée, les conditions de sa prolongation et notamment le moment où interviennent les avis médicaux.

Ces six exemples montrent que la Convention est pleinement utile en droit interne pour combler les vides normatifs lorsqu'il n'existe pas d'autres instruments, d'autres dispositions, d'autres stipulations, permettant d'obtenir le même résultat.

Pour l'essentiel, en droit public, ces autres instruments, ces autres dispositions existent, mais il est des cas, et je viens de les citer, dans lesquels il est possible, s'agissant de régime carcéral, s'agissant de la police administrative des étrangers, voire de l'accès à l'aide médicale d'enfant étranger, que l'invocation des stipulations de la CIDE ait un effet non seulement direct mais un effet plein et entier puisqu'elle conduit à annuler des dispositions réglementaires ou individuelles prises par les autorités françaises.

Je conclurai tout simplement en faisant le lien avec ce que j'ai dit au point introductif, que la jurisprudence est en train de se construire, que le tableau impressionniste continue de se construire par petites touches et qu'il faudra dans dix ans faire un point pour voir si on peut dresser un tableau d'ensemble, avec toute sa cohérence intellectuelle, de la jurisprudence administrative sur la CIDE.

(31) C.E. 7 avril 2006, n° 274713.

(32) C.E. 7 juin 2006, n° 285576, Association Aides, GISTI, Ligue des droits de l'homme, Médecins du Monde, MRAP; reproduit dans JDJ n° 257, septembre 2006, p. 56.

(33) C.E. 31 octobre 2008, n° 293.785, Section française de l'Observatoire international des prisons; reproduit dans JDJ n° 280, décembre 2008, p. 53.



## *Intégrer les droits garantis par la CIDE dans le droit communautaire en les qualifiant de principes généraux ?*

# L'application de la Convention par les juridictions communautaires

par Alexandre Boiché\*

*Les droits de l'enfant ont été longtemps absents du droit communautaire, ils n'apparaissent en effet pour la première fois que dans la Charte Européenne des droits fondamentaux dont l'article 24 dispose :*

- «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 les concernant, 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».**

Cet article consacre en réalité quatre droits de l'enfant, à savoir :

- le droit à la protection et aux soins;
- le droit à la liberté d'expression;
- le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses deux parents;
- la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les actes le concernant.

Par la suite, le 4 juillet 2006, l'Union européenne va adopter une communication intitulée «*Vers une stratégie européenne sur les droits de l'enfant*». Ce document débute par la phrase suivante : «*Les droits de l'enfant font partie intégrante des droits de l'homme, que l'Union européenne et ses États membres sont tenus de respecter en vertu des déclarations et traités internationaux en vigueur, en particulier la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et ses protocoles facultatifs, ainsi que les objectifs du millénaire pour le développement et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)*».

Ce document définit sept objectifs spécifiques de l'Union européenne en matière de droits de l'enfant, ainsi le point 3 précise «*par cette communication, la Commission s'efforce de faire en sorte que toutes les politiques internes et externes de l'Union européenne respectent*

*les droits de l'enfant, conformément aux principes du droit communautaire, et soient pleinement conformes aux principes et dispositions de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et autres instruments pertinents du droit international (prise en compte systématique, ou «mainstreaming»)».*

Le **Traité de Lisbonne** qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, contient des dispositions relatives aux droits de l'enfant en particulier dans ses articles 2 §3 (où il est dit que l'Europe promeut la protection des droits de l'enfant) et § 5 (où il est dit que dans ses relations avec le reste du monde elle promeut également les droits de l'enfant); mais ces textes n'ont pas de caractère contraignant qui ouvrirait par exemple la possibilité de saisir la cour de justice des communautés (CJCE).

Surtout on peut regretter alors que par ce traité l'Union adhère à la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme** (article 6 § 2) et intègre les droits fondamentaux garantis par ce textes dans le droit communautaire en les qualifiant de principes généraux, mais qu'il n'en ait pas été de même de la Convention sur les droits de l'enfant. Cela

aurait pu être une bonne façon de célébrer son vingtième anniversaire.

Cela en outre était conforme à la position adoptée par la CJCE au sujet de la Convention de New York. En effet, la **cour de justice**, dans un **arrêt du 14 février 2008** a énoncé 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. La Cour a déjà eu l'occasion de rappeler que ces instruments internationaux figurent 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 (voir, notamment, arrêt du 27 juin 2006, Parlement/Conseil, C-540/03, Rec. p. I-5769, point 37)*»<sup>(1)</sup>.

\* Avocat à la cour, droit de la famille et droit international.

(1) CJCE 14 février 2008, affaire C-244/06

En l'espèce, le litige concernait l'importation depuis le Royaume-Uni vers l'Allemagne, de bandes dessinées japonaises appelées «*animes*» dans leur version sur DVD ou cassette vidéo. Celles-ci avaient fait l'objet, avant leur importation, d'un contrôle par la commission britannique de classification des films qui, faisant application des dispositions britanniques relatives à la protection des mineurs, les avait classés dans la catégorie «*interdit aux moins de 15 ans*». Une société concurrente a saisi les juridictions allemandes afin d'interdire la vente par correspondance de tels vidéogrammes en Allemagne. Selon elle, la loi sur la protection des mineurs interdit la vente par correspondance de vidéogrammes n'ayant pas fait l'objet, en Allemagne, d'un contrôle en application de cette loi et ne comportant pas d'indication relative à l'âge à partir duquel ceux-ci peuvent être vus résultant d'une décision de classement émanant d'une autorité régionale supérieure ou d'un organisme national d'autorégulation.

La CJCE était saisie d'une question préjudicielle posée par les juridictions allemandes où il s'agissait d'apprécier si l'interdiction énoncée par la loi allemande sur la protection des mineurs pouvait s'opposer à la libre circulation des marchandises.

La CJCE va rappeler «*qu'en vertu de l'article 17 de la Convention relative aux droits de l'enfant, les États parties reconnaissent l'importance de la fonction remplie par les médias et veillent à ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale. Le même article, sous e), précise que lesdits États favorisent l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être*» et considérer qu'en l'espèce l'objectif de protection de l'enfant énoncé par le droit allemand justifie la limitation apportée à la libre circulation des marchandises.

Ainsi, le symbole n'est pas anodin pour cette première invocation de la CIDE

elle vient s'opposer à l'un des principes fondateurs de la Communauté européenne : **la libre circulation des marchandises**.

Il résulte de cette jurisprudence que si les textes fondamentaux de l'Union européenne ne se réfèrent pas à la CIDE, la CJCE semble prête à faire en sorte que ces principes soient respectés dans le cadre des litiges qui lui sont soumis.

Depuis cet arrêt, il n'y a pas eu à notre connaissance, d'autres décisions de la CJCE dans le même sens.

Cependant, il convient de relever que dans un arrêt du 2 avril 2009 <sup>(2)</sup>, relatif à l'application du Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dans ses dispositions relatives à **l'autorité parentale**, la CJCE va, en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, exiger des juridictions des États membres de se conformer à des obligations qui ne figurent pas dans le Règlement.

Certes, ces exigences que sont l'obligation pour un juge de désigner le tribunal compétent en cas de déclaration d'incompétence et l'obligation d'aviser les autorités de la résidence habituelle de l'enfant si les juridictions d'un autre État membre sont amenées à prendre des mesures provisoires ou conservatoires à l'égard de l'enfant en application de l'article 20 du Règlement <sup>(3)</sup> sont dans l'esprit de la coopération que ce texte a voulu instituer entre les États membres. Mais, il est remarquable de constater que la Cour est plus volontariste sur ce point

que les États membres pour consacrer cette coopération afin de faire prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant.

De même, dans une affaire Rindu du 11 juillet 2008 <sup>(4)</sup>, la CJCE, saisie d'une question préjudicielle relative à l'interprétation des dispositions du Règlement Bruxelles II *bis* <sup>(5)</sup>, a justifié l'utilisation de la **procédure d'urgence en se fondant sur l'intérêt de l'enfant**. Elle a pu ainsi rendre sa décision dans les six semaines suivant sa saisine.

Ces décisions démontrent la prégnance des principes énoncés par la CIDE dans la jurisprudence de la CJCE. Mais, il convient de relever que ces arrêts ont été rendus en application du Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, texte qui est fortement inspiré des principes énoncés par la CIDE.

Il sera intéressant de voir la position que la CJCE adoptera si elle est un jour saisie de questions relatives à l'application de textes tels que la directive 2008/115 <sup>(6)</sup> à propos du **séjour irrégulier qui autorise l'enfermement et l'éloignement de mineurs** pendant une période de 6 mois. Aura-t-elle alors l'occasion de faire valoir les principes de la CIDE qui ont été totalement ignorés lors de la rédaction de ce texte ? Rappelons cependant que les hypothèses de saisine de la CJCE sont limitées et donc ses possibilités de faire valoir les principes de la CIDE.

(2) CJCE 2 avril 2009, Affaire C-523/07.

(3) Règlement (CE) n°2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, art. 20 : «Mesures provisoires et conservatoires;

1. En cas d'urgence, les dispositions du présent règlement n'empêchent pas les juridictions d'un État membre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet État, prévues par la loi de cet État membre même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond.

2. Les mesures prises en exécution du paragraphe 1 cessent d'avoir effet lorsque la juridiction de l'État membre compétente en vertu du présent règlement pour connaître du fond a pris les mesures qu'elle estime appropriées».

(4) CJCE 11 juillet 2008, affaire C-195/08 PPU.

(5) Règlement (CE) n° 2201/2003, voy. note 3.

(6) Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO n° L348/98/CE du 24 décembre 2008.

## EFFET DIRECT OU NON APPLICABILITÉ DE LA CONVENTION INTERNATIONALE RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT EN DROIT INTERNE FRANÇAIS

Articles	Droits reconnus	Jurisprudence sur les dispositions ne créant que des obligations entre les États Ju	Jurisprudence sur les dispositions créant des droits à l'égard des particuliers
Article 2	1. non-discrimination dans la mise en œuvre des droits de l'enfant	C.E., 10 juillet 1996, n° 162098 C.E., 29 janvier 1997, n°173470 C.E., 30 juin 1999, n° 191232 C.E., 6 juin 2001, n° 213745	C.E., 29 janvier 1997 n° 173470 C.E., 30 avril 1997, n° 176205, Association « <i>L'enfant et son droit</i> », Cass. crim., 16 juin 1999, n° 98-84538
	2. toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille	C.E., 30 juin 1999, n° 191232 C.E., 6 juin 2001, n° 213745 C.E., 29 janvier 1997, n°173470	C.E., 30 avril 1997, n° 176205, Association « <i>L'enfant et son droit</i> » Cass. crim., 16 juin 1999, n° 98-84538
Article 3	1. dans toute décision qui le concerne, « <i>l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale</i> »		C.E., 22 septembre 1997, n° 161364 Cass. 1 <sup>ère</sup> civ, 18 mai 2005, nos 02-16336 et 02-20613 Cass. 11 juin 2009, n° 08-15771, Bull. 2009, II, n° 158
	2. droit à la protection et aux soins nécessaires à son bien-être	C.E., 6 octobre 2000, n° 216901, 217800, 217801, 218213, Association « <i>Promouvoir</i> » C.E., 31 octobre 2008, n° 293785, Observatoire international des prisons C.E., 27 juin 2008, Fatima A., n°291561	
	3. fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection 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	C.E., 31 octobre 2008, n° 293785, Observatoire international des prisons	
Article 4	1. « <i>droit inhérent à la vie</i> » (déclaration interprétative de la France: ne fait pas obstacle à la loi autorisant l'avortement)	C.E., 29 janvier 1997, n°173470	C.E., 30 avril 1997, n° 176205, Association « <i>L'enfant et son droit</i> »,
Article 5	respect de l'autorité parentale	C.E., 30 avril 1997, n°161976 C.E., 6 octobre 2000, n° 216901, 217800, 217801, 218213, Association « <i>Promouvoir</i> »	

Articles	Droits reconnus	Jurisprudence sur les dispositions ne créant que des obligations entre les États	Jurisprudence sur les dispositions créant des droits à l'égard des particuliers
Article 6	1. «droit inhérent à la vie» (déclaration interprétative de la France: ne fait pas obstacle à la loi autorisant l'avortement	C.E., 29 décembre 1997, n° 170098, 173011, 173012	
	2. les États «assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant»	C.E., 29 décembre 1997, n° 170098, 173011, 173012	
Article 7	1. droit à un nom, une nationalité, et, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et d'être élevés par eux	C.E., 10 avril 1996, n° 150167, Préfet du Val d'Oise C.E., 6 mai 1996, n° 162250, Préfet de la Gironde C.E., 30 avril 1997, n° 161976 C.E., 11 octobre 1996, n°168545 C.E., 9 juillet 2003, n° 238.724	Cass. civ. I, 7 avril 2006, n° 05-1 1285, Bull. 2006, I, n° 195, p. 171
Article 8	2. Mise en œuvre des instruments internationaux. Eviter les enfants apatrides		
	1. droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales	C.E., 6 mai 1996, n° 162250, Préfet de la Gironde C.E., 21 octobre 1996, n° 165080 C.E., 1 <sup>er</sup> avril 1998, n° 155096 C.E., 29 janvier 1997, n° 173470 C.E., 29 décembre 2004, n° 265003	
	2. Assistance et protection aux enfants privés d'identité		
Article 9	1. droit de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents sauf si cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant	C.E., 29 juillet 1994, n° 143866, Préfet de la Seine-Maritime C.E., 6 mai 1996, n° 162250, Préfet de la Gironde C.E., 29 janvier 1997, n°173470 C.E., 31 mai 2000, n° 210366 C.E., 6 juin 2001, n° 213745 C.E., 9 juillet 2003, n° 238724 C.E., 24 mars 2004, n° 258031 C.E., 29 décembre 2004, n° 265003	
	2. toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues		
	3. droit de l'enfant, séparé de ses parents, d'entretenir des relations personnelles régulières et des contacts directs avec eu	C.E., 29 décembre 2004, n° 265003	Cass. civ. I, n° 06-12687, Bull. 2007, I, n° 199
Article 10	1. bienveillance des États vis-à-vis des demandes de «réunification familiale»	C.E., 10 avril 1996, n° 150167, Préfet du Val d'Oise	C.E., 1 <sup>er</sup> avril 1998, n° 155096
	2. droit des enfants de quitter tout pays et de revenir dans leur propre pays	C.E., 10 avril 1996, n° 150167, Préfet du Val d'Oise C.E., 6 mai 1996, n° 162250, Préfet de la Gironde C.E., 29 janvier 1997, n°173470 C.E., 9 juillet 2003, n° 238724	C.E., 1 <sup>er</sup> avril 1998, n° 15509

Articles	Droits reconnus	Jurisprudence sur les dispositions ne créant que des obligations entre les États	Jurisprudence sur les dispositions créant des droits à l'égard des particuliers
Article 11	1. lutte contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger 2. conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants	C.E., 10 avril 1996, n° 150167, Préfet du Val d'Oise	
Article 12	1. droit d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant et de la voir prise en considération	C.E., 3 juillet 1996, n°140872	
	2. possibilité pour l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant	C.E., 3 juillet 1996, n°140872	Cass. 1 <sup>ère</sup> civ, 18 mai 2005, n° 02-20613 C.E., 27 juin 2008, n° 291561, Fatima A
Article 13	1. liberté d'expression, de recevoir ou répandre des informations ou des idées		
Article 14	1. liberté de pensée, de conscience et de religion	C.E., 3 juillet 1996, n°140872	
	2. Respect du droit et du devoir des parents de guider l'enfant dans l'exercice de la liberté de pensée et de conscience		
	3. liberté de manifester sa religion ou ses convictions		
Article 15	liberté d'association et de réunion pacifique		
Article 16	1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation	C.E., 11 octobre 1996, n°168545, Association « <i>La défense libre</i> »	C.E., 10 mars 1995, n°141083 C.E., 21 février 1997, n° 171893 C.E., 29 décembre 2004, n° 265003 Cass. crim., 16 juin 1999, n° 98-84538
	2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes		C.E., 10 mars 1995, n°141083 C.E., 21 février 1997, n° 171893 C.E., 29 décembre 2004, n° 265003 Cass. crim., 16 juin 1999, n° 98-84538
Article 17	Accès à une information visant à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale		
Article 18	1. les parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement	C.E., 29 mai 2002, n° 240001	C.E., 30 avril 1997, n° 176205, Association « <i>L'enfant et son droit</i> »
	2. droit à une aide appropriée de l'État aux parents dans l'exercice de leurs responsabilités d'élever les enfants		
	3. droit à des services de garde d'enfants aux parents qui travaillent		
Article 19	1. protection de l'enfant contre toute forme de violence 2. prévention des mauvais traitements suivis des enfants victimes		

Articles	Droits reconnus	Jurisprudence sur les dispositions ne créant que des obligations entre les États	Jurisprudence sur les dispositions créant des droits à l'égard des particuliers
Article 20	1. droit de l'enfant privé ou retiré de son milieu familial à une protection et une aide spéciales de l'État	C.E., 6 juin 2001, n° 213745	
	2. protection de remplacement conforme à leur législation nationale		
	3. Protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la «Kafala» de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié, nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique		Cass. civ. I, 25 février 2009, n° 08-1 1033, Bull. 2009, I, n° 41
Article 21	l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale en matière d'adoption; l'adoption internationale n'est envisagée qu'en l'absence de solution dans le pays d'origine		
Article 22	protection et assistance humanitaire à l'enfant réfugié, recherche des parents, même protection temporaire ou définitive que les autres enfants		
Article 23	1. droit des enfants handicapés à mener une vie pleine et décente		
	2. droit des enfants handicapés à bénéficier de soins spéciaux et à recevoir une aide adaptée		
Article 24	1. droit de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation	C.E., 31 juillet 1996, n° 153399, Préfet de la Seine-Maritime C.E., 23 avril 1997, n°163043, GISTI C.E., 28 avril 2004, n° 253365	
	2. Réduire la mortalité parmi les nourrissons et les enfants, assurer à tous les enfants l'assistance médicale et les soins de santé nécessaires, développer des soins de santé primaires; lutter contre la maladie et la malnutrition		
	3. abolition des pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants		
	4. favoriser et à encourager la coopération internationale en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation du droit		
Article 25	examen périodique du traitement physique ou mental de l'enfant placé et des circonstances de son placement		
Article 26	1. droit à la sécurité sociale	C.E., 23 avril 1997, n°163043, GISTI	
	2. prestations accordées en tenant compte des ressources et de la situation des personnes		
Article 27	1. droit à un niveau de vie suffisant pour permettre le développement de l'enfant	C.E., 23 avril 1997, n°163043, GISTI	

Articles	Droits reconnus	Jurisprudence sur les dispositions ne créant que des obligations entre les États	Jurisprudence sur les dispositions créant des droits à l'égard des particuliers
	2. responsabilité des parents d'assurer le niveau de vie de l'enfant selon leurs moyens		
	3. les états adoptent des mesures appropriées pour une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement		
	4. mesures appropriées pour assurer le recouvrement des pensions alimentaires		
Article 28	1. droit à l'éducation, l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous, accès à l'enseignement secondaire, supérieur	C.E., 21 octobre 1996, n° 165080 C.E., 29 décembre 1997 n° 170098, 173011, 173012 C.E., 29 janvier 1997, n°173470s	
	2. la discipline scolaire doit être compatible avec la dignité de l'enfant en tant être humain et conformément à la Convention		
	3. coopération internationale dans le domaine de l'éducation,		
Article 29	1. buts de l'éducation: favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant, inculquer le respect des droits de l'homme, le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne, préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, inculquer le respect du milieu naturel	C.E., 21 octobre 1996, n° 165080 C.E., 6 juin 2001, n° 213745	Cass. 1 <sup>ère</sup> civ, 9 avril 1991, n° 90-05026 (implicite, non confirmé)
	2. liberté des personnes physiques ou morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement		
Article 30	respect des droits culturels spécifiques accordés aux minorités ethniques, religieuses ou linguistiques (réserve de la France)		
Article 31	1. droit au repos, aux loisirs, aux activités récréatives, et à participer à la vie culturelle et artistique		
	2. participation de l'enfant à la vie culturelle et artistique		
Article 32	1. droit à être protégé contre l'exploitation économique et interdiction de tout travail induisant un risque pour l'enfant		
	2. Les États parties prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives pour assurer l'application du principe, fixent un âge minimum ou des âges minimums d'admission à l'emploi, prévoient une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi, prévoient des peines ou autres sanctions appropriées		

Articles	Droits reconnus	Jurisprudence sur les dispositions ne créant que des obligations entre les États	Jurisprudence sur les dispositions créant des droits à l'égard des particuliers
Article 33	protection contre l'usage de drogues et empêcher que des enfants ne soient utilisés pour la production et le trafic illicites		
Article 34	protection contre toute violence ou exploitation sexuelle, la prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales, l'exploitation aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique		
Article 35	protection contre l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants		
Article 36	protection contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables au bien-être de l'enfant		
Article 37	a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants: ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de 18 ans		
	b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire: l'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, être qu'une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible		C.E., 14 févr. 2001, n° 220271 C.E., 12 juin 2006, n° 282275, GISTI
	c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge: en particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles;		C.E., 14 févr. 2001, n°220271 C.E., 12 juin 2006, n° 282275, GISTI C.E., 31 octobre 2008 n° 293785, Observatoire international des prisons C.E., 12 juin 2006, n° 282275, GISTI
	d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière		
Article 38	1. respect du droit humanitaire en cas de conflit		
	2. interdiction que des enfants de moins de 15 ans participent aux hostilités		
	3. pas d'enrôlement en-dessous de 15 ans		
	4. protection des enfants en cas de conflit		



Articles	Droits reconnus	Jurisprudence sur les dispositions ne créant que des obligations entre les États	Jurisprudence sur les dispositions créant des droits à l'égard des particuliers
Article 39	faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé		
Article 40	Justice : tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci		Cass. crim., 27 novembre 1990, n° 90-85658 (implicite)
	<p>2. b) À ce que tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait au moins le droit aux garanties suivantes:</p> <p>I - à être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie;</p> <p>II - à être informé dans le plus court délai et directement des accusations portées contre lui, ou, le cas échéant, par l'intermédiaire de ses parents ou représentants légaux, et à bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense.</p> <p>III - à ce que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable aux termes de la loi, en présence de son conseil juridique ou autre et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant en raison notamment de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux;</p> <p>IV - à ne pas être contraint de témoigner ou de s'avouer coupable; à interroger ou faire interroger les témoins à charge, et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans des conditions d'égalité;</p> <p>V - s'il est reconnu avoir enfreint la loi pénale, à faire appel de cette décision et de toute mesure arrêtée en conséquence devant une autorité ou une instance judiciaire supérieure compétentes, indépendantes et impartiales, conformément à la loi;</p>		Cass. crim., 27 novembre 1990, n° 90-85658 (implicite)

Articles	Droits reconnus	Jurisprudence sur les dispositions ne créant que des obligations entre les États	Jurisprudence sur les dispositions créant des droits à l'égard des particuliers
	<p>VI - à se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend ou ne parle pas la langue utilisée;</p> <p>VII - à ce que sa vie privée soit pleinement respectée à tous les stades de la procédure.</p>		
	<p>3. Les États parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier :</p> <p>a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale;</p> <p>3) De prendre des mesures, chaque fois que cela est possible et souhaitable, pour traiter ces enfants sans recourir à la procédure judiciaire, étant cependant entendu que les droits de l'homme et les garanties légales doivent être pleinement respectés.</p>		<p>Cass. crim., 27 novembre 1990, n° 90-85658 (implicite)</p>
	<p>4. Toute une gamme de dispositions, relatives notamment aux soins, à l'orientation et à la supervision, aux conseils, à la probation, au placement familial, aux programmes d'éducation générale et professionnelle et aux solutions autres qu'institutionnelles seront prévues en vue d'assurer aux enfants un traitement conforme à leur bien-être et proportionné à leur situation et à l'infraction.</p>		