

Les dérives de l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant Pierre Verdier¹

Dans un livre paru en 1983 sous le titre « Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant », Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD et Albert J. SOLNIT écrivaient :

« Le concept d'intérêt de l'enfant est souvent invoqué pour justifier des interventions qui s'avèrent catastrophiques pour les enfants et leurs familles. Que ce soit dans le domaine du divorce ou dans celui de la protection de l'enfance en danger, les adultes mandatés par la société : magistrats, policiers, travailleurs sociaux, médecins, interviennent au nom d'un concept aux contours vagues et qui permet bien des abus. »

Mon expérience corrobore totalement ces propos.

Comment et pourquoi ce concept est apparu dans notre droit ?

En fait, contrairement à ce qu'on affirme parfois rapidement, c'est un concept ancien qui a été créé au XIX^e siècle : On le trouve déjà par exemple la circulaire Duchâtel de 1840 relative à l'éducation surveillée.

Il a pour objet de permettre une interprétation au cas par cas. Ce n'est pas le subjectivisme ou l'arbitraire, mais c'est ce qui permet l'adaptation de la décision à la situation concrète.

Un peu comme la notion de capacité de discernement qui a remplacé aujourd'hui les seuils rigides du passé.

L'intérêt de l'enfant, ce n'est pas automatiquement de rester chez ses parents ou d'en être séparé, c'est ce qui justifie telle ou telle décision, à condition, j'y reviendrai, que ce soit après débat contradictoire et des justifications *in concreto*, et non pas seulement une formule magique incantatoire.

Mais son lustre particulier lui a été donné par la Convention Internationale des Droits de l'Enfant. Tout le monde a en mémoire l'article 3 :

« 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. »

Attention, la CIDE ne dit pas que l'intérêt de l'enfant est la seule considération. Elle dit « **une** considération primordiale ». C'est-à-dire une considération parmi d'autres.

Alors quelle utilisation en est faite, puisque c'est ce qui m'est demandé.

Je dirai que c'est

1. une référence utile,
2. mais un concept particulièrement flou,
3. et dont l'usage excessif peut s'avérer dangereux.

¹ Avocat au barreau de Paris

1/Une référence utile.

Bien sûr. Qui pourrait être contre l'intérêt de l'enfant ?

Cette référence permet d'échapper à toute application trop mécanique de la loi, qui pourrait aboutir à des absurdités. C'est une respiration. Une fenêtre ouverte à l'intelligence.

Quelques exemples sur l'intérêt de l'enfant :

- l'art. 371-4 du code civil pose que « l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants ». La loi de 2007 ajoute « seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit » et c'est une sage précaution.

- en ce qui concerne le choix des prénoms attribués à un enfant : la loi du 8 janvier 1993 a laissé entière liberté aux parents, mais comme on ne pouvait imposer un catalogue impératif, il était sage de fixer une limite et la loi a posé que si ce choix paraît « contraire à l'intérêt de l'enfant », l'officier d'état civil en avise le Procureur qui peut saisir le juge qui pourra attribuer lui-même un autre prénom (art 57 CC).

- selon l'article 350 du code civil, en cas de désintérêt manifeste des parents le service qui a recueilli l'enfant doit saisir le Tribunal d'une demande en déclaration d'abandon. Cela permettra à l'enfant d'être éventuellement adopté par une autre famille. Cette saisine est obligatoire depuis 1994 et le Tribunal doit obligatoirement prononcer la déclaration, le terme « peut être déclaré abandonné » ayant été remplacé par « est déclaré abandonné ».

Toutefois la Cour de cassation a estimé, *contra legem*, notamment en 1981 et en 1987 que « même lorsque les conditions d'application de ce texte sont réunies, l'intérêt de l'enfant peut justifier le rejet d'une requête aux fins de déclaration d'abandon² ».

- ainsi les conditions pour adopter un enfant sont particulièrement larges (il suffit d'avoir plus de 28 ans ou d'être marié depuis plus de deux ans³) et tout le monde ou presque les remplit : mais le Tribunal doit vérifier, selon l'article 353 CC, non seulement que les conditions de la loi sont remplies mais aussi que l'adoption est « conforme à l'intérêt de l'enfant ».

Pour qu'une société soit démocratique, il faut ces espaces de respiration, d'interprétation et d'adaptation, sinon on est dans un État totalitaire.

2/Mais c'est un concept particulièrement flou qui permet tout. L'intérêt de l'enfant, on le sait, est un concept mou. C'est une notion très subjective, qui peut être toujours invoquée pour justifier toutes les pratiques.

Il faut citer à ce propos la phrase célèbre du doyen Carbonnier : « *C'est la notion magique. Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Il est des philosophes pour opiner que l'intérêt n'est pas objectivement saisissable et il faudrait que le juge décide de l'intérêt d'autrui ! L'enfance est noble, plastique, et n'a du reste de signification que comme préparation à l'âge adulte : de ce qui est semé dans l'enfant à ce qui lèvera dans l'homme, quelle pseudoscience autoriserait le juge de prophétiser* ».

Ainsi on peut lui faire dire tout et son contraire.

² Civ. 1^{er} 6 janv. 1981, 20 nov 1985, etc.

³ art. 343 et 343-1 CC

Un exemple, bien connu :

Le 14 mai 2000 naissait à Nancy le petit Benjamin. Sa mère avait accouché sous X. L'enfant était recueilli par l'ASE et placé en vue d'adoption.

Mais le père, Philippe, avait reconnu son enfant deux mois avant la naissance dans le Bas-Rhin. Par la suite, il n'a cessé de le réclamer auprès du PCG, du Proc, du Préfet.

Lorsque l'affaire est passée devant le TGI de Nancy le 16 mai 2003 pour examiner la demande d'adoption, – Benjamin avait donc 3 ans – celui-ci a constaté que cet enfant avait un père... et au nom de l'intérêt de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux, a refusé de prononcer l'adoption et ordonné le retour.

Mais la Cour d'appel, le 27 février 2004 au nom du même intérêt de l'enfant a pris la décision totalement opposée et a prononcé une adoption plénière.

Il faudra une cassation le 7 mai 2006 et une nouvelle décision de la Cour d'appel de Reims pour régler définitivement ce problème.

Autres exemples :

- Est-il conforme à l'intérêt de l'enfant ou au contraire opposé à cet intérêt que des personnes de même sexe vivant ensemble exercent l'autorité parentale ?

On sait que l'adoption n'est pas ouverte aux couples homosexuels, mais l'adoption simple par celui qui n'est pas le géniteur permet que l'enfant ait une double filiation. On peut donc estimer que c'est tout avantage pour lui, qui est mieux protégé, dans la vie quotidienne et en cas de décès d'un des deux.

Le TGI de Paris, dans deux décisions rendues en 2001 et en 2003 l'a admis. Mais la plupart des juridictions le refuse au motif que ce ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant.

Finalement c'est l'orientation idéologique du magistrat ou du Tribunal qui définit l'intérêt supposé de l'enfant.

Le doyen Jean Carbonnier écrivait en 1960 « *l'intérêt de l'enfant est dans la loi, mais ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. À la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions de droit familial.* »

- en matière d'attribution du prénom, la décision est toujours subjective : un premier tribunal estime qu'appeler son enfant Mégane est contraire à son intérêt, puis la Cour d'appel estime que cet inconvénient est moindre que le trouble qu'entraînerait pour l'enfant un changement de prénom⁴.

L'autre problème, c'est que **l'intérêt on le construit, on l'oriente, on le façonne. Alors que le droit, c'est objectif et c'est du long terme.**

Un exemple, tiré de la pratique :

Il s'agit une maman du Nord de la France. Cette dame a un premier enfant très gravement handicapé. À la naissance de son deuxième enfant, il y a 16 ans, elle était désemparée par cette prise en charge et parce que son frère venait de se tuer dans un accident de moto.

⁴ Rennes 4 mai 2000, JCP 2001, IV 2655

Elle demande un accueil provisoire. On lui garantit qu'elle garde tous les droits

L'enfant est placée dès la sortie de la maternité en famille d'accueil par mesure administrative contractuelle.

Le service demande à la mère de ne pas aller la voir pour qu'elle s'adapte à son placement, « pour qu'elle se pose » comme ils disent.

Alors que l'enfant était suffisamment protégée par cet accueil administratif, un signalement est fait dès le premier mois et le juge des enfants ordonne un placement judiciaire au motif « que [l'enfant] est en recueil temporaire depuis sa naissance et que sa mère n'est jamais allée la voir ».

À aucun moment un élément de danger n'est décrit.

Par la suite, toutes les décisions judiciaires ont demandé de travailler vers un retour.

Mais voilà, ce que je n'ai pas encore dit, c'est que cette enfant née dans une famille musulmane pratiquante, a été placée dans une famille catholique, baptisée sans qu'on demande l'avis de la mère, fait ses deux communions, accueillie dans un collège catholique et qu'elle ne souhaite pas revenir chez ces gens qu'elle connaît à peine et qui ont un mode de vie très différent.

À certaines périodes, il y a eu un droit de visite médiatisée une heure par mois. Ça fait 12 heures par an. Quel vécu commun peut-on avoir avec un enfant que l'on voit 12 heures par an en présence d'un tiers ?

Les juges – en quinze ans, il y en a eu une dizaine – ont tous bien analysé mais n'ont pas voulu brusquer. L'un d'eux écrivait en 2006 « tout en respectant le rythme de J., et son angoisse indéniable de perdre la stabilité actuelle, il apparaît également essentiel qu'elle intègre sa filiation et sa culture, pour parvenir à une construction identitaire équilibrée ».

Alors aujourd'hui on est en présence de la situation suivante :

- une mère très attachée à son enfant dont elle a été injustement écartée ;
- une enfant de 15 ans et demi qui a grandi dans un autre milieu et une autre culture, et qui n'a jamais vu sa famille et ne veut pas y vivre.

Son intérêt à court terme, c'est de rester où elle est.

Son droit et le droit de sa famille, c'est un retour.

Le problème, c'est qu'on n'a pas respecté ces droits depuis 15 ans et que maintenant un retour serait une violence.

J'ai commencé ma plaidoirie en disant qu'il y a des jours où il est plus confortable d'être avocat que d'être juge.

3/Enfin, c'est un concept dont l'usage excessif peut s'avérer dangereux.

On peut lire ici ou là⁵ qu'il y aurait deux positions en matière de protection de l'enfance

- ceux qui défendent l'intérêt de l'enfant,
- et ceux qui défendent l'intérêt des parents.

En réalité, quarante années de pratique professionnelle m'ont appris que cette présentation au premier degré était pernicieuse.

Tous les parents que je rencontre, surtout les plus en difficulté, veulent que leurs enfants s'en sortent et réussissent et ne connaissent pas les mêmes galères. Je n'ai jamais vu, absolument jamais, de parents faire passer leur prétendu intérêt avant l'intérêt de l'enfant. Certes, on peut admettre que des parents ne peuvent pas penser l'intérêt de leur enfant, mais leur volonté, à part quelques pervers que je n'ai jamais rencontrés, c'est la réussite de leur enfant. Et leur réussite à travers celle-ci.

Droits des parents et droits de l'enfant vont ensemble : le premier droit de l'enfant, c'est d'avoir des parents en capacité de l'élever.

Non, le clivage est entre ceux qui voient l'enfant comme **objet de protection** et ceux qui positionnent l'enfant comme **sujet de droit**.

Pour moi, en effet, il y a deux logiques :

- la logique de la protection,
- et la logique de la promotion et du droit des personnes.

Les tenants de la protection pensent que seuls les professionnels peuvent définir à partir de leur savoir ce qui est bon pour l'enfant, quel est son intérêt. Et quand je dis de l'enfant, j'entends bien sûr, de l'enfant des autres. Et plutôt des pauvres.

Or chaque fois que le code invoque l'intérêt de l'enfant, c'est pour le priver d'un droit.

- ainsi deux récentes lois du même jour ont autorisé, sous certaines conditions et dans certaines limites, le partage d'informations entre personnes soumises au secret professionnel. Une de ces conditions est l'obligation d'informer les parents et l'enfant que l'on va partager des informations le concernant. Mais on peut les priver de ce droit « si cette information est contraire à l'intérêt de l'enfant »⁶ ;

- ainsi le président du Conseil général doit informer les parents lorsqu'il effectue un signalement à l'autorité judiciaire, « sauf intérêt contraire de l'enfant »⁷ ;

- ainsi l'article 371-5 CC pose que l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs sauf « si son intérêt commande une autre solution » ;

⁵ Par exemple Jean-Marc Lhuillier, *La protection de l'enfance*, supplément ASH, décembre 2007.

⁶ Art. L 226-2-2 CASF.

⁷ Art. L 226-2-1 CASF.

- ainsi l'enfant peut demander à être entendu par son juge et cette audition est de droit s'il en fait la demande, mais il peut l'adresser à une autre personne « lorsque son intérêt le commande »⁸ ;

- ainsi en 1984 pour la protection sociale et en 1986 pour la protection judiciaire, nous avons acquis que les placements devaient être revus périodiquement et ne pas perdurer jusqu'à ce qu'il en soit autrement décidé. Désormais, dans l'intérêt de l'enfant, ils peuvent être fixés sans échéance⁹ ;

- ainsi les parents sont informés du lieu d'accueil de leur enfant, c'est la moindre des choses, mais, si l'intérêt de l'enfant le nécessite ou en cas de danger, le juge décide de l'anonymat du lieu d'accueil.¹⁰

On le voit, c'est un instrument de pouvoir.

D'autant qu'il est invoqué pour justifier toutes les décisions, même les plus absurdes.

Les partisans du droit des personnes, s'inscrivent dans une autre logique : pour eux (pour nous), enfants et parents sont sujets de droits et c'est en leur reconnaissant ces droits et en leur donnant les moyens de les assumer qu'on les fera sortir de l'assistance.

Et que ce n'est pas en disqualifiant les parents qu'on aidera les enfants¹¹.

Pour eux, l'intérêt de l'enfant reste comme une référence, mais à plusieurs conditions. J'en dégagerai trois :

1/Que ce ne soit pas la seule référence. L'intérêt de l'enfant est indissociable de ses besoins et de ses droits.

Je n'invente pas : c'est ce que dit le nouvel article L112-4 CASF

« L'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs, ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant. »

La loi indique donc non pas une, mais **trois références**

- l'intérêt de l'enfant
- la prise en compte de ses besoins
- Le respect de ses droits.

Cela forme un tout. Et cela est essentiel. En effet, le droit c'est objectif, le droit ça se constate, alors que l'intérêt c'est toujours une appréciation. Et lorsqu'il semble y avoir conflit entre un droit établi et l'intérêt supposé, c'est le droit qu'il faut appliquer. Par exemple l'enfant a le droit de connaître ses parents¹² ; on ne peut l'en priver parce qu'on estime que ce serait contraire à son intérêt.

⁸ Art. 388-1 CC.

⁹ Nouvel art 375 CC

¹⁰ Art. 375-7 CC

¹¹ « Il est difficile d'admettre que la disqualification des parents que consacrent ces dispositions rendent l'enfant moins vulnérable, bien au contraire ! » Claire Neirinck, op. cit. p. 14.

¹² Art. 7 de la CIDE.

Jacqueline Rubellin-Devichi, Professeur de droit à l'Université Jean Moulin à Lyon, écrivait¹³ :

« On a dit justement que le recours à l'intérêt de l'enfant est parfois un moyen commode pour le juge de se dispenser d'appliquer la règle de droit, en toute bonne foi d'ailleurs, et nous avons essayé de démontrer combien l'intérêt de l'enfant devait être pris comme critère seulement lorsqu'il n'y a pas de règle applicable : il nous paraît que l'intérêt de l'enfant est d'abord de bénéficier de la règle de droit, lorsqu'il y en a une. »

Ailleurs elle écrivait : *« Donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit d'ignorer le droit ».*

La notion d'intérêt de l'enfant n'est pas inutile, mais elle n'est pas, à elle seule, opérante. Elle est comme une boussole : elle nous indique le nord, mais ne nous dit pas par quel chemin y aller. Elle est comme l'impossible, dont René Char nous disait que nous ne l'atteindrons jamais, mais qu'il nous sert de lanterne¹⁴

2/La deuxième condition est de dire qu'il n'appartient à personne et qu'il ne peut être esquissé que dans le contradictoire, avec l'enfant, avec ses père et mère seuls détenteurs de l'autorité parentale, éventuellement avec les professionnels.

Or actuellement il est souvent confisqué par les professionnels, ou les experts, qui s'appuient sur la Justice laquelle devient le bras armé de l'administration.

3/La troisième condition est de ne pas l'invoquer comme une incantation pour justifier toutes les dysfonctionnements. C'est-à-dire de dire en quoi, concrètement, il est de l'intérêt de l'enfant d'être placé ou d'être séparés de ses frères et sœurs.

Un dernier exemple tiré de ma pratique :

Deux sœurs, 1 et 3 ans, sont confiées à la même famille d'accueil. Celle-ci se trouvant trop âgée et fatiguée (l'assistante familiale a 63 ans), demande à en être déchargée.

L'ASE propose soit un placement en pouponnière (j'emploie volontairement le mot placement) soit un accueil séparé dans deux familles.

Les parents sont opposés à un placement institutionnel ainsi qu'à une séparation des deux enfants. Ils ne comprennent pas que dans un département de 1,5 million d'habitants, c'est le 93, une Région Île de France de 12 millions d'habitants, on ne puisse trouver une famille d'accueil susceptible d'accueillir deux enfants, mais c'est ce qui leur est dit.

L'inspectrice leur écrit la veille de l'entrée à la pouponnière :

« Dans l'intérêt de vos enfants un changement de lieu d'accueil a été réfléchi et recherché avec les différents professionnels chargés du suivi de la situation »

¹³ RFAS n° 4 oct/dec 1994 p. 163

¹⁴ René Char, *Recherche de la base et du sommet*, 1995, cité par Maryvonne Caillaux

D'abord pourquoi avec les professionnels et pas avec les parents ? Associer les parents, c'est possible, je vous assure, les parents sont des gens fréquentables, moi je travaille avec eux.

Mais dans ce service on préfère réfléchir entre professionnels, c'est plus confortable pour dire quel est l'intérêt des autres.

Ensuite pourquoi écrire « Dans l'intérêt de vos enfants », et ne pas dire la vérité ?

La vérité, c'est « dans l'intérêt supérieur de l'assistante familiale qui s'estime fatiguée » ou « dans l'intérêt bien compris du service qui ne veut pas chercher une autre solution ou accorder une dérogation »

Ou à la limite :

« bien que ce ne soit pas l'intérêt de vos enfants, je me vois contraint de... »

Personne n'osera écrire cela, Tartuffe n'est pas mort.

L'intérêt de l'enfant permet de s'exonérer de tous les droits. Ici le droit des deux sœurs de ne pas être séparées et aussi le droit des parents d'être associés.

Vous allez me dire « la pouponnière, c'était peut-être le seul moyen de laisser les deux enfants ensemble » : eh bien figurez-vous qu'elles seront dans le même établissement, mais en raison de leur différence d'âge, pas dans le même groupe !

Alors mes clients, — ils sont très mal élevés mes clients — ils disent « l'intérêt de l'enfant, c'est du foutage de gueule ».

Ils sont très mal élevés, mais tant qu'ils s'indignent, c'est qu'ils vivent encore. Et c'est cette indignation qui permettra peut-être un peu de sauvegarder cette flamme vacillante qu'est l'intérêt de l'enfant.

Et puis, puisque nous parlons d'intérêt, il y a un autre sens au mot intérêt, c'est le sens financier. D'ailleurs quand j'ai cherché ce mot dans la table alphabétique de mon Dalloz, il ne m'a renvoyé qu'à capitalisation, cautionnement, hypothèque, usure, prêt à intérêt, etc.