

# LA CIDE MODE D'EMPLOI

## La convention internationale des droits de l'enfant de 1989 et les intérêts supérieurs de l'enfant

*Plutôt que de faire référence à l'«intérêt supérieur» de l'enfant, concept abstrait sans portée pratique faisons appliquer les normes « supérieures », nationales et internationales qui traitent des intérêts des enfants.*

**Alain CORNEC**

Avocat, Docteur en droit.

Villard CorneC & Associés Paris

Vice Président DEI-France (Défense des enfants International)

Vice-président de l'Académie euro-américaine du droit de la famille

### Table des matières

1.LA CIDE, C'EST QUOI ?.....	2
1.1.La Convention internationale des droits de l'enfant.....	2
1.2.Les trois protocoles facultatifs de la CIDE.....	3
1.3.196 Etats ont ratifié la CIDE ... sauf les USA pourtant signataires. Un peu de droit public.....	3
1.4.la CIDE dans le droit positif français : 27110 occurrences dans Legifrance .....	4
2.LE MOTEUR DE LA CIDE : L'INTERET « SUPERIEUR » DE L'ENFANT (ARTICLE 3) .....	5
3.« INTERET DE L'ENFANT » OU « INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT » ? QUE DIT LE DROIT POSITIF ?.....	6
3.1.Intérêt de l'enfant : le Code civil.....	6
3.2.Intérêt supérieur comme concept ? .....	7
3.3.Intérêt supérieur de l'enfant : la CIDE .....	8
3.4.Confusion totale.....	9
3.5.Constitutionnalisation de la notion en 2019 .....	9
4.LES INTERETS SUPERIEURS DES ENFANTS.....	12
4.1.« L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT » abstrait n'existe pas, c'est une mauvaise traduction en français et en espagnol de l'anglais « best interest » .....	13
4.2.MAIS SI NOUS TROUVONS UN « INTERÊT SUPERIEUR DE L'ENFANT. » si cet intérêt supérieur existe en droit positif, le Code civil nous impose des règles d'interprétation.....	14
4.3.la convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les déplacements internationaux d'enfants donne un exemple concret de l'intérêt « normal » et de l'intérêt « supérieur » de l'enfant.....	14
4.4.LA CONVENTION DE LA HAYE ET L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT.....	16
4.5.SYNTHESE: LES INTERETS DEFINIS PAR LES CONVENTIONS SUR DROITS DE L'HOMME ET DE L'ENFANT.....	19
4.5.1. « Droits supérieurs ».....	19

4.5.2.Ces droits « supérieurs » peuvent s’opposer entre eux. Quel sera alors « le plus supérieur » ?? Les avatars de l’art 13 b, l’article 10 de Bruxelles II bis et l’affaire CEDH "Neulinger":.....	19
4.5.3.Dans tous les cas, les «intérêts supérieurs» doivent être identifiés et hiérarchisés. ....	20
4.5.4. Dans l'Union européenne, le critère d’ «intolérabilité» de l'art. 13b n’existe plus : l’intérêt supérieur de ne pas être déplacé a la priorité. ....	20
4.5.5.Les règles supérieures de la CIDE : passage de l’inefficacité à l’efficacité .....	20
4.5.6.Les règles supérieures de la CIDE .....	21
4.5.7.La CIDE pose des intérêts supérieurs de l'enfant: .....	21
4.5.8.Les droits issus de la CIDE (bref résumé) .....	22
4.5.9.Les autres normes supérieures des droits humains: concernant l’Europe.....	23
4.5.10.Le droit de l’enfant d’être entendu: .....	24
5.EN CONCLUSION, .....	25
6.ANNEXES.....	25
6.1. Annexe 1 Proposition de conclusions invoquant l’intérêt supérieur de l’enfant.....	25
6.2. Annexe 2 Décision du Conseil constitutionnel 2018- 768 QPC 21 mars 2019 .....	26
6.3. Annexe 3 La constitutionnalisation de l’intérêt supérieur de l’enfant .....	31
Pfr Hugues Fulchiron, D 2019 p.709.....	31
6.4. Annexe 4 «L’ Intérêt supérieur de l’enfant » : une incongruité grammaticale .....	33
... Ennuyeuse pour l’avocat.....	33
... Ennuyeuse pour le traducteur .....	33
... Ennuyeuse pour le grammairien français.....	35
6.5. Annexe 5 : Hiérarchiser les intérêts supérieurs des enfants. ....	36
Lois nationales .....	36
CEDH .....	37
6.6. Annexe 6 : Le risque grave ???.....	38
6.7. Annexe 7 ; le recours de Greta Thunberg devant l’ONU. ....	40
<a href="https://www.hcfea.fr/IMG/pdf/rapport_participation_transition_ecologique__version_finale_tome_1-2.pdf">https://www.hcfea.fr/IMG/pdf/rapport_participation_transition_ecologique__version_finale_tome_1-2.pdf</a> notamment pages 34-35 (résumé) et 97-105.....	40

## 1. **LA CIDE, C’EST QUOI ?**

### 1.1. ***La Convention internationale des droits de l’enfant***

- ! La convention internationale des droits de l’enfant du 20 novembre 1989 aussi “convention de New York” ou CIDE;
- ! début d’une nouveauté extraordinaire. On sort d’une approche de l’enfance basée sur l’assistance sociale, où les enfants ne sont que l’objet de bons soins. Ils cessent d’être seulement sujets de droits humains Il sont désormais des êtres humains, des individus à part entière ayant leurs propres droits.

- ! Valeur universelle puisqu'adoptée par tous les pays du monde – sauf les USA;
- ! Instrument juridique dont les professionnels – notamment – peuvent se servir devant les autorités publiques en France ... et ailleurs ;
- ! Mais sous utilisé parce que mal connu.

Texte officiel complet sans paraphrase. Un lien officiel indispensable :  
[https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Conv\\_Droit\\_Enfant.pdf?msclid=37ded9eacdd811ecb066797c943784cb](https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Conv_Droit_Enfant.pdf?msclid=37ded9eacdd811ecb066797c943784cb)

Le texte « brut » montre, par exemple, que le préambule de la CIDE renvoie à l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing) adopté par l'Assemblée générale ( résolution 40/33 du 29 novembre 1985) ([https://bice.org/app/uploads/2014/06/un\\_ensemble\\_de\\_regles\\_minima\\_des\\_nations\\_unies\\_concernant\\_ladministration\\_de\\_la\\_justice\\_pour\\_mineurs.pdf](https://bice.org/app/uploads/2014/06/un_ensemble_de_regles_minima_des_nations_unies_concernant_ladministration_de_la_justice_pour_mineurs.pdf))

## 1.2. **Les trois protocoles facultatifs de la CIDE**

3 protocoles facultatifs complètent le CIDE. Les États parties à la Convention sont libres de ratifier ou non. Ils concernent :

- ! [la vente, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants](#)
- ! [l'implication d'enfants dans les conflits armés](#)

Adoptés par l'ONU le 25 mai 2000,. entrés en vigueur : le premier le 18 janvier 2002, ratifié par 126 pays. le 12 février 2002, concerne l'implication des enfants dans les conflits armés ; Le second il a été ratifié par 120 pays. La France les a ratifié le 5 février 2003.

- ! [Le mécanisme de dépôt de plainte individuelle en cas de violations des droits établis par la CIDE.](#) Adopté par l'ONU le 19 décembre 2011. Ratifié par la France en vigueur le 7 avril 2016.

( [www.un.org/french/index.shtml](http://www.un.org/french/index.shtml) - aller à : droits de l'homme/ instruments internationaux/ droits des enfants)

Ce troisième protocole donne toute son effectivité à la Convention en offrant aux enfants un mécanisme de recours international en cas de violations de droit que l'exercice des recours internes au pays n'aura pas permis de résoudre.

Ainsi Greta Thunberg et 15 autres enfants ont saisi en 2019 le Comité des Droits de l'Enfant de l'ONU d'une plainte contre la France, l'Allemagne, l'Argentine, le Brésil et la Turquie - les plus gros pollueurs signataires de ce protocole – pour leur incapacité à les protéger en respectant leur droit à un environnement sain

[https://www.hcfea.fr/IMG/pdf/rapport\\_participation\\_transition\\_ecologique\\_version\\_finale\\_tome\\_1-2.pdf](https://www.hcfea.fr/IMG/pdf/rapport_participation_transition_ecologique_version_finale_tome_1-2.pdf) notamment pages 34-35 (résumé) et 97-105 (Annexe 7 )

## 1.3. **196 Etats ont ratifié la CIDE ... sauf les USA pourtant signataires. Un peu de droit public**

Les règles contenues dans la CIDE sont des règles de droit international public, pas des règles internes. Elles s'adressent aux États (« les États parties s'engagent à ... » ) qui se promettent mutuellement d'être liés par ces règles.

Le document adopté doit être signé puis ratifié puis entrer en vigueur. Un État peut aussi adhérer à la convention.

Ce n'est qu'après l'entrée en vigueur que les États ayant signé et ratifié la convention sont considérés comme parties à la convention et deviennent liés par elle.

En France l'article 55 de la Constitution pose le principe que :

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

Le 20 novembre 1989, [l'Assemblée générale des Nations Unies](#) a adopté la [CIDE](#) après 10 ans de négociations. Pour qu'elle entre en vigueur, 20 États devaient la ratifier (Art. 49). La France l'a fait le 7 août 1990 (après le Bangladesh). Elle est en vigueur le 2 septembre 1990.

De ce jour, les enfants sont détenteurs de droits humains, plus seulement objets de droits.

Dans les années 90, 170 États – du Yémen au Pays-Bas, du Kenya, à l'Équateur – sont devenus parties à la [Convention](#). Le Soudan du Sud et la Somalie sont les plus récents à adhérer en 2015, portant le nombre total de parties à 196.

Cependant, un signataire n'a pas ratifié le traité : les [États-Unis](#).

- le Sénat américain a craint que la [CIDE](#) diminue et s'oppose aux droits parentaux.
- Surtout, le Sénat américain estime que la [CIDE](#) pourrait avoir des conséquences négatives pour la gouvernance des États.

Jusqu'en 2017, les USA ne pouvaient ratifier la CIDE : de nombreux états américains pouvaient appliquer la peine de mort ou une perpétuité effective aux mineurs dans. La peine de mort pour les mineurs a été interdite par la Cour suprême le 1<sup>er</sup> mars 2005, (Roper v. Simmons, 543 U.S. 551) et la perpétuité sans révision en 2017.

Mais les USA ne signent toujours pas et il y a de chances qu'ils le fassent: ratifier la [CIDE](#) traduirait un empiètement du gouvernement fédéral sur des sujets réservés aux États (famille, pénal, procédures...). Mais ils ont ratifié les deux premiers protocoles facultatifs :

- [implication d'enfants dans les conflits armés](#) ;
- [vente d'enfants, prostitution et pornographie mettant en scène des enfants](#).

<https://tbinternet.ohchr.org/>

#### 1.4. **la CIDE dans le droit positif français : 27110 occurrences dans Legifrance**

Codes (8)

Textes consolidés (234)

Journal officiel (943)

Circulaires et instructions (295)  
Jurisprudence constitutionnelle (30)  
Jurisprudence administrative (21653)  
Jurisprudence judiciaire (1359)  
Accords de branche et conventions collectives (210)  
Accords d'entreprise (2316)  
CNIL (59)  
Jurisprudence financière (3)

1053 décisions de la Cour de cassation.dont 770 par les chambres civiles

## 2. LE MOTEUR DE LA CIDE : L'INTERET « SUPERIEUR » DE L'ENFANT (ARTICLE 3)

Article 54 CIDE pose que les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe font également foi, ... Un des problèmes vient de ce que tous les textes ne disent pas exactement la même chose...

<https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>  
(texte accessible en remplaçant /fr/ par en (anglais) es (espagnol) ru (russe) ar (arabe)... mais pas de version chinois avec cn...

### Texte français

Article 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.**

2. Les Etats 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 Etats 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 Ministère des Affaires étrangères - Mission de l'Adoption Internationale 2003 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.

Voici ce que disent les différentes versions accessibles :

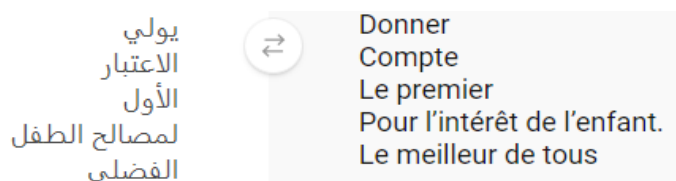
**Espagnol** : En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**.

**Anglais :** In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, **the best interests of the child** shall be a primary consideration

**Russe :** Во всех действиях в отношении детей, независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется **наилучшему обеспечению интересов ребенка**. [m à m : « reçoit la meilleure garantie intérêt enfant », les meilleurs intérêts]

**Arabe :**

3.1. في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى.



3. **« INTERET DE L'ENFANT » OU « INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT » ? QUE DIT LE DROIT POSITIF ?**

3.1. **Intérêt de l'enfant : le Code civil**

Au 7 mai 2022

- pour "intérêt de l'enfant" (intérêt + enfant) 3644 occurrences sur le site Legifrance
- 202 articles dans 29 codes dont 40 articles dans le code civil.
- Jurisprudence judiciaire 2662
- Jurisprudence administrative 808
- Jurisprudence constitutionnelle 10

Par exemple : **Article 373-2-1** (en vigueur au 11 juillet 2010) = choisir entre Papa et Maman

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, conformément à **l'intérêt de l'enfant**, la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet.

Lorsque **l'intérêt de l'enfant** le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un **danger** pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de

rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée.

Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale 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](#).

-

En dernier lieu [LOI n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption](#)

#### Article 9

A titre exceptionnel, pour une durée de trois ans à compter de la promulgation de la présente loi, lorsque, sans motif légitime, la mère inscrite dans l'acte de naissance de l'enfant refuse la reconnaissance conjointe prévue au IV de l'article 6 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, la femme qui n'a pas accouché peut demander à adopter l'enfant, sous réserve de rapporter la preuve du projet parental commun et de l'assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger avant la publication de la même loi, dans les conditions prévues par la loi étrangère, sans que puisse lui être opposée l'absence de lien conjugal ni la condition de durée d'accueil prévue au premier alinéa de l'article 345 du code civil. **Le tribunal prononce l'adoption s'il estime que le refus de la reconnaissance conjointe est contraire à l'intérêt de l'enfant et si la protection de ce dernier l'exige.** Il statue par une décision spécialement motivée. L'adoption entraîne les mêmes effets, droits et obligations qu'en matière d'adoption de l'enfant du conjoint, du partenaire d'un pacte civil de solidarité ou du concubin.

Voir Articles 348-3 , 375-1, 375 - 3 , 375-7

### 3.2. *Intérêt supérieur comme concept ?*

En résumé, l'emploi de l'expression « intérêt supérieur » se traduit par un contexte de maintien de l'ordre et annonce « du sang, de la sueur et des larmes », sans contenu précis ni unité totale de sens.

[Article L4111-1](#) Code des armées ([LOI n°2018-607 du 13 juillet 2018 - art. 15](#))

L'armée de la République est au service de la Nation. Sa mission est de préparer et d'assurer par la force des armes la défense de la patrie et des **intérêts supérieurs de la Nation**.

Idem pour la Gendarmerie (L3211-1 et s C Armées)

[Article L4231-2](#) CSP

Le Conseil national de l'ordre des pharmaciens est le défenseur de la légalité et de la moralité professionnelle.

Il coordonne l'action des conseils centraux des sections de l'ordre et joue un rôle d'arbitrage entre les différentes branches de la profession.

Il accueille toutes les communications et suggestions des conseils centraux et leur donne les suites qui **concilient au mieux les intérêts normaux de la profession et les intérêts supérieurs de la santé publique**.

[pourquoi pas le contraire ??]

#### [Article 21-27](#) Code de la nationalité

Nul ne peut acquérir la nationalité française ou être réintégré dans cette nationalité s'il a été l'objet soit d'une condamnation pour crimes ou délits constituant une atteinte aux **intérêts fondamentaux de la Nation** ... [voir articles 410 et s. Code pénal] [ou six mois sans sursis]

### 3.3. **Intérêt supérieur de l'enfant : la CIDE**

Nombre de décisions sur Légifrance :

Jurisprudence constitutionnelle (9)

Jurisprudence judiciaire (534)

Jurisprudence administrative (11326)

voir « La jurisprudence du Conseil d'État et les droits de l'enfant » [Rémy Schwartz](#), [Journal du droit des jeunes 2010/6 \(N° 296\)](#), pages 37 à 41  
<https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2010-6-page-37.htm#no18>

Recherche intérêt + supérieur + enfant : les trois mots sont présents dans 33 articles dans 12 codes mais neuf articles seulement emploient l'expression sans définition.

3 Code de justice pénale mineurs :

L311-2 et -3

L561-6 (droit d'asile)

R 413-3 (retenue et garde à vue)

Les mineurs placés en retenue et en garde à vue sont séparés des personnes majeures sauf :

**1° S'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas en être séparé ;**

**2°** A titre exceptionnel, si cette séparation n'apparaît pas possible, à la condition que la manière dont les mineurs sont mis en présence des personnes majeures soit compatible avec **l'intérêt supérieur de l'enfant**. (...)

1 Code de justice administrative L 213-2 (limite à la confidentialité de la médiation)

Lorsqu'une protection au titre de l'asile est octroyée à un mineur non accompagné des mesures sont prises dès que possible pour assurer sa représentation légale. Dans toutes les décisions le concernant, notamment en matière de placement et de recherche des membres de sa famille, il est tenu compte **de son intérêt supérieur**, de ses besoins particuliers ainsi que de son avis, en fonction de son âge et de sa maturité.

1 Code entrée et séjour L 423-8 (étranger parent d'un français) et L741-5(rétention)

La durée de rétention d'un étranger accompagné d'un mineur est la plus brève possible, eu égard au temps strictement nécessaire à l'organisation du départ. Dans tous les cas, le placement en rétention d'un étranger accompagné d'un mineur n'est possible que dans un lieu de rétention administrative bénéficiant de chambres isolées et adaptées, spécifiquement destinées à l'accueil des familles.

**L'intérêt supérieur de l'enfant** est une considération primordiale **pour l'application de la présente section**. (donc indirectement aussi articles L 741-1 à -4)



1 Code procédure pénale D1-12

2 Code Aide Sociale et de la famille annexes 4-8 et -9

### **Article R413-3 CPP (en vigueur depuis le 30 septembre 2021)**

Les mineurs placés en retenue et en garde à vue sont séparés des personnes majeures sauf :

**1° S'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas en être séparé ;**

**2° A titre exceptionnel, si cette séparation n'apparaît pas possible, à la condition que la manière dont les mineurs sont mis en présence des personnes majeures soit compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant. (...)**

#### **3.4. Confusion totale**

On voit que l'intérêt de l'enfant est une notion floue

« *laisser le juge décider en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui laisser le droit de ne pas appliquer le droit* » (Pfr Rubellin Devichi)

L'intérêt de l'enfant c'est un morceau de caoutchouc : le juge peut tirer dessus pour lui donner la forme qu'il souhaite (Bill Hilton)

Si l'intérêt de l'enfant est « n'importe quoi » l'intérêt supérieur de l'enfant est-il un « n'importe quoi supérieur » ?

Il ne suffit pas de dire comme l'a fait et le fait toujours la Cour de Cassation « le juge a pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant », c'est une appréciation souveraine du juge du fond, donc on peut s'en laver les mains. Par exemple : Chambre civile 1, 17 mars 2010, 08-14.619,

**“la cour d'appel, qui a pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et n'a pas refusé de le faire prévaloir, a souverainement estimé qu'en l'espèce, cet intérêt justifiait [la solution retenue]... ; d'où le moyen n'est pas fondé ;**

Les mots importants sont bien sûr « souverainement estimé » . L'intérêt de l'enfant (supérieur ou non) serait une appréciation de fait... (71 décisions sur Légifrance avec “intérêt supérieur de l'enfant” et “souverainement”).

Dernièrement : Chambre civile 1, 9 février 2022, 20-19.128, Inédit

8. La cour d'appel, qui a statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant **qu'elle a souverainement apprécié** et qui a procédé à la recherche prétendument omise, a ainsi légalement justifié sa décision.

Dès 2010, pour une solution concrète : sortir de l'abs ..... total

« Il faut NOMMER l'intérêt supérieur de l'enfant : La Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant”

[http://korczak.fr/m5prod/colloques\\_afjk/palais-bourbon\\_20nov2010/doc\\_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain\\_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980\\_13p.pdf](http://korczak.fr/m5prod/colloques_afjk/palais-bourbon_20nov2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980_13p.pdf)

#### **3.5. Constitutionnalisation de la notion en 2019**

Le Conseil constitutionnel avait été saisi une première fois à l'occasion du mariage pour tous. (Décision du 17 mai 2013 n° 2013-669 DC)

Le considérant 46 indique que pour les requérants « l'adoption par deux personnes de même sexe porterait atteinte au droit de l'enfant de mener une vie familiale normale ainsi qu'à la *protection de l'intérêt supérieur de l'enfant* ; qu'il en résulterait également une méconnaissance des stipulations de l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ; »

Réponse éludant l'application de la Cide et ne la mentionnant pas : toujours rien de concret.

51. Considérant, en outre, que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le respect de la vie privée ; que, toutefois, aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique ; **que, par suite, le grief tiré de ce que la possibilité d'une adoption par deux personnes de même sexe porterait atteinte au principe d'égalité et au droit à la protection de la vie privée doit être écarté.**

Aujourd'hui, le Conseil **constitutionnel** a sauté le pas et va bien plus loin que la cour de cassation dans sa décision **du 21 mars 2019 (n° 2018-768 QPC)** : il consacre **l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant** lorsqu'il rappelle ici les garanties applicables à un examen radiologique osseux pour déterminer l'âge.

**13.** ... compte tenu des garanties entourant le recours aux examens radiologiques osseux à des fins de détermination de l'âge, le législateur n'a pas méconnu l'exigence de **protection de l'intérêt supérieur de l'enfant découlant des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946**. Le grief tiré de la méconnaissance de cette exigence doit donc être écarté. Texte **Annexe 2**

Pas de mention de la CIDE, mais le pas est sauté : le Conseil serait prêt à sanctionner le législateur qui aurait méconnu l'exigence de **protection de l'intérêt supérieur de l'enfant**.

Voir obs Fulchiron D 2019 p 709 **Annexe 3**

Pour nous privatistes, certains aspects ne font pas partie de notre culture juridique.

L'intérêt de l'enfant est donc ici protégé par le préambule de la Constitution de 1946 ([IVe République](#)) il énonce des [droits et libertés fondamentaux](#), (principalement des droits économiques et sociaux) qu'il est apparu nécessaire d'ajouter à la [Déclaration des droits de l'homme et du citoyen](#) de 1789 à la fin de la [Seconde Guerre mondiale](#).

Après l'entrée en vigueur de la [Constitution de 1958 \(Ve République\)](#), **la décision 71-44 DC du 16 juillet 1971** a conféré à ce préambule [valeur constitutionnelle](#). Depuis, le [Conseil constitutionnel français](#) vérifie donc aussi la conformité des lois votées avec les dispositions constitué de ce texte devenu un des éléments du [bloc de constitutionnalité](#).

! la Constitution du 4 octobre 1958 (l'ensemble du texte) ;

! des normes complémentaires explicites ou écrites, à savoir ce préambule et les textes auxquels il renvoie ([Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789](#), [préambule de la Constitution de 1946](#), [Charte de l'environnement](#) de 2004) ;

! des normes complémentaires implicites ou non-écrites, à savoir les [principes fondamentaux reconnus par les lois de la République](#) (PFRLR) et les autres [principes](#) ou [objectifs](#) à valeur constitutionnelle.

les traités internationaux ont une valeur supérieure à la loi interne (article 55 de la constitution de 1958) mais le Conseil constitutionnel ne les intègre pas au bloc de constitutionnalité ... à moins que l'arrêt du 21 mars 2019 n'annonce un revirement. Mais la CIDE n'est pas citée dans les visas.

### Principes à valeur constitutionnelle (PVC)

Ils ont été dégagés sans être tirés d'un texte spécifique, sur le modèle des principes généraux du droit énoncés par le Conseil d'État.:

! continuité de l'État et du service public (Pinon, n°79-105 DC du 25 juillet 1979) ;

! protection de la dignité de la personne humaine, (n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994 et n°2013-674 DC du 1<sup>er</sup> août 2013<sup>5</sup> : "*la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle*") ;

! liberté contractuelle (indirecte, par reflet de la liberté au travail ? de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; décision n°98-401 DC du 10 juin 1998) ;

! liberté d'entreprendre (décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982) ;

! respect de la vie privée (décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995).

! principe de fraternité (Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018

- Article 2 : devise Liberté, Égalité, Fraternité + Préambule 1948)

### Objectifs de valeur constitutionnelle

Ces objectifs sont apparus dans la décision no 82-141 DC du [27 juillet 1982](#) : « il appartient au législateur de concilier [...] l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec [...] les **objectifs de valeur constitutionnelle** que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels. »

Le bloc de constitutionnalité figure **au sommet de la hiérarchie des normes**. La jurisprudence du [Conseil constitutionnel](#) ne distingue pas entre ces différents éléments : ainsi, les dispositions contenues dans la [Constitution](#) stricto sensu ne prévalent pas sur celles de la [Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789](#) ; de même, une norme explicitement citée dans l'un des textes appartenant au bloc de constitutionnalité n'est pas supérieure à une norme implicite, énoncée par le Conseil constitutionnel.

La notion de *bloc de constitutionnalité* permet ainsi au [Conseil constitutionnel](#) d'exercer un contrôle plus strict sur la loi, se basant sur de plus nombreux principes que n'en contient la constitution de 58 et même les autres textes.

**Après ce rappel, que dit sur ce sujet le préambule de la constitution de 1946 ?**

<https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946>

10. La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.

13. La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat.

#### **Conclusion :**

**Par l'arrêt du 21 mars 2019, le CC a tiré du préambule de la constitution de 1946 un intérêt supérieur de l'enfant. Le principe est acquis. Le droit « supérieur » est nommé. C'est effectivement la solution.**

#### **4. LES INTERETS SUPERIEURS DES ENFANTS**

Notre thèse :

Il n'existe pas un « intérêt supérieur de l'enfant » unique, abstrait et absolu, mais beaucoup « d'intérêts des enfants », qui peuvent être définis comme « supérieurs ». Cela montre qu'ils peuvent être concrets et utilisés dans le cadre interne de chaque pays.

Il faut donc que les avocats et les juges se saisissent de ces multiples « intérêts supérieurs » des enfants, issus de normes supranationales ou nationales et à les nommer clairement. Pour ce faire, forcément, nous devons tous lire et relire ces textes fondamentaux, les retirer de leur piédestal, où nous les croyons stockés sous des couches de naphtaline.

A nous les avocats de chercher de nommer les intérêts supérieurs des enfants, de les énumérer dans nos conclusions. Aux juges de donner effet à ces textes ou de motiver pourquoi ils ne le font pas.

Nous, professionnels du droit de la famille, devons essayer de convaincre nos juges et nos gouvernements de respecter ces règles internationales qui nous engagent et qui nous dépassent, eux, nous, et nos clients.

Au début était l'idée que « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » unique et abstrait n'existe pas logiquement (4.1), mais existe juridiquement (4.2), et se trouve illustrée dans la Convention de La Haye de 1980 (4.3 et 4.4 ), mais aussi dans les conventions sur les droits humains, notamment la Convention internationale sur les Droits de l'Enfant (4.5).

Ainsi, le concept d'«*intérêt supérieur de l'enfant*», est illustré concrètement dans un instrument juridique international, la Convention de La Haye XXVIII du 25 Octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, même s'il n'y figure pas en ces termes.

Dans ce cas, l'intérêt supérieur de l'enfant est de ne pas être déplacé de sa résidence habituelle sans droit.

Si «l'intérêt supérieur de l'enfant» 'comme concept unique semble manquer de sens, cet intérêt identifié et 'nommé'' est certainement un "intérêt supérieur".

Le rappel constant des règles internationales communes, qui s'imposent même aux États, contribuera à un monde meilleur ... ce qui serait le véritable intérêt supérieur de l'enfant.

4.1. « **L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT** » *abstrait n'existe pas, c'est une mauvaise traduction en français et en espagnol de l'anglais « best interest »*

« **best interest** » n'a jamais voulu dire « intérêt supérieur » mais « intérêt » tout court.

L'intérêt de l'enfant est très important, nous en convenons tous.

Mais est-ce d'une importance purement formelle comme pour une lettre dont on nous souhaite « excellente réception » ? Ou est-ce un superlatif ?? Et dans ce cas, meilleur ou supérieur à quoi? Ou à qui ??

A quoi ? face aux règlements administratifs. Il doit être prioritaire sur les autres intérêts. C'est essentiellement de la jurisprudence du Conseil d'Etat français.

(voir article de Renny Schmidt cité n°3)

À qui? Aux parents? La question n'est pas résolue.

Sur ce non sens logico-grammatical Voir **ANNEXE 4** .

4.2. **MAIS SI NOUS TROUVONS UN « INTERÊT SUPERIEUR DE L'ENFANT. » si cet intérêt supérieur existe en droit positif, le Code civil nous impose des règles d'interprétation.**

Puisque le droit positif (en France et dans nombreux pays) adopte l'expression "*Intérêt supérieur de l'enfant*", l'article 1191 s'impose : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun » Et il s'applique aux textes législatifs.

Puisqu'il semble y avoir deux types d'« intérêt de l'enfant » (l'ordinaire et le supérieur) cette différence confère-t-elle un effet ? Depuis le 18 mai 2005, Civ 1 02-16.336 la Cour de cassation française, incite les juridictions de première instance et d'appel à utiliser la formule «*intérêt supérieur de l'enfant* » sans contenu concret, sans lui faire produire d'effet à proprement parler . A la vérité, elle semble être une *formule magique*, à invoquer à tout prix sous peine de cassation.

Pourtant, un exemple concret permet de comprendre ce que peut être un intérêt « supérieur » par rapport à l'intérêt « normal ».

4.3. ***la convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les déplacements internationaux d'enfants donne un exemple concret de l'intérêt « normal » et de l'intérêt « supérieur » de l'enfant***

L'intérêt "ordinaire", habituel, c'est-à-dire «non supérieur » de l'enfant est certainement d'«*être élevé dans le meilleur contexte possible.*» si possible par ses deux parents. En général, faute d'accord, le juge choisit entre « Papa ou Maman » (supra page 7, art 372-2-1)

Mais l'intérêt «*supérieur*» de l'enfant, à la base de la Convention de La Haye de 1980 (ci après CH80) , c'est le droit de ne pas être enlevé de force de son lieu de résidence habituelle, pour pouvoir continuer à entretenir des relations avec ses deux parents.

Donc, la CH80 se fonde sur cet intérêt *supérieur* (non qualifié comme tel, mais visible), plus élevé que l'intérêt de l'enfant dans son sens habituel, supérieur à l'intérêt des parents, plus important que le point de vue national.

Avant l'entrée en vigueur de la convention, le parent ravisseur obtenait en général un avantage juridique grâce à son action illégale. L'enleveur était le plus souvent protégé par son juge national. La voie de fait préemptait le droit.

La Convention cherche à éviter à court terme la tentation de l'"enlèvement", en posant une solution quasi-automatique : remettre les choses dans l'état antérieur au déplacement, de revenir au "statu quo ante". Elle ne dit pas quelle est la loi applicable ni le juge compétent : ils dépendent du droit interne de l'État de résidence habituelle.

Inutile d'enlever l'enfant s'il est renvoyé immédiatement au "juge naturel" de sa résidence habituelle, qui en général n'apprécie pas l'enlèvement.

La CH est entrée en vigueur en France en 1983. Elle est aujourd'hui en vigueur dans plus de 100 pays ou territoires. Dans le contexte intérieur européen, le règlement "Bruxelles II bis" R 2203/2001 impose des règles plus strictes encore. L'objectif est de rétablir la situation antérieure au déplacement illicite de l'enfant, en le revoyant très vite dans son lieu de résidence habituelle, et en interdisant toute décision de justice sur la « garde » par un juge autre que celui du lieu de résidence habituel. Seul ce dernier peut agir en tenant compte de l'intérêt « ordinaire » de l'enfant, choisir entre Papa ou Maman, la décision de la CH n'étant pas « chose jugée » (article 19 CH : Une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la Convention n'affecte pas le fond du droit de garde.)

Rares sont les exceptions à cette règle. Les trois premières ne nécessitent pas de développement:

1. Acceptation du déplacement par l'autre parent.
2. Refus du retour par l'adolescent.
3. Procédure tardive.
4. Le plus problématique : le retour peut être refusé s'il existe un risque grave ou si une situation intolérable peut résulter du retour (CH80 article 13 b)

"...a) l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat 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. »

Le parent enleveur de l'enfant pense presque toujours agir dans l'intérêt de l'enfant, qui justifie l'enlèvement ou la rétention et qu'il peut donc essayer d'é luder l'application de la Convention, afin que l'enfant ne retourne pas dans son pays de résidence habituelle. Cet objectif ne peut être atteint qu'en cas de danger grave ou de « situation intolérable ».

Le parent "fugitif" craint que la garde soit décidée dans un pays quitté dans de mauvaises conditions. Il craint que les juges soient a priori favorables à l'autre parent, le plus souvent de la même nationalité que le juge. Ils craignent d'être sanctionnés pour leur départ.

Dans les années suivant l'entrée en vigueur de la CH80 dans un pays, ses tribunaux essaient souvent de ne pas l'appliquer en n'ordonnant pas le retour de l'enfant. Ils pensent servir les intérêts de l'enfant comme dans un divorce classique interne, sans tenir compte des critères restrictifs de la Convention. Que cet intérêt soit appelé « supérieur » ne change pas la réalité : il s'agit de l'intérêt immédiat, habituel, banal et non « supérieurs ».

Ainsi, la Cour de cassation française en 1999 ( 22 juin 1999, 98-17.902. ) a confirmé la décision d'une Cour d'Appel refusant le retour de deux enfants élevés d'Allemagne en France par leur mère française, avec des motifs étrangers à l'article 13b de la Convention de La Haye. La cour de cassation s'en lave les mains :

" Mais attendu que la cour d'appel, qui a justement retenu, par motifs propres et adoptés, que le risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable,

mentionnés par l'article 13, alinéa 1er, b, de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 pour justifier le non-retour des enfants déplacés pouvaient résulter d'un nouveau changement dans les conditions de vie des enfants, a **souverainement décidé** que la séparation de sa mère d'un enfant de trois ans, ainsi que la rupture de la fratrie, comportaient un danger psychologique immédiat, et que le retour brutal des enfants en Allemagne les placerait, compte tenu de leur jeune âge, dans une situation intolérable "

En d'autres termes, si on enlève un enfant de son pays de résidence habituelle, son retour peut à lui seul constituer un risque grave. Comme la Cour de Cassation s'en rapporte à l'appréciation souveraine des juges du fait, tout est possible. Il suffit d'invoquer l'« intérêt supérieur de l'enfant » pour éviter la cassation.

Cette décision (Cass. Civ. 1re, 22 juin 1999, pourvoi n°98-17902, Bull. civ. 1999 I N° 209 p. 136) a conduit au contre-enlèvement des enfants par leur père allemand. Si les juges n'appliquent pas la loi, pourquoi respecter leur décision?

Cette affaire a entraîné une réponse politique permettant d'atteindre une coopération entre les deux pays, une volonté commune de faire respecter efficacement la convention alors que jusque là, la France comme l'Allemagne n'en faisait qu'à sa tête. La cour de Karlsruhe a renvoyé les enfants en France. [https://www.liberation.fr/societe/1999/04/03/retour-en-france-des-enfants-tiemann-lancelin\\_270301/](https://www.liberation.fr/societe/1999/04/03/retour-en-france-des-enfants-tiemann-lancelin_270301/)

Dans le contexte de l'article 13b, la défense de "l'enleveur", est de présenter l'autre parent qui demande la restitution, comme « intolérable » pour les enfants. Au parent demandeur, qui parle de "kidnapping" (ce qu'il n'aurait pas fait dans un divorce « intérieur » sans élément international), on répond que vivre avec lui serait un « risque grave », « intolérable » pour ses enfants.

Ainsi on rétablit, on amplifie, le comportement agressif du divorce pour faute « à l'ancienne », mais avec un changement significatif de personne: l'inconduite alléguée n'est pas contre l'autre conjoint, mais contre les enfants. Pour s'opposer au retour de l'enfant, le défendeur le présente comme victime de faits « graves » ou « intolérables » dont il accuse le parent demandeur. On doit être conscient de la dynamique préjudiciable qui peut en résulter pour toute la famille, en particulier pour l'enfant. Celui qui entre dans un tel jeu sans raisons très sérieuses, peut-il vraiment dire qu'il tient compte de l'intérêt de l'enfant ?

#### 4.4. LA CONVENTION DE LA HAYE ET L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT

La Convention de La Haye ne fait pas référence à l'ISE. Elle ne fait même pas expressément référence à l'intérêt de l'enfant, sauf dans le préambule:

*« Les Etats signataires de la présente profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde ».*

On est pourtant en présence d'un « intérêt supérieur de l'enfant », général et abstrait, essentiel. Le droit de ne pas être séparé d'un parent dans des conditions illégales. La Convention ne traite pas de l'intérêt d'un enfant de vivre ici ou là, avec son père ou sa mère,



mais de l'intérêt général des enfants de ne pas être enlevés de force de leur centre de vie, avant même le choix spécifique du meilleur parent pour s'en occuper.

L'idée que le droit de ne pas être enlevé de force est un intérêt « supérieur » à « l'intérêt simple de l'enfant » est présente en permanence. Le rapport explicatif sur la CH 80 établi par Mme Elisa Pérez Viera n ° 20 et s. parle de l'intérêt supérieur de l'enfant tout en soulignant au n ° 23,

*« La partie dispositive de la convention ne contient aucune allusion explicite à l'intérêt de l'enfant en tant que critère correcteur de l'objectif conventionnel »*

Pour justifier le non retour, le seul « intérêt » que le Juge du retour ait le droit de prendre en compte est négatif (« intolérable »), celui de l'article 13b:

*« ...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. »*

« Grave » et « intolérable » sont des mots forts : cette solution doit être exceptionnelle.

La convention forge l'épée de Salomon, qui peut trancher (le procès ? l'enfant ? La mauvaise mère ? l'angoisse ?)... la menace de trancher amenant – on le souhaite – une solution favorable à l'enfant ( cf: Alain Cornec, La Convention de la Haye et le jugement de Salomon, Gaz.Pal. 2006 p 608).

Il existe des dangers « objectifs » : une épidémie, une guerre civile (mais il a été jugé à de nombreuses reprises que la situation en Israël n'est pas une raison pour ne pas y renvoyer l'enfant).

Mais quid de l'insupportable ou des risques « subjectifs » ? concrètement, est-ce dangereux de renvoyer l'enfant chez son père ? (En France, le plus fréquent demandeur au retour est un père étranger). Ne serait-ce pas préférable de rester avec la gentille maman française, selon ce que le juge estime être l'intérêt (commun/habituel) de l'enfant ? Plus raisonnable ? Certes, Maman est peut être "mieux" que Papa, mais "mieux" est le comparatif de bien, pas un superlatif comme « supérieur ». Et ici la norme exige un superlatif : " l'intérêt supérieur ".

Pour éviter le retour, certains pensent que tous les coups sont permis, qu'il n'y a pas de limites, sans tenir compte de la nécessité que, sur le long terme, l'enfant ait des relations avec l'autre parent. Mais quand le retour est refusé en raison de risque grave lié au père ou à la mère, dans la pratique, le droit de visite sera également refusé, justifié également par le danger. C'est l'attitude de « la fausse mère » dans le jugement du roi Salomon.

Traditionnellement, la violence domestique contre l'autre parent et la boisson sont alléguées pour justifier le refus de renvoyer l'enfant. A priori sans succès. Mais on voit aussi des allégations de violence physique ou sexuelle sur les enfants. Le juge doit tenir compte du fait que, quand il refuse le retour sur le fondement de l'article 13b, au motif d'un risque grave, simplement parce qu'il pense que l'enfant sera mieux en vivant avec la mère plutôt qu'avec le père, (ou vice-versa), il ne menace pas seulement de couper l'enfant, il le coupe vraiment.

Les accusations, prouvées ou non, doivent être très sérieuses pour satisfaire le critère de « risque grave », seul suffisant pour empêcher le retour prévu par de l'article 13b. Des

témoignages «héroïques» seront fournis par les proches dans des termes qu'ils n'auraient jamais employés dans un divorce interne français habituel.

Certains pays estiment que ces problèmes «subjectifs», et même les cas les plus extrêmes doivent être tranchés par les tribunaux du lieu de résidence habituelle. D'autres tribunaux se satisfont de la seule accusation d'un risque grave, pour estimer ne pas être en mesure de "prendre le risque".

Même si tous les pourvois en cassation invoquent "l'intérêt supérieur de l'enfant», la Cour de Cassation ne refuse pas de renvoyer un enfant pour un motif concret tenant compte de "l'intérêt supérieur de l'enfant". A condition bien sûr que la CH 80 s'applique (ce qui n'est pas le cas pour la République du Congo : civile 1, 17 janvier 2019, 18-23.849)

14 juin 2005 n °: 04-16942

13 juillet 2005 n ° : 05-10519 05-10521

10 juillet 2007 n ° I: 07-10190

25 février 2009 n ° I: 08-18126

17 juin 2009 n °: 07-16427

8 juillet 2010 n° 09-66406

20 octobre 2010 n ° 08-21161

Plus récemment, civile 1, 16 février 2022, 21-19.061, cassant un arrêt refusant le retour, mais on n'en sait pas plus sur le sens de « l'intérêt supérieur de l'enfant »...

Vu l'article 13, b, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 ... et l'article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989....

12. Il résulte du premier de ces textes 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.

**13. Selon le second, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

14. Pour dire n'y avoir lieu au retour de l'enfant au Canada, l'arrêt retient qu'[Z], aujourd'hui âgée de 8 ans, est parfaitement intégrée en Guadeloupe où elle vit avec sa mère depuis plus de quatre années et où elle bénéficie d'un environnement familial, amical et scolaire favorable à son épanouissement intellectuel, social et affectif, et qu'il n'est apporté aucun élément sur les conditions du retour de l'enfant auprès de son père, qu'elle ne connaît pas et avec lequel elle ne vivait pas au moment de son départ comme le révèle la décision de la Cour supérieure du Canada du 26 janvier 2015 ayant confié la garde de l'enfant à la mère et un droit de visite et d'hébergement au père.

**15. En statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui-ci en cas de retour immédiat ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, la cour d'appel a violé les textes susvisés.**

La situation est donc l'inverse de l'arrêt du 22 juin 1999, 98-17.902 cité plus haut. Mais si cet arrêt dit ce qui n'est pas l'intérêt supérieur de l'enfant, il ne dit pas en quoi il consiste.

#### 4.5. **SYNTHESE: LES INTERETS DEFINIS PAR LES CONVENTIONS SUR DROITS DE L'HOMME ET DE L'ENFANT**

##### 4.5.1. « Droits supérieurs »

Des instruments juridiques internationaux contiennent des «droits supérieurs », non nommés comme tels, comme on vient de le voir pour la Convention de La Haye de 1980.

D'autres en particulier la Convention de New York sur les droits de l'enfant (CRC) de 1989, utilisent l'expression «intérêt supérieurs de l'enfant "au moins dans les textes espagnol et français.

D'autres contiennent également des règles pour tous les êtres humains, par conséquent, ils incluent les enfants.

- Déclaration universelle sur les droits de l'homme (DUDH)
- Convention européenne des droits de l'homme. (CEDH).

Cette dernière a un recours effectif devant la Cour européenne des Droits de l'Homme à Strasbourg. Ses décisions s'imposent à tous les pays membres (pays «européen», y compris la Turquie et Israël).

##### 4.5.2. Ces droits « supérieurs » peuvent s'opposer entre eux. Quel sera alors « le plus supérieur » ?? Les avatars de l'art 13 b, l'article 10 de Bruxelles II bis et l'affaire CEDH "Neulinger":

Deux normes invoquant «l'intérêt supérieur de l'enfant » peuvent entrer en conflit. Ainsi, dans la décision du 6 Juillet 2010 de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme « Shuruk c/ Neulinger et Suisse »(6 Juillet 2010, reg. 41615/07) s'opposent les règles de la Convention de la Haye 80 et celles de la CEDH.

Le juge suisse avait ordonné le retour en Israël de l'enfant sur le fondement de la Convention de la Haye 80. La mère a saisi la CEDH. Après un long processus de trois ans de plus, la CEDH a rejeté le retour de l'enfant, pour violation de l'article 8 de la CEDH au nom de son «intérêt supérieur », allant ainsi apparemment à contre courant.

*« La Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes dans l'examen de la question de savoir si l'enfant serait confronté à un risque grave de danger psychique, au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye, en cas de retour en Israël. En revanche, elle est compétente pour rechercher si les tribunaux internes, dans l'application et l'interprétation des dispositions de cette convention, ont respecté les garanties de l'article 8 de la Convention, en tenant notamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. »*

Les commentateurs ont regretté cette décision paraissant revenir à un «intérêt de l'enfant » « à l'ancienne » qualifié abstraitement de « supérieur ». Peut-être faut-il y voir la conséquence de la durée de la procédure, cinq ans depuis le début dont trois devant la CEDH, et qu'Israël, avec une sévérité particulière, peut condamner le parent ravisseur à 20 ans de prison. (voir annexe 5)

4.5.3. Dans tous les cas, les «intérêts supérieurs» doivent être identifiés et hiérarchisés.

Nous avons vu qu'il existe avec la CH 80, un exemple concret de l'intérêt supérieur de l'enfant au-delà de "l'intérêt ordinaire" (vive avec maman ou papa).

Existe-t-il d'autres situations d' «intérêts supérieurs» ? Comment les hiérarchiser? Comme l'écrit Mme E. Perez Viera dans le rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 80 (au début de sa mise en œuvre) [http : 29 //www.hcch.net/upload/expl28s.pdf](http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf)

« L'intérêt de l'enfant de ne pas être déplacés de sa résidence habituelle, ... cède le pas devant l'intérêt primaire de toute personne de ne pas être exposée à un danger physique ou psychique, ou placée dans une situation intolérable. »

Donc, il n'y a pas seulement un "intérêt supérieur de l'enfant", mais plusieurs. Pour qu'un intérêt soit "supérieur" il doit répondre à deux impératifs:

- a) dépasser l'intérêt «ordinaire» des parents
- b) permettre de nommer l'intérêt supérieur que l'on entend ainsi promouvoir, et si possible en justifier par référence à une norme supranationale.
- c) ne pas être lui-même primé par un intérêt « supérieurement supérieur ».

Ce qui permet enfin de hiérarchiser les différents intérêts supérieurs.

4.5.4. Dans l'Union européenne, le critère d' «intolérabilité» de l'art. 13b n'existe plus : l'intérêt supérieur de ne pas être déplacé a la priorité.

Le règlement européen 2201/2003 dit règlement "Bruxelles II bis" confirme la Convention de La Haye de 80, en donnant un rôle plus important au juge (article 10) . En effet, il a institué un système de coopération entre les juges qui peuvent se transmettre directement les dossiers de l'un à l'autre sans passer par les autorités centrales. Ce procédé est censé être plus efficace et plus rapide. **Même en cas de refus de renvoyer l'enfant sur la base de l'art. 13b, l'article 10 du règlement maintient la compétence du juge de la résidence habituelle initiale de l'enfant pour juger sur des questions d'autorité parentale.** Les seules exceptions sont les suivantes:

- Que les titulaires aient accepté le déplacement.
- L'inaction d'un an et que l'enfant soit intégré dans son nouvel environnement.

4.5.5. Les règles supérieures de la CIDE : passage de l'inefficacité à l'efficacité

Une des grandes questions qui s'est posée pour l'application de la CIDE résulte d'un problème de droit international public : la convention est-elle « auto exécutoire » ou non, c'est-à-dire nécessite-t-elle des mesures d'application concrète dans l'État concerné ?

Le plus souvent, un article de la CIDE comporte un premier paragraphe qui pose un principe puis un plusieurs autres paragraphes qui définissent ce que doivent faire les états parties pour respecter ce principe.

On se trouve donc dans une situation analogue à celle d'une loi renvoyant à des décrets d'application pas été pris.

Ainsi pour les deux premiers paragraphes de l'art 3 (in extenso page 5)

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.

>>> Aucune mesure d'application n'est nécessaire

2. Les Etats 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** [????].

>>> Quoi ? Comment ?

En 1993, tandis que le conseil d'État appliquait la CIDE, la Cour de cassation s'y opposait. Civ 1 91-11.310

En 2005, la Cour de cassation a accepté que la prise en considération de l'intérêt de l'enfant (l'article 3.1 ne nécessitait pas de mesures d'application) Civ 1 : 02-16.336 18 mai 2005.

En 2019, le conseil constitutionnel a considéré comme exécutoire l'intérêt supérieur de l'enfant, en se fondant sur les 10° et 11°alinéas de la constitution de 1946 dont il déduit la protection de l'enfant dont il est déduit les conséquences nécessaires (. 5 et 6)

Il a également examiné le droit à la protection de la santé et le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et de l'inviolabilité du corps humain.

Ces principes figurent dans la CIDE. (articles 24 et 26 ; articles 15 et 19)

Le considérant 21 valide le texte également au regard du *principe de précaution* et de « *tout autre droit ou liberté que la constitution garantit* ».

On peut donc en déduire que la protection de l'intérêt de l'enfant, à travers le préambule de la constitution de 1946 permet d'appliquer toutes les dispositions du bloc de constitutionnalité à tous les droits définis par la CIDE

#### 4.5.6. Les règles supérieures de la CIDE

Selon la loi française, les droits énoncés dans la CIDE sont donc désormais au même niveau juridique que celles de la CH80.

Les deux textes sont des conventions internationales, qui priment sur les règles françaises internes (article 55 de la Constitution française de 1958). La Cour de cassation française a jugé en 2005 que la CIDE est applicable directement et que les parties peuvent l'invoquer directement et donc que les juges civils ou administratifs doivent l'appliquer. (Civ 1 18 mai 2005 202- 20613 et 02-16336).

#### 4.5.7. La CIDE pose des intérêts supérieurs de l'enfant:

L'article 3.1 de la CIDE en disposant que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale dans toutes les décisions qui le concerne, ne détermine pas une règle concrète. Au-delà de cela, on peut donner des exemples spécifiques d'intérêts supérieurs

- Article 3.2. Le droit à la protection et les soins pour le bien-être de l'enfant.
- Article 11. Le droit des enfants de ne pas être déplacés de force.
- Article 12.2. Le droit de l'enfant d'être entendu par le juge (cela signifie-t-il que l'enfant soit reçu de façon formelle, ou que lorsqu'il se plaint, sa plainte soit prise en considération?)
- Article 16. Le droit à la vie privée et à l'honneur.
- Article 19 protection contre la violence, physique ou mentale, y compris la violence sexuelle, etc.

#### 4.5.8. Les droits issus de la CIDE (bref résumé)

Chaque article pose un droit, en général dans le 1<sup>o</sup> paragraphe, la suite de l'article définissant les obligations des états.

**Article 1.** Définition de l'enfant: moins de 18 ans

**Article 2.** Droit à la non-discrimination

**Article 3.** Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

**Article 6.1.** droit inhérent à la vie.

**Article 7.1.** droit à un nom, à une nationalité, le droit de connaître leurs parents pour qu'ils prennent soin de lui.

**Article 8.1.** droit à l'identité.

**Article 9.1.** droit de ne pas être séparé de ses parents contre leur gré, à moins d'abus ou de négligence touchant l'enfant ou lorsque les deux vivent séparément et qu'une décision doit être prise sur le lieu de résidence de l'enfant.

**Article 9.2.** Toutes les parties prenantes doivent pouvoir participer aux délibérations et faire connaître leurs points de vue.

**Article 9.3.** Droit d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire aux intérêts de l'enfant.

**Article 10.** Un enfant dont les parents résident dans des Etats différents a le droit d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents.

**Article 11.** Lutte contre le transfert illicite et la rétention des enfants à l'étranger.

**Article 12.1.** L'enfant qui en est capable a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant. Leurs points de vue seront pris en compte en fonction de leur âge et de leur maturité

**Article 12.2.** l'enfant peut être entendu dans toutes les procédures qui le concernent.

**Article 13.1.** liberté d'expression.

**Article 14.** liberté de pensée, de conscience et de religion (... droit des parents de guider l'enfant)

**Article 15.** liberté d'association et de réunion.

**Article 16.** Protection de la vie privée, la famille, la maison, la correspondance, la réputation, l'honneur.

**Article 17.** L'accès à diverses informations nationales et internationales,

**Article 18**, les deux parents ont une responsabilité commune pour l'éducation et le développement des enfants

**Article 19**. Protection contre toute violence, abus physique ou mental, 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..

**Article 20**. Droit de tout enfant privé de milieu familial à une protection spéciale de l'Etat.

**Article 21**. L'adoption doit être prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant.

**Article 22**. Protection de l'enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ....

**Article 23**. L'enfant handicapé mentalement ou physiquement doit mener une vie pleine et décente dans la dignité, l'autonomie et la participation active à la vie de la communauté.

**Article 24**. Droit de jouir du meilleur état des services de santé pour le traitement et la réadaptation.

**Article 25**. Les enfants placés pour le soin de leur santé physique ou mentale, ont droit à un examen périodique de leur situation.

**Article 26**. Droit à la sécurité sociale.

**Article 27**. Droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour assurer son développement physique, mental, spirituel, moral et social. (Obligation des parents ou d'autres soignants, récupération de la pension alimentaire pour l'enfant de l'enfant même à l'étranger

**Article 28**. Droit à l'éducation, sur la base de l'égalité des chances (l'éducation primaire gratuite et obligatoire). (Enseignement secondaire) (Discipline scolaire compatible avec la dignité de l'enfant)

**Article 29** buts de l'éducation

**Article 30** un enfant appartenant à une minorité ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion et d'utiliser sa propre langue avec les autres membres de son groupe.

**Article 31**. Droit au repos et aux loisirs.

**Article 32** protection du travail des enfants.

**Article 33** Protection contre les abus ou la production de drogues illicites ou de la traite

**Article 34**. Protection contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et d'abus.

**Article 35**. Prévention de l'enlèvement, la vente ou la traite des enfants sous toutes ses formes.

**Article 36**. Protection contre l'exploitation préjudiciable pour le bien-être de l'enfant.

**Article 37**. Interdiction de la torture ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération pour les enfants de moins de 18 ans; procédures en cas de privation de liberté

**Article 38**. Les enfants de moins de 15 ans ne devraient pas prendre part aux hostilités.

**Article 39**. Faciliter la réadaptation et la réinsertion sociale d'un enfant victime de négligence, d'abus, d'exploitation, de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants ou de conflits armés enfant. Promouvoir le respect de soi et la dignité de l'enfant.

**Article 40**. Obligations en cas de poursuites pénales contre un enfant.

**Article 41**. La Convention établit des règles minimales.

#### 4.5.9. Les autres normes supérieures des droits humains: concernant l'Europe

Comme elles traitent de tous les êtres humains, cela comprend les enfants. Il est donc utile de donner également un bref résumé des articles.

## ! la déclaration universelle des droits de l'homme

Le texte intégral peut être trouvé DUDH <http://www.un.org/es/documents/udhr>  
[http://www.echr.coe.int/documents/convention\\_SPA\\_CEDH.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_SPA_CEDH.pdf)

Article 3. Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne.

Article 4. Nul ne sera tenu en esclavage.

Article 5. Nul ne peut être soumis à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Article 6. Reconnaissance de la personnalité juridique.

Article 7. Tous sont égaux devant la protection de la loi contre la discrimination.

Article 8. Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes.

Article 9. Nul ne peut être arbitrairement détenu.

Article 10. Droit à un tribunal indépendant et impartial.

Article 12. Protection contre l'ingérence arbitraire dans sa vie privée, de famille, son domicile ou sa correspondance, ainsi que contre les attaques à son honneur ou à sa réputation.

Article 14. Protection contre la persécution.

Article 15. Toute personne a droit à une nationalité.

Article 18. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Article 19. Toute personne a droit à la liberté d'opinion et d'expression.

Article 26. Toute personne a droit à l'éducation.

## ! Convention européenne des droits de l'homme

Article 2: Droit à la vie.

Article 3: Interdiction de la torture et des traitements inhumains.

Article 4: Interdiction de l'esclavage.

Article 5: Droit à la liberté et à la sécurité.

Article 6: Droit à un procès équitable.

Article 8: Droit au respect de la vie privée et familiale.

Article 9: La liberté de pensée, de conscience et de religion.

Article 11: Le droit à la liberté de réunion et d'association.

Article 12: Mariage.

Article 13: Droit à un recours effectif.

Article 14: interdiction de la discrimination.

Article 17: Interdiction de l'abus de droit.

### 4.5.10. *Le droit de l'enfant d'être entendu:*

Le retour de l'enfant ne constitue pas le critère absolu de l'intérêt supérieur

Un autre «intérêt supérieur» de l'enfant est d'être entendu. (Art. 3.1 CIDE). Par exemple dans le contexte de la CH 80, l'enfant qui se plaint des conséquences possibles du retour, peut être entendu (art 13 b §2) . Il ne doit pas se heurter à un mur d'incompréhensions, où le «juge du retour » se lave les mains des conséquences de sa décision, sans se préoccuper



de l'exactitude des allégations, au motif de la présomption d'innocence de l'auteur potentiel qui "n'a pas été condamné."

## 5. **EN CONCLUSION.**

Nous n'avons pas seulement un concept d'«intérêt supérieur de l'enfant» abstrait et vide. Nous sommes en présence de beaucoup d'intérêts nommés, tout à fait spécifiques, juridiquement fondés sur les accords internationaux et des normes supérieures à la loi interne, qui peuvent être décrits comme «supérieurs». Les intérêts des enfants, qui sont d'un intérêt public "supérieur" nécessitent que le juge mette en perspective l'intérêt de ne pas être séparés de leurs parents par la force, avec d'autres normes supérieures reconnues dans le monde entier. Comme l'a dit Mme Perez E Viera dans le rapport explicatif sur la CH 80 certains intérêts peuvent être qualifiés de primaires, ou de supérieurs, tels le droit à la vie,(CEDE6....) qui l'emportent sur les intérêts organisés par la CH 80. Mais peut-être n'en est il pas de même pour le droit au repos et aux loisirs (article 31 CIDE).

Lorsque deux normes «supérieures» sont en conflit, le juge doit les hiérarchiser ou les rendre compatibles, en motivant sa décision. Ce qui est clair, c'est qu'être avec maman ou papa n'est pas un intérêt supérieur en soi. Les tribunaux supérieurs doivent vérifier que cela a été fait, conformément à la loi. Et les avocats de la famille devront, par nécessité, utiliser ces nouveaux instruments, les examiner et défendre, peut-être beaucoup plus qu'avant, tous les droits des enfants. Ainsi, tous ceux qui participent au droit, en remplissant leurs obligations légales, favoriseront un monde meilleur dans l'intérêt supérieur de tous les enfants.

## 6. **ANNEXES**

### 6.1. ***Annexe 1 Proposition de conclusions invoquant l'intérêt supérieur de l'enfant***

Faits : M et Mme G... sont poursuivis pour agressions sexuelles (y compris des viols prescrits) sur huit mineures qui leur avaient été confiées par l'ASE.

Leur fils Jean Paul G... insiste pour que ses trois propres filles, entre six ans et trois mois, voient leurs grands parents (présumés innocents). La mère des filles, s'y oppose. Il en résulte un conflit. Mme M... se sépare du père. Elle demande mais n'obtient pas un droit de visite supervisé. Elle fuit à l'étranger avec les enfants.

Les grands parents G... sont condamnés à des peines avec sursis,

Mme M... est condamnée par défaut pour enlèvement à deux ans fermes. L'affaire revient sur opposition.

### Projet de conclusions

Mme M... a agi en état de nécessité et doit être relaxée.

Mme M... a agi pour protéger ses enfants, alors que leur père les mettait en danger. Ayant vécu chez ses parents avant la naissance du premier enfant puis à partir de la séparation, Jean-Paul G...

ne pouvait ignorer leur comportement antérieur au long cours, même s'il le niait en invoquant la « présomption d'innocence »

Pourtant, Jean-Paul G... persistait à vouloir emmener ses filles chez ses parents.

Le jugement de condamnation prouve la réalité des faits reprochés aux parents G... .

Rétrospectivement, il est évident que Madame M... a agi en état de nécessité.

Selon l'**art 122-7** « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

Selon Colmar, 6 déc. 1957, D. 1958. 357., l'**état de nécessité** se définit comme « la situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour sauvegarder un **intérêt supérieur**, n'a d'autre ressource que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale ». (relaxe d'un prévenu poursuivi pour violation de domicile pour soustraire son enfant à un spectacle de débauche).

Les conditions de prise en compte de l'état de nécessité sont

- ! un **danger actuel ou imminent** :
- ! Une réaction **nécessaire et proportionnée**.

**Ici, l'intérêt des enfants est bien un « intérêt supérieur ». La Convention Internationale des Droits de l'Enfant du 28 novembre 1989, norme supérieure à la loi interne (cf article 55 de la constitution), édicte:**

**Article 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.**

**Article 19 Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.**

**Le principe de précaution a également valeur constitutionnelle depuis le 1<sup>er</sup> mars 2005**

Le danger était imminent, il est démontré par la condamnation des parents.

Par nature, si l'on peut agir en état de nécessité pour éviter un danger imminent, c'est que sa réalisation n'est pas certaine. Ici, la dénégation des faits et le refus de toute précaution adaptée par le père caractérise ce danger imminent. La condamnation postérieure des grands parents confirme la réalité du danger.

La réaction de Mme M... était donc nécessaire à la sauvegarde de ses enfants.

Elle est proportionnée aux intérêts en présence, et à la gravité du danger, comme le prouvent les séquelles des victimes des grand parents... et l'incapacité du père à protéger ses enfants

L'état de nécessité supprime la responsabilité pénale et civile.

#### **PAR CES MOTIFS**

Recevoir Mme M... dans son opposition

Vu l'article 122 -7 du code pénal

Relaxer Mme M...

#### **6.2. Annexe 2 Décision du Conseil constitutionnel 2018- 768 QPC 21 mars 2019**

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL a été saisi le 21 décembre 2018 par la Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n° 1242 du même jour), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour M. Adama S. par la SCP Zribi et Texier, avocat au Conseil d'État et

à la Cour de cassation. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2018-768 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 388 du code civil, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

Au vu des textes suivants :

- ! la Constitution ;
- ! l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- ! le code civil ;
- ! la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant ;
- ! le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Au vu des pièces suivantes :

- ! les observations présentées pour le requérant par la SCP Zribi et Texier, enregistrées le 14 janvier 2019 ;
- ! les observations présentées par le Premier ministre, enregistrées le 14 janvier 2019 ;
- ! les observations en intervention présentées pour les associations Groupe d'information et de soutien des immigrés, Cimade, Médecins du monde, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, Avocats sans frontières France, le Secours catholique et pour le syndicat des avocats de France et le syndicat de la magistrature par la SCP Zribi et Texier, enregistrées le 14 janvier 2019 ;
- ! les observations en intervention présentées pour l'association Avocats pour la défense des droits des étrangers par Me Brigitte Jeannot, avocat au barreau de Nancy, enregistrées le 14 janvier 2019 ;
- ! les observations en intervention présentées pour l'association Ligue des droits de l'homme par la SCP Spinosi et Sureau, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 14 janvier 2019 ;
- ! les secondes observations présentées pour le requérant par la SCP Zribi et Texier, enregistrées le 29 janvier 2019 ;
- ! les secondes observations présentées pour les associations Groupe d'information et de soutien des immigrés, Cimade, Médecins du monde, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, Avocats sans frontières France, le Secours catholique et pour le syndicat des avocats de France et le syndicat de la magistrature par la SCP Zribi et Texier, enregistrées le 29 janvier 2019 ;
- ! les secondes observations présentées pour l'association Avocats pour la défense des droits des étrangers par Me Jeannot, enregistrées le 29 janvier 2019 ;
- ! les autres pièces produites et jointes au dossier ;

Après avoir entendu Me Isabelle Zribi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour le requérant et pour l'association Groupe d'information et de soutien des immigrés et d'autres parties intervenantes, Me Patrice Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour l'association Ligue des droits de l'homme, partie intervenante, Me Jeannot, pour l'association Avocats pour la défense des droits des étrangers, partie intervenante, et M. Philippe Blanc, désigné par le Premier ministre, à l'audience publique du 12 mars 2019 ;

Et après avoir entendu le rapporteur ;

## **LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT :**

**1.** L'article 388 du code civil, dans sa rédaction résultant de la loi du 14 mars 2016 mentionnée ci-dessus, prévoit : « Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.

« Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé.

« Les conclusions de ces examens, qui doivent préciser la marge d'erreur, ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur. Le doute profite à l'intéressé.

« En cas de doute sur la minorité de l'intéressé, il ne peut être procédé à une évaluation de son âge à partir d'un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires ».

**2.** Selon le requérant, ces dispositions méconnaîtraient tout d'abord l'exigence de protection de l'intérêt de l'enfant fondée sur le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, dès lors que le manque de fiabilité des examens radiologiques osseux conduirait à juger comme majeurs des mineurs étrangers isolés et à les exclure en conséquence du bénéfice des dispositions législatives destinées à les protéger. Il est également soutenu que le droit à la protection de la santé serait méconnu par les dispositions contestées, en ce qu'elles autoriseraient le recours à un examen radiologique comportant des risques pour la santé, sans finalité médicale et sans le consentement réel de l'intéressé. Ces dispositions contreviendraient, pour les mêmes motifs, au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Elles seraient également contraires au droit au respect de la vie privée dans la mesure où elles aboutiraient à la divulgation de données médicales concernant les mineurs isolés, sans que ceux-ci y aient consenti. Enfin, les dispositions contestées seraient entachées d'incompétence négative dans des conditions portant atteinte au principe d'égalité devant la loi en tant qu'elles permettraient le recours à des examens osseux en l'absence de « documents d'identité valables » sans préciser cette notion ni renvoyer à d'autres dispositions législatives qui le feraient.

**3.** Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les deuxième et troisième alinéas de l'article 388 du code civil.

**4.** Les intervenants soulèvent des griefs similaires à ceux du requérant. Selon certains, les dispositions contestées méconnaîtraient également le droit au respect de l'intégrité physique et le principe de précaution.

- Sur le grief tiré de la méconnaissance de l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant :

**5.** Aux termes des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. - Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

**6.** Il en résulte une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette exigence impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge. Il s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu

doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures.

**7.** Les dispositions contestées autorisent le recours à un examen radiologique osseux aux fins de contribuer à la détermination de l'âge d'une personne. En l'état des connaissances scientifiques, il est établi que les résultats de ce type d'examen peuvent comporter une marge d'erreur significative.

**8.** Toutefois, en premier lieu, seule l'autorité judiciaire peut décider de recourir à un tel examen.

**9.** En deuxième lieu, cet examen ne peut être ordonné que si la personne en cause n'a pas de documents d'identité valables et si l'âge qu'elle allègue n'est pas vraisemblable. Il appartient à l'autorité judiciaire de s'assurer du respect du caractère subsidiaire de cet examen.

**10.** En troisième lieu, cet examen ne peut intervenir qu'après que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli, dans une langue qu'il comprend. À cet égard, la majorité d'une personne ne saurait être déduite de son seul refus de se soumettre à un examen osseux.

**11.** En dernier lieu, le législateur a pris en compte, dans les garanties qu'il a établies, l'existence de la marge d'erreur entourant les conclusions des examens radiologiques. D'une part, il a imposé la mention de cette marge dans les résultats de ces examens. D'autre part, il a exclu que ces conclusions puissent constituer l'unique fondement dans la détermination de l'âge de la personne. Il appartient donc à l'autorité judiciaire d'apprécier la minorité ou la majorité de celle-ci en prenant en compte les autres éléments ayant pu être recueillis, tels que l'évaluation sociale ou les entretiens réalisés par les services de la protection de l'enfance. Enfin, si les conclusions des examens radiologiques sont en contradiction avec les autres éléments d'appréciation susvisés et que le doute persiste au vu de l'ensemble des éléments recueillis, ce doute doit profiter à la qualité de mineur de l'intéressé.

**12.** Il appartient aux autorités administratives et judiciaires compétentes de donner leur plein effet aux garanties précitées.

**13.** Il résulte de ce qui précède que, compte tenu des garanties entourant le recours aux examens radiologiques osseux à des fins de détermination de l'âge, le législateur n'a pas méconnu l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant découlant des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946. Le grief tiré de la méconnaissance de cette exigence doit donc être écarté.

- Sur le grief tiré de la méconnaissance du droit à la protection de la santé :

**14.** En premier lieu, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences sur la santé de la réalisation d'un examen radiologique osseux, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate.

**15.** En second lieu, un examen radiologique osseux ne peut être ordonné que dans les conditions déterminées aux paragraphes 8, 9 et 10 et en tenant compte d'un avis médical qui le déconseillerait à raison des risques particuliers qu'il pourrait présenter pour la personne concernée.

**16.** Il en résulte que le grief tiré de la méconnaissance du droit à la protection de la santé doit être écarté.

- Sur les griefs tirés de la méconnaissance du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et de l'inviolabilité du corps humain :

**17.** Le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle.

**18.** Les examens radiologiques osseux contestés visent uniquement à déterminer l'âge d'une personne et ne peuvent être réalisés sans son accord. Ils n'impliquent aucune intervention corporelle interne et ne comportent aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes. En conséquence, manquent en fait les griefs tirés de l'atteinte au principe du respect de la dignité de la personne humaine et à l'inviolabilité du corps humain.

- Sur les autres griefs :

**19.** En premier lieu, la notion de « documents d'identité valables », qui fait référence aux documents dont l'authenticité est établie au regard des règles prévues notamment par l'article 47 du code civil, étant suffisamment précise, le législateur n'a en tout état de cause pas méconnu l'étendue de sa compétence.

**20.** En second lieu, les dispositions contestées, qui permettent uniquement la réalisation d'examens radiologiques osseux en vue de la détermination de son âge avec l'accord de la personne, ne contreviennent pas non plus au droit au respect de la vie privée.

**21.** Les deuxième et troisième alinéas de l'article 388 du code civil, qui ne méconnaissent pas non plus le principe de précaution ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent donc être déclarés conformes à la Constitution.




LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE :


Article 1<sup>er</sup>. - Les deuxième et troisième alinéas de l'article 388 du code civil, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, sont conformes à la Constitution.

Article 2. - Cette décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Jugé par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 21 mars 2019, où siégeaient : M. Laurent FABIUS, Président, Mme Claire BAZY MALAURIE, M. Alain JUPPÉ, Mmes Dominique LOTTIN, Corinne LUQUIENS, Nicole MAESTRACCI, MM. Jacques MÉZARD et Michel PINAULT.






Rendu public le 21 mars 2019.


« Aux termes des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 : La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Il en résulte une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ». Par cette formule, le Conseil constitutionnel (Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC , D. 2019. 584, et 742, note P. Parinet  ; AJDA 2019. 662 ) constitutionnalise l'intérêt supérieur de l'enfant.

Rendue sur une question sensible, celle des examens osseux aux fins de détermination de la minorité, la décision du 21 mars 2019 décevra sans doute les défenseurs des droits des migrants qui, reprenant les interrogations de diverses institutions nationales, européennes et internationales, soulignaient le manque de fiabilité de ces examens, leurs dangers éventuels pour la santé du mineur et, surtout, les atteintes qu'ils porteraient à la dignité des personnes. Les doutes étaient si forts que la Cour de cassation estima nécessaire de transmettre les six questions prioritaires de constitutionnalité soulevées devant elle (1). Étaient invoqués la protection de la santé et de la sécurité de l'enfant, l'égalité devant la loi, la liberté individuelle, la résistance à l'oppression et, bien sûr, le principe de dignité de la personne humaine. Selon la première chambre civile de la Cour de cassation, « les questions posées, en tant qu'elles invoquent une atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2, 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, les alinéas 1<sup>er</sup>, 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'alinéa 1<sup>er</sup> du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, présentent un caractère sérieux ». Le Conseil constitutionnel rejette l'ensemble des griefs. Selon lui les alinéas 2 et 3 de l'article 388 du code civil sont conformes à la Constitution.

Reste que dans cette décision le Conseil réalise une avancée considérable en déduisant des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant dont il entend désormais contrôler le respect. Le communiqué qui accompagne la décision prend d'ailleurs soin d'insister sur cette innovation.

### **1. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, pierre d'angle du droit de l'enfance.**

On sait que l'intérêt supérieur de l'enfant est devenu la pierre d'angle du droit de l'enfance et, plus généralement, du droit contemporain de la famille (2). Selon l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Le texte joue un rôle fondamental dans la jurisprudence du Conseil d'État (3) et de la Cour de cassation (4), comme dans celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) (5) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (6).

Le Conseil constitutionnel ne peut se référer à la CIDE puisqu'il se refuse (pour l'instant ?) à exercer un contrôle au regard des engagements internationaux de la France. La Convention en général, et son article 3, en particulier restent donc hors du bloc de constitutionnalité (7).

### **2. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, obligation de nature constitutionnelle.**

Dans sa décision du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel se fonde sur les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 pour poser une obligation constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. De ces textes, affirme-t-il, il résulte, « une exigence de protection de l'intérêt supérieur de

l'enfant » (§ 5 et 6). Le principe est réaffirmé au paragraphe 13 de la décision, le Conseil estimant, au terme de son examen, que « le législateur n'a pas méconnu l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant découlant des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ».

Le Conseil constitutionnel puise donc dans les ressources quasi inépuisables que procure une interprétation « dynamique », si l'on ose dire, du Préambule de la Constitution de 1946. À l'évidence, il y a loin entre la logique protectrice du faible (l'enfant, la mère, le vieux travailleur), qui anime celui-ci, et celle de l'affirmation des droits de l'enfant que porte la CIDE. Le terme de « protection » de l'intérêt supérieur de l'enfant permet de faire le lien. Et l'essentiel n'était-il pas de trouver un texte support ?

L'intérêt de l'enfant, rattaché au Préambule de la Constitution de 1946, était présent dans la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel. Ainsi, dans sa décision 2013-699 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, le Conseil avait examiné l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe au regard du respect de l'intérêt de l'enfant « qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 » (§ 53 et 54). Dans la décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018 (loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie), il était, pour la première fois, fait référence à l'intérêt *supérieur* de l'enfant.

Avec la décision du 21 mars 2019, il est non seulement question d'intérêt *supérieur* de l'enfant, mais encore l'exigence de sa protection est énoncée de façon à la fois générale et autonome : générale, car « l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant » va bien au-delà des conditions du « développement » de l'enfant (al. 10) ou de la protection de sa santé, de sa sécurité matérielle, de son repos et de ses loisirs (al. 11) ; autonome, car, en fondant l'obligation sur les alinéas 10 et 11 du Préambule et non plus seulement sur l'alinéa 10, le Conseil constitutionnel la détache de la « protection de la famille » et du droit de mener une vie familiale normale (al. 10) dont la prise en compte de l'intérêt de l'enfant constituait jusque-là un des aspects<sup>(1)</sup>(8). L'intérêt supérieur de l'enfant devient ainsi une des clefs du contrôle de constitutionnalité (comp. la décision du 6 sept. 2018, préc., dans laquelle le Conseil se contente d'affirmer que « l'intérêt supérieur de l'enfant doit, notamment au regard des conditions de la rétention, faire l'objet d'une attention particulière dans la mise en oeuvre de ces mesures »). Le Conseil en donne immédiatement la preuve en examinant le texte qui lui est soumis au regard du principe dégagé (§ 5 à 13).

### 3. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, exigence universelle.

Le Conseil constitutionnel se met ainsi au niveau des deux autres « plus hautes juridictions françaises » (pour reprendre la formule du Protocole n° 16 de la CEDH ouvrant la voie à la procédure de demande d'avis) et, surtout, de la CEDH et de la CJUE. Le pas franchi est capital pour la protection des droits de l'enfant mais aussi pour la crédibilité internationale du Conseil constitutionnel français. Comment expliquer, en effet, aux juridictions européennes ou internationales, ou encore aux grandes organisations européennes et internationales... sans parler des autres juridictions constitutionnelles, que le Conseil constitutionnel français n'exerce pas son contrôle au regard de ce qui constitue pour tous « une considération primordiale » ? Désormais, le « dialogue des juges » pourra se développer sur un pied d'égalité.

(1) Civ. 1<sup>re</sup>, 21 déc. 2018, n° 18-20.480<sup>(8)</sup>, AJDA 2019. 8<sup>(8)</sup>.

(2) V. A. Gouttenoire, L'intérêt supérieur de l'enfant au coeur des systèmes, *in* Traité des rapports entre ordres juridiques, B. Bonnet (dir.), LGDJ, 2016, p. 1209 et réf. cit.

(3) V. le célèbre arrêt *Demoiselle Cinar* du 22 sept. 1997, n° 161364<sup>(8)</sup> (D. 1998. 297<sup>(8)</sup>, obs. C. Desnoyer<sup>(8)</sup> ; AJDA 1997. 815<sup>(8)</sup> ; RFDA 1998. 562, concl. R. Abraham<sup>(8)</sup> ; RDSS 1998. 174, note F. Monéger<sup>(8)</sup> ; RTD civ. 1998. 76, obs. J. Hauser<sup>(8)</sup>), dans lequel ce dernier déclare que l'art. 3, al. 1<sup>er</sup>, de la CIDE est d'application directe en droit français.



(4) V. se ralliant finalement à la position du Conseil d'État, Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 2005, n° 02-20.613 ☞, D. 2005. 1909 ☞, note V. Egéa ☞, et 2007. 2192, obs. A. Gouttenoire ☞ ; AJ fam. 2005. 274, obs. T. Fossier ☞ ; RDSS 2005. 814, étude C. Neirinck ☞ ; Rev. crit. DIP 2005. 679, note D. Bureau ☞ ; RTD civ. 2005. 556, obs. R. Encinas de Munagorri ☞, 585, obs. J. Hauser ☞, 627, obs. P. Théry ☞, et 750, obs. P. Remy-Corlay ☞.

(5) Dans l'arrêt CEDH 6 juill. 2010, n° 41615/07 ☞, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, (D. 2010. 2062, obs. I. Gallmeister ☞, et 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ☞ ; AJ fam. 2010. 482, Pratique A. Boiché ☞ ; RTD civ. 2010. 735, obs. J.-P. Marguénaud ☞ ; RTD eur. 2010. 927, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ☞) la Cour affirme ainsi qu'« il existe actuellement un large consensus - y compris en droit international - autour du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

(6) Même si celle-ci se réfère plutôt aujourd'hui à l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux, qui affirme également le principe de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, V. CJUE, gde ch., 27 juin 2006, aff. C-540/03, à propos de la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 sept. 2003, relative au droit au regroupement familial, D. 2006. 1988 ☞ ; AJDA 2006. 2285 ☞, note L. Burgorgue-Larsen ☞ ; RDT 2007. 61, obs. S. Robin-Olivier ☞ ; RFDA 2007.101, étude H. Labayle ☞ ; RTD eur. 2006. 673, étude B. Masson ☞.

(7) V. par ex. Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC ☞ (D. 2017. 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ☞ ; AJDA 2016. 2246 ☞ ; Constitutions 2016. 589, chron. G. Bergougnous ☞, 591, chron. P. Bachschmidt ☞, et 2017. 97, chron. V. Egea ☞), loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, § 53 : « les griefs tirés de la méconnaissance de la convention internationale des droits de l'enfant mentionnée ci-dessus ainsi que de la méconnaissance de principes ou de dispositions à valeur législative et non constitutionnelle sont inopérants ».

(8) V. par. ex. Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC ☞ (D. 1994. 111 ☞, obs. D. Maillard Desgrées du Loû ☞ ; Dr. soc. 1994. 69, étude J.-J. Dupeyroux et X. Prétot ☞ ; RFDA 1993. 871, note B. Genevois ☞ ; Rev. crit. DIP 1993. 597 ☞, et 1994. 1, étude D. Turpin ☞), loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, § 67 s., ou les décis. du 17 mai 2013 et du 17 nov. 2016 préc.

#### 6.4. **Annexe 4 « L' Intérêt supérieur de l'enfant » : une incongruité grammaticale**

Cette expression fait partie du droit positif mais elle est bien ennuyeuse... surtout d'un point de vue linguistique

##### ...Ennuyeuse pour l'avocat

Discuter du « meilleur intérêt de l'enfant » ne satisfait pas l'avocat.

Bill Hilton, le premier spécialiste américain dans la Convention de La Haye de 1980 disait : « *l'intérêt de l'enfant, c'est un morceau de caoutchouc ; le juge tire dessus pour lui donner la forme qu'il souhaite* »

Mme Rubellin Devichi professeur à Lyon a écrit il ya quelques années : « *Donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit de ne pas appliquer le droit* »

##### ...Ennuyeuse pour le traducteur

En attendant, si «l'intérêt supérieur de l'enfant » sans qualificatif est aussi imprécis que peut signifier l'«intérêt «supérieur» ??? Cette traduction approximative du "meilleur intérêt", bouleverse les traducteurs.

L'article 3 de la Convention des Droits de l'Enfant déclare dans sa version anglaise: "*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*"

(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.)

Mais «the best interests of the child « n'a jamais signifié «l'intérêt supérieur de l'enfant", mais "l'intérêt de l'enfant."

Certains mots peuvent être vides de leur sens et c'est le cas du mot «meilleur» ici. Quand un mari anglais présente sa femme il dit, "*my better half*" (qui pourrait se traduire par « la meilleure moitié de moi »), pourtant ici les Français diront tout simplement « *Ma Moitié*» Cela ne signifie pas que les épouses anglaises sont supérieures aux françaises. Seule la langue anglaise (et l'homme anglais) utilisent une hyperbole sociale.

De même, le témoin du marié lors de la cérémonie de mariage est appelé en anglais le "Best man" "le « meilleur des hommes ». Ce qui peut sembler curieux pour les français et les espagnols. En français, on dit «le garçon d'honneur ".

En droit des contrats, lorsqu'ils ne se sont pas promis de parvenir à un résultat particulier, les Français ont une obligation de «moyens» alors que les anglais parlent de « best efforts » les « meilleurs efforts ».

Ceci est un exemple concret de l'utilisation comme synonymes des mots «intérêts» et «meilleurs intérêts »et qui montrent dans le contexte anglais, la contradiction qu'il peut y avoir lors de la traduction de « Best interests » pour « meilleurs efforts ».

L'American Academy of Matrimonial Lawyers (AAML), qui comprend des centaines d'avocats spécialisés en droit de la famille (avec des lois qui ont peu de différences dans les 50 États) a publié le "Le Manuel du divorce : manuel du client"

L'édition du mois de Novembre 2010, pages 31 et 32 commence ainsi:

The lawyer-client relationship ...

C - What you cannot expect from your lawyer:

*La relation avocat-client ....*

*C. Ce que vous ne pouvez pas attendre de votre avocat : ...*

4 -Your lawyer may be reluctant to act against the best interests of your children.

4 - *Votre avocat peut être réticent à agir contre l'intérêt de vos enfants*

A lawyer's first duty is to look out for the client's best interests.

*Le premier devoir d'un avocat est de préserver les intérêts de son client. [pas « supérieurs »]*

Yet divorce lawyers are also concerned about the welfare of the children,  
*Pourtant les avocats de divorce prennent aussi en compte le bien être des enfants*

And some ethical guidelines encourage lawyers  
*Et certains guides de conduite éthique encouragent les avocats*

To keep the children's interests in mind [pas "best"]  
*À prendre en compte l'intérêt des enfants. Le premier devoir d'un avocat est de sauvegarder les intérêts de son client (sans "Supérieur").*

Pourtant, les avocats du divorce sont préoccupés par le bien-être des enfants. Les avocats impliqués dans le divorce, prennent en compte le bien-être (d'intérêt égal, sans « supérieur ») des enfants, et certaines directives éthiques encouragent certains avocats - et également quelques lignes directrices pour la promotion de la déontologie des avocats - à garder les intérêts (pas « supérieur ») des enfants à l'esprit, et prendre en compte les intérêts des enfants (pas « supérieur » ou « meilleur » comme dans le texte anglais).

Le texte anglais utilise sans les différencier : « les intérêts », « l'intérêt » « le meilleur intérêt » et « bien-être ». Et utilise ensemble les formules « meilleurs intérêts du client » et « l'intérêt supérieur de l'enfant » « le meilleur intérêt du client » et « les meilleurs intérêts des enfants ». Logiquement, les deux notions ne peuvent primer en même temps.

Personne ne voit dans le mot "meilleur" un principe général ! Ni aucun intérêt « supérieur » de l'enfant.

Cette hyperbole existe également en français. Quand un superlatif est utilisé de façon inopinée, il n'ajoute rien de tangible. Exemple concret : un confrère m'a envoyé un bordereau de communication de pièces. C'est la procédure normale (en vertu de l'article 132 du CPC) mais s'il m'envoie cette lettre tout en me souhaitant "bonne réception", ça n'ajoute rien de particulier à son obligation procédurale. Mais c'est sympathique.

Certains, dans leur lettre, me souhaite une "excellente réception", ce qui est une absurdité: soit la réception de preuves est faite (reçues donc implicitement il y'a eu "bonne réception") soit non. Je ne peux pas recevoir le bordereau de pièces sous forme « modérée » ou « moyenne ». Et si d'aventure un confrère italien me souhaite une réception "excellantissima" cela ne signifie tout simplement rien, mais « bonne réception », c'est-à-dire une réception « effective ».

Le « meilleur » intérêt ou l'intérêt « supérieur » de l'enfant a la même rhétorique vide de sens.

### [... Ennuyeuse pour le grammairien français](#)

Par exemple, en français on parle de "vin supérieur" de plus haute qualité, à l'opposé du "Vin ordinaire" et de "supérieur hiérarchique de" à l'opposé de « inférieur » « subordonné » que l'on doit comprendre comme obéissant au supérieur .

Je vous prie, par avance, de bien vouloir me pardonner pour ce mémo technique, cela peut paraître pédant,

On distingue classiquement les formes suivantes des adjectifs :

- le positif, forme de base non marquée : haut
- le comparatif qui établit une hiérarchie entre deux éléments:
  - le comparatif de supériorité : plus haut
  - le comparatif d'égalité : aussi haut
  - le comparatif d'infériorité : moins haut
- le superlatif qui exprime le plus haut degré d'une qualité, (en supériorité ou en infériorité).

Selon qu'il fait ou non référence à une classe d'éléments, on distingue :

- superlatif relatif : le plus haut (supériorité), le moins haut (infériorité)
- superlatif absolu : très haut (supériorité), très peu haut (infériorité).

Dans «l'intérêt supérieur de l'enfant», "supérieur" est le superlatif de «élevé»; mais il est difficile de savoir si cet adjectif est relatif ou superlatif absolu "très élevé" ou "plus haut"?

Par conséquent, dans l'expression «intérêt supérieur de l'enfant», «supérieur» est utilisé abstraitement comme un adjectif positif simple, autonome. Mais il serait absurde de parler de « plus supérieur ».

#### 6.5. **Annexe 5 : Hiérarchiser les intérêts supérieurs des enfants.**

##### Lois nationales

Prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, même dans une affaire de Convention de la Haye de 1980 est également la position prise par la Cour de cassation française (14 Juin 2005, N ° 04 16 942) dans la fameuse affaire de Washington, ordonnant retour de l'enfant aux USA.

La Chambre des Lords anglaise a également décidé, dans le cas Re D (enlèvement: droits de garde) (2006) UKHL 51; (2007) 1 AC 619 paragraphe 51 que «on ne voyait pas comment le retour immédiat de l'enfant en Roumanie pourrait être dans le meilleur intérêt de celle-ci. »

Maintenant cette position est formalisée: «En vertu de la Loi sur les droits de l'homme 1998, il est désormais illégal que les tribunaux anglais agissent d'une manière incompatible avec les droits garantis par la CEDH. Ils appliquent la Convention de La Haye au même titre que les autres.". La Finlande a le même point de vue.

Enfin la loi fédérale suisse "sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes", adoptée le 21 Décembre, 2007 clarifie certains concepts de la Convention de La Haye de 80. En particulier, l'article 5 en précisant clairement les critères de "intolérabilité / situation intolérable" de l'Article 13b quand il affirme que le retour est refusé lorsque: «a) le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant;". Nous sommes loin de «risque grave» ou «situation intolérable» de l'article 13b. Peut-être assistons-nous à un retour à la case départ: comment justifier le refus de renvoyer l'enfant dans le pays de résidence habituelle.

### CEDH

La Cour européenne des droits de l'homme, la plus haute juridiction en Europe, dont les décisions sont contraignantes pour les Etats membres, a déclaré à plusieurs reprises au cours des dernières années que, pour l'interprétation et l'application de CH80 et notamment son article 13b, les juridictions nationales doivent prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément aux exigences de l'article 8 de la CEDH, en examinant les implications pratiques de la situation de l'enfant, pour examiner les conditions de ce retour et les exceptions définies par le CH80.

En bref, le juge de la CH80 n'est pas un distributeur automatique de décisions de retour, mais il ne peut pas se limiter à préférer que l'enfant soit chez son père ou chez sa mère.

Dans ***Maumousseau et Washington c / France req CEDH 39388/05 du 12/06/2007 §§ 67*** et s., la Cour a confirmé le retour de l'enfant dans le cadre de la Convention de la Haye de 80.

Elle rappelle que la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant est primordiale dans le contexte de la procédure diligentée en vertu de la Convention de La Haye. Elle a souligné que « l'intérêt supérieur de l'enfant » peut avoir un double objet : d'une part, lui garantir une évolution dans un environnement sain, et d'autre part, un parent ne saurait être autorisé à prendre des mesures préjudiciables à sa santé et à son développement maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne, car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines (voir *Gnahoré c. France*, no 40031/98, CEDH 2000-IX). " (§ 67)

" La Cour constate qu'il n'existe pas d'application automatique ou mécanique au retour de l'enfant dès lors que la Convention de La Haye est invoquée, et en veut pour preuve la reconnaissance par cet instrument de plusieurs exceptions à l'obligation de retour assumée par les Etats membres (voir en particulier les articles 12, 13 et 20), qui reposent sur des considérations objectives relatives à la personne même de l'enfant et à son environnement, ce qui montre qu'il incombe à la juridiction saisie d'adopter une approche *in concreto* de l'affaire. "(§72) ... C'est dire, en d'autres termes, comme le mentionne Mme Perez Viera (ci-dessus 4.3), que l'intérêt de l'enfant peut céder devant l'intérêt « primaire » (c'est-à-dire " plus supérieur ") de toute personne à ne pas être exposée à un danger physique ou psychologique, ou placé dans une situation intolérable.

Depuis la décision ***Neulinger Schuruk c / Suisse, (6 Juillet 2010 req CEDH 41615/07)*** la Cour EDH condamne les décisions qui ne prennent pas en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, mais se contentent d'ordonner le retour indépendamment des circonstances concrètes du cas spécifique, sans un examen approfondi.

Dans ***X ... c / Lettonie (Grande chambre 26 Novembre 2013 §§ 93-108 req 27853/09)*** elle exige que les éléments susceptibles d'être une exception au retour immédiat de l'enfant dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980 soient vraiment pris en compte par le tribunal. Même dans le cadre européen interne du règlement 2201/2003, le juge du retour ne peut se contenter d'un examen sommaire et doit "prendre en compte les risques identifiés" , "menaces potentielles pour l'enfant» et «les graves difficultés que l'enfant

pourrait très probablement trouver "(dans le pays de retour). Dans *l'affaire CEDH Šneerson et Kampanella c / Italie du 12.7.2011 req 14737/09*.

Par la Cour de cassation française, le grave danger doit être «caractérisé» et pas seulement par référence à de vagues généralités ou des notions insuffisantes analysés par rapport à l'art 3-1 CIDE. (*Civ 1 Février 13, 2013 11-28424*).

Comme la Cour d'appel de Limoges l'a jugé (17 Juin 2013, Légifrance): "... il résulte des décisions de la CEDH que pour l'interprétation et l'application de la convention de La Haye les juridictions nationales doivent, en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, dans le respect des exigences de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, se livrer à un examen minutieux des implications concrète du retour sur la situation de l'enfant pour apprécier les conditions d'un tel retour et des exceptions définies par la convention de La Haye. "

#### 6.6. **Annexe 6 : Le risque ???**

Une crainte subjective («Je crains que ...») ne suffit pas. Pour la Cour de cassation française le risque grave de l'article 13 b doit être «caractérisé», mais pour être caractérisé, il doit être prouvé. 1<sup>ère</sup> civile 13 Février, 2013 Pourvoi n. : 11-28424

Vu l'article 13 b de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ensemble l'article 3-1 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 ;

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 ; que selon l'article 3-1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ;

Attendu que, pour dire n'y avoir lieu à ordonner le retour de l'enfant aux Etats-Unis, l'arrêt relève que si les défaillances éducatives alléguées par Mme X... à l'encontre de M. Y... ne sont pas caractérisées, d'une part, il serait dommageable pour l'enfant, compte tenu de son très jeune âge, de remettre en cause son nouvel équilibre, d'autre part, son retour générerait des difficultés d'organisation des relations avec sa mère, celle-ci étant enceinte et dans l'impossibilité de se déplacer à court terme, ce qui réitérerait pour l'enfant un traumatisme de séparation et un sentiment d'abandon ;

Qu'en se déterminant par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui-ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »

Par exemple, outre la Convention de la Haye 80, l'article 3 de la Convention européenne peut s'appliquer: "Nul ne peut être soumis à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants." Mais la question se pose: quelle est le niveau de preuve exigé pour un risque qui, par définition, ne s'est pas concrétisé?

La CEDH a indiqué les règles de preuve dans ce cas, les présentant comme un principe dans l'affaire **SALMAN c. TURQUIE (21986/93 | Jugement (civil) | (Grande Chambre) | 27/06/2000** [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i= 100 001-63271](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=100001-63271).

Dans l'évaluation de la preuve, la Cour a généralement adopté jusqu'ici que la norme de la preuve est «**au-delà de tout doute raisonnable**» (Irlande c. Royaume-Uni, du 18 Janvier 1978, série A n° 25, pp. 64 -65, § 161). Cependant, cette preuve peut résulter d'un ensemble d'éléments de preuve ou présomptions, suffisamment graves, précis et concordants et non réfutés.

On peut dire que le risque doit être un «risque réel». Mais le risque qui a eu lieu n'est plus un risque, il est une certitude (argument : loi sur les assurances, en France art L121-15 C.Assur ). Puisque le texte de la Convention de La Haye parle de «risque», le terme a une portée et un sens différent d'une certitude absolue et prouvée. L'Article 13b s'applique même si il existe un aléa. Ainsi, la preuve d'un viol n'a certainement pas besoin d'être prouvée par un jugement définitif. Le risque d'un crime grave est nécessairement un risque sérieux.

Dans l'état de doute, il faut hiérarchiser les règles, et le doute doit certainement bénéficier aux enfants dont l'intérêt dépasse par exemple l'intérêt de la présomption d'innocence.

Il sera nécessaire dans tous les cas de montrer la gravité des faits, son degré élevé de probabilité, peut-être expliquer ce qui va arriver dans le pays dans lequel le retour est demandé. Comme dans le cas de l'Ecosse. Q., demandeur refusant le retour en France d'un enfant enlevé par sa mère (2001 SLT 243 INCADAT HC / E / UKs 341)

Bien sûr, la France respecte les droits de l'enfant, mais comme ailleurs, il peut y avoir un dysfonctionnement dans tel ou tel cas. La CEDH rappelle au juge dans le cadre de l'article 13b, qu'il n'est pas un distributeur automatique des décisions de retour. En France, depuis 1944, et l'arrêt Langneur (**CE, 11/10/1944, P. 288. Rec, CONCL. Chenot, D., 1945, p.88.**) pour prendre des mesures contre les fonctionnaires de l'Etat Vichy qui avaient collaboré avec les nazis et se défendaient en invoquant l'obéissance due, le Conseil d'Etat (Cour administrative suprême française) rappelle que les fonctionnaires français ont un libre arbitre et ne peuvent se cacher derrière une obéissance aveugle. « L'agent doit désobéir à un ordre manifestement illégal et qui contrevient gravement l'intérêt public».

6.7. **Annexe 7 ; le recours de Greta Thunberg devant l'ONU.**

[https://www.hcfea.fr/IMG/pdf/rapport\\_participation\\_transition\\_ecologique\\_version\\_finale\\_tome\\_1-2.pdf](https://www.hcfea.fr/IMG/pdf/rapport_participation_transition_ecologique_version_finale_tome_1-2.pdf) notamment pages 34-35 (résumé) et 97-105

**Recours de 16 jeunes devant l'ONU  
contre cinq États qui ne combattent pas assez le réchauffement climatique**

Ce recours constitue un succès médiatique pour le 30<sup>e</sup> anniversaire de la Cide. La note ci jointe analyse les bases juridiques peu connues de ce recours novateur et complexe, aux résultats juridique incertains.

**Le recours :**

Le 23 septembre 2019, seize enfants dont Greta Thunberg, saisissent le Comité des droits de l'enfant (CDE) de l'ONU sur le fondement de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (Cide) d'un recours contre l'Allemagne l'Argentine, le Brésil la France et la Turquie, « les cinq défenseurs ».

La crise du climat est une crise des droits des enfants. Ils ont un droit inaliénable à la vie en vertu de la Cide, dont découlent tous les autres droits. Modérer le changement du climat est un impératif des droits de l'homme. Chacun des défenseurs aurait causé sciemment et prolongé la crise du climat, notamment en ne respectant pas le protocole de Kyoto de 1997 et le protocole de Paris de 2016. En tant que membres du G20, les cinq défenseurs auraient « dû montrer l'exemple » dans leur pays en réduisant les émissions à un niveau acceptable. Mais ils doivent aussi utiliser tous les outils disponibles, légaux, diplomatiques et économiques pour que les principaux émetteurs (c'est-à-dire USA, Russie, Chine, Inde) réduisent leurs émissions de carbone à une vitesse et un taux nécessaires pour atteindre les buts collectifs.

Officiellement, devant l'échec des États défenseurs, les demandeurs s'attendent, disent-ils, à ce qu'ils plient devant les recommandations du Comité des droits de l'enfant. Au moment du recours, les États-Unis se désengagent de l'accord de Paris sur le climat de 2016. De telles recommandations, au moment des élections présidentielles américaines, peuvent-elles avoir un poids sur l'actuel président des États-Unis et sa base électorale ?

Au-delà, ce « coup » politique et médiatique met en mouvement un mécanisme juridique sophistiqué, qui peut avoir une portée médiatique donc politique considérable, et donc contribuer ainsi à atteindre son objectif.

La note jointe analyse

- les fondements de la Cide invoqués par les requérants (I) ;
- la procédure dans le cadre du 3<sup>e</sup> protocole additionnel (II) ;
- et les leçons pratiques à tirer de cette action (III).

Quel que soit le résultat de ce recours, il aura contribué à démontrer de façon éclatante que la Cide est un instrument puissant quand on donne, comme il le fait, à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant une portée concrète et pratique.

Et quand le bateau coule, quand la survie de l'espèce est en danger, le principe viscéral est bien de faire passer « les enfants d'abord ».

**Alain Cornec, avocat**  
Villard Cornec et associés Paris

Commentaire a posteriori : Le recours n'a pas abouti, non parce qu'il n'était pas fondé, mais pour défaut d'épuisement préalable des voies de recours internes. (Idem CEDH)