

Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant

par Pierre Verdier*

Déjà en 1983, Joseph Goldstein, Anna Freud et Albert J. Solnit, dans deux livres trop vite oubliés⁽¹⁾, ont essayé de montrer combien «le concept d'intérêt de l'enfant est souvent invoqué pour justifier des interventions qui s'avèrent catastrophiques pour les enfants et leurs familles. Que ce soit dans le domaine du divorce ou dans celui de la protection de l'enfance en danger, les adultes mandatés par la société : magistrats, policiers, travailleurs sociaux, médecins, interviennent au nom d'un concept aux contours vagues et qui permet bien des abus». Ils rappellent que «dans une société démocratique, c'est d'abord aux parents qu'il revient de définir l'intérêt de leur enfant; puis éventuellement au législateur de prendre le relais en fixant des lignes de conduite précises aux différents intervenants chargés de protéger l'enfant».

Et pourtant cette notion est redevenue centrale dans les textes récents, marquant une avancée du subjectivisme et du pouvoir des intervenants et un recul du droit.

Je présenterai ici mes réflexions sur la notion d'intérêt de l'enfant essentiellement dans le domaine de l'assistance éducative et de l'aide sociale à l'enfance, même si cette notion est au centre d'autres décisions comme en matière de fixation de la résidence de l'enfant dont les parents sont séparés⁽²⁾, ou en cas de délégation d'autorité parentale⁽³⁾ et a même été évoquée en droit des étrangers. Et ceci en quatre étapes :

- L'apparition d'un intérêt pour l'enfance, aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle;
- de l'intérêt pour l'enfance à l'intérêt pour l'enfant, au XX^{ème};
- de l'intérêt pour l'enfant à l'intérêt de l'enfant : intérêt et limites de cette notion;
- de l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant.

L'apparition de l'intérêt pour l'enfance aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle

Toute l'Antiquité et le Moyen Age ont plutôt été des époques maltraitantes pour le petit de l'Homme. L'enfant, c'était l'*infans*, le mineur, que l'on voit représenté sur les bas reliefs romains chaussé de sandalettes comme les esclaves.

La notion d'enfance est une notion plutôt moderne, née au XVII et XVIII^{ème} siècles, lorsqu'on a commencé à sortir des grandes famines et de la mortalité infantile sévère pour commencer à considérer que l'enfant n'était pas seulement un risque ou une charge, mais aussi une source d'espérance.

La puissance paternelle consacrée par le code Napoléon semble un pouvoir discrétaire du père, mais les auteurs s'accordent pour dire qu'elle était comprise dans l'intérêt de l'enfant et que l'on s'en rapportait au père pour son bon usage⁽⁴⁾.

L'intérêt pour l'enfance s'est notamment imposé dans les grandes lois protectrices du XIX^{ème} siècle :

- la loi de 1841 limitant le travail des enfants;
- la loi de 1882 rendant l'instruction publique obligatoire;
- la loi du 24 juillet 1889 introduisant la possibilité de prononcer une déchéance de la puissance paternelle.

Mais il s'agissait peut-être alors plus de l'intérêt pour l'enfance de manière générale que de l'intérêt pour l'enfant.

* Avocat au barreau de Paris, ancien directeur de DDASS, ancien membre du CSA.

(1) Golstein, Freud, Solnit, «*Dans l'intérêt de l'enfant et Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant*», traduit et présenté par Laurent Séailles, édition ESF 1983.

(2) Cass., Civ. I, 25 avril 2007.

(3) Cass., Civ. I, 24 février 2006.

(4) Jacqueline Rubellin Devichi, «Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises», *Revue française des affaires sociales*, n° 4, oct.-dec 1994, p. 159.

Ces articles de la CIDE sont articulés et ne peuvent se lire les uns sans les autres

L'intérêt pour l'enfant au XX^{ème} siècle

La découverte de l'enfant sujet, personne digne d'intérêt est assez contemporaine. Ce n'est que depuis le XX^{ème} siècle qu'il va être au centre de politiques d'éducation, de soins, voire économiques et de plus en plus de marketing, car l'enfant et les parents sont des consommateurs. Quelques événements que j'emprunte au Suisse **Jean Zermatten**⁽⁵⁾, qui jalonnent cet intérêt :

- 1903 : le premier ours en peluche, *Teddy Bear*;
- 1907 : début du scoutisme (Baden Powell);
- 1912 : Bébé Cadum fait son entrée dans la pub;
- 1921 : première vaccination d'un enfant en France (tuberculose);
- 1937 : Blanche Neige : premier long métrage pour les enfants;
- 1959 : Déclaration des droits de l'enfant;
- 1959 : première couche culotte : révolution pour l'hygiène et le confort des enfants;
- 1978 : première naissance *in vitro* (Louise Brown);
- 1979 : premier parlement des enfants (Schiltigen);
- 1989 : Convention des droits de l'enfant.

De l'intérêt pour l'enfant à l'intérêt supérieur de l'enfant

Cette évolution des événements se traduit aussi par une évolution du droit et par le développement de nouveaux instruments juridiques avec notamment la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 (CIDE). Avec elle, et les nombreux textes qui ont suivi dans le droit français, «*on est passé de l'intérêt pour l'enfant à un instrument de mesure que l'on appelle l'intérêt de l'enfant*»⁽⁶⁾.

C'est l'article 3 de la CIDE qui lui a donné un éclat particulier en posant que : «*Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*».

Le conseil d'État a admis dans un premier arrêt en 1997⁽⁷⁾, confirmé par d'autres décisions depuis, que cette disposition était d'application directe en droit interne, position à laquelle la cour de Cassation s'est ralliée en 2005⁽⁸⁾. Attention, la CIDE ne dit pas que l'intérêt de l'enfant est la seule considération. Elle dit «*une considération primordiale*». C'est-à-dire parmi d'autres. En général on indique qu'il y a dans la CIDE plusieurs articles généraux que les Italiens appellent «*umbrella*» c'est-à-dire qui couvrent toutes les autres dispositions :

- l'art 1, qui définit l'enfant;
- l'art 2, **principe d'égalité**, «*indépendamment de toute considération de race de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents...*»;
- l'art 3, **l'intérêt de l'enfant**, instrument de mesure de toute décision;
- l'art 5, **la place primordiale des parents**;
- l'art 12, **le droit d'expression** de l'enfant.

Ces articles sont articulés et ne peuvent se lire les uns sans les autres. Les juridictions françaises – et notamment les supérieures – demeurent bien frileuses pour accueillir en droit interne les dispositions de la CIDE. Et pourtant, en reconnaissant le caractère *self executing* de l'article 3 proclamant la primauté de «*l'intérêt supérieur*», elles auraient dû admettre que pour qu'il soit bien com-

pris, il suffit de lire la quarantaine d'articles qui suivent et qui en décrivent les qualités. C'est une démarche de lecture qu'elles refusent encore d'accomplir à ce jour.

On a beaucoup glosé sur le terme «*supérieur*»⁽⁹⁾. À notre sens, cela signifie l'intérêt primordial, mais cela ne signifie pas que l'intérêt de l'enfant soit supérieur à tous autres intérêts. Sinon, ce serait l'installer dans la toute puissance, poser qu'il aurait forcément toujours raison⁽¹⁰⁾. Encore une fois si on met en relation l'article 3 avec l'article 5 sur la place des parents, puisqu'il faut les lire ensemble, on voit bien que l'enfant n'est pas individualisé à l'extrême, mais qu'il reste une personne membre de sa famille et membre de la communauté, et que son intérêt s'analyse conjointement aux intérêts des autres.

La loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance a introduit dans le code de l'aide sociale et de la famille (CASF) l'article L. 112-4 qui traduit dans le droit français, les dispositions de l'article 3 de la CIDE en posant : «*L'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs, ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant*».

On a échappé à une définition restrictive de l'intérêt de l'enfant proposée par **Mme Hermange** au Sénat le 12 février 2007⁽¹¹⁾, qui consistait à dire «*l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire la prise en compte...*». Cela revenait à ne conserver finalement que la notion d'intérêt de l'enfant, dont nous verrons qu'elle n'est pas sans danger, en raison de tout l'arbitraire potentiel qui la sous tend.

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

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

(5) Conférence à Paris 8 – Saint-Denis mars-mai 2005.

(6) *Ibid.*

(7) Arrêt Torres du 29 janvier 1997, N° 173470.

(8) Cass. 1^{re} civ. 18 mai 2005, confirmé 14 juin 2005.

(9) Au pluriel dans la version anglaise : the best interests.

(10) Yrène THERY, Nouveaux droits de l'enfant, la potion magique ? in *Esprit*, mars-avril 1994.

(11) Sénat (session ordinaire 2006-2007), séance du 12 février 2007, *compte rendu intégral des débats*, p. 1367.

C'est l'orientation idéologique du magistrat ou du tribunal qui définit l'intérêt supposé de l'enfant

Et cela est essentiel. En effet, le droit c'est objectif, ça se constate, alors que l'intérêt c'est toujours une appréciation subjective. Et lorsqu'il y a conflit entre un droit établi et l'intérêt supposé, c'est le droit qu'il faut appliquer. Par exemple l'enfant a le droit de connaître ses parents⁽¹²⁾; on ne peut l'en priver parce qu'on estime que ce serait contraire à son intérêt.

Je voudrais développer que cette notion d'intérêt de l'enfant est :

1. Une référence utile.
2. Mais un concept particulièrement flou.
3. Et dont l'usage excessif peut s'avérer dangereux.

1) Une référence utile

Bien sûr. Qui pourrait être contre l'intérêt de l'enfant ? De surcroît, cette référence permet d'échapper à toute application trop directement mécanique de la loi, qui pourrait aboutir à des absurdités (comme le fait de relâcher une personne dangereuse pour une faute de frappe reconnue de tous).

Quelques exemples sur l'intérêt de l'enfant:

- la loi du 4 mars 2002 a défini l'autorité parentale comme «*un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant*» (art 371-1 CC). C'est une affirmation de principe qui n'est pas inutile;
- en ce qui concerne le choix des prénoms attribués à un enfant : la loi du 11 germinal an XI (1^{er} avril 1803) disposerait que seuls pouvaient être reçus les noms en usage dans les différents calendriers et ceux connus des personnages de l'histoire ancienne. Lorsque la loi du 8 janvier 1993 a laissé entière liberté aux parents, il était sage de fixer une limite et la loi a posé que si ce choix paraît «*contraire à l'intérêt de l'enfant*», l'officier d'état civil en avise le procureur qui peut saisir le juge qui pourra attribuer lui-même un autre prénom (art 57 CC). Bien sûr, ça donnera lieu à débat;
- selon l'article 350 du code civil, en cas de désintérêt manifeste des parents, le service qui a recueilli l'enfant doit saisir le tribunal d'une demande en déclaration d'abandon. Cette saisine est

obligatoire depuis une loi du 25 juillet 1994 et le tribunal doit obligatoirement prononcer la déclaration, le terme «*peut être déclaré abandonné*» ayant été remplacé par «*est déclaré abandonné*» par la loi du 22 décembre 1976.

Toutefois la cour de cassation a estimé, *contra legem*, notamment en 1981 et en 1987 que «*même lorsque les conditions d'application de ce texte sont réunies, l'intérêt de l'enfant peut justifier le rejet d'une requête aux fins de déclaration d'abandon*»⁽¹³⁾;

- ainsi les conditions pour adopter un enfant sont particulièrement larges (avoir plus de 28 ans ou être marié depuis plus de deux ans⁽¹⁴⁾) et tout le monde ou presque les remplit : mais le tribunal doit vérifier, selon l'article 353 CC, non seulement que les conditions de la loi sont réunies mais aussi que l'adoption est «*conforme à l'intérêt de l'enfant*»;
- selon l'art. 375-1 du code civil, le juge des enfants doit s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure d'assistance éducative envisagée mais il doit se prononcer «*en stricte considération de l'intérêt de l'enfant*», c'est-à-dire qu'il peut passer outre la non adhésion.

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

Déjà en 1960, le **doyen Carbonnier** écrivait : «*C'est la notion magique. Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Il est des philosophes pour opiner que l'intérêt n'est pas objectivement saisissable et il faudrait que le juge décide de l'intérêt d'autrui ! L'enfance est noble, plastique, et n'a du reste de signification que*

comme préparation à l'âge adulte : de ce qui est semé dans l'enfant à ce qui lèvera dans l'homme, quelle pseudo-science autoriserait le juge de prophéter»⁽¹⁵⁾.

Ainsi on peut lui faire dire tout et son contraire. Quelques exemples :

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

On sait que l'adoption n'est pas ouverte aux couples homosexuels, mais deux instruments juridiques permettent que l'enfant ait deux parents de même sexe : l'adoption simple par l'ami(e) et la délégation d'autorité parentale.

L'adoption simple permet une double filiation et opère un transfert de l'autorité parentale vers l'adoptant. Elle transfère aussi le nom et la vocation successorale.

On peut donc estimer que c'est tout avantage pour l'enfant, qui est mieux protégé. Le TGI de Paris, dans deux décisions rendues le 27 juin 2001 et le 18 juin 2003 l'a admis⁽¹⁶⁾. Mais la plupart des juridictions le refusent au motif que ce ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant (car l'adoption entraîne le transfert de l'autorité parentale du parent d'origine vers le parent adoptif. C'est pourtant l'objectif de l'adoption).

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

La délégation d'autorité parentale n'a pas ce supposé inconvénient puisque, depuis 2002, elle peut comporter un exercice conjoint de l'autorité parentale. Pourtant là aussi les juridictions du fond rendent des décisions contrastées, ajoutant à la loi, que notre excellente confrère **Caroline Mécary**, du barreau de Paris, a brillamment analysées dans plusieurs articles⁽¹⁷⁾, en raison de positions idéologiques.

(12) Art. 7 de la CIDE.

(13) Civ. 1^{re} 6 janv. 1981, 20 nov 1985, etc.

(14) Art. 343 et 343-1 CC.

(15) Jean Carbonnier - Dalloz périodique 1960, p. 675.

(16) TGI Paris, 27 juin 2001, RG n° 01/03298, RTD Sanit. et soc. 2002, p. 121, obs. F. Monéger; Dr. famille 2001, comm. n° 12, obs. P. Murat; RTD civ. 2002, p. 84, obs. J. Hauser. TGI Paris, 1^{re} ch., 18 juin 2003, n° RG 02/11617, cité par C. Mécary, Rev. Personne et Famille, n° 9, sept. 2006, p. 23.

(17) Notamment Caroline Mécary «Homoparentalié : protection de l'enfant», Actualité Juridique Famille 11/2006 p. 398 ss.

Je n'ai jamais vu de parents faire passer leur prétendu intérêt avant l'intérêt de l'enfant

Comme l'écrivait encore **Jean Carbonnier**, «*l'intérêt de l'enfant est dans la loi, mais ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. À la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions de droit familial.*». D'ailleurs, une proposition de loi heureusement écartée, proposait de remplacer, dans l'article 375, la notion de danger par celle d'intérêt de l'enfant. Une mesure d'assistance éducative aurait pu être prononcée si l'intérêt de l'enfant le justifie. La notion de danger n'est certes pas définie, mais elle oblige normalement à une motivation argumentée, alors que l'intérêt renvoie à des appréciations subjectives :

- en matière d'attribution du prénom, la décision est toujours subjective : un premier tribunal estime qu'appeler son enfant Mégane est contraire à son intérêt, puis la cour d'appel estime que cet inconvénient est moindre que le trouble qu'entraînerait pour l'enfant un changement de prénom⁽¹⁸⁾. Et les appréciations sont encore plus arbitraires pour l'appréciation de «*l'intérêt légitime*» qui justifie un changement de nom ou de prénom, par exemple pour des personnes adoptées qui veulent reprendre leur nom de naissance à défaut de pouvoir faire annuler l'adoption⁽¹⁹⁾. Il s'agit d'adultes, mais cela illustre le propos que l'intérêt de l'enfant, il est toujours décidé par quelqu'un d'autre.

3) Enfin, c'est un concept dont l'usage excessif peut s'avérer dangereux. Or la récente loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance en fait un usage immodéré.

On peut lire ici ou là⁽²⁰⁾ qu'il y aurait deux positions en matière de protection de l'enfance - et je fais allusion aux publications du pédopsychiatre **Maurice Berger**⁽²¹⁾ ou à celles d'**Alain Grevot**⁽²²⁾ :

- ceux qui défendent l'intérêt de l'enfant;
- et ceux qui défendent l'intérêt des parents, qu'on appelle les familialistes.

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

Tous les parents que j'ai rencontrés, surtout les plus en difficulté, veulent que

leurs enfants s'en sortent et réussissent. Je n'ai jamais vu, absolument jamais, de parents faire passer leur prétendu intérêt avant l'intérêt de l'enfant. Droits des parents et droits de l'enfant vont ensemble : le premier droit de l'enfant, c'est d'avoir des parents en capacité de l'élever, et les droits des parents n'existent qu'en fonction de l'enfant. L'article 371-1 du code civil est on ne peut plus clair «*l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant*». Ces droits ne sont pas opposés mais articulés.

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

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

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

La protection, c'est l'assistance publique traditionnelle et les lois de 2007⁽²³⁾.

La promotion du droit des personnes, ce sont les lois de 1970 sur l'autorité parentale⁽²⁴⁾, du 6 juin 1984 sur le droit des familles et du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

Les tenants de la protection pensent que les professionnels savent mieux que les parents et que l'enfant lui-même ce qui est bon pour l'enfant. C'est la position paternaliste classique. Il n'y a de définition de l'enfant qu'en creux : l'enfant, c'est celui qui ne parle pas, celui qui n'a pas pleine capacité.

Ceci induit que le discours institutionnel paternaliste se soit progressivement substitué à la puissance paternelle. «*L'enfant appelle une attitude de protection et d'assistance*» écrivait **Jacqueline Costa-Lascoux** dans une publication du Centre de Vaucresson... «*On se penche sur l'enfance avec une conception tutorale du droit, qui s'accentue lorsque l'enfant est un enfant du peuple, issu des classes pauvres ou des milieux défavorisés*»⁽²⁵⁾.

Dans le même sens, **Claire Neirinck**, professeur de droit à l'Université de Toulouse le Mirail, dans un récent numéro de la Revue de droit sanitaire et social⁽²⁶⁾, écrivait ironiquement «[les parents] sont incompétents. *Tous les personnels qui gravitent autour d'un enfant sont au contraire incontestablement compétents et jouissent d'un savoir-faire spécialisé : l'assistante maternelle, le médecin de PMI, l'éducateur...*». Ils sont capables d'encadrer des stages parentaux. Ils savent apprécier, à partir de leurs critères subjectifs, l'intérêt de l'enfant.

Sur plusieurs points, les lois de 2007 portent un regard négatif sur les parents. Elles s'inscrivent dans le sens de plusieurs textes récents, qui disqualifient les parents et proposent - sous menace de sanctions⁽²⁷⁾ - des mesures d'encadrement de ces nouveaux incapables : «*stages parentaux*»⁽²⁸⁾, «*contrats de responsabilité parentale*»⁽²⁹⁾, mesures d'«*accompagnement parental*»⁽³⁰⁾.

(18) *Rennes 4 mai 2000, JCP 2001, IV 2655.*

(19) *TGI Paris, 23 oct. 2002, Angers 30 nov. 2005, JCP 2006. IV. 2901.*

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

(21) *Maurice Berger, L'échec de la protection de l'enfance et Ces enfants qu'on sacrifice au nom de la protection de l'enfance, Dunod.*

(22) *A. Grevot, «Voyage en protection de l'enfance, une comparaison européenne», Centre national de formation et d'études de Vaucresson, Ministère de la Justice 2001.*

(23) *Protection de l'enfance (L. n°2007-293 du 5 mars 2000) et prévention de la délinquance (L. n°2007-297 du 5 mars 2007).*

(24) *Cette loi fait du mineur, sans limitation d'âge, pleinement partie au procès en matière d'assistance éducative : il peut saisir le juge, choisir un avocat, relever appel...*

(25) *Jacqueline Costa-Lascoux, Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit des mineurs, in De quel droit ? De l'intérêt... aux droits de l'enfant, CRIV, janvier 1988, p.164.*

(26) *Claire Neirinck, L'enfant, être vulnérable, RDSS, n° 1, jan - fév. 2007.*

(27) *Retrait d'allocations, signalement au juge des enfants, poursuites pénales.*

(28) *Circulaire du 13 décembre 2002 de la direction des affaires criminelles et des grâces.*

(29) *Art. L 222-4-1 introduit par la loi du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances.*

(30) *Art. L 142-2 CASF introduit par la loi du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance.*

L'intérêt de l'enfant, ce n'est jamais lui qui le dit, il est décidé par d'autres

L'action des tenants de cette conception s'appuie sur le dépistage, le repérage, le contrôle. Ces mots apparaissent en permanence dans les débats parlementaires. Ainsi, «*le contrat de responsabilité parentale est un élément supplémentaire permettant à nos services de «rentrer» dans les familles*» écrivait **Louis de Broissia**, Président du conseil général de Côte d'Or, dans un récent numéro d'actualité juridique famille⁽³¹⁾.

Le mot clé des tenants de cette théorie est «*l'intérêt de l'enfant*». Mais c'est le professionnel qui définit ce qu'est son intérêt. L'intérêt de l'enfant, ce n'est jamais lui qui le dit, il est décidé par d'autres. Selon notre conception, c'est d'abord l'enfant qui voit son intérêt et lorsqu'il n'en a pas la capacité, il est représenté par ses parents, le juge ayant un rôle de contrôle. Mais de plus en plus dans la pratique de la protection sociale ou judiciaire de l'enfance, il est confisqué au profit de «*professionnels*» et de spécialistes.

Alors que le rappel du droit était la fonction du juge, le recours à l'intérêt de l'enfant le prive de cette fonction symbolique et normative et l'oblige à recourir, comme nous le voyons tous les jours, à des expertises. J'entends des juges des enfants dire aux parents, en s'appuyant sur un «*rapport d'expert*», «*je ne suis pas médecin, moi, mais l'expert qui vous a vu dit que...*».

On ne demande pas au magistrat d'être médecin, on lui demande de dire le droit. **Chaque fois que le code invoque l'intérêt de l'enfant, c'est pour le priver d'un droit.**

Ainsi deux récentes lois du même jour ont autorisé, sous certaines conditions et dans certaines limites, le partage d'informations entre personnes soumises au secret professionnel. Ce qu'on appelle abusivement «*le secret partagé*». Une de ces conditions est l'obligation d'informer les parents et l'enfant que l'on va partager des informations le concernant. Mais on peut les priver de ce droit «*si cette information est contraire à l'intérêt de l'enfant*»⁽³²⁾.

Ainsi le président du conseil général doit informer les parents lorsqu'il transmet à l'autorité judiciaire une information pré-

occupante les concernant C'est ce qu'on appelle un signalement «*sauf intérêt contraire de l'enfant*»⁽³³⁾.

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

Ainsi le juge doit entendre l'enfant qui en fait la demande, et c'est un grand acquis de la loi de 2007, mais il peut l'adresser à une autre personne «*lorsque son intérêt le commande*»⁽³⁴⁾.

Ainsi l'ancien texte restreignait le droit de l'enfant, d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants aux situations de «*motifs graves*»; le nouveau, depuis 2007, permet de s'y opposer en invoquant l'intérêt de l'enfant⁽³⁵⁾.

Ainsi le service de l'aide sociale à l'enfance doit privilégier les liens d'attachement que l'enfant a établi hors de sa famille, avec une famille d'accueil par exemple, sur les liens familiaux «*dans son intérêt supérieur*»⁽³⁶⁾.

Ainsi en 1984 pour la protection sociale et en 1986 pour la protection judiciaire, nous avions acquis que les placements devaient être revus périodiquement et ne pas perdurer jusqu'à ce qu'il en soit autrement décidé. Désormais, dans l'intérêt de l'enfant, ils peuvent être fixés sans échéance⁽³⁷⁾.

Ainsi les parents sont informés du lieu d'accueil de leur enfant, c'est la moindre des choses, mais, si l'intérêt de l'enfant le nécessite ou en cas de danger, le juge décide de l'anonymat du lieu d'accueil⁽³⁸⁾.

On le voit, c'est un instrument de pouvoir. Comme le note **Patricia Benec'h-H Le Rouch** «*l'utilisation [de ce concept]*

est d'autant plus pernicieuse qu'elle s'autojustifie presque naturellement par le souci généreux et louable de faire le bien de l'enfant, sans qu'on sache vraiment ce qu'il recouvre»⁽³⁹⁾.

Les partisans du droit des personnes, se reconnaissent dans la loi de 1970 sur l'autorité parentale, dans la loi du 6 juin 1984 sur le droit des familles dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de l'enfance et dans la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

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

Et que ce n'est pas en disqualifiant les parents qu'on aidera les enfants⁽⁴⁰⁾.

Les lois de 1984 et de 2002 marquent une rupture épistémologique par rapport au mode de pensée antérieur : les services de protection de l'enfance s'étaient auto investi de l'autorité parentale. Elles rétablissent des relations de droit là où il y avait, même au nom de l'intérêt de l'enfant, des relations de toute puissance.

La loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance marque un recul de la perspective du droit par rapport à la perspective de la protection. Au nom de ce qu'on estime l'intérêt de l'enfant, le juge (sur indication des services sociaux) pourra retirer l'enfant *sine die*, limiter l'exercice de l'autorité parentale, tenir secret le lieu de placement, etc. Bien sur, il s'agit de décision judiciaire, mais, lorsqu'on fréquente les cabinets des juges, ne peut-on pas avoir le sentiment d'une certaine collusion de la justice et de l'ad-

(31) *Louis de Broissia*, La réforme de la protection de l'enfance, *Actualité Juridique Famille* n° 2/2007, février 2007, p. 79.

(32) *Art. L 226-2-2 CASF.*

(33) *Art. L 226-2-1 CASF.*

(34) *Art. 388-1 CC.*

(35) *Art. 371-4 CC.*

(36) *Art. L 221-1 / 6° CASF.*

(37) *Nouvel art 375 CC.*

(38) *Art 375-7 CC.*

(39) *Patricia Benec'h-Leroux*, «Les rôles de l'avocat au tribunal pour enfants», *Déviance et sociétés* juin 2006 - vol 304, p. 155 et s.

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

Le juge est indépendant, mais il dépend de l'administration pour ses informations

ministration sociale⁽⁴¹⁾. Je vois fréquemment des décisions ayant pour seule motivation «Vu le rapport de l'ASE». Le juge est indépendant, mais il dépend de l'administration pour ses informations et il a besoin d'elle pour les faire exécuter. Et la nouvelle loi renforce encore l'articulation entre protection sociale et protection judiciaire. **Alain Grevot** écrivait dans «*Voyage en protection de l'enfance*» : «*Alors que dans le système anglais, le juge est arbitre neutre entre les demandes des travailleurs sociaux et celles de la famille, dans les pays comme l'Italie ou la France... l'intervention de*

la justice est avant tout conçue comme un moyen, non pas de résoudre un conflit entre travailleurs sociaux et parents, mais plutôt de rendre possible l'action des professionnels auprès de la famille et de l'enfant lorsque les parents s'y opposent. En France, par exemple, les travailleurs sociaux considèrent souvent le recours au judiciaire comme un appui dans leur travail»⁽⁴²⁾.

La nouvelle rédaction de l'article L 226-4 CFAS entérine complètement cette démarche, puisque cet article prévoit qu'en cas de «*refus de la famille d'accepter l'intervention du service de l'aide sociale à l'enfance*», le président du Conseil général avise sans délai le procureur de la République. «*Nous avons les moyens d'obtenir votre consentement*» écrivait **Jean-Luc Rongé**, directeur du Journal du droit des jeunes, lui-même ancien avocat⁽⁴³⁾.

(41) *On voit encore - nous l'avons nous-même vu en 2007 - des juges recevoir en aparté le représentant de l'ASE ou du service d'accueil avant l'audience avec les parents, au mépris de tout respect du contradictoire.*

(42) *Ibid.*, note 22, p. 42

(43) *JDJ/RAJS* n° 254, avril 2006, p. 26.

Un exemple, banal, et pour moi scandaleux, mais entièrement réel⁽¹⁾ pour illustrer cette violence ordinaire au nom de l'intérêt de l'enfant :

Il s'agit de deux jumelles de 13 ans, dont je suis l'avocat. Elles m'ont d'autant plus marqué que ce sont mes premières clientes.

La situation s'étant dégradée chez le père, les enfants sont confiées en urgence au service de l'aide sociale. Elles m'ont raconté : quand on est rentré de l'école à midi, on nous a dit qu'on était convoqué chez le juge des enfants à 15H. De là on a été placées le soir même dans une famille en Normandie. Sans revoir leurs petites (demi-)sœurs et sans plus revoir leur chat (un chat, ça compte dans la prise en compte de l'intérêt de l'enfant).

Personne n'a pensé qu'il y avait une mère chez qui elles allaient régulièrement et qui était prête à les accueillir.

Par la suite, la mère est intervenue, a obtenu un droit de visite, mais avant de se décider sur un retour, le juge a demandé une expertise psychiatrique. On n'est jamais trop prudent ! Ca a pris des plombes !

Pourtant, selon la cour de cassation, seul un danger «*réel et non hypothétique, certain et non éventuel*»⁽²⁾ peut justifier une mesure d'assistance éducative, a fortiori un placement⁽³⁾. Et donc l'affaire a suivi son cours.

Nous avons fait appel. Mais à la première audience, un avocat a demandé et obtenu un renvoi. Le mois suivant nous étions tous là : les deux adolescentes, le père, la mère, les référents, 4 avocats, en tout 10 personnes, aussi le Président a dit : «*Cette affaire est trop importante, les adolescentes elles même ont fait appel, ce qui est rare, on ne peut pas bâcler cela en 5 minutes. Or, on a 22 affaires à traiter dans la matinée - il était déjà 9H30 -, je vous propose de reporter à Janvier et de commencer par vous*». Moi qui espérait un retour pour Noël...

Mais cela n'en est pas resté là : quelques jours après, sans explication, sans que les parents soient préalablement avisés, contrairement à ce qu'exige la loi, les jeunes filles sont rapatriées en catastrophe dans un service d'accueil d'urgence

en région parisienne, «*pour des raisons administratives*» a écrit, après coup, le service.

On venait de constater que la famille d'accueil était agréée pour deux enfants et en accueillait quatre.

Que devrait-on faire dans ce cas ? Si on fait passer l'intérêt de l'enfant avant les considérations administratives, à l'évidence, une extension provisoire de l'agrément s'impose, le temps de trouver une autre solution. Ce n'est pas la solution choisie. Force doit rester à la loi.

S'en sont suivis deux mois de déscolarisation pour des filles qui étaient en classe de quatrième. Si cette déscolarisation était due aux parents, on ne manquerait pas de leur reprocher.

Nous avons ensuite dû résister fermement à la volonté farouche de ce service de placer ces deux jumelles dans deux foyers aux deux bouts du département. En effet, le service avait découvert la **gémellologie**. C'est la science des jumeaux. Selon cette science, il faut différencier les jumeaux pour éviter «*l'aliénation d'une relation de couple*».

C'est la loi des éducateurs. Qu'importe qu'elle soit contraire à la loi de la République qui demande de ne pas séparer frères et sœurs.

Après 4 mois de procédures et de renvoi, nous avons obtenu un retour chez leur mère, à compter des vacances suivantes qui tombaient 15 jours après : pour retirer un enfant de sa famille, cela peut se faire sans préparation et immédiatement. Pour un retour, alors qu'elles le demandent, que c'est pour rentrer chez elles, qu'elles ont 13 ans et sont déscolarisés, il faut une préparation et des délais, etc. Et puis, 15 jours à 400 euros, c'est toujours ça pour l'association gestionnaire.

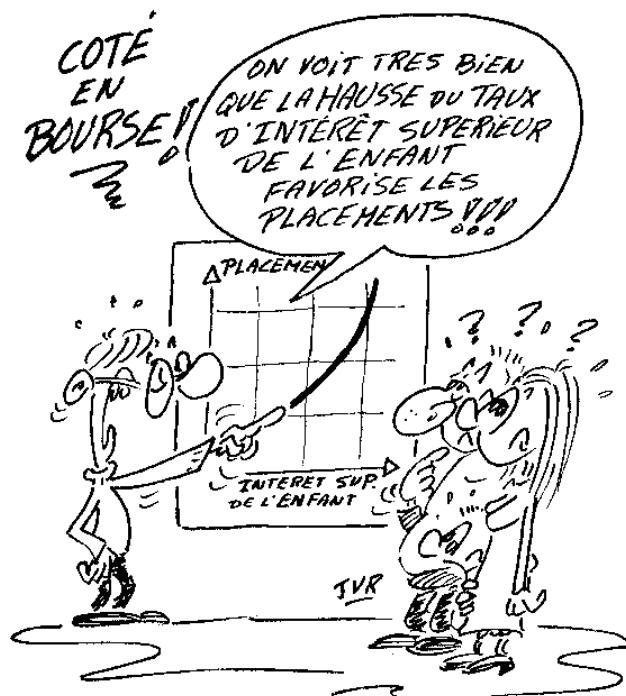
Si la proposition de loi fondant l'assistance éducative sur l'intérêt de l'enfant et non sur le danger était passée, on peut craindre qu'avec de telles analyses elles soient restées placées jusqu'à leur majorité.

(1) *Et loin d'être le pire, car dans ce cas il n'y a pas mort d'homme...*

(2) *Cass. Ire civ. 28 juin 1965, Bull. civ. N° 244, RTD civ. 1967 p. 136, obs. R. Nerson.*

(3) *JE Paris, 13 mars 1973, Défrenois 1973/64.*

Prétendre connaître l'intérêt d'autrui est une attitude colonialiste



L'intérêt de l'enfant est une appréciation; le droit, ça se constate. Or ce placement violait plusieurs droits objectifs et juridiques :

- le droit à une vie familiale posé par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme;
- le droit à la non séparation des frères et sœurs, art 371-5 CC;
- l'obligation de recueillir l'avis écrit et préalable des parents sur le choix du lieu et mode de placement et sur toute modification apportée à cette décision (art L 223-3 CASF);
- l'obligation de recueillir l'avis de l'enfant (art L 223-4 CASF).

Rien de cela n'a été respecté.

Or quand il y a apparente opposition entre un **droit objectif** et une **appréciation subjective** de l'intérêt de l'enfant, c'est le droit qu'il faut appliquer sous peine de tomber dans l'arbitraire.

Jacqueline Rubellin-Devichi, professeur émérite à la faculté de droit de l'Université Jean Moulin à Lyon, écrivait justement, dans un article paru dans la Revue Française des affaires sociales : «*On a dit justement que le recours à l'intérêt de l'enfant est parfois un moyen commode pour le juge de se dispenser d'appliquer la règle de droit, en toute bonne foi d'ailleurs, et nous avons essayé de démontrer combien l'intérêt de l'enfant devait être pris comme critère seulement lorsqu'il n'y pas de règle applicable : il*

nous paraît que l'intérêt de l'enfant est d'abord de bénéficier de la règle de droit, lorsqu'il y en a une» ⁽⁴⁴⁾.

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

Vous dirais-je que cet accueil injustifié et même nocif, et selon moi maltraitant, aura duré neuf mois - je n'ai été saisi que les quatre derniers mois -, et coûté, à raison de 205 euros par enfant et par jour, soit 410 euros par jour, soit plus de **130 000 euros** au contribuable (sans compter les frais de justice qu'on ne comptabilise pas).

130 000 euros, cela correspond à 103 mois de SMIC, soit l'équivalent de 8 années et demi, et à 300 mois de RMI soit à 25 années. C'est une référence quand on s'occupe de public en difficulté dont les enfants sont placés, en partie et pas seulement, pour des motifs financiers.

130 000 euros versées à une association qui demandait encore la prolongation du placement et de nouvelles évaluations: À qui profite le placement, qui y trouve intérêt ? La question mérite d'être posée.

L'aide sociale à l'enfance concerne 400 000 enfants, dont 130 000 en accueil physique. Elle est le premier poste de dépense des départements. Elle pèse plus de 5 milliards d'euros par an.

Or, on peut estimer - j'estime en tout cas - que 50 % des placement sont injustifiés : 25% sont dus à une mauvaise évaluation et 25% se prolongent abusivement par manque de travail avec les parents. C'est le coût financier, mais le coût humain est encore plus lourd.

Mais la protection de l'enfance se trouve à la rencontre de plusieurs intérêts parmi lesquels l'intérêt de l'enfant n'est pas le seul.

Plutôt que de parler de l'intérêt de l'enfant, je me rallie à la proposition que faisaient il y a déjà 30 ans **Goldstein, Anna Freud et Solnit** dans le livre «*Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant*» ⁽⁴⁵⁾ de rechercher **la solution la moins nocive possible**. Prétendre connaître l'intérêt d'autrui est une attitude colonialiste. Chercher la solution la moins nocive suppose une réflexion sur soi, une humilité, une écoute, une attention à l'autre.

Le moyen d'en sortir, c'est de défendre le droit des personnes : droits des parents et droits de l'enfant. Et comme le disaient également les trois auteurs cités de construire des «*lois protégeant aussi bien les enfants contre les abus de leurs parents, que les parents et les enfants contre les abus de l'État*» ⁽⁴⁶⁾.

(44) RFAS, n° 4, oct/dec 1994, p. 163

(45) Goldstein, Anna Freud et Solnit, «*Dans l'intérêt de l'enfant et Avant d'invoquer l'intérêt de l'enfant*», ESF 1978, p. 29.

(46) Ibid, p. 25.