

L'INTÉRÊT DE L'ENFANT : LES AMBIVALENCES D'UNE NOTION « PROTECTRICE »*

Thomas DUMORTIER
Docteur en droit, membre du CREDOF

Selon la formule, devenue célèbre, du doyen Carbonnier, l'intérêt de l'enfant fait figure de « formule magique »¹ au sein du droit de la famille, et de manière plus générale, serions-nous tentés d'ajouter, au sein de l'ordre juridique tout entier², notion aussi insaisissable³ qu'auréolée du prestige associé à la protection de l'enfance. Les membres de la doctrine témoignent ainsi souvent d'un certain malaise vis-à-vis de cette notion, comparable d'ailleurs à celui que l'on observe lorsqu'il s'agit de l'ordre public ou de l'intérêt général... Cette difficulté devient d'autant plus problématique que la notion fait l'objet d'utilisations croissantes dans les textes de loi, dans les traités internationaux, ou dans la jurisprudence⁴. La résistance que la notion offre à l'analyse renvoie donc à l'impossibilité de donner un sens, une signification déterminée *a priori* de l'intérêt de l'enfant, ou encore, à défaut, de cerner des critères aptes à favoriser son identification. Mais il est permis de ne pas prendre position sur ce point⁵, et de tenter une approche davantage orientée vers la clarification des usages que les acteurs du droit font de la notion. Dès lors, le questionnement n'est plus « *Qu'est-ce que l'intérêt de l'enfant ?* » mais : « *Comment l'intérêt de l'enfant est-il utilisé par les acteurs du droit ? Que leur permet-il de faire ?* »⁶ ou encore : « *Comment peut-on interpréter la présence grandissante de cette notion en droit ? Quelles évolutions du système juridique traduit-elle ?* ».

* Ce texte constitue la transcription d'une communication réalisée à l'occasion d'un séminaire relatif à l'articulation entre l'intérêt de l'enfant et les droits des femmes. Cette communication s'inscrivait dans le cadre d'une séance introductive destinée à mieux cerner les notions abordées par la problématique du séminaire.

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, 21^{ème} éd., Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2002, p. 85.

² En ce sens, voir not. V. EDEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant », *Revue de la recherche juridique*, 2009, n° 2, p. 579.

³ Certains auteurs parlent de « notion-cadre » (v. not. C. LIENHARD, *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, Economica, 1985, p. 128), d'autres de « notion au contenu trop variable » (L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ, 2004, p. 232) ou de « standard » (P. BONFILS, A. GOUTTOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008, p. 45) d'autres encore évoquent le « flou conceptuel » de la notion (G. LEBRETON, « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *Cahier de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 2, 2003, p. 79.).

⁴ Voir la réaction très critique de Gilles LEBRETON face à l'invasion croissante de l'« intérêt supérieur de l'enfant » autant en droit civil qu'en droit administratif : G. LEBRETON, « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur". Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », art. préc., p. 77 s.

⁵ Nous prendrons acte de l'impossible définition de la notion – dont le corollaire est la marge d'appréciation considérable accordée par une telle notion l'interprète. Il ne sera pas question ici de trancher la question de l'existence de notions dont la spécificité serait d'ouvrir davantage le champ du possible des interprétations, par rapport à des notions supposées être « déterminées ».

⁶ Pour ce type d'approche, voir notamment l'étude consacrée par Guillaume Tusseau à l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : G. TUSSEAU, « L'intérêt général en droit constitutionnel. Discussion du rapport de M. Hajime Yamamoto », in : *L'intérêt général au Japon et en France*, Dalloz, 2008, p. 131.

Le corpus retenu pour cette analyse de la notion est constitué d'éléments législatifs, réglementaires, conventionnels et jurisprudentiels. Les énoncés juridiques couverts par l'étude concernent plusieurs questions : la garde des enfants suite à une séparation, l'adoption, le droit des étrangers, mais également des thèmes plus étroitement en lien avec l'objet d'étude du séminaire, tels que la gestation pour autrui (GPA), l'accouchement sous X, ou encore l'assistance médicale à la procréation (AMP). Sur ces sujets, les éléments du droit positif retenus ne prétendent pas à l'exhaustivité. Néanmoins, à partir de certaines références essentielles à la compréhension de la notion, conjuguées à l'observation de certaines tendances, il est possible de rendre compte des usages de l'intérêt de l'enfant de manière ordonnée autour de trois axes : les voies d'insertion de la notion au sein du droit positif ; les fonctions qu'elle est appelée à jouer ; les modes d'appréciation juridictionnelle dont elle fait l'objet. Il convient d'insister ici sur le fait que seules les inscriptions de l'intérêt de l'enfant dans le droit positif seront couvertes par l'étude. Cette notion est en effet parfois utilisée par les membres de la doctrine comme une notion analytique destinée à rendre compte de certains dispositifs qui ne mentionnent pas nécessairement expressément l'intérêt de l'enfant, mais qui peuvent être décrits à l'aide de cette notion. Par exemple, la loi n° 2005-706 du 27 juin 2005 relative aux assistants maternels et aux assistants familiaux dispose dans son article 1^{er} que « la politique de la petite enfance a pour but de favoriser le développement physique et psychique de l'enfant, de permettre son épanouissement et de garantir son bien-être ». Sans doute le législateur avait-il en vue l'intérêt de l'enfant en adoptant cette loi, mais si cette prise en compte relève dans ce cas de l'évidence, il serait plus malaisé de l'identifier dans d'autres textes. Surtout, cela dépasse le cadre d'une étude consacrée aux usages effectifs de l'intérêt de l'enfant en droit positif⁷.

L'intérêt de l'enfant constitue à la fois une référence normative sur laquelle le juge peut s'appuyer pour fonder son interprétation d'un texte, pour éventuellement en écarter l'application ou bien encore pour interpréter une catégorie juridique. Si l'on évoque la question de la référence normative, il est bien-sûr essentiel de rappeler que sa consécration dans un traité international en 1989 lui a conféré une valeur supra-législative, d'abord devant les juridictions administratives et plus tard dans l'ordre judiciaire⁸. Outre la diversité des modes formels d'insertion de la notion, les juridictions lui font jouer des rôles distincts vis-à-vis des droits en présence : parfois en lui assignant une fonction arbitrale entre plusieurs revendications, d'autres fois en l'opposant à l'exercice d'un droit. Dans tous les cas, l'intérêt de l'enfant recouvre des réalités variées tant en ce qui concerne la pondération de l'intérêt en cause que l'identification « de » ou « des » enfants concerné(s). Indépendamment de son insaisissabilité conceptuelle, l'intérêt de l'enfant demeure cette notion « magique » évoquée à titre de préliminaire, magie qu'elle peut en partie emprunter à l'autorité de l'expertise, mais surtout

⁷ Nous n'avons pas inclus non plus l'utilisation qui est faite de l'intérêt de l'enfant dans les conclusions des Rapporteurs de la République et des Avocats généraux.

⁸ Nous ne distinguerons pas ici entre « intérêt de l'enfant » et « intérêt supérieur de l'enfant ». Nous postulons que les différences conceptuelles éventuelles qui existent entre ces notions ne préexistent pas à leur application dans la mesure où c'est l'autorité d'application de la notion qui en déterminera la signification. *Contra* : G. LEBRETON, « Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur » », art. préc. Il critique, dans l'essor de l'intérêt supérieur de l'enfant, une dérive individualiste du droit français.

magie propre aux notions qui recueillent un assentiment inconditionnel de la part de la société toute entière. En ce sens, l'étude de l'intérêt de l'enfant s'inscrit dans une perspective plus large d'analyse de l'ordre juridique. En ce sens, son inscription dans le droit positif renvoie souvent à la place croissante accordée par le droit à la parole des experts, ainsi qu'à la redéfinition des interdits, des limites, en des termes qui empruntent à la rhétorique de l'humanisme.

L'intérêt de l'enfant fait donc l'objet d'usages juridiques très disparates (I), tout en constituant une notion dont la légitimité paraît indiscutable (II)⁹.

I. D'UNE REFERENCE PROTEIFORME A L'INDETERMINATION DU REFERENT

L'intérêt de l'enfant a été intégré dans le droit positif selon diverses modalités. S'il a pu émerger par la voie prétorienne en droit civil, dans le cadre du contentieux relatif aux conséquences des séparations conjugales, il est, depuis une vingtaine d'années, mentionné dans des textes de valeur juridique différente : lois, règlements et traités, au premier rang desquels la Convention de New York de 1989. Ainsi, l'intérêt de l'enfant est devenu une référence normative pour les juges, mais il intègre également le contenu de certaines catégories juridiques préexistantes. En d'autres termes, celui-ci se présente tantôt comme une ressource normative pour les juges, tantôt comme une ressource herméneutique. Il recouvre par ailleurs des fonctions juridictionnelles différentes selon les cas, étant parfois destiné à arbitrer entre deux revendications opposées, ou ayant d'autres fois pour but de motiver une restriction à l'exercice d'un droit.

L'intérêt de l'enfant est insusceptible de faire l'objet d'une définition univoque. L'examen d'un corpus restreint suffit néanmoins à rendre compte de deux types de référent : en effet, selon le type de contentieux envisagé, la notion renvoie réfère soit aux enfants considérés de manière générale, soit à un enfant considéré *in situ*. Par ailleurs, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant dans un cas d'espèce donné combine des éléments de nature à la fois factuelle et axiologique.

A. MODES D'INSERTION FORMELLE DE LA NOTION

L'intérêt de l'enfant a pénétré le droit positif par des voies formelles variées. Autant a-t-il pu être consacré directement par la jurisprudence dans le passé, autant des textes de références, au premier rang desquelles la Convention de New York, mentionnent l'intérêt de l'enfant et constituent des références utiles pour le juge souhaitant moduler ou écarter l'application des textes dont il est censé assurer le respect. Le juge peut également l'inclure dans la définition qu'il donne d'une catégorie juridique. Enfin, l'intérêt de l'enfant peut

⁹ Elle est à ce titre comparable à d'autres notions, telles que celle de dignité humaine (v. *infra*) ou de République (A ce propos, v. P. BRUNET, « Le concept de République dans le droit public français », in B. KRULIC (dir.), *La République en perspectives*, 2009).

quelques fois être analysé à travers sa fonction arbitrale, et d'autres fois plutôt comme le fondement des restrictions apportées à l'exercice de certaines libertés.

1. *Références normatives*

L'intérêt de l'enfant peut être évoqué par un texte législatif ou réglementaire, auquel cas, il constitue un motif de droit sur le fondement duquel les autorités d'application – l'administration ou le juge – pourront prendre une décision. Par exemple, en matière d'assistance médicale à la procréation (AMP), l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique dispose notamment que l'AMP peut être suspendue lorsque le médecin estime, après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans « l'intérêt de l'enfant à naître ».

L'intérêt de l'enfant peut également être invoqué de manière autonome, en l'absence de référence textuelle. Le juge lui a par exemple fait jouer un rôle de principe interprétatif dans le cadre de la loi sur le divorce du 27 juillet 1884, n'admettant alors que le divorce pour faute, pour octroyer un droit de garde au parent aux torts duquel le divorce avait été prononcé. Il est intéressant de relever en la matière que l'intérêt de l'enfant a d'abord été introduit par la jurisprudence afin de remettre en cause l'application stricte des règles du divorce qui consistaient à attribuer la garde de l'enfant au parent non fautif¹⁰. La loi du 11 juillet 1975, qui a introduit le divorce par consentement mutuel, consacre cette évolution jurisprudentielle en dissociant les torts dans le divorce et les droits des parents sur les enfants : « selon *l'intérêt des enfants mineurs*, leur garde est confiée à l'un ou l'autre des époux ».

Mais, depuis l'adoption de la Convention de New York sur les droits de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant, mentionné dans son article 3-1, peut se prévaloir d'une nature conventionnelle pour être invoqué devant le juge. Ainsi, alors qu'il refuse d'accorder un effet direct à certaines dispositions de ce traité, le Conseil d'État a reconnu dans un arrêt de 1997¹¹ que l'article 3-1 pouvait être invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision individuelle. En l'occurrence, la Haute juridiction administrative s'est fondée sur cette disposition pour annuler une mesure de reconduite à la frontière visant un enfant étranger. Mais le Conseil d'État s'appuie également sur cet article de la Convention pour annuler des dispositions réglementaires. Ainsi, le 31 octobre 2008¹², c'est en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la Convention de New York qu'il a annulé la disposition d'un décret relative au régime de mise à l'isolement applicable aux mineurs, dans la mesure où celui-ci ne prévoyait pas de règles spécifiques adaptées à la situation des mineurs.

Il a fallu attendre le 18 mai 2005 pour que la Cour de cassation reconnaisse

¹⁰ Sur cette question, voir not. : C. LIENHARD, *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, op. cit., p. 126-127.

¹¹ CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, req. n° 161364. Le juge a annulé une mesure de reconduite à la frontière prononcée à l'encontre d'un enfant étranger : celui-ci avait été introduit irrégulièrement sur le territoire français par sa mère qui était titulaire d'une carte de résident de 10 ans délivrée dans le cadre d'une procédure de regroupement familial avec ses parents. Le juge a donc considéré que la décision de séparer l'enfant, alors âgé de 4 ans, de sa mère, même provisoirement, portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et était donc contraire à l'art. 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

¹² CE, 31 octobre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, req. n° 293785.

l'applicabilité directe de l'article 3-1 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant¹³. Le juge a en effet considéré, à deux reprises, que des Cours d'appel qui ne s'étaient pas prononcées sur la demande d'audition d'un enfant à l'occasion de contentieux faisant suite à des séparations de couple et relatifs à la résidence de l'enfant, avaient violé les articles 3-1 et 12-2 de la Convention de New York ainsi que certaines dispositions du Code civil et du Code de procédure civile. En effet, la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu imposait au juge de prendre en compte la demande de l'enfant. La pertinence de la référence à la Convention peut paraître limitée¹⁴ puisque le Code civil reconnaissait lui-même, en son art. 388-1, que dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement « peut (...) être entendu par le juge », « son audition ne [pouvant par ailleurs] être écartée que par une décision spécialement motivée ». Toutefois, l'invocation en l'espèce de l'article 3-1 permet au juge d'insister sur la nécessité de répondre à la demande formulée par un enfant d'être entendu par le juge. Néanmoins, l'intérêt majeur de ces arrêts, par-delà les cas d'espèce, est de reconnaître à l'article 3-1 de la Convention de New York un effet direct en droit français.

Par la suite, les juridictions de l'ordre judiciaire ont eu l'occasion d'écarter l'application d'une disposition législative en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant reconnu par la Convention de New York. Dans une affaire dont la Cour d'appel de Paris était saisie, les parties contestaient la loi qui écartait le bénéfice de prestations familiales pour des enfants entrés illégalement sur le territoire français¹⁵. Le juge d'appel a estimé que cette exclusion portait une atteinte disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant et a donc reconnu leur droit à percevoir ces allocations. Cependant, il faut noter qu'en juin 2011, la Cour de cassation a eu l'occasion de développer une appréciation diamétralement opposée¹⁶ : elle a en effet considéré que cette exclusion des enfants entrés illégalement France du bénéfice des prestations sociales ne portait pas une atteinte disproportionnée à l'article 3-1 de la Convention de New York, au regard de la nécessité dans un état démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants.

Indépendamment de cette dimension, que l'on pourrait qualifier de formelle, des modes d'insertion de l'intérêt de l'enfant, on pourrait également rendre compte maintenant de la manière dont l'intérêt supérieur de l'enfant est parfois appelé à informer d'autres notions juridiques, à en préciser le contenu. Le Conseil d'État a ainsi considéré que l'intérêt supérieur de l'enfant constituait une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Dans une ordonnance du 4 mai 2011¹⁷, statuant en référé, la Haute juridiction administrative était appelée à se prononcer sur le refus du Consulat général de France à Bombay de délivrer des passeports pour deux enfants nés par le biais d'une gestation pour

¹³ Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20613 et Cass. 1^{re} civ. 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16336.

¹⁴ En ce sens, voir not. : D. BUREAU, « De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 679. En outre, s'agissant de la Convention de New York elle-même, la référence à l'article 3-1 paraissait en l'occurrence superfétatoire puisque l'article 12-2 de la Convention de New York également présent dans les visas de l'arrêt consacre expressément ce droit à être entendu.

¹⁵ CA Paris, 18^e ch. B, 13 novembre 2008, n° 07-00831.

¹⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 20 janvier 2012, pourvoi n° 10-27871.

¹⁷ CE, 4 mai 2011, *Min. des Affaires étrangères*, req. n° 348778.

autrui. Le père des deux enfants avait exercé un recours en référé liberté contre cette décision de refus qui avait été confirmée par le Ministre. En l'espèce, le Conseil d'État statue dans le même sens que le tribunal administratif et considère qu'indépendamment du fait que le contrat à l'origine de la conception des enfants soit contraire à l'ordre public, il n'en demeure pas moins que l'intérêt supérieur de l'enfant de l'art.3-1 de la Convention de New York oblige les autorités administratives à délivrer un document de voyage leur permettant de venir en France avec leur père. À cet égard, il convient de relever que la Cour de cassation avait estimé un mois plus tôt que le refus de transcrire l'acte de naissance des enfants nés de mère porteuse sur les registres français d'état civil n'était pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸. Certes, ces deux jurisprudences ne se situent pas au même niveau : le juge des référés n'a pas enjoint à l'Administration de délivrer un passeport, mais simplement un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire national. Par conséquent, le juge administratif n'empiète pas sur la compétence de l'autorité judiciaire.

L'intérêt de l'enfant peut enfin être considéré comme une composante du respect de la vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH). La Cour de Strasbourg intègre en effet l'intérêt de l'enfant parmi les composantes de l'article 8 CEDH¹⁹. C'est ce qu'elle a fait notamment dans l'arrêt *Popov c. France* du 19 janvier 2012. En l'espèce, des étrangers du Kazakhstan accompagnés de leurs enfants s'étaient vu refuser le statut de réfugié et avaient fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière. La mise en œuvre de cette mesure fut accompagnée d'un placement en centre de rétention administrative. Lorsqu'elle examine les faits de l'espèce au regard de l'article 8 de la CEDH, la Cour européenne affirme que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale (le gouvernement se prévalait d'avoir garanti ce principe dans l'intérêt des enfants) : il convient de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants. L'intérêt supérieur de l'enfant impose donc effectivement que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents, et plus encore, précise la Cour, interdit son placement en rétention.

2. Finalités

Il ressort des cas d'espèce évoqués jusque-là que l'intérêt de l'enfant est parfois destiné à fonder un arbitrage entre deux revendications opposées, deux droits en conflit, tandis que dans d'autres cas, il permet de restreindre l'exercice d'un droit. Évidemment, le terrain de prédilection de la fonction arbitrale se situe en droit civil, dans la mesure où il s'agit du cadre des conflits interindividuels. Par ailleurs, si l'intérêt de l'enfant est un motif de droit dont peut se prévaloir une autorité administrative pour restreindre l'exercice d'un droit, son usage fera dès lors l'objet d'un contrôle par le juge. L'intérêt de l'enfant autorise donc une autorité d'application à restreindre un droit. Ce droit peut être celui des parents mais également, de manière plus singulière, celui de l'enfant.

La fonction arbitrale de l'intérêt de l'enfant trouve son illustration paradigmatique en

¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, pourvois n° 09-66486, n° 10-19053 et n° 09-17130.

¹⁹ C'est d'autant plus remarquable que l'intérêt de l'enfant peut constituer également un but légitime de restriction à ce même article 8. Cf. *infra*.

matière de séparation, où l'intérêt de l'enfant permet au juge de trancher entre les revendications opposées du père et de la mère concernant notamment l'attribution de la garde des enfants²⁰. Dernièrement encore, en 2005, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 12 mars 2002, qui reconnaissait un droit de visite et d'hébergement au beau père transsexuel d'un enfant, au nom de l'intérêt de ce dernier, et ce contre la volonté de la mère de l'enfant²¹. La Cour d'appel s'est alors fondée sur l'article 371-4 du Code civil, qui permet au juge aux affaires familiales d'accorder un droit de visite à des personnes autres que les parents et grands-parents y compris hors de la parentèle, « en considération de situations exceptionnelles ». Notons toutefois que le juge a ajouté aux termes de la loi le « droit d'hébergement » tandis que l'article du Code civil ne mentionnait qu'un droit de correspondance ou de visite. La Cour de cassation en conclut que la Cour d'appel a tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant²². La mobilisation de l'intérêt de l'enfant dans cette espèce permet donc au juge de surmonter une interprétation littérale des textes dans le but de reconnaître un droit à l'une des parties. Plus exactement, le juge fait jouer la valeur supra-législative de la Convention de New York pour interpréter le texte du Code civil en fonction des exigences posées par ce traité : ainsi, l'intérêt de l'enfant offre au juge, d'une part, une ressource herméneutique pour interpréter la catégorie des « situations exceptionnelles » et, d'autre part, une ressource normative - supra-législative - susceptible d'étendre le champ des droits reconnus au-delà de ce qui est prévu par les textes. Sous cet angle, l'intérêt de l'enfant offre une référence qui relève dans le raisonnement du juge d'un registre factuel susceptible ainsi de lui fournir un outil d'interprétation des textes permettant de faire prévaloir une forme d'équité par rapport à l'interprétation littérale du texte. C'est également en faisant un usage arbitral de l'intérêt de l'enfant que, le 26 janvier 2011, la Cour d'appel d'Angers a fait prévaloir le droit des demandeurs de requérir l'ouverture d'une tutelle sur une enfant que leur fille avait mis au monde en accouchant sous X. Cette dernière opposait l'effectivité de son droit à l'anonymat garanti par la loi. Mais le juge lui a opposé l'intérêt de l'enfant à rester dans sa famille²³. La fonction arbitrale de l'intérêt de l'enfant fait donc prévaloir en pareil cas un droit par rapport à un autre.

L'autre fonction de l'intérêt de l'enfant, alors davantage considéré sous l'angle d'un motif de restriction aux libertés, est observable notamment en matière de séparation, en droit médical et en droit des étrangers. En cas de divorce par consentement mutuel, le juge peut annuler la convention relative aux modalités de la séparation s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants - ou de l'un des époux²⁴. En matière d'AMP, l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique dispose notamment que le processus peut être suspendu lorsque le médecin estime, après concertation au sein de l'équipe

²⁰ Code civil, art. 373-2-1.

²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16336.

²² Notons que la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale est intervenue entre l'arrêt de la Cour d'appel et celui de la Cour de cassation pour modifier cet article, anticipant sur la décision de 2005 : « Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ».

²³ Cour d'appel d'Angers, 26 janvier 2011, n° 10-01139. cf *infra*.

²⁴ Code civil, art. 232.

clinicobiologique pluridisciplinaire, qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître. En pratique, l'exercice de cette prérogative pourrait remettre en cause *de facto* une AMP dont les conditions légales seraient pourtant réunies²⁵. S'agissant, enfin, de l'adoption, l'intérêt de l'enfant représente également une notion fondamentale qui permet à l'Administration d'assurer un contrôle sur les demandes d'agrément en vue d'une adoption²⁶. À ce sujet, certains Conseils généraux refusent parfois l'agrément en se prévalant de l'intérêt de l'enfant pour écarter des candidats à l'adoption homosexuels. De son côté, la Cour européenne des droits de l'Homme intègre parmi les buts légitimes de restriction au respect de la vie privée reconnu par l'article 8, l'intérêt de l'enfant, notamment à propos des mesures de séparation des parents biologiques prises dans l'intérêt de l'enfant²⁷.

Cette utilisation de l'intérêt de l'enfant pour contrôler l'octroi d'un droit et éventuellement en restreindre l'exercice, est également observable à l'égard des droits de l'enfant lui-même. En droit des étrangers par exemple, l'octroi d'un visa d'entrée au bénéfice d'un enfant peut être conditionné par l'appréciation que l'administration fait de l'intérêt de l'enfant. La place accordée par le juge administratif à la procédure de kafala en est une parfaite illustration. La kafala est une procédure de droit musulman qui consiste en une délégation de l'autorité parentale qui néanmoins préserve le lien de filiation avec les parents biologiques. S'agissant des enfants algériens, un accord bilatéral entre la France et l'Algérie permettait jusqu'en 2001 de faire bénéficier du regroupement familial les enfants dont l'autorité parentale avait été confiée à un ressortissant français ou à un ressortissant étranger séjournant légalement sur le territoire français. Cependant, une révision de cet accord, initiée par le Gouvernement français, a donné lieu à un avenant intégré le 11 juillet 2001 : elle est alors venue ajouter une condition supplémentaire tenant à « l'intérêt supérieur de l'enfant » pour les enfants faisant l'objet d'une kafala. Or, dans de nombreux cas, les autorités consulaires ont fait valoir que l'intérêt supérieur de l'enfant consistait pour l'enfant à demeurer auprès de ses parents biologiques. L'administration risque donc de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant en prenant en considération l'objectif de maîtrise des flux migratoires. Cependant, le Conseil d'État a fait évoluer sa jurisprudence sur le sujet dans un arrêt de 2010²⁸ : il considère désormais que l'intérêt supérieur de l'enfant est de vivre auprès de la personne qui est titulaire à son égard de l'autorité parentale. Mais cette présomption peut être renversée dans deux cas : lorsque l'accès de l'enfant au territoire national constituerait une menace pour l'ordre public, d'une part et lorsque les conditions d'accueil de l'enfant en France, du fait des ressources ou du logement du titulaire de la kafala, seraient contraires à son intérêt, d'autre part. Alors qu'il n'exerçait qu'un contrôle minimum sur l'appréciation par l'administration de l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge administratif procède depuis cet arrêt à un contrôle entier sur la qualification des faits. En matière judiciaire, si le Code civil prévoit que l'enfant peut être

²⁵ Un homme et une femme en âge de procréer, avec une infertilité médicalement diagnostiquée, mariés ou pouvant se prévaloir d'une vie commune de deux années

²⁶ Code de l'action sociale et des familles, art. R225-4.

²⁷ Cour EDH, 27 nov. 1992, *Olsson c. Suède*, req. n° 13441/87.

²⁸ CE, 13 juillet 2010, *M. et Mme A*, req. n° 337091.

entendu à sa demande²⁹, le juge demeure néanmoins souverain dans l'appréciation des faits de l'espèce, et tient compte des vœux exprimés par l'enfant dans la mesure où ils lui paraissent conformes à son intérêt – un intérêt souverainement apprécié par le juge.

B. MODES D'APPRECIATION DE L'INTERET DE L'ENFANT

Bien souvent, la doctrine oppose une appréciation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant à une appréciation *in concreto*³⁰. La première ne tiendrait pas compte de la situation concrète de celui-ci et consisterait en réalité à appliquer une définition de l'intérêt de l'enfant constituée *a priori* indépendamment des faits de l'espèce. En revanche, l'appréciation *in concreto* accorderait toute son importance aux faits de l'espèce, aux spécificités du cas litigieux. Cette distinction, habituellement mobilisée pour différencier deux types d'approches d'un contentieux relatif à une situation individuelle, peut prêter à confusion. En outre, lorsque l'intérêt de l'enfant est confronté à une norme générale, les modalités de son appréciation jurisprudentielle pourraient également emprunter cette même dichotomie, mais avec quelques précautions également. En effet, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre une mesure réglementaire, il est tentant d'affirmer que l'examen de sa conformité à l'intérêt de l'enfant – mobilisé par exemple à travers la référence à l'article 3-1 de la Convention de New York – relève d'une appréciation *in abstracto* au sens où ce sont des normes caractérisées par un niveau de généralité élevé (en tout cas, cela ne concerne pas un enfant considéré *in situ* mais la catégorie générique des enfants) : le juge procède donc à une confrontation des dispositions générales sur la base d'une interprétation de chacune d'entre elles. Cependant, ce niveau de généralité du contentieux n'exclut pas une prise en compte des faits. Dans l'arrêt du Conseil d'État relatif au décret sur le fonctionnement des établissements d'accueil des enfants de moins de six ans³¹, le juge administratif évoque des conditions d'accueil « satisfaisantes ». Cela résulte bien du rapport d'un fait (considéré d'un point de vue général certes) à une norme d'évaluation³².

L'alternative généralement proposée entre une appréciation *in concreto* et une appréciation *in abstracto* pour rendre compte de l'approche d'une situation individuelle par le juge est susceptible de générer des confusions sur la réalité de l'activité juridictionnelle. Évoquer une appréciation *in concreto* laisse entendre qu'une autorité d'application, notamment le juge, tient compte des faits en dehors de tout jugement de valeur, ce qui paraît peu réaliste : les faits font d'abord l'objet d'une représentation mentale puis sont soumis à une évaluation. En ce

²⁹ Code civil, art. 388-1.

³⁰ Voir not. : C. CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, op. cit., p. 39 et s.

Il ne s'agit pas ici d'aborder la démarche nécessairement générale du législateur ou du pouvoir réglementaire lorsqu'il adopte des dispositions destinées à satisfaire l'intérêt de l'enfant. Dans ce cas en effet, l'intérêt de l'enfant préside dans une certaine mesure à la création de la norme, mais l'identification de cette préoccupation soulève des problèmes de méthodologie.

³¹ CE, 25 janvier 2012, *Association nationale des psychologues de la petite enfance et autres*, req. n° 342210.

³² Sur ce sujet, de manière plus générale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, on pourra se référer notamment à : J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Economica-PUAM, 2001.

sens, l'appréciation des faits présuppose l'existence d'une norme d'évaluation³³. Ainsi, plutôt que de distinguer deux types d'appréciation, l'une abstraite et l'autre concrète, il serait peut-être plus éclairant de différencier deux types de norme mobilisés par le juge dans son approche d'un cas d'espèce : d'un côté, une norme relative à l'intérêt de l'enfant, présente sous la forme d'une maxime explicite ou implicite relative à ce qui est bon pour l'enfant de manière générale et, d'un autre côté, une norme d'évaluation également ordonnée autour de l'intérêt de l'enfant, mais de manière plus diffuse, et qui est nécessairement mobilisé dans l'appréciation des faits. Le juge mentionne ainsi parfois les conditions d'accueil, le niveau de revenus des parents ou des candidats à l'adoption, etc. Mais ces éléments, censés constituer des éléments de faits, des critères plus objectifs d'appréciation, parfois d'ailleurs mis en exergue par la doctrine pour souligner que le juge procède ainsi à une appréciation *in concreto*, ne sont pas des faits bruts, mais font l'objet d'une évaluation, au regard de présupposés normatifs (sur les conditions d'accueil « convenables », « satisfaisantes », etc.) relatifs à l'intérêt de l'enfant.

Pour ce qui est des normes générales relatives à l'intérêt de l'enfant, mentionnées expressément par les acteurs du droit, il est possible d'en citer quelques-unes, observées dans les éléments de jurisprudence mentionnés jusque-là³⁴ :

L'enfant doit vivre auprès de sa famille biologique (kafala) ;

L'enfant doit vivre auprès de celui qui a bénéficié d'une délégation de l'autorité parentale (kafala) ;

L'enfant a besoin de ses deux parents (résidence alternée) ;

L'enfant en bas âge doit vivre auprès de sa mère ;

L'enfant a besoin d'un référent paternel et d'un référent maternel ;

Il n'est pas bon pour l'enfant de naître d'une mère porteuse ;

L'enfant doit vivre auprès du parent qui s'est effectivement occupé de lui.

Ces normes relèvent de sources distinctes : elles sont façonnées – ou non – par les experts, elles peuvent relever de ce que certains seraient tentés de qualifier le sens commun... Surtout, elles sont susceptibles d'entrer en conflit les unes avec les autres. Enfin, elles peuvent être relativisées par des éléments de faits évalués au regard nécessairement d'un présupposé normatif implicite relatif à l'intérêt de l'enfant. Cette distinction entre deux registres d'appréciation est parfaitement illustrée par l'arrêt de la Cour d'appel d'Angers de janvier 2011 qui accorde le droit pour les grands parents d'une enfant née sous X de solliciter l'ouverture d'une tutelle sur cette enfant. La Cour raisonne en deux temps : d'abord, en se fondant sur l'article 3-1 de la Convention de New York, elle énonce qu'il est dans l'intérêt

³³ Sur ce point, voir not. : M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, spéc. p. 78.

³⁴ Dans son étude consacrée au divorce et à ses conséquences, I. Théry a identifié 24 classes d'arguments échangés dans les conflits post-divorce, éventuellement repris par les juges, qu'elle a réparties en trois ensembles : les arguments-normes ; les arguments circonstances ; les arguments symptômes. Les premiers renvoient à des arguments de principe, énoncés abstraitement et correspondent à ce que nous nommons les principes normatifs. Les seconds renvoient aux descriptions d'une situation particulière : mais I. Théry insiste bien sur le fait que ces descriptions « supposent les valeurs sans les nommer ». Enfin, le troisième ensemble d'arguments renvoie à ce qui est censé « caractériser un signe indiscutable d'adaptation ou d'inadaptation de l'enfant à sa situation » (l'échec scolaire par exemple). Voir I. THERY, *Le démariage, Justice et vie privée*, Odile Jacob, 2001, p. 168-169.

supérieur de l'enfant de vivre auprès de sa famille ; puis, dans un second temps, elle considère que les grands-parents remplissent les conditions d'accueil et d'éducation favorables à l'intérêt de l'enfant³⁵.

En conclusion, il convient évidemment d'insister sur l'importance jouée par la Convention de New York, qui offre aux juges une ressource argumentative importante pour assurer un contrôle sur les décisions relatives à l'enfant. Cependant, certains arrêts ont permis de mettre en évidence l'absence de lien nécessaire entre l'intérêt de l'enfant, d'une part, et les droits de l'enfant, ou plus précisément encore, la protection de l'enfant, d'autre part. Au fond, l'enfant demeure un incapable sur la scène juridique, et la définition de son intérêt est monopolisée par les juges et les experts.

II. L'« INTERET DE L'ENFANT » : UNE LEGITIMITE INCOMMENSURABLE ETAYEE PAR L'AUTORITE DES EXPERTS

La référence croissante à l'intérêt de l'enfant peut s'analyser comme l'expression d'un certain nombre de reconfigurations au sein du système juridique : elle est susceptible de favoriser un essor de l'expertise psychologique auprès des autorités administratives et judiciaires ; plus encore, elle participe d'un phénomène de redéfinition des limites apportées aux droits, davantage axée sur la protection d'un intérêt individuel que sur la reconnaissance d'un intérêt général. Toutefois, il convient de reconnaître la réalité normative à l'œuvre par-delà le masque des mots : les acteurs du droit, les producteurs de normes et les requérants, se saisissent de l'intérêt de l'enfant comme d'un énième avatar du bien commun, une redéfinition de l'intérêt général dans certains domaines, toujours mobilisé dans la perspective d'une « exigence de dépassement des intérêts particuliers »³⁶.

A. UNE RECONFIGURATION DES POUVOIRS

De même que pour toutes les notions indéfinies³⁷, l'inscription de l'intérêt de l'enfant dans la loi implique, pour la plupart des auteurs, « qu'un très large pouvoir d'appréciation va être laissé au juge »³⁸. Sans doute pourrait-on aller plus loin, en considérant le rôle dévolu dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant aux autorités administratives dans certains cas, ainsi qu'au pouvoir médical dans d'autres cas. De manière générale, le regard porté sur l'intérêt de l'enfant renvoie bien souvent à un discours d'expert, autant en matière de droit civil que dans le domaine de la bioéthique.

³⁵ Cour d'appel d'Angers, 26 janvier 2011, n° 10-01139.

³⁶ Telle est la définition habituellement admise de l'intérêt général. V. not. Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, 1999.

³⁷ *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, CH. PERELMAN et R. VANDERL ELST, Bruylant, 1984. C. BLOUD-REY, « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (ss dir.), 2003, p. 1439 et s.

³⁸ C. LIENHARD, *Le rôle du juge aux affaires familiales*, op. cit., p. 126.

En matière de séparation, le juge aux affaires familiales peut solliciter une enquête sociale et/ou un examen médico-psychologique des parents et des enfants, afin de prendre les mesures les plus conformes à l'intérêt de l'enfant. Il n'est juridiquement pas lié par les rapports d'expertise, mais dans leur grande majorité, les juges suivent les conclusions de ces rapports : à la suite d'une étude faite en 1991 par Irène Théry, sur 700 procédures de divorce dans lesquelles a été ordonnée une enquête sociale, l'avis de l'enquêteur a été suivi dans 83 % des cas par le juge³⁹.

S'agissant de l'appréciation des conditions que les candidats à l'adoption doivent offrir à des enfants sur le plan psychologique, éducatif et familial, Éric Millard souligne que ces enquêtes sociales menées par des professionnels qualifiés bénéficient auprès du pouvoir réglementaire d'une autorité considérable. En effet, si celles-ci ne représentent qu'un « simple élément d'aide à la décision d'un point de vue strictement de droit positif, elles acquièrent ainsi, de fait, une valeur plus forte aux yeux de l'autorité »⁴⁰ administrative en charge de décider d'accorder ou non l'agrément d'adoption. L'auteur explique ce phénomène non seulement par l'autorité morale attachée à l'expertise, mais également dans certains cas, de manière plus prosaïque en raison du manque de temps des autorités administratives soulagées de trouver dans le rapport de l'enquêteur une « décision toute faite »⁴¹.

Il serait tentant de considérer que les présupposés normatifs relatifs à l'intérêt de l'enfant véhiculés par les professionnels de l'enfance bénéficient d'un statut particulier, en l'occurrence scientifique, par rapport à des présupposés marqués par un certain opportunisme, tels ceux qui sont avancés par le gouvernement en matière de kafala ou en matière de rétention administrative – l'intérêt de l'enfant étant alors avant tout d'être auprès de ses parents. Mais, sans même se prononcer sur la pertinence des théories relatives à la psychologie de l'enfant, ce qui outrepasserait bien évidemment la compétence de l'auteur de ces lignes, il convient simplement de relever que le champ académique consacré à la psychologie de l'enfant et du développement est traversé par des oppositions doctrinales, des thèses parfois opposées sur l'intérêt de l'enfant. C'est d'ailleurs ce que rappelle la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *E. B. contre France* du 22 janvier 2008, lorsqu'elle explique, comme elle le fit déjà dans son arrêt *Fretté* de 2002⁴², que la communauté scientifique est divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels⁴³. Il n'en demeure pas moins que les présupposés normatifs des experts orientent l'évaluation qu'ils font des critères d'appréciation posés par la loi pour caractériser l'intérêt de l'enfant à être accueilli par le(s) candidat(s) à l'adoption.

³⁹ I. THERY, *Le démariage*, *op. cit.*, p. 269. I. Théry nuance néanmoins cette influence en rappelant que dans la plupart des cas, l'expert ne fait qu'entériner la garde ordonnée par le juge à titre provisoire.

⁴⁰ E. MILLARD, *Famille et droit public*, *op. cit.*, p. 196. Le Rapporteur public de l'époque parlait même de « freudisme administratif » pour qualifier le discours à l'œuvre dans certains agréments : P. Hubert, Cls sous CE, 4 nov. 1991, *Mlle L*, Cité par E. MILLARD, *op. cit.* ; On pourra utilement se référer à l'étude de Sandrine Garcia relative à l'articulation des droits reconnus aux femmes avec la protection de l'enfant, qui met en évidence la préoccupation croissante pour la figure de l'enfant dans la seconde moitié du XX^e siècle, tant en matière médicale qu'en matière de politique pénale, et l'emprise du discours psy sur cette question : S. GARCIA, *Mères sous influence : de la cause des femmes à la cause des enfants*, La Découverte, 2011.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, § 42.

⁴³ Cour EDH, 22 janvier 2008, *E. B. c. France*, req. n° 43546/02, § 58.

En matière d'AMP, l'équipe clinico-biologique pluridisciplinaire prévue à l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique est composée de gynécologues, de biologistes de la reproduction et de psychologues. Elle dispose de la possibilité d'ajourner la prise en charge d'une AMP au nom de l'intérêt de l'enfant à naître, alors même que les conditions légales seront réunies. Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à analyser cette prérogative comme un droit de veto laissé au médecin : en effet, le délai de réflexion supplémentaire prévu par la loi n'est pas limité, et peut être renouvelé, semble-t-il, aussi longtemps que l'équipe médicale l'estime nécessaire⁴⁴.

B. LA REFORMULATION D'UN INTERET GENERAL

Si nous avons pris le parti, dans la présente introduction, de ne pas nous attarder sur la question de la définition de l'intérêt de l'enfant, il serait toutefois possible de réintroduire la question de son sens sous un autre angle. La philosophie du langage considère la question du sens des termes à partir du couple dénotation/connotation⁴⁵. La dénotation correspond au référent du terme. En l'occurrence, la dénotation de l'intérêt de l'enfant est pour le moins problématique, en ce sens qu'elle fait l'objet de controverses, ainsi qu'en témoigne la variété des principes parfois contradictoires évoqués par les parties et par les juges. Il est certes possible de restituer son sens dénoté à partir de l'analyse au cas par cas du sens qui lui est alloué dans les décisions de justice. Mais la connotation de la notion, qui correspond à la valeur du terme, à sa valeur au sein d'une communauté linguistique donnée, permet d'aborder l'intérêt de l'enfant sous un autre angle, en s'interrogeant sur l'intérêt pour les acteurs du droit de faire appel à une telle notion. De ce point de vue, celle-ci constitue une référence dotée d'une autorité considérable : elle exprime en effet l'un des « rares consensus de la société occidentale »⁴⁶, comparable d'ailleurs à celui qui entoure le respect de la dignité de la personne humaine⁴⁷.

L'intérêt de l'enfant est historiquement lié à une forme de contrôle familial, que l'on pourrait qualifier de « police des familles », selon l'expression de Jacques Donzelot⁴⁸. En ce sens, il entretenait un lien étroit avec l'intérêt familial et l'intérêt général. À l'époque contemporaine, il est utilisé de manière croissante pour fonder une restriction des libertés, ou

⁴⁴ P. DEMAY DE GOUSTINE, « PMA et pouvoir médical », *RDSS*, 1996, note 33 ; D. THOUVENIN, « Les lois n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994, n° 94-653 et n° 96-654 du 29 juillet 1994, ou comment construire un droit de la bioéthique », *Dalloz*, 1995, p. 149.

⁴⁵ Pour une illustration de la portée heuristique de l'utilisation de ce couple conceptuel dans l'analyse de l'intérêt général, voir : G. TUSSEAU, « L'intérêt général en droit constitutionnel. Discussion du rapport de M. Hajime Yamamoto », in *L'intérêt général au Japon et en France*, Dalloz, 2008, p. 131

⁴⁶ Y. LEQUETTE, note sous CA de Paris, 18 décembre 1973 et 1^{er} juillet 1974, *Journal du droit international*, 1975, p. 532. Cité par C. CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, PUAM, 2001, p. 17. Irène THERY parle d'un « objectif moralement indiscutable » : I. THERY, *Le démariage*, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁷ Voir les analyses éclairantes sur ce point de C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), « Analyses », in *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, spéc. p. 242 s.). Irène THERY parle quant à elle d'un « objectif moralement indiscutable » (I. THERY, *Le démariage*, *op. cit.*).

⁴⁸ J. DONZELOT, *La police des familles*, Ed. de Minuit, 1977. Selon C. Neirinck, « la « police des familles » (...) utilise depuis longtemps l'enfant comme instrument de contrôle des parents » : C. NEIRINCK, « L'enfant, être vulnérable », *Rev. de dr. san. et soc.*, 2007, p. 5.

du moins pour fonder l'exercice d'un contrôle sur les libertés, d'autant plus légitime qu'il peut se prévaloir de la double référence à une figure individuelle, ou du moins objectivable à travers des individus déterminés, ainsi qu'à une figure vulnérable⁴⁹. La référence à l'intérêt de l'enfant a été largement mobilisée lors des débats parlementaires sur les lois bioéthiques, constituant un motif de préoccupation particulièrement prisé des parlementaires. Les controverses actuelles suscitées par la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe se focalisent d'ailleurs essentiellement autour de cette notion, les opposants à cette réforme législative mobilisant cette notion dans les termes de l'évidence, de l'évidence d'une figure vulnérable sacrifiée aux désirs égoïstes des adultes. En ce sens donc, l'intérêt de l'enfant constitue un motif de restriction des libertés, à la manière dont peut le faire l'intérêt général dans d'autres contentieux. Mais la légitimité attachée à l'intérêt de l'enfant ne préjuge évidemment en rien de la manière dont les autorités normatives en disposent, ni du sens qu'elles lui assignent. En effet, il convient d'insister à nouveau sur le fait qu'en cas de conflit de droits entre une mère et son enfant par exemple⁵⁰, l'intérêt de l'enfant entendu juridiquement peut aussi bien être mobilisé au fondement d'une reconnaissance d'un droit de l'enfant ou au contraire de celui de la femme. S'agissant de l'accouchement sous X, dans son arrêt *Odièvre* du 13 février 2003, le juge européen a ainsi mis en balance le droit de l'enfant à connaître ses origines et le droit de la femme à accoucher sous X. La Cour de Strasbourg a alors considéré que la loi, en permettant à une femme d'accoucher sous X, avait pour but de protéger la santé et la vie de l'enfant de la femme et de l'enfant en évitant les avortements clandestins ou les abandons sauvages. Par conséquent, elle a considéré que l'atteinte au droit de connaître ses origines n'était pas disproportionnée au regard des buts légitimes poursuivis par la loi, buts qui recouvrent notamment l'intérêt de l'enfant.

En définitive, l'intérêt de l'enfant donne lieu à des interprétations variées, fondées sur des présupposés potentiellement opposés, et permet, selon l'appréciation dont il fait l'objet, sinon d'apporter une justification aux droits des femmes qui seront étudiés dans le cadre du séminaire, du moins d'en restreindre la portée. Cela s'explique en partie parce que cet intérêt relève précisément d'un double registre, factuel et axiologique : factuel au regard des éléments de référence tirés de l'observation des faits sur lesquels se fonde ceux qui l'invoquent, et nécessairement axiologique dans la mesure où l'intérêt est une notion pondérable dont la détermination repose *in fine* sur une évaluation. Ainsi, son identification dans un domaine particulier – en matière d'accouchement sous X ou d'AMP, par exemple – constitue un objet de controverses entre les tenants des droits reconnus aux femmes dans ces domaines et leurs opposants. Pour le dire autrement, selon les cas, les droits des femmes sont principalement articulés avec l'intérêt des femmes, parfois avec les droits de l'enfant⁵¹ tels que le droit d'accéder à ses origines (dans le domaine de l'accouchement sous X), ou bien encore avec

⁴⁹ Sur ce point, v. G. ARMAND, « L'ordre public de protection individuelle », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2004-3, p. 1583.

⁵⁰ S'agissant de l'accouchement sous X, cette représentation des choses s'expose évidemment à la critique qu'il n'existe justement pas de lien de filiation entre la femme et l'enfant issu de son utérus.

⁵¹ C'est une formulation qui peut paraître problématique lorsque ces droits sont mobilisés par des requérants adultes. Mais il s'agit alors d'un adulte considéré à partir de son lien de filiation.

l'intérêt de l'enfant, sans que droits et intérêts coïncident nécessairement : il est par exemple possible de considérer que la reconnaissance d'un droit à connaître ses origines biologiques est contraire à l'intérêt de l'enfant.

Pour citer cet article

Thomas Dumortier, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion 'protectrice' », in séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant.

La Revue des Droits de l'Homme n°3, juin 2013

<http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/2secc81minairedumortier2.pdf>