



HISTOIRE DU DROIT DE L'ENFANT

Il y a deux approches en matière de protection de l'enfance : l'une centrée sur la réponse aux besoins de l'enfant, à partir d'une appréciation subjective de ce que serait son intérêt, l'autre visant à promouvoir et satisfaire ses droits. La première est l'approche assistancielle classique ; l'autre est issue des lois de 1970 sur l'autorité parentale, du 6 juin 1984 sur les droits des familles, du 2 janvier 2002 sur l'action sociale.

2 Il va sans dire que les deux démarches sont nécessaires : s'il n'y a que des mesures de protection, il n'y a pas d'éducation à l'autonomie et à la liberté ; et s'il n'y a que des « droits-libertés », il y a inconscience de l'adulte, abandon et mise en danger de l'enfant.

3 Chacune des deux dimensions (les « droits-libertés » et les « droits-protections ») prévient contre une interprétation délirante de l'autre dimension. « L'autorité des parents et des éducateurs réside dans leur capacité à articuler ces deux types de droits et à juger de la façon dont la reconnaissance des uns prévient contre une application excessive des autres », écrivait le professeur Renaut (2004).

L'intérêt de l'enfant

Le souci porté à l'intérêt de l'enfant est récent. En effet, la notion d'enfance est une notion plutôt moderne, née aux XVII^e et XVIII^e siècles, lorsqu'on a commencé à sortir des grandes famines et de la mortalité infantile sévère et que l'on a considéré que l'enfant n'était pas seulement un risque ou une charge, mais aussi une source d'espérance.

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

- la loi du 28 juin 1793 fait obligation pour la nation de s'occuper des enfants abandonnés ;
- la loi de 1841 limite le travail des enfants dans les fabriques ;
- la loi de 1882 rend l'instruction publique obligatoire ;
- la loi du 24 juillet 1889 introduit la possibilité de prononcer une déchéance de la puissance paternelle en cas de maltraitance grave.

Mais la découverte de l'enfant sujet, personne digne d'intérêt, est encore plus contemporaine. Ce n'est que depuis le XX^e siècle qu'il va être au centre des politiques d'éducation et de soins, et aussi des enjeux économiques et de consommation.



Cette évolution des événements se traduit aussi par une évolution du droit et par le développement de nouveaux instruments juridiques, notamment la Convention internationale des droits de l'enfant. Celle-ci est proclamée par l'ONU le 20 novembre 1989 et ratifiée par la France en 1990. Elle a actuellement valeur d'un traité international et a donc une force supérieure aux lois nationales. Avec elle, et les nombreux textes qui ont suivi sa création 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 » (Renaut, 2004).

C'est l'article 3 de la CIDE qui a donné à cette notion 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 [1][1] Arrêt Torres du 29 janvier 1997., et confirmé depuis, que cette disposition était d'application directe en droit interne, position à laquelle la Cour de cassation s'est ralliée en 2005 [2][2] Cass. 1er civ. 18 mai 2005, confirmé le 14 juin 2005.. Pour autant, la CIDE ne dit pas que l'intérêt de l'enfant est la seule considération. Elle précise qu'il s'agit d'« une considération primordiale », soit d'une considération parmi d'autres. On a effectivement beaucoup glosé sur le terme « supérieur [3][3] Au pluriel dans la version anglaise : « the best interests ». ». À notre sens, cela signifie l'intérêt primordial, mais cela ne signifie pas que l'intérêt de l'enfant soit supérieur à tout autre intérêt. Sinon, ce serait l'installer dans la toute-puissance, poser qu'il aurait forcément toujours raison (Théry, 1994). 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 : son intérêt s'analyse donc conjointement aux intérêts des autres. Mais l'intérêt de l'enfant, s'il est une référence utile, est un concept particulièrement flou auquel on peut faire dire tout ce que l'on veut.

L'apparition du droit de l'enfant

Une bipolarisation trompeuse entre droits des enfants et droits des familles...

La notion de « droits de l'enfant » apparaît en 1959 avec la Déclaration des droits de l'enfant et s'impose quarante ans plus tard avec la Convention des droits de l'enfant.

On peut lire ici ou là [4][4] Par exemple Jean-Marc Lhuillier, « La protection de... qu'il y aurait deux positions en matière de protection de l'enfance – je fais allusion aux publications du pédopsychiatre Maurice Berger (2003 et 2005) ou à celles d'Alain Grévot – : celle qui est



BUCHINGER & RUBIN
— AVOCATS —

centrée sur l'enfant et celle qui est centrée sur la famille, qui privilégierait l'intérêt des parents.

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 à ce sujet : « 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.

Le clivage est à situer entre ceux qui voient l'enfant comme objet de protection et ceux qui positionnent l'enfant comme sujet de droit. Pour moi, en effet, deux logiques existent : la logique de la protection, soit l'assistance publique traditionnelle et les lois de 2007 [5][5] Protection de l'enfance et prévention de la délinquance., et la logique de la promotion et du droit des personnes, regroupant les lois de 1970 sur l'autorité parentale [6][6] Cette loi fait du mineur, sans limitation d'âge, pleinement..., du 6 juin 1984 sur le droit des familles et du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

... qui disqualifie les parents...

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 ce dernier. C'est la position paternaliste classique, pour laquelle 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'accroît lorsque l'enfant est un enfant du peuple, issu des classes pauvres ou des milieux défavorisés. » (Costa-Lascoux, 1988).

Dans le même sens, Claire Neirinck, professeur de droit à l'université du Mirail à Toulouse, dans un récent numéro de la *Revue de droit sanitaire et social* (2007), écrivait ironiquement que les parents « sont incompetents. 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 seraient capables d'encadrer des stages parentaux. Ils sauraient apprécier, à partir de leurs critères subjectifs, l'intérêt de l'enfant.

Cabinet d'Avocats BUCHINGER & RUBIN

66 Avenue Victor Hugo - Immeuble Léonard de Vinci - 75116 PARIS

Tél : 01.45.00.90.97 | Port : 06.21.50.70.79 | avocats@buchinger-rubin.com & judith@buchinger-rubin.com

www.buchinger-rubin.com



BUCHINGER & RUBIN
— AVOCATS —

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 [7][7]Retrait d’allocations, signalement au juge des enfants,... – des mesures d’encadrement de ces nouveaux incapables : « stages parentaux [8][8]Circulaire du 13 décembre 2002 de la Direction des affaires... », « contrats de responsabilité parentale [9][9]Art. L 222-4-1 introduit par la loi du 31 mars 2006 sur... », mesures d’« accompagnement parental [10][10]Art. L 142-2 casf introduit par la loi du 5 mars 2007 sur la... ». 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. Souvent on relie dépistage et prévention alors justement que le dépistage (terme de chasse) s’oppose à la prévention qui suppose confiance dans les potentialités de l’autre. 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* (2007).

... et réduit les droits des enfants

Le mot-clé des tenants de cette théorie est l’intérêt de l’enfant. Mais c’est le professionnel qui définit ce qu’est cet intérêt. L’intérêt de l’enfant, ce n’est jamais que lui qui le proclame, mais d’autres qui en décident. Selon notre conception, c’est d’abord l’enfant qui peut dire quel est son intérêt et lorsqu’il n’en a pas la capacité, il est représenté par ses parents, le juge ayant alors un rôle de contrôle. Mais, de plus en plus dans la pratique de la protection sociale ou judiciaire de l’enfance, cette capacité leur est confisquée 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 vus dit que... » On ne demande pas au magistrat d’être médecin, on lui demande de dire le droit. Or, chaque fois que le code invoque l’intérêt de l’enfant, c’est pour le priver d’un droit. Ainsi, deux récentes lois du même jour ont autorisé, sous certaines conditions et dans certaines limites, le partage d’informations entre personnes soumises au secret professionnel. 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 concernant celui-ci. Mais on peut les priver de ce droit « si cette information est contraire à l’intérêt de l’enfant [11][11]Art. L 226-2-2 casf. ». De la même manière, le président du conseil général doit informer les parents lorsqu’il transmet à l’autorité judiciaire une information préoccupante les concernant – c’est ce qu’on appelle un signalement – « sauf intérêt contraire de l’enfant [12][12]Art. L 226-2-1 casf. ».

Cabinet d’Avocats BUCHINGER & RUBIN

66 Avenue Victor Hugo - Immeuble Léonard de Vinci - 75116 PARIS

Tél : 01.45.00.90.97 | Port : 06.21.50.70.79 | avocats@buchinger-rubin.com & judith@buchinger-rubin.com

www.buchinger-rubin.com



L'article 371-5 CC, quant à lui, pose que l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs sauf « si son intérêt commande une autre solution ». De la même façon, le service de l'aide sociale à l'enfance doit privilégier les liens d'attachement que l'enfant a établis hors de sa famille, avec une famille d'accueil par exemple, « dans son intérêt supérieur [13][13]Art. L 221-1 / 6° casf. ». Alors même que le juge doit entendre l'enfant qui en fait la demande, ce qui est un grand acquis de la loi de 2007, il peut l'adresser à une autre personne « lorsque son intérêt le commande [14][14]Art. 388-1 CC. ». L'ancien texte restreignait aux situations de « motifs graves » le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, quand le nouveau, depuis 2007, permet de s'y opposer en invoquant l'intérêt de l'enfant [15][15]Art. 371-4 CC.. Ainsi, en 1984 pour la protection sociale et en 1986 pour la protection judiciaire, nous avons acquis que les placements devaient être revus périodiquement et ne pas perdurer jusqu'à ce qu'il en soit autrement décidé. Désormais, dans l'intérêt de l'enfant, ils peuvent être fixés sans échéance [16][16]Nouvel art. 375 CC.. Dans le même sens, 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 que le lieu d'accueil demeurera caché [17][17]Art. 375-7 CC..

Comme le note Patricia Benec'h-Le Roux (2006), « l'utilisation [de ce concept] est d'autant plus pernicieuse qu'elle s'auto-justifie presque naturellement par le souci généreux et louable de faire le bien de l'enfant, sans qu'on sache vraiment ce qu'il recouvre ». On le voit, il s'agit bien d'un instrument de pouvoir.

Le droit comme régulateur des pratiques

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 : enfants et parents sont avant tout 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. Comment aider les enfants si on disqualifie leurs parents [18][18]« Il est difficile d'admettre que la disqualification des... ?

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-investis 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 l'intérêt de l'enfant, le juge (sur



BUCHINGER & RUBIN
— AVOCATS —

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 sûr, il s'agit de décisions judiciaires, mais lorsqu'on fréquente les cabinets des juges, peut-on ne pas avoir le sentiment d'une certaine collusion de la justice et de l'administration sociale [19][19] On voit encore – nous l'avons nous-mêmes vu en 2007 – des juges... ? 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 Grévoit écrivait, dans *Voyage en protection de l'enfance* (2001, p. 42), que « dans le système anglais le juge est arbitre neutre entre les demandes des travailleurs sociaux et celles de la famille », mais que « 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 ». 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 [20][20] *jdj/rajs* n° 254, avril 2006, p. 26., directeur du *Journal du droit des jeunes*, lui-même ancien avocat.

La synthèse de 2007

La loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance a introduit dans le code de l'action sociale et des familles l'article L. 112-4 qui traduit dans le droit français les dispositions de la CIDE en posant que « l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs, ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant ». La loi indique donc non pas une, mais trois références complémentaires : l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins, le respect de ses droits.

L'intérêt de l'enfant n'est pas le seul motif des décisions le concernant, ce qui est essentiel. En effet, le droit est objectif et se constate, alors que l'intérêt relève toujours d'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 [21][21] Art. 7 de la CIDE ; on ne peut l'en priver parce qu'on estime que ce serait contraire à son intérêt.

Cabinet d'Avocats BUCHINGER & RUBIN

66 Avenue Victor Hugo - Immeuble Léonard de Vinci - 75116 PARIS

Tél : 01.45.00.90.97 | Port : 06.21.50.70.79 | avocats@buchinger-rubin.com & judith@buchinger-rubin.com

www.buchinger-rubin.com



Notes

- [1]

Arrêt Torres du 29 janvier 1997.

- [2]

Cass. 1^{er} civ. 18 mai 2005, confirmé le 14 juin 2005.

- [3]

Au pluriel dans la version anglaise : « *the best interets* ».

- [4]

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

- [5]

Protection de l'enfance et prévention de la délinquance.

- [6]

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...

- [7]

Retrait d'allocations, signalement au juge des enfants, poursuites pénales.

- [8]

Circulaire du 13 décembre 2002 de la Direction des affaires criminelles et des grâces.

- [9]

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

- [10]



BUCHINGER & RUBIN
— AVOCATS —

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

- [11]

Art. L 226-2-2 CASF.

- [12]

Art. L 226-2-1 CASF.

- [13]

Art. L 221-1 / 6° CASF.

- [14]

Art. 388-1 CC.

- [15]

Art. 371-4 CC.

- [16]

Nouvel art. 375 CC.

- [17]

Art. 375-7 CC.

- [18]

« Il est difficile d'admettre que la disqualification des parents que consacrent ces dispositions rendent l'enfant moins vulnérable, bien au contraire ! » (C. Neirinck, 2007, p. 14).

- [19]

On voit encore – nous l'avons nous-mêmes 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.

Cabinet d'Avocats BUCHINGER & RUBIN

66 Avenue Victor Hugo - Immeuble Léonard de Vinci - 75116 PARIS

Tél : 01.45.00.90.97 | Port : 06.21.50.70.79 | avocats@buchinger-rubin.com & judith@buchinger-rubin.com

www.buchinger-rubin.com



BUCHINGER & RUBIN
— AVOCATS —

- [20]

JDJ/RAJS n° 254, avril 2006, p. 26.

- [21]

Art. 7 de la CIDE.

Cabinet d'Avocats BUCHINGER & RUBIN

66 Avenue Victor Hugo - Immeuble Léonard de Vinci - 75116 PARIS

Tél : 01.45.00.90.97 | Port : 06.21.50.70.79 | avocats@buchinger-rubin.com & judith@buchinger-rubin.com

www.buchinger-rubin.com