



## *Groupe de travail « Intérêt supérieur de l'enfant »*

### Rapport d'étape

## LA QUESTION DU MAINTIEN DES LIENS FAMILIAUX ET DU CHOIX DE LA RESIDENCE LORS DES SEPARATIONS PARENTALES

### **Considérations méthodologiques**

Pour rappel, le groupe de travail a pour objectif de produire des repères sur lesquels s'appuyer afin de déterminer et de prendre en considération l'intérêt de l'enfant dans la prise de décisions le concernant.

En effet, lors de la prise de décision concernant la situation d'un enfant, il y a obligation de prendre en considération son intérêt. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant constitue une exigence procédurale.

Le choix a été fait de déterminer ces critères en prenant comme premier axe de travail la question du maintien des liens familiaux et du choix de la résidence lors des séparations parentales.

En complément des travaux déjà réalisés par l'ex institution du Défenseur des enfants<sup>1</sup> dont les constats ont été repris dans ce document, une approche juridique a été tout d'abord menée, avec un examen des textes internationaux, nationaux législatifs et réglementaires ainsi, que de la jurisprudence<sup>2</sup>. Puis ont été pris en compte les enseignements tirés de la pratique d'un juge aux affaires familiales, et du service des réclamations du Défenseur des droits (pôle Défense des enfants). A été enfin prise en compte la pratique des visites médiatisées<sup>34</sup> (espaces de rencontre et différentes formes de visites parents-enfant en présence d'un tiers).

### **Précautions**

*La mise en application des repères produits à l'issue de ces travaux devrait être accompagnée par des formations adaptées pour tous les professionnels ayant à traiter les affaires familiales (magistrats, avocats, experts, médiateurs, travailleurs et enquêteurs sociaux...). Il convient en effet d'éviter absolument de se contenter de les lister avec une grande rigidité. Par ailleurs une harmonisation des pratiques professionnelles s'impose en la matière.*

<sup>1</sup> Rapport Thématique 2008 « Enfants au cœur des séparations conflictuelles »

<sup>2</sup> Présentation du Madame Adeline Gouttenoire, professeur à l'Université Montesquieu, Bordeaux IV et directrice de l'Institut des mineurs de Bordeaux (voir annexe).

<sup>3</sup> Audition de Madame Catherine Sellenet, professeur d'université en sciences de l'éducation et psychologue) qui a mené une étude sur cette pratique et a recueilli des témoignages de juges, de professionnels, de parents, mais aussi d'enfants. et a publié deux ouvrages « Loin des yeux, loin du Cœur Maintenir les liens parents-enfants dans la séparation et « les visites médiatisées pour des familles séparées - Protéger l'enfant »

<sup>4</sup> Audition de Mme Pascale Vinas Directrice des services de médiation et de Mme Danièle Gozin, médiatrice, Maison de la médiation de Paris 20e

## • CONTEXTE

Selon les statistiques publiées par l'INSEE<sup>5</sup> en 2008 un enfant sur quatre ne vit pas avec ses deux parents.

**18% vivent dans une famille monoparentale, situation résultant essentiellement d'une rupture d'union et très rarement d'un veuvage.** Dans 85 % des cas la mère est le chef de famille mais la place des hommes augmente au fur et à mesure que l'enfant grandit : 10 % de pères sont chef famille monoparentale lorsque l'enfant a moins de six ans, mais ils le sont presque deux fois plus lorsqu'il est jeune adulte (17 à 24 ans).

**9% des enfants vivent dans une famille recomposée.** Pour ces derniers la configuration la plus courante, 63% des cas, consiste en une vie avec sa mère et un beau père, et 37% seulement avec son père et une belle mère. La vie dans une famille recomposée correspond à une période plus ou moins durable de nouvelle vie de couple du parent ; elle succède le plus souvent à une période de vie en famille monoparentale avant la formation d'une nouvelle union. Ainsi, la part des enfants habitant avec un parent et un beau-parent est faible chez les petits de moins de quatre ans, puis elle progresse régulièrement avec l'âge et atteint son maximum à treize ans, début d'adolescence. Il est rare que le parent avec lequel vit l'enfant recompose un couple dans l'année après la séparation. Avec l'accroissement du nombre de recompositions familiales, notamment de celles qui rassemblent des enfants de l'union actuelle et de l'union passée, les deux tiers des enfants concernés ont une expérience de vie avec une nouvelle fratrie. Sans oublier les cas dans lesquels l'enfant a aussi une expérience de recomposition familiale lorsqu'il réside chez

son autre parent qui lui-même recrée un couple.

Selon les mêmes statistiques publiées par l'INSEE<sup>6</sup> en 2008 après une union rompue 15% des mères ne voient leurs enfants que quelques fois par an et 18% des enfants déclarent ne jamais voir leur père. 25% voient leur père une fois par semaine, 22 % ne le rencontrent que quatre fois par an. Tandis que 17% des enfants de parents séparés (âgés de moins de 25 ans) sont désormais élevés par leur père.

**Les relations des parents autour de l'enfant après dissolution du couple conjugal peuvent se dérouler harmonieusement mais également se révéler tendues, éprouvantes voire dévastatrices pour lui.**

*« Le principal facteur de troubles à long terme n'est pas la séparation elle-même mais bien plutôt la discorde familiale si souvent associée. L'apparition de troubles du développement est plus fortement corrélée avec l'existence d'une mésentente parentale qu'avec la séparation [des parents]. Bien plus que le divorce lui-même, la nature de la mésentente et la place de l'enfant influenceront d'éventuelles évolutions pathologiques »* observe le pédopsychiatre Daniel Marcelli.

Des pédiatres canadiens partagent ces remarques *« les recherches laissent supposer que c'est le conflit parental et non la séparation qui nuit le plus aux enfants »*<sup>7</sup>

Aujourd'hui, 65 % de l'activité des tribunaux de grande instance est absorbée par le contentieux familial. Six divorces sur dix incluent un ou plusieurs enfants mineurs :

<sup>5</sup> INSEE première, juin 2008, les familles monoparentales

<sup>6</sup> INSEE première, juin 2008, les familles monoparentales

<sup>7</sup> Cité par Claude Martin, Des effets du divorce et du non-divorce sur les enfants, Recherches et Prévisions CNAF, n° 89, septembre 2007.

- 52 % des divorces se font à l'amiable avec une convention homologuée par le juge aux affaires familiales (JAF);
- 48 % des divorces incluant des enfants mineurs sont contentieux ;
- dans 85 % de ces divorces contentieux, le JAF a finalement pu entériner un accord portant à la fois sur la résidence et la pension alimentaire ;
- dans 10 % des cas le JAF a dû trancher en fin de procédure, dans 5% des cas, il a dû prendre une décision en l'absence d'un parent.

La virulence de quelques-unes de ces situations se retrouve dans les courriers et réclamations reçues aujourd'hui par le

## ● PROBLEMATIQUE

**D**éfinir la résidence de l'enfant ainsi que les droits de visite et d'hébergement de l'autre parent n'est pas un simple problème de choix de domicile mais également statuer sur les relations de l'enfant avec ses parents et l'environnement dans lequel il va évoluer.

A ce propos les textes internationaux mettent en avant **le principe de la coparentalité et le droit de maintenir les liens avec chacun de ses parents**. Cette exigence découle notamment de l'article 9 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (« *Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.* ») et de son article qui prévoit que les parents, à qui incombe en premier lieu la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement, « *doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant* »; ainsi que l'article 24-2 de la Charte européenne

Défenseur des droits et auparavant par la Défenseure des enfants.

Depuis la création de cette institution plus d'un cinquième des réclamations reçues portent sur la contestation de l'organisation des visites, de l'hébergement ou de la résidence habituelle de l'enfant et les problèmes familiaux ou liés à la famille et à l'hébergement ont toujours représenté plus de la moitié des réclamations.

Un grand nombre d'entre elles sont en relation avec une situation de rupture ou de recomposition familiale.

des droits fondamentaux<sup>8</sup> et de la jurisprudence de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relative au droit au respect de la vie familiale.

Elle a également été progressivement reprise en droit interne.

- La loi du 4 juin 1970<sup>9</sup> a supprimé la puissance paternelle et a instauré la notion d'autorité parentale.
- Suite à la loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce,<sup>10</sup> une décision du 21 mars 1983 de la Cour de cassation a reconnu pour la première fois que l'exercice conjoint de l'autorité parentale s'applique même si le lien conjugal est distendu.
- La « loi Malhuret » du 22 juillet 1987<sup>11</sup>, a permis que les parents mariés exercent désormais conjointement

<sup>8</sup> « Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »

<sup>9</sup> Loi n° 70-459 relative à l'autorité parentale.

<sup>10</sup> Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 réformant le divorce.

<sup>11</sup> Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale

l'autorité parentale quelle que soit l'évolution de leur couple.

- A partir de la loi du 8 Janvier 1993<sup>12</sup>, sur l'état-civil, la famille et les droits de l'enfant, l'autorité parentale conjointe devient un principe s'appliquant aux parents mariés ou non mariés. Pour ces derniers, l'exercice conjoint de l'autorité parentale reste soumis à la reconnaissance de l'enfant par les deux parents dans l'année de sa naissance.
- La loi du 4 mars 2002<sup>13</sup> relative à l'autorité parentale a fini de consacrer le principe de l'autorité parentale conjointe qui s'applique désormais à tous les parents, quelle que soit la situation matrimoniale et à tous les enfants quel que soit leur type de filiation :
- **L'autorité parentale** est ainsi actuellement définie dans la loi comme « **un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant** »<sup>14</sup>.

De plus, l'autorité parentale s'exerce dans le « **respect dû** » à la « **personne** » de l'enfant : elle « *appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne* »<sup>15</sup>.

**L'autorité parentale s'applique à l'ensemble des situations de la vie de l'enfant : sa résidence, sa protection, sa sécurité** (ce qui inclut un devoir de surveillance de l'enfant : ses allées et venues, sa correspondance, ses relations avec les tiers), sa santé, sa moralité, son éducation (scolarisation, instruction, religion), son entretien, la gestion de ses biens éventuels. Enfin, les parents sont civilement responsables des faits de l'enfant.

<sup>12</sup> Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant.

<sup>13</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>14</sup> Art. 371-1 al.1 code civil.

<sup>15</sup> Art. 371-1 al.2 code civil

Fait nouveau : **l'exercice de l'autorité parentale doit prendre en compte la parole de l'enfant** puisque « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité* » (article 371-1 al. 3 du code civil).

**Même séparés, les parents restent parents** « *Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* » (article 372 du code civil), qu'ils soient mariés ou non, pacsés ou non, et qu'ils vivent ensemble ou qu'ils soient divorcés ou séparés, à partir du moment où l'enfant a une filiation établie avec ses deux parents. Quelle que soit la situation matrimoniale des parents ceux-ci doivent continuer à exercer en commun leurs responsabilités de parents. **Seules certaines circonstances particulières peuvent commander que, dans l'intérêt de l'enfant, l'autorité parentale ne soit confiée qu'à un seul parent**, sur décision du juge aux affaires familiales. Il s'agit généralement de motifs tenant à un comportement négligent, inadapté, voire maltraitant du parent à l'égard de l'enfant, mais aussi de l'inaptitude d'un parent à respecter les droits de l'autre parent, de situations de conflits parentaux trop intenses, d'un risque d'enlèvement de l'enfant.

La coparentalité traduit la conviction qu'**il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents même lorsque ceux-ci sont séparés** ; en effet « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* »<sup>16</sup>.

Les parents sont à égalité dans l'exercice de cette autorité et les décisions concernant l'enfant doivent être prises en accord entre eux.

Pour bien installer cette coparentalité dans les faits et la durée, la loi a inscrit un deuxième principe primordial<sup>17</sup> : **chaque parent doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant mais également respecter les liens que celui-ci a établis avec son autre parent**. En cas de difficultés, le juge a le pouvoir de

<sup>16</sup> Art. 373-2 code civil.

<sup>17</sup> Art. 373-2 al. 2 code civil

prendre les mesures nécessaires pour maintenir ces liens<sup>18</sup>.

Pour mettre en pratique la prise de décision commune et le maintien effectif des liens avec chacun des parents, ceux-ci doivent **s'informer mutuellement et préalablement** d'un changement de résidence dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale<sup>19</sup>.

Le juge aux affaires familiales statue en cas de désaccord.

Le **respect mutuel**, bien que non affirmé textuellement, prend une importance croissante dans la jurisprudence<sup>20</sup> qui souligne régulièrement et de façon très positive l'aptitude du parent à sauvegarder l'image de l'autre parent et à préserver sa place auprès des enfants, à respecter leurs liens et les droits de l'autre parent, à rechercher l'apaisement en cas de tension au bénéfice des enfants.

**L'intérêt de l'enfant est donc au cœur de ces dispositifs.**

Aussi devant le juge aux affaires familiales, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est bien souvent brandie par les parties et leurs avocats comme une notion pré-requise lors de séparations parentales conflictuelles. Mais **l'intérêt de l'enfant est souvent confondu avec les griefs des parents**. En effet, bien que les parents soient le plus souvent intimement convaincus de connaître et d'agir dans l'intérêt de leur enfant, force est de constater que dans les faits, ils confondent et revendiquent le plus souvent l'exercice de leurs propres droits, tout en tenant un discours de conformité de ceux-ci avec l'intérêt de l'enfant.

<sup>18</sup> Art. 373-2-6 code civil

<sup>19</sup> Art. 373-2 al. 3 code civil.

<sup>20</sup> Cf notamment arrêt Cour d'appel de Paris, 11 septembre 2002 autour de l'application de l'article 373-2 al. 2

En l'occurrence la **loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale** paraît avoir déplacé le débat, dans les procédures judiciaires de divorce, sur la question de faute vers la question de la résidence de l'enfant. Ceci se traduit par l'expression de nouveaux conflits où prédominent souvent les résonances personnelles, les parties n'étant pas dans une volonté d'apaisement mais dans une lutte où l'intérêt de l'enfant n'est pas un point cardinal.

Cela les conduit par exemple, à des organisations et des découpages du temps de présence de l'enfant avec chacun d'eux parfois peu adaptés à ses besoins et davantage en conformité avec ce qui est compatible avec leur propre emploi du temps. Il est à craindre ici que la proposition de systématisation de la résidence alternée trouve avant tout son fondement dans la revendication de droits égaux pour les parents, ce qui ne correspond pas forcément à l'intérêt de l'enfant.

**Or, l'intérêt supérieur de l'enfant devrait aboutir à un nouvel équilibre familial éventuellement sous l'arbitrage du juge où l'apaisement est recherché avec une approche ouverte et la plus pluridisciplinaire possible de respect réciproque de la coparentalité.**

## • L'INTERET DE L'ENFANT A MAINTENIR UN LIEN AVEC SES PARENTS EN DEBAT

Le maintien du lien est certes considéré en droit positif français comme un droit de l'enfant. Toutefois, les psychologues et professionnels de la protection de l'enfance ont des approches différentes du maintien des liens de l'enfant avec ses parents, qui ne serait pas toujours en adéquation avec l'intérêt de l'enfant.

### Deux théories cliniques opposées concernent le maintien des liens parents/enfant:

- La théorie de l'attachement : l'idée est que si l'enfant ne construit pas des liens sécurisés avec une figure d'attachement durant son enfance, il ne pourra pas plus tard construire des liens sécurisés avec ses propres enfants.
- La théorie de la pathologie du lien : la rupture des liens aurait pour effet une hypertrophie des liens perdus ou, pour d'autres, une toxicité des liens maintenus. Dans la seconde hypothèse, il ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant de maintenir des liens avec le parent.

Il s'agit avant tout de postures professionnelles qui ne recouvrent que très partiellement les appréciations in concreto.

### Le discours des professionnels met en évidence des approches différentes en ce qui concerne l'intérêt de l'enfant à maintenir des liens avec ses parents.

Catherine Sellenet<sup>21</sup> a ainsi dégagé une typologie des approches professionnelles :

---

<sup>21</sup> « Loin des yeux, loin du Cœur Maintenir les liens parents-enfants dans la séparation » éditions Belin Catherine Sellenet professeur d'université en sciences de l'éducation à l'université de Nantes

1. **Les légalistes** : pour certains professionnels qui arborent un discours légaliste, le maintien du lien est un droit. Le droit de visite doit être respecté sans qu'il soit besoin de se demander s'il s'agit d'un droit pour l'enfant, ou pour son parent.
2. **Les protecteurs du lien** : pour eux, il n'est pas possible de grandir sans connaître ses racines.
3. **Les réalistes ou « thomasiens »** : pour eux il est dans l'intérêt de l'enfant que ce dernier voit son parent pour faire le deuil d'une image idéalisée de celui-ci.
4. **Les minimalistes** : ils attendent peu de choses de ces visites. Elles permettraient juste à l'enfant de vérifier que son parent est toujours en vie, ce qui lui permet de focaliser son énergie sur autre chose. L'intérêt de l'enfant, dans cette approche, ne se fonderait pas sur la notion de relation mais uniquement sur l'aspect visuel de la rencontre.
5. **Les bâtisseurs du lien** : pour eux, le temps de visite va pouvoir permettre de créer des liens avec l'autre parent, ou les tisser, les construire ou reconstruire selon les circonstances (cf guide ministériel).
6. **Les soignants du lien** : surtout présent dans le champ de la maladie mentale, ils travaillent sur les dimensions psychiques du maintien des liens, notamment dans la

relation de la mère à l'enfant quand la mère est malade psychique.

7. **Les pédagogues** : pour eux, les visites médiatisées vont permettre d'apprendre au parent à être parent. Elles ont là un objectif éducatif.
8. **Les réticents ou opposants** : ils considèrent que le maintien des liens n'a

aucun intérêt et serait une idéologie (cf M. Berger sur la pathologie du lien).

**Au vu des différentes approches et théories relatives au maintien des liens parents/enfant et de l'analyse des différentes situations exposées la conclusion paraît être que l'intérêt de l'enfant doit avant tout être défini in concreto.**

## • LES DIFFICULTES RENCONTREES DANS LA DETERMINATION DE L'INTERET DE L'ENFANT :

- La principale difficulté, concernant la détermination de l'intérêt de l'enfant par le juge aux affaires familiales repose sur le fait que cette **détermination ne s'effectue que dans la limite des demandes des parents**, les règles de procédure n'autorisant pas le magistrat à statuer au-delà des demandes. Un débat est cependant apparu au sein du groupe sur l'interprétation des textes législatifs et sur le point de savoir si le principe de l'intérêt de l'enfant, attaché au fond de la demande, s'étendait aux règles de procédure. Dans le même ordre d'idées, le juge aux affaires familiales est le juge de la famille et non le juge des enfants. Il en résulte que si les parents décident de s'entendre et de faire homologuer une convention par le magistrat, ce dernier peut appeler l'attention des parents si les dispositions ne lui semblent pas conformes à l'intérêt de l'enfant, mais généralement homologue tout de même la convention s'il n'y a pas de danger avéré pour l'enfant.
- La loi de décembre 2011 impose à titre expérimental **la médiation familiale** (ou du moins d'aller rencontrer un service de médiation familiale) avant de ressaisir le

juge aux affaires familiales d'une demande de modification d'une décision relative à l'exercice de l'autorité parentale, dans le ressort de certains tribunaux. Mais toutes les expériences recueillies auprès de médiateurs et de magistrats mettent en évidence **qu'il est peu efficace de proposer une médiation quand le conflit est solidement installé**. Lorsque le conflit est ancien, enkysté et s'auto entretient, une seule séance d'information paraît bien insuffisante pour convaincre du bien fondé d'une démarche de médiation des parents qui ont parfois déployé leurs forces dans ce conflit ; et ce, quelle que soit la compétence du médiateur assurant cet entretien. **Il paraît donc primordial que le recours à la médiation familiale soit le moins tardif possible**. Cela peut permettre aux parents de trouver par eux même un accord dans l'intérêt de leur enfant. La médiation familiale et la thérapie familiale constituent en effet des moyens qui peuvent permettre d'aller plus loin dans la recherche d'une solution adaptée à l'intérêt de l'enfant et le temps du judiciaire ne permet pas forcément au couple de dépasser ses émotions pour reprendre son rôle de parent. Il serait bon à se propos de s'inspirer des pratiques d'autres pays européens comme les pays scandinaves et l'Allemagne ou du Canada

## EXEMPLES ETRANGERS

*Dans les pays scandinaves et notamment en Suède, avant l'intervention du juge sur ces questions le but est d'arriver à un accord écrit entre les parents sur l'organisation de la vie de l'enfant. A cette fin ils doivent s'adresser à un service public gratuit de conseil et d'assistance aux familles qui dépend de la commune qui les aident à formaliser progressivement leur accord. La plupart du temps le travailleur social en charge de cette mission continue à suivre ensuite les parents afin de s'assurer que l'accord est respecté et toujours viable. Les accords réalisés dans ce cadre ont une valeur légale après validation par un magistrat.*

*En Suède le nombre de décisions où le juge doit trancher et établir lui-même l'accord ne sont plus que 5% aujourd'hui. Bien évidemment lorsque le conflit est trop important les travailleurs sociaux adressent le couple à un conseiller conjugal et si le conflit est néanmoins porté devant le tribunal le juge désigne un médiateur familial avant de se prononcer. Le médiateur familial agit avec une grande liberté et autonomie dans la recherche d'un accord et fait tout pour démontrer aux parents les désavantages qu'ils ont à ne pas trouver un accord. Le juge a par ailleurs le pouvoir de sanctionner le non respect d'un accord parental avec des sanctions avant tout pécuniaires qui peuvent aller de 500€ à 1000€.*

*En Allemagne dès que les droits de l'enfant sont en jeu dans une procédure, la loi préconise de tenter de trouver un accord entre les parties en ayant recours dès le début de la procédure à un conseiller ou à toute autre possibilité pouvant favoriser un règlement à l'amiable.*

*Au Québec une première séance d'information est obligatoire avant même de pouvoir saisir le tribunal d'une procédure de divorce. Les 6 premières séances de médiation sont gratuites. Le but de la médiation est de parvenir à un accord présentant les points sur lesquels les parents se sont entendus.*

- **L'audition de l'enfant**, qui est devenue obligatoire si l'enfant en fait la demande, permet d'aiguiller le magistrat. A noter que plusieurs difficultés concernant l'audition de l'enfant existent :

D'une part, le fait que l'enfant n'étant pas partie à la procédure, **son audition n'est pas systématique**. L'information de l'enfant sur ses droits résulte des seules convocations écrites adressées aux parties (et non à l'enfant lui-même) et les parties ne transmettent pas forcément cette information à l'enfant et/ou ne demandent pas forcément à ce qu'il soit entendu.

D'autre part, **la détermination du discernement de l'enfant incombe au**

**magistrat** qui pourtant ne se voit pas imposé de recevoir l'enfant pour déterminer si ce discernement existe. Celui-ci est donc présumé, à partir d'éléments objectivables, tels que l'âge. Les enfants sont ainsi généralement considérés comme capables de discernement et donc entendus après 9/10 ans. Ce concept de discernement est une protection pour eux car il évite qu'ils aient le sentiment que la responsabilité de la décision leur incombe. L'idée a été évoquée qu'à défaut de discernement de l'enfant, un tiers spécialement formé puisse représenter sa parole et ses besoins. Etant entendu que le rôle à ce propos d'un avocat serait de porter la parole de l'enfant et celui d'un administrateur ad hoc de le représenter. Cette éventualité pose toutefois débat : est-ce réellement utile

et dans l'intérêt de l'enfant que ce dernier soit représenté par d'autres personnes que ses parents, titulaires de l'autorité parentale, dans le cadre d'une procédure devant le juge aux affaires familiales à laquelle il n'est pas partie ?

Il est en effet important que l'enfant puisse s'exprimer, et son audition peut permettre au juge de mieux appréhender les conditions dans lesquelles il évolue. L'expérience de groupes de parole entre enfants ou adolescents confrontés à des conflits parentaux développée par plusieurs associations en France et dans plusieurs pays européens, menée avec le concours de travailleurs sociaux spécifiquement formés, mériterait à ce propos d'inspirer un renouvellement des pratiques dans notre pays.

Toutefois, si la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être primordiale, il est également primordial que l'enfant reste extérieur à la procédure et de ne pas parentaliser l'enfant.

- Pour mieux appréhender la situation et déterminer quel est cet intérêt de l'enfant le juge dispose également de moyens d'expertises tels que les enquêtes sociales. **L'enquête sociale** a pour but d'éclairer le juge sur la situation de la famille et le cas échéant sur les possibilités de réalisation des projets des parents ou de l'un d'eux sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale<sup>22</sup>. **Il n'est toutefois fait aucune obligation à l'expert sur les modalités de son examen et le temps qu'il doit y consacrer.** En Angleterre, en plus des arguments présentés par les parties un rapporteur présente lors de l'audience l'intérêt de l'enfant dans telle et telle situation. **Une pré-évaluation ou une pré-enquête**

---

<sup>22</sup> Art 373-2-12 du Code civil et Arts 1072, 1078 à 1080 du Code de procédure civile.

**sociale qui indiquerait comment se situe l'intérêt de l'enfant à partir d'une série de critères** relatifs à la situation pour laquelle le magistrat est saisi est une piste de progrès qui a été évoquée et mérite une discussion approfondie.

Un administrateur ad hoc pourrait également représenter l'enfant et informer le juge des possibilités ouvertes, des solutions envisageables notamment dans la famille élargie. Ceci pourrait notamment être prévu lorsqu'aucun parent ne veut la résidence de l'enfant. Cela pose une nouvelle fois la question de l'utilité que l'enfant soit représenté par quelqu'un d'autre que ses parents. Cette solution est-elle réellement dans l'intérêt de l'enfant ? Par ailleurs, n'est ce pas le rôle de l'enquête sociale de présenter la situation au magistrat afin de lui permettre de trancher ?

- **L'évaluation de la situation de l'enfant peut faire les frais d'un défaut de communication entre les professionnels.** Avant l'expert missionné par le juge l'enfant est parfois déjà bien connu par d'autres professionnels, notamment des psychologues ou psychiatres qui le suivent en consultation ou par des éducateurs exerçant une mesure éducative. Ceux-ci sont parfois surpris du contenu des expertises, lorsqu'ils en ont connaissance par l'un des parents, et étonnés de ne pas se trouver en concordance avec les observations de l'expert. Des procédures simultanées peuvent être menées par le juge aux affaires familiales et le juge des enfants dans le même laps de temps, mais à des fins différentes dans leur champ de compétence respectif. D'autres procédures civiles peuvent être également exercées en parallèle : par exemple le Parquet civil peut être saisi d'un avis à donner sur une contestation de filiation pour un enfant dont les parents sont en

cours de séparation, contestation qui sera examinée par le tribunal de grande instance. La circulation des informations est plus souvent liée aux usages qu'à des textes précis et ces usages peuvent varier d'un tribunal à l'autre ; dans l'un, les juges des enfants ne font aucune difficulté pour transmettre le dossier d'assistance éducative au juge aux affaires familiales, dans l'autre, ils soumettent cette consultation à des conditions restrictives de temps et de lieu. Il y a une obligation de transmission du juge aux affaires familiales au juge des enfants, mais il n'y a pas de consultation préalable du parquet pour voir si la situation de l'enfant et/ou de ses parents est connue. De surcroît, le juge aux affaires familiales intervient dans le cadre d'une procédure civile. Il n'a pas à mener d'investigation et s'en réfère donc aux éléments fournis par les parties. Réciproquement, l'obligation inverse, visant à la communication spontanée du juge des enfants vers le juge aux affaires familiales n'existe pas dans la loi. La transmission d'informations du juge des enfants vers le juge aux affaires familiales est seulement prévue par les textes lorsque ce dernier en fait la demande. Par ailleurs, il n'est pas envisageable de suspendre toutes les procédures afin d'effectuer ces vérifications.

- Se pose également la question de la **hiérarchie ou de la concurrence des critères qui permettent de déterminer l'intérêt de l'enfant**. En effet, certains critères peuvent permettre de donner une orientation à l'intérêt de l'enfant, alors que d'autre s'y opposent.
- Il est par ailleurs important de se poser la question de la **faisabilité des décisions et de l'appréciation globale des dispositifs mis en place**. La loi du 5 mars 2007 fait

des visites en présence d'un tiers une modalité du maintien des liens entre l'enfant et son/ses parent(s) lorsque, dans son intérêt, il est nécessaire de médiatiser ces rencontres. **La question est de savoir si ces visites en présence d'un tiers sont toujours dans l'intérêt de l'enfant ou si l'enfant ne devient pas un outil pour apprendre au parent à être parent.**

Plusieurs difficultés ont en effet été relevées dans l'utilisation des visites médiatisées.

En premier lieu, les professionnels rencontrent des **difficultés pour accompagner l'enfant afin qu'il construise sa propre histoire et sa propre représentation de son/ses parent(s)**. Les enfants qui bénéficient d'un dispositif de médiatisation des visites avec leur parent, interrogés sur leur ressenti, contestent notamment :

- L'impossibilité de créer de véritables liens d'attachement
- L'artificialité de la rencontre.
- Le temps figé, la chronicité des rencontres (qui peuvent parfois durer de nombreuses années).
- Le caractère imposé de la rencontre.

Les paroles d'enfants recueillies par Catherine Sellenet<sup>23</sup> sont très illustratives de l'artificialité de ce type de visite ressentie par les enfants: « les petits bouts ne font pas une histoire » ; « c'était comme une bande annonce » ; « je joue à l'appeler maman ».

---

<sup>23</sup> Cf « Loin des yeux, loin du Cœur Maintenir les liens parents-enfants dans la séparation » éditions Belin Catherine Sellenet professeur d'université en sciences de l'éducation à l'université de Nantes

Il y a un manque d'outils, de temps, mais également une sous-estimation de la capacité de l'enfant à avoir sa propre analyse de la situation. Il est important de davantage entendre, écouter les enfants, leur représentation de la situation et la manière dont ils vivent les choses. Nous avons besoins d'affiner nos connaissances sur les fonctionnements émotifs et psychiques des enfants. Il faut étudier les stratégies employées par les enfants pour vivre la situation, ce qui permettra de mieux comprendre l'impact des visites médiatisées sur les enfants et ainsi de prendre des décisions adaptées à leur besoin.

Se pose également la **question du travail de soutien et d'accompagnement des parents fait entre chaque visite**. Les visites médiatisées sont souvent des « flashes », et ne constituent pas un véritable travail en vue du maintien des liens. Les espaces de rencontre ne sont pas des lieux thérapeutiques pour l'enfant. Les professionnels n'y travaillent avec l'enfant qu'au moment de la rencontre. Et à ce moment là, ils ne travaillent d'ailleurs pas que pour l'enfant.

Dès lors, il est possible de se demander :

- s'il y a danger : pourquoi maintenir des visites médiatisées, souvent durant de nombreuses années.
- s'il n'y a pas de danger, pourquoi se limiter à des rencontres médiatisées et ne pas travailler sur la relation en dehors de ces visites.

Il y a une **monotypie de la réponse en France**. La visite en présence de tiers dont la prescription est devenue extrêmement fréquente y devient la norme dès qu'il y a un minimum de risques. A l'étranger se développent les rencontres de groupes de parents et enfants confrontés aux mêmes problèmes. Ce qui permet de donner une dimension collective aux actions menées et à l'enfant de découvrir qu'il n'est pas seul à vivre ce type de situation. Certains pays prennent par exemple le risque que la rencontre se passe avec la famille d'accueil, ce qui permet d'ouvrir des perspectives de travail. **Il serait intéressant de travailler sur de nouvelles approches concernant les modalités du maintien des liens parents/enfant.**

## • PROPOSITION DE CRITERES DE DETERMINATION DE L'INTERET DE L'ENFANT

Certains principes sont considérés de par la loi et de manière générale comme dans l'intérêt de l'enfant. Il y aurait ainsi une **présomption de conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant** en matière :

➤ **d'exercice conjoint de l'autorité parentale**

- de **maintien de la fratrie**
- de **l'octroi de droits de visite et d'hébergement** au parent avec qui l'enfant ne vit pas.

Une décision contraire du juge aux affaires familiales devra dès lors démontrer que dans le cas d'espèce l'intérêt de l'enfant ne réside

pas dans l'application de ce postulat de départ.

Outre ces principes généraux, plusieurs « critères » doivent être ajoutés apparaissant comme essentiels et récurrents tant dans les références internationales relatives aux droits

de l'enfant que dans le droit interne et la jurisprudence pour la détermination **in concreto** de l'intérêt de l'enfant, lorsque l'on se trouve hors des présomptions légales.

### Le tableau ci après en établit la liste totale

	Références Code Civil & CASF	Références CIDE	Références Jurisprudence
➤ <b>Situation de l'enfant mineur</b>			
○ <b>Age de l'enfant</b> mineur et besoin spécifique de la présence de l'un ou l'autre parent			Mère allaitant l'enfant (Angers, 26 mars 2008, RG n° 07/019392)  Toutefois maintien possible résidence chez père pour enfant de 2 ans (Agen 27 mars 2008, RG n° 06/01599)  Séparation fratrie : l'enfant en raison jeune âge a besoin de vivre chez sa mère (Civ. 2 <sup>e</sup> , 19 nov. 1998)
○ <b>Maturité</b> et capacité de discernement	CC : art. 371.1 & 388.1	art. 12	
○ <b>Souhait</b> exprimé par l'enfant mineur	CC : art. 373.2.11-2° & 388.1  CASF : L223-4	art. 12	Lyon, 21 mars 2011, RG n° 10/03641 (résidence alternée)  Refus de changement de résidence de deux adolescents au motif qu'ils y sont fermement opposés même si cette décision implique la séparation de la fratrie (Cour d'appel de Caen (28 févr. 2008, RG no 07/00032 & C. Cass. 17 déc. 2008 ). A noter résidence chez mère disponible en congé parental avec bon environnement matériel et scolaire.  Séparation fratrie en raison volonté clairement exprimée des enfants concernés (Caen, 28 févr. 2008, RG no 07/00032).  Toutefois la volonté du mineur de vivre auprès de son père ne saurait à elle seule justifier le transfert de résidence (Nancy, 4 févr. 2002, RG no 00/02433)  Le refus particulièrement marqué de l'enfant peut constituer un motif grave pour refuser le droit de visite au parent (Lyon, 28 févr. 2011, RG no 10/03852. – Civ. 1re, 29 mai 2001, RJP 2001-9/45, obs. Blanc)  Le juge ne peut en principe soumettre

			l'exercice du droit de visite et d'hébergement du parent au bon vouloir de l'enfant (Civ. 2e, 7 oct. 1987, Bull. civ. II, no 190 ; RTD civ. 1988. 321, obs. Rubellin Devichi. — Civ. 2e, 22 oct. 1997 ; Civ. 1. 3 déc. 2008).
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Stabilité de l'enfant</b> (risque de perdre ses repères et son milieu habituel de vie) et <b>maintien des liens avec son environnement</b> affectif (camarades, amis, famille, activités parascolaires, sportives, artistiques, culturelles...). <b>Capacité à s'adapter</b> aux différents changements</li> </ul>	CASF : L221-1/6 & L223-1		<p>Civ. 1ere, 6 fév. 2008, Toulouse, 1<sup>er</sup> juil. 2008, RG n°07/04933 ; Douai, 6 juin 2008, RG n° 06/06914 ; Agen, 22 mai 2008, RG n° 07/01183</p> <p>(Bordeaux, 2 sept. 2008 (RG no 08/01199), Déménagement de la mère a fait perdre aux enfants leurs repères et leur milieu de vie habituels et aînés ont affirmé vouloir continuer à habiter chez leur père</p> <p>Refus de transfert de résidence sans preuve environnement préférable à celui familial aux enfants (Civ. 1re, 25 févr. 2009, &lt;ref type="jur" refid="2009-02-25_07-20.174"&gt;no 07-20.174&lt;/ref&gt;)</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Maintien des liens avec la fratrie</b> (au sens large, cf « famille recomposée ») et avec autres membres de la famille</li> </ul>	CC : art.371.5 (non séparation des frères et sœurs sauf ISE) art 375-3 <sup>ème</sup> § (maintien des liens avec frères et sœurs)		<p>CEDH, Kutzner c/ Allemagne n° 46544/99 sect. IV, 26 février 2002 Olsson/Suède requête 10465183</p> <p>Non séparation des frères et sœurs prévue à l'art 371.5 CC applicable aussi aux demi-frères et sœurs nés d'une union antérieure (Paris, 7 mai 2003, 2 arrêts, RG nos 2002/03326 et 2002/05048, Dr. fam. 2004. Comm. 144, obs. Gouttenoire)</p> <p>Séparation fratrie avec DVH adapté reste possible si l'intérêt de l'enfant le commande : ex ; enfant de 14 ans besoin autorité paternelle et 8 ans besoin présence maternelle (Paris, 10 janv. 2001, RG no 1999/12745 ; Paris 29 juin 2000, RG no 1999/08425. – V. aussi, dans le même sens, Besançon, 16 déc. 1999, RG no 99/00955)</p> <p>Le handicap d'un enfant justifie la séparation d'une fratrie lors des DVH pour permettre à l'enfant d'avoir relation personnelle avec son père (Nîmes, 6 avr. 2005, JCP 2005. IV. 3632).</p> <p>L'analyse de l'intérêt de l'enfant justifie la séparation d'une fratrie dans le cadre d'une famille recomposée compte tenu de l'âge des enfants et de leurs besoins spécifiques (C. Cass. 19 nov. 2009 ).</p>
➤ <b>Situation de chaque parent</b>			
<b>I. Continuité et effectivité des liens</b> avec l'enfant mineur	CC : art. 373.2.6-6ème alinéa & art.373-2-1 (garantir la	art. 9.3	CEDH, arrêt Fourchon c/ France, 28 juin 2005, le droit à la vie familiale (Conv. EDH, art. 8) inclut le droit pour le parent divorcé non investi du droit de garde de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec lui.

	<i>continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant)</i>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Relations avec l'enfant mineur</b> (désintérêt manifeste ?, rupture éventuelle de tout contact ?, dénigrement ?, comportement inadapté ?, gestes de maltraitance ? mode de relation harcelant ?</li> </ul>	CC : art. 350 ( <i>entretien des relations nécessaires au maintien de liens affectifs</i> )		<p>Insuffisance de l'investissement affectif (Civ. 1ere, 4 nov. 2010) Rupture de contact : (Douai 30 juin 2011, RG n° 10/08956) Peu d'intérêt porté à l'enfant (Lyon, 21 mars 2011, RG n° 09/01173) Manifestation très tardive du père et souhait enfants ne pas le rencontrer (Civ 1ere, 14 avr. 2010)</p> <p>Suppression droit de visite du père qui « n'a pas cru devoir comparaître devant le juge aux affaires familiales pour en revendiquer un et dont il s'avère, qu'après en avoir exercé un à sa convenance et de manière chaotique très perturbante pour les enfants, il n'en exerce plus aucun depuis au moins un an » (Civ. 1re, 14 avr. 2010 – Montpellier, 6 oct. 2009, RG no 08/04014,</p> <p>Suspension du droit de visite mère suite audition adolescente et séjour chez sa mère soldé par un échec, mère n'ayant pu éviter un comportement fusionnel à l'égard de sa fille et des propos dévalorisants à l'égard de son ex-mari et adolescente déclarée accablée par ce climat d'agressivité, avait refusé de rencontrer sa mère (Civ. 1re, 2 mars 2004).</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Disponibilité du parent</b></li> </ul>	CC : art.373.2 ( <i>maintien des relations personnelles entre parent et enfant</i> )	art. 9.3	<p>(Douai, 3 déc 1998, RG n° 97/03264)</p> <p>L'appartenance de la mère aux Témoins de Jéhovah ne suffit pas à elle seule à justifier un changement de résidence de l'enfant chez le père, dès lors que cette appartenance n'est pas nouvelle, que la mère favorise l'insertion sociale de son fils et qu'elle est plus disponible que le père (Dijon, 4 avr. 2003, RG no 02/01457).</p> <p>Toutefois « l'intérêt de l'enfant ne se limite pas à la seule disponibilité des parents et le fait d'avoir des activités citoyennes et de loisirs démontrent un engagement, une ouverture d'esprit dont l'éducation de l'enfant ne peut que profiter » (Agen, 28 février 2008, RG n° 07/00034</p>
<b>II. SECURITE DE L'ENFANT</b>			
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Risque avéré de porter préjudice</b> à la sécurité, à l'intégrité, à la santé et au développement psychique de la personnalité de l'enfant mineur</li> </ul>	CC : art.371.1 ( <i>protection de l'enfant dans sa sécurité, sa santé, et sa moralité pour assurer son</i>	art. 18, art. 19, art. 24, art.30, art. 32-34	Comportement inadapté du parent : cf mode de relation harcelant (C. Cass 11 fév. 2009 & 14 avr. 2010) ; climat de terreur entretenu (Lyon, 21 mars 2011, RG n° 10/01026 ; violence sur épouse et enfants (Douai, 3 mars 2011, RG/03264 n° 10/05861) ; contexte de réclusion imposée par le parent (Lyon, 21 mars 2011, RG

	<p><i>éducation et permettre son développement</i>  Art 273.2.9-4ème alinéa  <i>(empêcher que la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'enfant ou répondre à l'intérêt de l'enfant)</i></p>	<p>n° 10/06085) ; problème d'intempérance et comportement négatif (Rennes, 16 juin 2003, RG n° 00/02990) ; gestes de maltraitance vis-à-vis des enfants (Rennes, 15 mai 2000, RG n° 99/01575)</p> <p>Immaturité de la mère et tabagisme (TGI Marseille, 9 mars 2000, Juris-Data n° 2000-139758 ; violence du père (Civ. 2<sup>e</sup>, 11 janv. 2001, RG n° 00-7719 ; alcoolisme (Riom, 31 juil. 2001, RG n°00/01002)</p> <p>Inaptitude parent à prendre en charge enfant (Lyon, 13 oct. 1998, Juris-Data no 056235).  Violence à l'égard de tiers : placement d'office en hôpital après qu'il a tué ses père et mère (Civ. 1re, 17 oct. 2007) ; état mental (Civ. 1re, 19 déc. 2000, RJPF 2001-3/34, note Villa-Nys), alcoolisme (Riom, 27 févr. 2001, Juris-Data no 135307).</p> <p>Suspension droit de visite suite climat familial pathogène mettant en danger la santé mentale des enfants et intrusion du père dans la prise en charge des enfants au mépris de leur sécurité (Civ. 1re, 12 juin 2001, RJPF 2001/9-25).</p> <p>Suppression droit visite en raison de l'exercice irrégulier de ce droit qui nuit au développement psycho-affectif de l'enfant et des habitudes éthyliques du père (Rennes, 15 mai 2006, Juris-Data no 316626)</p> <p>Suppression du droit de visite et hébergement en raison des pressions morales et psychologiques exercées par le père sur ses filles encore très jeunes, notamment en exigeant le port du « voile islamique » et le respect de l'interdiction de se baigner dans des piscines publiques, et compte tenu de l'absence de « signe d'évolution de sa réflexion pour prendre en compte leur développement psycho-affectif et laisser une place à la mère » (Civ. 1re, 24 oct. 2000).</p> <p>Suppression du droit de visite et hébergement du père ne justifiant ni d'un domicile ni de quelconques revenus et ayant faussement déclaré la perte du passeport de l'enfant pour l'emmener en Tunisie, ce qui avait gravement perturbé l'enfant, (Civ. 1re, 25 mars 2009).  Toutefois refus de suppression du droit de visite et hébergement du père alors que la mère faisait état de suspicions peu crédibles d'abus sexuels (C. Cass 29 juin 2011)</p> <p>Maintien de la résidence malgré un déplacement illicite, un rapport psychiatrique ayant établi que l'enfant serait gravement perturbé par un retour en Australie auprès de son père (arrêt CEDH X c/ Lettonie du 13 décembre 2011)</p>
--	--	---

<ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Passé pénal</b></li> </ul>			<p>(Pau, 21 oct. 1997, RG n° 98/3886)</p> <p>Refus transfert résidence suite condamnation légère pour violence (châtiments corporels sur enfants) (Paris, 25 sept. 2003, Juris-Data no 2002/21405)</p> <p>Condamnation et incarcération pour faits d'agression sexuelle sur mineures (Bordeaux, 26 mars 2001, Juris-Data no 140284)</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Manque de stabilité ou fragilité psychologique</b></li> </ul>			<p>Manque de stabilité (Orléans, 1<sup>er</sup> avr. 2003, RG n°1040/2002) ; fragilité psychologique (Bastia, 19 janv. 2011, RG n° 09/00235)</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Capacité éducative</b></li> </ul>	<p>CC : art.373.2.11-3° <i>(aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs)</i></p>	<p>art. 29</p>	<p>Qualités éducatives certaines de la mère et meilleures dispositions à respecter les droits de l'autre parent (Riom, 1<sup>er</sup> juil. 2003, RG n°03/00372).</p> <p>Fin rencontres en lieu neutre, le père ayant démontré ses capacités à s'occuper de sa fille et à donner des réponses adaptées à ses besoins (Lyon, 6 juin 2006, Juris-Data no 317917).</p>
<p><b>III. PLACE DE L'AUTRE PARENT</b></p>			
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Respect des droits et de la place de l'autre parent</b></li> </ul>	<p>CC : art. 373.2.11-3° &amp; 373.2 <i>(respecter les droits de l'autre parent &amp; respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent)</i></p>		<p>Comportement conflictuel du père, propos et attitude excessifs (Rouen 19 oct. 2006, RG n° 05/14185)</p> <p>Violation délibérée de l'exercice conjoint (Civ. 1ere, 17 janv. 2006) &amp; Poitiers (21 nov. 2000 RG n° 99/02692)</p> <p>Refus résidence à parent ayant porté atteinte à droits autre parent en l'empêchant avoir relations avec enfants ((Civ. 1re, 4 juill. 2006)</p> <p>Changement résidence en raison refus persistant et non motivé de respecter le droit de visite fixé judiciairement (Bordeaux, 3 oct. 2006, RG no 05/05996)</p> <p>Toutefois cassation décision transfert résidence au motif mère faisait obstacle à droits père car pas dans intérêt enfant (Civ. 1re, 25 juin 2008)</p> <p>Le fait pour le père d'avoir fait circonscire l'enfant à l'insu de la mère justifie la suppression de son droit de visite et d'hébergement, puis sa limitation à deux après-midi par mois dans un point rencontre (Paris, 13 janv. 2000, Juris-Data no 117059).</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Risque d'enlèvement de l'enfant</b></li> </ul>			<p>Droit de visite organisé dans un point de rencontre en raison risque d'enlèvement d'enfant (Lyon, 20 mai 2008, RG no 06/07914)</p> <p>Droit d'hébergement accordé à père espagnol dans son pays, avec menace d'astreinte afin de prévenir tout abus de</p>

			5000 F par jour de retard en cas de non-représentation de l'enfant à la fin de la période d'hébergement. (TGI Paris, 25 juin 1982, Gaz. Pal. 1982. 2. 396 ; Rennes, 18 mars 1982, D. 1983. IR 449, obs. Bénabent).
○ <b>Proximité des domiciles</b> des deux parents			Lyon, 21 mars 2011, RG n° 10/03641 (résidence alternée)
○ <b>Accès facile à distance</b> de l'enfant mineur avec l'autre parent	CC : art.373.2 <i>(maintien des relations personnelles entre parent et enfant)</i>	art. 10.2	
○ <b>Capacité de coopération</b> des parents	idem		Refus de collaborer (Civ. 1ere 10 mai. 2001, RJPF 2001 :9/25)
○ <b>Entente minimum</b> avec l'autre parent sur les questions touchant à l'éducation de l'enfant mineur	CC : art.373.2.10 <i>(exercice consensuel de l'autorité parentale)</i>		Impossibilité pour les parents de se mettre d'accord sur le plan éducatif (Bordeaux 21 mars 2001, JCP 2001)
○ <b>Degré fonctionnel minimal d'une communication</b> avec l'autre parent	idem		
<b>IV. CONDITIONS DE VIE CHEZ LE PARENT</b>			
○ <b>Conditions matérielles d'accueil</b> au domicile du parent et qualité de l'environnement		art. 27 & 31	
○ <b>Conditions de vie effectives</b> (in concreto) de l'enfant mineur chez le parent (exemple : maintien de l'insertion sociale, influence de la pratique religieuse du parent sur la vie de l'enfant.	CC : art.373.2.12 <i>(informations sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants)</i>	art. 27, art.28, art.30	<p>Le juge doit apprécier in concreto si l'appartenance à un mouvement religieux ou sectaire du parent porte réellement atteinte à l'intérêt de l'enfant. (CEDH 16 déc. 2003, Palau Martinez c/ France, no 64927/01, préc. supra, no 102 ; Civ. 1re, 11 avr. 2002 ; (Civ. 2e, 13 juill. 2000, RJPF 2000, no 10, p. 18, obs. Valory – Bordeaux, 10 févr. 2000, JCP 2000. IV. 2569).</p> <p>Le parent chez qui est fixée la résidence des enfants peut se voir interdire de les mettre en contact avec des membres du mouvement religieux auquel il adhère, ainsi que de les faire sortir du territoire, sans que ces limitations constituent une atteinte excessive aux droits à sa vie privée, puisqu'elles sont justifiées par l'intérêt des enfants (Civ. 1re, 22 févr. 2000)</p>

## Références juridiques

### CODE CIVIL

#### Article 371-1

L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

= *obligation pour tout parent d'agir dans le respect dû à la personne l'enfant quel que soit ses convictions personnelles*

#### Article 373.2

Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en

conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

#### Article 371-5

L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs.

#### Article 373-2-6

[...]

Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents.

Il peut notamment ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. Cette interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents est inscrite au fichier des personnes recherchées par le procureur de la République.

#### Article 373-2-9

En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre

provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

Lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent. Ce droit de visite, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, peut être exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge.

Lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée.

### **Article 373-2-10**

En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties.

A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.

Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure.

### **Article 373-2-11**

Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :

1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ;

2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ;

3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ;

4° Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ;

5° Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12 ;

6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre.

### **Article 388-1**

Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet.

Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat.

### **Article 373-2-12**

Avant toute décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut donner mission à toute personne

qualifiée d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants.

Si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée.

L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.

### Article 373-2-13

Les dispositions contenues dans la convention homologuée ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

### Article 373-3

La séparation des parents ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 373-1, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de l'exercice de certains des attributs de cette autorité par l'effet du jugement prononcé contre lui.

Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté. Il est saisi et statue conformément aux articles 373-2-8 et 373-2-11.

Dans des circonstances exceptionnelles, le juge aux affaires familiales qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents peut décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié.

### Article 372-2

A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.

*= vérification par le juge de la manière dont chaque parent respecte les droits de l'autre*

## CODE DE L'ACTION SOCIALE ET DES FAMILLES

### Article L112-4

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.

### Article L221-1

Le service de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département chargé des missions suivantes :

(...)

6° Veiller à ce que les liens d'attachement noués par l'enfant avec d'autres personnes que ses parents soient maintenus, voire développés, dans son intérêt supérieur.

## Article L223-4

Le service examine avec le mineur toute décision le concernant et recueille son avis.

## Article L223-1

(...)

### 4<sup>ème</sup> alinéa et suivants

L'attribution d'une ou plusieurs prestations prévues au présent titre est précédée d'une évaluation de la situation prenant en compte l'état du mineur, la situation de la famille et les aides auxquelles elle peut faire appel dans son environnement.

Les services départementaux et les titulaires de l'autorité parentale établissent un document intitulé "projet pour l'enfant" qui

précise les actions qui seront menées auprès de l'enfant, des parents et de son environnement, le rôle des parents, les objectifs visés et les délais de leur mise en œuvre. Il mentionne l'institution et la personne chargées d'assurer la cohérence et la continuité des interventions. Ce document est cosigné par le président du conseil général et les représentants légaux du mineur ainsi que par un responsable de chacun des organismes chargés de mettre en œuvre les interventions. Il est porté à la connaissance du mineur et, pour l'application de l'article L. 223-3-1, transmis au juge.

Sur la base des informations dont il dispose, le président du conseil général veille à assurer le suivi et, dans la mesure du possible, la continuité des interventions mises en œuvre pour un enfant et sa famille au titre de la protection de l'enfance.

# CIDE

## Le droit et l'intérêt supérieur de l'enfant

### Article 3

**1.** Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

**2.** Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

## La coparentalité

### Article 5

Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.

## Le droit de vivre avec ses parents

### Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.
2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.
3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à intérêt supérieur de l'enfant.

### Article 11

1. Les États parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retour illicites d'enfants à l'étranger.
2. À cette fin, les États parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants.

## Le droit d'entretenir des relations personnelles et des contacts réguliers avec ses deux parents

### Article 10

[]

2. Un enfant dont les parents résident dans des États différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. À cette fin, et conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 9, les États parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays. Le droit de quitter tout pays ne peut faire l'objet que des restrictions prescrites par la loi qui sont nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et qui sont compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention.

## Le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant

### Article 12

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.
2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible

avec les règles de procédure de la législation nationale.

## La responsabilité des parents

### Article 18

1. Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer

son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les États parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants.

## CEDH

### Article 8

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour

autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

## Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne

### Article 24

1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.

# Convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003

## Préambule (Extraits)

(...)Conscients de l'opportunité de reconnaître non seulement les parents, mais aussi les enfants en tant que titulaires de droits;

Convenant, en conséquence, de remplacer la notion de «droit de visite à l'égard des enfants» par celle «de relations personnelles concernant les enfants»;

Tenant compte de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (STE n° 160) et de l'opportunité de promouvoir des mesures pouvant aider les enfants dans le cadre des questions relatives aux relations personnelles avec les parents et d'autres personnes ayant des liens de famille avec les enfants;

S'accordant à reconnaître le besoin pour les enfants d'entretenir des relations personnelles non seulement avec leurs deux parents, mais aussi avec certaines autres personnes ayant des liens de famille avec les enfants, et l'importance pour les parents et ces autres personnes de rester en contact avec les enfants, sous réserve de préserver l'intérêt supérieur des enfants; (...)

## Principes généraux

### Article 4 – Relations personnelles entre un enfant et ses parents

- 1 Un enfant et ses parents ont le droit d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles régulières.
- 2 De telles relations personnelles ne peuvent être restreintes ou exclues que lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant.
- 3 Lorsqu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur d'un enfant d'entretenir des relations personnelles sans surveillance avec l'un de ses deux parents, la possibilité d'entretenir des relations personnelles sous surveillance ou d'autres formes de relations personnelles avec ce parent doit être envisagée.

### Article 5 – Relations personnelles entre un enfant et d'autres personnes que ses parents

- 1 Sous réserve de l'intérêt supérieur de l'enfant, des relations personnelles peuvent être instituées entre l'enfant et des personnes autres que ses parents ayant avec lui des liens de famille.
- 2 Les Etats Parties sont libres d'étendre cette disposition à d'autres personnes que celles mentionnées au paragraphe 1,

auquel cas ils pourront décider librement des types de relations personnelles, telles que définies à l'article 2, *littera a*, qui doivent s'appliquer.

### **Article 6 – Le droit de l'enfant à être informé, consulté et à exprimer son opinion**

- 1 Un enfant considéré selon le droit interne comme ayant un discernement suffisant a le droit, à moins que ce ne soit manifestement contraire à son intérêt supérieur :

– de recevoir toute information pertinente;

– d'être consulté;

– d'exprimer son opinion.

- 2 Il doit être dûment tenu compte de cette opinion ainsi que des souhaits et des sentiments constatés chez l'enfant.

### **Article 7 - Résolution des litiges en matière de relations personnelles**

Lorsqu'elles ont à résoudre des litiges en matière de relations personnelles, les autorités judiciaires doivent prendre toutes mesures appropriées :

- a. pour s'assurer que les deux parents sont informés de l'importance que revêtent, pour leur enfant et pour chacun d'eux, l'établissement et l'entretien de relations personnelles régulières avec leur enfant;

- b. pour encourager les parents et les autres personnes ayant des liens de famille avec l'enfant à parvenir à des accords amiables au sujet des relations personnelles avec celui-ci, notamment en ayant recours à la médiation familiale et à d'autres méthodes de résolution des litiges;
- c. pour, avant de prendre une décision, s'assurer qu'elles disposent de suffisamment d'informations, notamment de la part des titulaires des responsabilités parentales, pour prendre une décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant et, s'il y a lieu, se procurer des informations complémentaires auprès d'autres organes ou personnes concernés.

### **Article 8 – Accords concernant les relations personnelles**

- 1 Les Etats Parties encouragent, par les moyens qu'ils considèrent appropriés, les parents et les autres personnes ayant des liens de famille avec l'enfant à respecter les principes énoncés aux articles 4 à 7, lorsqu'ils concluent ou modifient un accord concernant les relations personnelles avec un enfant. Ces accords doivent de préférence être établis par écrit.

- 2 Sur demande, les autorités judiciaires doivent, sauf disposition contraire du droit interne, homologuer un accord concernant les relations personnelles avec un enfant, à moins que cet accord soit contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.



## Composition du groupe de travail sur « l'intérêt supérieur de l'enfant »

- **Mme Marie Derain**, *Défenseur des enfants, adjointe du Défenseur des droits*
- **Mme Françoise Dubreuil**, *magistrate honoraire* et **M. Eric Legros**, *directeur d'association (protection de l'enfance), Psychanalyste, membres du collège « défense et promotion des droits de l'enfant » du Défenseur des droits*
- **M. Hugues Feltesse**, *délégué thématique du Défenseur des droits, président du groupe de travail*
  
- **Mme Dominique Attias**, *avocate pour enfants au barreau de Paris et responsable de la Justice des mineurs au Conseil National des Barreaux*
- **M. Xavier Charlet**, *Magistrat chargé de mission à l'ONED*
- **Mme Adeline Gouttenoire**, *professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, directrice de L'Institut des Mineurs et présidente de l'Observatoire Départemental de la protection de l'enfance*
- **M. Alain Grevot**, *président de la Fédération nationale des administrateurs ad hoc, expert « Protection de l'enfance » à l'ODAS*
- **Mme Karine Métayer**, *responsable du pôle « enfance, jeunesse, famille » à l'UNIOPSS (Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés sanitaires et sociaux)*
- **Mme Fabienne Quiriau**, *directrice générale de la CNAPE (anciennement appelée Unasea, Union nationale des associations de sauvegarde de l'enfance, de l'adolescence et des adultes) et présidente de la Commission Enfance en France de l'Unicef*
- **Mme Catherine Sellenet**, *professeur d'université en sciences de l'éducation, chercheur au Labécd de NANTES et au Cref PARIS ouest Nanterre, psychosociologue spécialiste des questions relatives au lien parent-enfant*
- **M. Pierre Verdier**, *avocat spécialiste du droit de la famille et de l'enfant, ancien Directeur de la DDASS de la Moselle, puis DG de la Fondation La Vie au Grand Air*
- **M. Dominique Youf**, *directeur, chargé de la recherche, à l'Ecole nationale de protection judiciaire de la jeunesse à Roubaix, (spécialité : philosophie des droits de l'enfant)*

## Disponibilité éventuelle ponctuelle en fonction des sujets évoqués

- **Mme Anne Dupuy**, *vice présidente du TGI de Paris (juge aux affaires familiales)*
- **Mme Marie Rose Moro**, *Professeur de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent à l'Université Paris Descartes. directrice de la maison des adolescents « maison de Solemn » de l'hôpital Cochin. De formation philosophique, c'est la chef de file actuelle de l'ethnopsychanalyse et de la psychiatrie transculturelle en France*
- **Mme Monique Sassier**, *Médiateur de L'Education nationale et ancien directrice général de l'UNAF*

## Participants des services du Défenseur des droits

- Mme Carol Bizouarn
- Mme Claudine Bourgeois
- Mme Catherine Claveau
- Mme Charlotte Clavreul
- Mme Bérangère Dejean
- Mme Valérie Fontaine
- Mme Elise Geslot
- M. Clotaire Massengo
- Mme Michaela Sakalova
- Mme Martine Timsit