

Julie PASCAL

**LES PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA
FILIACTION EN CONSIDÉRATION DE L'INTÉRÊT
SUPÉRIEUR DE L'ENFANT**

Je tiens à remercier tout particulièrement Madame Catherine MARIE, pour son aide, son écoute, sa disponibilité et ses conseils si précieux.

Je remercie également très sincèrement Madame Brigitte SOPPELSA, juge des enfants, et Monsieur Bernard TAILLEBOT, juge aux affaires familiales, pour avoir accepté d'apporter leur éclairage professionnel à ce mémoire.

Merci enfin à ma famille, Lauriane, Tiffany et Manuela, pour leur soutien inestimable et sans qui ce mémoire n'aurait pu voir le jour.

Sommaire

Introduction

PARTIE I – L'intérêt supérieur de l'enfant, puissant outil au service des magistrats du fond

Chapitre 1 : Un outil incontournable en pratique et pourtant délicat à appréhender

Chapitre 2 : Un outil indispensable au bon fonctionnement de la justice des mineurs

PARTIE II – L'intérêt supérieur de l'enfant vecteur d'évolution et de dynamisation du droit de la filiation

Chapitre 1 : Une notion au cœur des dissensions entre la Cour de cassation et les autres juridictions françaises et étrangères

Chapitre 2 : La dynamique de l'évolution législative portée par l'esprit européen

Conclusion

Abréviations

| | |
|---------------|--|
| AJ fam. | Actualité juridique famille |
| C. civ. | Code civil |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'homme |
| CIDE | Convention internationale des droits de l'enfant |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| COJ | Code de l'organisation judiciaire |
| C. pro. Civ. | Code de procédure civile |
| D. | Dalloz |
| GACEDH | Les grands arrêts de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, coll. « Thémis droit », PUF |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais |
| JAF | Juge aux affaires familiales |
| JAM | Juge aux affaires matrimoniales |
| JCP | Juris-classeur périodique |
| JDE | Juge des enfants |
| RCDIP | Revue critique de droit international privé |
| Rép. pr. civ. | Répertoire de procédure civile Dalloz |
| RTD civ. | Revue trimestrielle de droit civil |

Introduction

1. L'intérêt porté à l'enfant par le droit est assez récent. Avant de s'intéresser à la protection et au bien-être de l'enfant, il a d'abord fallu faire évoluer la perception que les adultes avaient de celui-ci. Ce n'est qu'à la Renaissance et au XVIII^{ème} siècle que l'enfant est devenu un objet d'attentions pour les adultes, et c'est seulement au cours du XIX^{ème} siècle que la notion d'enfance a fait son apparition.

2. Jusqu'à cette période, l'enfant était totalement soumis à la puissance du *pater familias*. Celui-ci avait droit de vie et de mort sur ses enfants sous la Rome antique, tandis qu'il avait le pouvoir de les faire enfermer sous l'Ancien Régime. Dans ce contexte, il apparaissait utopique de voir émerger un droit protecteur de l'enfant, et soucieux de son intérêt.

3. Cet intérêt est pourtant devenu source de réflexion au début du XX^{ème} siècle, avec le développement de politiques éducatives et sanitaires concernant les mineurs. Mais la notion d'intérêt de l'enfant telle qu'elle est comprise aujourd'hui est bien différente de ce qu'elle était auparavant. Son évolution s'est avérée exponentielle, passant de l'intérêt pour les enfants, à l'intérêt de l'enfant. Elle est le fruit d'une longue réflexion, marquée à la fois par l'évolution des formes et des fondements de la famille, de la conception même de l'enfant, des savoirs sur l'enfance, ainsi que de la place qu'il occupe dans la famille et dans la société.

4. Si la législation française a peu à peu prévu des dispositions relatives aux mineurs et à leur intérêt, c'est sous l'impulsion de M. Janusz Korczak que la réflexion s'est réellement engagée au niveau international. En effet, ce pédiatre polonais a écrit au début du XX^{ème} siècle un ouvrage sur le droit des enfants au respect, et sur la manière dont il convient de les aimer¹. Si, de prime abord, il ne semble pas y avoir de lien avec le droit, c'est pourtant bien à partir de ses idées que les Nations unies ont fondé leurs travaux en

¹ J. Korczak, « *Comment aimer un enfant* » (1919-1920), suivi du « *Droit de l'enfant au respect* » ; titre original : *Jak kochać dziecko*. - trad. Z. Bobowicz (1978), préface de S. Tomkiewicz, préface de J. Korczak en 1929, 4^{ème} éd., 2006

matière de droit des mineurs. C'est ainsi qu'en 1959 est élaborée une déclaration de l'ONU sur les droits de l'enfant¹, suivie vingt ans plus tard par « L'année de l'enfance », décrétée par cette même Organisation en 1979. Cet élan vers les enfants et leur prise en considération plus aboutie s'est expliquée par la réaction des nations aux horreurs des génocides perpétrés au cours du siècle dernier². Suite à cela, c'est la Pologne, patrie de M. Korczak, qui a demandé aux Nations unies de transformer la déclaration de 1959 en Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)³.

5. On est en droit de se demander quelles sont les raisons d'être de ce texte. En effet, n'existait-il pas déjà une Déclaration universelle des droits de l'homme⁴ ? Si l'enfant est un être humain à part entière, il n'est cependant pas autonome et n'est intellectuellement pas en mesure d'exercer les droits dont il est pourtant titulaire. La CIDE est donc, en réalité, une adaptation de la logique des droits de l'homme aux enfants.

6. Alors que la Déclaration de 1959 considérait davantage l'enfant comme un objet de droit, la CIDE le voit quant à elle comme un sujet de droit. En effet, s'il a besoin de protection et d'éducation, il est cependant capable de penser et d'exprimer un avis sur son propre intérêt⁵. Ainsi, pour la première fois, une norme juridique de droit international reconnaît à l'enfant des droits subjectifs, c'est-à-dire des « prérogatives attribuées à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation »⁶.

7. C'est donc le 20 novembre 1989, que la CIDE est adoptée. La cérémonie de signature a eu lieu le 26 janvier 1990 à New York, suivie de sa ratification, en France, par la loi n° 90-548 du 2 juillet 1990⁷. Comme le relève très justement Mme Guillemette Meunier,

¹ <http://www.humanium.org/fr/normes/declaration-1959/texte-integral-declaration-droits-enfant-1959/>

² Génocides des Juifs, des Arméniens et du peuple cambodgien à la fin des années 1970, au cours duquel périrent plusieurs centaines de milliers d'enfants.

³ <http://www.unicef.fr/userfiles/50154.pdf>

⁴ Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 10 déc. 1948 à Paris

⁵ Article 12-1 de la CIDE : « *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.* »

⁶ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} édition, 2005

⁷ Loi n° 90-548 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, 2 juill. 1990, JORF n°154, 5 juill. 1990, p. 7856 ; le texte est entré en vigueur le 6 sept. 1990

« depuis son entrée en vigueur, [elle] est la convention des droits de l'homme la plus largement acceptée dans le système des Nations unies. Elle a été ratifiée par 191 Etats, soit tous à l'exception de deux : la Somalie et les Etats-Unis, qui ont signé cet instrument mais ne sont pas encore devenus parties à la Convention¹. Aucun autre traité des droits de l'homme n'a bénéficié d'une telle acceptation mondiale »². Cette quasi-unanimité est révélatrice de la portée sans précédent de la convention. Elle montre également à quel point la dynamique des droits de l'homme qui l'anime a su transcender les Etats parties pour assurer au mieux son application.

8. La CIDE pose quatre principes généraux fondamentaux, à savoir : le principe de non-discrimination³, le droit à la vie, à la survie et au développement⁴, le respect des opinions de l'enfant⁵, et enfin la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur toute autre considération. C'est ce principe novateur que la Convention internationale a véritablement consacré. L'article 3-1 de la CIDE dispose : « 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 ». La place privilégiée accordée à cet intérêt, au cœur des principes fondamentaux de la Convention, amène à considérer cette notion comme une introduction aux droits énumérés dans les articles suivants.

¹ L'état des institutions de la Somalie ne permet pas la ratification de la Convention. Il n'y a, en effet, pas de gouvernement reconnu. Quant aux Etats-Unis, ces derniers ne pouvaient ratifier cette convention car la peine de mort était encore applicable aux mineurs dans certains Etats au moment de la naissance de la Convention (la peine de mort applicable aux mineurs a finalement été abolie en mars 2005). De plus, ils estiment avoir un système juridique très complet au niveau de la protection des droits de l'homme (et de l'enfant). Ajoutons à cela que les traités internationaux ont une valeur inférieure à leur constitution.

² G. Meunier, *L'application de la Convention des Nations unies relatives aux droits de l'enfant*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2002, p. 27

³ Art. 2 : 1° : « Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. » 2° : « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille. »

⁴ Art. 6 : 1° : « Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie. » 2° : « Les États parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant. »

⁵ Art. 12, v. note 4 page préc.

9. La notion d'intérêt de l'enfant fait partie de notre paysage juridique depuis plusieurs décennies. Avant même d'apparaître dans la législation, on la retrouvait dans les motivations des décisions judiciaires rendues en matière familiale et de protection de l'enfance.

10. Cependant, depuis la reconnaissance de l'applicabilité directe de la CIDE par nos juridictions civiles¹, le terme exactement employé est celui d'intérêt « supérieur » de l'enfant, en conformité avec la Convention de New-York. Cela engage désormais les juges du fond à ne plus se contenter de viser l'intérêt de l'enfant : ils ont l'obligation de justifier leurs décisions au vu de cet intérêt.

11. Le rajout du qualificatif « supérieur », ainsi que l'évocation de sa primauté, sont à l'origine de l'impossibilité de définir objectivement cet intérêt : s'il est à ce jour un concept-clé du droit contemporain de la famille, il est paradoxalement l'un des plus discutés. Comme le relève le Professeur Hugues Fulchiron, l'intérêt supérieur de l'enfant « est en effet marqué par la relativité et par la subjectivité. Relativité dans l'espace et dans le temps, car la notion se nourrit des données propres à chaque époque et à chaque société ; elle est liée à une culture, à des savoirs, à une conception de la personne, de l'enfant et de la famille. Subjectivité individuelle, celle des père et mère, de l'enfant et du juge ; subjectivité collective, celle d'une société, de l'image que se fait cette société de l'enfant et, à travers cette image, qu'elle se fait d'elle-même »². Dans ce cadre, il est extrêmement difficile de proposer une définition claire et objective de l'intérêt supérieur de l'enfant. D'autant que la notion peut donner lieu à deux approches qui se conjuguent, et qui sont à l'origine des débats autour de la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant. Tout d'abord une appréciation abstraite, valable pour l'ensemble des enfants (ne pas subir de maltraitance, ne pas être séparé de ses parents). Ensuite, une appréciation concrète d'une situation précise : l'intérêt de tel enfant qui subit des maltraitements dans sa famille est-il vraiment d'être séparé de ses parents ? L'intérêt de l'enfant permet ainsi « une oscillation entre le droit et le fait, entre le concret et l'abstrait »³.

¹ Civ., 1^{re}, 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20613, D., 2005, note V. Egéa

² H. Fulchiron, « *Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant* », *Gaz. Pal.*, 08 déc. 2009, n° 342, p. 15

³ H. Hamadi, « *Le statut européen de l'enfant* », in « *Le droit et les droits de l'enfant* », L'Harmattan, coll. Champs libres, 2005, p. 161

12. Paradoxalement, ce côté relatif et empreint de subjectivité tant controversé fait aussi la force de la notion, qui est devenue indispensable dans le cadre de la protection des enfants, ainsi que dans la mise en œuvre concrète de leurs droits. Néanmoins, son utilisation par les juridictions en cas de conflits de droits ou d'intérêts suscite elle-même des interrogations, puisque l'intérêt supérieur de l'enfant va conduire les magistrats soit à statuer dans le respect de la loi qui lui impose de veiller à la sauvegarde de cet intérêt, soit à statuer en contradiction avec la loi.

13. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant influe chaque jour davantage sur des institutions telles que le mariage, le divorce, l'adoption, ou encore la procréation. Son caractère essentiel dans les décisions relatives aux mineurs en fait aujourd'hui un principe incontournable pour l'ensemble des personnes et institutions ayant à prendre des décisions concernant les enfants. Mais son caractère trop souple et malléable serait à l'origine de décisions contraires à l'ordre public français, ainsi qu'à notre droit positif de la filiation.

14. En effet, la notion est susceptible de bouleverser notre droit positif, particulièrement lorsque la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant conduit les magistrats à écarter une disposition légale. Certes, la hiérarchie des normes est respectée puisqu'en sa qualité de norme internationale, la CIDE a une valeur supra légale¹, et que son article 3-1 a été reconnu d'application directe, d'abord par le Conseil d'Etat², puis par la Cour de cassation³. Un certain nombre de dispositions en vigueur sont susceptibles d'être censurées au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'on prend en compte la dimension européenne dans laquelle évolue notre organisation juridique. En effet, la CIDE ne limite pas la portée de l'outil au domaine des décisions judiciaires. L'intérêt supérieur de l'enfant représente, plus largement, un principe conventionnel d'ordre international, autrement dit un principe général qui engage les Etats parties. Le Traité de Lisbonne confère en outre à cette disposition la portée du droit européen en ce qu'il consacre la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'article 24 énonce, au titre des « Droits de l'enfant » que « dans tous

¹ Art. 55 de la Constitution, 4 oct. 1958 : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* », JORF n° 0238 du 5 oct. 1958, p. 9151

² CE, 22 sept. 1997, JCP 1998. II. 10051, obs. A. Gouttenoire

³ V. note 1 page préc.

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 »¹. Sous cet angle, la mise en œuvre de la Convention de New-York entraîne des évolutions législatives dans les Etats parties.

15. Cette dynamique portée par la CIDE, et plus particulièrement par son article 3-1 se caractérise par la profonde division de la doctrine et des magistrats à son sujet. Cet intérêt est en effet devenu le fer de lance de la résistance de certains juges du fond, rendant ainsi des décisions à contrepied du droit positif. Quelles sont les raisons d'être de cette résistance ? Pour le comprendre, il convient de s'intéresser plus particulièrement au droit de la filiation tel qu'il est aujourd'hui entendu. On peut alors constater qu'il existe un décalage saisissant entre la vision juridique de la famille, du lien entre l'enfant et ses « parents », et la réalité sociétale. Ce clivage se retrouve logiquement dans un certain nombre de décisions de justice, où l'on constate une opposition nette des juges du fond à la jurisprudence de la Cour de cassation. Ces magistrats sont sensibles aux évolutions du schéma familial de ces dernières années : parents célibataires ou séparés, couples stériles, couples homosexuels,... La famille se décline désormais en de multiples configurations, que la législation ne reconnaît pas forcément. L'évolution de la société s'effectue à grande vitesse, rythme que la loi peine bien souvent à suivre. Dans ces circonstances, la jurisprudence essaie de pallier les carences de la loi, ou encore de provoquer son évolution. C'est dans ce sens que certains juges du fond mènent un combat et souhaiteraient assister à une évolution législative du droit de la filiation. Mais, dans quelle mesure la notion d'intérêt supérieur de l'enfant doit-elle permettre aux acteurs de la justice de faire évoluer le droit de la filiation ? En d'autres termes, dans quelle mesure la notion d'intérêt supérieur de l'enfant peut-elle apporter une dynamique à l'évolution législative et jurisprudentielle française en matière de filiation ?

16. Afin de répondre à cette question, nous observerons l'utilisation qui est faite de l'intérêt supérieur de l'enfant par nos magistrats (Partie I), avant de nous intéresser aux conséquences de sa mise en œuvre par les différentes juridictions, tant au niveau interne qu'au niveau européen (Partie II).

¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/c 364/01, adoptée le 7 déc. 2000, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf

PARTIE I – L'intérêt supérieur de l'enfant, puissant outil au service des magistrats du fond

17. L'intérêt supérieur de l'enfant fait partie intégrante de l'arsenal juridique à la disposition des magistrats pour traiter des espèces concernant un enfant. Cet outil situé au cœur du droit des mineurs s'impose d'ailleurs au juge, qui se doit de l'observer et de l'analyser avant toute prise de décision concernant un enfant (Chapitre 1). Cependant, les magistrats du fond, aux prises directes avec la réalité sociétale, sont amenés à utiliser l'intérêt supérieur de l'enfant dans le but de contourner ou assouplir une législation parfois trop rigide et incompatible avec l'intérêt supérieur de ces enfants (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Un outil incontournable en pratique et pourtant délicat à appréhender

18. Si l'ensemble des magistrats peut être concerné par une situation mettant en perspective un enfant, et donc son intérêt supérieur, il en est un dont la mission va s'avérer entièrement irradiée par cet intérêt, à savoir le juge aux affaires familiales (Section 1). Mais sa tâche est ardue, car l'absence de définition claire et objective de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait faire craindre des dérives, d'autant qu'elle va se situer au cœur de la motivation du magistrat, qui l'apprécie souverainement (Section 2).

Section 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant, préoccupation constante du juge aux affaires familiales

19. L'omniprésence de l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de la tâche dévolue au juge aux affaires familiales (I) lui permet d'appliquer cette notion à des domaines bien spécifiques du droit de la filiation (II).

I. L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur des compétences du juge aux affaires familiales

20. C'est par l'évolution du rôle et des attributions du juge aux affaires familiales (JAF) au fil des années que l'on perçoit nettement la relation étroite qu'entretient aujourd'hui celui-ci avec l'intérêt de l'enfant (A), relation qui lui impose de prendre cet intérêt comme fil conducteur de son travail (B).

A. Le juge aux affaires familiales, juge naturel de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant

21. Ce magistrat a été institué par l'article L 312-1 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa rédaction issue de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993¹. Depuis de nombreuses années², une redistribution des pouvoirs au sein des juridictions concernées par le contentieux de la famille était souhaitée, et ce fut donc ici l'occasion de conférer au JAF les compétences anciennement dévolues au juge aux affaires matrimoniales (JAM), mais également de nouvelles compétences. Ainsi, le JAF a vu regroupées entre ses mains, en

¹ Loi n° 93-22 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, 8 janv. 1993, JORF n°7, 9 janv. 1993, p. 495

² Rapport de la commission Allaer sur le contentieux familial, 18 mars 1988, Ministère de la Justice

plus des anciennes compétences du JAM, celles qui appartenaient auparavant au tribunal de grande instance, au juge d'instance et au juge des tutelles. La loi de 1993 a donc permis de rendre obsolète l'ancienne répartition complexe des compétences, qui s'effectuait selon de nombreux paramètres, tels que l'existence ou non d'une procédure de divorce, la nature de ce divorce ou encore la qualité d'enfant légitime ou naturel. La nouvelle législation a permis d'aboutir à une nette simplification des compétences en matière de contentieux de l'autorité parentale, et elle a fait du JAF le véritable juge de droit commun en la matière.

22. Depuis sa création, le JAF a vu son rôle renforcé par les réformes successives concernant l'autorité parentale¹, le divorce ou encore la médiation familiale. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009² a encore élargi la compétence du JAF. Conformément aux préconisations de la commission Guinchard, le législateur a transféré au juge aux affaires familiales la tutelle des mineurs et l'émancipation, qui relevaient jusqu'alors de la compétence du juge d'instance.

23. Ce qui retiendra particulièrement notre attention ici est le fait que les pouvoirs à l'égard du mineur sont recentrés autour du JAF, afin de le doter d'une véritable vocation générale en matière d'autorité parentale. Or, toute référence au mineur implique de porter une attention particulière à l'intérêt de ce dernier. C'est ainsi que le JAF va pouvoir fonder ses décisions sur l'intérêt de l'enfant, décisions qui seront bien souvent le reflet de notre société en constante évolution.

24. L'article 373-2-6 du Code civil, qui traite de manière générale de l'intervention du juge aux affaires familiales, lui confère une compétence extrêmement large. En effet il dispose « le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre³ en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ». De par ces dispositions, le Code civil impose aux magistrats de fonder leurs décisions sur le critère essentiel qu'est l'intérêt de l'enfant. Avant la loi du 4 mars 2002⁴, cette disposition enjoignant le juge à veiller spécialement à la sauvegarde de l'intérêt supérieur des enfants, figurait à

¹ COJ, art. L. 213-3, C. civ., art. 373-2-2

² Loi n° 2009-526 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, 12 mai 2009, JORF n°0110, 13 mai 2009, p. 7920

³ Chapitre consacré à l'autorité parentale

⁴ Loi n° 2002-305 relative à l'autorité parentale, 4 mars 2002, JORF, 5 mars 2002, p. 4161

l'article 247 du Code civil, et ne concernait donc que le divorce. Aujourd'hui, le déplacement de cette consigne vers l'article 373-2-6 a étendu la compétence du JAF en matière de sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant à toutes les hypothèses d'intervention en matière d'autorité parentale.

B. L'intérêt supérieur de l'enfant, fil conducteur du travail du juge aux affaires familiales

25. Le JAF est un juge qui doit veiller spécialement à la sauvegarde de l'intérêt du mineur en présence, dans chaque question qui lui sera soumise au titre de l'autorité parentale. Celle-ci se définit comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »¹. Elle apparaît donc comme un droit-fonction, certes dévolu aux parents, mais soumis au contrôle étroit d'un magistrat, puisque devant respecter l'intérêt de l'enfant. Le JAF, premier magistrat à qui est confié ce rôle, se doit d'être garant de l'intérêt de l'enfant aussi bien durant l'audience que lors de la rédaction et de la motivation de sa décision.

26. Il va ainsi orienter la totalité de son questionnement autour de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné par les situations dont il aura à connaître. Sa préoccupation première doit constamment être cet intérêt. C'est cette notion qui guidera le déroulement de l'audience, et c'est également cette notion qui déterminera la décision prise par le JAF. Il sera d'ailleurs fondamental de retrouver au sein de la motivation des décisions la référence à cet intérêt supérieur, qui doit être le seul guide du magistrat pour parvenir à une solution donnée.

27. Il est intéressant de mettre en perspective la compétence dévolue au JAF par le Code civil, avec l'article L 213-3 du Code de l'organisation judiciaire², qui indique en son troisième point que le JAF connaît des actions liées à l'exercice de l'autorité parentale. La combinaison de ces deux articles offre finalement au JAF une compétence générale renforcée pour régler toutes les questions relatives à l'autorité parentale dans le respect

¹ C. civ., art. 371-1

² COJ, art. L 213-3 2°

de l'intérêt supérieur de l'enfant. De plus, la référence à cette notion figure directement dans de nombreux articles, par exemple afin de justifier le droit de l'enfant aux relations avec les tiers¹, afin de fonder un exercice unilatéral de l'autorité parentale² ou encore pour confier l'enfant à un tiers³.

28. Au-delà des textes de droit interne qui ont permis l'élargissement de la compétence du JAF, il convient de s'intéresser à l'influence des textes internationaux, tels que la Convention internationale des droits de l'enfant, particulièrement depuis que son applicabilité directe a été reconnue par la Cour de cassation⁴.

29. En conséquence, la référence à l'intérêt de l'enfant est absolument incontournable pour les juges lorsqu'ils ont à statuer relativement à l'enfant. La Cour de cassation n'hésite d'ailleurs pas à casser certaines décisions pour défaut de base légale⁵, lorsqu'elles ne sont pas fondées sur l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est dire à quel point cette notion est fondamentale, et se doit d'être au cœur du travail des magistrats.

II. Les domaines d'application de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

30. Les parents se voient déléguer par la société un droit-fonction qu'est l'autorité parentale, afin de protéger leur enfant et de permettre son épanouissement. Cette fonction est dévolue aux parents jusqu'à la majorité de leur enfant, à parts égales, et ce même s'ils sont séparés. Ce système de coparentalité, pour être efficace, doit être soumis au contrôle du juge, qui sera le véritable garant de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le juge va pouvoir, au titre de cet intérêt, exercer un contrôle strict du bon exercice de l'autorité parentale (A), en vue du maintien des liens entre l'enfant et ses parents (B).

¹ C. civ., art. 371-4, al. 2

² C. civ., art. 373-2-1

³ C. civ., art. 373-3, al. 2

⁴ Civ., 1^{re}, 18 mai 2005, JCP 2005. II. 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler

⁵ Civ., 1^{re}, 8 nov. 2005, pourvoi n° 02-18360 et Civ., 1^{re}, 22 nov. 2005, pourvoi n° 03-17912, Dr. fam. 2006, comm. n° 28, obs. A. Gouttenoire ; Civ., 1^{re}, 13 mars 2007, pourvois n° 06-1786 et 06-12655

A. L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale

31. La loi du 4 mars 2002 est intervenue pour réformer le droit de l'autorité parentale¹, dans un souci d'adapter le droit aux nouveaux modèles familiaux. En effet, et tel est le cas encore de nos jours, les naissances hors mariage, ou encore les familles recomposées, se sont multipliées. Ce phénomène, en nette augmentation durant les décennies ayant précédé l'évolution législative, avait mis en lumière la nécessité de s'interroger sur l'organisation et la sauvegarde du rôle des parents séparés, dans l'éducation et la prise en charge de leur enfant. De façon à pouvoir assurer le rôle de chacun des parents, la réforme de 2002 a donc affirmé le principe de coparentalité, garantissant un réel partage des responsabilités parentales, mais également la préservation des liens entre l'enfant et ses parents : il est en effet prévu que « chacun des père et mère doit maintenir des relations avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent »².

32. L'effectivité de ce principe de coparentalité nous intéresse tout particulièrement puisqu'elle offre au JAF la possibilité de « prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents »³. Les magistrats ont donc vu leur rôle se renforcer grâce à cette réforme, dans le but continu de protéger l'intérêt de l'enfant. Ils peuvent ainsi organiser l'exercice de l'autorité parentale en sanctionnant l'un des parents s'ils devaient relever chez ce dernier une inaptitude à assumer ses devoirs ou encore un manque, voire une absence de respect des droits de l'autre parent⁴.

¹ I. Théry, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », éd. Odile Jacob et La documentation française, 1998 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », La Documentation française, 1999.

² C. civ., art. 373-2 al. 2

³ C. civ., art. 373-2-6 al. 2

⁴ C. civ., art. 373-2-11

B. L'intérêt supérieur de l'enfant facteur de choix de la résidence, du droit de visite et d'hébergement

33. Depuis la réforme législative du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance¹, et ce quel que soit le mode d'exercice de l'autorité parentale, l'enfant doit pouvoir entretenir des relations personnelles avec son parent séparé, sauf motif grave.

34. Au-delà de notre droit interne, les magistrats sont également tenus de protéger l'intérêt des enfants par de nombreux textes internationaux. A titre d'exemples, l'article 9 alinéa 3 de la CIDE dispose « les Etats 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 de l'enfant » ; ou encore, l'article 4 de la Convention européenne sur les relations personnelles de l'enfant du 15 mai 2003², indique qu'« un enfant et ses parents ont le droit d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles régulières. De telles relations personnelles ne peuvent être restreintes ou exclues que lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant ».

35. Toujours dans le but de veiller à la protection de l'intérêt de l'enfant, et comme c'est le cas en matière d'exercice de l'autorité parentale, le JAF bénéficie ici encore d'un large champ d'action. Cela est d'autant plus vrai qu'afin de déterminer la résidence de l'enfant dont les parents sont séparés, son pouvoir d'appréciation est souverain, à la condition expresse de fonder sa décision sur l'intérêt supérieur de l'enfant, comme la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler³. Ainsi, la capacité d'un parent à respecter les droits de l'autre constitue un argument en sa faveur pour obtenir la résidence de l'enfant ; à l'inverse, le fait pour un parent d'avoir porté atteinte aux droits de l'autre parent, notamment en l'empêchant d'avoir des relations avec ses enfants, constitue un motif pour ne pas lui accorder la résidence de l'enfant⁴. A titre d'illustration, la cour d'appel de Bordeaux n'a pas hésité à « rappeler à la mère que son refus persistant et non

¹ Loi n° 2007-293 réformant la protection de l'enfance, 5 mars 2007, JORF n°55, 6 mars 2007, p. 4215

² <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/192.htm>

³ Civ., 1^{re}, 13 mars 2007, RTD civ. 2007. 330, comm. J. Hauser

⁴ Civ., 1^{re}, 4 juill. 2006, n° 05-17.883 , Dr. fam. 2006, n° 188, obs. P. Murat

motivé de respecter le droit de visite judiciairement fixé est de nature à entraîner le changement du lieu de résidence »¹.

36. Il est important de noter qu'en la matière, le pouvoir d'appréciation du juge doit s'exercer *in concreto*. Cet élément, qui expliquera les discordances pouvant apparaître entre les diverses juridictions ayant à traiter des questions relatives à l'enfant, est fondamental. En effet, pour se déterminer, le juge doit effectuer un examen réaliste et concret des circonstances de vie de l'enfant, telles que la pratique religieuse ou l'orientation sexuelle du parent dont il est séparé : la seule pratique d'une religion² ou la seule orientation sexuelle³ du parent ne suffisent pas à fonder de façon abstraite l'organisation du droit de visite et d'hébergement. Le juge doit impérativement observer si ces modalités ont, concrètement dans la vie de l'enfant, une incidence qui irait ou non à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. C'est seulement après une analyse concrète de cette incidence que le juge pourra souverainement rendre sa décision.

37. Les décisions rendues par les juges du fond ne sont donc pas similaires au regard de situations qui pourraient être vues comme proches, certaines décisions refusant par exemple l'exercice en commun de l'autorité parentale, là où d'autres décisions admettent que l'enfant vive avec son parent homosexuel⁴. De même, certaines décisions ont admis que la résidence soit fixée ou maintenue chez le parent adhérant à une secte⁵, tandis que d'autres ont considéré que la pratique religieuse du parent avait une influence négative sur la vie de l'enfant⁶.

38. Enfin, il est remarquable de noter que l'étendue très importante du pouvoir du juge est renforcée par la loi puisque cette dernière lui permet, à la demande d'un des parents ou du ministère public⁷, de mettre en œuvre des mesures préventives particulières. Elles sont destinées à assurer le maintien des liens entre l'enfant et ses parents lorsque ce lien paraît menacé, dans le cadre de deux circonstances spéciales : d'une part, le

¹ Bordeaux, 3 oct. 2006, RG n° 05/05996

² CEDH, 16 déc. 2003, *Palau Martinez c/ France*, AJ fam. 2004. 62 obs. S. Plana ; Civ., 1^{re}, 11 avr. 2002, RTD civ. 2002, 800, obs. J. Hauser ; Dijon, 4 avr. 2003, RG n° 02/01457

³ CEDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro da Silva Mouta*, Dr. fam. 2000, comm. n° 145, obs. A. Gouttenoire

⁴ Paris, 4 nov. 1997, Juris-Data, n° 023971 ; Paris, 18 sept. 1997, Juris-Data, n° 023961 ; Paris, 7 mai 2003, AJ fam. 2003. 269

⁵ Civ., 1^{re}, 11 avr. 2002, RTD civ. 2002. 800, obs. J. Hauser ; Reims, 27 juin 2002, Dr. fam. 2003, n° 42, obs. A. Gouttenoire

⁶ Civ., 2^e, 13 juill. 2000, RJPf 2000, n° 10, p. 18, obs. S. Valory ; RTD civ. 2000. 822, obs. J. Hauser ; Bordeaux, 10 fév. 2000, JCP 2000. IV. 2569

⁷ C. civ., art. 373-2-8

déménagement de l'enfant, d'autre part, la sortie de ce dernier du territoire français. On peut ajouter à cela la possibilité, certes exceptionnelle, de pouvoir fixer la résidence de l'enfant chez un tiers¹, toutes ces situations illustrant donc la force du pouvoir donné aux magistrats par le législateur, et ce dans un seul but : protéger et garantir l'intérêt supérieur des enfants concernés par toutes ces procédures.

39. C'est la force de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans notre droit, avec son interprétation concrète, qui a ainsi permis aux magistrats de rendre de nombreuses décisions. Mais force est de constater qu'elles sont diversement appréciées par les différents acteurs de la justice, les auteurs de doctrine, ou encore l'opinion publique de façon plus large. Un arrêt récent illustre d'ailleurs ce manque de consensus : les faits de l'espèce concernaient un père, séparé de la mère de ses deux enfants, et qui souhaitait obtenir un droit de visite et d'hébergement. La demande fut rejetée en appel car selon les juges du fond, il existait des motifs graves justifiant de limiter le droit de visite à l'égard de l'adolescente et de refuser le droit de visite et d'hébergement à l'égard du fils handicapé : inadaptabilité du logement, propos négatifs et méprisants tenus par le père et enfin inobservation de son droit de visite à l'égard de son fils. Le père formait alors un pourvoi estimant que les juges n'avaient pas suffisamment caractérisé le motif grave. La Cour de cassation rejette le pourvoi et affirme que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, qui tient des articles 371-1, 372 et 373-2-8 du Code civil le pouvoir de refuser à un parent qui exerce conjointement l'autorité parentale un droit de visite et d'hébergement, a estimé qu'il existait des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant justifiant la suppression du droit de visite et d'hébergement du père »². La Cour de cassation avait toujours veillé à ce que les motifs graves soient rigoureusement établis par les juges du fond, mais certains auteurs craignent avec cette décision que la combinaison, ou l'assimilation, entre motif grave et intérêt supérieur de l'enfant ne permette aux juges du fond de bénéficier d'une plus grande latitude encore pour rendre leurs décisions, et peut-être ainsi pour refuser plus facilement un droit de visite et d'hébergement, pour le malheur du parent qui le réclamait.

¹ C. civ., art. 373-3

² Civ., 1^{re}, 9 fév. 2011, pourvoi n° 09-12119, AJ fam. 2011, p. 207, note C. Siffrein-Blanc

40. Les juges du fond doivent se référer impérativement à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, mais ne devient-elle pas alors un prétexte pour rendre toutes sortes de décisions, comme le pensent certains auteurs au regard de l'arrêt qui vient d'être évoqué ? On est en droit de se demander si cette notion d'intérêt de l'enfant n'est pas d'une certaine manière instrumentalisée, sans doute avec les meilleures intentions qui soient, par ses utilisateurs.

Section 2 : La nécessité de se prémunir contre les risques de dérive

41. De fait, la matière de l'autorité parentale est l'une des branches du droit familial qui a été, depuis une vingtaine d'années, la plus fréquemment soumise à des réformes législatives de fond, accompagnées de changements procéduraux qui ont dans l'ensemble élargi le rôle du JAF et diversifié les procédures qu'il peut être amené à connaître. Le droit applicable aux mineurs ayant connu une refonte importante ne se limite d'ailleurs pas au domaine de l'autorité parentale, et touche également à la protection des mineurs entre autres, tout cela impliquant une modification de la compétence des juges, dans le sens d'un élargissement.

42. On peut aisément considérer que l'intérêt supérieur de l'enfant offre donc aux magistrats un champ d'action très étendu, de par la facilité à brandir cette notion comme un étendard justifiant sans discussion possible les décisions prises. N'y a-t-il pas alors un risque de voir le juge rendre des décisions empreintes de subjectivité, l'intérêt supérieur de l'enfant devenant un simple écran de fumée justifiant toute décision prise ? (I). Mais ce serait omettre que l'évolution rapide et importante des modèles familiaux nécessite un certain dynamisme de la part des magistrats ; il est alors rassurant de constater que l'appréciation libre et souveraine de la notion d'intérêt de l'enfant permet aux juges du fond de protéger de façon effective et concrète ledit intérêt, et que les exigences procédurales sont les garantes de cette sauvegarde (II).

I. Les craintes de dérive liées à l'aspect malléable de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

43. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, reste indéfinie, peu claire. Par conséquent, on peut légitimement craindre que les magistrats ne l'emploient à mauvais escient (A). C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'étude des notes de doctrine publiées depuis une cinquantaine d'années (B).

A. Les risques engendrés par l'ambivalence de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant

44. Cela entraîne deux constats diamétralement opposés : d'une part, dans une acception positive, ce flou permet de se distancier d'une application trop mécanique et théorique de la loi pour permettre d'aboutir à des solutions humanisées, rappelant ainsi à ceux qui l'auraient oublié que le droit fait partie des sciences humaines ; d'autre part, cette fois dans son acception plus négative, l'absence de définition objective de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît critiquable puisque chacun peut l'appréhender à sa manière, selon ses propres convictions, sa propre personnalité. En effet, la subjectivité de chacun est alors mise en exergue et peut conduire à autant de réponses différentes que de magistrats ayant à se prononcer. Si chaque magistrat peut aboutir à une décision différente de celle d'un pair, le danger est grand de verser dans l'arbitraire, et par ricochet dans l'insécurité juridique pour les enfants concernés par ladite décision.

45. Cette crainte n'est pas nouvelle : ce risque a été dénoncé depuis longtemps par d'éminents juristes. Parmi eux, on se doit de citer en tout premier lieu le doyen Jean Carbonnier, qui dès 1960 écrivait¹ : « C'est la notion magique. Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Il est des philosophes pour opiner que l'intérêt n'est pas objectivement saisissable et il faudrait que le juge décide de l'intérêt de l'enfant ! » ; ou encore « l'intérêt de l'enfant est dans la loi, mais ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes

¹ J. Carbonnier, note sous CA Paris, 30 avr. 1959, D. 1960, p. 673

les institutions de droit familial » ; on lui doit également l'affirmation selon laquelle l'intérêt de l'enfant est une notion à « contenu variable »¹.

B. L'absence de définition objective à l'origine de craintes profondément ancrées

46. Le doyen Carbonnier ne fut pas le seul à porter ce regard très critique sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi peut-on citer de façon non exhaustive, Mme Gobert, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas qui désignait l'intérêt supérieur de l'enfant comme étant « propre à favoriser l'arbitraire judiciaire »² ou encore comme « ouvrant la porte à toutes les interprétations »³, chaque juge risquant de rendre sa décision au regard de sa personnalité et non de l'intérêt réel de l'enfant. Mme le Professeur Rubellin-Devichi écrivait par ailleurs que « donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit de ne pas appliquer le droit »⁴. Mme Dekeuwer-Défossez indique quant à elle que l'intérêt de l'enfant s'apparente à une « boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver »⁵, sans oublier Mme Théry qui qualifiait en 1985 la notion d'« insaisissable, fuyante, changeante »⁶. Toutes ces réserves émises au sujet de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'ont rien d'une spécificité nationale. En effet, des juristes étrangers relaient le même type de critiques, et pour ne citer que l'un d'entre eux, M. Bill Hilton, tout premier spécialiste américain de la Convention de La Haye⁷, relève que « l'intérêt de l'enfant,

¹ J. Carbonnier « *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille* » in C. Perelman et R. Vander Elst, « *Les notions à contenu variable en droit* », Bruxelles, 1984, p. 99, spéc. p. 104

² Lors du colloque devant la Cour de cassation, 9^{ème} conférence « *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation* », 11 déc. 2006

³ Lors du colloque Sciences Po Paris, pour l'anniversaire de la CIDE, 18 nov. 2009

⁴ J. Rubellin-Devichi, citée par A. Cornec dans « *Il faut NOMMER l'intérêt supérieur de l'enfant : La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant* », p. 1 ; document présenté le 20 nov. 2010 au Palais Bourbon lors de la journée d'étude organisée par DEI-France, et consultable en ligne :

http://www.dei-france.org/journees-etude/je2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980_13p.pdf

⁵ F. Dekeuwer-Défossez, « *Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille* », RTD Civ., 1995, p. 249, spéc. p. 265

⁶ O. Bourguignon, J.-L. Rallu, I. Théry, « *Du divorce et des enfants* », INED, 1985, p. 34, par I. Théry

⁷ Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, 25 oct. 1980, http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=24

c'est un morceau de caoutchouc ; le juge tire dessus pour lui donner la forme qu'il souhaite »¹.

47. Puisque l'absence de définition objective permet au juge de prendre sa décision de façon très, voire trop libre, émerge l'idée qu'on peut faire dire tout et son contraire à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Il n'est pas besoin de réfléchir beaucoup avant de trouver un exemple très actuel de ce problème, avec le débat sur l'homoparentalité : est-il conforme à l'intérêt de l'enfant ou non que des personnes de même sexe vivant ensemble exercent l'autorité parentale ? On observe en pratique une variété de réponses apportées par les magistrats du fond.

II. Les exigences procédurales garantes de l'absence d'arbitraire

48. L'ensemble de ces visions critiques envers la dérive probable de l'utilisation de la notion d'intérêt de l'enfant amène à se demander s'il est véritablement « acceptable que la justice en matière familiale soit rendue non pas en fonction d'une règle de droit suffisamment définie pour être applicable équitablement à tous, mais en fonction de la personnalité du juge qui connaîtra le dossier ? »². Fort heureusement, l'obligation pour les magistrats de motiver leurs décisions permet de prévenir ce risque (A). A titre de comparaison, il est intéressant de constater que les mêmes craintes ont eu cours dans les pays de droit anglo-saxon (B).

A. L'obligation de motivation protectrice du risque de dérive

49. L'obligation pour les magistrats de motiver leurs décisions est un élément procédural dont le respect est crucial pour prétendre au bon fonctionnement de la justice. Il est certain qu'à défaut de motivation suffisante, le doute serait tout à fait

¹ B. Hilton, cité par A. Cornec, v. note 4, page préc.

² « *L'intérêt de l'enfant : notion insaisissable propre à favoriser l'arbitraire judiciaire ?* », article publié sur <http://www.jafland.info/post/L-int%C3%A9r%C3%AAt-de-l-enfant%3A-notion-parfaitement-arbitraire-de-la-justice-familiale>

permis quant aux raisons réelles ayant poussé le juge à se prononcer dans un sens ou dans l'autre. Mais aujourd'hui, ce sont véritablement les obligations procédurales qui sont les garde-fous de possibles dérives. Les magistrats ont pour devoir de se questionner sérieusement et sereinement au regard de chaque situation à traiter, tout en ayant constamment à l'esprit l'obligation d'apporter une justification réelle et claire aux raisons ayant déterminé leur choix.

50. Il est nécessaire d'ailleurs de bien garder à l'esprit qu'il est impossible de donner une définition objective de l'intérêt supérieur de l'enfant : cela reviendrait à considérer que l'intérêt est identique quel que soit l'enfant concerné, alors même que chaque enfant est unique, et vit dans un contexte familial et social qui lui est propre. Donner une définition objective de cet intérêt reviendrait donc à créer une sorte de catalogue de réponses préconçues, identiques quelle que soit la situation concrète, ce qui est inconcevable en pratique au vu de la multitude de situations rencontrées par les magistrats. Ceux-ci doivent donc, à défaut d'une définition objective qui ne serait pas pertinente, s'appliquer à rechercher l'intérêt de l'enfant. Cela peut découler d'un questionnement sur la situation de ce dernier, de façon concrète, mais également éthique, comme le conçoivent les rédacteurs de l'annexe 3 du rapport de DEI-France, au Comité des Droits de l'enfant des Nations unies¹. Selon eux, la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant par les magistrats correspond à des « obligations procédurales et questions préalables incontournables, c'est-à-dire [...] une sorte de questionnement éthique et de cheminement déontologique qui présideraient aux décisions ; les réponses à apporter à ces questionnements étant, elles, éminemment différentes selon les situations ».

51. Cette recommandation montre bien l'importance de la réflexion profonde que doit mener chaque magistrat. C'est elle, à l'aide des exigences procédurales de motivation, qui sera garante d'une prise de décision la moins subjective possible. Ainsi évite-t-on les écueils et dérives craints par les éminents juristes que nous évoquions plus tôt. On peut dès lors considérer que, bien plus que de dévoiler le subjectivisme dont pourraient faire preuve les magistrats, l'appréciation souveraine de l'intérêt supérieur de l'enfant par ces derniers illustre davantage le fait que les situations auxquelles ils sont confrontés nécessitent une appréciation *in concreto*, chaque situation à traiter étant unique. Il sera

¹ http://www.dei-france.org/rapports/2008/RA_DEI_PBL.pdf oct. 2008, p. 139 et s.

impératif de s'assurer que les magistrats ont répondu à l'obligation de vérifier *avant* toute prise de décision, si celle-ci sera compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juges devront également être en mesure de justifier cette compatibilité, et c'est bien la motivation de leur décision qui le permettra alors. C'est au travers de ces exigences procédurales absolument primordiales que nous pourrons être assurés que l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été bafoué, et au contraire réellement pris en compte et protégé par le juge, le moins subjectivement possible.

B. L'alternative anglo-saxonne au risque de dérive

52. Nous pouvons une nouvelle fois porter un regard hors de nos frontières, et observer que les craintes vis-à-vis de l'absence de définition objective de l'intérêt supérieur de l'enfant ont également eu cours à l'étranger. L'exemple des pays de droit anglo-saxon est intéressant, car ils ont imaginé un outil dont l'objectif est d'écarter le risque de subjectivisme dans les décisions des magistrats, en guidant leur réflexion. Cet outil, appelé « BIC questionnaire », reposant sur le « *Best Interest of the Child Model* »¹, est composé d'un ensemble de quatorze thèmes correspondants à l'environnement familial et social de l'enfant. Chacun de ces thèmes recouvre en réalité ce que la société perçoit comme indispensable à la protection et au bon développement des enfants. Chaque thème est donc décliné en un ensemble de conditions de vie auxquelles doit répondre la situation de l'enfant, conditions assorties du ou des article(s) de la CIDE qui seraient violé(s) dans le cas contraire. En effet, si les conditions de vie sont présentes de façon constante, sur un laps de temps conséquent, on peut raisonnablement penser que l'enfant est protégé et que son développement va se poursuivre correctement. Dans le cas contraire, si le magistrat constate une absence prolongée des conditions de vie protégeant l'enfant, il pourra selon ce questionnaire, déterminer que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas respecté, ce qui lui donnera la légitimité pour prendre une décision permettant de rétablir cet intérêt.

¹ Document consultable en ligne : http://www.dei-france.org/lettres_divers/2009/Best%20Interest%20Child.pdf

53. Ce questionnaire a le mérite de rassurer les détracteurs de l'absence de définition objective de l'intérêt de l'enfant, mais il présente dans le même temps le risque d'être trop réducteur, limitant ainsi les possibilités de réflexion et de réponse des magistrats. Car comment être sûr que les questions couvrent réellement et efficacement l'ensemble des situations dans lesquelles l'intérêt d'un enfant peut être bafoué ?

Chapitre 2 : Un outil indispensable au bon fonctionnement de la justice des mineurs

54. Sans la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, les magistrats ne pourraient exercer correctement et efficacement leur mission. C'est pourquoi ils utilisent cette notion pour rendre la matière juridique dynamique dans le cadre de l'évolution incessante des modes de vie contemporain (Section 1). Cela est particulièrement flagrant en ce qui concerne les enfants élevés au sein de familles homoparentales (Section 2).

Section 1 : L'instrumentalisation nécessaire au regard des évolutions de la vie contemporaine

55. La lecture de nombreuses notes de doctrine¹ peut laisser dubitatif : l'intérêt supérieur de l'enfant y apparaît régulièrement sous un mauvais jour, faisant craindre que les juges ne se réfugient derrière lui pour en réalité projeter leur propre échelle de valeurs comme nous avons pu le constater dans le chapitre précédent. Fort heureusement, les exigences procédurales offrent un garde-fou en la matière, et permettent de ne pas verser dans la crainte d'un parti-pris du magistrat dans les espèces dont il a à connaître. Cela est d'autant plus important que les magistrats peuvent, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, rendre une décision *ultra petita*, ce qui n'est pas sans rappeler la forte liberté conférée également à un autre juge, celui des enfants. En effet, de manière comparable, sa compétence très large, sous couvert de la notion de danger, peut faire craindre qu'il ne rende des décisions selon ses convictions propres, et non forcément selon l'intérêt réel de l'enfant concerné (I). Ainsi, il apparaît que les magistrats du fond peuvent agir vraiment très librement, mais cela n'est pas négatif,

¹ « Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant » JDJ – RAJS n° 280, déc. 2008 ; article « L'intérêt de l'enfant : notion insaisissable propre à favoriser l'arbitraire judiciaire ? », v. note 2, p. 24 ; « Il faut NOMMER l'intérêt supérieur de l'enfant » par A. Cornec, v. note 4, p. 23

bien au contraire : grâce à leur appréciation souveraine de l'intérêt supérieur de l'enfant, les magistrats vont en quelque sorte instrumentaliser la notion, mais avec une visée positive, dans le simple but de mieux en assurer la sauvegarde. Et cela ne reflète en réalité que leur volonté de mieux accomplir leur mission de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, dans le cadre d'une société en perpétuelle évolution qui leur commande d'agir ainsi, par exemple concernant les demandes de résidence alternée (II).

I. L'instrumentalisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour une protection plus effective

56. S'il est nécessaire de rester vigilant quant au respect des exigences procédurales auxquelles doit répondre le juge afin de ne pas laisser sa propre échelle de valeurs prendre le pas sur l'intérêt supérieur de l'enfant, il est tout de même intéressant de remarquer que le JAF peut exceptionnellement outrepasser sa compétence (A), et cela alors même que ses pouvoirs sont moins étendus que ceux du juge des enfants. Cependant, le parallèle entre leurs compétences mérite d'être étudié (B), l'ensemble de ces éléments démontrant finalement que l'instrumentalisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, qui pouvait apparaître comme dangereuse, se révèle en fait réellement protectrice de l'enfant dans certaines situations bien particulières.

A. L'amélioration de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant par le biais de décisions rendues *ultra petita*

57. Le JAF voit sa compétence strictement encadrée puisqu'elle se situe dans un domaine civil, où le juge doit se prononcer dans le cadre de la demande des parties. Il n'est donc pas censé pouvoir juger *infra* ou *ultra petita*¹. Mais on peut se questionner sur le fait de savoir si l'intérêt supérieur de l'enfant ne lui permettrait pas de statuer sur le droit de visite et d'hébergement différemment de ce que les parties demandent. Par

¹ C. pro. civ., art. 5 : « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. »

exemple, le juge peut-il d'office placer l'enfant chez son père car il découvre que le mineur serait en danger chez sa mère, quand bien même le père ne réclamait pas la résidence habituelle de l'enfant ? Une fois sa décision prise, le JAF est dessaisi de l'affaire, et il revient alors à la Cour d'appel d'éventuellement se prononcer si l'une des parties fait appel de sa décision. Ce cas très concret a déjà été traité par les JAF du ressort de La Rochelle, et il est remarquable de noter que dans la majorité des cas, les parties n'ont jamais fait appel d'une telle décision ; de plus, dans les cas où l'une des parties a interjeté appel, la Cour a systématiquement rejeté la demande. Cet exemple montre à quel point la notion d'intérêt supérieur de l'enfant donne une très grande liberté de décision au JAF, mais cela n'a rien d'arbitraire car elle lui permet de pouvoir réellement œuvrer dans l'intérêt de l'enfant, de façon très concrète, lorsque cela s'impose. Il n'était pas concevable en l'espèce de laisser cet enfant chez sa mère en ayant connaissance du danger qu'il encourait alors, et ce quand bien même le père n'avait pas expressément demandé la garde de son enfant. Autrement dit, il aurait été contraire à l'intérêt de l'enfant de ne pas se permettre d'aller au-delà de la demande du père, au risque de faire passer l'intérêt supérieur de l'enfant après toute autre considération. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue donc une brèche dans l'étendue de la compétence des juges du fond.

58. Le parallèle avec la compétence du juge des enfants (JDE) est ici très intéressant, car si l'on craint que ce magistrat ne cède lui aussi aux sirènes de l'arbitraire, il bénéficie néanmoins d'une plus large souplesse dans ses prises de décision : son action ne se limite pas à un cadre civil, et il n'est donc pas tenu par la demande des parties.

B. La liberté d'action offerte au juge aux affaires familiales, miroir de la liberté d'action du juge des enfants

59. Effectuer ce parallèle est tout à fait volontaire, et vise à mettre en lumière la similitude des compétences du JAF et du JDE, au regard d'une notion qui les lie, respectivement l'intérêt supérieur de l'enfant pour le JAF, et la notion de danger¹ pour le JDE. En observant plus précisément ces deux notions, on constate qu'elles sont très

¹ C. civ., art. 375

proches, l'enfant en danger voyant indéniablement son intérêt bafoué. Mais ces notions sont également conceptuelles, ce qui conduit à devoir les apprécier toutes deux *in concreto*.

60. Les domaines de compétence du JAF et du JDE sont différents car le JAF n'intervient que dans le cadre précis de la séparation parentale, où il n'y a pas forcément de danger, et seulement à défaut de meilleur accord entre les parties. De son côté, le JDE, qu'il y ait ou non une décision du JAF, qu'il y ait séparation ou non des parents, peut prendre des mesures s'il y a danger. Or cette notion est, peut-être davantage encore que celle d'intérêt supérieur de l'enfant, fuyante, malléable. En effet, le danger n'est pas forcément synonyme de violence physique ou morale, cela peut tout aussi bien recouvrir la situation de parents qui aiment sincèrement leur enfant mais sont incapables d'agir correctement dans l'intérêt de ce dernier. La tâche s'avère délicate pour les magistrats concernés car au-delà de la seule prise en considération de la situation provoquant le danger, ils se doivent de tenir compte également de l'attitude des parents. Si ces derniers sont conscients du danger touchant leur enfant, ou encore s'ils demandent de l'aide, le danger dont est victime leur enfant tendra à s'amenuiser, voire à disparaître aux yeux du magistrat. Pour apprécier le danger, le JDE doit donc tout à la fois regarder le contenu du danger, mais également le contexte dans lequel se situe ce danger. Celui-ci sera apprécié au regard de cet ensemble indissociable, et c'est cela qui déterminera la prise de mesures simplement administratives, ou réellement judiciaires.

61. Tous ces éléments permettent d'illustrer une situation finalement assez similaire à celle du JAF en ce que le JDE est obligé d'apprécier la situation *in concreto* : ici encore, une définition objective de l'intérêt supérieur de l'enfant serait totalement contreproductive pour le magistrat, au risque de l'empêcher de pouvoir prendre les mesures en adéquation avec la situation réelle de l'enfant. Il est d'ailleurs à noter que les rapporteurs de DEI-France avaient salué cette absence de définition objective¹ lors de la réforme de la protection de l'enfance par la loi du 5 mars 2007, permettant au magistrat quel qu'il soit, d'agir efficacement dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Or l'intérêt de l'enfant, c'est qu'au final chacun, y compris lui, en lisant le jugement, comprenne pourquoi des mesures ont été prises ou non. Pour que cela soit possible, la décision du JDE, comme nous l'avons déjà constaté pour le JAF, devra donc être clairement motivée,

¹ http://www.dei-france.org/rapports/2008/RA_DEI_PBL.pdf, oct. 2008 p. 139 et s.

et les mots choisis dans cette motivation auront toute leur importance. En soi, l'intérêt supérieur de l'enfant et le danger ne suffisent pas aux magistrats du fond pour prendre leur décision. La simple mention de ces notions ne justifie pas tout, c'est la procédure, avec entre autres l'obligation de motiver la décision¹ qui sera garante de l'absence de parti-pris de la part du juge. Cette obligation de motivation est prévue par une jurisprudence constante de la Cour de cassation², et érigé en principe aussi bien par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'homme³.

62. Ainsi, il est vrai que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est difficile à saisir, et qu'elle peut masquer le risque de parti-pris du juge si les exigences procédurales ne sont pas respectées. Mais fort heureusement, d'autres personnes veilleront à ce que cela ne soit pas le cas : conseils des parties, juges d'appel, voire magistrats de la Cour de cassation. Dès lors, l'instrumentalisation par les magistrats de l'intérêt supérieur de l'enfant ne sera en fait qu'une utilisation louable et bienvenue d'un outil permettant de s'assurer que, quelle que soit la décision prise, celle-ci respectera fondamentalement l'intérêt supérieur de l'enfant concerné, dans le cadre de sa situation personnelle et concrète.

63. L'instrumentalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui peut être perçue comme une notion négative, se veut en réalité un formidable outil au service des magistrats pour s'assurer, dans le respect des règles procédurales, que cet intérêt supérieur est bien assuré.

¹ C. pro. civ., art. 455 al. 1 : « *Le jugement doit être motivé.* »

² Civ., 1^{re}, 28 nov. 2006, *Bull.* 2006, I, n° 521, pourvoi n° 04-19.031 ; Civ., 1^{re}, 22 oct. 2008, *Bull.* 2008, I, n° 234, pourvoi n° 06-15.577

³ Cons. const., décision du 3 nov. 1977, n° 77-101 L ; CEDH, *Higgins et autres c/ France*, 19 févr. 1998, requête n° 20124/92

II. La pratique contemporaine de la résidence alternée, mise en pratique délicate de la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant

64. Les développements précédents ont mis en lumière le caractère « élastique » de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, offrant aux magistrats une certaine liberté dans leur prise de décision. Quelques exemples concrets vont dès lors permettre de démontrer que cette latitude offerte aux juges est la bienvenue dans notre société qui évolue extrêmement vite, et qui nécessite que le droit se transforme lui aussi, afin d'être au plus près des réalités sociétales contemporaines. Ainsi, les magistrats ont fort à faire en matière de demande de résidence alternée (A), où l'on peut observer un risque d'instrumentalisation de la notion par les parents, que les juges devront déjouer à tout prix (B).

A. Le rôle central du JAF quant au succès de la mise en œuvre d'une résidence alternée dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant

65. Si la garde alternée est aujourd'hui une notion connue de tous et mise en œuvre par un certain nombre de parents séparés¹, il est important de rappeler qu'elle n'existe que depuis à peine plus de dix ans. En effet, c'est seulement la loi du 4 mars 2002 qui l'a réellement autorisée, après que la Cour de cassation l'ait condamnée dans un arrêt du 2 mai 1984² et que le législateur ait maintenu l'exigence d'une résidence habituelle de l'enfant en 1993. Mais la résidence alternée n'en existait pas moins dans les décisions des juges du fond³, parfois même sous couvert d'un droit de visite et d'hébergement tant élargi qu'il n'avait rien à envier à la résidence alternée. L'intervention du législateur a donc été la bienvenue en la matière, de façon à éclaircir l'organisation de la vie de l'enfant après la séparation de ses parents, et ce dans son intérêt supérieur.

¹ En 2009, la résidence alternée était fixée dans 13,5 % des décisions relatives à l'autorité parentale pour 13 %, en 2008 et 9,9 %, en 2004. La proportion de la résidence alternée s'élève en 2009 à 21,5 % dans les divorces par consentement mutuel (Dossier AJ fam. janv. 2010, « *Vie de l'enfant après la séparation* » [1^{re} partie], p. 12)

² RTD civ. 1984. 691, obs. J. Rubellin-Devichi

³ Lyon, 5 oct. 1993, JCP 1994. II. 22231, note H. Fulchiron. ; Paris, 10 févr. 1999, JCP 1999. II. 10170, note T. Garé

66. L'article 373-2-9 du Code civil prévoit donc depuis la loi du 4 mars 2002 que la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun de ses parents ou au domicile de l'un d'entre eux. Cet article étant placé au sein du chapitre sur l'autorité parentale, il apparaît que le législateur a souhaité faire du choix de la résidence de l'enfant une vraie modalité de l'exercice de l'autorité parentale. La résidence alternée peut être déterminée par un accord des parents, ou ordonnée par le juge. Mais celle-ci n'étant pas un principe, elle est, selon la jurisprudence soumise à certaines conditions¹, souverainement appréciées par le juge. Quelle que soit la manière dont cette mesure sera mise en œuvre, il est important de la percevoir comme une manière de favoriser le maintien réel des liens de l'enfant avec ses deux parents, élément contribuant de façon essentiel au respect de l'intérêt supérieur de la plupart des enfants. La coparentalité, bien au-delà du couple qu'ont pu former les parents, doit être préservée autant que possible, la garde alternée étant un des moyens qui permettent d'en assurer l'effectivité. Tout doit en effet être mis en œuvre pour préserver les liens entre l'enfant et ses parents, comme l'indique l'article 373-2 du Code civil², et c'est une nouvelle fois l'intérêt supérieur de l'enfant qui guidera l'organisation de sa résidence une fois ses parents séparés. L'autorité parentale est donc une véritable fonction dont les parents ont la charge, et non un simple droit, une simple prérogative qui leur serait octroyée de par le fait d'être parents. D'ailleurs, l'article 376 du Code civil ne manque pas de le confirmer en indiquant qu'« aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet ».

67. Devant la fréquence des séparations parentales, il était donc important que le législateur mette en place des outils adaptés pour y répondre, afin que les magistrats puissent efficacement préserver l'intérêt supérieur des enfants dont ils auront à connaître. La résidence alternée apparaît bien aujourd'hui comme l'un de ces outils, prompts à adapter le droit à la réalité sociologique des familles. Mme Dominique Versini, défenseure des enfants, a confirmé cette idée, en rappelant l'importance de l'implication des parents, mais aussi du rôle du JAF : « La résidence alternée est une solution adaptée notamment lorsque les parents communiquent bien entre eux, mettent en avant en priorité l'intérêt de leur enfant à travers une organisation qui ne perturbe pas sa vie

¹ Principalement : la proximité géographique des domiciles, la communication entre les parents, l'âge de l'enfant, le tout dans le plus strict respect de l'intérêt de ce dernier.

² C. civ., art. 373-2, al. 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. »

quotidienne ni ses rythmes, surtout pour les enfants très jeunes. C'est donc au juge aux affaires familiales de décider, au cas par cas, du mode de résidence qui sera retenu, notamment en fonction du degré d'entente des parents et du projet de vie qui est proposé pour l'enfant¹ ».

68. Or, c'est bien ici que le travail du juge va s'avérer fort délicat. En effet, si on observe l'un des critères les plus communément pris en compte par les magistrats pour se prononcer sur une éventuelle garde alternée, à savoir l'âge de l'enfant, il apparaît que ce critère a donné lieu à des décisions différentes de la part des juges du fond : le jeune âge de l'enfant est considéré par certains comme un obstacle² à la mise en place d'une résidence alternée alors que d'autres n'y voient aucun frein³. Ainsi en est-il également pour le critère de l'adhésion de l'enfant à ce type de résidence : certains magistrats en font un facteur favorisant la mise en place de l'alternance⁴ là où d'autres y voient une condition impérative⁵.

69. Ces quelques exemples montrent bien que la tâche des juges du fond s'avère fort délicate, car viser l'intérêt supérieur de l'enfant relève alors d'un véritable travail de fond dans le quotidien et l'environnement de cet enfant, pour réussir à prendre la bonne décision. Ce travail se révèle d'autant plus délicat que les magistrats vont devoir, au-delà de l'appréciation *in concreto* de la situation, veiller à ce que les parents séparés ne tentent pas eux-mêmes d'instrumentaliser l'intérêt de leur enfant, pour au final ne privilégier que leur propre intérêt.

B. Le JAF, gardien de la primauté de l'intérêt de l'enfant face à ses parents

70. Si le Code civil prévoit qu'en premier lieu, les parents soient décisionnaires de l'organisation de la résidence de leur enfant, il n'en reste pas moins que l'accord qu'ils pourraient prévoir est insuffisant à la mise en place de la résidence alternée. En effet, le

¹ D. Versini, « *De nouveaux outils juridiques pour s'adapter à la sociologie des familles* », AJ fam., 2009, p. 165

² Refus d'une résidence alternée pour un enfant d'un an pour laquelle la mère est hostile, Toulouse, 14 nov. 2006, RG n° 06/02870

³ Résidence alternée admise pour un enfant de dix-sept mois : Caen, 18 janv. 2007, RG n° 05/03889

⁴ Aix-en-Provence, 22 août 2007, RG n° 06/02134

⁵ Caen, 9 nov. 2006, Juris-Data n° 2006-322076

JAF peut décider de ne pas l'homologuer « s'il constate que la convention ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement »¹. Dans les faits, il est hélas fréquent que les demandes de résidence alternée soient motivées davantage par les craintes des parents que par le réel intérêt de leur enfant, ce qui conduit le juge à refuser la mise en place de ce mode de garde, comme en témoigne M. Taillebot, JAF près du tribunal de grande instance de La Rochelle : « Les parents oublient parfois que l'intérêt de l'enfant n'est pas forcément d'être ballotté à droite à gauche. Mais souvent, une demande de garde alternée cache une réelle crainte du père d'être marginalisé. La demande est mal formulée car elle ne se base par forcément sur l'intérêt de l'enfant »². A titre d'illustration, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a ainsi refusé la résidence alternée demandée par le père car il apparaissait que celui-ci dévalorisait la mère, niait l'importance des relations mère-enfants et gardait l'aîné à son domicile malgré une ordonnance fixant la résidence habituelle des enfants chez la mère³. Il est manifeste en l'espèce que le père ne recherchait pas en premier lieu l'intérêt de ses enfants.

71. Maître Fabienne Moureau, avocate, expose dans un article paru en 2011⁴, d'autres situations où l'intérêt de l'enfant ne se situe pas au cœur de la demande de résidence alternée : « L'un ou l'autre des parents peut redouter une authentique discussion et ne pas oser exprimer sa préférence par crainte d'une procédure trop féroce, trop longue ou coûteuse et saisir l'opportunité de la résidence alternée souhaitée par son conjoint comme la solution de pis-aller. [...] Certains parents n'hésitent pas non plus à solliciter une résidence alternée afin d'échapper au paiement d'une contribution à l'éducation et à l'entretien de leur enfant ; ce qui est pour le moins antinomique aux intérêts de l'enfant ». Ces quelques exemples illustrent malheureusement l'instrumentalisation de la loi du 4 mars 2002 que sont tentés d'opérer certains parents. Dans ce cas, seul le juge peut encore préserver l'intérêt supérieur de l'enfant ; force est de reconnaître alors que la souplesse de cette notion lui donne ici tout son intérêt : les magistrats du fond pourront véritablement préserver l'intérêt de l'enfant, grâce à l'appréciation souveraine

¹ C. civ., art. 373-2-7

² Propos recueillis lors d'une interview réalisée le 8 janv. 2013, au Tribunal de Grande Instance de La Rochelle

³ Aix-en-Provence, 24 juin 2003, RG n° 01/20903

⁴ F. Moureau, « *La résidence alternée doit-elle devenir le mode principal d'exercice de l'autorité parentale ?* », AJ fam. 2011, p. 576

des éléments en présence. Le côté malléable de la notion, tant décrié, est pourtant ici la garantie du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

72. Par ailleurs, le Code civil offre au JAF la prérogative d'imposer la résidence alternée aux parents qui ne la souhaitaient pas. Ce sera alors pour le magistrat un moyen de garantir la pérennité des liens de l'enfant avec ses deux parents, lien qui ne pourrait subsister dans le cadre d'une résidence habituelle chez l'un d'eux. Cela étant, les magistrats sont plutôt réticents face à cette prérogative, puisque l'entente entre les parents figure parmi les critères les plus essentiels à la réussite d'une résidence alternée, et donc à la préservation de l'intérêt de l'enfant.

73. Il est également important de constater que le JAF peut décider de mettre un terme à la résidence alternée, lorsque l'un des parents décide délibérément de rendre sa pratique impossible, dans le seul but d'obtenir par la force la résidence habituelle des enfants. L'intervention des magistrats est alors cruciale pour garantir la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est ainsi que dans une décision du 25 janvier 2011, la Cour d'appel de Montpellier a considéré que « la décision brutale et unilatérale de Mme X., en cours d'année scolaire pour les deux aînés, de quitter la région de Montpellier en décembre 2009 (le père en étant prévenu en novembre 2009) pour s'installer dans l'Aveyron, a déstabilisé les enfants en les éloignant de leur père et de leur cadre de vie habituel, rendant par ailleurs impossible la mise en place de la résidence alternée et difficile l'exercice des droits de visite et d'hébergement dont bénéficiait M. Y. » ; elle en déduit que « c'est à juste titre que le premier juge a fait droit à la demande présentée en urgence par M. Y. tendant à voir obtenir la résidence des enfants »¹.

74. Le système de répartition du temps passé par l'enfant chez chacun de ses parents est également révélateur d'un risque de détournement de l'institution de la résidence alternée. En effet, classiquement, le système d'alternance hebdomadaire est le plus fréquemment employé, mais il n'est pas obligatoire. De fait, si l'intérêt de l'enfant le commande, les magistrats peuvent, compte tenu des circonstances, décider d'un partage inégal du temps. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt fondamental du

¹ Montpellier, 25 janv. 2011, RG n° 10/00669 ; dans le même sens, Civ., 1^{re}, 19 nov. 2009, n° 09-68.179, D. 2010. Pan. 1904, obs. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils ; Dr. fam. 2010, n° 24, obs. P. Murat

25 avril 2007¹, dont certains commentateurs ont retenu que le partage égalitaire du temps de l'enfant relèverait davantage de la satisfaction d'un désir d'adulte que de la recherche réelle de l'intérêt de l'enfant.

75. Qu'ils l'approuvent, la refusent ou l'imposent, les magistrats du fond doivent donc très souvent rappeler aux parents que le choix d'une résidence alternée est impérativement justifié par l'intérêt supérieur des enfants, tel que défini par les textes internationaux, et non par leur propre intérêt. La Cour de cassation l'a elle-même rappelé dans un arrêt important en date du 13 mars 2007², rendu notamment au visa de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant. D'après certains magistrats, « la loi est d'ailleurs parfois mal comprise en ce que certains parents demandent la résidence alternée comme un droit pour eux, nouvellement consacré. Nous devons leur rappeler que la résidence alternée n'est conçue et n'est concevable qu'à l'aune de l'intérêt de leur enfant, qu'elle suppose une bonne entente entre parents, le respect de l'autre, une collaboration et une disponibilité réelle à l'enfant »³.

76. Le contrôle du juge est donc la véritable garantie du respect de l'intérêt de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés. On pourra d'autant plus regretter que l'ensemble de ce contrôle n'ait hélas l'occasion de s'effectuer que dans les seuls cas portés à la connaissance du juge, ce qui exclut le plus souvent les parents non mariés ainsi que ceux qui n'ont pas recours à l'institution judiciaire pour valider leurs accords. Or, dans ces situations, des abus existent aussi certainement, et le manque de connaissance de la législation en vigueur ainsi que l'absence de conseils avisés peuvent conduire certains parents à accepter les termes d'une résidence alternée au demeurant inadaptée à l'intérêt de leur enfant, sans en avoir pleinement conscience.

¹ Civ., 1^{re}, 25 avr. 2007, n° 06-16.886, D., 2007, 1428

² Civ., 1^{re}, 13 mars 2007, n° 06-17.869, D., 2007, 1083

³ S. Hébrard, « Loi du 4 mars 2002 : regard d'un juge aux affaires familiales », AJ fam. 2003. 296

Section 2 : L'instrumentalisation de la notion au service des enfants élevés au sein des familles homoparentales

77. L'évolution de la société, particulièrement ces dernières années, a mis en lumière la réalité des modèles familiaux actuels. En effet, il n'est plus possible de cantonner la notion de « famille » au schéma nucléaire traditionnel, à savoir père – mère – enfant. Si ce modèle reste à ce jour dominant, de nombreuses familles recomposées, monoparentales ou homoparentales existent. Ces situations génèrent l'intervention d'autres personnes que les parents dans l'éducation des enfants. On constate alors les lacunes des réponses juridiques à ces situations factuelles.

78. Le cas particulier des familles homoparentales est révélateur : les adultes du couple souhaitent voir établi un lien de droit entre l'enfant et l'adulte qualifié de beau-parent, de manière à renforcer le lien de fait préexistant. Or cet adulte, de par l'absence de lien biologique, n'est au fond qu'un tiers *lambda* vis-à-vis de l'enfant. Le droit positif propose alors deux solutions : l'adoption ou la délégation-partage d'autorité parentale. Mais dans la pratique, la législation en matière d'adoption n'apportait pas de réponse satisfaisante jusqu'à très récemment (I) ; quant à la délégation-partage (II), elle met surtout en exergue le décalage grandissant entre les besoins de notre société, connus des magistrats du fond, et la position de la Cour de cassation, qui s'évertue à garantir la bonne application de notre droit positif, parfois déconnecté de cette réalité sociétale. Ces situations illustrent parfaitement à quel point les magistrats sont confrontés à des situations en perpétuelle évolution, en n'ayant d'autre outil à leur disposition que l'intérêt supérieur de l'enfant.

I. L'adoption, une institution longtemps inadaptée

79. L'enfant élevé au sein d'une famille aimante peut malgré tout se retrouver dans une situation délicate et peu protectrice de ses droits et de son intérêt. En effet, jusqu'à une

période très récente, les enfants grandissant au sein de familles homoparentales ne bénéficiaient pas de la même sécurité juridique que les autres. Leur adoption par le parent non biologique s'avérait presque impossible à obtenir, malgré quelques tentatives en ce sens de certaines juridictions du fond (A). Il faut désormais espérer que l'évolution législative intervenue très récemment soit à même de faire disparaître les oppositions entre magistrats du fond et juges de la Cour de cassation, dans l'intérêt des enfants concernés (B).

A. L'adoption possible sous condition de mariage

80. L'adoption peut revêtir deux formes : plénière ou simple. La première se voit strictement réservée aux cas de mariage entre le parent biologique et l'adoptant, et uniquement dans trois hypothèses¹ : si l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard du conjoint de l'adoptant, lorsque l'autre parent biologique s'est vu retirer l'autorité parentale, ou lorsqu'il est décédé sans laisser d'ascendants au premier degré (sauf si ceux-ci se sont désintéressés de l'enfant). Le terme de « conjoint » employé par le Code civil exclut donc toute possibilité de création d'un véritable lien de droit entre l'enfant et le compagnon ou la compagne de son parent. Le droit positif, qui vient de connaître tout récemment un grand bouleversement, refusait jusqu'alors la possibilité de se marier aux adultes composant les familles homoparentales, et leur interdisait par la même occasion d'adopter l'enfant de leur conjoint(e).

81. La seconde forme d'adoption paraît quant à elle davantage adaptée à la situation des beaux-parents, d'autant qu'elle ne se substitue pas au lien de filiation originaire² : l'adopté possèdera une double filiation. Mais concernant l'autorité parentale, l'article 365 du Code civil indique que « l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité ». Il

¹ C. civ., art. 345-1, issu de la loi n° 96-604 relative à l'adoption, 5 juill. 1996

² C. civ., art. 364 et 368

apparaît alors que la solution n'est pas plus adaptée à la situation des beaux-parents : à nouveau, dans cet article, le Code civil pose la condition, aux fins d'obtention de l'exercice de l'autorité parentale, que l'adoption ait été effectuée par le conjoint du parent. Ainsi, de la même manière que pour l'adoption plénière, les couples homosexuels se sont vus, jusqu'au mois de mai 2013, dans l'impossibilité de protéger juridiquement leurs enfants, le concubin du parent biologique n'ayant pas la qualité d'adoptant.

82. Pourtant, certaines juridictions du fond¹ ont tenté d'admettre le recours à l'adoption simple de façon à instaurer un lien juridique entre l'enfant et la compagne de sa mère, l'enfant étant l'aboutissement d'un projet parental commun. La procréation médicalement assistée étant réservée aux couples hétérosexuels en France, une femme a recours à cette technique à l'étranger, puis sa compagne dépose une requête individuelle en adoption simple de façon à voir l'enfant rattaché juridiquement à ses deux parents de fait. Ce type de demande s'est développé, la législation actuelle n'offrant guère d'autre possibilité. Malheureusement, l'adoption simple de l'enfant du conjoint étant réservée aux couples mariés, l'application à un couple de même sexe entraînait l'impossibilité d'organiser le partage de l'autorité parentale, et privait ainsi la mère biologique de l'exercice de l'autorité parentale sur son enfant, alors même qu'elle ne souhaitait pas y renoncer.

B. La nécessité impérieuse d'une évolution législative

83. La Cour de cassation a fermement sanctionné ce type de tentative de la part des magistrats du fond, particulièrement dans deux arrêts de principe du 20 février 2007², en refusant de faire droit à une requête en adoption simple. La décision indique « qu'ayant retenu à juste titre que M^{me} Y, mère des enfants, perdrait son autorité parentale sur eux en cas d'adoption par M^{me} X, alors qu'il y avait communauté de vie, puis relevé que la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et qu'en l'espèce, une telle

¹ TGI Paris, 27 juin 2001, Dr. fam. 2001, comm. N° 116, obs. P. Murat ; Amiens, 14 févr. 2007, Dr. fam. 2007, comm. N° 80, obs. P. Murat

² Civ., 1^{re}, 20 fév. 2007, pourvois n° 06-15647 et 04-15676, D. 2007. 721 obs. C. Delaporte-Carré ; RTD civ. 2007. 325, obs. J. Hauser

délégation ou son partage étaient, à l'égard d'une adoption, antinomiques et contradictoires, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant, la Cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision »¹. Si la Haute juridiction a réitéré cette solution à plusieurs reprises², certains juges du fond quant à eux n'hésitent pas à assimiler le partenaire au conjoint, pour ce qui est des effets de l'adoption de l'enfant du partenaire, permettant alors un partage de l'autorité parentale entre le parent par le sang et l'adoptant³. On voit ici une illustration très claire du fossé existant entre la Cour de cassation, dont le rôle est de vérifier la bonne application des lois par les juges du fond, et ces derniers, au plus près de la société, confrontés à ses réalités.

84. La législation vient cependant d'être modifiée tout récemment, grâce à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe⁴. Ce bouleversement législatif devrait donc conduire à une importante avancée des droits du parent non biologique, de façon à harmoniser les décisions judiciaires rendues en la matière. Les couples homosexuels ayant choisi de fonder une famille bénéficient enfin de la possibilité de protéger leurs enfants au même titre que n'importe quel autre couple, grâce à la possibilité de se marier, et donc d'adopter.

85. L'arrêt *Emonet contre Suisse*⁵ rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 13 décembre 2007 était annonciateur d'une évolution législative, quand bien même cette évolution ne nécessitait pas particulièrement d'ouvrir le mariage à tous. La Cour avait en effet indiqué clairement que la différence de régime entre l'adoption de l'enfant du conjoint et l'adoption de l'enfant du concubin « n'est plus forcément pertinent(e) de nos jours et qu'il convient d'aller vers une adoption par le concubin du parent de l'enfant qui ne fasse pas perdre à ce dernier ses droits à l'égard de son enfant ».

86. Elargir le régime de l'adoption de cette manière permettrait de réellement prendre en compte l'intérêt de l'enfant au cœur du projet parental dans les familles de même sexe, mais aussi l'intérêt d'un enfant élevé dans une famille recomposée, en leur offrant

¹ Civ., 1^{re}, 20 févr. 2007, pourvoi n° 04-15676, AJ fam., 2007, p. 182, obs. F. Chénédé

² Civ., 1^{re}, 19 déc. 2007, n° 06-21.369, AJ fam. 2008. 75, obs. F. Chénédé ; Civ. 1^{re}, 9 mars 2011, n° 10-10.385, D. 2011. 876, obs. C. Siffrein-Blanc

³ TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, AJ fam. 2006. 2456, obs. F. Chénédé

⁴ Loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, 17 mai 2013, JORF n°0114, 18 mai 2013, p. 8253

⁵ CEDH, 13 déc. 2007, *Emonet c/ Suisse*, n° 39051/03, AJ fam. 2008. 76, obs. F. Chénédé

la protection juridique reconnue à tout enfant élevé par ses deux parents biologiques. Comme l'exprime très bien Mme Depadt-Sebag, « il est en effet aujourd'hui irréaliste de soutenir que le mariage constitue pour l'enfant un cadre davantage protecteur que la vie en concubinage »¹. Le Professeur Jean Hauser, à propos des couples hétérosexuels, indiquait de façon tout aussi appropriée que « l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant est désormais indifférent au mode de couple de [ses] parents »².

II. L'intérêt supérieur de l'enfant, un pis-aller dans l'octroi de la délégation-partage de l'autorité parentale

87. La délégation-partage de l'autorité parentale a été l'une des nouveautés initiées en 2002 par la loi de réforme relative à l'autorité parentale, sous l'impulsion des changements de notre société. Jusqu'alors, la délégation de l'autorité parentale trouvait son origine dans une loi du 24 juillet 1989 et correspondait à une forme d'abandon de l'enfant par ses parents. Désormais en complément de ce type de délégation³, existe donc la délégation-partage de l'autorité parentale visée à l'article 377-1 du Code civil et qui prévoit la possibilité de délégation sans perte de l'exercice. Contrairement à la délégation classique, il n'est donc aucunement question pour le parent biologique de l'enfant de s'en détacher, mais bien de permettre à un tiers de voir consacrer juridiquement le lien qui l'unit à l'enfant.

88. Cette forme de délégation apparaît donc comme un recours intéressant pour les familles homoparentales, à défaut de pouvoir jusqu'alors adopter l'enfant. Elle est également le reflet de l'évolution de la société, qui nécessite une adaptation de la législation de plus en plus rapide. La délégation est devenue un mode plus souple qu'auparavant de « gestion » de l'autorité parentale, permettant d'associer les tiers, tels les beaux-parents, à l'organisation de la vie de l'enfant.

¹ V. Depadt-Sebag, « *La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage* », D., 2011, p. 2494

² J. Hauser, observations sous Civ., 1^{re}, n° 10-10.835 (QPC) du 08 juill. 2010, RTD civ. 2010. 544

³ C. civ., art. 377

89. Cela concorde avec le souhait exprimé dans le rapport de Mme Dekeuwer-Défossez¹, et pourtant, la Cour de cassation a clairement indiqué ces dernières années que ce type de délégation ne devait pas devenir un principe, et que son octroi devait être strictement encadré (A). Face à ce positionnement en contradiction avec l'intérêt des enfants concernés, les magistrats du fond entrent de plus en plus en résistance (B).

A. La rigueur de la Cour de cassation en contradiction avec l'intérêt des enfants élevés au sein de familles homoparentales

90. La délégation résulte d'un jugement rendu par le JAF². L'article 376 du Code civil pose le principe de l'impossibilité de renoncer ou de céder l'autorité parentale, si ce n'est en vertu d'un jugement. Ainsi, les juges du fond, au premier rang desquels se trouvent les JAF, doivent une nouvelle fois se déterminer sur le sort d'enfants et de familles. Pour ce faire, ils n'ont d'autre outil que l'intérêt supérieur des enfants en question, intérêt qu'ils apprécient toujours souverainement. Tout comme en matière de résidence alternée, la tâche est ardue, et met en lumière la nécessité de voir la législation évoluer pour apporter aux enfants toute la sécurité juridique qui leur est due. La procédure entourant les demandes de partage de l'autorité parentale garantit une fois encore l'absence d'arbitraire de la part du juge puisque, à titre d'exemple, le Code de procédure civile prévoit en son article 1208 alinéa 2, que la présence du ministère public dans les instances en délégation de l'autorité parentale est obligatoire.

91. L'évolution jurisprudentielle en la matière marque en tout cas la volonté des juges du fond de voir procéder à cette modification de la législation, particulièrement depuis une importante décision de la Cour de cassation en date du 24 février 2006³ : la Cour décide que « l'article 377, alinéa 1^{er}, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ». En l'espèce, les deux femmes assumaient ensemble l'éducation des enfants de l'une d'elles. De plus, aucune

¹ F. Dekeuwer-Défossez, rapport intitulé « *Rénover le droit de la famille, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice* », 1999, La documentation française, p. 93

² C. pr. civ., art. 1202

³ Civ., 1^{re}, 24 fév. 2006, n° 04-17.090, D., 2006, obs. I. Gallmeister, 897

filiation paternelle n'avait été établie, élément que les magistrats ont retenu pour décider que cette « absence [...] laissait craindre qu'en cas d'événement accidentel plaçant la mère, astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, Mme Y... ne se heurtât à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux de Camille et de Lou ». À la suite de cet arrêt de la Cour de cassation, les JAF ont systématiquement fait droit à toutes les requêtes présentées, s'employant à donner un cadre juridique sécurisant aux familles confrontées dans leur quotidien à un certain vide législatif. La délégation-partage de l'autorité parentale était alors devenue l'outil juridique tant attendu par les tiers beaux-parents qui contribuent à l'éducation de l'enfant de leur concubin.

92. Cependant, la Cour de cassation n'avait eu aucunement l'intention, de par cette décision, de cautionner la démarche des familles en matière de délégation-partage. En effet, suite aux nombreuses décisions de JAF accueillant les demandes de délégation-partage¹, dont certaines n'exigeant plus qu'il soit rapporté l'indisponibilité de la mère², la Cour de cassation a fermement rappelé qu'elle avait posé dès 2006 des conditions strictes à cet octroi : la délégation-partage doit être justifiée par des circonstances impérieuses et être conforme à l'intérêt de l'enfant³. La Haute Cour n'a pas manqué de le rappeler dans un arrêt essentiel du 8 juillet 2010⁴ : « si l'article 377, alinéa 1^{er}, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt de l'enfant ». En l'espèce, les déplacements professionnels de la mère biologique n'étaient qu'exceptionnels, contrairement à la situation de 2006, et cette différence a paru suffisante aux magistrats pour conclure que les conditions requises pour la délégation-partage n'étaient pas remplies.

93. On pourra s'étonner d'une telle différence de traitement, qui donne le sentiment que la Cour de cassation a souhaité resserrer le cadre d'accueil des demandes de délégation-partage afin de ne pas en faire un principe. L'outil juridique offert et reconnu aux tiers

¹ TGI Paris, 28 mars 2008, n° 07/43787, AJ fam. 2008. 249, obs. F. Chénéde ; TGI Grenoble, 28 janv. 2008, n° 07/04889, D. 2009. 773, obs. F. Granet-Lambrechts

² TGI Paris, 18 sept. 2009, n° 09/34715, AJ fam. 2009. 490, obs. F. Chénéde

³ C. civ., art. 377

⁴ Civ., 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-12.623, JCP 2010. 994, note A. Gouttenoire ; D., 2011, p. 1589, obs. F. Granet-Lambrechts

beaux-parents paraît leur être repris, alors même que les textes du Code civil, fondant les décisions de la Cour de cassation aussi bien en 2006 qu'en 2010, n'ont pas été modifiés entre temps. C'est l'interprétation plus ou moins stricte de l'article 377-1 du Code civil qui fait ici toute la différence. Il semblait pourtant acquis depuis 2006 que l'absence du second parent, associée à la prise en charge effective de l'enfant par un tiers, suffisait à constituer les circonstances exigées pour l'octroi de la délégation-partage. En 2010 pourtant, tel ne fut pas le cas : la délégation-partage y est envisagée comme une mesure exceptionnelle subordonnée à des conditions particulières et strictes.

B. L'intensification de la résistance initiée par les juges du fond

94. Depuis cette décision retentissante, on a pu néanmoins constater une résistance marquée de la part des juges du fond. L'intérêt supérieur de l'enfant, critère impératif pour se déterminer face à une demande de délégation-partage, est apprécié souverainement par les juges du fond. Ces derniers ne s'y sont pas trompés et on note une recrudescence de décisions de leur part en opposition totale avec la rigueur posée par la Cour de cassation en 2010. Ainsi, certains juges du fond ont donné droit à des demandes de délégation-partage de l'autorité parentale au sein de couples de même sexe. A titre d'exemples, pour la seule année 2011, pas moins de neuf décisions ont été prises en ce sens : deux décisions du TGI de Créteil¹ allant jusqu'à prononcer deux délégation-partage croisées (chaque femme du couple ayant eu un enfant), trois arrêts de la Cour d'appel de Paris², une décision du TGI de Nanterre³, ainsi que deux autres du TGI de Paris⁴, et enfin, une décision du JAF de Bayonne⁵.

95. Chacune de ces décisions s'inscrit dans un courant pragmatique, avec pour seul but de protéger l'intérêt supérieur des enfants concernés. Il est nécessaire que la législation

¹ TGI Créteil, 24 mars 2011, n° 10/06078 et n° 10/06079, AJ fam. 2011 p. 604, obs. C. Méary

² CA Paris, 16 juin 2011, n° 10/22338, et 20 oct. 2011, n° 10/04042 et n° 11/11743, AJ fam. 2011 p. 604, obs. C. Méary

³ TGI Nanterre, 30 août 2011, n° 11/04363, AJ fam. 2011 p. 604, obs. C. Méary

⁴ TGI Paris, 23 sept. 2011, n° 11/35995 et 14 oct. 2011, n° 11/35997, AJ fam. 2011 p. 604, obs. C. Méary, décisions auxquelles il convient d'en ajouter une plus récente : TGI Paris, 21 sept. 2012, AJ fam. 2012, 550, obs. C. Siffrein-Blanc

⁵ TGI Bayonne, 26 oct. 2011, n° 11/00950, AJ fam. 2011 p. 604, obs. C. Méary

pose un cadre pour ces familles, les enfants devant être protégés par la loi au même titre que n'importe quel enfant élevé par ses deux parents biologiques. Toutes ces décisions s'inscrivent dans ce courant, comme l'illustre cet extrait de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 juin 2011 : « il ressort de l'ensemble des éléments produits que les requérantes vivent en union stable depuis près de douze ans ; que la naissance d'A... résulte d'un projet parental commun ; qu'An... profondément attachée à l'enfant contribue à tous ses besoins au sein du foyer et participe activement à son éducation ; que l'entourage familial, social, scolaire d'A... connaît les liens étroits qui existent entre elle et An..., comme en témoignent les différentes attestations versées aux débats. [...] Dès lors, il est de l'intérêt supérieur d'A..., dépourvue de filiation paternelle, que la compagne de sa mère puisse, dans le cadre juridique de la délégation-partage de l'autorité parentale, continuer d'exercer le rôle éducatif qu'elle a toujours joué auprès d'elle et notamment en cas d'impossibilité pour sa mère d'assumer son rôle parental, pour quelle que cause que ce soit ».

96. La décision rendue par le tribunal de grande instance de Bayonne le 26 octobre 2011 abonde dans ce sens puisque le tribunal, après avoir rappelé que « les requérantes exposent qu'elles vivent en concubinage et ont signé un pacte civil de solidarité au tribunal d'instance de Bayonne ; qu'elles élèvent ensemble les deux enfants qui sont soutenus par leurs familles respectives ; qu'elles sont considérées dans leur entourage comme étant le foyer parental de ces deux enfants et que cette délégation partielle d'autorité parentale est de l'intérêt de ces deux enfants », a jugé qu'« il est de l'intérêt des deux mineurs que les deux adultes présents au foyer partagent cette autorité parentale et que celle-ci étant exercée de fait conjointement, cette situation soit juridiquement consacrée ».

97. Plus récemment encore, le TGI de Paris s'est de nouveau illustré en accordant la délégation-partage de l'autorité parentale à la compagne de la mère alors que, et ce cas est inédit, le père de l'enfant est connu et qu'il exerce l'autorité parentale. C'est à l'occasion d'un jugement rendu le 22 février 2013¹ que le JAF a ainsi davantage élargi les situations d'accueil de demandes de délégation-partage de l'autorité parentale.

¹ TGI Paris, 22 févr. 2013, n° 12/35092, AJ fam. 2013, p. 232, obs. I. Gallmeister

98. Pourtant, la Cour de cassation, depuis sa décision du 24 février 2006, a posé des conditions cumulatives à l'octroi de la délégation-partage, conditions fermement rappelées par l'arrêt rendu le 8 juillet 2010 : le parent délégant doit être seul titulaire de l'autorité parentale, et vivre avec le délégataire dans le cadre d'une union stable, la délégation doit être conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et enfin, elle doit être exigée par l'existence de circonstances particulières. Or, dans sa récente décision, le TGI de Paris ne considère pas que la présence des deux parents co-titulaires de l'autorité parentale soit un obstacle à son partage avec une tierce personne.

99. Le JAF a rendu sa décision dans la lignée des décisions évoquées précédemment, en appréciant de façon très souple la condition posée par l'article 377 du Code civil. Cette condition correspond à l'exigence de circonstances impérieuses justifiant la délégation : en l'espèce, il ne relève aucune circonstance relative à d'éventuels déplacements professionnels de la mère, et se contente d'estimer que « les circonstances de l'espèce¹ justifient » l'octroi de la délégation-partage de l'autorité parentale. Le tribunal retient donc que la délégation est justifiée en ce qu'elle va permettre de « faciliter la vie quotidienne et répondre à toutes circonstances imprévisibles de la vie, en conformité avec la réalité affective et matérielle ». Une nouvelle fois, l'appréciation concrète des circonstances de l'espèce a permis au magistrat de veiller au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné, en le faisant bénéficier d'une meilleure protection juridique. Les trois personnes à l'initiative de la naissance du petit Jules peuvent donc sereinement le protéger et le prendre en charge à parts égales, comme cela devrait être le cas pour tous les enfants élevés au sein de familles homoparentales.

100. La promulgation toute récente de la loi autorisant le mariage pour les couples de même sexe, devrait désormais permettre de bénéficier de la protection plus complète de l'adoption par le parent de fait. Mais cela n'enlève rien à l'intérêt de la délégation-partage de l'autorité parentale, qui pourra toujours être demandée par des couples de concubins. Les juridictions du fond ont donc pris la mesure de la nécessité de protéger les enfants élevés dans des familles homoparentales : le seul fait de n'avoir qu'une filiation biologique maternelle (élément par ailleurs tempéré par la décision évoquée à

¹ Il s'agissait ici du fait que l'enfant est le fruit d'un « projet parental à trois » unissant les parents délégants et la compagne délégataire ; du fait que cet enfant vit depuis sa naissance avec sa mère et la compagne de celle-ci, à laquelle il est très attaché ; enfin, du fait que le père voit l'enfant un week-end sur deux et pendant les vacances

l'instant) justifie la délégation-partage de l'autorité parentale, sans avoir besoin de démontrer une indisponibilité pour raisons professionnelles de la mère. C'est bien l'intérêt supérieur de ces enfants qui est à l'origine de ce courant de décisions puisque tout enfant, quel que soit le contexte familial dans lequel il évolue, doit pouvoir être protégé par le seul outil juridique disponible jusqu'alors, à savoir la délégation-partage de l'autorité parentale.

101. Enfin, il est remarquable de constater que le ministère public ne s'oppose plus de façon systématique aux demandes de délégation-partage. Ce fut le cas, par exemple, concernant la décision rendue par le JAF de Bayonne le 26 octobre 2011. Par ailleurs il est important de relever que le représentant du ministère public a lui-même déclaré, dans l'intérêt de l'enfant, être favorable à la demande de délégation-partage dans le cadre de la décision du TGI de Paris en date du 22 février 2013.

102. L'augmentation du nombre de décisions accueillant favorablement les demandes de délégation-partage, auxquelles le ministère public ne s'est pas opposé, illustre la nécessité d'une évolution législative. Elle met également en lumière l'opposition de plus en plus forte entre les juges du fond et de la Cour de cassation, opposition très perceptible dans d'autres domaines du droit de la filiation.

PARTIE II – L'intérêt supérieur de l'enfant vecteur d'évolution et de dynamisation du droit de la filiation

103. L'intérêt supérieur de l'enfant est une notion incontournable en droit de la filiation. Mais sa souplesse et son caractère malléable, ainsi que son appréciation souveraine par les juges du fond, sont à l'origine de l'opposition très marquée entre la Cour de cassation et les autres juridictions (Chapitre 1). Cependant, cette situation problématique trouvera certainement une issue favorable sous l'impulsion des juridictions européennes, grâce à leur mise en œuvre concrète de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une notion au cœur des dissensions entre la Cour de cassation et les autres juridictions françaises et étrangères

104. Le domaine du droit de la filiation concerne régulièrement des situations transfrontalières. En effet, au-delà du cas des beaux-parents ou « quasi-parents », à traiter uniquement sur le territoire français, le droit de la filiation touche également les cas de personnes souhaitant devenir parents par l'intermédiaire d'institutions étrangères strictement encadrées, voire interdites en France : nous verrons ainsi que certains tentent d'adopter des enfants préalablement recueillis en *kafala*, quand d'autres recourent à la gestation pour autrui pourtant prohibée dans notre pays. Ces deux exemples sont révélateurs du malaise à traiter certaines situations, malaise qui engendre une opposition marquée entre la Cour de cassation et les juridictions civiles du fond (Section 1), mais également entre la plus haute juridiction civile française et les juridictions administratives (Section 2).

Section 1 : La position stricte et cristallisée de la Cour de cassation

105. Que la Cour de cassation ait à se prononcer en matière de recueils en *kafala* (I), ou en matière de gestation pour autrui (II), le constat est sensiblement identique.

I. La *kafala*, recueil légal à l'origine d'importantes dissensions entre la Cour de cassation et les juridictions du fond

106. La *kafala* est une institution traditionnelle de droit musulman, présente notamment dans les législations de l'Algérie¹ et du Maroc², afin de pallier l'interdiction d'adoption posée par les préceptes islamiques³. Cette institution est finalement assez récente puisqu'apparue dans le droit algérien en 1984, mettant fin à la pratique de l'adoption qui existait bel et bien depuis l'époque des lois coloniales⁴.

107. La prohibition de l'adoption ainsi posée dans certains pays de droit islamique est particulièrement bien respectée dans notre Code civil (A). Cela est d'autant plus étonnant lorsqu'on constate que le positionnement français en la matière ne fait que fragiliser davantage la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

A. Le verrou posé par l'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil

108. La *kafala* permet à une personne musulmane nommée *kafil* de se voir confier l'entretien d'un enfant mineur appelé *makful*, et ce de façon bénévole. Le *kafil* s'engage à éduquer et protéger cet enfant comme un père le ferait pour son propre fils. Cependant, contrairement à l'adoption, la *kafala* ne crée aucun lien de filiation, et ne rompt pas les

¹ V. article 166 du Code algérien de la famille

² V. le *dahir* (décret royal) n°1-02-172 du 13 juin 2002

³ V. les versets 4 et 5 de la sourate 33 du Coran

⁴ M. Boulénouar Azzemou, « Recueil légal (*kafala*) et droit(s) positif(s) », Dr. fam., n° 1, janv. 2009

liens de l'enfant avec sa famille d'origine lorsqu'elle est connue. En effet, le recueil légal qu'est la *kafala* peut concerner aussi bien des enfants sans filiation établie que des enfants confiés par leurs propres parents à une tierce personne, en général un autre membre de la famille. Dans ce cas, la *kafala* interviendra le plus souvent par l'intermédiaire d'un acte notarié ; autrement, un acte judiciaire en sera à l'origine.

109. L'existence d'une telle institution dans certains pays de droit musulman pose problème vis-à-vis de notre droit interne lorsque le *kafil* réside en France et souhaite adopter le *makful*, alors que la loi nationale de ce dernier l'interdit.

110. La Cour de cassation a fermement condamné toutes tentatives en ce sens à maintes occasions, comme par exemple dans deux arrêts de principe rendus le même jour¹. La Haute juridiction a ainsi cassé deux arrêts de cours d'appel qui avaient admis l'adoption simple d'enfants nés au Maroc ou en Algérie et recueillis par un couple de français dans le cadre d'une *kafala*, en se fondant sur les points communs entre *kafala* et adoption, dont l'absence de rupture de liens avec la famille d'origine. La Cour de cassation s'est en réalité contentée d'une stricte application de l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil, qui dispose que « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ».

111. Pourtant, dès la fin des années 1980, la jurisprudence de la Cour de cassation² tolérait la transformation des *kafalas* en adoption, et les autorités marocaines ou algériennes n'y voyaient pas d'inconvénient. Mais la loi du 6 février 2001³, dont est issu l'article 370-3 alinéa 2, est venue poser une règle bien plus sévère, combattant ainsi la jurisprudence comme le souligne M. le Professeur Pierre Murat⁴ : « Ce texte ôte aux juges la possibilité de statuer au cas par cas. L'article contient un principe – « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution » – et une exception pour le cas où le mineur est né et réside habituellement

¹ Civ., 1^{re}, 10 oct. 2006 (deux arrêts), JCP 2006, II. 10072, comm. M. Farge ; Defrénois 2007, p. 307, obs. J. Massip

² Arrêt *Torlet*, Civ., 1^{re}, 7 nov. 1984, D., 1985. Jur. 459, note E. Poisson-Drocourt ; Defrénois 1984, art. 33781, n° 80, note J. Massip ; arrêt *Pistre*, Civ., 1^{re}, 31 janv. 1990, JCP 1991. II. 21635, note H. Muir Watt ; arrêt *Moreau*, Civ., 1^{re}, 1^{er} juill. 1994, RCDIP 1994. 654, note H. Muir Watt et arrêt *Fanthou*, Civ., 1^{re}, 10 mai 1995, D., 1995. Jur. 544, note V. Larribeau-Terneyre

³ Loi n° 2001-111 relative à l'adoption internationale, 6 févr. 2001, JORF n°33, 8 févr. 2001 page 2136

⁴ P. Murat, Dr. fam. n° 1, janv. 2009, numéro spécial « *La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala* », dossier 8 « *Le refus de la transformation en adoption* »

en France. Les critères de l'exception qui ouvrent la possibilité d'une adoption sont assez objectifs – naissance et résidence habituelle en France – et sont cumulatifs, si bien que le système ne laisse au juge aucun pouvoir d'appréciation ».

112. C'est bien la raideur du texte et l'application à la lettre qu'en fait la Cour de cassation qui porte à se questionner sur l'opportunité d'une telle solution, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant : est-ce vraiment s'assurer que cet intérêt est préservé lorsqu'on décide d'empêcher son adoption pour un tel motif, alors même qu'il vit en France depuis sa plus tendre enfance, élevé par des époux français d'origine algérienne ? Est-ce vraiment assurer le respect de l'intérêt d'un enfant abandonné et sans filiation connue que de lui refuser toute possibilité d'adoption ?

B. Une solution à l'encontre de la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant

113. On peut douter que la position de la Cour de cassation aille dans le sens de la sauvegarde de l'intérêt supérieur des enfants, et les commentateurs des décisions rendues par la Cour ne s'y sont pas trompés¹. De même, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence rendait dans le courant du même mois une décision contraire au principe rappelé par notre plus haute juridiction civile². Elle prononçait une adoption simple, fondée sur l'intérêt et la protection de l'enfant contre les discriminations, principes contenus dans la CIDE. Les juges du fond ont porté une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant en l'espèce, et c'est véritablement l'aspect concret de la résidence depuis son plus jeune âge d'un enfant sur le sol français, dans une famille « adoptive » où son intégration était parfaitement réussie, qui rendait l'application de l'article 370-3 du Code civil improbable et contestable. Cette décision montre d'ailleurs que le seul critère de la résidence de l'enfant en France depuis un certain temps devrait permettre de dépasser l'interdiction d'adoption de la loi nationale de l'enfant. Lorsqu'une telle situation est déjà constituée, et qui plus est que l'enfant a été abandonné, on voit mal comme son intérêt supérieur pourrait être mieux protégé qu'en bénéficiant dans son

¹ Par ex. AJ fam. 2006. 33, obs. A. Boiché ; JCP 2007, I, 170., obs. J. Rubellin-Devichi

² CA Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, JCP 2007, II, 10073, obs. A. Verdot ; CA Limoges, 1^{er} oct. 2007 : Juris-Data n° 2007-350320, cassé par Civ., 1^{re}, 9 juill. 2008, Dr. fam. 2008, comm. 133, note M. Farge ; Defrénois 2008, p. 2181, note M. Révillard

milieu d'éducation du statut le plus stable et le plus protecteur qui soit, c'est-à-dire l'adoption.

114. Mais, peut-être plus grave encore, il faut noter que notre système français de réception de la *kafala* ne comporte aucune mesure de contrôle des obligations qui en découlent : en effet, le *kafil* s'engage, de façon bénévole, à entretenir, éduquer et protéger le *makful* comme s'il s'agissait de son propre enfant, ce qui est loin d'être anodin. Malgré cela, la loi française n'a aucunement prévu de garantir le respect de ces obligations pourtant fondamentales, et place l'enfant dans une situation telle qu'il bénéficie d'une protection bien inférieure à celle qui lui est pourtant due, et qu'il obtiendrait très facilement par la simple adoption. Il est donc permis de s'interroger sur le bien-fondé d'une telle prohibition française qui engendre une réelle discrimination à l'égard des enfants recueillis en *kafala* qui n'ont malheureusement pas eu la chance de naître sur le sol français, et n'auront donc pas le droit d'être adopté, alors même que leur intérêt supérieur le commande.

115. L'évolution nécessaire de notre législation en la matière se pose d'autant plus que la France est à ce jour l'unique pays européen à avoir posé un principe prohibitif aussi sévère¹, et que la résistance des juges du fond se fait de plus en plus importante. Cette résistance s'exprime par des tentatives de contournement de la prohibition posée, grâce au droit de la nationalité et à l'article 21-12 du Code civil, qui indique que « peut [...] réclamer la nationalité française [...] l'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ». L'extranéité de la situation ayant disparu à compter de cinq années passées en France, l'enfant initialement recueilli en *kafala* pourrait donc être adopté, sans qu'il ne soit plus question de sa loi d'origine ou d'une quelconque prohibition en droit français. Ce contournement n'est pas constitutif d'une fraude, comme l'a confirmé une réponse ministérielle en date du 21 août 2008² : « dès lors qu'un enfant a été élevé pendant cinq ans en France par des français, la nationalité française peut lui être accordée, selon les conditions fixées par l'article 21-12 du Code civil. La loi française lui étant alors applicable, l'enfant devient adoptable. L'utilisation du droit de la nationalité permet finalement d'aboutir à

¹ V. ce chapitre, section 2, II

² Réponse ministérielle n° 3811, JO déb. Sénat, p. 1698, 21 août 2008, AJ fam. 2008, Actu 315, cité par A. Boiché, « Les enfants recueillis par *kafala* originaires de pays prohibant l'adoption ne peuvent faire l'objet d'une adoption en France », AJ fam., 2008, p. 394

l'adoption, à simple condition de patience, et après recueil du consentement des titulaires de l'autorité parentale (ce qui pose encore un autre problème lorsque l'enfant recueilli en *kafala* n'a pas de lien familial d'origine connu).

116. Tout cela rend la prohibition d'autant plus étrange et difficile à justifier : en effet, elle n'est liée qu'à l'ordre chronologique des événements (l'acquisition de la nationalité puis l'adoption est possible, mais pas l'inverse), sachant qu'en tout état de cause, elle disparaîtra à la majorité du *makful*, qui pourra alors faire l'objet d'une adoption simple de la part de son *kafil*. On peut donc légitimement s'interroger comme Mme Salvage-Gerest : « Quel sens a une interdiction qui ne dure que le temps pendant lequel l'enfant aurait le plus intérêt à ce qu'elle n'existe pas ? »¹.

II. La gestation pour autrui, symbole de la confrontation entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant

117. En la matière malheureusement, le sort des enfants nés grâce à une gestation pour autrui n'est pas plus heureux que celui des enfants recueillis en *kafala*, puisqu'ils ne bénéficient d'aucune protection de la part du droit français. Il faut dire que peut-être plus encore que pour les *makfuls*, ils se retrouvent confrontés à la notion d'ordre public visée par le droit français. Ainsi, l'article 16-7² du Code civil prohibe-t-il les contrats de gestation et de procréation pour autrui (GPA et PPA), de façon très stricte puisque cet article est d'ordre public³.

118. Par la loi de bioéthique de 1994 relative au respect du corps humain⁴, le législateur a voulu enterrer toutes les pratiques de gestation pour autrui qui avaient pu être mises en œuvre auparavant, comme dans le cadre de l'affaire « *Alma Mater* »⁵, agence privée dont l'activité consistait à mettre en relation des couples avec des gestatrices, moyennant rémunération. Il est d'ailleurs remarquable de constater que le texte de

¹ P. Salvage-Gerest, D., 2007, spéc. n° 224-32, p. 681

² Article issu de la loi n° 94-653 relative au respect du corps humain du 29 juill. 1994 : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »

³ C. civ., art. 16-9 issu de la loi n° 94-653 du 29 juill. 1994 : « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. »

⁴ Loi n° 94-653 relative au respect du corps humain, 29 juill. 1994, JORF n°175, 30 juill. 1994, p. 11056

⁵ Cass., ass. plén., 31 mai 1991, JCP 1991, II, 21752, obs. F. Terré

l'article 16-7 du Code civil est directement tiré des motifs de l'arrêt de cassation dans l'intérêt de la loi en date du 31 mai 1991. La lutte contre toute forme de trafic est tout à fait louable, cela va sans dire, mais en la matière, la volonté du législateur de lutter contre le tourisme procréatif a abouti à l'impossibilité de pouvoir débattre et réfléchir sur le sujet.

119. La jurisprudence de la Cour de cassation concernant la gestation pour autrui a, dès lors, scrupuleusement veillé au respect de l'article 16-7 du Code civil. Elle s'est ainsi retranchée derrière son caractère d'ordre public interne pour empêcher toute forme d'évolution législative, malgré la résistance des juges du fond (A). Cela a conduit à desservir l'intérêt supérieur des enfants nés de mère porteuse, qui se retrouvent dans une position de grande vulnérabilité comme avaient pu l'être en leur temps les enfants adultérins (B).

A. L'applicabilité directe de la Convention de New-York au service de la sauvegarde de l'intérêt supérieur des enfants nés de mère porteuse

120. La position constante de la Cour de cassation peut s'avérer regrettable pour les enfants issus d'une gestation pour autrui, qui se voient systématiquement refuser la transcription de leur acte de naissance valablement obtenu à l'étranger sur les registres de l'état civil français. Malgré tout, une lueur d'espoir est née pour les familles concernées, avec l'admission par la Cour de cassation de l'effet direct de la CIDE¹. Suite à cette reconnaissance, les juridictions du fond ont régulièrement fait usage de l'article 3-1 de la Convention, avec pour souci dans leurs décisions de considérer comme primordial, l'intérêt supérieur de l'enfant en cause. Une affaire illustre parfaitement bien cette situation, avec d'une part la Cour de cassation qui reste ancrée dans le respect à la lettre de l'article 16-7, et d'autre part, les juridictions du fond. En effet, celles-ci, malgré le caractère d'ordre public de cet article, y opposent de plus en plus souvent l'intérêt supérieur de l'enfant.

121. L'affaire en question, véritable roman-fleuve de la jurisprudence civile, concerne la famille Mennesson. Le couple parental, ne pouvant avoir d'enfants du fait de l'infertilité

¹ Civ., 1^{re}, 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20613, D., 2005, note V. Egéa

de Madame, a décidé d'avoir recours au service d'une mère porteuse dans l'Etat de Californie, où cette démarche est légale. Les jumelles du couple naissent ainsi le 25 octobre 2000. Voilà donc maintenant près de 13 ans que leurs parents essaient d'obtenir, sans succès, la transcription des actes de naissance obtenus régulièrement aux Etats-Unis. Cette affaire est remarquable d'un point de vue juridique, puisqu'elle est loin de faire consensus entre les juridictions du fond et la Cour de cassation : elle pose véritablement le doigt sur la difficulté de concilier la notion d'ordre public interne avec les législations étrangères qui autorisent parfois ce que notre droit national interdit. Elle est hélas également remarquable d'un point de vue purement humain, puisqu'elle illustre toute la détresse de cette famille, ainsi que celle de toutes les familles ayant recours à la GPA à l'étranger de façon légale.

122. Dans un premier temps, l'affaire fit grand bruit avec la décision de la Cour d'appel de Paris qui, le 25 octobre 2007, utilisait la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour passer outre le caractère d'ordre public de l'article 16-7 du Code civil, et indiquait que « la non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes civils indiquant leur lien de filiation »¹. Les magistrats du fond ont donc été sensibles à la situation concrète vécue par les jumelles, et ont estimé qu'il fallait donner effet à la convention de mère porteuse, en contrariété avec le droit français, afin de ne pas priver les enfants d'un lien de filiation.

123. Cette décision a été diversement accueillie, mais certains commentateurs lui ont trouvé le mérite de ne pas « punir » les enfants de la transgression commise par leurs parents². Malheureusement, cet arrêt fit l'objet d'une cassation le 17 décembre 2008³. La Cour de cassation ne se prononça que sur l'intérêt à agir du ministère public, laissant le soin à la cour de renvoi de se prononcer sur le sort réservé aux actes d'état civil des enfants. En jugeant que le ministère public justifiait bien d'un intérêt à agir, la Cour de cassation a ici veillé à la protection de l'ordre public face à la poussée du fait accompli devant lequel elle refuse de céder. On ne peut pas lui reprocher d'être la gardienne des exigences de l'ordre public, néanmoins il serait souhaitable de trouver des

¹ CA Paris, 25 oct. 2007, D., 2007, AJ 2953, obs. F. Luxembourg

² M. Bandac, G. Delaisi de Perseval et V. Depadt-Sebag, « *Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ?* », D., 2008, p. 434

³ Civ., 1^{re}, 17 déc. 2008, D., 2009, AJ 166, obs. V. Egéa

aménagements pour concilier cela avec une situation juridique sécurisante pour les enfants nés d'une gestation pour autrui, ce qui n'est absolument pas le cas en l'état de notre droit positif. D'autant qu'en l'espèce, la filiation établie par l'Etat de Californie l'a été sur la base d'un jugement en date du 12 juillet 2000, et non d'après une convention de gestation pour autrui, que seule prohibe pourtant l'article 16-7 du Code civil.

124. Le 18 mars 2010, la Cour d'appel de Paris, autrement constituée, revenait sur sa propre jurisprudence¹, en affirmant le caractère indissociable des actes de l'état civil litigieux avec la décision américaine qui en constitue le soutien. La cour de renvoi a donc été amenée à étudier les trois conditions de reconnaissance en France des décisions étrangères², au titre desquelles figure la contrariété à l'ordre public. Sur la base des articles 16-7 et 16-9 du Code civil, la cour a annulé la transcription des actes de naissance américains. Cette fois, l'intérêt supérieur de l'enfant ne suffit pas à s'opposer à la notion d'ordre public. L'arrêt affirme que « les notions qu'ils [les demandeurs] invoquent, en particulier celle de l'intérêt supérieur de l'enfant, ne sauraient permettre en dépit des difficultés concrètes engendrées par une telle situation, de valider a posteriori un processus dont l'illicéité, consacrée par le législateur français à la suite du juge, ressortit, pour l'heure, au droit positif ». Les magistrats du fond refusent donc à leur tour la logique du fait internationalement accompli, sans aucune prise en compte de la situation concrète des enfants.

B. Le sort commun réservé aux enfants nés de mère porteuse et aux anciens enfants adultérins

125. Ne serait-il donc pas envisageable de dissocier le sort réservé au contrat illicite du statut des enfants issus d'une gestation pour autrui ? La question est d'autant plus embarrassante quand il ne s'agit pas d'un contrat mais d'une décision de justice légalement obtenue : peut-on priver un enfant d'une partie de sa filiation, voire de sa filiation toute entière, ainsi que de la nationalité française alors même qu'un pays étranger lui permet légitimement d'en revendiquer le bénéfice ? Certains auteurs y

¹ CA Paris, 18 mars 2010, RG n° 09/11017, V. Avena-Robardet, « *Nées d'une mère porteuse* », AJ fam., p. 147

² Depuis l'arrêt de principe *Cornelissen* (Civ., 1^{re}, 20 fév. 2007, RCDIP 2007. 420, note B. Ancel et H. Muir-Watt), le juge français ne contrôle plus la loi appliquée par le juge étranger.

voient très justement une comparaison des plus regrettables avec le sort réservé pendant longtemps aux enfants adultérins¹, privés de filiation à l'égard du parent marié, ou privés de droit si cette filiation était établie.

126. Or, l'évolution législative en la matière a effectivement permis de dissocier la transgression des parents du sort de leur enfant, afin de protéger l'intérêt de ce dernier². On ne voit donc pas pourquoi cette évolution ne serait pas transposable à la situation des enfants nés d'une gestation pour autrui, qui ne sont pas plus responsables que les anciens enfants adultérins des circonstances de leur naissance. De plus, on peut s'interroger sur la légitimité concrète du refus actuel de réglementer la pratique de la gestation pour autrui, pratique pourtant de plus en plus répandue, légale ou tolérée dans des pays étrangers facilement accessibles. Le législateur ne pourra continuer indéfiniment d'ignorer la nécessité impérieuse de réglementer cette institution controversée, mais pourtant bien réelle. Ce serait alors le moyen d'éviter les dérives et d'encadrer strictement la pratique, mais également de protéger efficacement l'intérêt supérieur des enfants qui en sont issus, et qui ont le droit de mener une vie familiale sereine et juridiquement sécurisante.

127. Une légère et timide avancée a tout de même eu lieu récemment, avec la circulaire dite « circulaire Taubira » en date du 25 janvier 2013³. Elle vise à l'acceptation par les tribunaux des demandes de délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés de mère porteuse à l'étranger. Il faut saluer cette avancée indéniable pour les enfants concernés et à qui on ne reconnaissait pas la nationalité française, pourtant nationalité de leurs parents. Les réactions excessives que cette circulaire a provoquées sont infondées puisqu'il n'est pas question ici d'une quelconque modification de la législation en matière de gestation pour autrui. Simplement, cela évitera à l'avenir que la délivrance de ces certificats ne soit soumise à la seule volonté, ou subjectivité, des tribunaux. Comme l'a indiqué le cabinet de Mme Taubira, la circulaire « ne concerne pas la transcription des actes d'état civil étrangers sur le registre d'état civil français ». Il ne

¹ P. Lagarde, Civ., 1^{re}, 17 déc. 2008, RCDIP, 2009, p. 320

² Loi n° 72-3 sur la filiation, 3 janv. 1972, JORF n°0003, 5 janv. 1972, p. 145 ; loi n° 75-617 portant réforme du divorce, 11 juill. 1975, JORF n°0161, 12 juill. 1975, p. 7171

³ Mme la Garde des Sceaux Ch. Taubira, circulaire n° CIV/02/13, JUSC 1301528C, D. Actualité, 31 janv. 2013

s'agit donc bien que d'une reconnaissance de nationalité, et non de la reconnaissance d'une filiation.

128. L'évolution législative en tant que telle n'est donc toujours pas à l'ordre du jour, et le sort des jumelles Mennesson n'a pas encore connu d'issue heureuse. En effet, les magistrats de la Cour de cassation ont clairement réaffirmé leur position en matière de gestation pour autrui en rendant trois arrêts de principe le 6 avril 2011, dont l'un concernait les jumelles¹. Selon la Cour, et « en l'état du droit positif » (formule qui nous ramène une nouvelle fois vers l'extrême urgence d'une intervention législative en la matière), il est contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour autrui, qui fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public. La Cour de cassation abonde dans le sens de l'arrêt de renvoi du 18 mars 2010, tentant même de se mettre à l'abri d'une éventuelle condamnation au niveau européen, en prenant la précaution de préciser qu'il n'y a là aucune atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, non plus qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention de New-York, puisque les jugements américains restent valables pour les enfants sur le sol américain.

129. Ces décisions sont d'autant plus retentissantes que l'avis de M. Marc Domingo², avocat général, avait préconisé la cassation. Son avis avait alors porté les espoirs des familles concernées, qui ont cru, à tort, que le moment était venu pour la Cour de cassation de faire évoluer sa position en matière de gestation pour autrui. L'avocat général représente la société, et s'il lui semble bienvenu que l'intérêt supérieur de l'enfant prime sur l'offense à l'ordre public que génèrerait la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres français, c'est bien le signe d'un questionnement de la société et d'une évolution souhaitable. Le fait que la plus haute juridiction civile ne suive pas cet avis marque une nouvelle fois, et peut-être davantage encore qu'auparavant, la volonté farouche de la Cour de ne pas vouloir prendre en

¹ F. Chénédé, « *Conventions de mère-porteuse : la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif* », AJ fam. 2011, p. 262, à propos des trois arrêts : Civ., 1^{re}, 6 avr. 2011, pourvoi n° 09-66486, époux X c/ proc. gén. CA Paris ; pourvoi n° 09-17130, époux Y c/ proc. gén. CA Douai ; pourvoi n° 10-19053, D. M. et a. c/ proc. gén. CA Paris (cette 3^{ème} espèce concerne l'affaire *Mennesson*)

² Avis de M. l'avocat général M. Domingo, Gaz. Pal., 12 mai 2011, n° 132, p. 13

considération l'intérêt concret des enfants concernés, qui ne sont en rien responsables de leur situation.

130. Les risques de dérive et d'exploitation du corps humain existent hélas, c'est certain, mais cadénasser ainsi la situation revient à discriminer les enfants issus d'une gestation pour autrui, dont les droits ne sont pas équivalents à ceux de tout enfant *lambda*. Alors même que l'ordonnance du 4 juillet 2005¹ et la loi qui lui a fait suite ont voulu l'égalité entre toutes les filiations, ces enfants ne sont rien d'autres que les nouveaux enfants adultérins. M. le Professeur Pierre Murat, cité par M. Domingo dans son avis², illustre parfaitement cette discrimination : « d'un côté l'ordre public n'est pas un vain mot et il y a de sérieuses raisons pour penser qu'il nous protège contre une exploitation des corps et une disponibilité du lien de filiation profitant à des intermédiaires louches... mais d'un autre côté l'intérêt concret de l'enfant ne peut pas non plus être ignoré. Maintenir l'enfant né d'une gestation pour autrui dans l'absence de lien juridique avec celle qui l'élève et est parfois... sa génitrice, c'est priver cet enfant d'un droit que l'on reconnaîtrait à tout autre : celui de vouloir consacrer par le droit une situation de fait effective présentant des caractéristiques équivalentes à celles qui résulteraient de l'engendrement ». Et cet auteur d'ajouter : « la volonté de lutter contre l'exploitation des femmes ne doit pas faire tomber dans un droit policier qui conduirait à parquer les enfants nés d'une gestation pour autrui dans un état civil atypique, dérogatoire et minorant ». Il est impératif de protéger les enfants qui existent, sans ajouter une injustice à leur situation déjà compliquée et dont ils ne sont pas responsables. Il est également impératif que le législateur s'empresse de modifier la loi pour encadrer la gestation pour autrui, afin d'apporter une sécurité juridique cohérente aux enfants qui pourraient en être issus à l'avenir.

¹ B. Weiss-Gout, Gaz. Pal., 26 mai 2011, n° 146, p. 7

² Avis de M. l'avocat général M. Domingo, Gaz. Pal., 12 mai 2011, n° 132, p. 13, citation de P. Murat (note 51)

Section 2 : La position pragmatique du Conseil d'Etat et des législations étrangères

131. Il est remarquable de constater que la position de la Cour de cassation n'est pas seulement opposée à celle des juges du fond, mais également à celle du Conseil d'Etat (I). Le constat est tout aussi édifiant lorsqu'on observe la position pragmatique adoptée par les législations étrangères (II).

I. L'interprétation *in concreto* par le Conseil d'Etat moteur de la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant

132. La question de Mme Salvage-Gerest, qui se demandait « quel sens a une interdiction qui ne dure que le temps pendant lequel l'enfant aurait le plus intérêt à ce qu'elle n'existe pas ? », se pose d'autant plus que les juridictions civiles du fond ne sont pas les seules à privilégier une appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant dans leurs décisions. Les juridictions administratives, et plus particulièrement le Conseil d'Etat, font preuve de la même bienveillance en ce qui concerne les décisions, tant en matière de *kafala* (A), qu'en matière de gestation pour autrui (B).

A. La souplesse d'interprétation des notions de vie familiale et d'ordre public au service de l'intérêt supérieur du *makful*

133. Afin d'illustrer ce propos, il est nécessaire de s'écarter quelques instants du droit de la filiation *stricto sensu* pour s'intéresser à la procédure de regroupement familial au bénéfice d'un enfant ayant fait l'objet d'une *kafala*, procédure qui met en jeu l'intérêt supérieur de ce dernier.

134. En effet, le Conseil d'Etat aborde la question de la *kafala* sous un angle différent des juridictions civiles car il s'agit pour lui de répondre à la question concrète de savoir si l'enfant qui a été accueilli dans ce cadre par des résidents français ou des étrangers

vivant en France doit bénéficier d'un visa pour les rejoindre. On constate alors que le Conseil d'Etat est bien plus pragmatique que la Cour de cassation, tant dans sa perception de la notion de vie familiale, qu'en ce qui concerne sa conception de l'atteinte à l'ordre public.

135. Concernant la notion de vie familiale, le Conseil d'Etat a considéré, en se fondant sur l'article 8 de la CESDH, qu'un préfet ne saurait refuser la demande de regroupement familial au bénéfice d'un enfant ayant fait l'objet d'une *kafala*, même si celle-ci n'instaure aucun lien de parenté, lien pourtant normalement exigé par la loi pour permettre le regroupement familial¹. Le Conseil d'Etat a également visé l'article 3-1 de la CIDE, et a ainsi fait prévaloir une conception concrète de la vie familiale, en insistant sur la réalité des liens qui unissent les intéressés. La Haute juridiction administrative avait déjà visé cet article en 1997, dans l'arrêt *Cinar*², pour permettre à un enfant, au nom de son intérêt supérieur, de rester en France avec sa mère, alors même que la loi du 24 août 1993 en vigueur à l'époque prévoyait le rejet des demandes de regroupement familial lorsque les intéressés résidaient déjà sur le territoire national.

136. Tout en appréhendant la *kafala* dans son sens exact, c'est-à-dire comme une institution non créatrice de lien de filiation, le Conseil d'Etat adapte donc la notion de vie familiale, afin de s'assurer du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné par le regroupement familial demandé. En ne limitant pas la notion de vie familiale à l'existence d'un lien biologique ou juridique, le Conseil d'Etat adopte le même raisonnement que la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle la vie familiale affective peut exister sans lien de parenté³. La dimension sociologique revêt ici une importance fondamentale, et met en avant l'intensité des liens existant entre les intéressés pour rendre une décision. Alors même que le Conseil d'Etat affirme « qu'un acte de *kafala* ne crée aucun lien de filiation et n'emporte, par suite, aucun droit particulier à l'accès de l'enfant sur le territoire français »⁴, ou encore que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas être « présumé et doit être établi au cas par cas »⁵, il est remarquable qu'il privilégie malgré tout une approche bien plus pragmatique que

¹ CE, 23 mars 2004, *Ministère des affaires étrangères c/Mme Naïma et Mme Fatima* (deux arrêts), Dr. fam. 2004, comm. n° 170, obs. M. Farge et N. Taouli ; D., 2005, p. 129, obs. F. Boulanger

² CE, 22 sept. 1997, JCP 1998. II. 10051, obs. A. Gouttenoire

³ Arrêt *Marckx c/ Belgique*, GACEDH, 4^e éd., 2007, comm. n° 49

⁴ CE, 29 déc. 2006, n° 284467, 2^eme sous-section jugeant seule, inédit au Recueil Lebon

⁵ CE, 22 fév. 2013, n° 330211, publication à venir dans le Recueil Lebon

celle de la Cour de cassation. Ainsi, même si la seule existence d'une *kafala* ne suffit pas à justifier l'octroi du regroupement familial, il pourra cependant être accordé, après examen concret de l'espèce. Quand le Conseil d'Etat rappelle encore très récemment¹ que l'intérêt supérieur de l'enfant doit seul guider la décision d'autoriser ou non l'enfant à vivre auprès de la personne à laquelle il a été confié par la *kafala*, quand l'un et l'autre ne demeurent pas dans le même pays, nous sommes bien loin du raisonnement strictement objectif imposé par l'article 370-3 du Code civil, et appliqué à la lettre par la plus haute juridiction civile, sans aucune prise en compte de la dimension sociologique de la situation en cause.

137. L'appréciation *in concreto* de l'espèce par le Conseil d'Etat est également perceptible en ce qui concerne la notion d'ordre public : en effet, les autorités consulaires ne peuvent pas refuser un visa si le préfet a autorisé, dans le cadre d'un regroupement familial, la venue en France d'un étranger recueilli en *kafala*, sauf si le refus est fondé sur des motifs d'ordre public. Or, le Conseil d'Etat n'accepte pas comme motif d'ordre public l'intérêt supérieur de l'enfant, et ce, d'après une jurisprudence constante², pas plus que la prohibition de l'adoption dans la loi nationale d'origine.

138. La Haute juridiction administrative, pour se déterminer ainsi, considère que l'enfant doit être regardé comme ayant fait l'objet d'une adoption, au sens des dispositions applicables sur le sol français³. On voit ici toute la latitude d'action que se laisse le Conseil d'Etat pour rendre sa décision : c'est l'appréciation concrète de la situation qui lui permettra d'annuler ou non un refus de visa. Cela a permis à la Haute juridiction administrative, dans certains cas, de refuser l'annulation⁴ car les requérants n'apportaient aucune précision, ni sur les conditions de vie de l'enfant au Maroc, ni sur les démarches qu'ils auraient entreprises pour donner force exécutoire en France à la décision de *kafala*. Mais c'est ce qui lui a également permis, d'autres fois, de prononcer l'annulation du refus de visa pour atteinte disproportionnée aux droits des requérants⁵. Cela fut le cas par exemple lorsque l'enfant recueilli en *kafala* n'avait aucune attache

¹ V. note préc.

² Par ex. : CE, 29 juin 2006, n° 281396 ; CE, 4 mai 2007, n° 284699, *Mme A. et M. et Mme B.* ; CE, 11 juill. 2007, n° 268164, *M. et Mme A.*

³ CE, 8 juin 2005, n° 221774

⁴ CE, 6 mars 2006, n° 290470

⁵ CE, 26 janv. 2006, n° 274934

familiale dans son pays d'origine, et que les époux français requérants étaient agréés en vue de l'adoption d'un enfant.

139. Le Conseil d'Etat se prononce finalement en considérant le double aspect de l'intérêt supérieur de l'enfant : d'une part, il se fonde sur une approche abstraite de cet intérêt pour poser une présomption selon laquelle l'enfant recueilli en *kafala* doit vivre auprès de ceux qui l'ont recueilli¹ (quand bien même la récente décision précitée en date du 22 février 2013 tempère cette présomption) ; d'autre part, il réalise une approche concrète de l'intérêt de l'enfant concerné, qui lui permet de renverser la présomption initiale, s'il est démontré que les conditions d'accueil en France sont contraires à son intérêt. Le Conseil d'Etat exerce donc un contrôle sur l'appréciation par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant, contrôle qui aboutit à faire primer les liens établis dans le cadre de la *kafala* sur les liens de l'enfant avec ses parents d'origine², sous réserve de la réelle capacité du *kafil* à prendre en charge l'enfant³.

140. L'intérêt supérieur de l'enfant apparaît donc comme une préoccupation fondamentale dans les décisions rendues par les juridictions administratives s'agissant de la *kafala*, et cela, de manière plus prégnante que pour la Cour de cassation. Il serait donc souhaitable que la plus haute de nos juridictions civiles puisse apporter à ses décisions la souplesse que son homologue administratif a su intégrer dans ses réflexions sur le sujet délicat du regroupement familial. Il y va de l'intérêt concret des enfants concernés, qui ne peuvent se satisfaire d'un texte de loi trop rigide et qui dessert véritablement leur intérêt. Le respect de notre ordre public ne sera pas mis à mal par la possibilité pour des enfants d'être mieux protégés.

141. Quant à l'ordre public du pays d'origine, il ne peut bien évidemment être ignoré, mais la réception par notre droit d'institutions de droit étranger, telle que la *kafala*, devrait amener le législateur à assouplir sa position en la matière, pour que l'intérêt supérieur des enfants ne soit pas bafoué au seul motif de la préservation d'un ordre

¹ « L'intérêt de l'enfant est en principe de vivre auprès de la personne qui en vertu d'une décision de justice qui produit des effets juridiques en France, est titulaire à son égard de l'autorité parentale » : cette formule revient dans de nombreux arrêts, dont : CE, 3 févr. 2001, n° 333835 ; CE, 11 mars 2011, n° 324071 ; 19 avr. 2011, n° 332231 et n° 336681

² En ce sens : CE, 30 mars 2011, n° 334553 et n°337795

³ Dans le sens de l'approbation d'un refus de visa : CE, 11 mars 2011, n° 324071 : les ressources très modestes des époux bénéficiaires de la *kafala* n'étaient pas suffisantes pour accueillir l'enfant dans de bonnes conditions.

public par ailleurs déjà écarté par les autres pays de l'Union européenne. Il est tout à fait compréhensible dans l'absolu que le droit international privé français soit respectueux de toute législation étrangère ; cela s'entend moins lorsqu'un enfant marocain ou algérien sans filiation connue est remis à un *kafil* français, par qui il sera élevé en France, et dont les liens avec son pays d'origine seront infiniment réduits.

B. La primauté donnée par le Conseil d'Etat à l'intérêt supérieur de l'enfant issu de mère porteuse sur les considérations d'ordre public

142. En ce qui concerne la gestation pour autrui, le contraste entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat est tout autant saisissant : en effet, tout comme pour l'institution de la *kafala*, la juridiction administrative fait clairement primer l'intérêt supérieur de l'enfant dans son acception concrète. On perçoit alors toute l'importance du respect de la Convention internationale des droits de l'enfant que le Conseil d'Etat s'emploie à privilégier. Ainsi a-t-il indiqué, dans une ordonnance rendue en référé le 4 mai 2011¹, que « la circonstance que la conception de ces enfants par M. A et Mme C aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français, serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation faite à l'Administration par les stipulations de l'article 3-1 CIDE, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant »².

143. Moins d'un mois après les arrêts de principe du 6 avril 2011 rendus par la Cour de cassation, le Conseil d'Etat rend donc une décision diamétralement opposée à ceux-ci, faisant primer l'intérêt supérieur de l'enfant sur la sacro-sainte notion d'ordre public. Certes, cette ordonnance ne concerne que la délivrance d'un document de voyage, et ne se penche pas sur les effets de l'acte de naissance étranger en France, qui relèvent des tribunaux de l'ordre judiciaire. Néanmoins, la réflexion juridique suivie par le Conseil d'Etat devrait inciter les magistrats de la Cour de cassation à reconsidérer leur propre positionnement en la matière. Comme évoqué précédemment, la Cour de cassation qui

¹ CE, 04 mai 2011, ordonnance en référé n° 348778, *Ministère d'Etat, ministre des affaires étrangères et européennes*, comm. A. Gouttenoire, *L'essentiel du droit de la famille et des personnes*, Lextenso, 20 nov. 2011, 0715 n° 7 p. 3

² V. note préc.

reconnaît l'applicabilité directe de la Convention de New-York devrait donc, au même titre que le Conseil d'Etat, s'employer à privilégier l'intérêt supérieur des enfants, le seul moyen d'y parvenir étant de considérer cet intérêt dans son aspect concret.

144. D'ailleurs, c'est la notion même d'intérêt supérieur de l'enfant qui rend l'ordonnance du Conseil d'Etat assez remarquable, car si elle est souvent invoquée, il est très rare que cette notion fonde l'admission du référé-liberté¹. C'est dire à quel point le Conseil d'Etat estime que la considération apportée à l'intérêt supérieur de l'enfant est incontournable dans les décisions de justice, et doit impérativement leur servir de fondement.

145. Malgré tout, il faut admettre que les décisions du Conseil d'Etat ne sont pas totalement uniformes, ce qui une nouvelle fois dénonce la nécessité d'une rapide intervention législative pour définitivement clarifier les choses, et apporter une réelle sécurité juridique aux enfants nés de mère porteuse. Ainsi, un arrêt rendu le 8 juillet 2011² se situe davantage dans le prolongement de la position de la Cour de cassation, dans le sens où le Conseil d'Etat a annulé l'ordonnance prise par le tribunal administratif sans rechercher l'intérêt supérieur de l'enfant concerné. Mais il faut relativiser la portée de cet arrêt, car ce sont surtout les contradictions et les incertitudes de l'espèce qui ont conduit le Conseil d'Etat à une telle décision³.

146. Finalement, la comparaison de cet arrêt avec l'ordonnance rendue le 4 mai permet de constater que la mère porteuse devient un élément central dans la réflexion entourant les décisions en matière de gestation pour autrui. Pour admettre l'existence de cette gestation, le Conseil d'Etat exige donc que la mère porteuse soit clairement

¹ Le référé-liberté a été institué par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives ; il permet à tout administré estimant que l'Administration a ou va porter atteinte de manière grave et manifestement illégale à l'une de ses libertés fondamentales de saisir le juge des référés afin qu'il ordonne, dans un délai – bien qu'il ne soit qu'indicatif – de 48h « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » (L 521-2 CJA)

² CE, 8 juill. 2011, n° 350486, comm. F. Miloudi, AJ fam. 2011, p. 499

³ « Il ressort, d'une part, que la mère supposée des enfants avait renoncé à ses droits parentaux dans un acte notarié du 25 mai 2011, alors même que la mère a attesté ne jamais avoir été enceinte et ne jamais avoir accouché. D'autre part, il est démontré que la déclaration du père était fausse dans la mesure où le médecin a déclaré « qu'ils (les enfants) sont nés le 12 mai 2011 dans cet hôpital d'une mère porteuse. Les incertitudes se déduisent quant à elles, des contradictions. En effet, dans ces conditions, il était impossible d'identifier la mère et encore moins d'établir sa volonté de renoncer à l'exercice de l'autorité parentale. En définitive, le Conseil d'Etat a limité son analyse aux seules dispositions de l'article 47 du Code civil. » Citation extraite du commentaire de F. Miloudi, AJ fam. 2011, p. 499.

identifiée et qu'elle soit pleinement détachée de l'enfant en renonçant expressément à son statut de mère.

147. Là où les juridictions de l'ordre judiciaire envisagent très difficilement la gestation pour autrui comme une institution acceptable en France, le Conseil d'Etat la conçoit plus aisément, à condition qu'elle soit consentie. Il ne reste donc plus au législateur qu'à faire évoluer notre droit, d'une part pour en finir avec une jurisprudence le plus souvent incertaine et circonstanciée, et d'autre part pour assurer la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant issu d'une gestation pour autrui, et lui éviter les souffrances auxquelles sont actuellement soumis les enfants nés par ce biais.

II. La comparaison avec les législations étrangères porteuse d'un vent de réforme français

148. Le concept de mondialisation est aujourd'hui communément appréhendé par la majorité des personnes. Appliqué au droit, et en particulier au droit de la filiation, ce concept entraîne l'obligation pour le législateur de connaître des institutions légales à l'étranger, telles la *kafala* ou la gestation pour autrui. Il lui faut donc les prendre en considération, lorsque des ressortissants nationaux sont concernés par ces institutions et revendiquent à travers elles des droits. A l'examen des solutions retenues à l'étranger, on constate d'emblée le gouffre qui sépare notre législation des leurs. Elles fournissent des efforts d'accompagnement et d'encadrement pour s'assurer du respect de l'intérêt supérieur des enfants, que ce soit en matière de recueil par *kafala* (A) ou de gestation pour autrui (B).

A. La prohibition de l'adoption des *makfuls*, l'exception française

149. Concernant le souhait de ressortissants français d'adopter un enfant préalablement recueilli en *kafala*, est-il vraiment dans l'intérêt de cet enfant, de se borner à refuser son adoption ? On peut aisément en douter, d'autant que la France est à ce jour le seul pays à avoir posé un principe prohibitif aussi strict. Pour n'en citer qu'un, il est intéressant

d'observer l'exemple de la Belgique : ce pays n'a pas hésité à poser des règles très différentes et beaucoup plus souples que les nôtres. Ainsi, l'article 67 du Code de droit international privé belge contient une série de règles « en cascade », très favorables à l'application du droit belge¹. La législation belge va encore plus loin en posant dans ce même article une clause d'exception dérogatoire aux conflits de loi précédents : « toutefois, si le juge considère que l'application du droit étranger nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté et que l'adoptant ou les adoptants ont des liens manifestement étroits avec la Belgique, il applique le droit belge ». De plus, la loi du 6 décembre 2005 a introduit dans le Code civil belge un article 361-5 qui permet de résoudre la question des enfants confiés en *kafala* et d'admettre la possibilité d'une adoption en Belgique. Sous certaines conditions énumérées par l'article², l'adoption simple ou plénière d'un enfant dont la loi d'origine prohibe pourtant cette institution, peut être prononcée. Ainsi la Belgique permet à ses résidents d'adopter un enfant recueilli en *kafala*, après bien évidemment un contrôle mis en place pour éviter tout excès et respecter l'intérêt supérieur de l'intéressé.

150. On le voit bien, la solution retenue par la Belgique est diamétralement opposée à la solution française. Pour reprendre les termes du Professeur Pierre Murat³, « notre choix aboutit à une appréciation abstraite et définitive des situations qui marque une méfiance à l'égard de la médiation du juge. Des grands principes sont mis en avant : souveraineté des Etats ; moralisation de l'adoption internationale ; respect de la culture d'origine. Ceux-ci ne sont pas en eux-mêmes contestables. Mais la raideur de l'application vient bafouer la réalité des pratiques au point qu'une nette résistance existe en doctrine⁴ et que certaines juridictions ont choisi une dissidence ouverte ».

151. À l'heure actuelle, c'est donc toujours l'approche abstraite, et politique, qui prime. Il est probable et sans doute souhaitable que les exemples de nos voisins européens, ainsi

¹ <http://www.jafbase.fr/docUE/Belgique/Belgique-Loi16juillet2004-CodeDIP-VersionFr.pdf>, p. 10 : « [...] l'établissement de la filiation adoptive est régi par le droit de l'Etat dont l'adoptant ou l'un et l'autre adoptants ont la nationalité à ce moment. Lorsque les adoptants n'ont pas la nationalité d'un même Etat, l'établissement de la filiation adoptive est régi par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre ont leur résidence habituelle à ce moment ou, à défaut de résidence habituelle dans le même Etat, par le droit belge. »

² <http://www.2747.com/2747/law/civil/code/2007/belgique1t8.html>

³ « Le refus de la transformation en adoption » par P. Murat, intervention lors du colloque sur la *kafala*, organisé les 1^{er} et 2 oct. 2008 dans le cadre de la troisième Semaine de droit comparé de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Dr. Fam. N° 1, Janvier 2009, dossier 8

⁴ J. Rubellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XX^e siècle », in Etudes offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 341

que la résistance continue et grandissante des juridictions du fond, sauront conduire le législateur à assouplir notre droit sur la question de la *kafala*. Déjà dans ses rapports de 2004¹ et 2005², le Défenseur des droits avait dénoncé l'aggravation de la situation pour les enfants recueillis en *kafala* depuis la promulgation de la loi du 26 novembre 2003³ relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité. C'est en effet suite à cette loi que le délai de cinq ans minimum de résidence sur le territoire pour acquérir la nationalité française a été posé, alors qu'aucune durée n'est exigée pour les enfants bénéficiant d'une adoption simple. Le Conseil supérieur de l'adoption avait également dénoncé ce durcissement de la législation dans un avis rendu en 2007⁴, durcissement qui conduit à discriminer les enfants recueillis en *kafala* par rapport aux enfants adoptés.

152. Plus récemment, le 14 avril 2010⁵, une proposition de réforme a été exposée par le Médiateur de la République, invitant le législateur à reconsidérer l'interdiction d'adopter un enfant étranger que sa loi d'origine prohibe. Peu après, une proposition de loi⁶ au Sénat a été faite dans le même sens, afin de revenir au droit antérieur à la loi du 6 février 2001. Cette proposition souhaite que l'alinéa 2, tant controversé, de l'article 370-3 du Code civil, soit supprimé, mais à ce jour, le projet de loi qui en est issu n'a pas encore abouti.

153. Il nous aurait été également possible d'établir une comparaison avec la législation espagnole au sujet de la *kafala*, puisque ce pays permet l'adoption du *makful*. Mais l'exemple de la législation ibérique va permettre d'observer la solution retenue en matière de gestation pour autrui.

¹ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000558/0000.pdf>, p. 166

² <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000756/0000.pdf>

³ Loi n° 2003-1119, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, 26 nov. 2003, JORF n°274, 27 nov. 2003, p. 20136

⁴ http://www.adoption.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_CSA_Kafala_2007.pdf

⁵ Proposition de réforme 10-R009, consultable en ligne :

http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/proposition_de_reforme_visant_a_ameliorer_les_droits_et_le_statut_juridique_des_enfants_recueillis_par_kafala_en_france.pdf

⁶ Proposition de loi du Sénat, n° 353, du 10 mars 2011, <http://www.senat.fr/leg/pp10-353.pdf>

B. La conciliation possible de l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une mère porteuse et d'une législation prohibitive des contrats de gestation pour autrui

154. De la même façon que le Code civil belge facilite grandement l'adoption d'un enfant recueilli en *kafala*, la Direction générale des registres et du notariat, ci-après DGRN, a édicté une résolution¹ en 2009 qui écarte toute contrariété à l'ordre public espagnol et aux principes fondamentaux du droit espagnol. Cela est remarquable car la loi espagnole 14/2006 du 26 mai 2006 sur la procréation médicalement assistée, comparable à nos lois relatives à la bioéthique, prohibe expressément les conventions de gestation pour autrui. Malgré cela, et bien que la filiation des enfants nés dans ces conditions soit en droit espagnol déterminée par l'accouchement, la DGRN a ordonné l'inscription, dans les registres consulaires, de la naissance en Californie de jumeaux nés d'une mère porteuse en 2008, naissance constatée par un acte certifié des autorités de cet Etat. Elle a également ordonné que soient indiqués comme parents légaux deux Espagnols de sexe masculin ayant contracté mariage en Espagne en 2005. La DGRN a écarté ici toute contrariété à l'ordre public et aux principes fondamentaux de la certification de naissance établie par l'autorité étrangère. Elle a pour cela invoqué entre autres arguments l'intérêt supérieur des enfants, et la nécessité pour eux de la continuité dans l'espace de leur filiation.

155. Face à l'existence en Espagne de lois similaires aux nôtres et d'une réponse différente des institutions judiciaires, il apparaît donc possible d'adapter la législation française, comme a su le faire la DGRN espagnole. Sa conception pragmatique du sort réservé aux enfants nés de mère porteuse démontre bien qu'il est possible de prohiber sur son territoire la gestation pour autrui, tout en sachant adapter la législation pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant qui en serait issu.

156. D'ailleurs, tout comme pour la *kafala*, de nombreuses réflexions ont été engagées en France sur le sujet de la gestation pour autrui, mettant en lumière une réelle nécessité de changement législatif. Ces revendications n'émanent pas uniquement de

¹ Résolution *Dirección General de los Registros y el Notariado*, du 18 février 2009, réf. 6.2.2.1. – 2575/2008, http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenciamaster/table/jurisprudencia/Res_DGRN_18_02_2009

quelques auteurs¹ ou juristes, mais également de grandes institutions, tel que le Sénat lui-même. En effet, le rapport d'information de la commission des lois du Sénat du 25 juin 2008² recommande d'autoriser la gestation pour autrui en l'encadrant strictement. Ainsi, le recours à une mère porteuse pourrait être envisageable, à condition de respecter de strictes conditions telles que l'obligation pour la femme bénéficiaire d'être dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme, l'interdiction pour la gestatrice d'être la mère génétique de l'enfant, l'obligation pour le couple demandeur d'obtenir un agrément ou encore l'intervention du juge judiciaire pour autoriser le transfert d'embryon. Cette liste est loin d'être exhaustive, et il convient d'ajouter bien évidemment aux multiples conditions d'accueil de la gestation pour autrui deux éléments absolument incontournables : le consentement de la gestatrice, et l'interdiction pour cette dernière de percevoir une rémunération³.

¹ V. par exemple Mmes M. Brandac, G. Delaisi de Parseval et V. Depadt-Sebag, « *Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ?* », D., 2008, p. 434

² Rapport d'information n° 421 (2007-2008) de Mme M. André et MM. A. Milon et H. de Richemont, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, déposé le 25 juin 2008, <http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-421.html>

³ On peut en effet considérer que la prise de risques relève de la liberté de la gestatrice et de la disponibilité de chacun sur son propre corps reconnue par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ; l'article 16-1 du Code civil édicte certes le principe d'indisponibilité du corps humain mais ce, à titre onéreux : il n'exclut pas de disposer de son propre corps à titre de don, dans les limites de la loi, comme c'est aujourd'hui le cas pour le don d'organes, de sang ou de gamètes.

Chapitre 2 : La dynamique de l'évolution législative portée par l'esprit européen

157. Si la réflexion s'est réellement engagée en France chez les différents acteurs de notre organisation juridique interne, c'est aussi sous l'impulsion de l'esprit du droit européen. En effet, que ce soit au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ci-après CEDH (Section 1) ou au regard de celle de la Cour de Justice de l'Union Européenne, ci-après CJUE (Section 2), le souffle du changement semble bel et bien pouvoir provenir de ces institutions et du respect des textes européens qu'elles imposent à nos juridictions internes.

Section 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur du droit européen, facteur d'assouplissement de la jurisprudence française

158. La jurisprudence de la CEDH mérite une attention particulière en ce qu'elle a permis ces dernières années de faire émerger un ordre public européen en matière d'adoption internationale (I). Ce faisant, elle se veut de plus en plus exigeante quant à la protection, par les Etats membres, du droit au respect de la vie privée et familiale, en présence d'une décision légalement obtenue dans un autre Etat membre (II).

I. L'émergence d'un ordre public européen en matière d'adoption internationale

159. Il est intéressant de constater que la CEDH ne fait pas systématiquement usage de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour traiter des questions d'adoption par les couples de même sexe (A). Cette position est à l'origine de reproches de la part des

commentateurs et magistrats de cette Cour, auteurs d'avis dissidents. Mais force est de reconnaître que la Cour de Strasbourg a su placer cette notion au cœur de sa jurisprudence à d'autres occasions, ouvrant ainsi la voie à l'émergence d'un ordre public européen en matière d'adoption internationale (B).

A. L'adoption par les couples homosexuels tributaire de l'existence d'un consensus autour du sort réservé aux couples de concubins hétérosexuels

160. Deux arrêts rendus récemment par la CEDH permettent d'effectuer ce constat : en matière d'adoption au sein de couples de même sexe, c'est la présence ou l'absence de discrimination par rapport aux couples hétérosexuels qui est à l'origine d'une condamnation ou non, sans qu'il soit besoin de se préoccuper de l'intérêt de l'enfant en cause. Ainsi la Cour de Strasbourg a-t-elle refusé de condamner l'impossibilité pour une concubine d'adopter l'enfant de sa compagne en vertu du droit français¹, tout en condamnant quelques mois plus tard l'Autriche dans une affaire similaire². La différence de réponse de la CEDH tient dans le fait que le cas du couple français ne souffre d'aucune discrimination par rapport à un couple de concubins hétérosexuels, eux-mêmes soumis par l'article 365 du Code civil à l'impossibilité d'adopter, ce qui n'était pas le cas du couple autrichien. En effet, le droit autrichien plaçait ce couple dans une situation discriminatoire car les couples de concubins hétérosexuels sont autorisés à adopter. La Cour retient ici une violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour autant que l'on compare la situation de ce couple à un couple de concubins hétérosexuels dont l'un des membres souhaiterait adopter l'enfant de l'autre.

161. Il est fort regrettable que la Cour n'ait pas pris en compte l'intérêt de l'enfant pour étayer ses décisions, d'autant que les juges européens sont les véritables gardiens du respect de cet intérêt. Il paraissait néanmoins important d'évoquer le traitement par la Cour de l'adoption de l'enfant du concubin dans les couples de même sexe. En effet, les réponses qu'elle apporte en la matière permettent de bien cerner l'esprit du droit

¹ CEDH, arrêt *Gas et Dubois c/ France*, n° 25951/07, 15 mars 2012, devenu définitif le 15 juin 2012, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-109571>

² CEDH, arrêt *X c/ Autriche*, rendu en grande chambre, 19 févr. 2013, AJ fam. 2013, p. 227, obs. F. Chénédé

européen, ainsi que la façon dont les magistrats européens peuvent s'assurer de son respect par les Etats membres. C'est la marge de manœuvre plus ou moins étroite de ces Etats qui est en jeu ici : sa fluctuation, au fil du temps et de l'évolution des législations, montre bien à quel point le droit de la filiation est une matière en perpétuel mouvement.

162. Il est nécessaire de garder à l'esprit que si la CEDH œuvre pour une harmonisation des législations européennes, le principe de subsidiarité veut qu'elle ne condamne pas au premier abord, surtout lorsqu'il n'existe pas de réel consensus entre les législations des Etats membres. C'est certainement pour cette raison que la Cour n'a pas rendu ses décisions au regard de l'intérêt supérieur des enfants en cause, mais davantage en fonction de l'existence d'une « tendance » majoritaire ou non au sein des Etats membres.

163. Concernant l'arrêt *Gas et Dubois c/ France*, on peut légitimement penser que la CEDH a tout simplement été réticente à condamner la France du fait de l'absence de consensus sur la question de l'adoption simple dans le cadre d'un couple homosexuel : seuls 10 Etats sur 47 admettent l'adoption par le second parent, ce qui ne donnait pas à la Cour la légitimité de l'imposer. Elle conserve, pour le moment en tout cas, une position plutôt neutre en la matière, comme pour le mariage homosexuel. C'est une façon de laisser au législateur national des Etats membres le soin de légiférer, et c'est ce qui devrait l'inciter d'autant plus à le faire, avec une certaine célérité, sur les questions de société délicates qui ne font pas l'unanimité, mais qui méritent pourtant de bénéficier d'une réponse législative.

164. Quant à la réponse apportée à l'arrêt *X c/ Autriche*, elle mérite d'être saluée car, encore une fois en l'absence de consensus européen sur la question, elle permet néanmoins de faire avancer les choses pour les couples de même sexe. En effet, à comparaison avec un couple hétérosexuel vivant dans des conditions identiques (mariés ou non), la CEDH indique ici que la marge d'appréciation des Etats pour octroyer ou non le droit d'adopter l'enfant du concubin est très étroite selon que ce droit est reconnu ou non au couple hétérosexuel. C'est l'existence ou l'absence d'une discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle qui fonde la solution de la Cour. Les arguments du gouvernement autrichien n'y ont rien changé, car comme le relève la Cour, le gouvernement « n'a pas fourni de raisons particulièrement solides et convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption

coparentale ouverte aux hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection de l'intérêt de l'enfant ».

165. On peut en déduire d'ailleurs, comme le relève très justement Mme Inès Gallmeister¹, que si la loi française relative au « mariage pour tous » adoptée définitivement le 17 mai 2013² n'avait pas ouvert la voie de l'adoption aux couples de même sexe, la France aurait sans nul doute été condamnée par la CEDH. Il y aurait eu discrimination de ces couples par rapport aux couples hétérosexuels mariés qui bénéficient du droit d'adopter. Une certaine uniformisation des législations européennes semble peu à peu apparaître, avec la volonté d'éviter toute discrimination, puisque le jour-même où la CEDH rendait sa décision *X c/ Autriche*, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe en Allemagne a jugé inconstitutionnelle la loi qui interdit aux homosexuels d'adopter l'enfant de leur partenaire, droit reconnu aux hétérosexuels³.

166. En définitive, on peut tout à fait se permettre d'imaginer une future évolution en matière d'adoption par des couples de concubins, quelle que soit leur orientation sexuelle, en vertu du regard de la CEDH sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ainsi précise-t-elle dans l'arrêt *Wagner c/ Luxembourg* du 28 juin 2007⁴ que « la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles ». On peut donc imaginer que la marge de manœuvre laissée aux Etats contractants en matière d'adoption est susceptible d'évoluer : dès lors que de plus en plus d'Etats membres accepteront l'adoption par les couples de concubins, le curseur de la marge d'appréciation des autres Etats se déplacera. D'ailleurs, l'examen concret de la situation au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait amener la CEDH à imposer à ces Etats, par le biais d'une condamnation sur le fondement de l'article 8 de la CEDH, à reconnaître un jugement étranger qui prononcerait l'adoption par un couple de concubins.

¹ I. Gallmeister, D., 2013, p. 502

² Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114, 18 mai 2013, p. 8253

³ « Les homosexuels pourront adopter l'enfant de leur partenaire », article paru dans La tribune de Genève, 19 févr. 2013 : <http://www.tdg.ch/monde/europe/Les-homosexuels-pourront-adopter-l-enfant-de-leur-partenaire-/story/20376562> ; J. Stolz, « Adoption : la Cour européenne des droits de l'homme proscrit la distinction entre hétérosexuels et homosexuels », in Le Monde, 21 févr. 2013

⁴ Arrêt *Wagner c/ Luxembourg*, CEDH, 28 juin 2007, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/judgments/Press%20release%20Wagner%20F.pdf>

B. L'intérêt supérieur de l'enfant au soutien de la réalité sociétale en matière d'adoption internationale

167. Si la CEDH n'a pas systématiquement utilisé de l'intérêt supérieur de l'enfant dans ses décisions concernant l'adoption, la notion a sans conteste toute sa place au centre des litiges en matière d'adoption internationale, comme nous le montre l'arrêt *Wagner c/ Luxembourg*. Cet arrêt est tout à fait remarquable en ce qu'il offre des perspectives d'évolution prochaine du fonctionnement de nos juridictions internes, par exemple en matière de demande d'adoption d'enfants recueillis en *kafala*.

168. Il était question en l'espèce d'une ressortissante luxembourgeoise, qui avait effectué l'adoption plénière d'un enfant au Pérou, selon la réglementation en vigueur dans ce pays. De retour au Luxembourg, Mme Wagner s'était vue refuser par les autorités nationales l'*exequatur* du jugement d'adoption étranger. En effet, ces dernières ont fait prévaloir l'application de la règle luxembourgeoise de conflit de lois, qui prévoit que les conditions pour adopter sont régies par la loi nationale de l'adoptant, sur la réalité sociale et la situation des personnes concernées. Or, les autorités luxembourgeoises ne reconnaissent pas l'adoption plénière par une personne célibataire, entraînant de ce fait le refus d'*exequatur* du jugement péruvien.

169. Mme Wagner et sa fille ont donc saisi la CEDH, dont la réponse a marqué un véritable tournant dans la jurisprudence européenne. En effet, la Cour, par cet arrêt, paraît imposer aux Etats membres de reconnaître des situations familiales constituées à l'étranger et correspondant à une « réalité sociale »¹. Elle semble poser les prémices d'un ordre public européen en matière d'adoption internationale. Cet ordre public naissant s'attache avant tout à la situation concrète et à l'intérêt supérieur de l'enfant adopté qui doit bénéficier dans son Etat d'accueil, quel que soit son lieu de naissance, de tous les droits des autres enfants adoptés, quel que soit notamment le statut matrimonial de l'adoptant.

170. Ainsi, la CEDH retient d'une part que les juges nationaux ne pouvaient valablement refuser la reconnaissance de liens familiaux qui préexistaient entre Mme Wagner et sa fille adoptée au Pérou depuis 1996, liens résultant d'un jugement d'adoption plénière

¹ M. Farge, « Les jumelles M issues d'une gestation pour autrui : quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une solution boiteuse inadmissible », Dr. fam., sept. 2010, étude 23

prononcé dans ce pays, et ce au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. D'autre part, elle estime que l'adoptée se trouvait discriminée, au sens de l'article 14 de la même Convention, par rapport aux enfants dont l'adoption plénière était reconnue au Luxembourg, de par le vide juridique dans lequel la laissait une décision d'adoption simple, bien moins protectrice, obtenue entre temps.

171. La prise en compte par la Cour de l'existence d'une vie familiale *de facto* entre adoptante et adoptée fait écho aux liens qui unissent *kafil* et *makful*. En effet, on peut aisément imaginer qu'en cas de saisine de la CEDH au sujet de l'adoption en France d'un enfant recueilli en *kafala*, la Cour pourrait aller dans le sens de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix rendu le 24 octobre 2006¹ : en se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, la CEDH pourrait imposer au juge interne d'écarter une loi nationale quand elle s'avère manifestement contraire à cet intérêt pris dans sa dimension concrète, comme c'était le cas en l'espèce en présence d'un enfant résidant depuis son plus jeune âge sur le sol français, dans une famille « adoptive » où son intégration était parfaitement réussie.

172. De plus, la Cour de Strasbourg pourrait se prévaloir, comme ce fût le cas pour l'arrêt *Wagner*, de l'examen comparé des systèmes juridiques des 46 autres Etats contractants, afin de déterminer s'il existe ou non entre eux un lien qui permette d'évaluer la marge d'appréciation de ces Etats. Or, il s'avère que la législation de la majorité d'entre eux permet sans limitation l'adoption par les célibataires, ce qui rendait la marge d'appréciation du Luxembourg très réduite. Une nouvelle fois, on peut aisément transposer cette situation à la problématique de l'adoption en France d'un *makful* : la position adoptée par la majorité des pays du Conseil de l'Europe est celle de l'acceptation des demandes d'adoption d'un *makful*, et comme cela a déjà été évoqué, la France reste à ce jour le seul pays à maintenir l'interdiction de l'adoption du *makful*. Combien de temps cette position sera-t-elle tenable face à l'esprit de la jurisprudence européenne ? Peu de temps, assurément.

173. Le déblocage de la situation des enfants recueillis en *kafala* viendra donc peut-être de la Cour européenne des droits de l'homme. D'ailleurs, comme le suggérait très justement Mme Marie-Christine Le Boursicot dans un article paru en 2010², on peut tout

¹ V. arrêt cité note 2, p. 53

² M.-C. Le Boursicot, « *La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation* », mis en ligne le 06 juil. 2010, <http://droitcultures.revues.org/2138>

à fait imaginer qu'un jour prochain, la CEDH soit saisie « par un couple bi-national, franco-belge ou franco-espagnol par exemple, qui voudra faire reconnaître en France l'adoption régulièrement prononcée en Belgique ou en Espagne, au regard des règles de droit international privé de ces pays, d'un enfant recueilli en *kafala* en Algérie ou au Maroc. La contrariété à son ordre public d'une telle décision prise dans un des pays membres du Conseil de l'Europe invoquée par la France, sera-t-elle suffisante pour justifier cette ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale ? » On peut légitimement en douter. Il serait néanmoins heureux que notre législateur envisage rapidement de modifier les textes afin que nous seulement la France ne risque pas une condamnation au niveau européen, mais surtout afin que les enfants recueillis en *kafala* obtiennent la sécurité juridique qui leur incombe.

II. Le droit au respect de la vie privée et familiale facteur d'évolution législative en matière de gestation pour autrui

174. Afin de bien comprendre en quoi la jurisprudence de la CEDH peut influencer sur notre législation concernant la gestation pour autrui (B), il convient de revenir sur l'évolution de la notion de vie privée et familiale dans la jurisprudence de la Cour (A).

A. L'assouplissement de la notion de vie privée et familiale par la jurisprudence européenne

175. Le droit au respect de la vie privée et familiale est protégé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹, qui indique par ailleurs en son alinéa 2 qu'« 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

¹ http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/Convention_FRA.pdf

la sûreté publique[...], à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

176. C'est à l'occasion de décisions rendues sur la question du respect de ce droit que la Cour européenne des droits de l'homme a pu poser les contours de la notion de vie privée et familiale, tout en la faisant évoluer au fil de sa jurisprudence, de façon extensive. Ainsi, dans un premier temps, la CEDH avait posé dans l'arrêt *Marckx c/ Belgique*¹, rendu le 13 juin 1979, les bases de la notion. En principe, pour que la vie familiale et privée soit constituée, il faut relever l'existence de deux composantes : un lien de parenté et une relation effective.

177. Suite à cette décision, la Cour a fait évoluer sa jurisprudence de sorte que l'existence d'une vie familiale était plus facilement constatée. Par conséquent, l'exigence de l'existence cumulative des deux composantes a disparu au profit de l'existence alternative de l'une ou de l'autre. Ainsi, dans l'arrêt *Kroon c/ Pays-Bas* du 27 octobre 1994², la Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale entre un enfant adultérin et son parent biologique, quand bien même il n'existait entre eux aucune relation effective. Cela a permis à la Cour de préciser que, « là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille³ ».

178. Inversement, dans l'arrêt *X, Y et Z c/ Royaume-Uni* rendu le 22 avril 1997⁴, la Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale entre un transsexuel et l'enfant de sa compagne, auprès duquel il remplissait le rôle de père, alors que cette fois aucun lien de parenté biologique n'était constitué. Seule l'effectivité de la relation personnelle a fondé l'existence de la vie familiale et privée, et donc le droit à son respect.

179. Mais c'est finalement l'arrêt *Wagner c/ Luxembourg* qui, plus récemment, est venu bouleverser le cadre du droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour a, dans cette décision, jugé le refus d'*exequatur* contraire à l'article 8 de la Convention européenne, en raison de l'atteinte portée au droit au respect de la vie familiale des deux

¹ CEDH, arrêt *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31, GACEDH, 4^e éd., 2007, comm. n° 49

² CEDH, arrêt *Kroon c/ Pays-Bas*, 27 oct. 1994, n° A 297 C, JCP G 1995, I, 3823, obs. F. Sudre

³ V. note préc., point 32

⁴ CEDH, arrêt *X, Y et Z c/ Royaume-Uni*, 22 avr. 1997, n° 21830/93, JCP G 1998, I, 107, obs. F. Sudre

intéressées, et à l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'espèce, la relation familiale effective existait depuis 1996, et a donc été reconnue d'emblée par la Cour. Cela suffisait, de par la jurisprudence *X, Y et Z c/ Royaume-Uni* à établir l'existence de la vie privée et familiale, dont le respect découlait de l'article 8. Mais la Cour va plus loin, en évoquant au-delà du droit au respect de la vie familiale, l'intérêt de l'enfant. Et c'est là toute l'avancée de cette jurisprudence, car en se référant à cet intérêt, la Cour affirme sa volonté d'incorporer au droit européen les acquis de la Convention internationale des droits de l'enfant. Elle pose donc clairement les fondations du droit au respect de la vie familiale en privilégiant l'approche concrète de la réalité dans laquelle vivent les intéressés, ainsi que l'intérêt de l'enfant en cause, sur la base de l'article 3-1 de la CIDE, intérêt qui est dès lors devenu une véritable composante du droit au respect de la vie familiale.

180. En se positionnant ainsi, la jurisprudence de la CEDH ouvre de nouvelles pistes de réflexion concernant la gestation pour autrui. Les perspectives d'évolution offertes par l'arrêt *Wagner* en matière de *kafala* trouvent en effet un écho favorable en la matière.

B. La prise en considération impérative des décisions obtenues régulièrement à l'étranger

181. Il est nécessaire de revenir un instant à la jurisprudence de la Cour de cassation en date du 6 avril 2011¹ pour appréhender cette idée. En effet, la Cour jugeait contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes de faire produire effet à une convention de gestation pour autrui allant à l'encontre de l'ordre public français, quand bien même celle-ci s'avérerait licite à l'étranger.

182. Il faut pourtant rappeler que l'arrêt *Wagner*, antérieur à la jurisprudence de la Cour de cassation, précisait que « les juges luxembourgeois ne pouvaient passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ». Si on tient compte de cela au regard de notre jurisprudence interne, il apparaît

¹ Trois arrêts du 6 avril 2011, préc. : Civ., 1^{re}, 6 avr. 2011, pourvoi n° 09-66486, époux X c/ proc. gén. CA Paris ; pourvoi n° 09-17130, époux Y c/ proc. gén. CA Douai ; pourvoi n° 10-19053, D. M. et a. c/proc. gén. CA Paris

clairement que la France court le risque réel de se voir condamner au niveau européen. Le fait de refuser à des actes régulièrement obtenus à l'étranger de produire effet en France va à l'encontre de la jurisprudence *Wagner*. En effet, la doctrine considère que la CEDH y a imposé aux Etats de reconnaître les situations familiales régulièrement constituées à l'étranger, et de faire primer la réalité sociale sur l'ordre public, dès lors qu'un droit protégé par la Convention européenne est en cause. Comme l'indiquait très justement M. Chénédé, « même si la question de la gestation pour autrui est distincte de celle de l'adoption plénière par une personne célibataire, la décision *Wagner* nous montre que les juges strasbourgeois n'hésitent plus aujourd'hui à faire primer, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit à la vie privée et familiale, le « fait accompli » sur le contenu de la loi nationale des Etats membres »¹.

183. Il est alors évident d'imaginer que la position de la CEDH devrait conduire à une évolution de notre jurisprudence interne en matière de gestation pour autrui, d'autant plus que la famille Mennesson a saisi la Cour de Strasbourg², comme l'avait anticipé Mme Rubellin-Devichi : « L'affaire M ira – c'est presque certain – devant les juges de Strasbourg, et la France sera condamnée »³. Il est plus que probable que la jurisprudence *Wagner* lui donne entièrement raison, car même s'il n'était pas question de gestation pour autrui dans cet arrêt, « les données fondamentales sont les mêmes : une situation *a priori* illicite constituée avec le concours d'un ordre juridique étranger complaisant, et l'existence de liens familiaux qui *de facto* sont puissants et pressent le droit d'accorder son absolution »⁴.

184. Dans un autre domaine, l'arrêt *Dadouch c/ Malte*, rendu par la CEDH le 20 juillet 2010⁵ nous conforte dans cette idée. Il s'agissait en l'espèce du refus d'enregistrer un mariage célébré à l'étranger sur le registre de l'état civil maltais, qui a constitué selon la Cour une violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Elle a considéré que ce refus représentait une ingérence disproportionnée de l'Etat dans la vie familiale d'un individu. Or, si la CEDH estime que l'article 8 est

¹ F. Chénédé, note sous CA Paris, 18 mars 2010, cité par B. Weiss-Gout à propos des arrêts du 6 avr. 2011, Gaz. Pal., 26 mai 2011, n° 146, p. 7

² Requête n° 65192/11, Sylvie Mennesson et autres contre la France, introduite le 6 oct. 2011 et consultable en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110100>

³ J. Rubellin-Devichi, JCP G, n° 1, 10 janv. 2011, 29

⁴ S. Bollée, comm. sous Civ., 1^{re}, 17 déc. 2008, JDI, n° 2, avr. 2009, comm. 9

⁵ CEDH, arrêt *Dadouch c/ Malte*, 20 juill. 2010, AJ fam. 2010 p. 398, comm. V. Avena-Robardet

bafoué par la non-transcription d'un mariage, on ne peut qu'imaginer la décision qu'elle rendrait concernant la non-transcription d'une filiation, comme dans le cadre d'une gestation pour autrui.

185. Aujourd'hui, en France, c'est l'enfant pourtant totalement étranger à sa propre conception, qui pâtit le plus de la primauté donnée à l'ordre public par notre droit sur la réalité de sa vie familiale. Mais n'est-il pas, au sens de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect de sa vie familiale de passer outre le caractère illicite de sa conception ?

186. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la Cour européenne, dans l'arrêt *Wagner*, ne tient absolument pas compte du fait que la ressortissante luxembourgeoise était allée chercher à l'étranger un système juridique qui lui permettait d'obtenir ce que la législation de son pays lui refusait. C'est peut-être alors la solution pour que la situation des enfants nés d'une gestation pour autrui évolue : la France ne pourrait pas refuser de laisser produire effet à la décision de justice établissant la filiation si elle a été obtenue régulièrement à l'étranger. En effet, si on transfère l'analyse de la Cour dans l'arrêt *Wagner* à la situation des enfants nés d'une gestation pour autrui, il apparaît que la France ne pourrait pas refuser de faire produire effet à un rapport juridique créé régulièrement à l'étranger, quand bien même il aurait été obtenu au terme d'un contournement de la loi. Cela sera d'autant plus fondé à partir du moment où ce rapport juridique devra s'appliquer à une relation familiale effective, et qu'il devra permettre à celle-ci de s'organiser dans des conditions normales au regard des exigences de l'article 8 de la CESDH.

187. En l'état de la jurisprudence actuelle de la CEDH, la France, qui a ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, devrait donc envisager une véritable solution pour les enfants nés d'une gestation pour autrui. Rien n'impose au législateur d'autoriser la gestation pour autrui sur notre territoire ; cependant, l'esprit européen auquel notre pays a adhéré devrait l'enjoindre à laisser produire des effets juridiques aux situations légalement acquises à l'étranger. L'ordre public atténué devrait logiquement permettre aux familles concernées de mener une vie conforme aux conditions de droit dans lesquelles elles se sont construites, mais aussi aux conditions de fait dans lesquelles elles vivent concrètement au quotidien. L'intégration de l'intérêt

supérieur de l'enfant comme composante de la notion de vie privée et familiale renforce encore davantage cette idée. Lorsque le refus de transcription d'un acte régulièrement obtenu à l'étranger entraîne la violation d'un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, ou par toute autre Convention ratifiée par notre pays, l'ordre public ne devrait pouvoir le justifier.

Section 2 : Les principes de liberté d'établissement et de circulation dans l'Union européenne au service de l'intérêt supérieur de l'enfant

188. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne milite également dans le sens d'une évolution de notre droit interne. En effet, l'esprit de la législation européenne, qui permet à la CEDH d'ordonner aux Etats membres de faire produire effet aux décisions régulièrement obtenues à l'étranger, trouve son essence au cœur du Traité instituant la communauté européenne¹. Or, celui-ci prévoit en son article 18 que « tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». C'est sur ce fondement que repose une grande partie du travail de la CJUE, qui œuvre pour le respect des principes de liberté d'établissement et de circulation (I). Tout comme pour la CEDH, il est alors intéressant de mettre cette philosophie en perspective avec l'intérêt supérieur de l'enfant, pour en tirer les conséquences que l'on connaît relativement à la gestation pour autrui en particulier (II).

I. Le choix d'une approche concrète des situations par la Cour de justice de l'Union européenne

189. Afin de comprendre l'esprit qui anime le travail de la Cour de justice, il est nécessaire de revenir en détail sur l'une de ses décisions majeures, rendue alors que la Cour se nommait encore CJCE². Il s'agit de l'arrêt *Grunkin & Paul c/ Allemagne*, rendu le

¹ http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325FR.003301.html

² Cour de justice des communautés européennes, dénomination en vigueur jusqu'au 1^{er} déc. 2009

14 octobre 2008¹ dans lequel la Cour de justice met en avant les principes de liberté d'établissement et de circulation dans l'Union européenne pour faire primer l'intérêt de l'enfant sur la législation allemande (A). Sa position se justifie d'autant plus qu'elle se fonde sur l'interprétation concrète de l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

A. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les législations internes au nom du respect des principes européens

190. Il était question, dans l'arrêt *Grunkin & Paul c/ Allemagne*, d'un couple de ressortissants allemands, résidant au Danemark, et qui y avait mis au monde le petit Leonhard Matthias. Selon la législation danoise en vigueur, les parents avaient obtenu que leurs patronymes respectifs soient accolés pour former le nom de famille de leur enfant. Ils ont par la suite souhaité faire reconnaître ce nom par le *Standesamt Niebüll*², pour inscription sur le livret de famille, ce qui leur a été refusé. En effet, la législation outre Rhin ne permet pas de bénéficier d'un patronyme double, comme le dispose l'article 1617 du Code civil allemand³ : « Si les parents ne portent pas de nom d'époux et que la garde de l'enfant est exercée conjointement, ils déterminent par une déclaration devant l'officier d'état civil, le nom que le père ou la mère porte au moment de la déclaration comme nom de naissance de l'enfant. Si les parents n'ont pas fait leur déclaration dans le mois qui suit la naissance de l'enfant, le *Familiengericht*⁴ transfère le droit de déterminer le nom à l'un des parents. [...] Si, à l'expiration du délai, le droit de déterminer le nom n'a pas été exercé, l'enfant reçoit le nom du parent auquel ce droit a été transféré ». Etant donné que l'article 10 de la loi d'introduction au Code civil⁵ indique que « le nom d'une personne est régi par la loi de l'Etat dont cette personne est ressortissante », le *Standesamt Niebüll* a estimé que l'article 1617 aurait dû trouver à s'appliquer. L'enfant ne pouvait donc pas porter un nom composé, élément ayant motivé

¹ CJCE, arrêt *Grunkin & Paul c/ Allemagne*, 14 oct. 2008, comm. P. Lagarde, « De l'obligation pour un Etat membre de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance », RCDIP 2009, p. 80

² Le service de l'état civil de la ville de Niebüll en Allemagne

³ Bürgerliches Gesetzbuch, article 1617a, consultable en ligne, p. 308 : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>

⁴ Le tribunal de famille

⁵ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, dit EGBGB, article 10, paragraphe 1 consultable en ligne, p. 3 : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgbeg/gesamt.pdf>

le refus opposé à M. Grunkin et Mme Paul de reconnaître le nom double de leur fils obtenu par l'application du droit danois.

191. C'est finalement l'*Amtsgericht Flensburg*¹, saisie par les parents d'une demande visant à enjoindre le service de l'état civil de Niebüll de reconnaître le nom de leur fils, qui a décidé de surseoir à statuer. En effet, l'*Amtsgericht* constate qu'il est impossible d'ordonner au service de l'état civil d'inscrire un nom double incompatible avec la législation allemande, mais la Cour s'interroge sur la conformité avec le droit communautaire de la contrainte imposée par ce biais à un citoyen de l'Union, de devoir porter un nom différent dans des Etats membres différents. Ainsi, la Cour pose à la CJCE la question préjudicielle suivante : « [...] eu égard à la libre circulation garantie à tout citoyen de l'Union par l'article 18 CE, la règle de conflit allemande prévue à l'article 10 de l'EGBGB peut-elle échapper à la censure dans la mesure où elle rattache les règles régissant le nom d'une personne à la seule nationalité ? » Autrement dit, est-ce que l'article 18 CE s'oppose à ce que les autorités compétentes d'un Etat membre refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre Etat membre où l'enfant est né et réside depuis et qui, à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier Etat membre ?

192. La Cour de justice répond par l'affirmative à cette question. Elle rappelle en effet « qu'une réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre Etat membre constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 18 paragraphe 1 CE, à tout citoyen de l'Union (arrêt *De Cuyper*, 18 juill. 2006, C-406/04, Rec. p. I – 6947, point 39 ; arrêt *Nerkowska*, 22 mai 2008, C-499/06, non encore publié au Recueil, point 32) »². Or, le fait d'être obligé de porter, dans l'Etat membre dont l'intéressé possède la nationalité, un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'Etat membre de sa naissance et de résidence est effectivement susceptible d'entraver l'exercice du droit consacré à l'article 18.

¹ La Cour de justice du district de Flensburg, dont dépend Niebüll

² CJCE, arrêt *Grunkin & Paul c/ Allemagne*, 14 oct. 2008, point 21

B. L'approche concrète des situations par la Cour au service du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant

193. En raisonnant comme elle l'a fait dans l'arrêt *Grunkin & Paul*, la CJCE poursuit le travail entamé quelques années auparavant dans l'arrêt *Garcia Avello c/ Belgique* où elle avait fait tomber dans le champ du droit communautaire les litiges relatifs au nom de famille. Elle avait alors privilégié la situation concrète des ressortissants concernés. Il s'agissait d'enfants possédant la nationalité de deux Etats membres, en l'occurrence l'Espagne et la Belgique, et pour qui la diversité de noms de famille entraînait de sérieux inconvénients. Ceux-ci résultaient notamment de la difficulté à bénéficier, en Belgique, des effets juridiques d'actes ou de documents établis sous le nom reconnu en Espagne, dont ils possèdent également la nationalité.

194. Or, le fils de M. Grunkin et Mme Paul se trouve dans une situation quasiment identique, à la seule différence qu'il possède la nationalité d'un seul Etat membre. Mais dans les faits, il risque de rencontrer les mêmes difficultés concrètes que les enfants Garcia Avello, chaque fois qu'il sera nécessaire pour lui de faire la preuve de son identité, puisque le passeport que pourrait lui délivrer les autorités allemandes ne porterait pas le même nom que celui qu'il a reçu des autorités danoises. Cela est d'autant plus problématique, comme le relève la CJCE, que l'enfant conserve, depuis le divorce de ses parents, des liens étroits à la fois avec le Danemark où il réside avec sa mère, et avec l'Allemagne où s'est établi son père. De ce fait, « chaque fois que le nom utilisé dans une situation concrète ne correspond pas à celui figurant dans le document présenté à titre de preuve de l'identité d'une personne, notamment en vue soit d'obtenir le bénéfice d'une prestation ou d'un droit quelconque, soit d'établir la réussite à des épreuves ou l'acquisition de capacités, ou que le nom figurant dans deux documents présentés conjointement n'est pas le même, une telle divergence patronymique est susceptible de faire naître des doutes quant à l'identité de cette personne ainsi qu'à l'authenticité des documents présentés ou à la véracité des données contenues dans ceux-ci »¹.

195. Ce qui est fondamental dans le raisonnement de la Cour de justice, c'est qu'elle se base sur la situation concrète de l'enfant, en estimant que les inconvénients nombreux

¹ CJCE, arrêt *Grunkin & Paul c/ Allemagne*, 14 oct. 2008, point 28

qui en découlent ne peuvent être justifiés par les considérations objectives¹ exprimées par les autorités allemandes. Ainsi la Cour indique qu' « aucun [des] motifs invoqués au soutien du rattachement de la détermination du nom d'une personne à la nationalité de cette dernière, si légitimes qu'ils puissent être en tant que tels, ne mérite de se voir attribuer une importance telle qu'il puisse justifier [...] un refus des autorités compétentes d'un Etat membre de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a déjà été déterminé et enregistré dans un autre Etat membre où cet enfant est né et réside depuis lors »². Effectivement, la conséquence de ce refus de reconnaissance aboutit exactement au résultat inverse de ce que prétend rechercher le droit allemand, c'est-à-dire l'assurance d'une stabilité du nom de famille, puisque Leonhard Matthias devra porter un nom différent à chaque franchissement de la frontière germano-danoise.

196. L'arrêt *Grunkin & Paul c/ Allemagne* affecte donc directement la règle de conflit de loi applicable au nom. Il limite l'usage de la règle de conflit du for à la création du droit dans l'Etat du for, et au contraire, condamne la subordination de la reconnaissance des situations créées dans un autre Etat membre à l'application par l'Etat d'origine de la loi désignée par la règle de conflit de ce même Etat.

197. Les arguments objectifs présentés par les autorités allemandes semblent pouvoir être accueillis lorsque l'enfant allemand est né et réside en Allemagne, c'est-à-dire quand le droit est créé en Allemagne, mais ils ne peuvent justifier l'obligation faite à l'enfant, à qui un nom a été attribué au Danemark, de porter un patronyme différent à chaque passage de la frontière. Comme l'indique M. Paul Lagarde au sujet de cette affaire³, « la CJCE fait donc prévaloir le principe communautaire de libre circulation sur le principe de droit international privé allégué par les observations de la plupart des gouvernements selon lequel la validité d'une situation juridique serait appréciée dans un Etat en fonction de la loi compétente selon la règle de conflit de cet Etat. La reconnaissance du nom attribué dans l'Etat de naissance s'impose même si l'enfant n'a

¹ Il s'agissait du caractère obligatoire du rattachement du nom à la nationalité, de l'unité du nom au sein d'une fratrie, d'une simplification administrative résultant d'un nom simple et transmissible

² CJCE, arrêt *Grunkin & Paul c/ Allemagne*, 14 oct. 2008, point 31

³ CJCE, arrêt *Grunkin & Paul c/ Allemagne*, 14 oct. 2008, comm. P. Lagarde, « *De l'obligation pour un Etat membre de reconnaître le nom d'un enfant tel qu'il a été déterminé dans le pays de naissance* », RCDIP 2009, p. 80

qu'une nationalité et précisément dans le cas où il est né dans un Etat dont il n'a pas la nationalité ».

II. La dynamique européenne au service de l'évolution législative française en matière de gestation pour autrui

198. On retrouve dans la jurisprudence de la CJUE l'esprit qui anime également la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit de privilégier le droit au respect de la vie privée et familiale, ainsi que l'intérêt supérieur des enfants dans sa dimension concrète, à l'ordre public défini par chaque Etat (A). Cette dynamique, certes cantonnée aux limites de l'espace européen, porte cependant en elle un élan propice à la mise en place d'une dynamique au rayonnement international (B).

A. Les principes fondamentaux du droit européen en faveur de la reconnaissance automatique des actes obtenus régulièrement dans un autre Etat membre

199. Le refus de transcription d'un acte, ou le refus de reconnaissance d'un droit régulièrement acquis dans un autre Etat membre de l'Union, revient à bafouer l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, mais également l'article 18 du traité instituant la communauté européenne. Cette similitude d'approche de la situation des ressortissants de l'Union par les organes majeurs de la justice européenne aboutit à un constat similaire quant à l'accueil futur des décisions étrangères par nos juridictions internes.

200. Le parallèle avec la jurisprudence de la CEDH est évident. Si le droit au respect de la vie privée et familiale implique que les décisions rendues à l'étranger imposent leurs effets juridiques dans l'Etat de réception, les libertés d'établissement et de circulation des ressortissants européens renforcent cette obligation lorsque les décisions ont été rendues dans un autre Etat membre de l'Union.

201. Par conséquent, on peut légitimement imaginer que la solution retenue par l'arrêt *Grunkin & Paul c/ Allemagne* puisse être étendue à d'autres domaines du droit des personnes, tels que le mariage, le partenariat enregistré ou encore l'établissement de la filiation. Il serait donc tout à fait censé de considérer que le déni de la filiation établie par une convention de gestation pour autrui régulièrement obtenue dans un Etat de l'Union serait contraire au principe de libre circulation dont bénéficie tout citoyen européen. Or, ce type de convention peut être obtenu au Royaume-Uni ou encore en Grèce. La femme française commanditaire y serait indiquée comme mère, et le parquet de Nantes ne devrait pas pouvoir refuser de transcrire ce lien de filiation sur les registres de l'état civil français, au nom des libertés énoncées par l'article 18 CE. Autrement, l'intérêt supérieur de l'enfant serait bafoué, puisqu'il serait victime d'une impossibilité d'exercer son droit de libre circulation si sa filiation maternelle établie dans un Etat membre était rejetée et ignorée par un autre Etat membre.

202. Bien sûr, l'entrave à la liberté de circulation peut être justifiée par l'intérêt général, et le ministère public pourrait à ce titre invoquer la contrariété à l'ordre public de la convention de gestation pour autrui. Cependant, l'exemple de la résolution espagnole prise par la DGRN précédemment évoquée nous montre bien que cet argument ne tient pas face au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, et à la nécessité pour ce dernier de bénéficier d'une continuité dans l'espace de sa filiation. Et c'est bien cette continuité spatio-temporelle que défend également l'article 18 CE, et donc la CJUE.

B. La nécessité impérieuse de reconnaître en France les décisions régulièrement obtenues à l'étranger

203. Il est vrai que l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice ne concerne que des situations cantonnées à l'espace de l'Union européenne. Cependant, on ne peut ignorer le fait que les entraves à la libre circulation résultent de tout refus de reconnaissance d'une décision obtenue régulièrement à l'étranger dans sa dimension internationale, et pas seulement européenne. La position de la CJUE donne donc de nouveaux arguments en faveur d'une ouverture plus large aux décisions étrangères, dont les effets doivent être accueillis, quand bien même ces actes juridiques n'auraient

pas été obtenus sous l'égide de la loi compétente en vertu de la règle de conflit de loi de l'Etat où la situation concrète est invoquée.

204. Rapportée aux conventions de gestation pour autrui, la situation des jumelles Mennesson, ainsi que de l'ensemble des enfants issus de mère porteuse, devrait permettre l'obtention de la reconnaissance en France de leur état civil, tel que prévu par la décision de la Cour suprême californienne. Cette solution milite en faveur d'un plus grand respect de l'intérêt de l'enfant confronté à une absence de reconnaissance de la filiation qui lui est pourtant naturelle. De plus, cela lui apporterait la stabilité du statut personnel, dont découlerait naturellement la sécurité juridique à laquelle chacun doit pouvoir prétendre.

205. Au niveau européen se dégage une réelle volonté de simplifier les rapports de droit entre les ressortissants de l'Union et les Etats membres, comme le montrent d'une part la réflexion menée dans le cadre du Livret vert intitulé « Moins de démarches administratives pour les citoyens – Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil »¹, et d'autre part la refonte du règlement Bruxelles I visant à faciliter et accélérer la circulation des décisions en matière civile et commerciale au sein de l'Union, en supprimant l'*exequatur*².

206. L'objectif de simplification est complexe et démontre bien toute la difficulté de concilier ordre public interne et situation concrète des intéressés. Néanmoins il est du devoir du législateur d'apporter un encadrement précis pour assurer la sécurité juridique du rapport de filiation des enfants, quelle que soit l'origine de l'organisation de cette filiation, et ce dans leur intérêt supérieur au sens de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

207. Reconnaître les décisions étrangères est une manière d'améliorer le bon fonctionnement de notre justice. Comme le relève très justement Mme Usunier, « l'existence même du droit international privé [est] tributaire de la reconnaissance par l'ordre juridique du for de son absence d'omnipotence, c'est-à-dire du fait qu'il est souhaitable, pour la réalisation de la justice, que les rapports de droit présentant des

¹ Livret vert, Commission Européenne, Bruxelles, 14 déc. 2010, COM (2010) 747 final, spéc. point 4, p. 11 : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0747:FIN:FR:PDF>

² Règlement UE 1215/2012, 12 déc. 2012, JOUE, 20 déc. 2012, applicable à compter du 10 janv. 2015 : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:fr:PDF>

éléments d'extranéité échappent parfois, en tout ou en partie, au contrôle de l'ordre juridique du for »¹. Cette réflexion semble tout à fait correspondre aux situations dans lesquelles est en jeu l'intérêt supérieur de l'enfant, et pour lesquelles la Cour de cassation, tout particulièrement, devrait pouvoir bénéficier d'une plus grande souplesse de décision. Bien évidemment, tout cela dépendra du bon vouloir du législateur et donc d'une évolution législative qui semble aujourd'hui plus que nécessaire.

¹ L. Usunier, « *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé* », préface de H. Muir Watt, éd. Economica, 2008

Conclusion

208. Pendant des millénaires, l'enfant a été considéré comme un objet de droit par les adultes. Pour qu'une évolution s'amorce, il aura fallu attendre tout d'abord l'adoption de la Déclaration de Genève en 1924¹, texte historique qui affirmait pour la première fois l'existence de droits spécifiques aux enfants. Mais son absence de force contraignante pour les Etats signataires a eu raison de son impact réel sur le quotidien des enfants.

209. Il est vrai que la réflexion aura été longue pour voir enfin l'enfant accéder au statut de sujet de droit. C'est chose faite depuis l'avènement de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, dont le succès mondial a été particulièrement salué. Près de vingt-cinq ans après sa signature et sa ratification par la très grande majorité des Etats, son rayonnement dans notre ordonnancement juridique se fait toujours plus important.

210. C'est particulièrement le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant qui aura bien évidemment retenu toute notre attention, car son impact sur notre législation, sur la réflexion et la prise de décision des magistrats, ainsi que sur les débats enflammés autour de sa légitimité, a permis de dynamiser notre droit de la filiation, voire notre droit des mineurs dans sa globalité.

211. Que se serait-il passé si la Convention de New-York n'avait pas existé ? On peut aisément imaginer que la réflexion intense qui s'est engagée autour du statut de l'enfant, de sa protection et de son intérêt supérieur, aurait été extrêmement lente, voire inexistante. Cela aurait entraîné une stagnation de l'évolution du droit des mineurs, et une absence de réelles confrontations entre Cour de cassation et juges du fond, entre autres.

212. Or, l'existence de cette Convention internationale des droits de l'enfant et sa volonté de faire prévaloir en toute situation l'intérêt supérieur de l'enfant est ce qui pouvait arriver de meilleur pour le fonctionnement de la justice des Etats. Si les débats

¹ Première déclaration des droits de l'enfant, dite « Déclaration de Genève », adoptée lors du IV^e Congrès général de l'Union internationale de secours aux enfants, le 23 févr. 1923, et ratifiée par le V^e Congrès général le 28 févr. 1924 http://etat.geneve.ch/dt/archives/declaration_geneve-66-2193-1072.html

sont importants, c'est parce qu'ils sont permis par l'existence de ce principe. Sans la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, on aurait pu craindre une absence de réformation du droit des mineurs en général, et du droit de la filiation en particulier.

213. La tâche est ardue pour aboutir à un consensus des solutions, que ce soit en matière d'adoption par les couples homosexuels, en matière de *kafala* ou encore de gestation pour autrui. Mais ces institutions qui viennent bouleverser l'ordre juridique établi, qui entraînent des dissensions entre les différentes juridictions, sont le signe que la société est en perpétuel mouvement, ce que le législateur ne peut ignorer. Les magistrats du fond, qui sont les témoins quotidiens de ces changements sociétaux, ont à cœur de rendre des décisions parfois en contradiction avec le droit positif, avec pour objectif d'attirer l'attention du législateur sur les dysfonctionnements concrets de la législation, particulièrement lorsqu'ils portent atteinte à l'intérêt des enfants.

214. C'est grâce à cette réflexion constante sur l'intérêt supérieur de l'enfant que le législateur décidera sans doute d'intervenir pour clarifier la situation d'enfants actuellement soumis à une grande insécurité juridique. Si le sort des enfants élevés au sein de familles homoparentales a peut-être enfin trouvé une solution dans l'adoption de la loi relative au mariage des personnes de même sexe, il reste encore beaucoup à faire pour assurer le respect de l'intérêt supérieur d'enfants recueillis en *kafala* mais interdits d'adoption, ou ceux nés de mère porteuse et privés de la filiation légale à laquelle ils sont pourtant en droit de prétendre.

215. Pour ces derniers, la porte sur une amélioration est peut-être en train de s'ouvrir grâce à une récente décision de la Cour d'appel de Rennes du 21 février 2012¹, qui semble aller dans le sens de la décision du Conseil d'Etat du 4 mai 2011. En effet, la Cour a déplacé le débat sur les actes eux-mêmes, et non sur leur origine, sur les conséquences d'une non-transposition pour les enfants plutôt que sur la conception de ces mêmes enfants. La Cour de cassation saura-t-elle saisir cette opportunité d'enfin privilégier l'intérêt supérieur de l'enfant concerné sur la violation de l'ordre public ? Cela est plus que souhaitable, mais les magistrats près la Cour de cassation sont particulièrement tenus par les textes de loi. Il revient alors au législateur d'enfin agir, pour que l'intérêt supérieur de ces enfants en situation de fragilité extrême, soit réellement assuré.

¹ CA Rennes, 6^{ème} ch., 21 févr. 2012, arrêt n° 434, RG 11/02758

Bibliographie

Ouvrages généraux

L. Antonini-Cochin et Ch. Courtin, *L'essentiel de la jurisprudence civile*, « Famille », coll. Les Carrés, Gualino, Lextenso, 2^{ème} éd., 2010.

F. Debove, R. Salomon, Th. Janville, *Droit de la famille*, coll. Dyna'sup droit, Vuibert, 6^{ème} éd., 2011.

F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 7^{ème} éd., 2006.

R. Desgorces, H. Aubry, E. Naudin, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, coll. Thémis Droit, PUF, 1^{ère} éd., 2011.

F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil « La famille »*, coll. Précis, Dalloz, 8^{ème} éd., 2011.

Monographie

A. Gouttenoire et Ph. Bonfils, *Droit des mineurs*, coll. Précis, Dalloz, 1^{re} éd., 2008.

Articles

M. Bandrac, G. Delaisi de Pesreval et V. Depadt-Sebag, « *Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ?* », D. 2008, p. 434.

A. Boiché, « *Responsabilité parentale : la convention de La Haye du 19 octobre 1996 en vigueur au 1^{er} février 2011* », AJ fam. 2011, p. 93.

F. Boulanger, « *La question de la conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le refus de partage égal de responsabilité entre deux personnes de même sexe* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 21, 23 mai 2011, p. 615.

M. Boulenouar Azzemou : « *La réception par le système juridique algérien de l'imagination juridique française* », in dossier « *La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala* », Dr. fam. n° 1, janv. 2009, dossier 1.

M. Boulénouar Azzemou : « *Recueil légal (kafala) et droit(s) positif(s)* », in dossier « *La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala* », Dr. fam. n° 1, janv. 2009, dossier 3.

Cl. Brisset, « *Les droits de l'enfant dans le monde* », Gaz. Pal. n° 132, 12 mai 2011, p. 26.

M. Bruggeman, « *L'adoption bientôt possible des enfants recueillis en kafala ?* », Dr. fam., n° 6, juin 2011, alerte 55.

F. Chénéde, « *Du nouveau en matière d'adoption internationale par des concubins homosexuels* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 29, 16 juill. 2012, p. 857.

M. Chopin, « *La résidence alternée : état du droit, bilan et jurisprudence* », AJ fam. 2010, p. 21.

M.-Th. Cordier, « *Kafala – Panorama de jurisprudence* », Dr. fam. n° 1, janv. 2009, prat. 1.

G. de Geouffre de La Pradelle, « *Gestation pour autrui à l'étranger : annulation de la transcription des actes de naissance constatant une filiation cependant reconnue* », D. 2010, p. 1683.

F. Dekeuwer-Défossez, « *L'effectivité de la CIDE : rapport de synthèse* », Petites affiches, n° 200, 07 oct. 2010, p. 35.

A. Devers, « *Contrariété à l'ordre public de la décision étrangère d'adoption par un couple de personnes de même sexe* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 25, 18 juin 2012, p. 728.

M. Domingo, « *Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille* », Gaz. Pal. n° 132, 12 mai 2011, p. 13.

M. Douris, « *L'adoption d'un enfant recueilli en kafala et le recours à la nationalité française : mode d'emploi* », AJ fam. 2011, p. 320.

O. Dubos, « *La kafala et le juge administratif : court séjour au pays de l'insécurité juridique* », in dossier « *La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala* », Dr. fam. n° 1, janv. 2009, dossier 4.

V. Egea, « *L'action du ministère public face aux gestations pour autrui* », Dalloz actualité, 07 janv. 2009.

V. Egea, « *Gestation pour autrui : épilogue ?* », Dalloz actualité, 04 mai 2010.

V. Egea, « *Gestation pour autrui : annulation de la transcription des actes de naissance étrangers* », D. 2010, p. 1683.

I. Gallmeister, « *Adoption par un couple homosexuel : refus d'exequatur* », D. 2012, p. 1546.

T. Garé, « *Le refus de transposer la kafala en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 11, 14 mars 2011, p. 301.

H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, « *Droit international privé février 2011 – janvier 2012* », D. 2012, p. 1228.

A. Gouttenoire, « *Le domaine de l'article 3-1 de la CIDE : la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant* », Petites affiches n° 200, 07 oct. 2010, p. 24.

A. Gouttenoire, « *L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas d'avoir une filiation frauduleuse* », L'Essentiel du droit de la famille et des personnes n° 1, 20 nov. 2010, p. 7.

A. Gouttenoire, « *Enfant conçu dans le cadre d'une convention de mère porteuse : l'intérêt supérieur de l'enfant suffisant devant le Conseil d'Etat* », L'Essentiel du droit de la famille et des personnes n° 7, 20 nov. 2011, p. 3.

A. Gouttenoire, « *La conventionalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 19, 7 mai 2012, p. 589.

B. Haftel, « *Eclairage de droit international privé* », AJ fam. 2010, p. 387.

B. Haftel, « *Reconnaissance des adoptions homoparentales prononcées à l'étranger : valse-hésitation à la Cour de cassation* », AJ fam. 2012, p. 397.

P. Hammje « *L'intérêt de l'enfant face aux sources du droit international privé* », in Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, D. 2005, p. 365 et s.

P. Hammje, « *Maternité pour autrui, possession d'état et état civil* », RCDIP 2011, p. 722.

J. Hauser, « *L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen* », RTD Civ. 2008, p. 93.

J. Hauser, « *Filiation adoptive : couples homosexuels, une résistance des juges du fond ?* », RTD Civ. 2008, p. 97.

J. Hauser, « *Partage d'autorité parentale et couple homosexuel : un service minimum des relations familiales ?* », RTD Civ. 2010, p. 547.

J. Hauser, « *Maternités pour autrui : un enfant « à façon » ou l'heure de vérité ?* », RTD Civ. 2012, p. 304-305.

J. Hauser, « *La guerre des super-juges n'aura pas lieu : adoption, autorité parentale conjointe et couple homosexuel* », RTD Civ. 2012, p. 306.

C. Kleitz, « *Les effets du tourisme procréatif en gestation* », Gaz. Pal. n° 132, 12 mai 2011, p. 3.

P. Lagarde, « *Annulation de la transcription d'un acte de naissance californien résultant d'une convention de gestation pour autrui* », RCDIP 2009, p. 320.

M. Lamarche, « *Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ?* », Dr. fam. Nov. 2007, n° 11, alerte 87.

M. Lamarche, « *Adoptez qui vous voulez, comme vous le voulez ?* », Dr. fam. n° 9, sept. 2011, alerte 70.

M.-Ch. Le Boursicot, « *La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation* », Droit et cultures, <http://droitcultures.revues.org/2138>, juill. 2010.

J.-P. Marguénaud, « *Le refoulement de l'adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel* », RTD Civ. 2012, p. 275.

E. Massaive et C. Corso, « *Kafalas transfrontalières : la nécessaire adoptabilité, en France, des enfants sans filiation* », AJ fam. 2011, p. 227.

E. Massaive et C. Corso, « *A propos de la proposition de loi du 10 mars 2011 relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala* », AJ fam. 2011, p. 421.

F. Miloudi, « *La gestation pour autrui : un refus circonstancié ?* », AJ fam. 2011, p. 499.

A. Mirkovic, « *La maternité pour autrui : le rapport d'information de la commission des lois du Sénat n° 421* », D. 2008, p. 1944.

A. Mirkovic, « *L'intérêt de l'enfant au service des revendications des personnes de même sexe* », AJ fam. 2011, p. 605.

A. Mirkovic, « *La filiation d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger ne peut être reconnue en droit français* », Revue Lamy Droit Civil n° 83, juin 2011, p. 39-40.

A. Mirkovic, « *Gestation indienne : transcription sur les registres d'état civil* », D. 2012, p. 878.

F. Moureau, « *La résidence alternée doit-elle devenir le mode principal d'exercice de l'autorité parentale ?* », AJ fam. 2011, p. 576.

P. Murat, « *Le refus de la transformation en adoption* », in dossier « *La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala* », Dr. fam. n° 1, janv. 2009, dossier 8.

C. Neirinck, « *Homoparentalité et ordre public* », Revue de droit sanitaire et social 2010, p. 1128.

C. Neirinck, « *L'autre versant de la gestation pour autrui : la paternité du commanditaire* », Dr. fam. n° 6, juin 2011, commentaire 99.

T. Oubrou, « *La kafala et la sharia* », in dossier « *La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala* », Dr. fam. n° 1, janv. 2009, dossier 2.

H. Péroz, « *Refus d'exequatur d'une adoption prononcée à l'étranger par un couple homosexuel non marié* », L'essentiel du droit de la famille et des personnes, n° 7, 15 juill. 2012, p. 7.

H. Poivey-Leclercq, « *Présentation du thème du XX^{ème} anniversaire de la Convention de New York, Etats généraux 2009* », Gaz. Pal. n° 342, 08 déc. 2009, p. 13.

M. Rebourg, « *Chronique droit de la famille* », La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 9 janv. 2012, p. 31.

P. Salvage-Gerest, « *Kafala et nationalité française* », AJ fam. 2012, p. 400.

B. Weiss-Gout, « *Trois décisions, une même déception* », Gaz. Pal. n° 146, 26 mai 2011, p. 7.

D. Youf, « *La Convention internationale des droits de l'enfant : ses raisons d'être* », Petites affiches n° 200, 07 oct. 2010, p. 3.

Rapports, commissions, travaux parlementaires

Rapport de la Défenseure des enfants au Comité de suivi de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant,
<http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/rapportgeneve2004.pdf>,
févr. 2004.

Rapport d'information de la commission des lois du Sénat n° 421, 25 juin 2008.

Rapport annuel de la Cour de cassation, « *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation ; contributions de la 1^{ère} chambre civile : L'application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant* »,
[www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport CC 2009.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport_CC_2009.pdf), 2009.

Défenseur des droits, « *Proposition de réforme 10-R009 visant à améliorer les droits et le statut juridique des enfants recueillis par kafala en France* »,
[http://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/proposition de reforme visant a ameliorer les droits et le statut juridique des enfants recueillis par kafala en france.pdf](http://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/proposition_de_reforme_visant_a_ameliorer_les_droits_et_le_statut_juridique_des_enfants_recueillis_par_kafala_en_france.pdf), 14 avr. 2010.

Proposition de loi « *afin de permettre l'adoption des enfants régulièrement accueillis en Kafala* », n° 353, Sénat, 10 mars 2011.

Parlement européen, « *résolution n° A7-0065/2011 sur les priorités et la définition d'un nouveau cadre politique de l'Union en matière de lutte contre la violence à l'encontre des*

femmes » (points 20 et 21),

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0065&language=FR>, 05 avr. 2011.

Articles de presse, colloques

Colloque Unicef - Sciences Po Paris pour l'anniversaire de la CIDE Convention Internationale des Droits de l'Enfant, le 18/11/2009 :

<http://www.unicef.fr/contenu/actualite-humanitaire-unicef/colloque-unicef-sciences-po-2009-09-15>

Colloque sur le statut de l'enfant, Université de Reims Champagne-Ardenne, lundi 2 mai 2011, in « *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant* », Revue Lamy Droit Civil, supplément au n° 87, novembre 2011 :

- P. Hausman, « *Nouveautés apportées par la Convention internationale des droits de l'enfant : enjeux et espoirs* », p. 5
- J.-D. Sarcelet, « *L'application de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit interne* », p. 17
- Brunetti-Pons, « *L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ?* », p. 27
- J. Hauser, « *Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : rapport de synthèse* », p. 60

« *Les homosexuels pourront adopter l'enfant de leur partenaire* », article paru dans La tribune de Genève, 19 févr. 2013 :

<http://www.tdg.ch/monde/europe/Les-homosexuels-pourront-adopter-l-enfant-de-leur-partenaire-/story/20376562>

J. Stolz, « *Adoption : la Cour européenne des droits de l'homme proscrit la distinction entre hétérosexuels et homosexuels* », in Le Monde, 21 févr. 2013

Sites internet

<http://www.lextenso.fr>

<http://www.dei-france.org>

<http://www.dalloz.fr>

<http://www.courdecassation.fr>

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_FR

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

<http://avocats.fr/space/caroline.mecary>

<http://www.jafland.info/>

Table des matières

| | |
|---|----|
| SOMMAIRE | 4 |
| ABREVIATIONS | 5 |
| INTRODUCTION | 6 |
| PARTIE I : L'intérêt supérieur de l'enfant, puissant outil au service des magistrats du fond | 12 |
| CHAPITRE 1 : Un outil incontournable en pratique et pourtant délicat à appréhender | 12 |
| SECTION 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant, préoccupation constante du juge aux affaires familiales..... | 13 |
| I. L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur des compétences du juge aux affaires familiales | 13 |
| A. Le juge aux affaires familiales, juge naturel de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant..... | 13 |
| B. L'intérêt supérieur de l'enfant, fil conducteur du travail du juge aux affaires familiales | 15 |
| II. Les domaines d'application de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant..... | 16 |
| A. L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale..... | 17 |
| B. L'intérêt supérieur de l'enfant facteur de choix de la résidence, de droit de visite et d'hébergement..... | 18 |
| SECTION 2 : La nécessité de se prémunir contre les risques de dérive..... | 21 |
| I. Les craintes de dérive liées à l'aspect malléable de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant..... | 22 |
| A. Les risques engendrés par l'ambivalence de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant | 22 |
| B. L'absence de définition objective à l'origine de craintes profondément ancrées..... | 23 |
| II. Les exigences procédurales garantes de l'absence d'arbitraire | 24 |
| A. L'obligation de motivation protectrice du risque de dérive | 24 |
| B. L'alternative anglo-saxonne au risque de dérive..... | 26 |
| CHAPITRE 2 : Un outil indispensable au bon fonctionnement de la justice des mineurs..... | 28 |
| SECTION 1 : L'instrumentalisation nécessaire au regard des évolutions de la vie contemporaine | 28 |
| I. L'instrumentalisation de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour une protection plus effective..... | 29 |
| A. L'amélioration de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant par le biais de décisions rendues <i>ultra petita</i> | 29 |

| | |
|---|--------|
| B. La liberté d'action offerte au juge aux affaires familiales, miroir de la liberté d'action du juge des enfants | 30 |
| II. La pratique contemporaine de la résidence alternée, mise en pratique délicate de la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant | 33 |
| A. Le rôle central du JAF quant au succès de la mise en œuvre d'une résidence alternée dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant..... | 33 |
| B. Le JAF, gardien de la primauté de l'intérêt de l'enfant face à ses parents | 35 |
| SECTION 2 : L'instrumentalisation de la notion au service des enfants élevés au sein des familles homoparentales..... | 39 |
| I. L'adoption, une institution longtemps inadaptée | 39 |
| A. L'adoption possible sous condition de mariage | 40 |
| B. La nécessité impérieuse d'une évolution législative | 41 |
| II. L'intérêt supérieur de l'enfant, un pis-aller dans l'octroi de la délégation-partage de l'autorité parentale | 43 |
| A. La rigueur de la Cour de cassation en contradiction avec l'intérêt des enfants élevés au sein de familles homoparentales | 44 |
| B. L'intensification de la résistance initiée par les juges du fond | 46 |
| PARTIE II : L'intérêt supérieur de l'enfant vecteur d'évolution et de dynamisation du droit de la filiation | 50 |
| CHAPITRE 1 : Une notion au cœur des dissensions entre la Cour de cassation et les autres juridictions françaises et étrangères..... | 50 |
| SECTION 1 : La position stricte et cristallisée de la Cour de cassation | 51 |
| I. La <i>kafala</i> , recueil légal à l'origine d'importantes dissensions entre la Cour de cassation et les juridictions du fond | 51 |
| A. Le verrou posé par l'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil..... | 51 |
| B. Une solution à l'encontre de la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant..... | 53 |
| II. La gestation pour autrui, symbole de la confrontation entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant | 55 |
| A. L'applicabilité directe de la Convention de New-York au service de la sauvegarde de l'intérêt supérieur des enfants nés de mère porteuse | 56 |
| B. Le sort commun réservé aux enfants nés de mère porteuse et aux anciens enfants adultérins..... | 58 |
| SECTION 2 : La position pragmatique du Conseil d'Etat et des législations étrangères..... | 62 |
| I. L'interprétation <i>in concreto</i> par le Conseil d'Etat moteur de la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant..... | 62 |
| A. La souplesse d'interprétation des notions de vie familiale et d'ordre public au service de la sauvegarde de l'intérêt supérieur du <i>makful</i> | 62 |

| | |
|---|----|
| B. La primauté donnée par le Conseil d'Etat à l'intérêt supérieur de l'enfant issu de mère porteuse sur les considérations d'ordre public..... | 66 |
| II. La comparaison avec les législations étrangères porteuse d'un vent de réforme français | 68 |
| A. La prohibition de l'adoption des <i>makfuls</i> , l'exception française | 68 |
| B. La conciliation possible de l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une mère porteuse et d'une législation prohibitive des contrats de gestation pour autrui..... | 71 |
| CHAPITRE 2 : La dynamique de l'évolution législative portée par l'esprit européen | 73 |
| SECTION 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant au cœur du droit européen, facteur d'assouplissement de la jurisprudence française..... | 73 |
| I. L'émergence d'un ordre public européen en matière d'adoption internationale..... | 73 |
| A. L'adoption par les couples homosexuels tributaire de l'existence d'un consensus autour du sort réservé aux couples de concubins hétérosexuels | 74 |
| B. L'intérêt supérieur de l'enfant au soutien de la réalité sociétale en matière d'adoption internationale | 77 |
| II. Le droit au respect de la vie privée et familiale facteur d'évolution législative en matière de gestation pour autrui..... | 79 |
| A. L'assouplissement de la notion de vie privée et familiale par la jurisprudence européenne..... | 79 |
| B. La prise en considération impérative des décisions obtenues régulièrement à l'étranger | 81 |
| SECTION 2 : Les principes de liberté d'établissement et de circulation dans l'Union européenne au service de l'intérêt supérieur de l'enfant..... | 84 |
| I. Le choix d'une approche concrète des situations par la Cour de justice de l'Union européenne | 84 |
| A. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur les législations internes au nom du respect des principes européens | 85 |
| B. L'approche concrète des situations par la Cour au service du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant | 87 |
| II. La dynamique européenne au service de l'évolution législative française en matière de gestation pour autrui | 89 |
| A. Les principes fondamentaux du droit européen en faveur de la reconnaissance automatique des actes obtenus régulièrement dans un autre Etat membre..... | 89 |
| B. La nécessité impérieuse de reconnaître en France les décisions régulièrement obtenues à l'étranger | 90 |
| CONCLUSION | 93 |
| BIBLIOGRAPHIE | 95 |