



I H E I

Certificat d'Etudes Juridiques Internationales

Année universitaire 2014-2015

Rapport de recherches

**L'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de  
la Cour européenne des droits de l'Homme**

**Mariam Movsissian**

## **Table des matières**

Introduction

### **Première partie :**

#### **L'intérêt supérieur de l'enfant, facteur de protection de la vie familiale existante**

##### **Paragraphe 1 : Une détermination relativement simple de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de séparation des parents ou de mesure de placement de l'enfant**

A. L'intérêt supérieur de l'enfant entendu comme justifiant le maintien du lien familial

1. Une exigence inhérente au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 CESDH
2. Une exigence mesurée par l'intérêt supérieur de l'enfant

B. L'intérêt supérieur de l'enfant entendu comme pouvant exceptionnellement justifier un éloignement

1. Une ingérence pouvant être justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant
2. Le contrôle de l'obligation de réunion eut égard à l'intérêt supérieur de l'enfant

##### **Paragraphe 2 : Une détermination délicate de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière d'enlèvement international d'enfant**

A. L'obligation renforcée de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant imposée par la CEDH

1. L'incorporation de la Convention de la Haye dans l'article 8 CESDH
2. L'obligation de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'application de la Convention de la Haye contrôlée par la CEDH

B. La difficulté d'établir in concreto l'intérêt supérieur de l'enfant, preuve du flou inhérent à la notion

1. Affaire Maumousseau et Washington c. France : l'intérêt supérieur de l'enfant imposant son retour
2. Affaire Neulinguer et Shuruk c. Suisse : l'intérêt supérieur de l'enfant empêchant son retour

## **Deuxième partie :**

### **L'intérêt supérieur de l'enfant, facteur de création d'un lien familial inexistant**

#### **Paragraphe 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant, limite avérée à la non-reconnaissance des effets juridiques des gestations pour autrui**

A. La possibilité pour l'intérêt supérieur de l'enfant de valider un acte illicite, une question délicate

1. La volonté des Etats de faire primer leur conception de l'ordre public
2. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant rappelée par la CEDH

B. L'intérêt supérieur de l'enfant entendu comme celui de voir sa filiation établie

1. L'établissement de la filiation, exigence inhérente au respect de la vie privée
2. L'établissement de la filiation malgré le recours à la GPA, conséquence de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant

#### **Paragraphe 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant, limite nuancée aux restrictions en matière d'adoption**

A. Une utilisation juste de l'intérêt supérieur de l'enfant au service de l'adoption

1. L'intérêt supérieur de l'enfant, source d'une certaine protection de l'adoption
2. L'intérêt supérieur de l'enfant, limite dépassée au refus d'agrément opposé à un adoptant homosexuel

B. L'intérêt supérieur de l'enfant, limite sous-estimée aux différences de traitement entre couples

1. La possibilité de réserver un statut spécifique aux couples mariés en dépit de l'intérêt supérieur de l'enfant
2. L'impossible discrimination des couples non mariés en fonction de leur orientation sexuelle

Conclusion

Bibliographie

## **Introduction**

« Donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit d'ignorer le droit » écrivait le Professeur Jacqueline-Devichi<sup>1</sup>. Concernant les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), peut-on estimer la critique fondée ? Il convient afin de le savoir de se pencher sur le rôle de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la CEDH.

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas mentionnée en tant que telle dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme de 1950 (CESDH) ; elle est néanmoins très utilisée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), chargée du contrôle de son application. En effet, elle trouve à s'appliquer principalement dans les affaires concernant la vie privée et familiale, dont le respect est protégé par l'article 8 de la Convention. Le paragraphe 1 de cet article est ainsi libellé : « toute personne a le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Son paragraphe 2 limite l'étendue de ce droit en admettant, sous certaines conditions, la possibilité d'une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit. Ainsi, pour être conforme à l'article 8, l'ingérence doit d'abord être prévue par la loi ; ensuite, elle doit poursuivre un but légitime (la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui) ; enfin, elle doit être nécessaire dans une société démocratique.

Selon Frédéric Sudre<sup>2</sup>, si la « vie familiale » visée par le texte de 1950 désignait la famille, la « vie familiale » s'est cependant aujourd'hui détachée de la « famille » dans la jurisprudence européenne. La Cour a énoncé dans l'arrêt *Marckx c. Belgique* rendu le 13 juin 1979 que l'article 8, en garantissant le droit au respect de la vie familiale, présuppose l'existence d'une famille. Mais selon la jurisprudence de la Cour, la Convention est un instrument vivant, qui s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans

---

<sup>1</sup> Cf P. Verdier, « Les dérives de l'utilisation de la notion d'intérêt de l'enfant », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en question : leurre ou levier au service de ses droits ?*, Paris, DEI Assemblée Nationale, 20 novembre 2010.

<sup>2</sup> Cf F. Sudre, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pages 12 et 13.

les Etats démocratiques<sup>3</sup>. La Cour a donc fait évoluer la notion de vie familiale protégée par l'article 8 ; comprise à l'origine comme découlant du mariage, la famille en est aujourd'hui détachée. La Cour n'a jamais défini *in abstracto* la notion de famille, considérant que l'institution de la famille n'est pas figée, tant au plan historique que sociologique ou juridique<sup>4</sup>. Elle recherche au cas par cas l'existence d'une vie familiale selon les liens existants entre les individus dans chaque affaire ; en effet, l'existence d'un lien familial formel n'est pas nécessaire pour l'application de l'article 8<sup>5</sup>. Selon Frédéric Sudre, la Cour a ainsi donné au concept de « vie familiale » un sens utile, favorisant le plus largement possible l'applicabilité du droit au respect de la vie familiale<sup>6</sup>.

Quant à la notion de vie privée, qui nous intéressera moins, elle est, selon J. F. Renucci<sup>7</sup>, « fluctuante et imprécise, dépendante des circonstances, et entendue largement par les juges européens afin d'assurer la protection la plus forte ». Par exemple, la vie privée recouvre la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir un<sup>8</sup>. Elle recouvre le contentieux de la filiation, le nom, la nationalité, la vie sexuelle, le droit à l'image, le droit à la connaissance de ses origines, le droit au respect d'un mode de vie... Selon la décision *Niemetz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, la vie privée englobe également « le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ». La frontière entre vie privée et familiale peut ainsi sembler ténue, et la Cour parle parfois de « vie privée et familiale » sans distinguer entre les deux notions.

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'étant pas mentionnée dans le texte de la Convention, il convient de s'intéresser à son origine juridique ainsi qu'à son existence et son utilisation en dehors de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, avant de voir comment celle-ci la reprend.

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant est mentionnée dans plusieurs instruments internationaux. Le texte phare la consacrant et à l'origine de son « succès » actuel est la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) adoptée le 20 novembre 1989, dite Convention de New York. La notion était déjà citée par la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 qui était cependant dépourvue de valeur contraignante. Ainsi, le

---

<sup>3</sup> CEDH, *Guzzardi*, arrêt du 6 novembre 1980, § 95.

<sup>4</sup> CEDH, *Mazurek c. France*, arrêt du 1er février 2000.

<sup>5</sup> CEDH, *Wagner et J. M. W. L. c. Luxembourg*, arrêt du 28 juin 2007.

<sup>6</sup> Cf F. Sudre, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, *op. cit.*, page 24.

<sup>7</sup> Cf J-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2<sup>e</sup> édition 2012, page 267.

<sup>8</sup> CEDH, *Tysiac c. Pologne*, arrêt du 20 mars 2007.

désormais célèbre article 3-1 de la CIDE énonce : « 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 ». L'intérêt supérieur de l'enfant est ensuite mentionné par d'autres articles : l'article 9 qui concerne la séparation de l'enfant et de sa famille ; l'article 18 qui concerne la responsabilité parentale ; l'article 20 qui concerne l'adoption ; l'article 37 qui concerne la privation de liberté. La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant de 1996 se réfère elle aussi à plusieurs reprises à l'intérêt supérieur de l'enfant. On retrouve également le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant aux articles 5 et 16 de la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Enfin, l'article 24 §2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en fait mention en énonçant : « dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

Tous ces instruments mentionnent donc l'intérêt supérieur de l'enfant, mais aucun ne s'est efforcé de précisément le définir. Peut-être est-ce pour donner davantage de portée à la notion sans l'enserrer dans des limites trop strictes. Ainsi, comme le souligne Claire Neirinck, professeur à l'Université de Toulouse <sup>9</sup>, « l'expression « intérêt de l'enfant » peut facilement être appliquée à toutes les situations. Chacun demeure libre d'imaginer ce qu'elle recouvre car elle n'évoque rien de précis ; mieux, elle fait essentiellement appel à l'empathie. Qui oserait affirmer qu'il est contre l'intérêt de l'enfant ? ». Elle qualifie la notion de standard qui ne suggère aucune image, aucun contenu, et qui serait modelable à l'infini car le mot intérêt n'a pas de sens précis mais en a au contraire plusieurs<sup>10</sup>. Thomas Dumortier, lui, parle d'une « notion aussi insaisissable qu'auréolée du prestige associé à la protection de l'enfance »<sup>11</sup>. Il fait état du malaise dont les membres de la doctrine témoignent vis-à-vis de cette notion qu'il compare à celui observé s'agissant de l'ordre public ou de l'intérêt général ; il est en effet selon lui impossible de donner une

---

<sup>9</sup> Cf C. Neirinck, « A propos de l'intérêt de l'enfant », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, pages 25 et suivantes.

<sup>10</sup> *Ibid.*, page 26.

<sup>11</sup> T. Dumortier, « L'intérêt supérieur de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », un séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, in *La Revue des Droits de l'Homme*, numéro 3, juin 2013.

signification a priori de l'intérêt de l'enfant ou même de cerner des critères permettant de favoriser son identification<sup>12</sup>.

Bien que la plupart des auteurs critiquent cette notion floue, certains se sont néanmoins risqués à proposer une définition. C'est notamment le cas de Jean Zermatten, Président du comité des droits de l'enfant de l'ONU, qui tente de la définir ainsi<sup>13</sup> : « la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence ». Il juge lui-même sa définition imparfaite mais estime qu'elle « a le mérite de résumer ce qui a été expliqué jusqu'ici et synthétiser le concept »<sup>14</sup>. On peut se référer aussi aux lignes directrices du Haut-Commissariat aux réfugiés relatives à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, selon lesquelles « l'expression « intérêt supérieur » renvoie de manière générale au bien-être de l'enfant, qui dépend de différentes circonstances particulières telles que son âge et sa maturité, la présence ou l'absence de ses parents, l'environnement dans lequel il vit et son histoire personnelle »<sup>15</sup>.

Les droits internes et juridictions internes mentionnent et utilisent également largement cette notion. Nous prendrons l'exemple de l'ordre juridique français que nous connaissons le mieux. Comme le remarque Thomas Dumortier<sup>16</sup>, en droit français, l'intérêt de l'enfant peut être évoqué par un texte législatif ou réglementaire et ainsi constituer un motif de droit sur le fondement duquel une décision peut être prise par l'administration ou le juge ; il peut également être invoqué de manière autonome, comme principe interprétatif, par exemple pour interpréter la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce, prévoyant que « selon l'intérêt des enfants mineurs, leur garde est confiée à l'un ou l'autre des époux ». L'article 3-1 de la Convention de New York précitée, qui concerne l'intérêt supérieur de l'enfant, a été reconnu d'effet direct par les juridictions internes. Le

---

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> J. Zermatten, *Cours sur l'intérêt supérieur de l'enfant*, Paris VIII, mars – mai 2005.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> HCR, *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, mai 2008.

<sup>16</sup> T. Dumortier, « L'intérêt supérieur de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », un séminaire Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, *op. cit.*.

mouvement a été lancé par le Conseil d'Etat d'abord<sup>17</sup> et suivi par la Cour de Cassation ensuite<sup>18</sup>.

Les Etats qui l'ont ratifiée et les juridictions internes doivent ainsi tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en vertu de la Convention de New York de 1989 ; aucune disposition de la CESDH ne les y contraint explicitement. Mais la Cour européenne des droits de l'Homme, considérant de manière constante que dans les affaires concernant les relations parents-enfants, l'intérêt des enfants doit passer avant toute autre considération, contrôle néanmoins la prise en compte par les juridictions internes de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contentieux relatif à l'article 8. Elle estime en effet qu'il existe un large consensus – y compris en droit international – autour de ce principe<sup>19</sup>. Elle a donc ainsi intégré aux obligations découlant pour les Etats de l'article 8, celle de prendre en compte et respecter l'intérêt supérieur de l'enfant. Le fait pour un Etat de ne pas avoir pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, ou de ne pas l'avoir suffisamment respecté, pour prendre une décision en matière familiale, peut constituer à lui seul un motif de violation de l'article 8, rendant l'ingérence qui ne serait pas justifiée et proportionnée du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant, contraire à l'article 8 §2.

Mais encore faut-il réussir à déterminer cet intérêt qu'il convient aux Etats de respecter sous le contrôle de la Cour. Il est souvent invoqué par les requérants comme par les gouvernements, et dans une même affaire, chaque partie peut arriver à en offrir une lecture propre à défendre ses intérêts<sup>20</sup>. Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant semble se détacher de l'enfant, pour devenir l'intérêt du requérant à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit interprété de manière à ce que sa requête soit reçue et le constat d'une violation de la CESDH prononcé, et l'intérêt du gouvernement à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit interprété de manière à ce que la Cour conclut à l'absence de violation. La Cour n'offre cependant pas de définition *in abstracto* de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle considère néanmoins que la notion doit être constamment interprétée de manière cohérente, quelle que soit la convention internationale invoquée.

---

<sup>17</sup> Conseil d'Etat, *Mlle Cinar*, 22 septembre 1997.

<sup>18</sup> Cour de cassation, 1<sup>er</sup> civ., 18 mai 2005, puis Cour de cassation, 1<sup>er</sup> civ., 14 juin 2005, concernant l'affaire *Maumousseau et Washington c. France*, dont la CEDH connaîtra le 6 décembre 2007.

<sup>19</sup> CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010.

<sup>20</sup> Par exemple dans l'affaire CEDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, le gouvernement affirme avoir interdit le recours à la GPA dans l'intérêt de l'enfant, tandis que les requérants invoquaient le principe d'intérêt supérieur de l'enfant pour que la filiation telle qu'établie suite à la GPA puisse être reconnue.



Précisant dans de nombreuses affaires<sup>21</sup> que cet intérêt présente un double aspect : d'une part, « garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain » ; d'autre part, « maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne », elle se contente en réalité de présenter les deux faces sous lesquelles elle peut l'examiner. Ainsi, en considérant que le maintien des liens de l'enfant avec sa famille est un aspect de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour nous dit que pour apprécier la nécessité de maintenir ou non ces liens, elle se réfère à l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle ne peut donc préciser comment cet intérêt doit être entendu *in abstracto* car tout dépend des faits de chaque affaire. Ainsi dans son examen, elle ne prend parfois pas la peine de définir l'intérêt supérieur de l'enfant *in concreto* et se contente de considérer que l'intérêt supérieur de l'enfant a été suffisamment pris en compte, ou ne l'a pas été. Mais elle peut aussi recourir à des formules du type « l'intérêt supérieur de l'enfant, entendu comme (...) »<sup>22</sup>. Son interprétation de la notion semble assez contingente. Son application de la notion se révèle quant à elle fluctuante, parfois critiquable – et critiquée, notamment par les juges de la Cour eux-mêmes qui peuvent ne pas se rallier à la décision rendue par la majorité en raison de leur interprétation différente de l'intérêt supérieur de l'enfant dans une espèce donnée.

Cette notion, bien que difficile à cerner, semble jouer un rôle important sur lequel il convient de se pencher. Elle au cœur de la jurisprudence de la Cour en matière de protection de la vie familiale. Elle peut servir dans le cadre de la protection « indirecte » de la vie familiale, non expressément prévue par la Convention, c'est-à-dire pour les étrangers et les détenus, que nous ne développerons pas, mais aussi et surtout dans le cadre de la protection « directe » de la vie familiale, c'est-à-dire expressément prévue par la Convention, sur laquelle nous allons nous concentrer, en prenant appui sur des affaires qui nous ont semblé particulièrement importantes ou intéressantes du point de vue de l'application de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant par la Cour.

Nous allons ainsi tenter de comprendre quel rôle joue cette notion floue d'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de protection directe de la vie familiale.

---

<sup>21</sup> Voir notamment : CEDH, *Gnavoré c. France*, 19 septembre 2000 ; CEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, 6 décembre 2007 ; CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010...

<sup>22</sup> Par exemple, dans l'affaire *Maumousseau et Washington*, 2007, § 75, la Cour parle de « l'intérêt supérieur » de Charlotte, entendu comme sa réintégration immédiate dans son milieu de vie habituel »

Il nous semble que l'intérêt supérieur de l'enfant est un facteur de protection de la vie familiale existante (partie I) et un facteur de création d'un lien familial inexistant (partie II).

## **Partie I :**

### **L'intérêt supérieur de l'enfant, facteur de protection de la vie familiale existante**

La détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant permet la protection de la vie familiale existante ; en effet, elle guide la solution donnée par la Cour européenne des droits de l'Homme aux affaires relatives aux relations parents-enfants en déterminant si ingérence il y a eu, si celle-ci était justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant ou non. Si sa détermination semble relativement simple en cas de séparation des parents ou mesure de placement de l'enfant (§1), elle est plus délicate en matière d'enlèvement international d'enfants (§2).

#### **§1 Une détermination relativement simple de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de séparation des parents ou de mesure de placement de l'enfant**

Dans les affaires de séparation des parents ou de placement de l'enfant, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant semble relativement simple. En effet, cet intérêt est en principe entendu comme justifiant le maintien du lien familial (A) mais peut également être entendu comme pouvant exceptionnellement justifier un éloignement (B).

##### **A. L'intérêt supérieur de l'enfant entendu comme justifiant le maintien du lien familial**

Le maintien du lien familial apparaît comme une exigence inhérente au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 CESDH (1) mesurée par l'intérêt de l'enfant (2).

##### **1) Une exigence inhérente au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 CESDH**

L'article 8, en protégeant le droit au respect de la vie familiale, vise à garantir la possibilité pour une famille de vivre sa vie familiale sans ingérence de l'Etat. Dès lors que l'existence d'une famille est reconnue<sup>23</sup>, l'article 8 §1 n'impose pas seulement à l'Etat

---

<sup>23</sup> CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979.

l'obligation négative de s'abstenir d'une ingérence contraire à l'article 8 §2, mais également une obligation positive : il doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale tout en développant des relations affectives<sup>24</sup>, c'est à dire permettre le bon déroulement effectif de cette vie familiale, le développement et le maintien du lien parent-enfant<sup>25</sup>. Afin d'assurer un niveau de protection élevé en donnant une portée étendue à l'article 8, la Cour reconnaît largement l'existence d'une vie familiale. Elle affirme déjà en 1979 que l'article 8 vaut autant pour les familles légitimes que pour les familles naturelles, notamment monoparentales<sup>26</sup>. C'est ainsi que les juges en formation de grande chambre affirment dans l'arrêt *Elsholz* que « la notion de famille au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage »<sup>27</sup>. Il est de jurisprudence constante qu'un « enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule « familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci. Il existe donc entre l'enfant et ses parents un lien constitutif d'une vie familiale »<sup>28</sup>.

Ainsi, dès lors qu'il y a des relations réelles et étroites entre les membres de la famille, quelle que soit l'origine de ces relations, elles doivent être protégées ; la Cour reconnaît par exemple l'existence d'une vie familiale entre un enfant placé et sa famille d'accueil<sup>29</sup>, qui bénéficie ainsi de la même protection. Cette interprétation extensive est favorable à l'enfant, dont la vie familiale est protégée conformément à son intérêt dans un nombre important de situations, dans des circonstances assez diverses. Dès lors qu'une cellule familiale existe, il est facile de comprendre qu'en principe, l'intérêt de l'enfant peut être interprété comme la nécessité pour lui de rester auprès de ses parents dans ce cadre familial. Cela fait en effet partie du double aspect que présente l'intérêt supérieur de l'enfant selon la Cour : d'une part, garantir aux enfants une évolution dans un environnement sain ; d'autre part, maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> CEDH, *Gnahoré c. France*, 19 septembre 2000.

<sup>26</sup> CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979.

<sup>27</sup> CEDH, *Elsholz*, 13 juillet 2000.

<sup>28</sup> CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994.

<sup>29</sup> CEDH, *Moretti et Benedetti*, 27 avril 2010.

<sup>30</sup> Voir notamment : CEDH, *Gnahoré c. France, Maumousseau et Washington c. France...*

2) Une exigence mesurée par l'intérêt de l'enfant

Le principe est donc celui du maintien des liens familiaux, qui est un des aspects de l'intérêt supérieur de l'enfant selon la jurisprudence constante de la Cour, quels que soient les bouleversements qui peuvent survenir dans le cadre familial. C'est ainsi qu'une séparation des parents ne remet pas en cause l'existence d'une vie familiale, et le principe est alors celui du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents : il est en effet naturel de penser que l'enfant étant attaché à ses deux parents, et ayant besoin des deux pour se développer, l'Etat doit, dans l'intérêt de l'enfant, lui permettre de maintenir des liens avec ses deux parents en prenant des mesures positives à cette fin. L'intérêt de l'enfant constitue donc ainsi la mesure de l'obligation de maintenir ce lien. La Cour considère ainsi dans son arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1974 que le parent divorcé qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale doit pouvoir rendre visite à l'enfant et entretenir des relations avec lui, à moins que l'intérêt de ce dernier ne s'y oppose. La jurisprudence de la Cour relative aux affaires familiales reconnaissant que « pour un enfant et un parent, être ensemble représente un élément de la vie familiale »<sup>31</sup>, empêcher ce lien entre un parent et son enfant, constitue forcément une ingérence, que seul l'intérêt supérieur de l'enfant apparait comme pouvant justifier exceptionnellement. Le bon sens commande en effet de considérer que s'il est nuisible à un enfant de maintenir des liens avec un de ses parents, ou les deux, son intérêt s'oppose à ce que ce lien soit maintenu, voire impose que ce lien soit réduit ou détruit, dans la mesure nécessaire à son intérêt.

C'est ainsi que bien l'intérêt supérieur de l'enfant est entendu en principe comme commandant le maintien du lien familial, ce lien ne doit être maintenu que dans la mesure de l'intérêt de l'enfant ; c'est pour cela que l'intérêt doit être entendu comme pouvant exceptionnellement justifier une mesure d'éloignement de l'enfant.

**B. L'intérêt supérieur de l'enfant entendu comme pouvant exceptionnellement justifier un éloignement**

Si en cas d'éloignement, l'intérêt de l'enfant peut justifier une ingérence (1), il permet également à la Cour de contrôler la mise en œuvre de l'obligation de réunion de l'enfant avec son parent qui pèse sur les Etats (2).

---

<sup>31</sup> CEDH, *W., B. et R. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987.

1) Une ingérence pouvant être justifiée par l'intérêt de l'enfant

Séparer un enfant de son parent constitue ainsi indéniablement une atteinte au droit au respect de la vie familiale ; en effet, la Cour considère que pour un enfant et un parent, être ensemble constitue un élément fondamental de la vie familiale. La jurisprudence de la Cour affirme ainsi dans son arrêt *Olsson c. Suède* du 24 mars 1988 qu'une mesure de placement de mineurs constitue une ingérence dans la vie familiale, parent et enfant ayant le droit de vivre ensemble. Il en va de même notamment de la suppression au détriment d'un parent d'un droit de visite à son enfant placé<sup>32</sup>. Compte tenu de l'importance de cette ingérence, le parent doit pouvoir comprendre la mesure en ayant à disposition les éléments d'information invoqués par les autorités pour prendre l'enfant en charge, même s'il n'en fait pas la demande<sup>33</sup>. J.F. Renucci estime ainsi que l'article 8 garantit un droit d'accès direct du parent dans une procédure d'assistance éducative<sup>34</sup>.

Une mesure si attentatoire doit donc être exceptionnelle et dûment justifiée par la considération principale de l'intérêt de l'enfant, comme le démontre l'affaire *Gnahoré* (cf 2)). L'Etat doit ainsi ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents, c'est-à-dire les intérêts des parents et l'intérêt supérieur de l'enfant ; il jouit d'une certaine marge d'appréciation<sup>35</sup>. Une telle mesure sera constitutive d'une violation si une autre mesure moins attentatoire à la vie familiale pouvait être prise<sup>36</sup>. A l'inverse, le fait de ne pas avoir pris de mesure de placement quand il aurait dû le faire pour protéger un enfant peut amener la Cour à sanctionner un Etat, mais sur le fondement de l'article 3<sup>37</sup>. Les mesures de placement justifiées par l'intérêt supérieur de l'enfant doivent néanmoins être temporaires : pèse sur l'Etat une obligation de réunion<sup>38</sup>, contrôlée par la Cour eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant.

2) Le contrôle de l'obligation de réunion eut égard à l'intérêt supérieur de l'enfant

L'affaire *Gnahoré* offre une bonne illustration des exigences de la Cour. Dans cette affaire, un enfant, « C. », avait été retiré de la garde de son père soupçonné de maltraitance

---

<sup>32</sup> CEDH, *Olsson c. Suède*, 24 mars 1988.

<sup>33</sup> CEDH, Grande Chambre, *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003.

<sup>34</sup> Cf J-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2<sup>e</sup> édition 2012.

<sup>35</sup> Voir arrêts : *W., B. et R. c. Royaume-Uni*, et CEDH, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994.

<sup>36</sup> CEDH, *Kutzner c. Allemagne*, 26 février 2002.

<sup>37</sup> CEDH, *Z. et autres c. Royaume-Uni*, 10 mai 2001.

<sup>38</sup> CEDH, *Gnahoré c. France*, *op. cit.*, § 59.

et ne lui avait pas été remis malgré l'abandon de charges, au motif qu'il ne pourrait s'occuper de son enfant comme il le doit. L'enfant a ainsi été placé dès l'âge de 4 ans, et les mesures de placement étaient chaque fois reconduites. Les droits de visites ont été considérablement réduits, les premières visites autorisées ne s'étant pas bien déroulées en raison de l'agressivité du père. C'est ainsi que les sept années précédant la décision, le requérant n'avait vu son fils que 3 fois. La Cour va alors rappeler la grande latitude qu'elle reconnaît aux juridictions nationales pour apprécier la nécessité d'une mesure de placement et préciser qu'elle exerce cependant un contrôle plus rigoureux sur les restrictions supplémentaires et sur les garanties destinées à assurer la protection effective de la vie familiale de l'enfant et du parent<sup>39</sup>. La Cour va admettre que les mesures de placement, compte tenu des circonstances, avaient été prises en considération de l'intérêt primordial de l'enfant<sup>40</sup> et qu'eut égard à leur marge d'appréciation, les autorités ont pu croire à la nécessité du maintien du placement, ne méconnaissant ainsi pas l'article 8<sup>41</sup>.

L'attention portée à l'intérêt de l'enfant est encore plus forte dans l'analyse qu'elle fait des restrictions de contacts entre le père et le fils. Elle prend soin de « souligner avec force » que l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute considération dans les affaires de ce type avant de rappeler les deux aspects de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont celui du maintien des liens familiaux sur lequel elle s'attarde pour préciser que « l'intérêt de l'enfant commande que seules des circonstances tout à fait exceptionnelles puissent conduire à une rupture du lien familial, et que tout soit mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille<sup>42</sup>. ». Elle va ensuite se livrer à une appréciation *in concreto* de la situation du requérant et de son fils, sans vouloir substituer son appréciation à celle des autorités, pour estimer que les autorités ont pris en compte l'avis de l'enfant et son intérêt et qu'elles ont pris toutes les mesures pour faciliter le regroupement ; elle conclut ainsi à l'absence de violation de l'article 8<sup>43</sup>.

Cette conclusion n'est cependant pas partagée par les juges Tulkens et Loucaides qui dans leur opinion commune en partie dissidente, vont estimer les mesures prises par les autorités insuffisantes. Selon eux, la Cour s'est soustrait au contrôle de pertinence et de suffisance des motifs à la base de l'ingérence et de la mise en balance des intérêts qui lui

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>40</sup> *Ibid.*, § 57.

<sup>41</sup> *Ibid.*, § 58.

<sup>42</sup> *Ibid.*, § 59.

<sup>43</sup> *Ibid.*, § 63.

est imposé par l'article 8 § 2. Ils estiment ainsi que « la marge d'appréciation ne peut faire l'économie d'une démonstration, tout comme la référence à l'intérêt de l'enfant ne peut remplacer un argumentaire ». Que l'on soit d'accord ou non avec la solution retenue par la Cour et l'étendue de son contrôle, cette affaire témoigne bien de l'importance de l'intérêt supérieur de l'enfant qui apparaît central en la matière.

On observe ainsi le rôle majeur de l'intérêt supérieur de l'enfant dans ce type d'affaires, qui impose en principe le maintien des liens familiaux, et bien que pouvant aussi justifier une mesure de placement, fait peser sur l'Etat une obligation de réunir la famille ; cette détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de séparation et de mesure de placement peut être ainsi qualifiée de relativement simple. Cela s'observe aussi en confrontant ce type d'affaires avec les affaires relatives aux enlèvements internationaux d'enfants, où la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît beaucoup plus délicate.



## **§2 Une détermination délicate de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas d'enlèvement international d'enfant**

La détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas d'enlèvement international d'enfant est plus délicate car la CEDH a renforcé l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant (A), mais la notion même d'intérêt supérieur de l'enfant étant imprécise, cet intérêt apparaît difficile à établir *in concreto* dans ce type d'affaires (B).

### **A. L'obligation renforcée de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par la CEDH**

Si l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte par les Etats en matière d'enlèvement international d'enfant, c'est car ayant incorporé la Convention de la Haye dans l'article 8 CESDH (1), la CEDH contrôle la prise en compte par les Etats de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'ils mettent en œuvre la Convention de la Haye (2).

#### 1) L'incorporation de la Convention de la Haye dans l'article 8 CESDH

La Cour estime l'article 8 applicable en matière de déplacement illicite d'enfant suite à un divorce. Elle considère en effet dans son arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* du 25 janvier 2000 que le fait pour les autorités étatiques de ne pas avoir mis tout en œuvre pour faire respecter le droit du parent requérant au retour de ses enfants constitue une violation de l'article 8. Cette obligation de permettre le retour pèse sur les Etats à l'origine en vertu de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant. Cette Convention a pour objet de faire respecter les droits de garde et de visite entre les Etats contractants et le retour des enfants déplacés illicitement dans un autre Etat contractant. Elle impose aux Etats un certain nombre d'obligations, dont l'obligation de retour qui est prévue à l'article 12, à laquelle permet de déroger l'article 13 notamment dans le cas, souvent invoqué, où il existerait un « risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable » (article 13 b)).

Selon la jurisprudence constante de la Cour, « la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais en harmonie avec les principes généraux du droit international. Il convient en effet, en vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, de tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », en particulier celles relatives à la protection

internationale des droits de l'homme. »<sup>44</sup>. Elle estime à cet égard qu'« en matière d'enlèvement international d'enfants, les obligations que l'article 8 fait peser sur les Etats contractants doivent dès lors s'interpréter notamment en tenant compte de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants »<sup>45</sup>. Ainsi selon la Cour, toute décision de justice faisant application de cette Convention doit respecter non seulement les garanties de cette convention dont les dispositions sont incorporées à l'article 8 de la CESDH<sup>46</sup>, mais également l'intérêt supérieur de l'enfant qui constitue un obstacle au retour de ce dernier. Ainsi, comme le souligne J. F. Renucci<sup>47</sup>, selon A. Gouttenoire, la Cour européenne s'érige en gardienne de la Convention de la Haye<sup>48</sup>. Il ne suffit ainsi pas pour les Etats de respecter la Convention de la Haye, mais également de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans leur application de cette convention, sous le contrôle de la Cour.

2) L'obligation de prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'application de la Convention de la Haye contrôlée par la CEDH

Selon la jurisprudence de la Cour, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est primordiale dans les procédures relevant de la Convention de la Haye<sup>49</sup>. Elle juge en effet que l'enlèvement international d'enfant est en lui-même contraire à l'intérêt supérieur de ce dernier, offrant une sorte de définition a contrario de l'intérêt supérieur de l'enfant, compris comme celui de ne pas être enlevé et déplacé illicitement par un de ses parents. Elle estime ainsi que parmi les éléments constitutifs de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, « figure le fait, pour le mineur, de ne pas être éloigné d'un de ses parents et retenu par l'autre, c'est-à-dire par celui qui estime, à tort ou à raison, avoir un droit aussi ou plus important sur sa personne »<sup>50</sup>. Elle cite à ce titre le préambule de la Convention de la Haye, lequel exprime l'importance primordiale que revêt l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute question relative à sa garde<sup>51</sup>.

---

<sup>44</sup> CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, §29 ; CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, §131.

<sup>45</sup> CEDH, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, 25 janvier 2000, §95 ; CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, § 132.

<sup>46</sup> CEDH, *Carlson c. Suisse*, 6 novembre 2008.

<sup>47</sup> Cf J-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op. cit., page 298.

<sup>48</sup> Cf Dr. Fam., 2003 chron. page 26.

<sup>49</sup> CEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, op. cit., §68.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

Dans l'affaire Neulinguer, la Grande chambre va très largement s'appuyer sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, en prenant soin de rappeler les instruments internationaux qui s'y réfèrent, et de s'arrêter sur la question de sa définition. Compétente pour contrôler la procédure suivie devant les tribunaux internes relativement à la Convention de la Haye, elle estime que dans son contrôle visant à s'assurer que les intérêts en jeu ont été ménagés, dans la limite de la marge d'appréciation des Etats, « l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer la considération déterminante » et « peut, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents », ce qu'elle nuance toutefois en précisant que l'intérêt des parents à bénéficier d'un contact avec l'enfant est également pris en compte : il s'agit en effet de mettre en balance les intérêts en jeu, méthode classique en matière de protection de la vie familiale. Ainsi, c'est en raison de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont elle rappelle qu'elle présente selon elle un double aspect, le premier étant le maintien des liens familiaux, le second la garantie d'un environnement sain<sup>52</sup>, notion qu'elle juge sous-jacente à la Convention de la Haye (notamment de son article 13 b), interprété comme l'incluant par certaines juridictions internes)<sup>53</sup>, qu'il découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être mis en œuvre de manière automatique ou mécanique dès lors que la Convention s'applique<sup>54</sup>. Elle déduit de toutes ces considérations la nécessité d'une appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant par les juridictions nationales, qui disposent à cet égard d'un pouvoir d'appréciation, sous le contrôle de la Cour<sup>55</sup>.

Elle précise ensuite dans l'affaire X. c. Lettonie examinée en grande chambre que dans le cadre d'une demande de retour faite en application de la Convention de la Haye, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant doit s'apprécier à la lumière des exceptions prévues par cette convention, et en particulier s'agissant de l'écoulement du temps et de l'existence de « risque grave »<sup>56</sup>. Ces exceptions sont cependant d'interprétation stricte et la Cour considère que l'article 13 b) ne vise que les situations qui vont au-delà de ce qu'un enfant peut raisonnablement supporter<sup>57</sup>.

Ainsi, la jurisprudence de la CEDH impose la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière d'enlèvement international d'enfant. S'il est facile de considérer qu'être enlevé et déplacé illicitement par un de ses parents est en soit contraire à l'intérêt supérieur

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, §136.

<sup>53</sup> *Ibid.*, §137.

<sup>54</sup> *Ibid.*, §138.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> CEDH, Grande Chambre, *X c. Lettonie*, 26 novembre 2013.

<sup>57</sup> *Ibid.*, §116.

de l'enfant de manière abstraite, il est plus difficile d'établir concrètement l'intérêt supérieur de l'enfant, la notion étant elle-même imprécise.

**B. La difficulté d'établir *in concreto* l'intérêt supérieur de l'enfant, preuve de l'imprécision inhérente à la notion**

Dans des affaires d'enlèvement international d'enfant, suite au contrôle de l'examen *in concreto* de la situation de l'enfant par les juridictions nationales, la Cour peut estimer de manière critiquable que l'intérêt supérieur de l'enfant impose le retour (1), ou qu'il empêche son retour (2). Deux exemples célèbres en témoignent.

1) Affaire Maumousseau et Washington c. France : l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'apprécié *in concreto* par la Cour, imposant son retour

« La Cour est donc convaincue que « l'intérêt supérieur » de Charlotte, entendu comme sa réintégration immédiate dans son milieu de vie habituel, a été pris en compte par les juridictions internes lors de l'appréciation de la demande de retour en application de la Convention de La Haye. »<sup>58</sup>. La Cour affirme ainsi de manière on ne peut plus explicite, que l'intérêt supérieur de la petite Charlotte est synonyme de son retour. Pourtant, cette conclusion mérite selon nous d'être vivement critiquée. Dans cette célèbre affaire médiatisée, une femme souhaitant quitter son mari est partie en vacances accompagnée de sa petite fille âgée de 3 ans, Charlotte, chez sa famille dans le sud de la France. Elle a décidé de ne pas retourner au domicile familial auprès du père, aux Etats-Unis, en violation du droit de garde de celui-ci. Le divorce a ensuite été prononcé. Le père réclamait le retour de l'enfant. La mère s'y opposait. Les juridictions françaises ont considéré que l'enfant devait retourner aux Etats-Unis, rejetant ainsi l'exception de l'article 13 b) soulevée par la mère. Les juridictions américaines du lieu de domicile familial compétentes ont ménagé un droit de visite très limité pour la mère, dans des conditions très – même trop - strictes. Celle-ci refusait donc l'exécution du jugement de retour, ne voulant naturellement pas être séparée de sa fille avec qui elle a toujours vécu, et invoquant le risque pour elle d'une peine de prison ou l'impossibilité de se rendre aux Etats-Unis où elle s'était rendue coupable d'un enlèvement d'enfant. Le temps passait, la fillette n'avait donc pas vu son père depuis un moment et ne devait probablement pas s'en souvenir. Elle s'était parfaitement intégrée à son nouveau milieu, et sa relation avec sa mère était jugée très

---

<sup>58</sup> CEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, *op. cit.*, §75.

bonne par les médecins. Néanmoins, la Cour saisie a pu arriver à la conclusion sus-énoncée.

Elle juge sans surprise que la décision de retour de l'enfant constitue bien une ingérence dans la vie familiale de la requérante<sup>59</sup> mais qu'il s'agissait d'une ingérence fondée sur la Convention de la Haye et qui poursuivait le but légitime de la protection des droits et libertés de Charlotte<sup>60</sup>. Quant à la question de savoir si l'ingérence était nécessaire, c'est-à-dire si elle ménageait les intérêts en présence dans la limite de la marge d'appréciation de l'Etat, la requérante invoquait l'exception de l'article 13 b) de la Convention de la Haye et l'intérêt supérieur de l'enfant pour empêcher le retour. La Cour va se montrer assez stricte à cette égard et considérer qu'accueillir ses arguments reviendrait à vider la Convention de la Haye tant de sa substance que de son intérêt premier, le but de la Convention étant « d'empêcher le parent ravisseur de parvenir à légitimer juridiquement, par le passage du temps jouant en sa faveur, une situation de fait qu'il a unilatéralement créée »<sup>61</sup>. La Cour estime que les juridictions internes se sont livrées à un examen approfondi de la situation<sup>62</sup>, lui permettant de conclure que l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte<sup>63</sup>.

Cette décision de la majorité fait l'objet de toutes les critiques qu'elle mérite dans l'opinion dissidente de M. le juge Zupancic à laquelle se rallie Mme la juge Gyulumyan, qui affirme que « ce qui s'est passé dans cette affaire-ci est tout simplement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Il estime ainsi que la décision, en refusant de faire jouer l'exception de l'article 13 b) malgré le passage du temps, « va à l'encontre du bon sens humain le plus élémentaire, selon lequel il n'est nul besoin d'être psychologue pour enfants ou pédopsychiatre pour comprendre qu'une enfant qui a toujours vécu avec sa mère, une fois qu'elle a étendu ses racines dans l'environnement stable d'un petit village de France, subira un traumatisme si on la coupe de ses racines pour la renvoyer de force dans l'Etat de New York ». On ne peut que souscrire à cette analyse et juger cette position de la Cour, qui applique de manière rigide et beaucoup trop stricte la Convention de la Haye compte tenu de la situation factuelle, éloignée d'une protection plus juste de la vie familiale. C'est sûrement ce qui va conduire à son revirement de jurisprudence.

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, §59.

<sup>60</sup> *Ibid.*, §61.

<sup>61</sup> *Ibid.*, §73.

<sup>62</sup> *Ibid.*, §74.

<sup>63</sup> *Ibid.*, §75.

2) Affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse : l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'apprécié in concreto par la Cour, empêchant son retour

« La Cour n'est pas convaincue qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël. Quant à la mère, elle subirait une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale si elle était contrainte de rentrer en Israël. En conséquence, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deux requérants si la décision ordonnant le retour en Israël du second était exécutée. »<sup>64</sup>. C'est ainsi que dans cette autre affaire d'enlèvement international d'enfant, la Cour conclut, de manière cependant moins assurée, que l'intérêt supérieur de l'enfant empêche son retour. Il s'agissait en l'espèce du petit Noam déplacé et retenu illicitement par sa mère en Suisse en violation du droit de garde de son père qui se trouvait en Israël. En se basant sur l'affaire Maumousseau où elle a rappelé les obligations pesant sur les Etats quant à l'examen approfondi de la situation<sup>65</sup>, elle rappelle qu'elle n'a pas pour tâche de substituer son examen à celui des autorités nationales quant au danger que ferait courir à l'enfant un retour en Israël, mais qu'elle est en revanche compétente pour contrôler le respect des garanties de l'article 8 en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>66</sup>. Elle se réfère à sa jurisprudence sur l'expulsion des mineurs pour transposer *mutadis mutandis* son raisonnement sur la manière dont il convient d'interpréter la proportionnalité de la mesure : « il y a lieu de prendre en compte son intérêt et son bien-être, en particulier la gravité des difficultés qu'il est susceptible de rencontrer dans le pays de destination, ainsi que la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte, d'une part, et avec le pays de destination, d'autre part. Entre également en ligne de compte la gravité des difficultés que l'un des membres de la famille de la personne menacée de l'expulsion risque de rencontrer dans le pays vers lequel elle doit être expulsée »<sup>67</sup>. Ce raisonnement lui permettant d'analyser la situation concrète de Noam, elle remarque qu'il est intégré en Suisse, entretient une bonne relation avec sa mère mais n'a plus de contact avec son père, et note le risque de danger pour lui découlant d'une séparation avec sa mère pouvant résulter d'un retour. C'est cette appréciation *in concreto* qui lui permettra d'arriver à la conclusion sus-énoncée. Ainsi, à 16 voix contre 1, la Cour conclut qu'en cas d'exécution du jugement imposant le retour de l'enfant en Israël, il y aurait violation de l'article 8.

---

<sup>64</sup> CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, *op. cit.*, §151.

<sup>65</sup> *Ibid.*, §140

<sup>66</sup> *Ibid.*, §141.

<sup>67</sup> *Ibid.*, §146.

Dans son opinion dissidente, le juge Zupancic explique avoir voté contre cette violation éventuelle (donc en cas d'exécution du jugement), car l'article 8 est selon lui déjà violé, soulevant que d'ordinaire, le simple prononcé d'une décision emporte violation sans qu'elle ait à être mise à exécution. Il estime erronée la référence à l'affaire *Maumousseau*<sup>68</sup> car la présente affaire constitue selon lui un total revirement de jurisprudence par rapport à cet arrêt<sup>69</sup>, car en s'appuyant sur *Maumousseau*, il aurait été logique de conclure à une absence de violation en cas de retour<sup>70</sup>. On ne peut à nouveau que souscrire à cette analyse. Bien que l'on puisse saluer ce revirement, plus proche selon nous de la réalité concrète de ce type d'affaires, le raisonnement de la Cour est un peu étonnant, comme si elle souhaitait ne pas désavouer sa jurisprudence *Maumousseau*, tout en parvenant clairement à une solution opposée dans une affaire similaire.

---

<sup>68</sup> CEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, *op. cit.*, opinion dissidente du juge Zupancic, point 11.

<sup>69</sup> *Ibid.*, point 14.

<sup>70</sup> *Ibid.*, point 19.

Ainsi, bien que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant soit relativement facilement appréhendable en matière de séparation des parents ou de mesure de placement de l'enfant, elle ne l'est plus s'agissant d'enlèvement international d'enfant : la notion d'intérêt supérieur de l'enfant peut alors amener la Cour à une conclusion totalement différente, même opposée, dans deux affaires dans lesquelles les faits sont pourtant proches. Comment deux analyses concrètes de situations similaires au regard d'une notion identique, peuvent-elles aboutir à deux solutions contradictoires ? Cela témoigne bien de l'ambivalence inhérente à l'absence de définition précise de la notion. Elle peut ainsi servir tout et son contraire. Malgré l'objectif affiché de protection de la vie familiale, il semble dans des affaires telles que l'affaire Maumousseau qu'elle peut en réalité la desservir. Outre cette fonction en présence d'un lien familial établi, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est amenée à jouer un rôle dépassant celui de simple facteur de protection quand aucun lien familial n'existe : elle peut alors permettre de le créer.



## **Partie II :**

### **L'intérêt supérieur de l'enfant, facteur de création d'un lien familial inexistant**

L'intérêt supérieur de l'enfant peut être qualifié de facteur de création d'un lien familial inexistant car il permet de créer un lien juridique entre un enfant et un ou des parents dans deux cas. D'une part, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une limite avérée à la non-reconnaissance des effets juridiques d'une gestation pour autrui (§1) ; d'autre part, il constitue une limite nuancée aux restrictions en matière d'adoption (§2).

#### **Paragraphe 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant, limite avérée à la non-reconnaissance des effets juridiques d'une gestation pour autrui**

Dans la jurisprudence de la CEDH, l'intérêt supérieur de l'enfant se pose comme une limite à la non-reconnaissance des effets juridiques d'une gestation pour autrui car bien que la question de la possibilité pour l'intérêt supérieur de l'enfant de valider un acte illicite soit délicate (A), la Cour entend l'intérêt supérieur de l'enfant comme celui de voir sa filiation établie (B).

##### **A. La possibilité pour l'intérêt supérieur de l'enfant de valider un acte illicite, une question délicate**

Cette question est avant tout délicate en raison de l'attitude des Etats parties qui affichent leur volonté de faire primer leur conception de l'ordre public (1) ; mais la CEDH le rappelle, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer (2).

###### **1) La volonté des Etats de faire primer leur conception de l'ordre public**

La gestation pour autrui (GPA) s'entend du fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'un couple qui en a assuré la conception (il y a, dans la plupart des cas, un lien entre un des parents d'intention, voire les deux, et l'enfant à naître) et à qui il sera remis après la naissance. Beaucoup d'Etats interdisent cette pratique. Aux termes d'une analyse de droit comparé couvrant 35 Etats parties à la Convention, la CEDH a constaté

que la GPA est expressément interdite dans 14 de ces Etats ; dans 10 autres Etats, dans lesquels il n'y a pas de réglementation relative à la GPA, soit elle y est interdite en vertu de dispositions générales, soit elle n'y est pas tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine ; enfin, elle est autorisée sous conditions dans 7 de ces Etats. Dans 13 Etats, la reconnaissance de la filiation d'un enfant né de GPA à l'étranger est possible, soit par la transcription de l'acte ou du jugement étranger sur les registres d'état civil, soit par adoption ; cela semble également possible dans 11 autres Etats où la GPA est interdite ou non prévue, et exclu dans 11 autres<sup>71</sup>. En droit français par exemple, la GPA est expressément interdite par l'article 16-7 du Code Civil, dont les dispositions sont, selon l'article 16-9, d'ordre public.

C'est justement cette notion d'ordre public qui permet de s'opposer en France, comme dans de nombreux Etats, notamment à la pratique de la GPA, mais aussi à la reconnaissance des effets juridiques d'une GPA légalement pratiquée à l'étranger. C'est ainsi que dans un arrêt du 18 mars 2010, la Cour d'appel de Paris<sup>72</sup> va considérer qu'un arrêt étranger, « en qu'il a validé indirectement une convention de gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international » et ainsi s'opposer à la reconnaissance de celui-ci en France. C'est pourquoi elle estime que contrairement à ce qu'invoquaient les requérants, l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait « 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 ». Le pourvoi formé sera rejeté par la Cour de Cassation dans un arrêt du 6 avril 2011 qui se fonde également sur l'ordre public.

De même par exemple en Italie où dans une décision du 3 avril 2013<sup>73</sup>, la cour d'appel de Campobasso considère un certificat de naissance établi suite à une GPA en Russie mentionnant que les parents d'intention sont les parents, comme ne pouvant être transcrit en Italie en raison de l'ordre public, le certificat étant faux. Le droit italien précise en effet que des décisions étrangères en matière d'existence de liens familiaux ne peuvent être transcrites si elles sont contraires à l'ordre public (article 65 du décret du 3 novembre 2000).

---

<sup>71</sup> CEDH, *Menesson c. France*, *op. cit.*, §41 – 42.

<sup>72</sup> Cet arrêt concernait l'affaire *Menesson* sur laquelle on reviendra (cf B).

<sup>73</sup> Cette décision concernait l'affaire *Paradiso et Campanelli* sur laquelle on reviendra (cf B).

2) La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant rappelée par la CEDH

Il est de jurisprudence constante que « chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer » ; il s'agit selon la Cour d'un « principe essentiel »<sup>74</sup>. Ainsi, un Etat ne peut simplement invoquer son ordre public interne ou international et l'estimer supérieur à toute autre considération dans les affaires relatives aux questions de GPA, la situation d'un enfant étant en cause. Il doit alors considérer l'affaire du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, dans l'affaire *Mennesson* qui a donné lieu à la jurisprudence de la Cour de Cassation française précitée, un couple s'était rendu aux Etats Unis afin d'avoir recours à une GPA. La filiation des enfants nés de cette GPA était légalement établie aux Etats Unis. De retour en France, c'est la transcription de ces actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil de Nantes qui a donné lieu au refus de l'arrêt de la Cour de Cassation du 6 avril 2011.

C'est ainsi que dans son arrêt du 26 juin 2014, la CEDH va constater cette jurisprudence de la Cour de cassation qui tantôt se place sur le terrain de l'ordre public comme dans l'arrêt précité, tantôt sur le terrain de la fraude<sup>75</sup>, et considérer que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut dès lors être invoqué. Les requérants invoquaient l'intérêt supérieur de l'enfant pour la reconnaissance d'une situation juridique légalement constituée à l'étranger<sup>76</sup>. Le gouvernement invoquait également l'intérêt supérieur de l'enfant mais comme justification de l'interdiction de la GPA<sup>77</sup> et estime sans trop s'en expliquer que l'intérêt supérieur de l'enfant est en espèce préservé<sup>78</sup>. La Cour précise qu'elle n'entend pas remettre en cause l'exception d'ordre public international en elle-même, mais qu'elle doit « vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale ». Elle conclura finalement à une violation de l'article 8 mais sur son volet vie privée, en raison

---

<sup>74</sup> Voir notamment les affaires *Wagner, Mennesson c. France...*

<sup>75</sup> Cour de cassation, arrêts du 13 septembre 2013.

<sup>76</sup> CEDH, *Mennesson c. France, op. cit.*, §65.

<sup>77</sup> *Ibid.*, §72.

<sup>78</sup> *Ibid.*, §73.

« du poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt supérieur de l'enfant quand on procède à la mise en balance des intérêts en présence »<sup>79</sup>.

Dans l'affaire *Paradiso et Campanelli* du 27 janvier 2015, un couple italien avait eu recours à une mère porteuse en Russie, moyennant l'importante somme de 49 000 euros. Les autorités italiennes ont, motif pris de l'ordre public, refusé la transcription de l'acte de naissance établi en Russie, mentionnant les parents d'intention comme parents biologiques, l'enfant n'ayant cependant aucun lien biologique avec l'un ou l'autre, et les ont séparé de l'enfant. La Cour va à nouveau considérer que « la référence à l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'État indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre »<sup>80</sup>. Elle conclura à une violation de l'article 8, non en raison du refus de transcription, mais en raison de l'éloignement de l'enfant décidé sans avoir préservé l'équilibre devant régner entre les intérêts en jeu<sup>81</sup>, sans se prononcer sur le recours à la GPA ou le paiement de cette somme importante. Cela lui vaudra certaines critiques<sup>82</sup>.

On voit donc à quel point la question de la possibilité pour l'intérêt supérieur de l'enfant de justifier un acte illicite est délicate, les Etats étant très attachés à leur conception de l'ordre public ; mais les enfants ne sont pas responsables des agissements de leur parent une fois qu'ils sont nés, et il est clair que relève de leur intérêt supérieur l'établissement de leur filiation.

### **B. L'intérêt supérieur de l'enfant entendu comme celui de voir sa filiation établie**

En effet, l'établissement de la filiation apparaît comme une exigence inhérente au respect de la vie privée (1) et comme une conséquence de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant malgré le recours à la GPA (2).

#### 1) L'établissement de la filiation, exigence inhérente au respect de la vie privée

La Cour considère qu'en matière de filiation, la marge d'appréciation laissée à l'Etat doit être particulièrement restreinte car un aspect particulièrement important de l'existence

---

<sup>79</sup> *Ibid.*, §101.

<sup>80</sup> CEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 27 janvier 2015, §80

<sup>81</sup> *Ibid.*, §87.

<sup>82</sup> Voir notamment l'article « La CEDH valide la vente d'enfant » de Grégor Puppink <http://www.village-justice.com/articles/CEDH-valide-vente-enfant,18855.html>.

ou de l'identité d'un individu est en jeu<sup>83</sup>. Mais elle prend soin de préciser que les choix opérés par l'Etat, même dans la limite de cette marge, relèvent du contrôle de la Cour<sup>84</sup>. Considérant que le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants « affecte nécessairement leur vie familiale »<sup>85</sup>, elle va néanmoins considérer que compte tenu des effets concrets du refus de transcription sur la vie familiale et de la marge d'appréciation dont disposent les Etats en la matière, un juste équilibre entre les intérêts en cause a été ménagé<sup>86</sup>. Ainsi, si elle refuse de conclure à une violation de l'article 8 en raison de l'atteinte à la vie familiale, c'est car le terrain de la vie privée semble plus approprié en l'espèce ; peut-être aussi cette approche permet-elle de moins heurter les Etats, en prenant en compte la situation individuelle de l'enfant, qui n'est pas responsable des circonstances de sa naissance, plutôt que de considérer de manière plus globale la situation de la famille, dont les parents ont sciemment contourné l'interdiction de la GPA en droit interne.

La Cour estime en effet que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation »<sup>87</sup>. Elle pointe une contradiction : la France soutient admettre le lien de filiation des enfants nés de GPA tel que reconnu par le droit américain, sans pour autant accepter de reconnaître elle-même juridiquement ce lien ; cette contradiction, selon la Cour, porte atteinte à l'identité des enfants au sein de la société française<sup>88</sup>. Affecte également leur identité, l'incertitude pesant sur les enfants quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française ou non, la nationalité étant un élément de l'identité des personnes<sup>89</sup>. Elle comprend que les Etats puissent vouloir décourager le recours à la GPA, mais souligne bien que les enfants sont les premiers affectés par la non-reconnaissance de la filiation en résultant. Leur « droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté », ce dont résulte, pour la Cour, « une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant »<sup>90</sup>. L'établissement de la filiation étant inhérent au respect de la vie privée, c'est en raison de la primauté de l'intérêt

---

<sup>83</sup> CEDH, *Mennesson c. France*, *op. cit.*, §77 et 80.

<sup>84</sup> *Ibid.*, §81.

<sup>85</sup> *Ibid.*, §87.

<sup>86</sup> *Ibid.*, §94.

<sup>87</sup> *Ibid.*, §46 et 96.

<sup>88</sup> *Ibid.*, §96.

<sup>89</sup> *Ibid.*, §97.

<sup>90</sup> *Ibid.*, §99.

supérieur de l'enfant que leur filiation doit être établie malgré que leur naissance résulte du recours à la GPA.

2) L'établissement de la filiation malgré le recours à la GPA, conséquence de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant

Il est clair qu'il n'y a pas de consensus européen quant à la légalité de la GPA et la reconnaissance de ses effets juridiques lorsqu'elle est légalement pratiquée à l'étranger<sup>91</sup> et qu'il serait donc au moins délicat, sinon impossible pour la Cour d'intégrer aux exigences découlant du respect de l'article 8 de la CEDH l'obligation pour les Etats de reconnaître la situation juridique née d'une GPA en tant que telle et pour elle-même. Mais elle trouve cependant un moyen juridiquement acceptable de parvenir à un résultat équivalent. En effet, en faisant prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant, elle peut ainsi imposer la reconnaissance du lien de filiation établi à la suite d'une GPA en tant qu'élément de la vie privée. Dans l'affaire *Mennesson*, rappelons que le père est bien le père biologique des enfants, mais que l'Etat français ne veut même pas établir juridiquement ce lien malgré sa réalité biologique.

La Cour va ainsi affirmer qu'« on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance »<sup>92</sup> : en effet, il est impossible pour le gouvernement de soutenir le contraire. La Cour souligne que non seulement la reconnaissance de la filiation par transcription des actes de naissance litigieux est contestée, mais également l'établissement de la filiation par la voie d'une reconnaissance de paternité, d'une adoption ou encore de la possession d'état est impossible<sup>93</sup>. Elle estime que par ce refus, compte tenu de ses conséquences graves sur l'identité et la vie privée des enfants, l'Etat est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation<sup>94</sup> et conclu à la violation de la vie privée des enfants compte tenu de l'importance qu'il convient d'accorder à leur intérêt supérieur<sup>95</sup>. C'est ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant, entendu comme celui de voir sa filiation établie, a très clairement permis à la Cour d'imposer aux Etats la reconnaissance d'un lien de filiation, donc la création juridique d'un lien familial entre un enfant et son parent.

---

<sup>91</sup> CEDH, *Mennesson c. France*, *op. cit.*, §78.

<sup>92</sup> *Ibid.*, §100.

<sup>93</sup> *Ibid.*, §100.

<sup>94</sup> *Ibid.*, §100.

<sup>95</sup> *Ibid.*, §101.

C'est ainsi que la CEDH impose aux Etats la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant qui, bien qu'aboutissant à admettre la reconnaissance par les Etats des effets juridiques d'un acte qu'ils estiment illicite et contraire à leur ordre public, impose en raison de sa primauté que l'enfant ait sa filiation établie. C'est ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la CEDH permet clairement la création d'un lien juridique suite à une GPA. Concernant la question de l'adoption, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant peut aussi permettre la création de ce lien juridique entre un enfant et son parent adoptif mais dans une mesure moindre ; en effet, c'est une limite nuancée aux restrictions en matière d'adoption car bien que prise en compte en principe, elle est parfois mise à l'écart.

## **Paragraphe 2 : L'intérêt supérieur de l'enfant, limite nuancée aux restrictions en matière d'adoption**

L'intérêt supérieur de l'enfant apparait comme une « limite nuancée » car elle pourrait être davantage utilisée par la CEDH pour limiter tout type de restrictions. Ainsi, malgré son utilisation juste au service de l'adoption (A), elle apparait comme une limite sous-estimée en présence de différences de traitement entre couples (B).

### **A. Une utilisation juste de l'intérêt supérieur de l'enfant au service de l'adoption**

Cette utilisation est « juste » car l'intérêt supérieur de l'enfant est source d'une certaine protection de l'adoption (1) et est une limite dépassée au refus d'agrément opposé à un adoptant homosexuel (2).

#### 1) L'intérêt supérieur de l'enfant, source d'une certaine protection de l'adoption

La CESDH protège certes la vie familiale, mais ne protège pas le simple désir de fonder une famille<sup>96</sup> et ne garantit pas le droit d'adopter en tant que tel, comme la Cour le

---

<sup>96</sup> CEDH, *Fretté c. France*, 26 février 2002, §32.

rappelle constamment dans ses arrêts en la matière<sup>97</sup>, tout comme les autres instruments internationaux<sup>98</sup>. Cependant, la Convention relative aux droits de l'enfant précise que « Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant à l'article 21 est la considération primordiale en la matière ». Cependant, les relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8<sup>99</sup>. Dans l'affaire Wagner, une femme avait légalement adopté un enfant qui était placé dans un orphelinat au Pérou. Une fois rentrée au Luxembourg, les tribunaux luxembourgeois ont refusé d'accorder l'exequatur au jugement prononçant l'adoption plénière, la législation luxembourgeoise ne permettant pas à une personne non mariée d'obtenir l'adoption plénière. Constatant que la requérante se comporte comme la mère de l'enfant depuis 1996, la Cour constate l'existence de liens familiaux *de facto* et conclut à l'applicabilité de l'article 8<sup>100</sup>. La Cour constate que les autorités luxembourgeoises, en n'ayant pas admis officiellement l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption plénière péruvienne, n'ont pas permis à ces liens de déployer la plénitude de leurs effets au Luxembourg et d'accorder à l'enfant une protection juridique lui permettant de s'intégrer complètement dans sa famille<sup>101</sup>. Rappelant la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour va reprocher aux autorités nationales leur refus de reconnaître une situation juridique valablement créée à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8<sup>102</sup>. Tandis que le gouvernement soutenait restreindre l'adoption plénière pour ne pas porter préjudice aux enfants, la Cour considère à l'inverse que l'intérêt de l'enfant s'opposait justement au refus de la reconnaissance de l'adoption plénière car l'enfant avait été abandonné et placé dans un orphelinat au Pérou<sup>103</sup>. C'est ainsi que la Cour conclura à l'unanimité à la violation de l'article 8. Cette affaire nous montre bien qu'en dépit du refus de la Cour de reconnaître un droit à l'adoption en tant que tel, l'intérêt supérieur de l'enfant permet d'offrir une certaine protection à l'adoption, en refusant qu'une adoption légalement prononcée à l'étranger ne soit pas reconnue en présence d'une vie familiale *de facto* : l'intérêt de l'enfant peut ainsi permettre la création d'un lien juridique.

---

<sup>97</sup> Voir notamment, *Fretté* §32, *Wagner* §121, *E. B.* §41.

<sup>98</sup> CEDH, *E.B.* §42.

<sup>99</sup> CEDH, *Fretté c. France*, 26 février 2002.

<sup>100</sup> CEDH, *Wagner c. Luxembourg*, *op. cit.*, §117.

<sup>101</sup> *Ibid.*, §132.

<sup>102</sup> *Ibid.*, §133.

<sup>103</sup> *Ibid.*, §134.



2) L'intérêt supérieur de l'enfant, limite dépassée au refus d'agrément opposé à un adoptant homosexuel

La question a connu une évolution dans la jurisprudence de la CEDH. Dans l'arrêt *Fretté* rendu le 26 février 2002, la Cour faisait face à la situation d'un célibataire homosexuel souhaitant adopter, mais qui s'était vu refuser l'agrément en raison de ses « conditions de vie ». Il saisit la Cour, alléguant une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 en raison du refus d'agrément qui serait fondé sur son orientation sexuelle, qui constituait selon lui une discrimination injustifiée qui portait atteinte à son droit au respect à la vie familiale. Le requérant affirmait que l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés commandait qu'aucune catégorie de parents adoptifs ne soit exclue pour des raisons qui n'ont rien à voir avec leurs qualités humaines et éducatives<sup>104</sup>. Le gouvernement soutenait au contraire que la restriction était justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant qui constitue une limite au droit de pouvoir adopter<sup>105</sup>. La Cour souscrit à la thèse du gouvernement ; elle rappelle que l'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » et considère que compte tenu de la place qu'il convient d'accorder à l'intérêt supérieur de l'enfant et à la division de la communauté scientifique sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par une personne homosexuelle, les autorités ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter trouvait sa limite dans l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>106</sup>. Elle conclut ainsi qu'en tenant compte « de la grande marge d'appréciation à laisser ici aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants pour atteindre l'équilibre voulu, le refus d'agrément n'a pas transgressé le principe de proportionnalité. »<sup>107</sup>. Elle conclut à 4 voix contre 3 à l'absence de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8<sup>108</sup>.

Une autre affaire de refus d'agrément à une homosexuelle est arrivée devant la Cour qui en grande chambre a conclu à une violation de l'article 14 combiné à l'article 8 à 10 voix contre 7 dans son arrêt *E. B. c. France* du 22 janvier 2008. Le gouvernement prétendait qu'à la différence de l'affaire *Fretté*, le refus dans cette affaire n'était pas fondé implicitement ou explicitement sur l'orientation sexuelle mais motivé par le seul intérêt de l'enfant au motif de l'absence de référent paternel et de l'ambiguïté de l'investissement de

<sup>104</sup> CEDH, *Fretté c. France*, *op. cit.*, §35.

<sup>105</sup> *Ibid.*, §36.

<sup>106</sup> *Ibid.*, §42.

<sup>107</sup> *Ibid.*, §42.

<sup>108</sup> Pour une critique de ce constat, voir l'opinion partiellement dissidente des juges Bratza, Fuhrmann et Tulkens jointes à l'arrêt.

la compagne de la requérante. Il n'y a pas eu de référence explicite au « choix de vie » de la requérante<sup>109</sup>. La Cour souligne concernant le premier motif que le gouvernement sur qui pesait la charge de la preuve n'a pu établir qu'il n'était pas appliqué de manière discriminatoire<sup>110</sup> ; concernant le second, elle l'estime valable<sup>111</sup>. Elle considère néanmoins que l'illégitimité du premier motif « contamine » l'ensemble de la décision<sup>112</sup>. Elle observe que l'homosexualité de la requérante était au cœur des débats<sup>113</sup> et qu'elle a mené à la décision de refus d'agrément en vue d'adopter<sup>114</sup>. Elle constate donc une différence de traitement<sup>115</sup>. Remarquant notamment que la requérante présentait « des qualités humaines et éducatives certaines », ce qui servait assurément l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents<sup>116</sup>, elle affirme pour conclure ensuite à une violation<sup>117</sup> que les « autorités internes ont, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention »<sup>118</sup>.

Aussi bienvenu que soit ce revirement selon nous, car il confère une protection plus conforme aux objectifs de la Convention, et renverse la solution contestable de l'arrêt Fretté, le raisonnement suivi et ayant permis d'aboutir à un constat de violation n'a cependant pas fait l'unanimité. Dans son opinion dissidente, le juge Costa n'est pas convaincu que le premier motif de refus d'agrément ait été fondé sur l'orientation sexuelle de la requérante<sup>119</sup> et reproche à la Cour de ne pas avoir examiné le second motif : il trouve comme la juge Mularoni l'affirmation selon laquelle l'orientation sexuelle de la requérante ayant constitué le motif décisif de refus un peu gratuite<sup>120</sup>. Selon lui, la Cour aurait pu rendre un arrêt de principe affirmant qu'un refus d'agrément en raison de l'homosexualité

---

<sup>109</sup> CEDH, Grande Chambre, *E. B. c. France*, 22 janvier 2008, §71.

<sup>110</sup> *Ibid.*, §74.

<sup>111</sup> *Ibid.*, §78 – 79.

<sup>112</sup> *Ibid.*, §80.

<sup>113</sup> *Ibid.*, §88.

<sup>114</sup> *Ibid.*, §89.

<sup>115</sup> *Ibid.*, §90.

<sup>116</sup> *Ibid.*, §95.

<sup>117</sup> *Ibid.*, §98.

<sup>118</sup> *Ibid.*, §96.

<sup>119</sup> CEDH, *E. B. c. France*, *op. cit.*, opinion dissidente du juge Costa, point 5.

<sup>120</sup> *Ibid.*, point 7.

méconnaît les articles 14 et 8, sans pour autant estimer que ce fut le cas en l'espèce<sup>121</sup> : cela aurait peut-être semblé plus juste...

Ainsi, cette utilisation juste de l'intérêt supérieur de l'enfant permet de conférer une certaine protection à l'adoption et n'est plus une limite à la discrimination des homosexuels candidats à l'adoption. Mais en matière de différences de traitement entre couples, l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît comme une limite sous-estimée.

### **B. L'intérêt supérieur de l'enfant, limite sous-estimée aux différences de traitement entre couples**

L'intérêt supérieur de l'enfant apparaît en effet comme une limite sous-estimée aux différences de traitement entre couples car bien que les discriminations entre couples non mariés en raison de leur orientation sexuelles sont impossibles (2), la possibilité de réserver un statut spécifique aux couples mariés demeure en dépit de l'intérêt supérieur de l'enfant (1).

#### 1) La possibilité de réserver un statut spécifique aux couples mariés en dépit de l'intérêt supérieur de l'enfant

La Cour a été saisie de l'affaire Gas et Dubois sur laquelle elle a rendu un arrêt le 15 mars 2012. Les requérantes alléguaient avoir subi un traitement discriminatoire fondé sur leur orientation sexuelle et portant atteinte à leur vie privée et familiale : elles invoquaient donc l'article 14 combiné avec l'article 8. Une des deux femmes souhaitait adopter l'enfant de sa compagne afin d'établir envers celui-ci un lien de filiation qui s'ajoute au lien de filiation d'origine. Or, cela lui était impossible car les autorités françaises ont exclu de l'adoption simple les partenaires d'un couple de personnes du même sexe, mais pas les personnes unies par un mariage. Les requérantes soutenaient que la différence de traitement ne poursuivait aucun but légitime et invoquaient, selon nous à juste titre, l'intérêt supérieur de l'enfant qui commanderait de lui assurer la protection juridique de deux parents plutôt que d'un seul ; elles soulignaient qu'une meilleure protection de l'intérêt supérieur de l'enfant était assurée par l'adoption simple et non par la délégation

---

<sup>121</sup> *Ibid.*, point 8.

partage de l'autorité parentale<sup>122</sup>. Pour le gouvernement, la différence de traitement se justifiait par l'intérêt supérieur de l'enfant car les couples mariés sont plus stables<sup>123</sup>.

La cour rappelle que « le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent. L'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques »<sup>124</sup>. Ainsi, « on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés. »<sup>125</sup>. Les requérantes étant selon la Cour dans la même situation qu'un couple hétérosexuel non marié, il n'y a pas eu de différence de traitement fondée sur leur orientation sexuelle<sup>126</sup>. Elle conclut ainsi à l'absence de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 à six voix contre une.

On voit donc que la Cour ne se concentre pas du tout sur l'enfant et son intérêt supérieur comme elle le devrait, non seulement car les requérantes l'y invitent, mais également selon sa propre jurisprudence qui considère constamment que « chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer » et qu'il s'agit même d'un « principe essentiel »<sup>127</sup>. Dans son opinion dissidente, le juge Villiger le souligne avec force. Il estime à juste titre que l'arrêt se concentre sur l'adulte et non sur l'enfant et que la Cour aurait dû rechercher si la différence de traitement est justifiée du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il souligne que les enfants d'un couple hétérosexuel peuvent bénéficier de la responsabilité parentale partagée si le couple est marié, contrairement aux enfants d'un couple homosexuel pour lesquels l'adoption est exclue. Pourtant selon lui, l'autorité parentale partagée correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant et il ne comprend pas pourquoi certains enfants en seraient privés ; ils ne sont en effet pas responsables de leur naissance au sein d'un couple hétérosexuel ou homosexuel. Selon lui, justifier la différence de traitement par le mariage est insuffisant du point de vue de l'intérêt de l'enfant ; il estime donc qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Dans son opinion concordante, le juge Spielmann souligne également que « le statut juridique de l'enfant demeure empreint de précarité, ce qui n'est assurément pas dans l'intérêt de l'enfant » et renvoie à l'opinion du juge Villiger.

---

<sup>122</sup> CEDH, *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, §34.

<sup>123</sup> *Ibid.*, §49.

<sup>124</sup> *Ibid.*, §68.

<sup>125</sup> *Ibid.*, §68.

<sup>126</sup> *Ibid.*, §69.

<sup>127</sup> Voir notamment les arrêts Wagner, Mennesson...

Nous estimons en effet que la Cour pourrait permettre à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant de déployer tout son potentiel en admettant de la faire jouer dans ce genre d'affaires pour estimer la différence injustifiée du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, bien que l'on puisse concevoir qu'elle ne veut pas risquer de trop heurter les Etats sur des sujets aussi sensibles, on peut considérer que ne pas se positionner du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant paraît contraire à sa propre jurisprudence et qu'il serait donc plus logique et plus conforme à la protection de la vie familiale de centrer sa solution sur l'enfant dans des affaires comme celle-ci.

2) L'impossible discrimination des couples non mariés en fonction de leur orientation sexuelle

Dans l'affaire *X et autres c. Autriche* qui a donné lieu à un arrêt de grande chambre du 19 février 2013, les requérants se disaient victimes d'une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels, l'adoption coparentale par un couple homosexuel étant juridiquement impossible en droit autrichien. La violation de l'article 14 combinée avec l'article 8 était donc invoquée. On peut mentionner l'intervention pertinente d'Amnesty International<sup>128</sup> qui cite les articles 3 et 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant. L'organisation estime que cet instrument réduit la marge d'appréciation des Etats et leur interdit l'application de normes différentes en fonction de la composition des familles et de l'orientation sexuelle des parents. Elle estime donc à juste titre que « tout régime d'adoption devrait autoriser les tribunaux et les autres autorités compétentes à se fonder principalement sur l'intérêt supérieur de l'enfant pour statuer sur les demandes d'adoption »<sup>129</sup>.

La Cour, précisant que la vie familiale est effectivement en cause<sup>130</sup>, rappelle que « les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention »<sup>131</sup>. Elle estime sans surprise qu'il n'y a pas de violation si on compare la situation des requérantes à celle d'un couple marié dont un membre souhaiterait adopter l'enfant de l'autre<sup>132</sup>. Elle va ensuite comparer la situation des requérantes à celle d'un couple hétérosexuel non marié dont un membre souhaiterait adopter l'enfant de l'autre. Conformément à sa jurisprudence E.B., elle rappelle que « si

<sup>128</sup> CEDH, *X et autres c. Autriche*, 19 février 2013, §89.

<sup>129</sup> *Ibid.*, §89.

<sup>130</sup> *Ibid.*, §95.

<sup>131</sup> *Ibid.*, §99.

<sup>132</sup> *Ibid.*, §110.

l'article 8 ne garantit pas le droit d'adopter, [...] un État qui est allé au-delà de ses obligations au titre de l'article 8 en créant un droit ne peut, dans la mise en application de ce dernier, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 »<sup>133</sup>. Elle estime qu'il appartient au gouvernement de « démontrer que la préservation de la famille traditionnelle, et plus précisément la protection de l'intérêt de l'enfant, commande d'interdire aux couples homosexuels l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés »<sup>134</sup>. Elle souligne également le manque de cohérence du droit autrichien<sup>135</sup>. Selon la Cour, chaque situation devrait pouvoir être examinée au cas par cas par les tribunaux : ce serait plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, « notion clé des instruments internationaux pertinents »<sup>136</sup>. Enfin, le gouvernement n'ayant pu justifier la différence de traitement à l'égard des couples homosexuels, il s'agit pour les juges d'une différence de traitement incompatible avec la Convention<sup>137</sup>. Elle conclura ensuite par dix voix contre sept à la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

Dans leur opinion partiellement dissidente commune jointe à l'arrêt, les juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano, et Sicilianos parlent de l'intérêt supérieur de l'enfant comme étant « le grand oublié de ce dossier ». Ils estiment qu'il aurait fallu rechercher quelle était la position de l'enfant et que dans l'intérêt des requérantes pour l'adoption, rien ne démontrait l'existence d'un « intérêt supérieur » pour l'enfant. Nicolas Hervieu parlera d'une « prudente audace » pour qualifier la démarche de la Cour au sujet du statut conventionnel des familles homoparentales<sup>138</sup>. Il estime que « bien loin d'outrepasser ses fonctions, la juridiction européenne tente au contraire d'accomplir au mieux sa mission lorsqu'elle invite les Etats parties à adapter leur législation face aux réalités sociales ».

---

<sup>133</sup> CEDH, *X et autres c. Autriche*, op. cit., §115.

<sup>134</sup> *Ibid.*, §141.

<sup>135</sup> *Ibid.*, §144.

<sup>136</sup> *Ibid.*, §146.

<sup>137</sup> *Ibid.*, §151.

<sup>138</sup> Cf N. Hervieu, « Un long chemin européen vers la pleine reconnaissance à l'heure d'assurer l'égalité de protection des cellules familiales homoparentales », in *Lettre « Actualités Droits – Libertés » du CREDOF*, 26 février 2013.

## **Conclusion**

La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, malgré les critiques que l'on peut lui porter en raison de son imprécision, joue ainsi un rôle important dans la jurisprudence de la CEDH relative à l'article 8 CESDH, permettant à la fois la protection de la vie familiale existante, mais aussi parfois la création d'un lien juridique inexistant. Si on peut saluer pour son principe la référence fréquente à cette notion, on ne peut néanmoins s'empêcher de déplorer son utilisation dans un sens qui semble en réalité contraire au bien de l'enfant dans certaines affaires (comme dans l'affaire *Maumousseau*) ou regretter le refus de la Cour de le faire jouer en présence de certaines différences de traitement qui nous semblent injustifiées du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant (comme dans l'affaire *Gas et Dubois*). Cependant, la jurisprudence de la Cour en matière de protection de la vie privée et familiale étant particulièrement évolutive, on peut espérer sans paraître trop optimiste qu'elle exploitera bientôt tout le potentiel de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant pour une protection plus réaliste et conforme à l'intérêt de l'enfant de la vie privée et familiale compte tenu des évolutions actuelles.

## Bibliographie

- **Ouvrages :**

NEURINCK (C), « A propos de l'intérêt de l'enfant », in *La convention internationale des droits de l'enfant*.

RENUCCI (J-F), *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2<sup>e</sup> édition, 2012.

SUDRE (F), « Le protection des relations parents-enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant, Maumousseau et Washington c. France, 6 décembre 2007 », in *Grands arrêts de la CEDH*, Puf.

SUDRE (F), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

- **Articles :**

DOUCET (M), « La France contrainte de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant issu d'une GPA », in *Note sous CEDH, 5e sec., 26 juin 2014, Labassee c. France, affaire numéro 65941/11 et Menesson c. France, affaire numéro 65192/11, Revue générale du droit online*, 2014, numéro 17851

DUMORTIER (T), « L'intérêt supérieur de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », un séminaire « Droit des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant », *La revue des droits de l'Homme n°3*, juin 2013.

<https://revdh.files.wordpress.com/2013/06/2sc3a9minairedumortier2.pdf>

HERVIEU (N), « Un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales », in *Lettre « Actualités Droits – Libertés » du CREDOF*, 26 février 2013.

HERVIEU (N), « Pusillanimité jurisprudentielle et carences conventionnelles à l'heure d'assurer l'égalité protection des cellules familiales homoparentales », in *Lettre « Actualités Droits – Libertés » du CREDOF*, 16 mars 2012.

LAURENT (C), « Le placement d'enfants et le droit au respect de la vie familiale », *Revue de l'Action Juridique et Sociale – RAJS – JDJ*, n°233, mars 2004.

GOUTTENOIRE (A), « La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *Informations sociales 2008/5*, n°149.



VERDIER (P), « Les dérives de l'utilisation de la notion d'intérêt de l'enfant », in *L'intérêt supérieur de l'enfant en question : leurre ou levier au service de ses droits ?*, Paris, DEI Assemblée Nationale, 20 novembre 2010.

- **Ressources en ligne :**

PUPPINK (G), « La CEDH valide la vente d'enfants »

<http://www.village-justice.com/articles/CEDH-valide-vente-enfant,18855.html>

ZERMATTEN (J), « Cours sur l'intérêt supérieur de l'enfant », *Paris VIII*, mars - mai 2005

[http://korczak.fr/m5prod/colloques\\_afjk/palais-bourbon\\_20nov2010/doc\\_interet-superieur-de-l-enfant/zermatten-jean\\_interet-superieur-enfant\\_2005\\_43p.pdf](http://korczak.fr/m5prod/colloques_afjk/palais-bourbon_20nov2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/zermatten-jean_interet-superieur-enfant_2005_43p.pdf)

Recueil de jurisprudence de la CEDH (Hudoc)

Fiches thématiques du service de presse de la CEDH :

- Droit des enfants

[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Childrens\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Childrens_FRA.pdf)

- Droits en matière de procréation

[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Reproductive\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_FRA.pdf)

- Enlèvements internationaux d'enfants

[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Child\\_abductions\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_FRA.pdf)

Dossier du défenseur des droits sur l'intérêt supérieur de l'enfant :

<http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/interet-superieur-enfant-note-dossier-9-11-11-.pdf>

HCR, *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, mai 2008