

Titre 2

# **L'ambiguïté du droit à la vie familiale**



# **Le syndrome d'aliénation parentale, catalyseur d'un conflit des droits de l'enfant**

Sophie Paricard

*Maître de conférences HDR, Université Toulouse 1 Capitole,  
EA 1920, CUFR Albi*

La Convention internationale des droits de l'enfant participe incontestablement à affirmer l'autonomie de l'enfant, le percevant comme un adulte en devenir, en lui octroyant des droits calqués sur ceux des adultes. Mais l'enfant est aussi un être vulnérable par essence qu'il s'agit de protéger de façon spécifique. Ces droits peuvent de ce fait en arriver à se concurrencer, l'un prônant ce que l'autre désavoue. C'est ainsi que dans un contexte bien précis, celui du syndrome d'aliénation parentale (SAP), le droit de l'enfant d'être entendu en justice (art. 12 CIDE), fondé sur l'autonomie de l'enfant, vient concurrencer le droit de l'enfant de maintenir le lien avec ses deux parents (art. 9, al. 3 CIDE), droit puissamment attaché à la condition même d'enfant et en ce sens tout empreint de sa vulnérabilité.

Le SAP, ce phénomène émergent de nos sociétés modernes qui conduit l'enfant à rejeter l'un de ses parents, est ainsi le catalyseur d'un conflit des droits de l'enfant. Le SAP naît en effet de la vulnérabilité psychique de l'enfant, mais se développe paradoxalement en revendiquant l'autonomie de cet enfant et se renforce à l'aune du crédit qui est accordé à sa parole. Son existence doit en conséquence conduire à faire prévaloir le droit protecteur de la vulnérabilité de l'enfant au détriment de celui la désavouant, c'est-à-dire à faire prévaloir son droit spécifique de maintenir le lien avec ses deux parents au détriment de son droit-autonomie d'être entendu en justice.

C'est la position retenue par la Cour européenne des droits de l'homme et dans une moindre mesure par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1</sup>. Or, la France,

---

1. *V. infra.*

qui n'a pas encore pris la mesure de ce phénomène, inverse cette logique. Elle protège avec vigueur le droit de l'enfant d'être auditionné et néglige son droit de voir ses deux parents, faisant fi de sa vulnérabilité, pourtant exploitée dans un tel contexte. Elle encourt une condamnation par les juridictions européennes et participe à accentuer le phénomène d'exploitation de l'enfant.

Le SAP a été décrit pour la première fois par l'américain Richard Gardner en 1985 comme « un processus qui consiste à programmer un enfant pour qu'il haïsse un de ses parents sans que cela soit justifié. Lorsque le syndrome est présent, l'enfant apporte sa propre contribution à la campagne de dénigrement du parent aliéné [...]. Le lien entre l'enfant et le parent sera irrémédiablement détruit<sup>2</sup> ». D'autres auteurs, comme Kelly, préfèrent centrer davantage l'aliénation sur l'enfant en écartant toute relation de causalité avec l'attitude d'un parent<sup>3</sup>. C'est l'orientation qui est aujourd'hui retenue par la plupart des spécialistes, notamment Bennet et Bensoussan qui conçoivent le SAP comme « la condition psychologique particulière d'un enfant (habituellement dont les parents sont engagés dans une séparation très conflictuelle) qui s'allie fortement à l'un de ses parents (le parent préféré) et rejette la relation avec l'autre parent (le parent aliéné) sans raison légitime<sup>4</sup> ». La notion d'alliance y est essentielle car elle met en évidence que le parent préféré, appelé aussi le parent aliénant, n'est pas responsable d'avoir manipulé son enfant mais plutôt de s'accommoder de la situation, partageant avec l'enfant sa souffrance et ses sentiments de révolte à l'encontre du parent aliéné. L'absence de raison légitime est toute aussi importante car s'agit là de se référer à la qualité de la relation antérieure que l'enfant entretenait avec le parent aliéné et d'écarter toutes maltraitances ou carences antérieures qui expliqueraient le rejet et excluraient le diagnostic.

Gardner décrit huit manifestations principales du syndrome<sup>5</sup> notamment une campagne de rejet et de diffamation du parent aliéné au cours de laquelle l'enfant nierait les expériences positives passées qu'ils ont pu partager ; une production par l'enfant d'explications absurdes et irrationnelles pour justifier cette hostilité ; un défaut d'ambivalence normale. L'enfant développerait ainsi un réflexe de prise de position pour le parent aliénant et étendrait son hostilité à l'ensemble de l'entourage du parent aliéné. Parallèlement se développerait le phénomène dit de « penseur indépendant » selon lequel l'enfant est capable d'exprimer avec force, voire virulence, une opinion importante en invoquant son jugement propre.

Ce syndrome, qui fait l'objet d'une littérature abondante, notamment anglo-saxonne, n'est pas encore intégré au manuel diagnostique et statistique des troubles

---

2. R. Gardner, cité in « La Défenseure des enfants », D. Versini, *Enfants au cœur des séparations conflictuelles*, 2008.

3. J. B. Kelly et J. R. Johnston, « The alienated child : A reformulation of parental alienation syndrome », *Family Court Review* 2001, 39, p. 249-266 ; H. Van Gijsegheem, « Le syndrome d'aliénation parentale », *Journal du droit des jeunes*, févr. 2003, n° 222, p. 17.

4. P. Bensoussan, *Parental Alienation, DSM-5 and ICD-11*, coord. W. Bernet, éd. Charles C. Thomas, 2010.

5. R. Gardner, *The Parental alienation syndrome*, Creative therapeutics, Cresskill NJ, 1992.

mentaux, le DSM IV, la référence internationale, mais la demande en a été formulée<sup>6</sup>. Bien qu'il suscite encore beaucoup de polémiques<sup>7</sup>, il est certainement l'un des phénomènes émergents de notre société moderne. Il est en effet indissociable d'un autre phénomène plus ancien mais aujourd'hui très répandu, la séparation des parents. Celle-ci est toujours douloureusement vécue par l'enfant mais les recherches menées « laissent supposer que c'est le conflit parental et non la séparation qui nuit le plus aux enfants<sup>8</sup> ». Or, le SAP est indissociable d'un véritable processus de guerre mis en œuvre souvent inconsciemment par l'un des parents, le parent dit aliénant (le parent préféré), contre l'autre, le parent dit aliéné (le parent rejeté), puisque les enfants en sont les armes. Le parent aliénant, par des non-dits, va inciter l'enfant-otage à l'action et le transformer en enfant soldat.

Au premier stade, l'enfant exprime seulement de la difficulté à voir le parent aliéné mais au stade ultime, qui peut être atteint en quelques mois seulement, le seul mécanisme de survie pour l'enfant pour s'arracher à sa culpabilité et soulager sa souffrance est le clivage, la disparition de l'autre parent. De nombreuses recherches scientifiques ont mis en lumière les conséquences dramatiques de ce clivage pour l'enfant<sup>9</sup> car « la perte d'un parent bouleverse profondément le soi de l'enfant, sa structure, sa substance<sup>10</sup> ». L'image du jugement de Salomon est très évocatrice : « sur le plan symbolique, on est en droit d'affirmer que le parent aliénant demande à l'enfant de se couper en deux sur le niveau émotionnel plutôt que de laisser l'enfant à l'autre<sup>11</sup> ». Les effets d'une telle emprise sont « destructeurs pour la construction psychique de l'enfant et de l'adolescent<sup>12</sup> ». Le SAP est « une bombe à retardement<sup>13</sup> ».

L'enfant, tout au long de ce processus, devient « l'instrument de la disqualification d'un parent par l'autre<sup>14</sup> ». C'est ainsi que, juridiquement, le contexte est objectivement bien identifié : de fausses allégations d'abus sexuels ou de maltraitance à l'encontre du parent aliéné parsèment la séparation du couple et les non-présentations d'enfants se multiplient à son encontre.

---

6. P. Bensussan, *Parental alienation*, *op. cit.*

7. V. not C. Perelmutter, « On achève bien les enfants », *Gaz. Pal.* 24 mars 2009, p. 7 ; B. Golse, « Résidence alternée. Point de vue d'un pédopsychiatre », *AJ fam.*, janv. 2012, dossier spécial « Résidence alternée », p. 44, spéc. p. 45.

8. Rapport de la Défenseure des enfants, *Enfants au cœur des séparations conflictuelles*, 2008, p. 54.

9. W. Von Boch-Galhau, « Le PAS, impacts de la séparation et du divorce sur les enfants et leur vie d'adulte », *Synapse*, sept. 2002, p. 23-24 ; J.-M. Delfieu, « Syndrome d'aliénation parentale. Diagnostic et prise en charge médico-juridique », *Experts*, juin 2005, n° 67, p. 24. V. les troubles décrits par les différentes études menées : risque de développements de maladies psychiques (plainte hypocondriaque, accès d'anxiété, épisodes d'anorexie ou d'insomnie, états dépressifs ou psychosomatiques), suicide, apparition de problèmes conjugaux et relationnels.

10. J.-M. Delfieu, art. préc., p. 25.

11. B. Goudard, *Le syndrome d'aliénation parentale*, thèse, Université de médecine de Lyon 1, 2008, p. 40.

12. Rapport de la Défenseure des enfants, préc., p. 56.

13. B. Goudard, thèse préc., p. 42.

14. Rapport de la Défenseure des enfants, préc., p. 55.

Le rapport de la Défenseure des enfants est très instructif quant à la réalité de ce phénomène : « de nombreux professionnels rencontrés font état de situations qui [...] montrent que l'enfant est instrumentalisé dans le conflit parental<sup>15</sup> ». Le témoignage d'un magistrat familial y est particulièrement révélateur de la fréquence et de la dangerosité de cette situation pour l'enfant : « la pratique du contentieux familial me conduit à un constat : l'inféodation fréquente de l'enfant à l'un de ses parents, jusqu'au refus de rencontrer l'autre. Que de haine irrationnelle, infondée pour ces enfants qui épousent la cause du parent auprès de qui ils vivent. Je n'en ai pas rencontré de plus vive au cœur des enfants pourtant victimes de maltraitements ou de sévices parentaux<sup>16</sup> ». Un autre magistrat estime que le SAP concernerait 13 % des enfants de parents séparés, dont 6 % d'une manière grave<sup>17</sup>. Un expert précise qu'environ 10 % de ses expertises civiles sont consacrées à l'évaluation d'une aliénation parentale<sup>18</sup>. En conséquence, « la problématique de l'aliénation parentale envahit de plus en plus les audiences des juges aux affaires familiales<sup>19</sup> ».

Ce phénomène est pourtant peu pris en compte dans les décisions judiciaires françaises. Le SAP est également absent de la littérature juridique<sup>20</sup>. Ces réticences sont d'autant plus compréhensives, qu'au-delà de la polémique existant au sujet du SAP, le principe même de protéger l'enfant contre ses parents fut déjà difficilement admis. Le titre de la thèse de C. Neirinck « La protection de la personne de l'enfant contre ses parents » fut d'ailleurs jugé « provocant »<sup>21</sup>. « Protégé par ses parents, l'enfant peut-il avoir besoin d'être protégé contre eux ? » s'interrogeait B. Teyssié dans sa préface<sup>22</sup>. Et, pendant fort longtemps, les « diverses formes de violence exercées contre les enfants par leurs parents ont été plus ou moins tolérées voire approuvées par la société<sup>23</sup> ».

Le mythe de l'amour instinct<sup>24</sup> a longtemps occulté la position réelle de l'enfant face à ses parents et la conscience collective admet encore difficilement qu'un enfant puisse être agressé par ceux qui doivent l'aimer et le protéger. Les abus des parents marquant le corps de l'enfant comme la maltraitance physique ou l'inceste sont désormais qualifiés d'agressions des parents à l'encontre de l'enfant par le droit et

15. Rapport de la Défenseure des enfants, préc., p. 57.

16. Josiane Bigot, magistrat, cité in Rapport préc., p. 56.

17. M. Juston, « Le syndrome d'aliénation parentale », *Gaz. Pal.* 14-18 août 2011.

18. M. Lasbats, cité in Rapport de la Défenseure des enfants, p. 58.

19. M. Juston, art. préc., p. 7.

20. Outre les quelques articles cités dans cette étude, notamment ceux de M. Juston, I. Corpart évoque le syndrome d'aliénation parentale in « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ fam.* 2009. 155, ainsi que C. Neirinck, « Créance d'entretien de l'enfant et vie sentimentale des parents débiteurs », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 453. V. également, *J.-Cl. Civ.*, art. 388, Minorité, n° 13.

21. C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 1984.

22. B. Teyssié, préface à la thèse de C. Neirinck, p. IX.

23. C. Neirinck, thèse préc., n° 104, p. 100.

24. Pour une remise en cause de l'instinct maternel, v. E. Badinter, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel – XVII<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle*.

reconnus comme telles par la société. En revanche, l'abus psychique d'un parent sur son enfant, marqueur de la vulnérabilité non plus physique mais psychique de l'enfant, reste à affirmer.

Cet abus est d'autant plus difficile à établir qu'il y a en réalité deux victimes, l'enfant et le parent aliéné. Le juge n'est donc pas seulement amené à protéger l'enfant contre un parent, comme dans les situations d'abus corporels où l'autre parent est finalement relativement transparent, mais à trancher un conflit très intense entre parents en faveur de l'un d'eux, à contre-courant de la promotion récurrente de l'égalité et de la coopération parentale<sup>25</sup>.

Le SAP qui est « un symptôme typique de la modernité<sup>26</sup> » doit ainsi inviter les juristes français à repenser certains aspects du contentieux familial, même à opérer « une véritable révolution<sup>27</sup> », notamment sous la pression européenne. La Cour européenne des droits de l'homme n'hésite pas en effet à reprendre dans le corps de ses arrêts le diagnostic d'aliénation parentale qui a été posé lors d'expertises psychologiques antérieures et à s'y référer pour justifier ses décisions qui relativisent fortement la parole de l'enfant et s'attachent à préserver son lien avec ses deux parents<sup>28</sup>. Le conflit de droits est résolu au profit du droit spécifique attaché à la condition même d'enfant dans un contexte où sa vulnérabilité est exploitée.

La France doit désormais prendre conscience de la vulnérabilité psychique de l'enfant et trancher le conflit entre ces deux droits de la même façon : relativiser le droit de l'enfant d'être entendu en justice et mettre véritablement en œuvre le droit de l'enfant à maintenir le lien avec ses parents participant ainsi à le « fondamenta- liser ».

## I. LA RELATIVISATION DU DROIT DE L'ENFANT D'ÊTRE ENTENDU EN JUSTICE

Alors que, dans un contexte d'aliénation parentale, les juridictions européennes se montrent favorables à la relativisation du droit de l'enfant d'être entendu en justice, la France se montre beaucoup plus réservée.

---

25. V. par ex. la loi du 13 déc. 2011 qui met en place à titre expérimental dans certains tribunaux de grande instance le recours préalable obligatoire à la médiation familiale avant toute saisine du JAF pour modifier ou compléter les modalités d'exercice de l'autorité parentale. V., L. Mauger-Vielpeau, « Aspects familiaux de la loi du 13 décembre 2011 », *JCP* 2012, n° 90, p. 178.

26. B. Bastard, « Regards pluriels sur le SAP », colloque Bruxelles, mai 2004, cité in Rapport, p. 56.

27. M. Juston, « Résidence Alternée », *AJ fam.* déc. 2011, p. 582.

28. V. *infra*.

## A. LA POSITION FAVORABLE DES JURIDICTIONS EUROPÉENNES

Le droit de l'enfant d'être entendu en justice est consacré dans l'article 12 de la CIDE<sup>29</sup>. Cependant ce droit n'est pas considéré comme absolu et doit être apprécié au regard des exigences liées à l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas d'espèce, comme l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne en se fondant sur la Charte des droits fondamentaux : « tout en étant un droit de l'enfant, l'audition de l'enfant ne peut constituer une obligation absolue » et doit faire l'objet d'une appréciation en fonction des exigences liées à l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas d'espèce conformément à l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux<sup>30</sup>. Cette position est importante en ce qu'elle démontre que le droit-autonomie de l'enfant peut ne pas répondre à son intérêt supérieur en raison notamment de sa vulnérabilité psychique.

La Cour européenne des droits de l'homme se montre également sensible à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'elle développe une jurisprudence le protégeant contre sa propre parole. L'audition de l'enfant est certes le moyen pour le juge de connaître son opinion sur la question à trancher et la détermination de l'intérêt de l'enfant doit en principe tenir compte de son avis, comme le précise l'article 12 de la CIDE. Mais il convient d'être prudent de façon générale vis-à-vis de la parole de l'enfant puisque « l'intérêt de l'enfant ne se confond pas avec ses inclinations personnelles<sup>31</sup> » et cette prudence doit s'accroître dans un contexte d'aliénation parentale.

La Cour européenne des droits de l'homme n'accorde en conséquence de valeur à la parole de l'enfant qu'à la condition que celle-ci ait été recueillie dans un contexte serein<sup>32</sup>. Or, le contexte d'aliénation parentale qui se caractérise par de fausses allégations d'abus, de multiples non-présentations d'enfant, de nombreuses attestations ou enquêtes ne répond évidemment pas à ce critère.

Le discours de l'enfant atteste d'ailleurs lui-même des pressions dont il est l'objet, comme l'a bien saisi la Cour européenne de l'homme qui n'hésite pas à évoquer « l'enfant programmé » par son parent<sup>33</sup>. La toile de fond est en effet une absence d'ambivalence, un manichéisme, dans les propos de l'enfant : le parent aliéné fait l'objet d'une véritable campagne de dénigrement alors que le parent aliénant est présenté comme le parent parfait<sup>34</sup>.

29. Elle a été relayée par la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janv. 1996 qui proclame le droit de l'enfant d'être informé et de participer aux procédures judiciaires l'intéressant, et notamment le droit d'exprimer son opinion, et par le règlement Bruxelles II bis du 27 nov. 2003 (v. A. Gouttenoire-Cornut, « L'audition de l'enfant dans le règlement "Bruxelles II bis" », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, coll. « Thème & commentaires », 2005, p. 201).

30. CJUE 22 déc. 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Peiz*, RTD eur. 2011. 145 s.

31. J. Carbonnier, *Droit de la famille*, 20<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Thémis », 1999, p. 610.

32. CEDH 23 sept. 2003, *Sophia Gudrun Hansen c. Turquie*.

33. CEDH 20 juill. 2006, *Koudelka c. République tchèque*, § 67.

34. Dans un premier temps, lorsqu'on les interroge sur les raisons du rejet de l'un des parents, leur rejet est fondé sur des arguments qui ne résistent pas à un questionnaire plus approfondi. « Il a été

Ces enfants ont aussi la particularité de ne présenter aucune sensibilité à l'égard du parent aliéné. C'est un élément fort d'identification du SAP qui participe aussi à écarter tout soupçon d'abus à l'encontre du parent aliéné. Un enfant abusé est en principe attaché à son abuseur et ce parfois très fortement, notamment en raison de la relation d'emprise qui s'est instaurée. Les enfants sont même prêts à se taire pour ne pas perdre ce lien<sup>35</sup>.

Dans un tel contexte, le juge ne doit donc pas accorder de valeur à la parole de l'enfant : l'avis d'un enfant âgé de 4 ans, totalement soumis aux pressions de sa mère qui l'avait enlevé, a par exemple été considéré comme inopérant par la Cour<sup>36</sup>. Elle a aussi condamné deux États, la Finlande et l'Allemagne, pour avoir exclusivement pris en compte les souhaits exprimés par les enfants, sans tenir d'audience ni prendre de mesures d'expertises, alors même que le contexte semblait révéler une aliénation parentale<sup>37</sup>.

La jurisprudence de la Cour européenne est désormais relativement bien lisible : dans un contexte d'aliénation parentale, le juge ne doit pas en principe accorder de valeur à la parole de l'enfant sauf à mettre en œuvre des investigations supplémentaires qui permettraient d'écarter un tel diagnostic. Et lorsque le SAP est avéré, la parole de l'enfant ne doit absolument pas être prise en compte. La France adopte une attitude bien différente.

## B. LA POSITION ENCORE RÉSERVÉE DE LA FRANCE

Le droit de l'enfant d'être entendu en justice dans toute procédure le concernant est aujourd'hui bien affirmé en France. Ce droit a d'ailleurs servi de socle à l'applicabilité directe de la CIDE. Il est devenu un véritable droit subjectif par la loi du 5 mars 2007<sup>38</sup>. L'article 388-4 du Code de procédure civile, venu en préciser la mise en œuvre, dispose que « lorsque la demande est formulée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou le fait que la procédure ne le concerne pas ». La Cour de cassation affirme ainsi avec force que

---

méchant », « Je me souviens d'une fois où elle m'a giflé », « Il veut toujours que nous fassions nos devoirs ». Lorsque, dans un deuxième temps, on demande vraiment aux enfants la cause de leur rejet, ils ne peuvent plus répondre, ou poursuivent une argumentation pseudo-rationnelle comme « il mange de la viande » ou « elle dit toujours des vilaines choses sur papa ». Outre cette forme de rationalisation absurde, certaines de leurs phrases reprennent mot pour mot des propos d'adultes. Par exemple une petite fille de 6 ans proclame « j'hyperventile quand je dois voir mon père [...], je ne sais pas ce que ça veut dire, je sais juste que j'hyperventile ». V. pour l'ensemble de ces témoignages : B. Goudard, thèse préc., p. 37.

35. B. Goudard, thèse préc., p. 46.

36. CEDH 22 juin 2006, *Bianchi c. Suisse*.

37. CEDH 13 juill. 2000, *Elshoz c. Allemagne*; CEDH 9 mai 2006, *C. c. Finlande, Dr. fam.* 2006. Alerte 38.

38. « Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande », art. 388-1 al. 2 C. civ. issu de cette loi. V. en ce sens, P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, 1<sup>re</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 1089.

« l'audition du mineur capable de discernement est de droit lorsqu'il en fait la demande »<sup>39</sup>, celle-ci pouvant être présentée à tous les stades de la procédure<sup>40</sup>. Le droit de l'enfant d'être entendu en justice est donc un droit particulièrement protégé.

La Cour de cassation est restée en conséquence sourde à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'audition de l'enfant continue d'être imposée alors même que différentes expertises peuvent avoir été faites attestant que l'enfant est placé dans un conflit de loyauté dont il tente de sortir en éliminant l'un de ses parents de sa vie<sup>41</sup>. La Cour pourrait pourtant invoquer l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par l'article 3-1 de la CIDE pour refuser dans un tel contexte son audition, comme cela lui a d'ailleurs été suggéré par le Défenseur des droits<sup>42</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant a ici une fonction primordiale puisqu'il s'agit de préserver l'enfant contre l'exploitation de sa vulnérabilité. L'impuissance du droit participe à la réification de l'enfant, objet de son parent<sup>43</sup>, alors que l'intérêt de l'enfant est qu'il puisse « se percevoir comme sujet et comme sujet libre<sup>44</sup> ».

En revanche, la Cour de cassation semble, depuis peu, se montrer plus à l'écoute de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et plus sensible au SAP à propos de la notion de discernement de l'enfant, qui est la condition de son audition<sup>45</sup>.

Le discernement est traditionnellement défini comme l'« aptitude à distinguer le bien du mal qui apparaît chez le mineur à l'âge de raison<sup>46</sup> ». La circulaire du 3 mars 1993 relative à l'application de la loi du 8 janvier 1993 se réfère au degré de compréhension et à la maturité du mineur, qui elle-même se définit comme « une sûreté de jugement qui s'acquiert avec l'âge ou l'expérience<sup>47</sup> ». L'âge constitue donc bien souvent « l'un des plus fermes critères<sup>48</sup> » du discernement puisqu'il est l'indice majeur du développement intellectuel de l'individu.

Mais la notion de discernement est appelée à évoluer car le discernement de l'enfant ne dépend plus seulement de son développement intellectuel, comme cela

39. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 avr. 2010, *Dr. fam.* 2010, n° 96, obs. V. Larribau-Terneyre : la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel au visa de l'article 388-1 du Code civil au motif qu'elle a statué sans entendre l'enfant et sans se prononcer sur ses demandes d'audition ; Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 2011, *D.* 2011. 2001, obs. A. Gouttenoire : la Cour de cassation a rappelé que l'audition de l'enfant est obligatoire si celui-ci la sollicite en vertu de l'article 388-1 et ne peut être remplacée par une expertise psychologique ni une enquête sociale.

40. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 oct. 2012, *RJPF* 2012-12/39, note F. Eudier. La demande de l'enfant avait été formulée en appel le lendemain du jour de l'audience des plaidoiries, soit pendant le délibéré.

41. V. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2012, *Dr. fam.* 2012, n° 133, obs. Neirinck.

42. Défenseur des droits 12 nov. 2012, n° MDE-2012-158, *RJPF* 2012-12/40.

43. V., C. Neirinck, thèse préc., n° 135, p. 123.

44. Rapport de la Défenseure des enfants, préc., p. 58.

45. « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge », art. 388-1 C. civ. V. également art. 388-4 C. pr. civ. préc.

46. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V<sup>o</sup> « Discernement ».

47. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *op. cit.*, n° 92, p. 53.

48. G. Cornu, « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, Dalloz-Sirey, 1961, t. II, p. 18.

apparaît dans un contexte de SAP. La faculté de jugement d'un enfant peut en effet être altérée en raison d'un élément qui caractérise l'enfance, trop souvent méprisé dans les conflits familiaux : la dépendance de l'enfant à l'égard de ses parents<sup>49</sup>. Cette dépendance est à la fois, économique, affective, et psychologique puisque le parent exerce une autorité naturelle sur l'enfant.

Cette dépendance permet l'emprise du parent sur l'enfant sans violence physique. L'esprit critique de l'enfant n'est en effet « pas suffisamment affirmé pour se protéger de l'emprise de l'un des parents<sup>50</sup> ». Cette emprise n'est pas spécifique au SAP et constitue le siège de tous les abus. Par exemple, dans l'inceste, l'enfant est pareillement sous « l'emprise<sup>51</sup> » de son parent agresseur qui a mis en place « un conditionnement psychologique de la victime<sup>52</sup> ». L'enfant, victime de l'inceste, est d'ailleurs juridiquement sous « la contrainte morale » de l'adulte et n'est donc pas considéré comme consentant à l'acte sexuel. Le nouveau texte incriminant l'inceste met bien en évidence cette relation d'emprise qui peut naître de cette dépendance d'un enfant à l'égard d'un parent : « la contrainte morale peut résulter de la différence d'âge entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de fait ou de droit que celui-ci exerce sur cette victime<sup>53</sup> ».

Cette contrainte morale existe aussi à l'égard du mineur victime d'aliénation parentale. Celui-ci comme le mineur victime d'inceste, s'il n'arrive pas à s'élever contre les premiers signes de l'abus<sup>54</sup>, est pris dans la spirale de la culpabilité et de la peur. Et pareillement, le mineur n'a alors d'autres choix que d'« intégrer l'abus dans son éducation et son développement psychique<sup>55</sup> ». Ces enfants sont alors la prolongation vivante de la haine du parent aliénant, dont ils constituent « la meilleure arme<sup>56</sup> ».

Le SAP constitue en ce sens une véritable « dictature affective qui pèse sur les enfants » comme l'a affirmé un jugement du tribunal de grande instance de Toulon<sup>57</sup>. Le discours de l'enfant ne se distingue pas de celui du parent aliénant<sup>58</sup> puisqu'un enfant victime d'aliénation parentale a perdu tout discernement à l'égard du parent aliéné. Or, pour être entendu par le juge, l'enfant doit avoir une faculté de jugement qui lui soit propre notamment au sein du conflit familial, ce qui suppose une prise de distance importante incompatible avec le rejet massif et injustifié de l'autre parent engendré par le SAP. Les travaux de Jean Piaget démontrent que la clef de la maturité d'un enfant est la relativité<sup>59</sup>.

49. C. Neirinck, thèse préc., n° 151, p. 139.

50. B. Goudard, thèse préc., p. 35.

51. N. Glandier, *L'inceste en droit français contemporain*, thèse Toulouse 1, 2005, § 398, p. 235.

52. *Ibid.*, § 396, p. 234.

53. Art. 222-22, al. 2, C. pén.

54. Dans le SAP, ce sont les premiers refus de voir le parent.

55. N. Glandier, thèse préc., § 398, p. 235.

56. B. Goudard, thèse préc., p. 37.

57. TGI Toulon, 4 juin 2007, *Gaz. Pal.* 18-20 nov. 2007, p. 11, note J. Pannier.

58. « Le discours de l'enfant est plaqué sur celui de sa mère dont elle se fait le porte-voix », peut-on ainsi lire dans un rapport d'expertise déposé devant les conseillers à la cour d'appel de Lyon.

59. J. Piaget, *Le jugement et le raisonnement chez l'enfant*, 8<sup>e</sup> éd., Delachaux et Niestlé.

La Cour de cassation semble désormais sensible à cette approche nouvelle du discernement. Dans un arrêt récent, elle a en effet délaissé le seul critère de l'âge et constaté le défaut de discernement de l'enfant au motif de « l'existence de pression le plaçant au centre de conflits d'intérêts<sup>60</sup> ». Cette évolution est encouragée par le Défenseur des droits qui invite les magistrats à apprécier le discernement de l'enfant « *in concreto* » au regard « du contexte dans lequel il évolue »<sup>61</sup>.

La notion de discernement doit donc s'appliquer non pas seulement à la maturité intellectuelle d'un enfant mais également à l'absence de pressions entraînant une altération de sa faculté de jugement. Elle devrait en quelque sorte se médicaliser à l'instar de l'altération des facultés mentales d'un adulte pour intégrer le SAP.

L'évaluation du discernement de l'enfant dans un contexte de conflit familial intense nécessite en conséquence une formation particulière des magistrats, recommandée par le Défenseur des droits<sup>62</sup>, et des investigations supplémentaires.

Ces éléments sont d'autant plus importants que la maturité de l'enfant est parfois aveuglante. Les apparences sont en effet sauvées : les critères traditionnels permettant de mesurer la maturité intellectuelle d'un enfant comme ses résultats scolaires ou son insertion sociale sont souvent tout à fait corrects. Un enfant tiraillé ainsi entre ses deux parents semble même aller mieux, être apaisé, stabilisé à l'école depuis qu'il a choisi son camp<sup>63</sup>. Un expert psychiatre ayant diagnostiqué le SAP dans une fratrie de quatre enfants constate par exemple « que malgré tout cela, les enfants semblent se développer normalement, aucun risque dépressif, aucun trouble de la personnalité ne peut être évoqué<sup>64</sup> ».

Mais surtout la maturité est fortement revendiquée : l'enfant est capable d'exprimer avec force, voire virulence, une opinion importante en invoquant son jugement propre. Cette maturité exceptionnelle de l'enfant est souvent valorisée par le parent aliénant. Celui-ci se présente d'ailleurs toujours comme neutre et déclare typiquement que le choix, la décision appartient à l'enfant et qu'il s'agit donc de la respecter<sup>65</sup>.

L'enfant est ainsi placé dans une situation de toute puissance totalement anormale. Un arrêt de la cour d'appel de Nouméa relève par exemple que l'enfant « face à l'absolue certitude de la famille d'être dans leur "bon droit" est confirmé dans le sentiment bien réel que c'est à lui seul de décider s'il doit reconnaître sa mère comme telle ou l'effacer de sa vie<sup>66</sup> ».

Le droit de l'enfant d'être entendu en justice doit incontestablement être relativisé dans un contexte de SAP. Cette position clairement affirmée par la Cour euro-

---

60. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 nov. 2011, *Dr. fam.* 2012, n° 30, C. Neirinck. Il s'agissait en l'espèce de déterminer si le mineur âgé de 10 ans faisant l'objet d'une assistance éducative pouvait librement choisir son avocat. La Cour de cassation a conclu en l'espèce à l'absence de discernement.

61. Décis. 12 nov. 2012, préc.

62. Décis. 12 nov. 2012, préc.

63. Rapport de la Défenseure des enfants, préc., p. 56.

64. Versailles, jugement du 28 juill. 2005 du juge des enfants.

65. B. Goudard, thèse préc., p. 28.

66. Nouméa, tribunal pour enfants, 21 juill. 2009, jugement 149/2009.

péenne des droits de l'homme demeure encore très timide en France, puisqu'elle est seulement exprimée par une jurisprudence embryonnaire de la Cour de cassation à propos de la notion de discernement. Cette relativisation est pourtant essentielle afin d'éviter l'instrumentalisation de l'enfant et permettre la protection d'un droit fondamental, le droit de voir ses deux parents.

## II. LA « FONDAMENTALISATION » DU DROIT DE L'ENFANT DE VOIR SES DEUX PARENTS (ART. 9, AL. 3)

La « fondamentalisation » se rattache ici à l'idée d'une hiérarchie des droits impliquée par la notion de droits fondamentaux. Cette « fondamentalisation » ne tiendrait pas bien évidemment à la nature de la norme qui l'érige mais au contenu du droit. Le droit serait ici fondamental dans le sens qu'il ne pourrait pas être relativisé, proportionné. Pour revenir à la source de la notion de droit fondamental, on pourrait définir les droits fondamentaux de l'enfant en s'inspirant de la Théorie du droit naturel comme « des droits qui appartiennent originairement et essentiellement à l'enfant, qui sont inhérents à sa nature [d'être vulnérable]<sup>67</sup> ».

Dans la mesure où le SAP révèle la vulnérabilité de l'enfant, le droit de l'enfant de voir ses deux parents mérite une protection maximale. C'est la voie choisie par les juridictions européennes qui participe ainsi à le « fondamentaliser », tandis que la France adopte là encore une position bien différente, en cohérence avec la vigueur qu'elle met à protéger le droit de l'enfant d'être entendu en justice. Elle se révèle particulièrement laxiste à l'égard de la mise en œuvre du droit de l'enfant de voir ses deux parents.

### A. LA POSITION OFFENSIVE DES JURIDICTIONS EUROPÉENNES

Le maintien du lien avec ses deux parents est un droit spécifique à l'enfant prévu par l'article 9 alinéa 3 de la CIDE. Il prévoit que « les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents ». Il a depuis lors été réaffirmé dans la Charte des droits fondamentaux, ce qui a d'ailleurs permis à la CJUE de s'en saisir. Et, contrairement au droit d'être entendu en justice, elle lui a conféré un caractère absolu en affirmant que « le droit d'entretenir des relations

---

67. Les droits fondamentaux correspondent, d'après la Théorie du droit naturel, aux droits qui « appartiennent originairement et essentiellement à l'homme, qui sont inhérents à sa nature, dont il jouit par cela même qu'il est homme, indépendamment d'aucun fait particulier de sa part ». Cette formule a été consacrée par l'École du Droit naturel sous la plume d'un des disciples de Grotius, Burlamaqui, dans son ouvrage intitulé : *Principes du Droit naturel*, 1747, Ch. VII. 8; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Droit fondamental », 2001, p. 37.

personnelles et des contacts directs avec ses deux parents énoncé à l'article 24 § 3 de la Charte des droits fondamentaux se confond incontestablement avec l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>68</sup> ».

La position de la Cour européenne des droits de l'homme est là encore en harmonie avec la CJUE. Les juges européens ont en effet bien compris le processus destructeur du syndrome d'aliénation parentale et affirmé en conséquence le caractère fondamental du droit de l'enfant à voir ses deux parents. Le maintien des liens de l'enfant avec ses parents constitue dès lors « un principe essentiel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>69</sup> ». Si la CIDE n'a pas mis en place de juridiction supranationale pour en assurer le contrôle et donc son interprétation, les droits de l'enfant ont là reçu le soutien efficace de la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'hésite pas à s'y référer pour fonder ses décisions. Cette mise en œuvre de la CIDE s'inscrit dans un mouvement plus général puisque la Convention européenne, alors qu'elle ne contient presque aucune disposition relative aux enfants, est devenue, grâce au dynamisme interprétatif de la Cour européenne « un instrument de leur protection sans doute inégalée jusque-là<sup>70</sup> ». Et dans les pays comme la France, pour lesquels la CIDE est d'application directe, le juge interne appelé à appliquer la CIDE devrait s'inspirer de l'interprétation qu'en fait la Cour européenne des droits de l'homme.

Le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 s'est ainsi enrichi d'une véritable obligation dynamique de protection des liens familiaux autour de la notion d'obligation positive<sup>71</sup>. C'est évidemment surtout en matière de séparation des parents et des enfants que le droit au respect de la vie familiale fait peser sur l'État l'obligation positive de prendre les mesures propres à réunir l'enfant et ses parents. Cette obligation, placée sous l'égide de l'intérêt supérieur de l'enfant, a été largement déclinée par le juge européen à propos de l'assistance éducative mais aussi à propos de la mise en œuvre du droit de visite du parent.

La Cour européenne des droits de l'homme impose en conséquence aux États l'obligation positive de mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution du droit de visite. Le point décisif pour la Cour est de savoir « si les autorités nationales ont pris pour faciliter les visites toutes les mesures nécessaires que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles<sup>72</sup> ». Et le diagnostic d'aliénation parentale joue un rôle majeur pour la Cour puisqu'il constitue un élé-

68. CJUE 1<sup>er</sup> juill. 2010, *Doris Povse c. Mauro Alpago*, D. 2010. 1798; *AJ fam.* 2010. 482, pratique A. Boiche; *RT* 2010, obs. P. Rémy-Corlay; *RTD eur.* 2010, chron. M. Douchy-Oudot et E. Guinchard.

69. A. Gouttenoire, « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2008. 16.

70. A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, p. 495.

71. F. Sudre, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2002, n° 38.

72. CEDH 18 janv. 2007, *Zavrel c. République tchèque*; v. aussi CEDH 24 sept. 2007, *Patara c. République tchèque*, « le point décisif consiste donc à savoir si les autorités nationales ont pris, pour

ment qui doit inciter les États à des actions rapides et efficaces au regard de la gravité de la situation.

La Cour européenne a par exemple jugé dans l'arrêt *Zavrel*, certainement le plus emblématique, « que selon le rapport d'expertise du 25 mars 2004, le syndrome d'aliénation parentale n'était pas encore à l'époque très développé chez l'enfant [...]. Si des mesures adéquates avaient été mises en œuvre rapidement, il n'aurait donc pas été difficile pour le mineur de se réhabituer aux visites » de son parent<sup>73</sup>. Elle reprendra ensuite ce raisonnement dans d'autres affaires plus récentes, toujours fondé sur le diagnostic de SAP : « à ce moment de la procédure d'exécution, les autorités ne pouvaient plus ignorer que le SAP de la fille avait atteint un degré qui mettait en péril l'exécution de l'arrêt [...]. C'est au plus tard à ce moment que les autorités auraient dû prendre conscience de la gravité du problème et mettre en place un dispositif de mesures destinées à préparer la passation de l'enfant d'un parent à l'autre<sup>74</sup> » ; « en n'agissant pas avec diligence les autorités nationales ont, par leur comportement, favorisé un processus d'aliénation parentale au détriment de la requérante, méconnaissant ainsi son droit au respect de sa vie familiale garanti par l'article 8<sup>75</sup> ».

Elle n'hésite pas à affirmer que si « des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat<sup>76</sup> », « il appartenait dès lors aux autorités compétentes de prendre les mesures adéquates afin de sanctionner le comportement<sup>77</sup> » du parent aliénant. Elle insiste donc sur le fait qu'il appartient aux autorités de sanctionner le parent allié du SAP. La Cour européenne est en effet pleinement consciente que ces mesures, malgré leur gravité, poursuivent l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>78</sup>.

La Cour européenne justifie aussi ses décisions sur un autre fondement, l'article 6 § 1, plus spécifiquement sur le manque de célérité de la procédure. En effet, contrairement à ce que le sens commun voudrait croire, tous les experts sont unanimes à affirmer que l'écoulement du temps est « l'ennemi implacable<sup>79</sup> » de l'enfant. Lorsque des enfants commencent à refuser de voir l'un des parents, un compte à rebours infernal s'enclenche et si personne ne vient en aide à cette famille à ce

---

faciliter le regroupement, toutes les mesures nécessaires que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles en l'occurrence », § 118.

73. CEDH 18 janv. 2007, *Zavrel c. République tchèque*, arrêt préc., § 52.

74. CEDH 11 janv. 2011, *Bordeianu c. Moldava*, req. n° 49868/08.

75. CEDH 2 sept. 2010 *Minceva c. Bulgarie*.

76. CEDH *Zavrel*, arrêt préc., § 52.

77. *Ibid.*, § 52.

78. La Cour considère en effet que le SAP s'opère au détriment de l'intérêt de l'enfant : « les retards dont ont souffert ces procédures ont provoqué, entre la mère et l'enfant, une rupture déjà longue de plus de cinq ans et ont conduit à une "aliénation" croissante de l'enfant par rapport à sa mère et inversement, au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant », CEDH 1er févr. 2011, *Karoussiotis c. Portugal*.

79. B. Goudard, thèse préc., p. 13. V. aussi H. Van Gijsegheem, « l'observation longitudinale démontre que si on n'intervient pas, les enfants s'aliènent de plus en plus, et même adultes, ne chercheront plus du tout de contact avec le parent aliéné. Celui-ci est comme mort », art. préc., p. 17.

moment précis, la situation ne pourra que s'aggraver. La Cour européenne assène ainsi avec force que « les procédures relatives à l'autorité parentale et au droit de visite appellent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui » et n'hésite pas à condamner les États qui ne mettent pas rapidement en œuvre des mesures<sup>80</sup>. La Cour considère, le cas échéant, que par leur inaction, « les tribunaux nationaux ont en l'espèce permis que le litige soit tranché par le simple écoulement du temps, de sorte que le rétablissement des liens entre l'intéressé et sa fille ne semble plus possible aujourd'hui ». C'est ainsi qu'elle a condamné la Pologne sur ce fondement en relevant notamment qu'« une procédure relative au droit de visite a duré près de cinq années et que dans une autre procédure, la préparation de l'expertise psychologique a pris deux ans<sup>81</sup> ».

La politique de la France en la matière ne satisfait pas ces exigences de rapidité et d'efficacité dans la mise en œuvre du maintien du lien entre les deux parents. La France a ainsi été condamnée par la Cour européenne en raison du fait qu'elle « n'avait pas déployé les efforts suffisants que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle pour rendre effectives les modalités du droit de visite » médiatisé d'un parent rejeté par son enfant<sup>82</sup>. La mère en l'occurrence ne réussit à voir sa fille qu'une seule fois en cinq ans, sans la présence du tiers prévu, et dans des conditions catastrophiques.

La France devrait ainsi développer une politique moins laxiste en matière civile comme en matière pénale.

## B. LA POSITION LAXISTE DE LA FRANCE

Le droit de l'enfant à maintenir le lien avec ses deux parents a été affirmé par la loi française. Il est inscrit au sein de l'article 373-2 alinéa 2 du Code civil qu'en cas de séparation des parents, « chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant ». La volonté de maintenir le lien de l'enfant avec ses deux parents a constitué l'un des fondements de l'évolution de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale vers son exercice en commun par les deux parents en cas de séparation du couple<sup>83</sup>. Le juge aux affaires familiales peut à cet égard prendre « les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens » parentaux (art. 373-2-6). Cependant ce droit de l'enfant est plus formulé comme un devoir qui incomberait aux parents plutôt que comme un véritable

80. CEDH 22 juill. 2006, *Lafargue c. Roumanie*. V. aussi CEDH, *Koudelka*, arrêt préc. : « les rapports ultérieurs [...] ont relevé chez l'enfant sa fixation pathologique à la mère et le syndrome d'aliénation parentale. Il était donc plus qu'évident que le passage du temps avait en l'espèce des conséquences défavorables pour le requérant », *Koudelka*, § 62 ; v. aussi CEDH 24 sept. 2007, *Patera c. République tchèque*, « il est donc fondamental de traiter avec célérité les affaires de garde d'enfants », § 101.

81. CEDH 6 sept. 2005, *Siemianowski c. Pologne*.

82. CEDH 28 mai 2005, *Plasse-Bauer c. France*.

83. V., L. Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2004, n° 204 s.

droit de l'enfant, ce qui peut se vérifier à l'égard de la sanction du droit de visite et d'hébergement.

Le droit de visite et d'hébergement est concrètement « la base du maintien du lien parent-enfant, car ce qui importe avant tout c'est que l'enfant voit ses deux parents<sup>84</sup> ». Un arsenal répressif est prévu afin de le préserver : le parent qui vit avec l'enfant encourt des sanctions pénales pour non-présentation d'enfant s'il refuse indûment de représenter l'enfant à son autre parent qui est en droit de le réclamer (art. 227-5 du Code pénal). L'inertie du parent, et même l'utilisation d'un stratagème<sup>85</sup> est constitutive de l'élément matériel de l'infraction, dès lors qu'elle est intentionnelle. Et surtout, le fait que le mineur refuse de se rendre chez l'autre parent est en principe sans incidence<sup>86</sup>.

Le problème est que ce dispositif reste largement inexploité, seulement exceptionnellement mis en œuvre<sup>87</sup>, certainement par un manque de volonté politique. Ce qui semble importer en effet, ce « n'est pas le châtement du coupable mais surtout l'amélioration de ses relations avec sa famille<sup>88</sup> ». Le recours à des alternatives aux poursuites est ainsi privilégié par le ministère public dans le délit de non-présentation d'enfant<sup>89</sup>. Certains regrettent même une telle pénalisation du droit de la famille soulignant qu'elle n'apaise pas les conflits<sup>90</sup>. F. Dekeuwer-Défossez s'interrogeait ainsi dans son rapport : « pénaliser les conflits familiaux, n'est-ce pas ajouter à la violence des passions individuelles, la violence des procédures qui privilégient le besoin de punition et de vengeance au détriment du besoin de réparation et de restauration des liens rompus ? ». Le rapport préconisait d'ailleurs de maintenir le caractère exceptionnel du recours au droit pénal<sup>91</sup>. C'est dans un tel contexte que s'est développée la médiation pénale. Pourtant cette dernière est, dans une telle hypothèse, contraire à l'intérêt de l'enfant. Évitant la sanction pénale à l'encontre du parent aliénant, elle alimente en effet le processus destructeur de l'enfant puisqu'elle maintient le parent aliénant dans sa toute puissance et laisse le temps faire son œuvre<sup>92</sup>.

La jurisprudence de la CEDH s'oriente pourtant dans un sens bien différent : le parent aliénant doit être puni rapidement afin de l'inciter à ne plus s'opposer au maintien du lien entre l'enfant et son autre parent<sup>93</sup>. Cette jurisprudence semble

84. L. Gareil, thèse préc., n° 207, p. 111.

85. Crim. 18 déc. 2002, *D.* 2003. 1062, note Mayaud.

86. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2007, *D.* 2009. AJ 20, obs. V. Égéa, *JCP* 2009. II. 10032, note G. Rousset.

87. F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La Documentation française, 1999, p. 125.

88. P. Couvrat, « Le droit pénal et la famille », *RSC* 1969. 807.

89. V. not. Rép. min. à QÉ n° 10627, *JOAN* 20 nov. 2007.

90. C. Pomart-Nomdédéo, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. fam.* 2010. Étude 20.

91. F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille, op. cit.*, p. 125.

92. Pour une critique de la médiation pénale, v. E. Dreyer, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP* 2008. I. 131.

93. C'est la position notamment retenue par l'État de Californie dont le Code pénal punit

plus réaliste dans la mesure où le droit n'est pas magicien ; il n'a pas la possibilité d'apaiser un tel conflit où tellement de souffrances intimes et inconscientes s'expriment. Sa véritable vocation est alors de trancher le conflit et de punir celui des deux parents qui a commis des infractions au nom de l'intérêt protégé par ces infractions, celui de l'enfant<sup>94</sup>.

En matière civile, certains pays ont instauré des procédures spécifiques en cas de difficultés dans le maintien du lien parent-enfant. L'Allemagne a par exemple adopté des dispositions spéciales, par la loi du 17 décembre 2008<sup>95</sup>, qui prévoient que « les affaires relatives à l'enfant qui concernent le lieu de résidence, les relations personnelles, la remise de l'enfant [...] sont à exécuter prioritairement et diligemment<sup>96</sup> » et que « si l'un des parents fait valoir que l'autre parent empêche ou entrave l'exécution d'une décision [...] en ce qui concerne les relations personnelles avec l'enfant commun, le juge intervient comme conciliateur entre les parents<sup>97</sup> ». Cette intervention rapide du juge peut être salutaire en ce qu'elle peut bloquer le processus d'aliénation parentale lorsqu'il n'en est qu'à ses débuts. Dans la mesure où de telles procédures n'existent pas en France, il paraît pertinent, afin de vaincre la résistance du parent aliénant, de prononcer d'office une astreinte provisoire, conformément aux dispositions de l'article 33 de la loi du 9 juillet 1991 en cas de non-respect des conditions d'exercice du droit de visite et d'hébergement<sup>98</sup>.

L'intervention du juge en France reste cependant principalement fondée sur la modification du droit de visite et d'hébergement. Si les visites de l'enfant chez son parent se déroulent très difficilement, le juge peut tenter de maintenir le droit de visite différemment. Il peut par exemple ordonner que celui-ci soit exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge (art. 373-2-9, al. 3 C. civ.)<sup>99</sup>. Beaucoup de décisions témoignent cependant de l'artificialité de ces visites médiatisées<sup>100</sup>.

---

spécialement quiconque adopte des pratiques entraînant le développement du syndrome d'aliénation parentale (art. 278-5 C. pén. californien).

94. La mise en œuvre de cet arsenal répressif, à savoir la difficulté de preuve des infractions familiales maintes fois soulignées (v. not. C. Pomart-Nomdédéo, art. préc. ; v. en dernier lieu, à propos de la nouvelle infraction de violences psychologiques, *Syndicat de la magistrature, obs. à propos de la proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention de la répression des violences faites aux femmes, 25 mai 2010*) devrait être facilitée par le diagnostic d'aliénation parentale. Le SAP établit ainsi la preuve de l'intentionnalité dans l'infraction de non-présentation d'enfant. Il établit aussi la preuve de la violence psychologique à l'égard du parent aliéné.

95. Loi portant réforme de la procédure dans les affaires familiales et dans les affaires non contentieuses.

96. § 155.

97. § 165.

98. V. en ce sens, TGI Laval, Décis. JAF, 25 janv. 2008, dossier n° 07/01212, En l'espèce, l'astreinte était de 300 euros par infraction constatée.

99. V. en ce sens, Poitiers, 3<sup>e</sup> ch. civ, 11 mars 2003, arrêt n° 219. Le décret du 15 oct. 2012 vient d'ailleurs de préciser que l'objectif poursuivi par les points de rencontre est de contribuer « au maintien des relations entre un enfant et ses parents » (art. D. 216-1 CASF).

100. « Les rencontres à "La Parentèle" sont artificielles et ne permettent pas la création d'un lien suffisant entre le père et la fille », Poitiers, 15 sept. 2010, cité par C. Neirinck, « L'ambiguïté des visites médiatisées », *Dr fam.*, nov. 2012, ch. 18, p. 7, n° 12. V. les autres décisions citées.

C'est ainsi que lorsque le SAP est installé chez l'enfant, l'éloignement du parent aliénant est préférable car il est le seul à pouvoir permettre à l'enfant de prendre du recul par rapport à la situation et d'acquérir une autonomie de pensée. Il doit dans la mesure du possible être mis en œuvre rapidement par le transfert de la résidence principale de l'enfant chez le parent aliéné, qui est l'ultime moyen de rétablir ce lien entre l'enfant et son parent, alors même que celui-ci s'est profondément altéré<sup>101</sup>.

Certes, l'enfant subira un traumatisme du fait de vivre chez le parent rejeté, sans que celui-ci apparaisse néanmoins dangereux pour des experts autorisés<sup>102</sup>. De plus, il ne sera que provisoire et n'aura aucune commune mesure avec celui qui aurait pu advenir dans l'avenir du fait de la rupture totale avec son parent<sup>103</sup>. C'est ce qu'a exposé la cour d'appel de Lyon ayant décidé de transférer la résidence de l'enfant du parent aliénant chez le parent aliéné : « la Cour est parfaitement consciente des difficultés et du bouleversement qui résulteront de ce transfert, en particulier pour l'enfant Maeva, mais que laisser celle-ci résider habituellement chez sa mère représente un danger beaucoup plus grave<sup>104</sup> ». Elle s'appuie notamment sur le rapport d'expertise qui souligne les conséquences désastreuses du syndrome d'aliénation parentale diagnostiqué, notamment « un vécu paranoïde entraînant une souffrance chronique [...] qui l'expose à des troubles de l'identité et à éprouver une fois adulte un sentiment incontrôlable de culpabilité au regard de sa complicité dans la violence infligée au parent aliéné<sup>105</sup> ».

Ce transfert de la résidence principale peut être fondé sur l'inaptitude du parent aliénant à respecter les droits de l'autre<sup>106</sup>. La perception que l'enfant a du parent chez lequel il ne vit pas dépend en effet beaucoup de la capacité du parent à préserver la place de l'autre<sup>107</sup>. Ce critère provient des États-Unis et plus spécifiquement de la Californie. C'est dès sa version de 1960 que le Code de Californie imposa au juge, en cas de divorce, de se prononcer en faveur du parent qui est le plus apte à maintenir les relations de l'enfant avec l'autre parent<sup>108</sup>. Une décision de la Cour supérieure du Canada atteste de la prise en compte de l'existence d'un éventuel

101. En ce sens, H. Van Gijsegem, art. préc., p. 26.

102. H. Van Gijsegem : « des professionnels craignent quelquefois qu'un enfant, lors d'un tel transfert, ne se désorganise ou "décompense". L'observation ne supporte aucunement cette crainte », art. préc., p. 26.

103. V. *supra*.

104. Lyon, 2<sup>e</sup> ch. civ., 14 juin 2010. Dans le même sens v. Nîmes, 10 juin 2009, ch. civ. 2, sect. C, n° 08/00425.

105. Dans l'arrêt *Gorgülü c. Allemagne*, 26 févr. 2004, la cour avait fait pareillement primer la relation de l'enfant avec son père biologique en considérant que les effets à long terme d'une séparation de l'enfant et de son père biologique sont plus importants que le préjudice psychologique immédiat que subirait l'enfant du fait de sa séparation avec la famille d'accueil.

106. C'est l'un des critères de détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale définis par l'article 373-2-11 C. civ.

107. V., G. Poussin et I. Sayn, *Un seul parent dans la famille*, Centurion, 1990, p. 172.

108. V., F. Vauville, « Du principe de coparentalité et de sa mise en œuvre », in F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (dir.), *L'autorité parentale en question*, LERADP, Presses universitaires du Septentrion, 2003, p. 136.

SAP<sup>109</sup>, tandis que de nombreux jugements s'appuient sur les diagnostics posés par les experts psychiatres pour fonder leurs décisions en fonction de la gravité du SAP<sup>110</sup>.

Ce critère laisse aux juges aux affaires familiales « les coudées franches pour fixer ou transférer la résidence de l'enfant chez le parent qui subit une coupure abusive avec ses enfants<sup>111</sup> » et il est ainsi utilisé par les juges dans un contexte de SAP. La cour d'appel de Bordeaux a ainsi jugé utile de « rappeler à la mère que la résidence habituelle fixée chez elle n'est pas un avantage qui lui est concédé mais une mesure prise dans le seul intérêt de l'enfant, intérêt qui s'apprécie notamment par référence à la capacité qu'elle a de maintenir des bonnes relations entre le père et l'enfant, si bien que son refus persistant et non motivé de respecter le droit de visite judiciairement fixé est de nature à entraîner le changement du lieu de résidence<sup>112</sup> ». La Cour de cassation a d'ailleurs cassé un arrêt d'appel qui avait fixé la résidence des enfants chez la mère en lui reprochant de ne pas avoir recherché si le comportement de celle-ci ne traduisait pas son refus de respecter le droit des enfants à entretenir des relations régulières avec leur père<sup>113</sup>.

La cour d'appel de Paris a, dans le prolongement d'une telle décision, décidé de maintenir la résidence de l'enfant chez son père « cette mesure étant la seule à permettre d'assurer un maintien des relations de Christelle avec ses deux parents » considérant que « du fait du rapport à sa fille, Myriam M. n'est pas des deux parents celui le plus à même de respecter la place de l'autre [...] n'étant pas dans un état d'esprit permettant d'espérer de sa part un apaisement de la situation et de laisser au père la place qui doit être la sienne pour permettre à sa fille de s'épanouir<sup>114</sup> ».

Mais, la Cour de cassation vient de franchir une étape supplémentaire, légitimant le SAP comme seul motif de transfert de résidence. Dans un arrêt rendu le 26 juin 2013, elle approuve la cour d'appel de Rennes, considérant qu'elle « a procédé à une appréciation souveraine des éléments qui lui étaient soumis pour décider que le syndrome d'aliénation parentale qui s'est installé dans la vie de l'enfant conduisait à transférer sa résidence chez son père<sup>115</sup> ». Le SAP, en l'espèce diagnostiqué chez une petite fille de 3 ans, est pour la première fois, à notre connaissance,

109. Cour supérieure du Canada, Province de Québec, District de Montréal, 26 mars 2002, n° 500-12-256617-014. La Cour y pose clairement la question « S'agit-il d'un cas d'aliénation parentale ? À qui la garde de V. doit-elle être confiée ? ». Cette décision aménage le droit d'hébergement en faveur du père, rejeté par sa fille, et prévoit en fin de jugement que, « advenant le cas où l'enfant refusait tout contact avec son père, il y aura lieu d'envisager sérieusement la garde exclusive au père », § 88.

110. V. par ex. les arrêts *Menard v. Menard*, Sup. Ct of British Columbia, 2001, CarswellBC 1312 ; 2001 BCSC 430, 21 mars 2001 ; S. P and P.B.D, Ontario Superior Court of Justice, Court File, n° 22661, 10 août 2007.

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

112. Bordeaux, 3 oct. 2006.

113. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 2006, *Dr. fam.* 2006, n° 188, obs. P. Murat, *RTD civ.* 2006, obs. J. Hauser.

114. Paris, 24 mai 2012, pôle 3, ch. 3, n° 08/05350.

115. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2013, *Dr. fam.* 2013, n° 152.

expressément mentionné dans les motifs d'une décision de la Cour de cassation et jugé suffisant, dès lors qu'il est « installé dans la vie de l'enfant », pour motiver une décision de transfert de sa résidence.

Cette légitimation du SAP ne devrait pas manquer d'influencer l'ensemble des JAF en les incitant à s'interroger sur l'existence d'un tel syndrome et à diligenter des expertises en ce sens ainsi qu'à se fonder sur son éventuel diagnostic pour en tirer toutes les conséquences, notamment le transfert de résidence chez le parent rejeté par l'enfant.

Le placement de l'enfant est en effet à envisager seulement en ultime recours, car il n'offre pas à l'enfant la possibilité de reconstruire efficacement le lien avec son parent<sup>116</sup>, même s'il peut s'avérer bénéfique dans la mesure où il participe à une prise de distance de l'enfant avec le parent aliénant<sup>117</sup>.

Certains magistrats plaident en faveur d'une autre solution moins brutale, la résidence alternée<sup>118</sup>. Mais son efficacité peut être mise en doute puisqu'elle suppose dans l'intérêt de l'enfant une coopération entre les parents.

La France a encore du chemin à parcourir afin de garantir véritablement à l'enfant le droit de voir ses deux parents proclamé par la CIDE. Son premier pas en ce sens serait probablement d'abandonner ses illusions sur l'esprit de coopération des parents dans un contexte de SAP et de rappeler au juge leur fonction originelle et fondamentale, punir l'auteur d'infractions en matière pénale et trancher le conflit (ici parental) en matière civile, car seule cette clairvoyance permettra de garantir la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le sens indiqué par les juridictions européennes.

Le SAP invite plus largement les juristes à s'interroger sur un conflit possible entre les droits de l'enfant, démontrant les limites de la CIDE. Mais la résolution d'un tel conflit doit être guidée, comme nous y invitent les juges européens, par l'idée que l'enfant doit bénéficier prioritairement d'une protection efficace contre toute forme d'exploitation de sa vulnérabilité afin de pouvoir plus tard devenir un homme libre.

---

116. V. cep. Amiens, 24 mai 2012, ch. spéciale des mineurs, n° 73, 12/00787 : renouvellement d'une mesure de placement ayant permis un apaisement des relations entre la mère et ses deux enfants ; le placement a permis de les libérer de l'emprise du père qui les instrumentalisait en dénigrant la mère et qui faisait obstacle aux relations mère-enfants.

117. Par ex. Toulouse 7 déc. 2012, confirmant une décision du juge des enfants du 6 juill. 2012 fondée sur un diagnostic de SAP posé par une expertise psychiatrique. La cour relève le bénéfice retiré par l'enfant de la mesure de placement.

118. M. Juston, « De la coparentalité à la déparentalité. De la résidence alternée au SAP », *AJ fam.* déc. 2011, n° spécial préc., p. 579. V. not. Douai, 16 févr. 2012, ch. 7, sect. 2, n° 11/03092.

