

**FACTEURS A CONSIDÉRER PAR LA JURISPRUDENCE DANS
L'ANALYSE DE L'INTÉRÊT SUPERIEUR DE L'ENFANT
SELON LES RÈGLES DU NOUVEAU CODE CIVIL ROUMAIN**

**FACTORS TO BE TAKEN INTO CONSIDERATION BY THE
JURISPRUDENCE IN THE ANALYSIS OF THE SUPERIOR INTEREST
OF THE CHILD, ACCORDING TO THE RULES OF THE NEW
ROMANIAN CIVIL CODE**

Iolanda Boți, Victor Boți*

Abstract

The authors present in a structured way, the principle of the child's superior interest as it is regulated in terms of the new Romanian Civil Code, focusing on factors that the case law should take into consideration according to the new regulations.

In the first part of the article, the authors develop a pertinent analysis on this principle in the global context of the new legislation. Thus, they analyze article 263 which establishes child's superior interest as the principle of general application in all areas of law.

In this context, the authors conduct a comparative analysis of this principle with other institutions regulated by the new Civil Code, such as parental authority, adoption and guardianship.

In the second part of the article, following a review of case law and foreign literature, the authors suggest factors that could be taken into account in analyzing the application of the principle of the child's superior interest, in family matters, with the coming of the new Civil Code in force.

In conclusion, we can say that this article, by the novelty of the addressed subject, is a contribution to the doctrine which arises as a result of the new Civil Code of Romania.

Keywords: Civil Code, Romania, child, interest, parental authority, adoption, guardianship, family

* Dr.Iolanda Boți is a lawyer in Montreal, Canada. Contact: Tel. +514 8448578; Fax +514 8448677; iolanda.boti@botilaw.ca
Mr. Victor Boți is a lawyer in Montreal, Canada. Contact: Tel. +514 8448578; Fax +514 8448677; victor.boti@botilaw.ca

Le critère du respect de l'intérêt de l'enfant est le critère applicable dans les toutes les causes qui regardent les enfants. Tout enfant à droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

La jurisprudence issue des tribunaux roumains, favorise déjà, depuis des décennies, les droits de l'enfant, tant au niveau de sa personne, qu'au niveau de ses biens.

La nouvelle réglementation roumaine en droit civil apporte des changements importants dans la manière de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant pas seulement dans le cadre défavorisé, mais aussi dans le cadre familiale, dans toutes les causes concernant l'enfant.

1. L'intérêt supérieur de l'enfant dans le nouveau Code civil roumain

Dans la conception moniste du Code civil roumain dans sa nouvelle formule², l'intérêt supérieur de l'enfant est prévu dans l'article 263, parmi les dispositions générales du Livre deuxième intitulée « Sur la famille ».

On peut facilement constater que le législateur consacre ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe, conformément aux autres législations modernes, en suivant le modèle international. En ce sens, on parle de l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui a institué en 1989 le « principe d'interprétation qui doit être utilisé dans toutes les formes d'interventions à l'égard des enfants et qui confère une garantie aux enfants que leur sort sera examiné conformément à ce principe d'interprétation »³.

En fait, le législateur roumain reprend le même principe consacré en 2004, dans le deuxième article de la Loi 272⁴, pour la protection des droits de l'enfant, et lui donne un caractère plus général, en tenant compte du pouvoir de l'acte normatif central.

En ce qui concerne la notion d'« enfant », dans le nouveau Code⁵ on trouve la même définition que celle consacrée en 2004 par l'article 4 de la Loi n° 272 « la personne qui n'a pas encore 18 ans et qui n'a pas la pleine capacité d'exercice de ses droits civils ».

Pour conclure, on apprécie que, dans le nouveau cadre, la notion de l'intérêt de l'enfant soit présentée comme une toute nouvelle réglementation de l'idée de protection des enfants.

Ainsi, l'article 263 du nouveau Code représente une réglementation générale donnée à ce principe, le noyau de la matière. On constate que, partout dans le nouveau Code, le législateur roumain regarde le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant chaque fois qu'il parle de celui-ci. En ce sens, il est bien précisé, de manière rigoureuse, que toute mesure ou décision prise à l'égard de l'enfant, va se faire dans le respect de son meilleur intérêt.

Concernant les procédures judiciaires et administratives, le troisième alinéa de l'article 263, consacre une garantie dans notre système de droit. Il s'agit de l'obligation pour le législateur de réglementer des procédures dans la matière conformément auxquelles les opinions, les désirs et les intérêts des enfants et des parents seront écoutés et pris en considération par les autorités au moment de leur décision.

² Le nouveau Code civil roumain fait l'objet de la loi n° 287/2009 publiée dans le Moniteur officiel n° 511 du 24 juillet 2009

³ Jean Zermatten, « L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique », http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_fr.pdf

⁴ En Roumanie, le législateur a consacré en droit interne le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴ en 2004, pour la première fois. On trouve la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans un ensemble des lois concernant la protection des droits de l'enfant et pour promouvoir leurs intérêts. Ainsi, nous mentionnons la Loi n° 272/2004 pour la protection des droits de l'enfant, la Loi n° 273/2004 concernant le régime juridique de l'adoption, et aussi, les Lois n° 274 et 275⁴ dans le même domaine. Pour les détails voir *Dan Luțescu, Observații privind unele criterii jurisprudențiale de apreciere a interesului superior al copilului aflat în dificultate, la luarea unei măsuri de protecție specială față de acesta* », http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_10_2007/lutescu_ro.pdf

⁵ L'article 263, alinéa 5 du nouveau Code

De plus, toute procédure, administrative ou judiciaire, qui regarde l'enfant, va se faire avec célérité, étant donné les relations de famille et l'intérêt supérieur de l'enfant.

On observe aussi que le législateur favorise les procédures à l'amiable dans les cas concernant les enfants. Conformément au deuxième alinéa de l'article 263, le codificateur impose aux autorités publiques l'obligation de renseigner les parties pour qu'ils puissent choisir des méthodes alternatives pour régler leur conflit. Nous trouvons que, dans le cadre général de la médiation, qui est devenu comme une pierre angulaire dans notre législation actuelle, le législateur répond aux conditions modernes reliées aux directives communautaires.

De même, pour une analyse pertinente, on considère aussi nécessaire de mentionner que le législateur consacre de façon générale, dans le premier alinéa de l'article 106, la protection du mineur comme étant réalisée par ses parents, par l'institution de la tutelle ou par des autres mesures de protection consacrées par la loi. Ainsi, dans le nouveau Code civil roumain on trouve l'institution de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de réglementation d'autres institutions, soit l'autorité parentale, l'adoption, soit la tutelle⁶.

1.1. L'intérêt supérieur de l'enfant et l'autorité parentale

Mentionnons ainsi que, premièrement, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est indissolublement lié avec l'autorité parentale, consacrée dans le Titre IV⁷ du nouveau Code. On considère aussi les articles concernant la réglementation des relations entre les parents et leurs enfants, l'établissement du nom de l'enfant, les dispositions législatives relativement aux droits des parents, leur responsabilité, l'obligation de paiement de la pension alimentaire et d'autres situations encore.

L'autorité parentale dans la conception moniste est définie par l'article 483 premier alinéa, comme étant l'ensemble de droits et obligations concernant la personne et les biens de l'enfant et qui appartiennent aux deux parents, en même temps. On trouve nécessaire de mentionner que cette autorité n'est pas le résultat du mariage. Les parents doivent l'assumer, qu'ils soient mariés ou non.

Le deuxième alinéa prévoit que les parents doivent exercer l'autorité parentale seulement dans le meilleur intérêt de l'enfant. Ceux-ci sont obligés d'associer leur enfant à toute décision prise à son égard, en fonction de son âge et son degré de maturité.

Le codificateur statue sur une responsabilité générale des parents d'élever leur enfant.

Les articles 487 et 488 prévoient de façon très explicite le contenu de l'autorité parentale dans la nouvelle législation. C'est-à-dire que les parents sont obligés de prendre toute mesure pour protéger l'enfant, pour bien l'élever, pour ne pas nuire au respect de la dignité de l'enfant.

Pour les parents sont des droits et des obligations en même temps, à l'égard de la personne de l'enfant et de son patrimoine. Ça concerne l'éducation, la formation professionnelle, les mesures pour sa santé, les mesures disciplinaires, les pratiques religieuses, les relations sociales de l'enfant, le domicile de celui-ci, l'administration de ses biens, y compris l'obligation alimentaire. Le législateur consacre l'indépendance patrimoniale de l'enfant, dans l'article 500, avec toutes les conséquences qui découlent d'ici.

Le gouvernement de la Roumanie, par l'Acte d'approbation des textes préalables au projet de loi – Code civil, a explicité la provenance de cette interprétation de l'autorité parentale dans la nouvelle législation dans notre pays. Ainsi, le modèle québécois et celui français ont été la base de la rédaction du concept trouvé dans le nouveau Code civil⁸.

⁶ Pour des détails voir *Iolanda Boti, Victor Boti*, « Le Code civil du Québec – source d'inspiration dans le processus de recodification du droit civil roumain », in *Studia Universitatis Babeș Bolyai Jurisprudentia*, no.1 de 2011, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=367>.

⁷ Conformément à l'article 483 alinéa 2 du nouveau Code.

⁸ Hotărârea nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege - Codul civil, publicată în M.Of. nr. 213 din 2 aprilie 2009

Les articles 503, premier alinéa et 507 du nouveau Code civil roumain constitue une traduction fidèle du texte de l'article 600 du Code civil du Québec. Les parents exercent ensemble l'autorité parentale et, si l'un d'eux n'est pas en mesure de manifester sa volonté, l'autorité est exercée par l'autre parent.

Mentionnons enfin que, le fait qu'à un certain moment, l'enfant se trouve sous la surveillance de quelqu'un d'autre, n'enlève pas l'autorité parentale de ses parents. Les titulaires continuent à assumer juridiquement les droits et les devoirs conférés par la loi, y compris la responsabilité pour les dommages causés par leur enfant, tel que prévu à l'article 1372 du nouveau Code.

1.2. L'intérêt supérieur de l'enfant et l'adoption

On voit aussi que l'adoption d'un enfant pourrait être réalisée avec le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces sont des dispositions exprès mentionnées par le codificateur.

L'intérêt supérieur de l'enfant doit bien sûr être au centre des préoccupations en matière d'adoption⁹. Le professeur Goldstein mentionne « Favoriser l'intérêt de l'enfant peut constituer à favoriser l'adoption, par exemple dans le cas d'un enfant orphelin ou abandonné. Toutefois, cette optique implique aussi la protection de l'enfant placé en situation extrêmement vulnérable, face à des intermédiaires qui agissent parfois dans le but exclusivement lucratif. »

Dans le nouveau Code civil, conformément à l'article 452, l'adoption est soumise de façon cumulative aux principes ainsi énumérés. On parle du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la nécessité d'élever et éduquer l'enfant adopté dans un milieu familial et dans l'esprit de son origine ethnique, linguistique et culturel.

Le législateur établi, d'une part des conditions que doivent être remplir par la personne d'adoptant et d'autre part, par l'enfant adopté.

1.3. L'intérêt supérieur de l'enfant et la tutelle

En ce qui concerne la tutelle, les règles du nouveau Code civil sont abordées, elles aussi, en tenant compte du respect de l'intérêt de l'enfant. Par ailleurs, toute institution en droit familial regarde l'intérêt de l'enfant. Toute décision judiciaire ou administrative prend en discussion l'enfant, ses besoins et son état.

Lorsque les parents sont décédés ou quand ils sont inconnus ou qu'ils ne sont pas en état de manifester leur volonté ou quand ils sont échus de droits parentaux ou ils sont sous régime de protection, l'autorité parentale est remplacée par la tutelle, selon l'article 110.

Le tuteur est nommé par l'instance de tutelle. D'autre part, le nouveau Code, dans l'article 114, prévoit la possibilité pour une personne de nommer dans un contrat de mandat un tuteur pour ces enfants dans le cas où il va se retrouver dans une des situations déjà mentionnées.

En ce qui concerne la tutelle, le législateur roumain utilise l'expression « l'intérêt de l'enfant ».

Dans la doctrine internationale, on remarque la même analyse linguistique. Ainsi, Jean Zermatten, dans son « Working report 3-2003 » intitulé « L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique », présenté dans le cadre de l'Institut International des Droits de l'Enfant » mentionnait : « en analysant littéralement la CDE, on peut probablement dire que l'intérêt de l'enfant et l'intérêt supérieur de l'enfant sont des locutions dont le contenu est le même. Le qualificatif supérieur doit vraisemblablement être considéré comme un superlatif de portée déclarative et non de portée contraignante. »

⁹ *Gerald Goldstein*, Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international québécois, *Revue du Barreau*, Tome 69, Printemps 2010, page 61

Dans le même esprit, on peut dire que l'exercice de la tutelle se fait dans le meilleur intérêt de l'enfant, tant au niveau de la personne de l'enfant, qu'au niveau des biens¹⁰ de celui-ci, selon l'article 133 du nouveau Cod civil.

2. Facteurs à considérer dans l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière civile

Le nouveau Code civil prévoit l'intervention de l'instance de la tutelle ou de l'instance en générale, chaque fois que les droits de l'enfant ne sont pas respectés ou chaque fois que les parents ne s'entendent pas sur l'intérêt supérieur de l'enfant ou dans l'instance de divorce, quand les droits de l'enfant sont pris en considération dans la nouvelle conjoncture familiale.

Par exemple, l'article 486 traite sur le malentendu des parents au sujet de l'exercice de leurs droits et devoirs. L'instance de tutelle va prendre une décision dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Conformément à l'article 454 corroboré à l'article 425, l'adoption est permise par l'instance de tutelle, dans le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En ce qui concerne le nom de l'enfant, si les parents ne sont pas d'accord sur ce sujet, l'instance de tutelle va décider, selon les articles 449 et 450. Il va de même pour l'établissement du domicile d'un mineur dont les parents ne s'entendent plus; l'instance de tutelle va décider en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

Et la liste des exemples pourrait continuer.

En général, la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant revêt plusieurs caractéristiques et Jean Zermatten¹¹ parle d'une subjectivité personnelle parmi celles-là.

L'auteur considère que l'intérêt de l'enfant est marqué par une subjectivité personnelle qui se manifeste à un triple niveau : une subjectivité de parents, une subjectivité de l'enfant et la subjectivité du juge.

En ce qui concerne la subjectivité des parents, l'auteur, en donnant comme exemple un cas de divorce, se pose la question : « quel parent ne prétend pas agir dans l'intérêt de l'enfant alors qu'il semble poussé par des considérations avant tout égoïstes ? ».

Pour la subjectivité de l'enfant, le problème surgit notamment lors de la prise en compte de l'avis ou des souhaits de l'enfant, car si l'intérêt de l'enfant ne se réduit pas à la conception que s'en font les parents, il ne correspond pas nécessairement à l'image qu'en a l'enfant lui-même.

Concernant la subjectivité des juges ou de l'autorité administrative investie du pouvoir de prendre la décision, l'auteur mentionne : « or chacun sait ici combien est forte cette subjectivité (ou en tout cas le risque de subjectivité), alors même que la décision prétend reposer sur un analyse « scientifique » de la situation »¹²

À travers la jurisprudence au niveau international, on voit que le respect de l'intérêt de l'enfant est le seul critère applicable dans les causes qui touche les enfants, comme la protection des mineurs, l'institution de la tutelle de mineurs, l'autorité des parents, l'adoption, la responsabilité des parents, la garde de l'enfant, le droit de visite, l'administration de ses biens.

Dans ces cas, l'instance fait, en principe, un exercice d'appréciation assez complexe : elle tente de déterminer quelles sont les meilleures circonstances pour l'enfant ou quel est le parent qui peut mieux satisfaire les besoins moraux, intellectuels et physiques de l'enfant.

¹⁰ L'article 142, alinea 1 du nouveau Code civil roumain prévoit que le tuteur va agir dans sa qualité de l'administrateur chargé de la simple administration des biens du mineur, selon les articles 795 et suivants. Pour détails voir *Iolanda Boti, Victor Boti*, « Administrarea bunurilor altuia în noul Cod civil român », dans *Dreptul*, no.11, 2011, Ed. Uniunea Juriștilor din România, Bucharest.

¹¹ Juriste suisse qui siège actuellement comme vice-président du Comité des droits de l'enfant de l'ONU.

¹² Jean Zermatten cite *Fulchiron H.*, De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in *Une Convention*, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p. 36

Dans le contexte, il n'est pas sans intérêt de mentionner que les juges prennent également en considération les critères retenus par la doctrine qui sont le résultat du travail des juristes dans diverses branches de droit.

D'autre part, on constate que les juges tiennent compte des opinions de témoins experts. On est tout à fait d'accord que les évaluateurs nommés par les tribunaux jouent, en contexte de droit de la famille, un rôle systémique important.

Dans ce cadre, on est d'opinion que les juges exercent une fonction de «sentinelle». Ils apprécient la preuve et prennent des décisions sur l'intérêt de l'enfant d'un point de vue impartial et objectif, en se servant de la compréhension et de l'expérience qu'ils ont.¹³

Alors, comme travail de réflexion concernant l'analyse de Jean Zermatten, on se pose la question : la subjectivité des juges ? Qui n'est pas subjectif dans sa façon d'être ?

Le professeur Nicholas Bala, de la faculté de droit de Queen's University, dans son article intitulé « Judicial Notice, Common Sense, Expert Evidence and Assessments: Understanding the Family Context », parle des obligations des juges face au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. M. Bala mentionne que les juges, en droit de la famille, doivent se servir de leur compréhension du comportement humain et des rapports parent-enfant pour statuer. La connaissance d'office a un rôle à jouer (ils peuvent se référer à des textes), mais elle se limite aux matières « incontestables ». Les juges se servent aussi « de bon sens et d'expérience » pour apprécier la preuve et pour arriver à des décisions en ce qui concerne l'« intérêt » de l'enfant. Il est essentiel qu'ils soient conscients de leur recours à la compréhension ou à l'expérience qu'ils ont, et qu'ils évitent de s'appuyer sur des stéréotypes ou sur une compréhension fautive du comportement humain. Les évaluations et la preuve d'expert jouent un rôle important également. Ceux-ci apportent des connaissances d'ordre scientifique et social, applicable dans la cause dont le tribunal est saisi¹⁴.

Les modèles pris en considération par la doctrine et la jurisprudence des divers pays qui ont consacré le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans leur législation bien avant nous, servent à créer une base d'exemples sur les facteurs à considérer par les juges.

On voit la doctrine en droit familial¹⁵ qui partage les éléments d'analyse de l'intérêt de l'enfant en deux grandes catégories, c'est-à-dire, « les composantes de l'intérêt de l'enfant reliées aux parents » et « les composantes de l'intérêt de l'enfant reliées à celui-ci ». Parmi les composantes reliées aux parents, sont mentionnées la conduite de parents, aussi la disponibilité du parent gardien à faciliter les contacts avec le parent non gardien, le cas des relations conflictuelles ouvertes entre les parents. Parmi les composantes reliées à l'enfant, la doctrine énonce l'âge de l'enfant et aussi le choix de celui-ci.

La jurisprudence¹⁶, de sa part, propose des critères qui se trouvent en interdépendance totale : les besoins de l'enfant, la relation affective entre l'enfant et ses parents, d'une part, et entre l'enfant et les membres de la famille, d'autre part, la capacité parentale de répondre aux besoins de l'enfant, la stabilité de l'enfant, l'environnement psychosocial de l'enfant, la santé physique et mentale de l'enfant et du parent qui demande la garde, les habitudes de vie des parents, si celles-ci ont une incidence directe sur l'enfant, la non-séparation de la fratrie, le désir de l'enfant, la disposition à favoriser la relation avec l'autre parent.

D'autre part, on trouve très important des souligner aussi le fait qu'il est absolument nécessaire que l'enfant sache où est son foyer, à qui il doit rendre des comptes et qu'il n'y ait aucun doute là-dessus dans son esprit¹⁷.

¹³ *K. c. K.*, 2008 NBBR 229 (CanLII) — 2008-07-14, Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick — Nouveau-Brunswick

¹⁴ *Idem*

¹⁵ Collection de droit 2009-2010, 3^e volume, « *Personne, famille et succession* », Édition Yvon Blais, Montréal, 2009, p. 117

¹⁶ *Idem*, pp.119

¹⁷ *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, Cour Suprême du Canada

2.1 Les besoins de l'enfant

En général, les besoins de l'enfant sont d'ordre physique et moral, affectif et émotionnel. Ils sont analysés en fonction de son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.

En plus, il appartient au juge de déterminer les intérêts et besoins prioritaires de l'enfant. Sa stabilité émotionnelle est de première importance. Par exemple, si l'enfant est indûment troublé par un droit de visite, celui-ci n'est généralement pas accordé¹⁸.

Par ailleurs, l'enfant a besoin de l'encadrement et de la disponibilité de ses parents, qui doivent être en mesure d'assurer son plein épanouissement. À certains égards, le tribunal note qu'au plan matériel, les parties offrent un environnement qui répond pleinement aux besoins de l'enfant. Leur implication auprès de celui-ci convainc le Tribunal qu'ils sont en mesure de favoriser son épanouissement.

Mais chaque cas est un cas d'espèce. L'unique facteur est l'intérêt de l'enfant dans les circonstances de l'affaire. L'accent doit être mis sur l'intérêt de l'enfant et non sur l'intérêt et les droits des parents.¹⁹

Les besoins matériels de l'enfant sont aussi des facteurs à considérer par le juge au moment de l'établissement du quantum de la pension alimentaire payée par les parents au bénéfice de son enfant. Ainsi, dans l'instance de divorce, le juge accorde la garde de l'enfant à un ou l'autre des parents ou même à eux deux, en même temps, ce qu'on appelle « garde partagée ».

Le temps consacré à l'enfant, les besoins de l'enfant et les revenus des parents sont des facteurs à prendre en considération par le juge pour établir la pension alimentaire pour celui-ci. Tous ces critères réunis donnent un résultat objectif à l'égard de la pension alimentaire.

2.2 Les relations affectives entre l'enfant et ses parents et entre l'enfant et les membres de la famille

Du notre point de vue, ce facteur est plutôt d'ordre social et il trouve son pouvoir dans la société. Chaque société va donner une empreinte spécifique et va demander des solutions variées.

Par exemple, dans l'instance de divorce, la preuve va permettre d'identifier une figure parentale plus importante pour l'enfant. Depuis le début de sa vie, celui-ci a maintenu des contacts constants avec un ou l'autre de parents. Pareillement, le juge peut prendre en considération le maintien d'un lien le plus étroit possible avec les deux parents qui pourra apparaître clairement dans le meilleur intérêt de l'enfant, particulièrement dans les circonstances mises en preuve.

En ce qui concerne les relations avec les autres membres de la famille, l'analyse est plutôt reliée aux grands-parents. Dans ce sens, on prend comme exemple, la jurisprudence québécoise qui établit le principe selon lequel, l'intérêt de l'enfant milite en faveur du maintien d'une relation entre celui-ci et ses grands-parents²⁰.

D'autre part, les familles recomposées représentent, de fois, un théâtre de débats social. Le codificateur roumain dans l'article 517, consacre de façon implicite, les relations entre l'enfant et la personne avec laquelle un de ses parents est remarié.

2.3 La capacité parentale de répondre aux besoins de l'enfant

En l'espèce, le juge va poser la question : est-ce qu'un des parents est plus « capable » que l'autre? Si la réponse est affirmative, la décision concernant la garde est facile à prendre.

¹⁸ *N.-B. (Ministre de la Santé) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 535, 561, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Charles Gonthier

¹⁹ *Gordon c. Goertz* [1996] 2 R.C.S. 27

²⁰ *Droit de la famille – 52*, 1983, C.S. 388; *Droit de la famille – 151*, 1995, C.S. 706; *Droit de la famille – 2216*, 1995 R.D.F. 572, C.S., EYB 1995-72409.

Les juges, dans leur analyse, vont reconnaître les valeurs éducatives, morales et spirituelles et des modalités d'intervention comparables en matière éducative des parents.

Un guide d'évaluation de la capacité parentale²¹ nous propose de prendre en considération le contexte socio-familial, la santé et le développement de l'enfant, ainsi que la relation parents-enfant et la situation des parents.

En ce qui concerne la relation parents-enfant, ce sont l'attachement et les compétences parentales qui vont être analysés. Le juge va examiner l'exercice du rôle parental, les attitudes et les conduits des parents, favorables ou défavorables au développement normal de l'enfant, notamment, si les parents ont une attitude positive envers l'enfant. Il est aussi pris en considération la façon dont les parents répondent aux besoins de base de l'enfant, s'ils sont capables d'offrir une réponse et un engagement affectif, s'ils sont capables de considérer et traiter l'enfant comme une entité distincte. Plusieurs fois, devant le tribunal, le parent met en valeur la relation avec l'enfant comme étant « mon enfant » et non pas « notre enfant », et traite l'enfant comme sa propriété.

Le même guide nous propose aussi comme facteur d'analyse, de voir si les parents exercent leur rôle avec pertinence, en favorisant la socialisation de l'enfant et comment ils répondent aux besoins intellectuels et éducatifs de l'enfant.

2.4 La santé physique et mentale de l'enfant et des parents

Même si on a parlé déjà des besoins de l'enfant et de la capacité des parents, le critère de la santé physique et mentale de l'enfant et des parents est séparément pris en considération dans la jurisprudence étrangère.

L'évaluation de la santé tant physique, que mentale est le ressort de personnel spécialisé : les médecins, les psychologues, les éducateurs, les intervenants au niveau éducatif et social. Le rapport est essentiel dans une cause qui emporte des problèmes de ce genre.

On trouve que c'est un critère important, parce qu'une fois pris en discussion, il peut relever des aspects importants sur la capacité des parents d'offrir à l'enfant un habitat correspondant à ses besoins.

De plus, le critère vient de compléter celui de besoins de l'enfant, qui peuvent varier en fonction de son état de santé.

2.5 La stabilité de l'enfant

On comprend que le juge doit avoir comme objectif de choisir la solution qui sera le plus à même d'assurer à l'enfant une stabilité dans sa croissance, éducation et développement sains qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte.

Personnellement, dans ce contexte, on considère nécessaire d'analyser la stabilité des parents, un ou l'autre ou des deux. On voit la stabilité dans la vie personnelle, particulièrement au plan de l'emploi et du logement, de même qu'une plus grande régularité dans ses contacts avec l'enfant. La preuve pourra démontrer que le parent n'éprouve pas de difficultés à bien saisir le rythme de l'enfant. Et tout cela à cause de fait que les habitudes de vie des parents ont une incidence directe sur l'enfant.

En ce qui concerne l'enfant, on parle de plusieurs aspects de la stabilité.

On analyse la stabilité dans l'horaire hebdomadaire, dans les habitudes de vie, dans son éducation de chaque jour.

On parle aussi de stabilité géographique, qui donne à l'enfant l'environnement propre à son développement.

De plus, c'est la stabilité monétaire qui doit être gardée par biais de la pension alimentaire.

Concernant cet aspect, dans la façon de calculer la pension alimentaire, la jurisprudence étrangère²² prend en considération le revenu des deux parents et pas seulement du parent qui n'est pas

²¹ http://www.graveardec.uqam.ca/pdf/sem_trouble_attach.pdf

avec les enfants, qui n'a pas la garde. Il y a toujours des implications fiscales majeures au niveau du revenu du parent débiteur et de son niveau de vie.

2.6 La fratrie

Dans la jurisprudence, en général, le Tribunal rappelle que les liens avec la fratrie sont un des éléments essentiels à considérer quant à l'attribution de la garde et que la normalité des choses fait en sorte que l'on ne doit pas favoriser la séparation de la fratrie. Le Tribunal souligne à juste titre que les demi-frères et demi-sœurs ne font pas les distinctions relatives à la filiation que les adultes font, ils se considèrent comme frères et sœurs. De plus, le support que peuvent s'apporter mutuellement les membres de la « fratrie » peut les aider à passer à travers une situation difficile comme la rupture²³ familiale.

2.7 Le désir de l'enfant

Le nouveau Code civil roumain prévoit dans des nombreux articles le principe de l'écoute de l'enfant par le tribunal qui analyse sa situation. Ainsi, l'art. 264 prévoit de manière générale ce principe. Le codificateur établit que le désir de l'enfant est un élément qui doit être pris en considération pour un enfant à partir de dix ans. C'est aussi l'âge déterminé par la jurisprudence, en tenant compte des études réalisées par les psychologues, les médecins et d'autres intervenants auprès des enfants.

L'importance de cet élément est causée par l'influence que la volonté de l'enfant a dans la relation avec ses parents et avec la famille, en général. Il exprime son opinion pendant le procès qui regarde son meilleur intérêt.

Personnellement, on apprécie qu'à cet âge, l'enfant ne fasse pas la différence entre son désir d'enfant et son opinion.

Dans le nouveau Code civil, il est prévu que l'enfant de moins de dix ans pourrait être écouté si le tribunal considère nécessaire pour la solution de la cause.

Dans la jurisprudence étrangère²⁴, on trouve l'idée pertinente qu'en matière de garde, l'opinion de l'enfant âgé entre huit et onze ans doit être prise en considération. Mais en ce qu'il concerne le désir de l'enfant, le Tribunal doit le considérer fortement à partir de douze ans. D'autre part, le Tribunal n'est pas lié par l'opinion de l'enfant, mais dans le cas où il s'agit d'un facteur important, d'autant plus qu'il converge avec d'autres, considérés précédemment, le juge va le prendre en considération.

De plus, même s'il est bien évident que le désir d'enfants âgés de plus de 10 ans constitue un élément important dans le cas de détermination de garde d'enfants, par exemple, il ne faut pas cependant confondre le désir des enfants et leur intérêt.

3. Conclusions

Le meilleur intérêt de l'enfant est une règle générale qui doit servir à guider la conduite des praticiens en droit. Cette règle est le centre de préoccupation pour les auteurs de la doctrine ainsi que pour les juges dans l'analyse des dossiers où les intérêts des enfants sont pris en considération. Dorénavant, aussi en Roumanie, ce principe va trouver son application autant dans les situations défavorisées à l'égard des enfants, dans des cas d'agression sexuelle ou physique, dans un éventuel cas pénal ou dans un cas d'adoption d'enfant, que dans tout contexte qui vise l'enfant.

²² La jurisprudence québécoise prend en considération les salaires communs des parents, pas seulement du parent qui n'a pas la garde de l'enfant.

²³ Michel Tétrault - La garde partagée et les tribunaux, une option ou la solution, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2006, p. 141

²⁴ Dans la jurisprudence québécoise : *Droit de la famille* – 2513, [1996] R.D.F. 804 (C.S.).

Selon le model de la jurisprudence étrangère, on considère que l'étude de l'intérêt supérieur de l'enfant réclame un exercice d'appréciation très complexe. Cet exercice doit tenter de déterminer comment les parents ou le parent peut mieux satisfaire les besoins moraux, intellectuels et physiques de l'enfant, et cela, sans prendre en considération la conduite antérieure des parents, sauf si celle-ci est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère, conformément à la loi.

Le critère du respect de l'intérêt de l'enfant est le seul critère applicable dans les toutes les causes qui regardent les enfants. Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.

De plus, ce n'est pas nécessaire d'aller devant le juge, chaque fois que les parents ne s'entendent pas sur l'exercice de droits et obligations à l'égard de leur enfant, présentement dans le contexte de l'existence de la nouvelle institution : la médiation.

Donc, on apprécie que l'intérêt supérieur de l'enfant c'est un concept qui doit être considéré non seulement dans le cadre d'un litige, par les juges ou par les intervenants auprès de la justice, mais aussi par les parents, jour par jour, dans l'exercice quotidien de leur autorité parentale.

Il ne faut pas oublier que les enfants sont l'avenir de notre société.

REFERENCES

Législation

1. Convention internationale des droits de l'enfant, ONU, 1989
2. Hotărârea NR. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege - Codul civil, publicată în M.Of. nr. 213 din 2 aprilie 2009
3. Loi no 18 du 27 septembre 1990 pour ratifier la Convention concernant les droits de l'enfant, republiée en 2001
4. Loi no.287/2009 sur le nouveau Code civil, publiée dans le Moniteur officiel n° 511 du 24 juillet 2009.

Traité

1. Collection de droit 2009-2010, 3^e volume, « Personne, famille et succession », Édition Yvon Blais, Montréal, 2009,
2. *Fulchiron H.* « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p. 36
3. *Tétrault, Michel* La garde partagée et les tribunaux, une option ou la solution, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2006,

Articles

1. *Goldstein, Gerald*, « Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international québécois », Revue du Barreau, Tome 69, Printemps 2010, page 61
2. *Iolanda Boti, Victor Boti*, « Administrarea bunurilor altuia în noul Cod civil român », revue Dreptul, no.11, 2011, Ed. Uniunea Juriștilor din România, Bucharest

Pages web

1. *Luțescu, Dan* „Observații privind unele criterii jurisprudențiale de apreciere a interesului superior al copilului aflat în dificultate, la luarea unei măsuri de protecție specială față de acesta », http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_10_2007/lutescu_ro.pdf
2. *Zermatten, Jean* « L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique » http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_fr.pdf
3. http://www.graveardec.uqam.ca/pdf/sem_trouble_attach.pdf
4. *Iolanda Boti, Victor Boti*, « Le Code civil du Québec – source d'inspiration dans le processus de recodification du droit civil roumain », in Studia Universitatis Babeș Bolyai Iurisprudentia, no.1 de 2011, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=367>.

Jurisprudence étrangère

1. *Droit de la famille – 2513*, 2008, CSQ

2. *Droit de la famille* – 52, 1983, C.S. 388;
3. *Droit de la famille* – 151, 1995, C.S. 706;
4. *Droit de la famille* – 2216, 1995 R.D.F. 572, C.S., EYB 1995-72409
5. *Gordon c. Goertz* [1996] 2 R.C.S. 27
6. [K. c. K.](#), 2008 NBBR 229 (CanLII) — 2008-07-14, Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick — Nouveau-Brunswick
7. *N.-B. (Ministre de la Santé) c. L. (M.)*, [1998] 2 R.C.S. 535, 561, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Charles Gonthier
Young c. Young, [1993] 4 R.C.S. 3, Cour Suprême du Canada