

Nouvelles familles

Le droit des familles évolue progressivement depuis trente ans, vers la reconnaissance de nouveaux droits pour les couples non mariés, les parents isolés et/ou séparés, les couples homoparentaux et les tiers participant à l'éducation des enfants. Une législation basée sur l'intérêt supérieur de l'enfant, et dont l'évolution fait débat dans la société.

L'application de la loi est confiée au juge aux affaires familiales, garant du respect de l'intérêt des enfants.

Ces familles légales répondent à l'évolution sociale et correspondent à une redéfinition de la famille psychique, traduite par l'apparition d'un mot nouveau qui fait pendant à la parenté biologique, la parentalité.

La famille vue du pédopsychiatre

D'après une communication de Philippe Duverger pédopsychiatre au CHU d'Angers

Qu'est-ce qu'une famille ?

En guise d'introduction, l'illustration d'une famille célèbre: la Sainte Famille.

La Sainte Famille représente ce que Lévi-Strauss appellerait la structure élémentaire de la parenté. Et pourtant, à y regarder de près, il s'agit d'une bien étrange famille où le père (Joseph) n'est pas le père de son fils (Jésus), lequel est en réalité le fruit d'un tiers (Dieu). Joseph n'a pas fait l'amour à sa femme et d'ailleurs, Marie qui a enfanté, est vierge... Une famille en rupture avec la filiation naturelle et la reconnaissance de paternité. En fait, une histoire d'adoption !

Durant les vingt dernières années, il s'est produit un saut dans les représentations conscientes et inconscientes de la famille. Celle-ci est, à l'origine, un groupe de personnes, vivant sous le même toit, où chacun se reconnaît une appartenance, une légitimité; un système de références partagées et reconnues; un groupe dont les membres partagent une manière de voir et de penser commune et se soutiennent mutuellement.

Qu'est-ce qui fait famille ?

Le partage de références multiples, de valeurs, de représentations, de règles... plus ou moins conscientes, qui participent à la création du mythe familial. Ce mythe fondateur de la famille sert au maintien de sa cohésion et à son inscription dans une histoire.

Ainsi, chaque famille se caractérise par ses traditions, ses coutumes, ses références propres, transmises de générations en générations (pactes inconscients, règles implicites, mythes familiaux, fantômes, secrets...).

Mais une famille qui va bien est une famille vivante, toujours en mouvement; ses histoires, ses conflits intègrent du nouveau au fil du temps. L'adolescent est d'ailleurs souvent aux premières loges pour remettre en question sa famille. Cette remise en question des valeurs de la famille ne l'empêche pas, dans le même temps, de la considérer comme une entité rassurante.

Ce qui fait famille depuis toujours, c'est l'enfant; les enfants. C'est pour cela que la famille intéresse tant le pédiatre. L'enfant est fondateur; il crée la famille. Un couple qui n'a pas d'enfant ne fait pas famille.

D'un point de vue psychique, l'enfant lui-même s'invente une famille, imaginaire et inconsciente (roman familial), différente de sa famille réelle; une famille qu'il va modifier avec le temps, lorsque pour pouvoir s'en séparer, il va perdre ses illusions par rapport à ses parents.

La famille est culturelle. Des lois implicites, inconscientes régissent toute famille. Elles reposent sur des tabous et des interdits et sur des représentations culturelles, imaginaires et symboliques, tel l'inceste, la dévoration (le cannibalisme), l'infanticide.

Qu'est-ce qu'un parent ?

De nouvelles terminologies apparaissent au fil des évolutions sociales : le pacs, le conjoint, la parentalité... Et la réponse, autrefois évidente, à la question « qu'est-ce qu'un parent ? », se complexifie. Selon Lévy-Strauss, trois types de parenté distinctes sont identifiables, la parenté légale (symbolique, juridique), la parenté biologique et la parenté affective.

De nouvelles interrogations émergent dans le débat social : peut-on avoir deux mères, deux pères, une mère et pas de père ? Il est ici un point crucial : celui d'insister non pas sur la forme et la nature parentale (familles monoparentales, recomposées, homoparentales, etc.) mais sur les **fonctions parentales** : autorité, responsabilité, légitimité, droits et devoirs... Et de rappeler ici les trois grandes fonctions parentales (Houzel) : **l'exercice de la parentalité** (qui a trait aux droits et devoirs attachés aux fonctions parentales - inclut l'autorité parentale), **l'expérience de la parentalité** (qui repose sur l'expérience subjective (affective et imaginaire) et les représentations conscientes et inconscientes) et **la pratique de la parentalité** (taches effectives qui incombent à chacun des parents et donc aussi bien les soins à l'enfant que les interactions comportementales ou les pratiques éducatives).

Quelle est la place du père ?

Du point de vue du psychiatre, la paternité relève du désir, non de la génétique. C'est la mère qui fait le père.

Un concept joliment exprimé par Marcel Pagnol qui fait dire à César, que le père n'est pas le géniteur mais « celui qui aime ». César dénie ainsi à son fils Marius, de retour d'une longue absence, la paternité de son enfant biologique, élevé par un autre. Il évoque là, l'enracinement psychique de la paternité.

L'amour maternel est fondamental pour l'enfant mais la présence d'un tiers est nécessaire à son épanouissement et évite la fusion, trop lourde. « Avec l'amour maternel, la vie vous fait à l'aube une promesse qu'elle ne tient jamais ... Je ne dis pas qu'il faille empêcher les mères d'aimer leurs petits, je dis simplement qu'il vaut mieux que les mères aient encore quelqu'un d'autre à aimer » écrit Romain Gary dans La promesse de l'aube.

Ce tiers est indispensable, qu'il existe ou non dans la réalité. Ainsi, Maupassant, dans une nouvelle (« Le père »), décrit une mère qui, ayant deux enfants « sans » père, décide de leur en donner un, mort à la guerre. Chaque dimanche, elle les emmène au cimetière devant une tombe sur laquelle elle a placé la photo d'un jeune soldat inconnu, pour que les enfants racontent ce qu'ils ont fait...

C'est donc bien la mère qui reconnaît la paternité.

Quelle place pour l'enfant dans les nouvelles structures familiales ?

Les histoires de famille reposent sur quatre questions fondamentales, que tout enfant interroge, plus ou moins consciemment :

- Les origines : *d'où venons-nous ?*
- Les filiations (biologique, juridique, affective...) : *De qui sommes-nous issus ?*
- Les sexualités. *Quelle sexualité parentale ?*
- Les Transmissions – Que transmettons-nous ?

Et dans ce contexte, on assiste à l'apparition de constellations familiales de plus en plus complexes. Mais plutôt que de se polariser sur la forme que prennent ces nouvelles familles, il nous semble plus important de penser les fonctions parentales (la parentalité), qui incombent à chacun des parents.

Ce qui fait débat aujourd'hui correspond à une conception sociale de la famille, qui n'est pas forcément en lien avec le bien être de l'enfant. Car, quelle que soit la structure familiale, ce qui est fondamental pour l'enfant réside dans la qualité des liens et leur continuité ; tout ce qui participe à sa sécurité psychique, en lien avec des figures parentales stables. Le danger vient des ruptures, toujours destructrices.

Il convient donc ici de s'intéresser à l'enfant et à sa famille, sans projeter ses propres représentations ou idéaux. Les pédiatres soignent des enfants, pas un problème social.

Comme le démontre la pratique courante et les études, même avec deux parents de même sexe, lorsque cela se passe bien, le développement des enfants est harmonieux. Car s'il est vrai que l'enfant doit pouvoir s'inscrire dans une construction psychique intégrant la question de la différence des sexes, le fait d'avoir des parents de même sexe ne gêne pas cette construction. En effet, un enfant ne grandit jamais seul avec ses parents, il est entouré

d'adultes des deux sexes dans sa famille élargie, à l'école, au stade... Par ailleurs, le développement de la sexualité infantile n'est pas lié à la sexualité des parents.

Les études vont dans ce sens puisqu'il n'a pas été mis en évidence de problèmes psychopathologiques spécifiquement liés à ces nouvelles familles.

Le danger apparaît pour l'enfant lorsque l'un des parents (ou les deux parents d'un même sexe) manifeste(nt) un déni de l'autre sexe ou encore, lorsqu'il existe des jeux d'emprise et des conflits de loyauté; lorsque l'enfant est instrumentalisé, en cas de projection des angoisses parentales.

Enfin, comme dans toute famille (quelle que soit sa forme), il ne faut pas oublier l'histoire et les ancêtres. La construction psychique transgénérationnelle est également fondamentale, car les grands parents favorisent une identification stable, durable et rassurante.

Finalement, le fond de parenté reste intime et insaisissable (c'est pourquoi nous discutons de sa forme). Mais dans ce domaine, l'important n'est-il pas invisible pour les yeux ? (Le petit Prince – St Exupéry).

Résumé :

Depuis vingt ans la loi, suivant les bouleversements sociaux, a considérablement évolué en direction de la reconnaissance des nouvelles formes familiales. Dernière évolution en date et en cours, la loi sur le mariage homosexuel qui ouvre de facto la voie de l'adoption simple aux couples du même sexe. Cependant le statut des tiers reste précaire, en particulier en cas de séparation. La nouvelle entité de parentalité s'ajoutant à la stricte notion de parenté devrait désormais être définie par le législateur pour ouvrir plus largement des droits à ceux qui élèvent et protègent les enfants.

C'est le juge aux affaires familiales qui a en charge les contentieux familiaux. Il est chargé de dire la loi et de la faire appliquer mais, il est également investi d'une mission de conciliateur.

Et la famille psychique dans tout ça ? Elle s'éloigne progressivement de la stricte de la notion de parenté biologique pour évoluer vers un concept plus large, prenant en compte tous ceux qui protègent et éduquent l'enfant, la parentalité.

Des lois pour répondre aux évolutions sociales

D'après une communication d'Amélie Dionisi-Peyrusse – Maître de conférence en droit privé à l'Université de Rouen

L'individualisme gagne le droit de la famille

Longtemps le législateur a imposé un modèle de famille censé à servir au mieux l'intérêt du corps social. Le mariage était un lien rigide et la famille reposait sur l'autorité paternelle. Le

couple se devait d'être durable, fidèle, hétérosexuel et destiné à la procréation. Progressivement les valeurs de liberté et d'égalité ont conduit à modifier le droit de la famille. Un mouvement qui a pris de l'ampleur à partir des années 70.

Les obligations du mariage se sont assouplies, le divorce s'est libéralisé, les rôles de l'homme et de la femme se sont modifiés.

A partir des années 2000, une nouvelle vague de réformes transforme la famille, faisant prévaloir la liberté et l'égalité de la personne. L'individualisme gagne le droit de la famille et se manifeste par l'émergence de nouvelles situations juridiques.

Le couple non marié élevant ensemble des enfants qui sont les siens est considéré comme une famille traditionnelle et pas comme une nouvelle situation familiale, puisque l'absence de mariage n'engendre pratiquement aucune particularité au plan législatif. Lorsqu'un lien de filiation est établi, par reconnaissance, procédure juridique, présomption de paternité ou adoption plénière, les parents ainsi désignés, exercent conjointement l'autorité parentale.

Dans les autres situations, quand l'enfant n'est pas élevé par ses deux parents non séparés, deux questions font encore l'objet de débats et de difficultés juridiques, celle de l'autorité parentale et celle du rôle du tiers.

La loi repose sur l'intérêt supérieur de l'enfant

L'intérêt supérieur de l'enfant est un principe directeur, protégé par la convention internationale des droits de l'enfant. Il se confronte à deux difficultés, d'une part cette notion d'intérêt de l'enfant est subjective et d'autre part, la question se pose de savoir si d'autres intérêts ne devraient pas être pris en compte.

Avant 1987, toute séparation entraînait automatiquement la garde par l'un des deux parents, l'autre obtenant un droit de visite et de surveillance. Et de fait, la rupture du couple entraînait un affaiblissement du lien de l'enfant avec l'un des parents.

Depuis 1993, la loi pose le principe de l'exercice commun de l'autorité parentale. Mais en pratique, l'enfant réside souvent chez sa mère et la co-parentalité demeure fragile.

La loi du 4 mars 2002 établit que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Dans plus de 90% des cas, les parents obtiennent l'exercice conjoint de l'autorité parentale et toutes les décisions concernant la vie de l'enfant doivent être prises en commun et ce, même si la résidence de l'enfant est chez l'un des parents.

De facto, quand l'enfant fréquente moins un de ses parents, par négligence, méconnaissance de ses droits, peur du conflit, ou du fait de l'éloignement, celui-ci exerce moins d'autorité.

Les pédiatres doivent protéger la co-parentalité

Les tiers, professionnels, en particuliers, côtoyant l'enfant peuvent se faire le relais de l'information concernant ces droits et engager leur responsabilité en cas de non-respect de ce principe car il leur appartient de respecter les droits des deux parents.

Dans les faits, la loi n'impose pas de requérir systématiquement l'avis des deux parents, car un article précise qu'il existe une présomption d'accord en ce qui concerne les actes usuels, si rien n'indique que l'autre parent est contre. Dans ce cas, l'avis d'un seul des parents suffit. Cependant, la loi ne définit pas l'acte usuel et on s'accorde en général sur le fait qu'il convient de tenir compte des circonstances particulières de l'espèce. Il faut rechercher si cet acte rompt avec le passé et s'il engage l'avenir de l'enfant, ce qui nécessite d'apprécier l'acte en lui-même et dans le contexte.

Par exemple en ce qui concerne les soins médicaux : le traitement des infections bénignes, la poursuite du traitement de maladies chroniques graves, certaines vaccinations sont considérés comme des actes usuels. En revanche, la circoncision rituelle, la décision d'arrêter ou de réduire des soins, certaines vaccinations (hépatite B, grippe H1N1, papillomavirus...)... ne font pas partie des actes usuels et réclament l'accord des deux parents.

En cas d'urgence, le médecin peut intervenir sans le consentement des parents.

Modalités d'exercice de l'autorité parentale

Les modalités d'exercice de l'autorité parentale sont fixées par les parents ou par le juge.

En pratique, elles sont très favorables aux mères.

En ce qui concerne le choix de résidence, toutes les décisions sont fixées par le juge qui suit les lignes tracées par le code civil, en fonction de l'intérêt de l'enfant. La répartition des torts n'a en principe aucune incidence sur ce choix, sous réserve de violences avérées, exercées par l'un des parents.

Les modalités de résidence sont variées. Elle peut-être fixée chez l'un des parents avec droit de visite de l'autre ou alternée... avec toutes les périodicités possibles. La décision concernant la résidence peut être revue à tout moment.

Très exceptionnellement, si l'intérêt de l'enfant l'exige, il peut résider chez un tiers de la parenté.

En 2010, plus de 73% des enfants de couples séparés résidaient chez leur mère. 16% étaient en garde alternée et 10% chez leur père.

Dans la même année, le choix de la garde alternée concernait 27% des enfants en cas de divorce par consentement mutuel.

Les enfants les plus petits sont plus fréquemment gardés par leur mère (90% des enfants de moins de 2 ans).

Dans une grande majorité des cas, les pères ne réclament pas la garde, même alternée, des enfants. Cependant, on assiste à une augmentation lente mais constante des demandes de résidence alternée et de garde chez le père.

Place des conjoints du père et de la mère

La responsabilité des « beaux-parents » s'accroît dans la réalité mais le législateur reste réticent à leur accorder des droits.

Il n'existe pas à proprement parler de statut du tiers mais il peut se voir reconnaître une place de choix dans certaines conditions. Ainsi, l'adoption simple, considérée comme un lien de filiation ne modifiant en rien les liens de filiation d'origine, est une possibilité offerte aux couples mariés.

L'adoption plénière qui vise à remplacer l'un des parents, n'est en revanche, autorisée qu'en cas de défaillance grave de l'un des parents.

Cette adoption simple de l'enfant par un tiers est possible dès lors que les deux parents y consentent. Le tiers adoptant étant marié avec l'un des parents. Il s'agit d'un moyen de créer un lien juridique reflétant autorité et protection, entre l'enfant et le tiers.

L'enfant ne peut pas être adopté successivement par deux personnes non mariées entre elles (son beau-père puis sa belle-mère par exemple).

Cette exception n'existe pas en cas de concubinage et c'est pourquoi l'adoption simple de l'enfant d'un concubin n'est pas autorisée en droit français.

En autorisant le mariage aux couples de même sexe, la loi du 17 mai 2013 leur ouvre implicitement l'adoption simple. Et permet par exemple, à la compagne d'une femme ayant bénéficié d'une PMA à l'étranger, d'adopter l'enfant de celle-ci.

Au plan législatif, la place du tiers demeure précaire

En l'absence d'adoption, la place du tiers est précaire. Il n'a aucun droit sur les enfants.

Deux mécanismes juridiques permettent cependant d'améliorer son statut :

- la délégation de partage (art 377) qui offre la possibilité à l'un des parents de saisir le juge dans certaines circonstances particulières (par exemple un parent astreint à de très longs trajets) pour demander une délégation d'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant. En pratique il existe des jurisprudences et des délégations d'autorité parentales, en cas d'accord dans l'intérêt de l'enfant.
- La fixation judiciaire (art 371-4) des modalités des relations entre un enfant et un tiers dans l'intérêt de l'enfant après la séparation du couple.

Par exemple, pour que le tiers puisse garder des relations avec l'enfant d'un ex-conjoint, un droit de visite, un droit d'hébergement... peut-être demandé par ce tiers.

L'opportunité de créer un statut de beau-parent a été évoquée à plusieurs reprises. Les arguments invoqués contre sont le risque de confusion entre le statut parental et celui de beau parent et surtout, le risque d'instabilité si chaque partenaire de chacun des parents peut avoir un rôle auprès de l'enfant.

Il pourrait être opportun de créer deux statuts différents, définissant la parenté, liée aux origines) et la parentalité d'essence sociale.

Le juge aux affaires familiales, arbitre et conciliateur des contentieux familiaux

D'après une communication du juge François Bernard, du Tribunal de Grande Instance du Havre

Le juge aux affaires familiales est spécialisé dans les contentieux familiaux. Il intervient à toutes les étapes du divorce, au niveau des modifications concernant les enfants après le divorce, des séparations en cas de PACS ou de concubinage, des problèmes concernant les relations des enfants avec les ascendants et les tiers...

Il est saisi par l'un des parents ou par les deux et joue un rôle d'arbitre et depuis plus récemment, de pacificateur et de conciliateur.

Garantir le principe de co-parentalité

Le juge aux affaires familiales fixe les modalités de résidence, de visite et d'hébergement. Il recherche un exercice consensuel de l'autorité parentale, ce qui nécessite de faire preuve de beaucoup de pédagogie pour rendre effective cette co-parentalité.

La prise de décision commune concernant l'enfant nécessite par exemple, la transmission du carnet de santé, des bulletins scolaires, ...

Souvent le père « s'auto » limite dans l'organisation de la vie de l'enfant. Près de 10% des enfants de parents séparés disent même ne plus jamais voir leur père et ce taux augmente avec l'âge de l'enfant.

L'exercice de la co-parentalité est souvent à l'origine de saisine du juge des affaires familiales qui tente alors de rééquilibrer les choses.

Chaque contentieux est examiné au cas par cas, toujours en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant car, parfois, la pertinence du maintien de principe de coparentalité se pose.

Par exemple, en cas de violence conjugale, l'impact psychologique sur l'enfant est générateur de stress traumatique et de désinvestissement scolaire... Des ordonnances permettent d'évincer le parent violent.

Décider du lieu de résidence

La résidence alternée n'est pas un droit des parents. Son opportunité est examinée à l'aune de l'intérêt de l'enfant.

Il arrive qu'elle soit refusée parce que les parents proposent des rythmes d'alternance aberrants. En cas de désaccord, on tient compte d'un faisceau de critères : l'âge de l'enfant, la qualité de la communication entre les parents, les conceptions éducatives, le respect mutuel, les lieux géographiques, les sentiments exprimés par l'enfant...

Résidence et hébergement tiennent compte de conditions telles que l'allaitement d'un nourrisson ou de la conciliation entre le rythme de vie professionnel des parents et celui de l'enfant.

Il est possible d'envisager une garde alternée à l'essai.

Critères d'intervention et outils du juge aux affaires familiales

Un accord à minima est toujours plus efficace qu'une volonté imposée et vécue comme une défaite par l'une des parties.

Le juge possède des outils :

- La loi concernant le divorce par consentement mutuel, qui permet d'éviter au maximum de faire état des griefs entre époux, à l'audience de conciliation.
- L'enquête sociale et les expertises psychologiques, indispensables dans bien des cas.
- L'audition de l'enfant s'il s'agit d'un enfant doué de discernement qui en fait la demande. Il ne faut pas sous-estimer le risque psychologique pesant sur l'enfant et le risque d'instrumentalisation de ce dernier qui n'en n'est pas forcément conscient.

Le rejet d'un parent par l'enfant correspond souvent à un sentiment d'abandon et masque un appel à l'aide.

Deux grands moyens aident à mener à bien la mission de conciliation (loi du 26 mai 2004) :

- La médiation familiale, si les parents y adhèrent.
- L'audience devant le juge, qui offre un espace et un temps privilégiés pour tendre vers cette conciliation et recentrer le débat sur l'enfant plutôt que sur le rapport de force entre les deux parents.

L'audience dure 15 à 30 minutes et est parfois le seul endroit où les parents se parlent.

Un rôle compliqué par les multiples visages de la parentalité

L'évolution des familles introduit de nouvelles figures fondées avant tout sur des liens affectifs :

- 8% des enfants vivent en foyers recomposés, et les beaux parents prennent de plus en plus de place dans la vie des enfants mais, ceux-ci ont parfois du mal à se positionner vis-à-vis du beau parent et des demi-frères ou sœurs.

Les demandes de pension alimentaire en cas de recomposition ravivent souvent les conflits.

- Les grands parents participent parfois beaucoup à l'éducation des enfants. Beaucoup de pères, faute de place, accueillent leurs enfants chez leurs propres parents, durant les vacances ou en cas de garde alternée, et cela pose des problèmes d'autorité.
- D'autres types de problèmes se posent en cas de couples homoparentaux, certains répondants à des jurisprudences fluctuantes, et les décisions dépendent beaucoup de la conception qu'a le juge de la famille. En attente de la nouvelle loi...

Devant les multiples visages de la parentalité, le juge aux affaires familiales doit reconsidérer son appréhension du lien parents-enfants, toujours guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant.